



**UNIVERSIDAD  
DE SALAMANCA**

**ESCUELA DE DOCTORADO  
DOCTORADO EN DERECHO PENAL**

**TESIS DOCTORAL**

**CONSENTIMIENTO EN DERECHO PENAL: ANÁLISIS DOGMÁTICO Y  
CONSECUENCIAS PRÁCTICAS**

**Director de Tesis  
PROF. DR. D. IGNACIO BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE**

**ROMY ALEXANDRA CHANG KCOMT**

**Salamanca, 2017**

# ÍNDICE

## INTRODUCCIÓN

### CAPÍTULO PRIMERO

<b>BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN UN ESTADO CONSTITUCIONAL MODERNO .....</b>	<b>1</b>
1. Evolución histórica del bien jurídico.....	5
1.1. Teoría de la lesión de los derechos subjetivos y antecedentes de la teoría del bien jurídico.....	5
1.2. Hacia una teoría del bien jurídico .....	8
1.3. El positivismo jurídico de Binding .....	10
1.4. El positivismo jurídico de von Liszt .....	12
1.5. El neokantismo como rechazo al positivismo .....	14
1.5.1. El rol teleológico del bien jurídico (ciencias naturales) .....	14
1.5.2. El bien jurídico como bien de la cultura (ciencias culturales) .....	15
1.6. El rechazo al concepto de bien jurídico .....	17
1.7. El regreso al Estado de Derecho material.....	18
1.8. Tendencias sociológicas y su influencia actual .....	21
1.9. Tendencias jurídico-constitucionales.....	34
1.9.1. Tesis Constitucionalista estricta .....	42
1.9.2. Tesis constitucionalista amplia .....	45
2. Determinación de un concepto material del bien jurídico penal .....	49
2.1. Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho .....	54
2.2. Posturas en torno al bien jurídico penal .....	79
2.2.1. Evolución en la doctrina española .....	79
2.2.2. Evolución en la doctrina brasilera.....	87
2.2.3. Evolución en la doctrina peruana .....	92
3. Primera conclusión preliminar: Bien jurídico penal.....	95

### CAPÍTULO SEGUNDO

<b>FUNDAMENTO DEL CONSENTIMIENTO: DIGNIDAD Y LIBRE DESARROLLO DE LAS PERSONAS .....</b>	<b>104</b>
1. Fundamento ontológico: dignidad y autodeterminación .....	105
1.1. Antecedentes kantianos de la dignidad .....	108
1.2. Contenido de la dignidad en un entorno social, en el marco de un Estado constitucional moderno .....	116
1.3. Dimensiones de la dignidad .....	130
1.4. Dignidad y autonomía de la voluntad.....	133

1.5.	La dignidad y los derechos fundamentales.....	140
1.6.	Proporcionalidad y ponderación: Conflicto de derechos y límites para su ejercicio .....	149
1.6.1.	Conflicto de derechos.....	149
1.6.2.	Restricción normativa de derechos.....	165
1.6.3.	Pautas a tomar en cuenta para la ponderación .....	171
2.	Consentimiento y disponibilidad de bienes jurídicos en un Estado Social y Democrático de Derecho.....	173
2.1.	Bienes jurídicos individuales y colectivos.....	177
2.2.	Intereses colectivos y autorización administrativa.....	186
2.3.	El consentimiento en los bienes jurídicos individuales .....	201
2.3.1.	Disponibilidad de todos los bienes jurídicos individuales .....	201
2.3.2.	Rechazo a un paternalismo injustificado: El paternalismo como excepción frente a la imposibilidad de consentir .....	203
2.3.3.	Consentimiento brindado por el titular del bien jurídico individual. ...	212
2.3.4.	Consentimiento brindado por terceros ajenos al bien jurídico respecto del que se dispone.....	216
2.3.4.1.	Especial referencia al tratamiento de la declaratoria de incapacidad en sede civil y en sede penal .....	217
2.3.4.2.	Supuestos de subrogación del titular del bien jurídico en la toma de decisión. Requisitos y límites .....	225
2.3.4.3.	Mecanismos de subrogación del consentimiento.....	235
3.	Fundamento jurídico: Validez del consentimiento a pesar de la inexistencia de un reconocimiento normativo expreso .....	240
4.	Segunda conclusión preliminar: Consentimiento y disponibilidad de bienes jurídicos.....	244

### **CAPÍTULO TERCERO**

<b>NATURALEZA JURÍDICA Y ALCANCES SOBRE EL CONSENTIMIENTO .....</b>	<b>252</b>
1. Naturaleza jurídica del consentimiento. Distinción entre acuerdo y consentimiento en sentido estricto .....	253
1.1. Teoría diferenciadora .....	256
1.1.1. Consentimiento (léase acuerdo, asentimiento o conformidad) como causa de exclusión de la tipicidad .....	256
1.1.2. Consentimiento (léase consentimiento en sentido estricto) como causa de exclusión de la antijuricidad.....	260
1.2. Teoría unitaria .....	269
1.3. Efectos del consentimiento: El consentimiento constituye en todos los casos una causa de exclusión del tipo (atipicidad), por no generar lesión o puesta en peligro del bien jurídico .....	275

1.4.	Relevancia práctica de la determinación de la naturaleza jurídica del consentimiento a la luz de los supuestos de error .....	277
2.	Alcances y ámbito de aplicación del consentimiento .....	281
2.1.	El consentimiento en el injusto doloso .....	281
2.2.	El consentimiento en el injusto imprudente.....	283
2.2.1.	El injusto en los delitos imprudentes .....	283
2.2.1.1.	Posturas que consideran que el injusto penal imprudente se agota en el desvalor de acción .....	284
2.2.1.2.	Posturas que consideran al desvalor de resultado como necesario para la configuración del injusto imprudente .....	285
2.2.1.3.	Otras posturas en torno al injusto imprudente .....	289
2.2.1.4.	Toma de posición: El injusto imprudente entendido como desvalor de acción y desvalor de resultado .....	292
2.2.2.	El consentimiento sobre el desvalor de acción y sobre el desvalor del resultado en el injusto imprudente: Consentimiento sobre el riesgo	295
2.2.2.1.	Posiciones en la doctrina .....	295
	Especial referencia a la teoría de la imputación objetiva (incremento del riesgo permitido) planteada por Roxin.....	304
2.2.2.2.	Posición personal .....	306
2.2.2.2.1.	Previsibilidad (conocimiento) del posible resultado .....	306
2.2.2.2.2.	Casos de riesgo permitido: Distinción entre consentimiento y riesgo permitido.....	310
2.2.2.2.3.	Consentimiento potencial .....	315
2.2.2.3.	Casos de autopuesta y heteropuesta en peligro (criterios de imputación objetiva) que son solucionados a partir del consentimiento potencial.....	318
	Especial referencia a criterios de autoría y participación propuestos por la doctrina.....	327
2.2.3.	El consentimiento en los diversos tipos de imprudencia: Imprudencia consciente e imprudencia inconsciente.....	331
2.2.4.	El consentimiento potencial constituye una causa de atipicidad.....	334
3.	Validez del consentimiento en el ámbito penal. Diferencia respecto del consentimiento en el ámbito civil.....	336
4.	Requisitos para la validez del consentimiento .....	343
4.1.	Requisito en quien actúa al amparo del consentimiento brindado por el titular del bien jurídico: No exigencia de elemento subjetivo y tentativa inidónea.....	343
4.2.	Requisitos para la validez del consentimiento que brinda el titular del bien jurídico .....	353
4.2.1.	Titularidad del bien jurídico, capacidad para consentir y representación .....	354

4.2.1.1. Personas con incapacidad temporal: Consentimiento con efectos reversibles e irreversibles .....	360
4.2.1.2. Personas con incapacidad permanente: Consentimiento con efectos reversibles e irreversibles .....	363
4.2.1.3. Especial referencia a menores de edad .....	366
4.2.2. Ausencia de vicios de la voluntad .....	372
4.2.2.1. Amenaza y violencia .....	372
4.2.2.2. Engaño y error .....	382
4.2.2.2.1. Error en el motivo y en el fin .....	382
4.2.2.2.2. Error en la contraprestación patrimonial .....	391
4.2.2.2.3. Error en la declaración .....	399
4.2.2.2.4. Persistencia en el error .....	402
4.2.3. Oportunidad y revocatoria .....	404
4.2.4. Manifestación y exteriorización de la voluntad .....	407
4.2.5. Información suficiente: Especial referencia al ámbito sanitario .....	410
5. Referencia al consentimiento presunto: Voluntad presunta como causa de justificación .....	417
5.1. Denominación .....	418
5.2. Naturaleza jurídica .....	419
5.3. Diferencias respecto de la subrogación (representación) .....	424
5.4. Requisitos .....	426
5.5. Supuestos de aplicación .....	429
5.5.1. Actuaciones en interés ajeno .....	429
5.5.1.1. Decisiones vinculadas a la situación objetiva .....	430
5.5.1.2. Decisiones vinculadas a la personalidad .....	431
5.5.1.3. Decisiones existenciales .....	433
5.5.2. Actuaciones en interés propio .....	435
6. Tercera conclusión preliminar: Naturaleza jurídica, alcances y requisitos en torno al consentimiento .....	437

## **CAPÍTULO CUARTO**

### **APLICACIÓN DE LOS POSTULADOS DOGMÁTICOS A DIVERSOS CASOS PRÁCTICOS..... 446**

1. Casos en los que el consentimiento es dado por el mismo titular del bien jurídico .....	447
1.1. Consentimiento en la lesión al bien jurídico .....	448
1.1.1. Eutanasia: ¿Es la vida un bien jurídico disponible? .....	449
1.1.1.1. Disponibilidad de la vida con actos realizados por el mismo titular del bien jurídico .....	452
1.1.1.2. Participación o apoyo de terceros en los actos realizados por el titular del bien jurídico para disponer de su vida .....	457

1.1.1.3.	Especial referencia a la instigación al suicidio. Distinción con los supuestos de autoría mediata de homicidio .....	468
1.1.1.4.	A manera de conclusión: Adopción de medidas paternalistas orientadas a garantizar la autorrealización del individuo y, con ello, una muerte digna .....	477
1.1.2.	Relaciones sexuales sdomasochistas: ¿Es la salud un bien jurídico disponible? .....	487
1.1.2.1.	Disponibilidad del bien jurídico salud individual .....	490
1.1.2.2.	Especial referencia al delito de lesiones en España .....	493
1.1.2.3.	Consentimiento en la lesión del bien jurídico salud y consentimiento en el riesgo de la afectación a la vida .....	500
1.1.2.4.	A manera de conclusión: Límites para la adopción de medidas paternalistas que restrinjan la disposición sobre el bien jurídico salud individual.....	504
1.1.3.	Consumo de tabaco: ¿Debe el Estado intervenir para su prohibición?.....	506
1.1.3.1.	Límites para disponer sobre un bien jurídico individual: Necesidad de impedir consecuencias nefastas para los fumadores pasivos .....	509
1.1.3.2.	Validez del consentimiento en la decisión que da inicio, por primera vez, al consumo de cigarrillos y los problemas de adicción que ésta genera .....	512
1.1.3.3.	A manera de conclusión: Medidas que buscan garantizar un consentimiento válido en los fumadores activos y a evitar daños para quienes se exponen al humo del tabaco (fumadores pasivos) .....	517
1.2.	Consentimiento en el riesgo de lesión de un bien jurídico: Consentimiento potencial.....	523
1.2.1.	Consentimiento potencial en los injustos imprudentes: Accidentes de tránsito .....	524
1.2.1.1.	Objeto del consentimiento potencial en los accidentes de tránsito. Requisitos para su validez como causa de atipicidad .....	527
1.2.1.2.	Vulneración de normas de tránsito y efectos del consentimiento potencial sobre los riesgos: exoneración de responsabilidad del tercero .....	531
1.2.1.3.	A manera de conclusión: Relevancia del consentimiento potencial en los accidentes de tránsito .....	535
1.2.2.	Consentimiento potencial de los riesgos derivados de una acción que es aceptada por el Derecho .....	536
1.2.2.1.	Lesiones en los deportes .....	536
1.2.2.1.1.	Objeto del consentimiento potencial: Importancia de las reglas de juego.....	540
1.2.2.1.2.	Infracciones de reglas de juego que, por excepción, generan riesgos de lesión amparados en el consentimiento potencial .....	542

1.2.2.1.3.	Tratamiento del consentimiento en función a los diferentes tipos de deportes.....	545
1.2.2.1.4.	A manera de conclusión: Alcances del consentimiento en los deportes.....	549
1.2.2.2.	Intervenciones médico-curativas: Importancia de la voluntad del paciente.....	550
1.2.2.2.1.	Relevancia del consentimiento en las intervenciones médico-curativas .....	554
1.2.2.2.2.	Consentimiento potencial sobre los riesgos derivados de la intervención: Importancia de la información clara y suficiente para el paciente.....	561
1.2.2.2.3.	A manera de conclusión: Existencia de vicios que invalidan el consentimiento en una intervención médico-curativa.....	566
1.2.2.3.	Intervenciones estéticas: ¿Existe algún límite para su práctica? .....	569
1.2.2.3.1.	El consentimiento del paciente y la obligación que asume el médico en una intervención estética .....	573
1.2.2.3.2.	Exigencia del deber de "Información suficiente" para la validez del consentimiento en las intervenciones estéticas .....	580
1.2.2.3.3.	Límites para la realización de una cirugía estética: Adicción a la cirugía que invalida la capacidad para consentir .....	584
2.	Casos en los que el consentimiento es dado por terceros (subrogación).....	589
2.1.	Consentimiento en supuestos de incapacidad temporal: Especial referencia a menores de edad .....	589
2.1.1.	Operaciones de cambio de sexo en menores .....	590
2.1.1.1.	Aspectos sobre los que un representante puede consentir en subrogación de un menor.....	597
2.1.1.2.	Respeto de la voluntad del menor: Límite infranqueable para operaciones de cambio de sexo .....	600
2.1.1.3.	Especial referencia a la norma española que prohíbe las cirugías transexuales en menores.....	605
2.1.1.4.	A manera de conclusión: Adopción de medidas paternalistas orientadas a garantizar la identidad sexual del menor .....	611
2.1.2.	Intervenciones y tratamientos estéticos en menores de edad .....	617
2.1.2.1.	Inexistencia de capacidad natural de juicio: Imposibilidad de subrogar el consentimiento en una intervención o modificación estética.....	619
2.1.2.2.	Relevancia de la capacidad natural de juicio del menor para una intervención o modificación estética.....	624
2.1.2.3.	A manera de conclusión: Propuestas normativas para regular el consentimiento en intervenciones o modificaciones estéticas de menores.....	628
2.2.	Consentimiento en supuestos de incapacidad permanente: Especial referencia a las esterilizaciones.....	637

2.2.1. Esterilización de personas con incapacidad permanente: La existencia de voluntad mínima impide la subrogación .....	641
2.2.2. Razones que legitiman la autorización judicial en una esterilización de persona incapacitada para consentir .....	645
2.2.3. Especial referencia al ordenamiento español: Artículo 156 del Código Penal .....	647
2.2.4. A manera de conclusión: medidas paternalistas que garantizan el bienestar y la realización de quienes presentan incapacidad permanente.....	653
3. Consentimiento de quienes tienen restringido algún derecho y se encuentran al cuidado de un tercero: reclusos penitenciarios .....	655
3.1. Relación jurídica entre el recluso y el Estado: posición de garante.....	659
3.2. Obligaciones del funcionario penitenciario que surgen a partir de la posición de garante .....	661
3.2.1. Obligaciones del funcionario penitenciario en torno a la huelga de hambre.....	664
3.2.2. Obligaciones del funcionario penitenciario en torno al consumo de cigarros.....	678
3.2.3. Obligaciones del funcionario penitenciario en torno a la solicitud de eutanasia de un interno: .....	681
3.3. A manera de conclusión: límite para la disposición del recluso y ámbito respecto del que puede consentir .....	687
4. Consentimiento vinculado con razones culturales y/o religiosas .....	689
4.1. Incidencia de los cánones religiosos y culturales en el consentimiento: Disposición en función a la ética personal .....	694
4.2. Consentimiento del titular del bien jurídico al amparo de sus creencias culturales y religiosas.....	697
4.3. Subrogación del consentimiento en el marco de la ética personal del representante: Relevancia de la voluntad del representado. Especial referencia a los testigos de Jehová .....	701
4.4. Voluntad de quien no puede consentir, respecto de bienes jurídicos sobre los que no cabe subrogación: El valor cultural como eximente de responsabilidad penal .....	712
<b>CONCLUSIONES</b> .....	719
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	737

## **INTRODUCCIÓN**

La trascendencia que los ordenamientos jurídicos otorgan al consentimiento y el debate dogmático vigente, se explican en la gran aplicación práctica que esta institución tiene en la vida diaria. La posibilidad de consentir sobre una transfusión sanguínea, sobre el mantenimiento de relaciones sexuales sadomasoquistas, sobre una intervención quirúrgica, sobre un trasplante de órganos, sobre una cirugía transexual, sobre la vida (eutanasia), entre otros; constituyen temas de debate diario sobre los que la sociedad suele enfocar su atención con gran preocupación y dureza crítica.

El panorama se complica aún más, cuando la persona que se espera debe dar el consentimiento se encuentra imposibilitada de hacerlo por razones fácticas o jurídicas, lo que nos remite a la posibilidad de que un tercero que cumpla con determinados requisitos pueda efectuar el consentimiento por ella. Así, por ejemplo, surge en el debate la posibilidad de que una madre consienta en la esterilización de su hija con deficiencias psíquicas, o el tan controvertido caso de que un padre pueda decidir que a su menor hijo no se le practique una transfusión sanguínea en una operación que le salvaría la vida. Y es que la posibilidad de que un tercero consienta por quien no puede hacerlo siempre causa polémica, sobre todo si se trata de bienes jurídicos individuales que tradicionalmente se han considerado indisponibles, como es el caso de la vida y, en España, de la salud individual.

Los ordenamientos jurídicos no otorgan al consentimiento un tratamiento uniforme; así, por ejemplo, mientras que el ordenamiento peruano le otorga de forma expresa valor de eximente de responsabilidad penal, al señalar en su artículo 20: *"Está exento de responsabilidad penal: 10. El que actúa con el consentimiento válido del titular de un bien jurídico de libre disposición"*; el ordenamiento español, en el mejor de los casos, tan solo le otorga un valor atenuatorio de la pena.

Así, el artículo 155 del Código Penal español, con ocasión de las lesiones, establece que: *"En los delitos de lesiones, si ha mediado el consentimiento válida, libre, espontánea y expresamente emitido del ofendido, se impondrá la pena inferior en uno o dos grados"*; considerando como únicas excepciones en las que el consentimiento sí eximiría de responsabilidad penal, las reguladas en el artículo 156, en el que se establece: *"No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el consentimiento válida, libre, consciente y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de trasplante de órganos efectuado con arreglo a lo dispuesto en la Ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo, salvo que el consentimiento se haya obtenido viciadamente, o mediante precio o recompensa, o el otorgante sea menor de edad o carezca absolutamente de aptitud para prestarlo; en cuyo caso no será válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales"*.

Esta diversidad normativa y los problemas prácticos que se derivan de ella, son los que motivan la presente tesis doctoral, en la que busco analizar la posibilidad de disponer sobre bienes jurídicos individuales, a efectos de establecer la concurrencia o no de una eximente de responsabilidad penal, que sirva para solucionar los diversos supuestos prácticos en los que se dispone de un bien jurídico personal.

Así, se parte de la hipótesis central de que todos los bienes jurídicos individuales son disponibles, lo que hace que todo consentimiento otorgado válidamente por el titular del bien jurídico o por un tercero que -bajo ciertas condiciones- actúe en su lugar, constituya una causa de atipicidad penal.

Para verificar esta hipótesis central, lo que en efecto se ha logrado, ha sido necesario determinar un concepto material de bien jurídico como objeto de protección del Derecho Penal, realizar un análisis sobre la disponibilidad o no disponibilidad de los bienes jurídicos individuales (personales), determinar el fundamento material (ontológico) del consentimiento en un Estado constitucional moderno, tomar postura sobre la naturaleza jurídica del consentimiento, analizar el consentimiento en los delitos dolosos y en los delitos imprudentes, establecer los límites dentro de los que el consentimiento puede operar y los supuestos en los que cabe la subrogación del titular del bien jurídico, determinar los requisitos necesarios para la validez del consentimiento como eximente de responsabilidad penal, establecer las diferencias entre el consentimiento y otras figuras abordadas por la doctrina, así como constatar la validez de la hipótesis planteada, enfrentándola a casos prácticos respecto de los que no existe un análisis uniforme en la doctrina.

En ese sentido, he considerado necesario dividir la tesis en cuatro capítulos a través de los cuales se abordará el concepto material del bien jurídico, la posibilidad de disposición sobre el mismo, el fundamento del consentimiento, su naturaleza jurídica, sus requisitos y ciertos casos prácticos en los que se evidencia la relevancia que el consentimiento tiene a nivel penal.

Para abordar estos temas he utilizado, principalmente, las herramientas de los métodos dogmático y, en algunos casos, exegético. También ha sido necesario un análisis desde la perspectiva histórica, para determinar el sustrato filosófico y constitucional del bien jurídico penal. Además, se ha hecho un análisis crítico que

ha exigido un estudio comparado de la legislación y la jurisprudencia, tomándose como referencia a España (lugar en el que he elaborado la tesis), Perú (país del que soy nacional) y, en algunos supuestos, Brasil (por ser uno de los países referentes en América del Sur).

En este orden de ideas, en el primer capítulo he realizado un desarrollo histórico de la abundante producción doctrinal existente en torno a la evolución del bien jurídico penal en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho. Ello permitió que, en este capítulo se definiera un concepto material de bien jurídico individual, el que se encuentra integrado no sólo por el sustrato material que lo compone (léase vida, salud, patrimonio, etc); sino, también, por la libertad de disposición que ostenta el individuo sobre el mismo, lo que me permite concluir que todos los bienes jurídico-penales individuales son disponibles.

En el segundo capítulo, una vez establecida la naturaleza disponible del bien jurídico individual, recurriendo a un análisis filosófico-constitucional en torno a la dignidad y al libre desarrollo de las personas, se logra establecer un fundamento ontológico que legitime la validez del consentimiento en un Estado Constitucional moderno; lo que implica, por un lado, aceptar que todo individuo que sea titular de un bien jurídico individual, puede disponer de él conforme con sus creencias culturales (su ética personal); y, por otro, rechazar las medidas estatales paternalistas que no se encuentren justificadas en el marco de la autorrealización de los miembros de un Estado.

En este segundo capítulo, también se analizarán los supuestos en los que el titular de un bien jurídico se encuentra imposibilitado de consentir y su autorrealización requiera que un tercero disponga en su lugar (consentimiento por representación). Al respecto, no sólo se estudiarán los casos en los que la voluntad pueda ser subrogada, sino que, también se propondrán 3 mecanismos para materializar dicha subrogación.

En el tercer capítulo, se expondrán las diversas posturas dogmáticas existentes en torno a la naturaleza jurídica del consentimiento, para luego concluir que el mismo constituye una causa de atipicidad penal que, en todos los casos, por no vulnerar la libertad de disposición que compone el bien jurídico protegido, conlleva a la exoneración de responsabilidad penal.

Asimismo, se analizará el alcance práctico del consentimiento en los injustos dolosos y en los injustos imprudentes, distinguiendo entre el consentimiento en la lesión y el consentimiento en el riesgo; a este último, por diversas razones explicadas en este capítulo, prefiero denominar "consentimiento potencial".

Asimismo, también en este capítulo, se analiza a profundidad los requisitos para la validez del consentimiento, efectuando un análisis que toma en cuenta la casuística y la doctrina desarrollada en esta materia; y, distinguiendo los diversos casos de error que pueden presentarse en torno a la voluntad del titular del bien jurídico o del representante que se subroga en su lugar.

En igual sentido, luego de establecer la naturaleza jurídica del consentimiento, he aprovechado la oportunidad para distinguir esta figura de otras que también son desarrolladas en la doctrina, como es el caso del -a mi parecer- mal denominado consentimiento presunto; el que, en realidad, por no constituir un supuesto en el que exista consentimiento, únicamente puede ser considerado una causa de justificación supralegal. Por ello, y con la finalidad de evitar confusiones terminológicas, propongo denominarlo "voluntad presunta".

Finalmente, en el cuarto capítulo, abordaré diversos casos prácticos que, por su complejidad, han merecido especial atención en la doctrina y en la jurisprudencia. Estos casos son analizados y solucionados a partir de los criterios dogmáticos propuestos en los tres primeros capítulos, estableciendo diversas propuestas de

*lege ferenda* que contribuyan con una solución uniforme y conforme con un Estado constitucional moderno.

Al respecto, debe tomarse en cuenta que en este último capítulo no se pretende efectuar un análisis exhaustivo de todos los aspectos vinculados con los casos que se proponen, sino, únicamente, los relevantes a la luz del consentimiento en el ámbito penal. El análisis de estos casos evidencia la importancia práctica que el consentimiento tiene en esta materia y lo necesario que constituye su reconocimiento en un Estado liberal que se precie de ser Social y Democrático de Derecho.

Ahora bien, aprovecho estas líneas para agradecer a la Prof. Dra. Laura Zúñiga Rodríguez, por todo el apoyo que, desde mi llegada a Salamanca, siempre me ha brindado. Con ella no sólo comparto varios pilares éticos y un enorme interés por el Derecho Penal, sino también una entrañable amistad.

Por último, no puedo terminar esta introducción sin expresar mi enorme agradecimiento, aprecio y admiración al Prof. Dr. Ignacio Berdugo Gómez de la Torre, por haber dirigido la presente tesis con detalle y dedicación. No sólo he encontrado en él a un maestro con el que he mantenido interesantes intercambios de opinión sobre los diversos temas abordados en esta tesis, sino también a un extraordinario ser humano que, pese a la inmensidad de tareas a las que se encuentra abocado, siempre ha tenido tiempo para atender mis consultas y apoyarme en todo lo que ha estado a su alcance. Todos los aciertos que puedan encontrarse en estas líneas se deben a sus consejos y a su sabia orientación. Siempre le estaré agradecida.

## **CAPÍTULO PRIMERO**

### **BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN UN ESTADO CONSTITUCIONAL MODERNO**

En un sistema social de convivencia denominado "Social y Democrático de Derecho", el Estado tiene como principal función la de viabilizar la libre realización de sus miembros; para lo cual se ve en la necesidad de establecer una serie de valores y bienes, sin los cuales no podría ser posible alcanzar la convivencia pacífica y la autorrealización de los individuos (bienes jurídicos). Estos últimos se encuentran contemplados directa e indirectamente en la norma fundante (Constitución), seleccionando el legislador los de mayor importancia (bienes jurídico penales) para protegerlos con el mecanismo de control social formal más radical con el que cuenta el Estado: el Derecho Penal.

En este contexto, el Derecho Penal se conforma como un instrumento que es puesto al servicio de la sociedad, y cuya maquinaria únicamente debe actuar, cuando se configure una lesión o una puesta en peligro de un bien jurídico que afecte la autorrealización de los individuos; de manera que, en los casos en los que la acción u omisión realizada por el sujeto no revista de antijuricidad material, no será legítimo recurrir al Derecho Penal.

Por ello, a efectos del presente trabajo, resulta indispensable tomar en cuenta las dos dimensiones del bien jurídico<sup>1</sup>: una primera dimensión político-criminal, a partir de la que se discute cuáles son los bienes jurídicos merecedores y necesarios de protección (generándose un límite para el legislador); y, una segunda dimensión dogmática o exegética, a partir de la cual el aplicador de la norma (juez penal), antes de aplicar la misma, debe primero fijar el objeto tutelado, así como establecer su lesión y/o puesta en peligro de cara a la configuración de la tipicidad de la conducta.

Desde el punto de vista político-criminal se puede establecer que el concepto de bien jurídico es dinámico, es decir, se encuentra en constante cambio y

---

<sup>1</sup> Al respecto, ver: ORTS BERENQUER, Enrique y José L. GONZÁLEZ CUSSAC. Compendio de Derecho Penal (Parte General), quinta edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p242.

transformación; variando la selección de los diversos bienes jurídico penales, como se verá a lo largo del presente capítulo, en función de los cambios generados en las sociedades y en los distintos contextos históricos y sociales; y en función a los cambios generados en el modelo de Estado<sup>2</sup>.

A la fecha, se cuestiona la legitimidad del bien jurídico penal como objeto de protección del Derecho penal, así como la creación de nuevos bienes jurídicos que se consideran necesarios para el bien común (bienes colectivos) y el nivel de importancia para la convivencia social respecto de otros bienes jurídico penales preexistentes; buscándose una solución en torno al Derecho y a la Ética.

Estos cuestionamientos curiosamente surgen en épocas de reforma y de cambio, períodos en los que frecuentemente no se tiene en claro cuál es el plan de política criminal que debe ser aplicado por el ejecutivo y por el legislativo; sobre todo frente al surgimiento de nuevos bienes jurídicos necesarios de protección penal (derechos de autor, medio ambiente, genética, entre otros), de nuevos ataques que requieren de protección por parte del legislador; y del debate en torno a la amplitud de su protección (delitos de peligro), al paternalismo que legitima al Estado para su protección y a la posibilidad de disposición en torno a bienes jurídicos protegidos.

En este contexto, la función de guía de la interpretación asignada al bien jurídico<sup>3</sup>, cobra especial importancia, permitiéndole al juzgador excluir del ámbito penal conductas que no lesionen ni pongan en peligro el bien jurídico que ha sido establecido como el protegido en determinado tipo penal, por no revestir la

---

<sup>2</sup> Así, por ejemplo, en el Perú, el régimen económico del Estado sufrió cambios a partir de la vigencia de la Constitución Política de 1993: mientras la Constitución de 1979 establecía que el Estado debía ejercer actividad empresarial para promover la economía del país; la de 1993, contempló sólo una actividad estatal subsidiaria por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional.

<sup>3</sup> Al respecto, ver: MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal, Parte General, décima edición, Reppertor, Barcelona, 2016, p175.

conducta de antijuricidad material. Aquí, el consentimiento ostenta un rol fundamental, por conformarse como un supuesto de exclusión de responsabilidad penal, dada la inexistencia de desvalor de acción o de desvalor de resultado que puedan suponer un daño o lesión al bien jurídico (antijuricidad material), lo que impide la imposición de una sanción penal. Así, por ejemplo, en el caso de quien consiente válidamente donar un órgano a un familiar cercano, no podría decirse que es víctima de un delito de lesiones, por no existir antijuricidad material que legitime la imposición de una sanción penal por la vulneración del bien jurídico salud. Lo mismo ocurrirá en una cirugía de apéndice (extracción del apéndice por apendicitis), en la que no podrá decirse que el médico que practicó la operación incurrió en un atentado contra la salud, por no existir antijuricidad material alguna en su conducta.

Desde el punto de vista dogmático, el bien jurídico y su función limitadora también desempeñan un rol fundamental; dado que, antes de aplicar la norma, el operador jurídico debe determinar el objeto tutelado y afectado (analizar si se encuentra frente a un delito de lesión o un delito de resultado) y establecer si el mismo ha sido o no afectado o puesto en peligro; caso contrario, no podrá decirse que exista una conducta típica y, mucho menos, antijurídica; por no haberse configurado los elementos del tipo penal, no teniendo sentido analizar ni siquiera los alcances de la imputación objetiva, por no existir riesgo o resultado lesivo que pueda ser imputado objetivamente (principio de ofensividad<sup>4</sup>).

Por estas razones, una adecuada y exhaustiva reflexión en torno al consentimiento, necesariamente requiere tomar postura sobre el contenido material que debe asignársele al bien jurídico protegido por el Derecho penal, en el

---

<sup>4</sup> "Esta limitación al Estado, y que afecta igualmente al Poder Legislativo a la hora de crear delitos, como también al Poder Judicial en el momento de aplicar leyes, es denominado principio de ofensividad o lesividad". ORTOS BERENGUER / GONZÁLEZ CUSSAC. Compendio de Derecho Penal... op. cit., p242.

actual Estado constitucional moderno; lo que será objeto de estudio este primer capítulo.

## **1. Evolución histórica del bien jurídico**

### **1.1. Teoría de la lesión de los derechos subjetivos y antecedentes de la teoría del bien jurídico**

En el contexto social teocrático reinante hasta antes de la Ilustración, el ilícito penal se concebía en términos teológicos como desobediencia a la autoridad divina ("pecado"). El hombre se encontraba obligado a cumplir con los designios dispuestos por la autoridad divina, lo que le imponía asumir cierta actitud de obediencia hacia la misma, generándose una confusión entre los términos delito y pecado<sup>5</sup>.

Posteriormente, con los movimientos iluministas, se produce un rechazo a lo sobrenatural, ubicando los valores supremos de la legislación en el sistema social y no en un Dios. Surgen así postulados como los de HOMMEL, para quien los delitos religiosos no podían ser considerados como tales, advirtiendo que "pecados, delitos y acciones irrespetuosas" debían de separarse unos de otros. Así, por ejemplo, para este autor, el marido que facilitaba la prostitución de su mujer debía quedar impune, en tanto su comportamiento no constituía un delito al no injuriar o lesionar a nadie, siendo su conducta únicamente considerada un pecado, en virtud de las viejas teorías que consideraban al matrimonio un sacramento (ley divina)<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> Un mayor desarrollo sobre este punto en: GONZÁLEZ RUS, Juan José. Bien jurídico y Constitución (Bases para una teoría), Fundación Juan March, Serie Universitaria, 201, 1980, p9-10.

<sup>6</sup> Respecto de los postulados de Hommel, ver: RUDOLPHI, Hans Joachim. Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico. En: Nuevo Pensamiento Penal. Revista de Derecho y Ciencias Penales, Año 4, Depalma, Buenos Aires, 1975, p333-334.

En este contexto, y bajo la influencia de las teorías del contrato social, del pensamiento revolucionario francés y de las corrientes de la filosofía crítica; Feuerbach invierte los planteamientos kantianos para hablar de “derechos” en sentido subjetivo. Estos derechos son anteriores al deber que impone respetarlos y son reconocibles por medio de la razón, por lo que no se derivarían de deber alguno. Con este planteamiento, Feuerbach logra apartar los derechos subjetivos de la moral, imponiendo como límite para estos a la razón, entendida como la prohibición de usar a otro hombre como medio<sup>7,8</sup>. Para Feuerbach, por tanto, *“Quien excede los límites de la libertad jurídica comete una lesión jurídica o injuria. El que lesiona la libertad garantizada por el contrato social y asegurada mediante leyes penales, comete un crimen. Por ende, crimen es, en el más amplio sentido, una injuria contenida en una ley penal, o una acción contraria al derecho del otro, conminada en una ley penal”*<sup>9</sup>. Es por lo expuesto que

---

<sup>7</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Ensayo Preliminar: Anselm v. Feuerbach: Perspectiva actual de su antropología jurídica. En: FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania. Traducido de la décimo cuarta edición alemana por Zaffaroni, Eugenio Raúl e Irma Hagemeyer, Hammurabi, Buenos Aires, 1989, p21.

<sup>8</sup> Sobre las distinciones entre Feuerbach y Kant, ver: BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Bem jurídico-penal, Quartier Latin do Brasil, São Paulo, 2014, p89ss; ZAFFARONI. Ensayo Preliminar: Anselm v. Feuerbach... op. cit., p20ss. Para Zaffaroni, *“El Estado feuerbachiano es inútil y despreciable cuando no garantiza los derechos; el Estado kantiano debe ser respetado, aun cuando no los garantice, porque sólo dentro de él pueden tener lugar los derechos”*. No obstante lo expuesto, conforme lo rescata Eser, tanto Kant cuanto Feuerbach tienen como rasgo común presentar una concepción de delito según la cual éste rompe con el consenso social básico, sea ya que el mismo provenga de una ley natural o del contrato social; *“(…) de este modo, el delincuente no sólo ataca a la víctima individualmente afectada, sino también a los demás partícipes del ordenamiento jurídico y del contrato”*. ESER, Albin. Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima. Traducido por Manuel Cancio Meliá. Cuadernos de conferencias y artículo N° 18, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, p12.

<sup>9</sup> FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania. Traducido de la décimo cuarta edición alemana por Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer, Hammurabi, Buenos Aires, 1989, p64. Cabe precisar que en su formulación inicial, publicada en 1801, en el libro *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts (§26)*, Feuerbach establecía: *“(…) aquella lesión del derecho sometida a una Ley penal y que quiebra el contrato sinalagmático entre el ciudadano y el Estado se considera un delito”*. Sobre las diversas versiones en la obra de Feuerbach, ver: ESER. Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima... op. cit., p17, nota al pie 25.

Feuerbach es considerado por la doctrina como el pionero en sentar las bases de la teoría de la lesión de los derechos subjetivos, diseñando un concepto embrionario de bien jurídico en estrecha vinculación con la teoría del Estado<sup>10</sup>. No obstante ello, su postura no estuvo exenta de críticas, al cuestionársele la inclusión en el concepto de delito, de meras infracciones administrativas, que suponían una lesión al derecho a la obediencia del Estado<sup>11</sup>; así, planteaba: *"En la medida en que el estado está justificado para procurar en forma mediata su objetivo, valiéndose de leyes de policía y prohibiendo de este modo acciones que en sí no son antijurídicas, habrá derechos especiales del Estado a exigir la omisión de estas acciones particularmente prohibidas, que originariamente fueron para los súbditos jurídicamente posibles. Cuando el derecho a la obediencia del Estado está protegido con pena frente a una ley de policía determinada, surge el concepto de delito, es decir, de contravención de policía"*<sup>12</sup>.

Ahora bien, como antecedente del bien jurídico, también resulta relevante citar los planteamientos formulados por Hegel, quien la doctrina ha señalado permitió la construcción de un sistema del delito partiendo de la base de que el mismo constituía una insurrección consciente en contra de la voluntad general; y consiguiendo con ello dejar a salvo los problemas que presentaba la teoría del delito del racionalismo iluminista para la

---

<sup>10</sup> Ver: FERNÁNDEZ, Gonzalo D. Bien Jurídico y Sistema del Delito. Un ensayo de fundamentación dogmática, B de F Ltda., Buenos Aires, 2004, p13. En igual línea, Bechara señala: *"Fue, sin embargo, de Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach el primer intento de precisar de modo sistemático un referente material de delito que se evidenciaba necesario, racionalmente fundado y socialmente reconocible, con el fin de diferenciarlo de la mera violación de deber"*. Traducción libre del siguiente texto *"Foi, contudo, de Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach a primeira tentativa de precisar sistematicamente um referente material do delito que se revelasse necessário, racionalmente fundado e socialmente reconhecível, com o objetivo de diferenciá-lo da mera violação de dever"*. BECHARA. Bem jurídico-penal... op. cit., p91.

<sup>11</sup> Sobre las críticas planteadas a la teoría de los derechos subjetivos de Feuerbach, ver: ESER. Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima... op. cit., p18; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho (El objeto protegido por la norma penal), PPU, Barcelona, 1991, p16ss; BECHARA. Bem jurídico-penal... op. cit., p93-94.

<sup>12</sup> FEUERBACH. Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania... op. cit., p64-65.

incriminación de conductas que no podían ser comprendidas como derechos subjetivos<sup>13</sup>. Así, para Hegel, *"La primera violencia ejercida como fuerza por el individuo libre, que lesiona la existencia de la libertad en su sentido concreto, el derecho en cuanto derecho, es el delito (...). Por otra parte, no se trata sólo del concepto de delito, de lo racional del mismo en y por sí, que el estado debe hacer valer con o sin el consentimiento de los individuos, sino que, además, en la acción misma del delincuente está la racionalidad formal, el querer del individuo. Al considerar que la pena contiene su propio derecho, se honra al delincuente como un ser racional"*<sup>14</sup>.

## **1.2. Hacia una teoría del bien jurídico**

El concepto de bien jurídico fue creado por Birnbaum en 1834<sup>15</sup>, al excluir del campo del Derecho Penal el principio de exclusiva protección de derechos subjetivos, dejando en evidencia las incongruencias sistemáticas de la postura de Feuerbach; quien –como se ha mencionado- consideraba que quien se excedía en el ejercicio de la libertad jurídica, lesionaba un derecho y, por tanto, actuaba contra el fin del Estado. Birnbaum opone a la teoría de la lesión de derechos subjetivos, la teoría de la lesión de

---

<sup>13</sup> Ver: HORMAZÁBAL. Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho... op. cit., p25-26.

<sup>14</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. Principios de la Filosofía del Derecho o Derecho Natural y Ciencia Política. Traducido por Juan Luis Vermal, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1975, p125, §95; p130-131, §100.

<sup>15</sup> BIRNBAUM. Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriff des Verbrechens etc., Archiv des Criminalrechts, Neue Folge, t. 15 (1834), 149ss. Citado por ROXIN, Claus. Derecho Penal, Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Tomo I. Traducido de la segunda edición alemana por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1997, p55. Aunque cabe mencionar que algunos autores conciben como verdadero creador del concepto de "bien jurídico" a Binding, al poner en evidencia el escaso reconocimiento que Birnbaum tuvo entre sus coetáneos. Ver un mayor desarrollo en: ESER. Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima... op. cit., p19, nota al pie 31, y p21. En igual línea se encuentra Stratenwerth, al considerar a Binding como quien en realidad impuso el concepto de "bien jurídico". STRATENWERTH, Günter. Derecho Penal. Parte General I. El Hecho Punible. Traducido de la segunda edición alemana (1976) por Gladys Romero, Edersa, Madrid, 1982, p3.

bienes; afirmando que "(...) de acuerdo con mi parecer, si se quiere tratar el delito como lesión, lo esencial es, (...) relacionar necesariamente este concepto con arreglo a su naturaleza, no con un derecho, sino con un bien. (...) Supongamos que perdemos algo o que somos despojados de una cosa que para nosotros es un bien al cual tenemos jurídicamente derecho, éste será el objeto de nuestro derecho y si nos es sustraído o se ve disminuido, nuestro derecho no se verá disminuido ni sustraído"<sup>16</sup>. No obstante los avances que a la luz de la teoría del bien jurídico supusieron las ideas planteadas por Birnbaum, cabe mencionar que el mismo no dejó de lado un racionalismo iusnaturalista, al considerar que los denominados "bienes" no constituían creaciones del derecho, sino concesiones otorgadas al hombre por la naturaleza o por su desarrollo social al interior de la sociedad burguesa; distinguiendo a partir de ello entre delitos naturales y delitos sociales<sup>17</sup>. Esto incluso ha dado lugar a cierta discusión dogmática en torno a si la teoría de Birnbaum debe ser evaluada únicamente como una corrección de la teoría de la lesión de un derecho y la continuidad de los principios filosóficos iluministas; o si, por el contrario, su tesis del "bien" supone que lo que el delito lesiona son objetos de protección elegidos por la ley y a lo sumo intereses<sup>18, 19</sup>.

Al respecto, recuérdese que por iusnaturalismo, en tanto ideología de la justicia, debe entenderse a aquella postura que plantea la obediencia a las normas por considerarlas justas y sometidas a un criterio superior y/o

---

<sup>16</sup> BIRNBAUM, J.M.F. Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung. En: Archiv des Criminalrechts, Nueva edición, T.15, págs. 166. Citado por HORMAZÁBAL. Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho... op. cit., p27.

<sup>17</sup> Efectúa una descripción de la obra de Birnbaum con relación a este punto, FERNÁNDEZ. Bien Jurídico y Sistema del Delito... op. cit., p15.

<sup>18</sup> Mayor detalle sobre esta discusión dogmática en: HORMAZÁBAL. Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho... op. cit., p29ss.

<sup>19</sup> Sobre las diversas interpretaciones que se han formulado en torno a los planteamientos de Birnbaum, ver: NIÑO, Luis Fernando. El bien jurídico como referencia garantista, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2008, p3-7.

extralegal de valoración; lo que podía apreciarse claramente en los planteamientos de Feuerbach, para quien la lesión de un derecho subjetivo implicaba la lesión de un derecho que era reconocible por la razón, previo al deber que imponía respetarlo (previo a la norma), y que se derivaba de la libertad garantizada por el contrato social, previa a éste y asegurada mediante las leyes penales. Respecto a Birnbaum, como se ha señalado, muchos cuestionan que haya podido separarse del todo de lo planteado por Feuerbach, tras considerar que los denominados “bienes” no constituyen creaciones del derecho, sino concesiones otorgadas al hombre por la naturaleza o por su desarrollo social al interior de la sociedad burguesa; alejándose también de lo planteado por el positivismo, que se remite exclusivamente a la existencia del Derecho positivo, lo que implica una creencia en ciertos valores que otorgan al “Derecho que es” un valor positivo que le vendría dado por el solo hecho de existir, excluyendo cualquier referencia a la existencia de un Derecho natural<sup>20</sup>.

### **1.3. El positivismo jurídico de Binding**

En 1872 Binding, tomando en cuenta los postulados del jusracionalismo positivista y reformulando los planteamientos de Birnbaum, planteó la tesis del “bien”, como objeto de protección y núcleo del injusto, eliminando con ello toda referencia a un Derecho natural<sup>21</sup>. Así, este autor eliminó del bien jurídico la referencia de límite al legislador con la que inicialmente había sido concebido, considerándolo como una categoría formal creada por el

---

<sup>20</sup> Un mayor desarrollo sobre las diferencias entre el iusnaturalismo y el positivismo jurídico lo he realizado en: CHANG KCOMT, Romy Alexandra. ¿Qué queda de la polémica entre el positivismo y el iusnaturalismo?. Reflexiones acerca de esa aparente contradicción. En: Revista Ius Et Veritas, Volumen 15, N° 31, 2008, revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, p169-185. También se puede ver en: «<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12416/12978>». Fecha de consulta: 08 de diciembre del 2016.

<sup>21</sup> Binding establece "*un racionalismo centrado exclusivamente en el Derecho positivo, libre de toda consideración filosófica o metajurídica*". HORMAZÁBAL. Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho... op. cit., p38.

legislador<sup>22</sup> y valorada por éste como condición necesaria para que la vida comunitaria se desarrollara normalmente, quedando en un segundo plano la defensa de intereses jurídicos individuales. En esta línea, el delito era considerado como *"contravención a la norma y, al mismo tiempo, como lesión del derecho subjetivo del Estado a mandar y su correlativo a la obediencia"*<sup>23</sup>, cobrando importancia la noción de bien jurídico en tanto elemento que viabilizaba la vida en común, pero carente de cualquier connotación metajurídica. En esta línea, para Binding, es un bien jurídico *"todo aquello que para el legislador es valioso como condición de una vida sana de la comunidad jurídica, en cuyo mantenimiento sin cambios y no perturbado la comunidad tiene interés en opinión del legislador, intentando éste protegerlo por medio de sus normas frente a las lesiones o puestas en peligro no deseadas"*<sup>24</sup>. Como se observa, el concepto de bien jurídico, desde esta concepción positivista, se opone a cualquier noción de valor natural o de valor previo al Estado, concibiéndose al delito como una infracción al deber de obediencia (se concibe al injusto como una violación del deber jurídico<sup>25</sup>); y posibilitándose con ello, la legitimación del poder coactivo de un estado que no se encuentra exento de arbitrariedades. En esta línea, se critica a Binding un exceso de normativismo que conlleva a la exclusión del individuo, a quien únicamente se le considera en su calidad de destinatario de las normas; y a quien, ante una decisión política del Estado, le queda como única alternativa la de obedecer<sup>26</sup>.

---

<sup>22</sup> BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. Reflexiones sobre la problemática del bien jurídico. En: Temas de Derecho Penal, Editorial Cuzco, Lima, 1993, p48.

<sup>23</sup> VALLE MUÑOZ, José Manuel. El Bien Jurídico Protegido en la Estafa. En: La Falsedad Documental. La Estafa. Estudios de Derecho Penal Especial, Editora Jurídica de Colombia, Bogotá, 1992, p408.

<sup>24</sup> BINDING, Karl. Normen I, 2da edición, Leipzig, 1890 (nota 40), pp. 327 y ss. Citado por ESER. Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima... op. cit., p22, nota al pie 41.

<sup>25</sup> FERNÁNDEZ. Bien Jurídico y Sistema del Delito... op. cit., p19.

<sup>26</sup> Sobre las críticas a la teoría de Binding, ver: BECHARA. Bem jurídico-penal... op. cit., p101-102; HORMAZÁBAL. Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho... op. cit., p46-47; KAUFMANN, Armin. Teoría de las Normas. Fundamentos de la dogmática penal moderna. Traducido por Enrique Bacigalupo y Ernesto Garzón Valdés, Depalma, Buenos Aires, 1977, p90-91. Este último señala *"(...) Binding, que dio carta de ciudadanía al concepto «bien jurídico» en la dogmática jurídico-penal, no vincula de manera inmediata la formulación de la norma con la valoración*

#### 1.4. El positivismo jurídico de von Liszt

La noción del bien jurídico como límite para el legislador y como vínculo del Derecho Penal con la realidad social fue retomada por von Liszt en 1888 (positivismo naturalista<sup>27</sup>). Este autor, dejando la concepción formal normativa de Binding, propugnó un rechazo de la sanción penal meramente retributiva, acogiendo una concepción naturalista sociológica y defendiendo una pena orientada a la prevención especial<sup>28</sup>. Para von Liszt, el bien jurídico no era un bien del Derecho, sino un bien de los hombres, reconocido y protegido por el Derecho, pero preexistente a éste; he allí su carácter de límite: el fin del derecho es proteger los intereses del hombre, vinculándose cualquier creación normativa al cumplimiento de dicho fin. Así, para este autor, el bien jurídico se definía como *"(...) el interés jurídicamente protegido. Todos los bienes jurídicos son intereses vitales del individuo o de la comunidad. El orden jurídico no crea el interés, lo crea la vida; pero la protección del Derecho eleva el interés vital a bien jurídico. (...) La necesidad crea la defensa y con el cambio de los intereses varía el*

---

*positivadel bien jurídico";* en igual línea, Hurtado Pozo y Prado Saldarriaga consideran la noción formal de bien jurídico proporcionada por Binding como tautológica, en tanto *"(...) se reduce a decir que un bien jurídico es un bien jurídicamente protegido. Aun cuando suponga el reconocimiento de la importancia vital de la protección jurídica de determinados bienes, no constituye una noción material de delito, útil para la labor legislativa".* HURTADO POZO, José y PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Manual de Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Cuarta edición, Idemsa, 2011, Lima, p14.

<sup>27</sup> Este autor distingue entre una ciencia normativa cuyo método es el dogmático, de las otras ciencias penales, entre las que destaca la **política criminal**, disciplinas que se consideran independientes. Para von Liszt, el bien jurídico se sitúa justo en el límite de estas dos disciplinas: *"Luego, para von Liszt, el bien jurídico está más allá del Derecho penal, se radica justamente en el punto de unión del Derecho penal con las otras ciencias penales, a través de la política criminal".* HORMAZÁBAL. Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho... op. cit., p48. Con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, las ideas de von Liszt fueron retomadas en el moderno Derecho Penal por las corrientes político criminales, sobre todo con ocasión del Proyecto Alternativo y el nuevo Código Penal Alemán de 1975.

<sup>28</sup> BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y otros. Curso de Derecho Penal. Parte General, Ediciones Experiencia, Barcelona, 2004, p113.

*número y la especie de los bienes jurídicos*<sup>29</sup>. Puede decirse entonces que, aunque no establece criterios para seleccionar los intereses preexistentes al legislador y merecedores de protección penal<sup>30</sup>, von Liszt recupera la función de límite del bien jurídico, al considerar que la protección por las normas es la protección jurídica que presta el orden del Derecho a los intereses de la vida.

De esta manera, para von Liszt, "Bien jurídico" y "Norma" son los dos conceptos fundamentales del Derecho; manifestando expresamente su desacuerdo con Binding, al señalar que éste "(...) *ha hecho de un modo enteramente parcial y arbitrario, del concepto de la norma, el eje (Angelpunkte), de todo el sistema jurídico penal, sin prestar ninguna atención al bien jurídico, para servir a la protección del cual está llamada la norma. (...) El defecto capital de la teoría de las normas está en la concepción puramente formalista del delito como una violación del deber de obediencia, en tanto que queda completamente relegada a segundo término la tendencia del crimen contra las condiciones de la vida de la comunidad humana jurídicamente organizada*"<sup>31, 32</sup>. Para este autor, los bienes jurídicos serían bienes del ser humano y no del derecho; pero que, cuando son asumidas por este último, se transforman en relaciones jurídicas; en resumen, puede decirse que para von Liszt, el fin del

---

<sup>29</sup> VON LISZT, Franz. Tratado de Derecho Penal, Tomo II, Traducido de la vigésima edición alemana por Luis Jiménez de Asúa, Segunda edición, Reus, Madrid, 1927, p2.

<sup>30</sup> Crítica efectuada en HURTADO POZO, José. Manual de Derecho Penal, Parte General I, Tercera edición, Grijley, 2005, Lima, p16. Este punto también es puesto en evidencia por Hormazábal, al señalar que la sacralización de la condición de la existencia humana como bien jurídico es una decisión política del Estado, lo que hace depender a dicho concepto de la voluntad estatal; HORMAZÁBAL. Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho... op. cit., p51. Al respecto, también ver: BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Manual de Derecho Penal. Parte General, cuarta edición, PPU, Barcelona, 1994, p104.

<sup>31</sup> VON LISZT. Tratado de Derecho Penal, Tomo II... op. cit., p3-4, nota al pie.

<sup>32</sup> A favor de la postura planteada por von Liszt, VALLE MUÑIZ señala: "(...) *el entender el fundamento del injusto como lesión de bienes jurídicos, le permitirá ver en estos un concepto límite a la vez que el punto de encuentro entre la ciencia jurídica y la política-criminal*". VALLE MUÑIZ. El Bien Jurídico Protegido en la Estafa... op. cit., p408.

ordenamiento jurídico penal sería la protección de bienes jurídicos, siendo su lesión lo determinante para la configuración del delito.

### **1.5. El neokantismo como rechazo al positivismo**

Tras la Primera Guerra Mundial, antes de que se inicie la Segunda, como reacción a los planteamientos positivistas, surgió el neokantismo; dándole un giro radical al concepto de bien jurídico y equiparando "valor" y "fin". En este período, la noción de bien jurídico experimentó un proceso de espiritualización que fertilizó el terreno para la posterior desaparición total del concepto de bien jurídico.

Se puede efectuar en el neokantismo una división entre las ciencias naturales y las ciencias culturales, lo que ha llevado a la doctrina a efectuar una división metodológica entre las ciencias del ser - Ciencias Naturales y las Ciencias del deber ser - Ciencias de la Cultura<sup>33</sup>.

#### **1.5.1. El rol teleológico del bien jurídico (ciencias naturales)**

Un primer método utilizado en el neokantismo redujo el bien jurídico a una función meramente teleológica. Éste fue planteado por Honig, para quien "(...) *el fin de los principios penales es la protección de los valores sociales, que son los que se constituyen en el objeto de protección del delito*"<sup>34</sup>, de modo que, la ciencia penal tenía por objeto proteger los valores que se enmarcaran dentro de dicho objetivo. Con Honig se produjo la espiritualización del concepto de

---

<sup>33</sup> Por todos, véase la distinción propuesta, entre otros, por BERDUGO. Curso de Derecho Penal. Parte General... op. cit., p116.

<sup>34</sup> HONIG, R. Die Einwilligung des Verletzten, Mannheim-Berlin Leipzig, 1919. Citado por HORMAZÁBAL. Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho... op. cit., p63.

bien jurídico, al quitar todo contenido real al mismo, enfatizando su inexistencia como objeto de protección y señalando que los bienes jurídicos solo eran producto de un pensamiento jurídico específico<sup>35</sup>.

Con esto último, Honig dejó la puerta abierta para que se llenara al bien jurídico de cualquier contenido, lo que con posterioridad facilitó el establecimiento del régimen nacional socialista en Alemania; el que encontró en este planteamiento tierra fértil para legitimar sus políticas autoritarias.

### **1.5.2.El bien jurídico como bien de la cultura (ciencias culturales)**

Este planteamiento neokantiano concebía al bien jurídico como un bien de la cultura social (exponentes de esta postura son Wolf y sus discípulos Thomas Wertenberger y Helmut Mittasch), en la que se sitúa la ética (Rickert), siendo la moral el criterio utilizado para determinar los bienes objeto de protección jurídica (bajo el manto de la moral se encuentra todo el universo de la cultura social): *"Proteger los bienes culturales sociales es tarea del derecho y cuando su protección se realiza desde el derecho penal, adquieren el carácter de bienes jurídicos"*<sup>36</sup>. Cabe aclarar que para Wolf –al igual que para von Liszt– los bienes jurídicos o los bienes de la cultura son preexistentes a la norma penal y sólo descubiertos por el Derecho, situándose entre el mundo de los valores ideales y la realidad<sup>37</sup>.

---

<sup>35</sup> Ibid., p64.

<sup>36</sup> HORMAZÁBAL. Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho... op. cit., p65.

<sup>37</sup> *"En consecuencia, tanto en el planteamiento de von Liszt como en de Wolf, se necesita un juicio de valor del Estado, sólo que el primero se hará desde una visión "naturalista" de la sociedad y el segundo desde un contenido eticizante propio del neoidealismo kantiano"*. AMELUNG K. Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, Frankfurt a M., Athenäum Verlag, 1972, p146ss, citado por HORMAZÁBAL. Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho... op. cit., p65-66. Incluso Mittasch llega a sustraer el bien jurídico de la realidad material, concibiéndolo no como

Al igual que con las ciencias neokantistas naturales, en el fondo estos planteamientos quitaban de contenido al bien jurídico, desvitalizándolo y permitiendo la introducción de las ideologías nacional socialistas dominantes en aquella época.

Especial mención merece el causalismo valorativo planteado por Mezger, quien, adhiriéndose a las ideas esbozadas por Honig respecto del fin teleológico del bien jurídico, utiliza como sinónimos para éste, los términos objeto de protección de la ley y objeto de ataque del delito (distinguiendo estos conceptos del objeto de la acción<sup>38</sup>). Este autor define al bien jurídico "(...) como el «valor objetivo» que la ley considera necesitado de protección, como el «fin» del precepto concreto de la ley, expresado en la fórmula más sencilla<sup>39</sup>. Para Mezger, los bienes jurídicos de los diferentes tipos penales no pueden ser interpretados sin tomar en cuenta su «telos» o fin; de manera que, en el hurto, en tanto el bien jurídico protegido no es solo la cosa, sino la propiedad sobre la misma, entendiendo por esta última un valor económico y no un mero concepto jurídico formal; será hurto no solo la sustracción de la cosa en el sentido de la sustancia, sino también la sustracción de la cosa considerada en su valor esencial económico<sup>40,41</sup>.

Mezger deja en claro que la determinación del bien jurídico debe realizarse siguiendo a la ley (línea directriz obligatoria), pero al mismo tiempo y de

---

algo real, sino como algo o vigente; sólo pudiendo hablarse de lesión de un bien jurídico en sentido figurado.

<sup>38</sup> Sobre la distinción, ver: MEZGER, Edmundo. Tratado de Derecho Penal, Tomo I. Traducido por José Arturo Rodríguez Muñoz, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, p384ss.

<sup>39</sup> Ibid., p403.

<sup>40</sup> Ibid., p404-405. También se puede ver en estas páginas el desarrollo de otros ejemplos.

<sup>41</sup> Respecto al bien jurídico objeto de protección en el delito de hurto, ver: CHANG KCOMT, Romy Alexandra. Derivaciones Civiles y Penales a partir del tratamiento del objeto de protección propiedad privada, de cara a la legislación penal. Tesis para obtener el título de licenciada en Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2006, p254ss.

modo necesario, con arreglo al Derecho Supralegal; conformado este último por el «total complejo de cultura», de la que el derecho surge y a la que se refiere regulándola; posibilitando esta última una consideración crítica de los fundamentos últimos del ordenamiento jurídico. Así, para Mezger, la referencia a un Derecho Supralegal supone una referencia a la idea racional del derecho, a los fines y metas que son inmanentes al mismo y al ordenamiento jurídico; no de algo trascendente al derecho<sup>42</sup>.

Esta referencia a la cultura en el concepto de bien jurídico es lo que viabilizó y legitimó el derecho penal durante el régimen nacional socialista, del que Mezger fue uno de sus principales representantes; siendo que, hasta antes del proceso de desnazificación al que fue sometido luego de la segunda guerra mundial<sup>43</sup>, defendió dicho régimen, señalando: *"La futura Administración de justicia penal considerará como su objetivo supremo el ponerse al servicio de la regeneración del pueblo. Pero esta meta incluye en sí dos misiones, a saber: el restablecimiento de la responsabilidad del individuo frente a la comunidad del pueblo y la eliminación en esta última de partes integrantes nocivas al pueblo y a la raza. La primera descansa en el «dogma del acto»; y la segunda, en el «dogma del autor»: reunidas ambas conducen al Derecho penal, en el nuevo Estado totalitario y populista, a una síntesis de pena retributiva y medidas de seguridad"*<sup>44</sup>.

## **1.6. El rechazo al concepto de bien jurídico**

---

<sup>42</sup> MEZGER. Tratado de Derecho Penal, Tomo I... op. cit., p405-408. *"Por ello, sólo es correcto concebir al injusto como una lesión del orden objetivo del Derecho, como una perturbación de la manifestación de voluntad reconocida y aprobada por el Derecho"*, p345.

<sup>43</sup> Al respecto, ver: MUÑOZ CONDE, Francisco. Edmund Mezger y el Derecho Penal de su Tiempo. Estudios sobre el derecho penal en el nacionalsocialismo, cuarta edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, p350ss.

<sup>44</sup> MEZGER, Edmundo. Criminología. Traducido por Conrado Finzi, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1942, p284.

Con la llegada del nacionalsocialismo (1933 a 1945), la diferencia entre derecho y moral desapareció: "(...) *Sólo habría de reconocer como única fuente del derecho al "espíritu del pueblo" cuya sabiduría era la única que estaba en condiciones de establecer lo que era correcto o incorrecto*"<sup>45</sup>. El surgimiento de la Escuela de Kiel supuso la introducción de la irracionalidad y de un nuevo derecho penal que se encontraba al servicio del régimen, el injusto se transformó en una contravención subjetiva al deber jurídico, para terminar legitimando al bien jurídico como un objetivo nacionalsocialista, racista, popular y alemán<sup>46</sup>.

El concepto de bien jurídico devenía en incómodo por ser incompatible con el carácter autoritario del régimen, máxime cuando contraponía el individualismo que le era inherente, con el carácter comunitario sustentado en la voluntad del pueblo. Al respecto, cabe precisar que por este último concepto, la ideología nacionalsocialista no entendía la suma de los individuos que viven en la comunidad, sino "(...) *un ser con entidad propia por encima de los individuos ligado por la sangre y al suelo de las generaciones pasadas, actuales y futuras*"<sup>47</sup>.

### **1.7. El regreso al Estado de Derecho Material**

Finalizada la Segunda Guerra Mundial se retomaron nuevamente los postulados iusnaturalistas, consagrándose en la Ley Fundamental Alemana de 1949, la proclamación de un Estado Social y Democrático de Derecho. Surgieron dos nuevas propuestas metodológicas en la teoría del delito: la planteada por Hellmuth Mayer y la propuesta por Hans Welzel (esta última dominante en aquella época).

---

<sup>45</sup> HORMAZÁBAL. Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho... op. cit., p69-70.

<sup>46</sup> Al respecto, ver: FERNÁNDEZ. Bien Jurídico y Sistema del Delito... op. cit., p32.

<sup>47</sup> HORMAZÁBAL. Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho... op. cit., p69.

Mayer considera que la concepción del delito como lesión de bienes jurídicos y del derecho penal como ciencia destinada a su exclusiva protección se encontraba incompleta. Considera que la función inmediata del derecho penal no es la de proteger bienes, sino la de mantener el orden moral del pueblo. Así, el injusto constituye una inadmisibles lesión de un orden moral realizado por una acción, determinando el carácter delictual de la misma por ciertos elementos a los que denomina "elementos subjetivos del injusto", los que expresan una modalidad de acción o una situación del autor. Para Mayer, el bien se encuentra fuera del ordenamiento jurídico, conformándose por un estado especial de la realidad vital externa concebible como objetivaciones de los valores culturales dominantes. Es justamente dicha concepción la que hace que el concepto de bien jurídico que maneja este autor difícilmente pueda ser considerado como límite para la actuación del derecho penal, en tanto, al mediatizar la protección de bienes jurídicos a un orden moral, termina haciendo depender la criminalización de conductas a la discrecionalidad del poder, el que muchas veces puede legitimarse en el orden moral<sup>48</sup>.

En Welzel, el Derecho Penal busca asegurar *"la vigencia de los valores positivos éticos sociales de los actos, tales como el respeto por la vida ajena, la salud, la libertad, la propiedad, etc"*<sup>49</sup>, los mismos que constituyen el sustrato ético social de las normas que conforman el ordenamiento jurídico penal<sup>50</sup>. En tal sentido, Welzel rechaza que la misión

---

<sup>48</sup> Ver referencias a Mayer en: Ibid., p77-81.

<sup>49</sup> WELZEL, Hans. Derecho Penal. Parte General, traducido del alemán por Carlos Fontán Balestra, Depalma, Buenos Aires, 1995, p2.

<sup>50</sup> Los finalistas, a diferencia de los neokantianos -quienes consideraban que los resultados de las Ciencias Culturales dependían exclusivamente de las valoraciones que el científico introducía en su consideración del objeto-, no consideran que el objeto de protección del delito sea la protección de los valores sociales, sino que el objeto que se desea analizar condiciona los resultados del razonamiento científico. En esta línea, para Welzel, "(...) *el método no determina el objeto de conocimiento, sino que, al contrario, el método de forma esencialmente necesaria, tiene que regirse*

primaria del Derecho Penal sea la tutela de bienes jurídicos<sup>51</sup>, siendo su misión central la de "(...) *asegurar la validez inviolable de esos valores* [vida ajena, salud, libertad, propiedad, etc], *mediante la amenaza y la aplicación de pena para las acciones que se apartan de modo realmente ostensible de esos valores fundamentales en el actuar humano*"<sup>52</sup>. Lo expuesto no significa que Welzel excluya de plano la protección de los bienes jurídicos o que niegue su vigencia, en tanto la incluye dentro de la prioritaria protección de los valores ético sociales: "(...) *es misión del derecho penal la protección de los valores ético-sociales elementales del sentir (de acción), y sólo después, incluido en él, el amparo de los bienes jurídicos individuales*"<sup>53</sup>. Al respecto, Roxin señala que si bien en sus resultados apenas se distingue entre la teoría propuesta por Welzel y la que defiende la tutela de los bienes jurídicos como misión del Derecho Penal, este autor confunde medios y fines: "(...) *la creación de respeto a la vida o propiedad ajena, etc., naturalmente no se produce como fin en sí mismo, sino para evitar daños a bienes jurídicos; con lo que sólo es medio para el fin de la protección de bienes jurídicos*"<sup>54</sup>. Así, lo esencial en el derecho penal en la tesis de Welzel no es la lesión de un bien jurídico, sino

---

*por el objeto como pieza ontológica del ser que se trata de investigar*"; ver: BERDUGO. Curso de Derecho Penal. Parte General... op. cit., p117.

<sup>51</sup> "(...) *la misión primaria del derecho penal no es el amparo actual de los bienes jurídicos; es decir, el amparo de la persona individual, de la propiedad, etc., pues es allí, precisamente, adonde, por regla general, llega su actuación demasiado tarde. Por encima del amparo de los bienes jurídicos individuales concretos, está la misión de asegurar la validez real (la observancia) de los valores del actuar según el pensamiento jurídico.* WELZEL. Derecho Penal. Parte General... op. cit., p3.

<sup>52</sup> Ibid., loc. cit.

<sup>53</sup> Ibid., p5.

<sup>54</sup> ROXIN, Claus. Derecho Penal, Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Tomo I. Traducido de la segunda edición alemana por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1997, p69. Así, "*El precepto penal del hurto nos conduce hacia la norma 'no debes hurtar' que protege la propiedad, que en este caso, sería un bien jurídico*", citando a Welzel, HORMAZÁBAL. Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho... op. cit., p85. El problema con el planteamiento de Welzel es que considera que toda norma penal prohíbe conductas inmorales: tanto una que "prohíbe hurtar", cuanto una que "prohíbe cometer incesto"; por lo que el desvalor lo constituye una conducta no ética prohibida (esto es a lo que la doctrina denomina "etización del Derecho Penal", ver HORMAZÁBAL. Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho... op. cit., p87ss).

la acción destinada a producir dicha lesión; de manera que lo que fundamenta para él la respuesta penal es la realización de la acción determinada finalmente por el autor<sup>55</sup>, no tanto la lesión de un bien jurídico.

Con posterioridad, la discusión en torno al bien jurídico fue renovándose, distinguiéndose entre tendencias sociológicas y tendencias jurídico-constitucionales; ambas vinculadas a postulados de política criminal; pero en el marco del denominado Estado Social y democrático de Derecho.

### **1.8. Tendencias sociológicas y su influencia actual**

En la primera mitad del siglo XX, la sociología pasa a proveer al derecho penal del insumo necesario para fundamentar racionalmente la coerción penal y su monopolio por el Estado, resaltándose básicamente dos corrientes: el funcionalismo sistémico (también denominado estructural funcionalismo o teoría sistémica) y el interaccionismo simbólico<sup>56</sup>.

El funcionalismo surge con la finalidad de superar las deficiencias del positivismo, pero sin perder de vista su mismo objeto: dar un orden a la sociedad capitalista<sup>57</sup>. Plantea que la realidad social se encuentra conformada no solo por cosas, sino por un complejo de conductas de rol; debiendo entenderse a la sociedad como un sistema total donde cada uno de sus aspectos no puede ser comprendido si no es en referencia al sistema total; el mismo que consiste en una pluralidad de actores individuales que interactúan en una determinada situación, motivados por

---

<sup>55</sup> HORMAZÁBAL. Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho... op. cit., p88.

<sup>56</sup> Ibid., p93.

<sup>57</sup> BUSTOS RAMÍREZ, Juan. II. Criminología y evolución de las ideas sociales. En: BERGALLI, Roberto; BUSTOS RAMÍREZ, Juan y Teresa MIRALLES. El pensamiento criminológico I. Un análisis crítico, Ediciones Península, Barcelona, 1983, p35.

expectativas recíprocas<sup>58</sup>. De esta manera, conforme lo señala Radcliffe-Brown, "(...) *un sistema social (la estructura social total de una sociedad juntamente con la totalidad de las usanzas sociales, en que aquella estructura se manifiesta y de las cuales depende para seguir existiendo) tiene cierto tipo de unidad que podemos llamar unidad funcional. Podemos definirla como una situación en la que todas las partes del sistema social funcionan juntas con un grado suficiente de armonía o de congruencia interna, esto es, sin producir conflictos persistentes que no pueden resolverse ni reglamentarse*"<sup>59</sup>. El factor de cohesión que viabilizaría dicha armonía o congruencia interna entre las partes, sería la presencia de un código moral o sistema de valores compartido entre los actores sociales (normas morales); de manera que el conflicto social constituiría una desviación de dichas normas morales, es decir, una falla en los procesos de socialización<sup>60</sup>.

Efectuando una proyección de los postulados funcionalistas sistémicos en el Derecho, Luhmann planteó que en las sociedades actuales éste cumplía como función la de institucionalizar la confianza, reemplazando para ello la confianza personal entre los actores sociales en el cumplimiento de las expectativas, por la confianza en el Derecho; llevando con ello el positivismo jurídico hasta sus últimas consecuencias, al prescindir del sujeto actuante<sup>61</sup>. Esta pretendida neutralidad valorativa, así como el

---

<sup>58</sup> HORMAZÁBAL. Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho... op. cit., p96-98.

<sup>59</sup> Traducción propia del siguiente texto: "(...) *a social system (the social structure of a society together with the totality of social usages, in which the structure appears and on which it depends for its continued existence) has a certain kind of unity, which we may speak of as a functional unity. We may define it as a condition in which all parts of the social system work together with a sufficient degree of harmony or internal consistency, i.e., without producing persistent conflicts which can neither be resolved nor regulated.*" Radcliffe-Brown, A.R. On the concept of function in social science, p397. En: American Anthropologist, volume 37, Issue 3, «<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1525/aa.1935.37.3.02a00030/pdf>». Fecha de consulta: 16 de enero del 2013.

<sup>60</sup> HORMAZÁBAL. Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho... op. cit., p98-101.

<sup>61</sup> Ibid., p102-103.

asentamiento en 1960 de una nueva clase social media y una burguesía ligada a la prestación de servicios, generó críticas contra el funcionalismo; surgiendo como propuesta alternativa el interaccionismo simbólico<sup>62</sup>.

El interaccionismo simbólico, a pesar de que también tiene como objetivo viabilizar una sociedad armónica, constituye una teoría de la significación que pone énfasis en el sujeto; "(...) *se caracteriza por prestar atención casi exclusiva a la comprensión de la acción social desde el punto de vista del actor*"<sup>63</sup>; considerando al sujeto como un ser reflexivo que participa en una constante interacción de significados y símbolos que acontece en su interior, siendo las significaciones algo externo y social que el individuo aprende<sup>64</sup>. Parte de tres premisas básicas: "a) *los seres humanos buscan ciertas cosas sobre la base del significado que esas cosas tienen para ellos, b) estos significados constituyen el producto de la interacción social en las sociedades humanas, y c) tales significados resultan tratados y explicados a través de un proceso interpretativo que es utilizado por cada individuo para asociar los signos que él encuentra*"<sup>65</sup>. Concebir al individuo y a la sociedad como unidades inseparables que se encuentran en constante interrelación, le valió al interaccionismo simbólico diversas críticas en torno a la ausencia de estructuras sociales objetivas a las que conllevaba la absolutización del cómo, la comunicación y la significación (la

---

<sup>62</sup> BUSTOS RAMÍREZ. II. Criminología y evolución de las ideas sociales... op. cit., p39.

<sup>63</sup> CARAÑA, Julio y Emilio LAMO DE ESPINOSA. Resumen y valoración crítica del interaccionismo simbólico. En: JIMÉNEZ BLANCO, José y Carlos MOYA VALGAÑÓN (dir). Teoría Sociológica Contemporánea, Tecnos, Madrid, 1978, p288.

<sup>64</sup> "Lo que el lenguaje permite, por tanto, es un continuo autocondicionamiento: el individuo se hace presente mediante el símbolo la reacción que significa, y modifica su conducta según eso. El condicionamiento se produce ahora en el interior del organismo y por el sujeto mismo. (...) La conciencia de la propia experiencia no es aún conciencia en sí; lo característico de la persona es su reflexividad el ser un objeto para sí. Reflexividad que proviene del hecho de que se tiene conciencia de sí tomando las actitudes de los otros; es un verse a sí mismo desde el reflejo que uno produce en los otros, un saberse a sí mismo a través de los otros". Ibid., p281.

<sup>65</sup> BERGALLI, Roberto. La recaída en el delito: Modos de reaccionar contra ella. La perspectiva histórico-penal en la República Argentina y su análisis según el enfoque del etiquetamiento – "labelling approach"-, Sertesa, Barcelona, 1980, p215.

comunicación o la significación no pueden reemplazar al objeto mismo, a las estructuras sociales en que la comunicación y la significación se dan)<sup>66</sup>. No obstante ello, esta corriente sociológica influyó en la criminología, inspirando la teoría de la reacción social (también denominada *labelling approach*), la que gira en torno a la respuesta social que produce el comportamiento desviado (concretamente, en las formas que asume el control de dichos comportamientos) y deja de lado la búsqueda de las causas del comportamiento criminal<sup>67</sup>.

Ahora bien, estas tendencias en torno a la sociología han inspirado diversos planteamientos en el ámbito penal, muchos de los cuales influyen incluso en nuestros días.

Así, por ejemplo, desde una perspectiva funcionalista sistémica, Amelung buscó delimitar el ámbito de intervención del Derecho Penal condicionando el contenido del bien jurídico al análisis de la dañosidad social que determinada conducta podría generar al sistema social o a su permanencia<sup>68</sup>. Este autor se limitó a evaluar la funcionalidad o disfuncionalidad de la conducta para con el sistema, percibiendo al delito "*(...) como una disfunción: sólo la comisión repetida de dichas acciones individuales puede ocasionar un perjuicio al sistema social debido a la perturbación causada a la "interacción social. (...) La función de las normas es, por lo tanto, asegurar las condiciones de la vida en común, mientras que su objetivo particular es la finalidad que el legislador se fija*

---

<sup>66</sup> BUSTOS RAMÍREZ. II. Criminología y evolución de las ideas sociales... op. cit., p42.

<sup>67</sup> HORMAZÁBAL. Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho... op. cit., p107.

<sup>68</sup> Respecto al término dañosidad social resulta necesario tomar en cuenta que el mismo trae consigo una serie de dificultades, en tanto se encuentra marcado por una finalidad coyuntural, "*(...) concretamente, la de excluir del ámbito jurídico-penal los hechos exclusivamente inmorales*", lo que podría conllevar a la protección de valores morales, o de determinadas estrategias políticas que desnaturalizarían la misión del Derecho Penal (consecuencias a las que –como se verá más adelante– también se podría arribar con la defensa de un funcionalismo extremo, aquí rechazado). Ver: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo, Bosch Editor, Barcelona, 1992, p269ss.

concretamente. Esta finalidad es el juicio de valor implícito en la norma, es decir, el bien jurídico<sup>69</sup>. De esta manera, no se protegía a la persona en sí misma, sino en interés de la sociedad, a la que también podría sacrificarse en aras de la protección del sistema<sup>70</sup>; constituyendo el delito un caso especial de fenómeno disfuncional que implicaba una contradicción con una norma institucionalizada para resolver el problema de la supervivencia de la sociedad<sup>71</sup>. Amelung restringió su concepción a través de decisiones valorativas fundamentales plasmadas en los artículos 1 y 2 de la Constitución de la República Federal Alemana<sup>72</sup>; aunque, como lo señala Roxin, resulta evidente la contradicción entre esta referencia a una restricción material y el punto de partida de su teoría que implica un rechazo del bien jurídico como criterio de lesividad del hecho punible<sup>73</sup>. En esta misma línea, Hormazábal señala que el planteamiento de Amelung no abarca los alcances de la exclusiva protección de bienes jurídicos, en tanto el contenido del bien jurídico se hace derivar de las condiciones de mantenimiento de una determinada estructura social que mediatiza y encubre las necesidades reales de los individuos en dicha estructura<sup>74</sup>.

---

<sup>69</sup> Citando a Amelung, HURTADO POZO. Manual de Derecho Penal, Parte General I... op. cit., p20.

<sup>70</sup> ROXIN. Derecho Penal, Parte General. Tomo I... op. cit., p68.

<sup>71</sup> AMELUNG, K. Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, Frankfurt a M., Athenäum Verlag, 1972, p358. Citado por HORMAZÁBAL. Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho... op. cit., p110.

<sup>72</sup> **Artículo 1 de la Constitución de la República Federal Alemana.-**

1. *La dignidad del hombre es sagrada y constituye deber de todas las autoridades del Estado su respeto y protección.*
2. *El pueblo alemán reconoce, en consecuencia, los derechos inviolables e inalienables del hombre como fundamento (Grundlage) de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo.*
3. *Los derechos fundamentales que se enuncian a continuación vinculan al Poder Legislativo, al Poder Ejecutivo y a los tribunales a título de derecho directamente aplicable.*

**Artículo 2 de la Constitución de la República Federal Alemana.-**

1. *Cada uno tendrá derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad, en tanto no vulnere los derechos de otro y no atente al orden constitucional (verfassungsmässige Ordnung) o a la ley moral (Sittengesetz).*
2. *Cada uno tendrá derecho a la vida y a la integridad física y será inviolable la libertad de la persona. Estos derechos sólo podrán verse afectados en virtud de una ley.*

<sup>73</sup> ROXIN. Derecho Penal, Parte General. Tomo I... op. cit., p68.

<sup>74</sup> HORMAZÁBAL. Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho... op. cit., p112.

Dentro de las posturas sociológicas (con base funcionalista o interaccionista simbólica) también encontramos otros autores, como es el caso de Hassemer<sup>75</sup> y Calliess<sup>76</sup>; siendo tal vez desde la perspectiva sistémica la postura de Jakobs la más coherente por no plantear legitimación material del derecho desde el bien jurídico, sino de la mera vigencia de la norma penal<sup>77</sup>, lo que también le ha valido ostentar una gran influencia en América Latina<sup>78</sup>.

La corriente funcionalista radical encabezada por Jakobs establece que la misión del Derecho Penal no es la de tutelar bienes jurídicos, sino la de mantener la vigencia de la norma o la estabilidad del sistema<sup>79</sup>. Para el representante de la Escuela de Bonn, la tesis de la protección de bienes jurídicos implica considerar la existencia de bienes previos al Derecho Penal, o constituidos por éste, de cuya integridad éste debe ocuparse<sup>80</sup>. Para Jakobs, esta teoría acierta en designar qué situaciones han de

---

<sup>75</sup> Sobre los planteamientos de este autor en torno al bien jurídico, ver: HASSEMER, Winfried. Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico. En: Doctrina Penal, Año 112, N° 45 a 48, Depalma, Buenos Aires, 1989, p275ss.

<sup>76</sup> CALLIESS, Rolf-Peter. Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat, Frankfurt, 1974. Citado por HORMAZÁBAL. Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho... op. cit., p119ss.

<sup>77</sup> Al respecto, ver: HORMAZÁBAL. Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho... op. cit., p112.

<sup>78</sup> Ver, entre otros: LUNA CASTRO, José Nieves. La concepción funcionalista y de unidad sistémica de la seguridad jurídica, como justificación para unificar la legislación penal mexicana. En: Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia, N° 12, julio-diciembre 2008, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, «<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/refjud/cont/12/cle/cle12.htm>», fecha de consulta: 17 de enero del 2013; CARO JOHN, José Antonio. Normativismo e imputación jurídico-penal: estudios de derecho penal funcionalista, Ara, Lima, 2010; GARCÍA CAVERO, Percy. Derecho Penal. Parte General, segunda edición, Jurista editores, Lima, 2012; ALCÓCER POVIS, Eduardo Giancarlo. La inclusión del enemigo en el derecho penal, Reforma, Lima, 2009; entre otros.

<sup>79</sup> "El derecho penal garantiza la vigencia de la norma, no la protección de bienes jurídicos". JAKOBS, Günther. ¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?. En: El Funcionalismo en Derecho Penal. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p43.

<sup>80</sup> Ver: JAKOBS, Günther. Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal. Traducido por Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez, Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004, p51.

considerarse bienes<sup>81</sup>; pero deja de lado la misión específica del Derecho Penal, "(...) *al confundir indebidamente bajo el mismo rasero 'perturbación por haber lesionado el bien', las fuerzas de la naturaleza, o el comportamiento humano no evitable con el comportamiento imputable –el único que interesa al Derecho penal*"<sup>82</sup>. En otras palabras, para Jakobs, la teoría del bien jurídico podría llevar a la extraña consecuencia de que en ocasiones el Derecho Penal no se preocupe de la pérdida de sus bienes, como por ejemplo ocurriría con la vida en los casos de muerte por decrepitud senil, o con la propiedad en los casos en los que una cosa se estropee con el tiempo. Por lo expuesto, este autor considera que, en lugar de establecerse que el Derecho Penal protege bienes jurídicos, debe señalarse con mayor acierto que el mismo garantiza la expectativa de que no se produzcan ataques a bienes<sup>83</sup>, es decir, la vigencia de la norma; protegiendo bienes sólo de modo mediato y parcial<sup>84</sup>: "(...) *se debe definir como el bien a proteger la firmeza de las expectativas normativas esenciales frente a la decepción, firmeza frente a las decepciones que tiene el mismo ámbito de vigencia de la norma puesta en práctica; este bien se denominará a partir de ahora bien jurídico-penal*"<sup>85</sup>.

En tal sentido, para Jakobs el delito es la desautorización de la norma, la falta de fidelidad al ordenamiento jurídico actuada; y la pena, la negación

---

<sup>81</sup> Este autor entiende por bienes: "(...) *situaciones valoradas positivamente y por tanto "buenas" para el que valora*", como la vida, la propiedad, la salud, etc. En: JAKOBS, Günther. Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. Traducido por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzáles de Murillo, segunda edición, Marcial Pons, Madrid, 1997, p45.

<sup>82</sup> Ibid., p45-46.

<sup>83</sup> "(...) *el derecho penal ya no garantiza la existencia de los bienes jurídicos en sí, sino sólo que las personas no ataquen esos bienes, y, de manera correspondiente, únicamente en esta medida se tratará de bienes jurídicos, por lo demás, de meros bienes que pueden perecer*". JAKOBS. ¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?... op. cit., p42.

<sup>84</sup> "*El derecho penal protege la vigencia de la norma, y sólo de modo mediato y parcial también bienes*", en: JAKOBS. Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal... op. cit., p56.

<sup>85</sup> JAKOBS. Derecho Penal. Parte General... op. cit., p45.

a esa desautorización (la confirmación de la estructura)<sup>86</sup>. Resalta, además de la falta de un concepto uniforme de bien jurídico, dos objeciones básicas contra la teoría del bien jurídico:

a) Aunque puede concebir el bien en relación con su titular, no puede asegurar la necesidad de asegurar dicho bien jurídico penalmente, ello en tanto *"Sólo el interés público en la conservación de un bien lo convierte en bien jurídico, y éste no siempre se refiere sólo a la conservación de bienes"*<sup>87</sup>, de manera que, para Jakobs, **el interés público es el que determina, con prescindencia del bien jurídico, lo que debe ser protegido o no por el Derecho Penal.**

b) Asimismo, para Jakobs, ni siquiera los bienes reconocidos por el Derecho Penal gozan de protección absoluta, en tanto la sociedad no es una institución que sirva para su conservación u optimización, siendo que en algunas ocasiones dichos bienes se sacrifican a efectos de posibilitar el contacto social permitido (lo que puede designarse a la vez como un bien): *"(...) en realidad sólo hay bienes jurídicos si (y en la medida en que) están desempeñando una 'función', es decir, en la medida en que están en la vida social surtiendo efectos y recibéndolos. La vida, la salud, la libertad, la propiedad, etc., no están simplemente 'ahí', sino que su esencia reside en desempeñar una función, es decir, en la conexión social de ejercer efectos y recibirlos"*<sup>88</sup>; por lo expuesto, para Jakobs, una norma no puede proteger a un bien contra todos los riesgos, sino solo –y de manera secundaria– contra los que no sean consecuencia necesaria del contacto social permitido; en tal sentido, para la postura defendida por este autor –y rechazada en el presente

---

<sup>86</sup> JAKOBS. ¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?... op. cit., p54.

<sup>87</sup> JAKOBS. Derecho Penal. Parte General... op. cit., p56.

<sup>88</sup> WELZEL, citado por Jakobs: Ibid., loc. cit.

trabajo- **la esencia del Derecho Penal no sería el bien jurídico, sino la función que desempeña en la sociedad.**

Al respecto, considero que ambas críticas no logran descartar o negar la existencia del bien jurídico; muy por el contrario, las críticas expuestas solo corroboran que el bien jurídico no debe ser analizado de manera aislada, sino tomando en cuenta otros referentes: léase, principios de subsidiariedad, mínima intervención, fragmentariedad, entre otros; siendo evidente que el Derecho Penal no protege todos los ataques contra un bien jurídico, sino sólo los más graves, careciendo de fundamento la crítica de quien encabeza la escuela de Bonn para descalificar la teoría del bien jurídico como elemento que define el concepto material de delito<sup>89</sup>. En este extremo, Roxin señala que *"(...) si se considera que el cometido del Derecho penal es la protección de bienes jurídicos, ello no quiere decir que tenga que castigarse toda lesión de bienes jurídicos sin tener en cuenta las modalidades de la misma; sino que hay que recordar que el Derecho penal sólo protege los bienes jurídicos **subsidiariamente y que debe abstenerse de intervenir cuando, como sucede en el caso de falta de ánimo de lucro o de apropiación, el problema se puede solucionar con los medios del derecho civil"***<sup>90</sup>.

Asimismo, considero que el presupuesto planteado por Jakobs (respecto a que el interés público, con prescindencia del bien jurídico, es el que determina lo que debe ser protegido por el Derecho Penal) tampoco legítima su teoría, en tanto nos conduce inmediatamente a la interrogante

---

<sup>89</sup> Una crítica a los postulados jakobsianos desde la sistemática de la teoría de injusto, en: ROXIN, Claus. El injusto penal en el campo de tensión entre protección de bienes jurídicos y libertad individual. Traducido por Raúl Pariona Arana. En: MAIER, Julio B. y Gabriela E. CÓRDOBA. ¿Tiene un futuro el Derecho penal?, Ad Hoc, Buenos Aires, 2009, p85-90.

<sup>90</sup> ROXIN. Derecho Penal, Parte General. Tomo I... op. cit., p69-70. También en: ROXIN, Claus. Sentido y límites de la pena estatal. En: Problemas Básicos del Derecho Penal, traducido por Diego-Manuel Luzón Peña, Reus, Madrid, 1976, p21ss.

en torno a quién determina el interés público; con lo cual su postura no resultaría de aplicación en estados en los cuales, a pesar de existir un reconocimiento constitucional, no se aplican en el plano fáctico los postulados de un Estado Democrático de Derecho<sup>91</sup> (como por ejemplo suele ser el común denominador en las realidades latinoamericanas<sup>92</sup>); afirmar ello, podría conllevar a legitimar incluso regímenes como el nacional-socialista<sup>93</sup>. Por otro lado, resulta difícil encontrar un ejemplo de la intervención del Derecho Penal sobre determinado interés público que no tenga referencia alguna a un bien jurídico<sup>94</sup>; a mi parecer ello **necesariamente** escaparía de lo establecido en el dispositivo constitucional, el mismo que debe ser eje del ordenamiento jurídico, generándose una contradicción con el plano normativo-positivista (curiosamente, el punto de partida del modelo propuesto por Jakobs).

Así, este autor, al rechazar el contenido material del bien jurídico (léase fundamento ontológico del mismo) y proponer como objeto de protección

---

<sup>91</sup> Esto sobre todo en países como el Perú, y bajo gobiernos como el de Alberto Fujimori Fujimori (década del 90), en el que a pesar de que el Perú se autorregulaba como un Estado Social y Democrático de Derecho, en la realidad regían postulados dictatoriales que restringían las libertades de expresión e información (verbigracia, videos que registran un pago a los dueños de canales de televisión por el ex asesor presidencial Vladimiro Montesinos Torres, a fin de mantener cierta línea periodística).

<sup>92</sup> Con relación a este tema y en el intento de llegar a la configuración de un sistema legal unificado para Latinoamérica, Berdugo pone en evidencia el contraste que existe entre las realidades latinoamericanas y el sesgo con el que se han legislado ciertas instituciones en sus ordenamientos, lo que afirma probablemente se explica en la variación de las condiciones socio políticas acontecidas en la historia de estos países: *"Este cambio tal vez explique por qué se ha optado en ellas por el mero análisis formal y dogmático, sin considerar la realidad a la que el Proyecto iba dirigido, con el consiguiente olvido de la función que debe cumplir el Derecho (...)"*. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. Nota bibliográfica efectuada al libro de BUSTOS RAMÍREZ, y VALENZUELA BEJAS: Derecho Penal Latinoamericano comparado. T. I. Parte General, Depalma, Buenos Aires, 1981. En: Cuadernos de Política Criminal, N° 20, Edersa, Madrid, 1983, p615.

<sup>93</sup> Respecto a esta crítica, Jakobs señala que se trata de un punto de partida político y no científico, siendo que esta crítica también es de aplicación para los defensores de la teoría del bien jurídico, en tanto ésta tampoco conoce potencial crítico alguno. Ver: JAKOBS. ¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?... op. cit., p53; y, JAKOBS. Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal... op. cit., p59.

<sup>94</sup> Cabe resaltar que en su Manual de Parte General, Jakobs no proporciona ejemplo alguno en el que el interés público no se refiera a la conservación de bienes. Ver: JAKOBS. Derecho Penal. Parte General... op. cit., p56.

del derecho penal la estabilidad normativa, olvida que en un Estado Social y Democrático de Derecho, la norma no tiene como única finalidad buscar un mero deber de obediencia por parte de los ciudadanos; sino que, más bien, debe apuntar a la consecución de un determinado comportamiento por parte de los mismos, orientado a que se cumpla el objetivo fundamental de dicho modelo de estado, que es que el individuo conviva de forma pacífica, libre y respetuosa de los derechos de los miembros de la sociedad. Lo expuesto cobra especial relevancia si se toma en cuenta que el planteamiento de Jakobs también se aparta de consideraciones de política criminal que corresponden a la realidad socio cultural en la que se desarrolla el Derecho Penal, al señalar que *"la perspectiva funcional no está atada a un modelo social determinado"*<sup>95</sup>, creando un sistema funcional neutral que -en tanto neutral- podría legitimar cualquier tipo de organización; haciendo depender del tipo de sociedad, el contenido del sistema<sup>96</sup>.

En esta línea, la doctrina ha rechazado decididamente lo planteado por Jakobs: *"(...) al afirmar la funcionalidad o disfuncionalidad de un comportamiento en relación a (sic) un sistema no se está efectuando ninguna valoración sobre la naturaleza de este último. Con ello se está abandonando el eje liberal de la teoría del bien jurídico y su procedencia del individuo, lo que es básico si se suscribe, como lo hacen nuestros países, un sistema social personalista, de orientación por tanto hacia el individuo"*<sup>97</sup>.

---

<sup>95</sup> JAKOBS, Günther. Sociedad, Norma y Persona en una Teoría de un Derecho Penal Funcional. En: Bases para una Teoría Funcional del Derecho Penal, traducido por Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez, Palestra Editores, Lima, 2000, p31.

<sup>96</sup> CARO CORIA, Dino Carlos. El Derecho Penal del Ambiente –Delitos y Técnicas de Tipificación–, Gráfica Horizonte, Lima, 1999, p26.

<sup>97</sup> Por todos, ver BERDUGO. Reflexiones sobre la problemática del bien jurídico... op. cit., p52.

Hurtado Pozo resume ciertas críticas, señalando que esa manera de concebir los bienes jurídicos resulta del todo inaceptable, así considera que la seguridad de las expectativas sociales no puede estar por encima de la vida, la salud, la propiedad o de cualquier otro bien jurídico individual o colectivo<sup>98</sup>. Lo mismo es afirmado por Bustos y Hormazábal, quienes manifiestan que: *"(...) de ningún modo por encima del individuo puede haber otros intereses de grupo o de conservación o funcionamiento del sistema social"*, para estos autores, en un Estado Social y Democrático de Derecho, la selección de conductas sancionadas por el Derecho Penal debe estar condicionada al respecto de la libertad y dignidad de las personas y sus necesidades<sup>99</sup>. En igual línea se encuentra Hassemer, quien considera inviable cualquier postura que deje de lado el concepto de bien jurídico, estableciendo que *"(...) una prohibición de una conducta bajo amenaza penal que no pudiera remitirse a un bien jurídico sería terror de Estado. Sería nada menos que una intromisión en la libertad humana de actuación respecto a la cual el Estado injerente no puede decir con qué fin la lleva a cabo. Dicho «fin» es el lugar que tradicionalmente ocupa el concepto de bien jurídico"*<sup>100</sup>.

Al respecto, considero que el mantenimiento de la estabilidad y el funcionamiento del sistema social (en determinada época y contexto histórico) no puede ser considerado el fin último en sí y por sí, en tanto se encuentra en función de la defensa y el desarrollo de ciertos bienes que constituyen el fin último y que dan significado a las expectativas de comportamiento. En un estado en el que se constata una contradicción

---

<sup>98</sup> Ver críticas en HURTADO POZO. Manual de Derecho Penal, Parte General I... op. cit., p22.

<sup>99</sup> BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. y Hernán HORMAZÁBAL MALARÉE. Lecciones de derecho penal, volumen I, Trotta, Madrid, 1997, p59.

<sup>100</sup> HASSEMER, Winfried. ¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?. Traducido por Beatriz Spínola Tártalo. En: HEFENDEHL, Roland (ed.). La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007, p103.

entre lo plasmado normativamente y lo que acontece en la realidad (discrepancia entre el hecho y el derecho), como por ejemplo es el caso de Perú y Brasil, un sistema como el propuesto por Jakobs puede devenir en contrario al fundamento esencial de lo que en las Constituciones se recoge como la premisa del ordenamiento jurídico: la dignidad de la persona humana, eje común en las constituciones peruana<sup>101</sup>, brasilera<sup>102</sup> y española<sup>103</sup>. A mi parecer, el modelo penal sistémico propuesto por Jakobs, que asigna al Derecho Penal como principal misión la de proteger la vigencia de las normas, es inviable en estados latinoamericanos en los que no se han concretizado en el plano fáctico todos los postulados de un Estado Social y Democrático de Derecho; los que, en su gran mayoría, se encuentran en una etapa de transición.

En este contexto, la desarticulación que supone el modelo de Jakobs respecto de los postulados de política criminal, resulta incompatible si no se cuenta con un Estado sustentado en bases democráticas sólidas (que tenga un correlato en normas que son de aplicación en el plano fáctico); sobre todo cuando el bien jurídico constituye un límite para la intervención del derecho penal que encuentra su legitimación en las premisas

---

<sup>101</sup> **Artículo 1 de la Constitución Política del Perú de 1993.**- *"La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado".*

<sup>102</sup> **Artículo 1 de la Constitución de la República Federativa del Brasil de 1988.**- *"La República Federal del Brasil, formada por la unión indisoluble de los Estados y Municipios y del Distrito Federal, se constituye en Estado Democrático de Derecho y tiene como fundamentos: I. la soberanía; II. la ciudadanía; III. la dignidad de la persona humana; IV. los valores sociales del trabajo y la libre iniciativa; V. el pluralismo político".* Traducción libre del siguiente texto: *"A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I. a soberania; II. a cidadania; III. a dignidade da pessoa humana; IV. os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V. o pluralismo político".*

<sup>103</sup> **Artículo 10.1 de la Constitución Española de 1978.**- *"La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social".*

establecidas en la Constitución, lo que hace que las teorías constitucionales del bien jurídico cobren especial importancia<sup>104</sup>.

### 1.9. Tendencias jurídico-constitucionales

Las teorías constitucionales del bien jurídico originalmente adquirieron importancia en Italia<sup>105</sup>. Conciben a la Constitución como fuente de la que se deben derivar los bienes jurídicos penales, tras considerarla como norma fundante del ordenamiento jurídico. Este planteamiento se explica en el hecho de que la sanción penal implica *per se* la vulneración de la libertad del ciudadano (derecho reconocido en la Constitución), cuyo menoscabo únicamente se justifica en aras de la protección de otro derecho fundamental; así, "(...) *la sanción penal puede ser adoptada sólo en presencia de la violación de un bien, el cual, aunque no sea de igual grado que el valor (libertad personal) sacrificado, cuente al menos con relevancia constitucional*"<sup>106</sup>. De este modo, la Constitución ya no sería enfocada como la norma que fundamenta el ilícito penal, encontrándose obligado el legislador a tomar en cuenta para la creación de normas

---

<sup>104</sup> "El desarrollo de límites sustantivos a la legislación penal desde los principios político-criminales del orden constitucional democrático-liberal es desde luego una tarea de los juristas, tanto da que se lleve a cabo por la doctrina o por la jurisdicción constitucional". ROXIN, Claus. ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho Penal?. Traducido por Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno. En: HEFENDEHL (ed.). La teoría del bien jurídico... op. cit., p457.

<sup>105</sup> Así tenemos: PULITANÓ, para quien "el sistema de los bienes jurídicos constitucionales es el necesario marco de referencia de un sistema penal renovado"; BRICOLA, quien considera que "el ilícito penal sólo es tal, cuando se concreta en la lesión a un valor constitucional relevante, ya que es la propia Constitución la que determina –y lo hace de manera vinculante– la política de los bienes penalmente tutelables por la ley". Citados por FERNÁNDEZ. Bien Jurídico y Sistema del Delito... op. cit., p51.

<sup>106</sup> BRICOLA, Franco. Teoría General del Delito. Traducido por Diana Restrepo Rodríguez, Editorial IB de F, Montevideo-Buenos Aires, 2012, p34-35. En igual línea, Ferrajoli señala: "*Cierto que nuestra Constitución, aun supeditando el contenido de las prohibiciones penales al respecto a otros principios (de libertad, de igualdad, etc), no contiene norma alguna que enuncie expresamente la garantía de la lesividad. Sería ilógico, sin embargo, entender que admita privaciones de un bien constitucionalmente primario, como es la libertad personal, si no es para evitar ataques a bienes de rango igualmente constitucional*". FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal, traducido por Perfecto Andrés Ibáñez y otros, Trotta, Madrid, 1995, p474-475. El resaltado es propio.

penales, preceptos constitucionales que establecen determinada ideología del Estado; de esta manera, por ejemplo, Bricola señala con acierto que la creación de un ilícito penal debe tomar en cuenta la función que el Estado busca cumpla la pena<sup>107</sup>, agregando que *"La definición del delito acogida por nosotros desde un punto de vista sustancial (como hecho lesivo de un valor constitucionalmente relevante cuya significatividad es un elemento que condiciona la medida abstracta de la pena criminal) introduce para el legislador penal un margen de vinculación en el ámbito de la preparación de la norma"*<sup>108</sup>. Es por esta razón que Donini, en el prólogo efectuado a la obra de Bricola, establece que la principal innovación de la misma es ver en el texto constitucional no solo un límite, sino un fundamento del derecho penal<sup>109</sup>.

La profundización sobre el contenido del texto constitucional y sobre el modelo de sociedad que se encuentra recogido en éste ha traído consecuencias directas en el ámbito penal, al marcar la pauta sobre lo que se debe y sobre lo que no se debe proteger; y, por tanto, al dar contenido a los bienes jurídico-penales susceptibles de protección.

No obstante lo expuesto, conforme lo ha resumido la doctrina<sup>110</sup>, se han formulado contra las teorías constitucionales algunas objeciones centrales:

a) **Primera objeción:** Una débil fundamentación, en tanto considera como función primordial de la Constitución establecer las claves fundamentales del ejercicio político y no regular los comportamientos de

---

<sup>107</sup> BRICOLA. Teoría General del Delito... op. cit., p43.

<sup>108</sup> Ibid., p44.

<sup>109</sup> DONINI, Massimo. Un Derecho Penal fundado en la carta constitucional: razones y límites. La experiencia italiana. Traducido por Cristina Méndez Rodríguez. En: Revista Penal, N° 8, La Ley, Julio 2001, p24ss.

<sup>110</sup> Ver, entre otros: GARCÍA RIVAS, Nicolás. El Poder Punitivo en el Estado Democrático, Ediciones de la Universidad Castilla-La Mancha, Cuenca, 1996, p51; y, MIR PUIG, Santiago. El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho, Ariel, Barcelona, 1994, p160ss.

los ciudadanos entre sí. En esta línea, Mir Puig –a efectos de evidenciar que además del bien jurídico debe recurrirse a otros criterios para limitar la intervención penal- señala que *"El reconocimiento de bienes y derechos que se efectúa en la Constitución tiene ante todo por objeto fijarlos como límites que deben respetar los poderes públicos. Aunque, además, también se imponga el respeto de tales derechos a los ciudadanos, el criterio primario de selección de los mismos sigue siendo el de orden político mencionado"*<sup>111</sup>.

Respecto de esta primera crítica, el mismo García Rivas la califica de infundada, en tanto si bien la Constitución no se promulga con la finalidad de ofrecer un catálogo de bienes jurídicos para el legislador, resulta incuestionable que tiene como función consolidar normativamente el orden de valores imperante en una determinada sociedad. En esta línea, García de Enterría señala que la Constitución *"(...) no es la norma que define en un instrumento único o codificado la estructura política superior de un Estado, sino, precisamente, la que lo hace desde unos determinados supuestos y con un determinado contenido"*<sup>112</sup>; en tal sentido, si bien podemos encontrar en la Constitución una parte que configura y ordena los poderes del Estado, también encontramos, por otra, los límites del ejercicio del poder y el ámbito de libertades y derechos fundamentales que –sustentados en la dignidad y el libre desarrollo del individuo-, conforme se analizará más adelante, constituyen la razón de ser del Estado Social y Democrático de Derecho.

---

<sup>111</sup> MIR PUIG. El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho... op. cit., p163.

<sup>112</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional, 4 edición, Thomson-Civitas, Navarra, p47.

b) **Segunda objeción:** El hecho de que la flexibilidad y ambigüedad propias del texto constitucional no permitan “concretar” el interés protegido. Hirsch evidencia que no todos los estados cuentan con una Constitución de la que pueda ser deducido un sistema de valores, colocando como ejemplo la Constitución Alemana, la que –según afirma- únicamente menciona valores centrales, *"(...) de lo cual surge la duda de cómo debe ser deducido un canon general del bien jurídico que marque con suficiente claridad cuáles son los hechos que, por su contenido, deben ser abarcados por el derecho penal"*<sup>113</sup>.

Por otro lado, con la finalidad de ofrecer criterios delimitadores que permitan la creación de un derecho penal mínimo, Zugaldía pone de manifiesto que *"(...) no es posible deducir de la Constitución –ni de ningún otro lugar- un catálogo de reglas «matemáticas» y exactas para dar solución definitiva a los problemas de la selección y la jerarquización de los bienes jurídicos en cuanto que se trata de cuestiones abiertas a las más variadas valoraciones jurídicas y apreciaciones de tipo subjetivo e ideológico (éticas, políticas, etc.)"*<sup>114</sup>.

A esto se suma la precisión efectuada por Mir respecto de que *"no todo bien jurídico ha de convertirse en un bien jurídico penal"*<sup>115</sup>, enfatizando en que es necesario acompañar la teoría del bien jurídico de una concreción ulterior de lo que merece considerarse como bien jurídico penal. Esto genera una gran problemática respecto de hasta dónde debe llegar la intervención del derecho penal, en cuanto a la protección

---

<sup>113</sup> HIRSCH, Hans Joachim. Acerca del estado actual de la discusión sobre el concepto de bien jurídico. Traducido por Daniel R. Pastor. En: Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2001, p377.

<sup>114</sup> ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. Fundamentos de Derecho Penal (Parte General). Las teorías de la pena y de la ley penal, Universidad de Granada, Granada, 1990, p46-48.

<sup>115</sup> MIR PUIG. El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho... op. cit., p161 y 164.

de intereses difusos (bienes jurídicos colectivos). Este punto no me parece que genere especial preocupación si se parte de la premisa de que la protección de los mismos cobra sentido en la medida en que constituyen presupuestos para la satisfacción de necesidades individuales<sup>116</sup>. Esto mismo es puesto en evidencia por Mir Puig, quien también señala que en un Estado Social Democrático, los intereses colectivos deben importar en tanto lo que se busca es que el sistema social se ponga al servicio del individuo (y no viceversa); no descartando la existencia de los mismos<sup>117</sup>.

Respecto a esta segunda objeción, cabe mencionar que el hecho de tomar en cuenta la Constitución como referente para la determinación de los bienes jurídicos protegidos en sede penal, no nos releva de la tarea de dar contenido o interpretar dichos valores constitucionales que nos sirven de referencia. Así, se produce en la práctica un cambio de escenario en el debate, llevándose la discusión sostenida en el ámbito penal, al ámbito constitucional<sup>118</sup>; área esta última en la que, a efectos de la interpretación de sus preceptos, juega un rol importante el Tribunal Constitucional<sup>119</sup>. Esta dicotomía entre estas dos áreas del

---

<sup>116</sup> Ver: STRATENWERTH, Günter. La criminalización en los delitos contra bienes jurídicos colectivos. Traducido por Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno y Margarita Valle Mariscal de Gante. En: HEFENDEHL (ed.). La teoría del bien jurídico... op. cit., p366.

<sup>117</sup> "(...) la valoración de la importancia de un determinado interés colectivo exigirá la comprobación del daño que cause a cada individuo su vulneración". MIR PUIG. El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho... op. cit., p165.

<sup>118</sup> Lagodny plantea esta problemática existente en torno al que él llama "(...) el déficit explicativo no insignificante en el derecho penal, que solo el derecho constitucional puede satisfacer": LAGODNY, Otto. El derecho penal sustantivo como piedra de toque de la dogmática constitucional. Traducido por Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno. En: HEFENDEHL (ed.). La teoría del bien jurídico... op. cit., p129-136.

<sup>119</sup> Al respecto, con relación al Tribunal Constitucional Alemán, Bunzel evidencia la inexistencia de una línea jurisprudencial clara sobre los derechos fundamentales que deben ser examinados en relación con la legislación penal, lo que considera un obstáculo para el anclaje de las estructuras constitucionales de control en el Derecho Penal. Ver: BUNZEL, Michael. La fuerza del principio constitucional de proporcionalidad como límite de la protección de bienes jurídicos en la sociedad de la información. Traducido por María Gutiérrez Rodríguez. En: HEFENDEHL (ed.). La teoría del bien jurídico... op. cit., p156-157.

derecho se aprecia, por ejemplo, en la dignidad, que –como se verá más adelante- es utilizada como límite para el consentimiento de bienes jurídico penales; fundamento de la Constitución respecto del que se requiere fijar una interpretación dogmática que permita dar solución a los diversos casos concretos que acontecen en el ámbito penal (el consentimiento en la eutanasia, el consentimiento para morir que efectuaban las mujeres con ocasión de la costumbre religiosa denominada Satí en la India<sup>120</sup>, entre otros). A esta estrecha vinculación entre el derecho penal y el derecho constitucional se recurrirá en el presente trabajo para establecer la naturaleza jurídica del consentimiento y los límites para la aplicación del mismo.

En esta línea, a efectos de la toma de postura respecto del bien jurídico que se efectuará más adelante, debe tomarse en cuenta que la mera referencia al texto constitucional para su determinación, no evita que tengamos que interpretarla y definir los límites y alcances de los valores que en el ámbito penal se buscan proteger<sup>121</sup>; máxime si, conforme se

---

<sup>120</sup> En la mitología hindú, Satí significa "la piadosa". Consistía en el rito practicado por la viuda, mediante el que ésta voluntariamente se lanzaba a la pira de cremación de su marido a fin de morir con éste, y con ello evitar la estigmatización de la que era objeto por parte de la sociedad al perder sus propiedades y derechos (se cree que las viudas traen mala suerte). Si bien fue abolida en 1829, existen aún registros de que se sigue practicando en la actualidad, como por ejemplo ocurrió en el 2006 con una mujer de 45 años. Ver: «<http://sobreindia.com/2009/07/21/el-sati-en-la-india-estigma-de-las-viudas/>», «<http://www.elmundo.es/elmundo/2006/08/23/internacional/1156330827.html>», fecha de consulta: 19 de enero del 2013.

<sup>121</sup> Respecto de esta discusión, Eser señala: "*Por otro lado, existía la esperanza de que esta función limitadora del concepto de bien jurídico se viera potenciada por su anclaje jurídico-constitucional, al entrar en consideración en cuanto bienes o derechos susceptibles de constituir un bien jurídico protegido por sanción penal exclusivamente aquellos que cabe inferir de la Constitución o que al menos se ubican en el marco protegido por la Constitución.// Pero por muy acertados e importantes que sean estos postulados, no cabe esperar de ellos un efecto limitador demasiado importante. Pues mientras la lesividad social se equipare a la lesión de un bien jurídico, o bien la lesividad social depende de lo que en primera instancia se haya definido como bien jurídico, o bien, a la inversa, resultará necesario –para siquiera poder alcanzar algún efecto de descriminalización- partir de una definición prejurídica de la lesividad social, respecto de la cual, a su vez, habrían de determinarse los criterios materiales decisivos*". ESER. Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima... op. cit., p33.

pretende defender en el presente trabajo, me encuentro a favor de la disponibilidad de todos los bienes jurídicos, lo que nos lleva a la necesaria discusión respecto de las condiciones y límites que deben darse para dicha disponibilidad.

Con relación a esta segunda objeción, García Rivas también señala que la "flexibilidad y ambigüedad" es una crítica que no sólo se puede dirigir contra la noción de bien jurídico penal, sino que es de aplicación a cualquier concepto de bien jurídico, considerándolo un aspecto fácilmente superable por la doctrina a través del establecimiento de ulteriores exigencias<sup>122</sup>. Esto último cobra especial sentido si se toma en cuenta que *"El principio de protección de bienes jurídicos no puede ser considerado el único criterio para legitimación de los tipos penales"*<sup>123</sup>.

- c) **Tercera objeción:** El hecho de considerar la existencia de un catálogo cerrado de bienes jurídicos implicaría una vulneración del principio básico del pluralismo, lo que llevaría a centrar en el consenso político las decisiones respecto de qué debe protegerse, sin que ello sea una cristalización jurídico-formal de catálogos constitucionales.

Respecto de esta tercera crítica, García Rivas establece que es susceptible de ser superada, por no descalificar la referencia constitucional exigida al bien jurídico, sino simplemente dejar traslucir la necesidad de añadir un requisito ulterior que podría denominarse *"necesidad de la intervención penal"*<sup>124</sup>, *"consenso social"*<sup>125</sup>, entre

---

<sup>122</sup> GARCÍA RIVAS. El Poder Punitivo en el Estado Democrático... op. cit., p51.

<sup>123</sup> ROXIN. ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho Penal?... op. cit., p453.

<sup>124</sup> GARCÍA RIVAS. El Poder Punitivo en el Estado Democrático... op. cit., p52. Criterio también expuesto por Mir Puig, al que agrega el de "suficiente importancia social", ver: MIR PUIG. El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho... op. cit., p162-167.

<sup>125</sup> ARROYO ZAPATERO, Luis. Prohibición del aborto y Constitución. En Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, monográfico N°3, Madrid, 1980, p213.

otros; conceptos que se desarrollarán líneas posteriores con ocasión de las tesis constitucionalistas amplias.

Considero que esta tercera objeción no es de aplicación en ordenamientos como Perú, Brasil o España, en tanto el catálogo de valores que proporciona la Constitución no es cerrado; sino que deja una cláusula abierta de la que se pueden derivar otros valores de reconocimiento internacional. En esta línea, el artículo 3 y la cuarta disposición final y transitoria del texto constitucional peruano establecen, respectivamente: "*La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno*", "*Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú*"; asimismo, el parágrafo § 2º del artículo 5 de la Constitución Brasileira establece: "*Los derechos y garantías expresados en esta Constitución no excluyen otros derivados del régimen y de los principios por ella adoptados, o de los tratados internacionales en que la República Federativa de Brasil sea parte*"<sup>126</sup>; y, el artículo 10.2 de la Constitución Española señala: "*Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España*".

---

<sup>126</sup> Traducción libre del siguiente texto: "*Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte*".

Ahora bien, y tomando en cuenta la última objeción expuesta, cabe mencionar que para quienes defienden las tesis constitucionalistas, el bien jurídico penal no puede ir en contra de lo establecido en el texto constitucional, en tanto debe derivarse del mismo<sup>127</sup>; siendo que pueden distinguirse dos teorías: la tesis constitucionalista estricta y la tesis constitucionalista amplia.

### 1.9.1. Tesis Constitucionalista estricta

La **tesis estricta** establece una vinculación directa entre bien jurídico penal y norma constitucional, en tanto esta última debe ser la que determine el conjunto de valores a tutelarse, de forma tal que el legislador penal no pueda proteger valores que no se encuentren reconocidos o positivizados en el postulado constitucional: "(...) *efectúan una equiparación entre valores y principios constitucionales y bienes jurídicos (...)*"<sup>128</sup>. Esta teoría (que cuenta entre sus más destacados representantes a Bricola y Musco<sup>129</sup>) mantiene el ámbito de actuación del Derecho Penal en el campo del positivismo, al remitirse exclusivamente al texto constitucional; **pero olvida el carácter dinámico del bien jurídico.**

Con relación a este último punto debe tomarse en cuenta que el reconocimiento y el rango de los bienes dependen tanto de la estructura social, de la discreción del legislador, cuanto de las

---

<sup>127</sup> "Por ello la valoración que presupone todo bien jurídico debe ser efectuada teniendo como punto de partida el sistema social personalista al que aspira llegar la Constitución". BERDUGO. Reflexiones sobre la problemática del bien jurídico... op. cit., p55.

<sup>128</sup> MENDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. Los Delitos de Peligro y sus Técnicas de Tipificación, Servicio de Publicaciones de la FUC/CEJ del Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p14.

<sup>129</sup> Un resumen de lo planteado por estos autores en: GONZÁLEZ RUS. Bien jurídico y Constitución... op. cit., p26ss.

cambiantes corrientes de cada época<sup>130</sup>: *"La concepción del bien jurídico (...) no es estática, sino que dentro del marco de las finalidades constitucionales está abierta al cambio social y a los progresos del conocimiento científico"*<sup>131</sup>. Un claro ejemplo de ello es lo que aconteció en el Perú con la despenalización del delito de desacato tipificado en el artículo 374 del Código Penal Peruano<sup>132</sup>, oportunidad en la que quedó en evidencia que la evolución histórica en un país resulta determinante para la selección o no de determinado bien jurídico penal; así, en dicha ocasión, el dictamen de la Comisión de Justicia del Congreso de la República del Perú, recaído en los proyectos de ley que proponían la derogación de dicho delito, señaló de forma expresa en el punto d (*"Relevancia jurídica del desacato en el Perú"*), lo siguiente: *"La figura penal del desacato específicamente la del artículo 374 tiene en nuestro país un mínimo rango de vigencia práctica, a diferencia de lo que ocurrió con el anterior Código penal de 1924 ya que se ha producido en la norma una real pérdida de vigencia histórica al ser esta una medida político-criminal autoritaria"*<sup>133</sup>.

---

<sup>130</sup> MAURACH, Reinhart. Derecho Penal, Parte General. Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible. Tomo I. Traducido de la Séptima edición alemana por Jorge Bofia Genzsch y Enrique Aimone Gibson, Astrea, Buenos Aires, 1994, p336.

<sup>131</sup> ROXIN. Derecho Penal, Parte General. Tomo I... op. cit., p57-58.

<sup>132</sup> El delito de desacato fue derogado por la Ley 27975, publicada en el diario oficial El Peruano el 29 de Mayo de 2003. Este tipo penal disponía: *"El que amenaza, injuria o de cualquier otra manera ofende la dignidad o el decoro de un funcionario público a causa del ejercicio de sus funciones o al tiempo de ejercerlas, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años. Si el ofendido es el Presidente de uno de los Poderes del Estado, la pena será no menor de dos ni mayor de cuatro años"*.

<sup>133</sup> Dictamen recaído en los Proyectos de Ley Nros. 938/2001-CR; 1052/2001-CR; 1685/2001-CR; 3270/2001-CR; 3420/2002-CR; 3573/2002-CR; 4054/2002-CR que proponen la derogación del Artículo 374° del Código Penal, recibido en el departamento de trámite y estadística procesal del Congreso de la República del Perú el 10 de octubre de 2002. Ver: [http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/TraDoc\\_condoc\\_2001.nsf/d99575da99ebf305256f2e006d1cf0/cecf413782aca463052575010061223d/\\$FILE/00938DCMAY101002.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/TraDoc_condoc_2001.nsf/d99575da99ebf305256f2e006d1cf0/cecf413782aca463052575010061223d/$FILE/00938DCMAY101002.pdf), fecha de consulta: 20 de enero del 2013.

En la línea de lo expuesto, se critica a la concepción constitucionalista estricta del bien jurídico restringir el ámbito de criminalización, al excluir futuros y potenciales comportamientos que -con el desarrollo tecnológico propio de cada sociedad- pueden escapar a los contornos de la norma constitucional; máxime cuando la Constitución tiene una vocación de permanencia en el tiempo<sup>134</sup>. Algunos autores, como Cario Coria, han tratado de superar esta crítica, señalando que "(...) una Constitución, por más obsoleta que fuera, siempre ha de mantenerse actualizada vía la interpretación para responder a las nuevas necesidades de criminalización"<sup>135</sup>. Sin embargo, conforme el mismo Cario Coria lo reconoce, no puede dejarse de reconocer que esta solución abre una fuente de relativismo e incertidumbre, dado que acoge conceptos imprecisos como valores "implícitos" u "homologables" a los regulados en la norma constitucional<sup>136</sup>, esto sin contar con la inminente arbitrariedad en la que podría incurrir el legislador penal al tener la posibilidad de crear bienes jurídico penales a su libre albedrío.

Por otro lado, la teoría constitucionalista estricta tampoco explica cómo solucionar un conflicto entre dos bienes jurídicos que recojan derechos fundamentales, como es el caso del derecho a la intimidad de un ciudadano, versus el derecho a la libertad de información de un periodista; o, como es el caso de la protección del derecho fundamental de la vida del *nasciturus*, frente a la libertad de la madre

---

<sup>134</sup> "La Constitución es, pues, un sistema de normas (...) parte de la creencia en la posibilidad de establecer **de una sola vez para siempre y de manera general** un esquema de organización en el que se encierre la vida toda del Estado y en el que se subsuman todos los casos particulares posibles". Citando a García Pelayo, PÉREZ ROYO, Javier. Curso de Derecho Constitucional, décima edición, Marcial Pons, Madrid, 2005, p94.

<sup>135</sup> CARO CORIA. El Derecho Penal del Ambiente... op. cit., p37.

<sup>136</sup> Ibid., loc. cit.

en el aborto<sup>137</sup>; razones por las que, además de las críticas antes formuladas, la tesis constitucionalista estricta carece de mayoritaria aceptación en la doctrina española<sup>138</sup>.

### 1.9.2. Tesis constitucionalista amplia

La **tesis constitucionalista amplia** no exige "(...) una correspondencia exacta entre bienes jurídicos y valores constitucionales pero sí una adaptación genérica de éstos a aquellos"<sup>139</sup>, en tal sentido pueden distinguirse dos planos en distintos niveles de eficacia: un orden de valores constitucional, referido al marco de la actividad del Estado, y un orden de valores penal que tutela bienes jurídicos, los que no coinciden necesariamente con los regulados en la Constitución<sup>140</sup>. A diferencia de la tesis estricta, no se exige una coincidencia entre bienes jurídicos y valores recogidos en la norma constitucional, en tanto se parte del supuesto de que la misma es un cuerpo normativo abierto, que tiene como función plasmar principios y directivas generales que sirvan de sustento y orientación para el desarrollo del Estado<sup>141</sup>; en

---

<sup>137</sup> Ver la discusión planteada con relación a este tema en: BERAÚN SÁNCHEZ, David. El Bien Jurídico en el Derecho Penal. En: Revista Peruana de Ciencias Penales, Número 9, Año V, Gráfica Horizonte, Lima, p671; y en: ARROYO. Prohibición del aborto y Constitución... op. cit., p214ss.

<sup>138</sup> No obstante ello, entre los seguidores del constitucionalismo estricto en España se encuentra González Rus, quien si bien se adscribe a esta teoría, formula ciertos matices que considera deben ser tomados en cuenta. GONZÁLEZ RUS. Bien jurídico y Constitución... op. cit., p32ss.

<sup>139</sup> MENDEZ RODRÍGUEZ. Los Delitos de Peligro y sus Técnicas de Tipificación... op. cit., p17.

<sup>140</sup> Ver: SAX, W. Grundsätze der Strafrechtsplege in Die Grundrechte, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, segunda edición, Berlín Dunkler & Humblot, p911. Citado por HORMAZÁBAL. Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho... op. cit., p121-122. Para Sax, un ejemplo de valores que protege el Derecho Penal y que no se encuentran estructurados constitucionalmente son los protegidos en contra del Estado, la Administración de Justicia, de la moral, en los que la Constitución solo sirve de guía para el ejercicio punitivo.

<sup>141</sup> "Por eso las normas constitucionales no pueden ser unas normas completas y acabadas, sino unas normas "principiales", que contienen principios y límites para el proceso político, pero que no lo predeterminan desde el punto de vista de su contenido o resultado. Esto es lo que convierte a la Constitución en una norma de mínimos o de límites (...)". PÉREZ ROYO. Curso de Derecho Constitucional... op. cit., p101.

otras palabras, "(...) *su función no es regular comportamientos humanos ya sea prohibiéndolos o permitiéndolos; sino sólo establecer mediante la consagración de valores y principios constitucionales, los límites a la intervención punitiva*"<sup>142</sup>.

Lo expuesto cobra especial importancia de cara a la concepción dinámica del bien jurídico, aspecto que no era tomado en cuenta por la concepción estricta del mismo, aunque cabe señalar que esta postura tampoco logra concretar el contenido material de bien jurídico, deviniendo en insuficiente para determinar cuáles son los bienes jurídicos que deben ser protegidos en sede penal. Así, conforme lo señala Berdugo Gómez de la Torre, para la determinación de los bienes jurídicos protegidos en el ámbito penal (o intereses necesarios para el mantenimiento de un determinado sistema social), "(...) *se requiere un criterio complementario que garantice la orientación hacia el individuo del contenido de bien jurídico y evite caer en un desnudo funcionalismo*"<sup>143</sup>.

Ahora bien, con relación a las teorías constitucionalistas, se debe tomar en cuenta que no debe equipararse el concepto de bien jurídico con el de bien jurídico penal, en tanto la definición de bien jurídico no resulta suficiente por sí misma para limitar la actuación del Derecho Penal (es necesario el uso restrictivo del mismo)<sup>144</sup>, razón por la cual no me

---

<sup>142</sup> BERAÚN SÁNCHEZ. El Bien Jurídico en el Derecho Penal... op. cit., p673.

<sup>143</sup> Así, por ejemplo, la penalización del matrimonio interracial sería funcional en un sistema racista, pero deviene a todas luces en contrario a la función de límite que pretende garantizar el contenido del bien jurídico. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y otros. Lecciones de Derecho Penal. Parte General, segunda edición, La Ley, Barcelona, 1999, p7.

<sup>144</sup> MIR PUIG. El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho... op. cit., p159. En la misma línea, García-Pablos señala que "(...) *si bien la Constitución constituye un punto de referencia obligado –aunque no el único– para la selección y jerarquización de los valores que el derecho penal está llamado a proteger, no es menos cierto tampoco que sólo ciertos ataques a los derechos fundamentales adquieren protección penal*". GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. Derecho Penal. Introducción, Universidad Complutense de Madrid, Servicio de Publicaciones,

encuentro de acuerdo con la postura constitucional estricta que, al olvidar el carácter dinámico del bien jurídico, restringe el ámbito de criminalización respecto del desarrollo del mundo moderno, es decir, no se condice con las innovaciones que acontecen en la realidad. En tal sentido, debido a la naturaleza de la sanción penal para el desarrollo del individuo, considero indispensable que la selección de los bienes jurídicos penales necesariamente suponga un referente directo o indirecto<sup>145</sup> en el texto constitucional, máxime cuando ello permite excluir comportamientos meramente inmorales<sup>146</sup>, así como la tutela de meras estrategias políticas que en realidad no afectan a bien jurídico alguno que sea susceptible de protección penal<sup>147</sup>.

Esta importancia del reconocimiento constitucional, en nada significa que el mismo sea suficiente para la selección de un bien jurídico penal, en tanto simplemente es un elemento de apoyo más que sirve para concretizar esa elección, pero que en nada constituye el elemento

---

Facultad de Derecho, Madrid, 1995, p270, citado por: FERNÁNDEZ. Bien Jurídico y Sistema del Delito... op. cit., p55.

<sup>145</sup> Esto en lo concerniente a **bienes jurídicos supraindividuales** que, conforme lo señalaré posteriormente, solo se protegerán en el ámbito penal **en la medida en que constituyan medios importantes para la autorrealización social del individuo**. Respecto a los bienes jurídicos supraindividuales, cabe mencionar que el término "indirecto" viene siendo cuestionado en la doctrina por su ambigüedad, en tanto no permite establecer con claridad un límite para la protección penal de determinados bienes jurídicos; existiendo un vacío en torno a "(...) *en qué punto de la repercusión indirecta sobre el individuo cabe entender que ya no se dan las condiciones para la protección penal (...)*". Por todos, ver: SILVA SÁNCHEZ. Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo... op. cit., p272.

<sup>146</sup> "(...) *se tiene resuelto cuando no debe intervenir el Derecho Penal: cuando un comportamiento simplemente sea inmoral pero no lesione un interés socialmente relevante (...)*"; en: BERDUGO. Reflexiones sobre la problemática del bien jurídico... op. cit., p48. En la misma línea, ver: ROXIN. Derecho Penal, Parte General. Tomo I... op. cit., p55ss.

<sup>147</sup> Quedará descartada, por tanto, cualquier utilización del Derecho Penal como pantalla política para la obtención de ciertos fines, lo que es muy común en el Perú y queda evidenciado sobre todo en épocas electorales, en las que los políticos ofrecen, de cara a la galería, elevar las penas para ciertos delitos o introducir la pena de muerte para ciertos tipos penales. Un ejemplo de esto último se dio en las elecciones del 2011, en las que la candidata presidencial de Fuerza 2011 señaló "*Penalizaremos delitos comunes con pena privativa de la libertad, propondremos una reforma constitucional para dar pena de muerte para violadores de menores de siete años*". Ver: «<http://elcomercio.pe/politica/gobierno/keiko-fujimori-propone-pena-muerte-violadores-ninos-noticia-722178>», fecha de consulta: 11 de noviembre del 2014.

determinante para la misma: la Constitución solo sirve de guía para determinar qué bienes deben ser protegidos, lo que debe ser complementado con los otros principios que limitan la intervención penal y que tiene asidero en el modelo de Estado social y democrático de derecho<sup>148</sup>.

Así, la presencia de un bien jurídico en el texto constitucional es condición indispensable para su protección en sede penal, pero no el único elemento a tomar en cuenta para su consagración como bien jurídico digno de ser tutelado por el *ius puniendi* del Estado. El automático reconocimiento constitucional no garantiza protección a nivel penal; siendo que, incluso en el caso en que el legislador le otorgara a un valor constitucional protección como bien jurídico penal, únicamente lo protegería frente a los ataques más graves que supongan una real afectación para la autorrealización de las personas, y no frente a todos los ataques, conforme con lo establecido por los principios que limitan al *ius puniendi*<sup>149</sup>.

Al respecto, Mir Puig señala 3 razones por las que no puede considerarse al reconocimiento constitucional como la "*varita mágica*" que determina la selección de un bien jurídico penal<sup>150</sup>: a) La función primordial de la Constitución es establecer las leyes fundamentales del ejercicio del

---

<sup>148</sup> En la misma línea, García Rivas considera que "*es cierto que la política criminal de un país no puede quedar cerrada "hic et nunc" por la voluntad de los constituyentes, que propende a la longevidad*"; pero agrega que esto no invalida el apoyo constitucional del bien jurídico, sino que simplemente añade la necesidad de un requisito ulterior, como es el de "*necesidad de pena*". GARCÍA RIVAS. El Poder Punitivo en el Estado Democrático... op. cit., p51-52.

<sup>149</sup> Así, por ejemplo, los artículos 45 y 46 de la Constitución española, respectivamente, reconocen como bienes jurídicos al derecho al medio ambiente y a la conservación del patrimonio artístico; los que, si bien son protegidos en el ámbito penal, no son protegidos frente a todos los ataques; sino únicamente frente a los atentados más graves que sean considerados por el legislador penal realmente merecedores de sanción, por la dañosidad social que suponen para la autorrealización de las personas (carácter fragmentario del Derecho Penal).

<sup>150</sup> MIR PUIG. El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho... op. cit., p163-164.

poder político y no regular el comportamiento de los ciudadanos entre sí, b) La sanción penal supone una afectación de derechos del condenado y con ello una ponderación de intereses que no resuelve la norma fundamental; y, c) La protección de un bien con relevancia social, de cualquier ataque ínfimo, vulneraría el principio de proporcionalidad, siendo que la Constitución no establece parámetros para determinar el mínimo de afectación del bien requerido; así, en un Estado Social y Democrático de Derecho no pueden protegerse todos los bienes jurídicos recogidos en la Constitución, ni tampoco pueden protegerse a los bienes seleccionados de todos los ataques contra los mismos.

Habiendo quedado claro que la referencia al texto constitucional deviene en insuficiente, aunque necesaria para determinar los bienes jurídicos que deben ser protegidos en el ámbito penal, se expondrán a continuación algunos de los criterios formulados por la doctrina, a efectos de complementar la referencia constitucional.

## **2. Determinación de un concepto material del bien jurídico penal**

Si bien la referencia a la Constitución como exigencia para delimitar los bienes jurídicos protegidos en el ámbito penal sirve a efectos de legitimar la intervención del Derecho Penal, resulta evidente que deviene en insuficiente. La elección por parte del legislador penal de un bien jurídico que se encuentre consagrado en la Constitución, no legitimará por sí misma la protección penal de éste; es decir, no existe una equiparación del derecho penal con el derecho constitucional, sino el recurso a este último por parte del legislador penal, a fin de limitar lo que debe ser objeto de protección; cobrando especial importancia las funciones de límite y de interpretación del bien jurídico. En este extremo, Bricola resalta interesantes ventajas que el uso del derecho constitucional

proporciona al legislador penal, como son: 1. Subrayar la inconstitucionalidad de normas penales que tutelan bienes que no asumen explícita o implícitamente relevancia constitucional; 2. Proyectar la ilegitimidad constitucional de normas penales dirigidas a garantizar bienes que son contrarios a la lógica y a los fines de la norma constitucional; 3. Solicitar que, frente a la existencia de una norma penal que contravenga la Constitución, se efectúe una interpretación que cambie el valor protegido por un nuevo valor expresado en la misma; y, 4. Evidenciar la ilegitimidad de las normas que protegen valores de rango constitucional, pero de forma desproporcionada respecto de su efectiva relevancia<sup>151</sup>.

En la línea de lo expuesto y con influencias funcionalistas, en 1970<sup>152</sup> Rudolphi se orientó a la búsqueda de un concepto de bien jurídico que superara las críticas que se formulaban al concepto teleológico del bien jurídico (concepto jurídico positivo, pero vacío y puramente formal) y al concepto liberal de bien jurídico (concepto material con contenido, pero previo al derecho positivo). Para este autor, la única forma de proporcionar al legislador penal un criterio material de obligatorio seguimiento, sería creando un concepto de bien jurídico que se dedujera de prescripciones jurídicas positivas que fuesen previas a la legislación penal, pero obligatorias a ésta. Para Rudolphi, estas decisiones valorativas previas al legislador penal se encontraban contenidas en el modelo de "Estado de Derecho" recogido por la Constitución alemana (y que además constituye el modelo de estado mayoritario en todos los ordenamientos jurídicos). Así, el concepto de "Estado de Derecho" de ningún modo podía circunscribirse a un mero Estado de Legalidad, sino que *"Entendido en su sentido material, importa el respeto de la libertad personal y una conformación de la cosa pública, sobre la base del principio de la protección de ella y un firmemente ordenado poder estatal, cuyo orden jurídico emanado del pueblo liga todo actuar estatal a estos*

---

<sup>151</sup> BRICOLA. Teoría General del Delito... op. cit., p51-52.

<sup>152</sup> RUDOLPHI. Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico... op. cit., p337ss.

*fundamentos y al esfuerzo por una configuración justa e igualitaria de las relaciones humanas. Brevemente: el Estado de derecho corporiza en sí la protección de la libertad personal y política de los ciudadanos y la moderación y juridicidad de todo el ejercicio del poder público*<sup>153</sup>.

En tal sentido, para Rudolphi, una norma penal se justificaría en tanto fuese necesaria para la protección y seguridad de las condiciones de vida, de una sociedad estructurada sobre la base de la libertad de la persona y en la medida en que fuese entendida por todos como razonable; excluyéndose máximas de conducta sustentadas en lo moral o en lo religioso, que no contribuyeran con la creación o mantenimiento de una vida social apoyada en la libertad y responsabilidad del individuo<sup>154</sup>. Siendo esto así, y en tanto la sociedad cambia constantemente, para Rudolphi, el concepto de bien jurídico no es estático, concibiéndolo como una unidad funcional social sin la cual la sociedad en su estructuración concreta no sería capaz de existir<sup>155</sup>.

Para Hormazábal, Rudolphi entiende la realidad social como "sociedad estatal constitucional" y plantea que el bien jurídico se determine conforme a ésta, lo que frustra su pretensión de darle un contenido material al bien jurídico, en tanto la realidad social entendida en esos términos podrá ser, en el mejor de los casos, una realidad normativa; pero nunca la realidad social en sí. Al equiparar Rudolphi, "realidad social" con "realidad normativa" genera que la determinación del bien jurídico siempre se restrinja al campo de lo formal, de lo

---

<sup>153</sup> SCHEUNER. Juristentagsfestschrift (1960), p250. Citado por RUDOLPHI. Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico... op. cit., p338-339. Para Rudolphi, "(...) la Constitución contiene ya las decisiones valorativas fundamentales para la elaboración de un concepto de bien jurídico previo a la legislación penal, pero al mismo tiempo obligatorio para ella, según el cual, por otra parte, las puras inmoralidades quedan fuera del objeto de las amenazas penales; formulado positivamente: sólo pueden ser objeto de las amenazas penales aquellos comportamientos que lesionan o ponen en peligro los presupuestos de una vida social próspera, apoyada en la libertad y responsabilidad del individuo", p341.

<sup>154</sup> RUDOLPHI. Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico... op. cit., p339.

<sup>155</sup> Ibid., p343.

estrictamente jurídico establecido en la "sociedad estatal constitucional" (ámbito normativo de la Constitución), no pudiendo nunca exceder dicho campo<sup>156</sup>.

Por otro lado, aunque también con un enfoque funcionalista, Roxin considera que el sistema penal debe estar orientado por valoraciones de política-criminal, es decir, debe tener una orientación teleológica; de forma tal que se restrinja la punibilidad a la protección de bienes jurídicos, eliminando todas las tendencias moralizadoras: *"Claro está que el concepto de bien jurídico no es una varita mágica con cuya ayuda se pudiera separar sin más, por medio de la subsunción y la deducción, la conducta punible de la que debe quedar impune; **sólo es una denominación de lo único que es lícito considerar digno de protección desde el punto de vista de las misiones del Derecho penal**"*<sup>157</sup>. Esta tendencia político-criminal estuvo presente en Alemania desde el Proyecto Alternativo del Código Penal de 1966<sup>158</sup> (del que Roxin es uno de sus autores), en el que *"(...) el empleo del concepto de "bien jurídico" en la definición del fin de la pena dada por el PA [Proyecto Alternativo] quiere expresar además un ulterior principio programático políticocriminal, a saber: la tesis de que no es la reprochabilidad moral de una conducta, sino únicamente su cualidad de **factor perturbador del orden pacífico externo** –a cuyos elementos garantizadores se les llama bienes jurídicos– lo que puede acarrear la imposición de penas estatales"*<sup>159</sup>. Roxin parte del Estado liberal de Derecho y reivindica la posición que el bien jurídico ocupaba de cara al contenido material del delito<sup>160</sup>; ello, a través de un sistema dogmático orientado a valores que revaloriza el aspecto

---

<sup>156</sup> HORMAZÁBAL. Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho... op. cit., p124.

<sup>157</sup> ROXIN, Claus. Franz von Liszt y la concepción políticocriminal del Proyecto Alternativo. En: Problemas Básicos del Derecho Penal. Traducido por Diego-Manuel Luzón Peña, Reus, Madrid, 1976, p46-47.

<sup>158</sup> Ver: ROXIN. Derecho Penal, Parte General. Tomo I... op. cit., p122.

<sup>159</sup> ROXIN. Franz von Liszt y la concepción políticocriminal del Proyecto Alternativo... op. cit., p45.

<sup>160</sup> ROXIN. ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho Penal?... op. cit., p448. Un concepto de bien jurídico similar fue planteado antes por JÄGER. H. Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten, Stuttgart, 1957, p13. Citado por MIR PUIG, Santiago. Introducción a las bases del Derecho Penal. Concepto y Método, Bosch, Barcelona, 1976, p133, nota al pie 263.

principalista o garantista del Derecho Penal, en tanto la misión del sistema penal es atender ciertas finalidades valorativas que permiten el libre desarrollo del hombre<sup>161</sup>. En esta línea, para este autor, un concepto de bien jurídico que sea vinculante políticamente, "*(...) sólo se puede derivar de los cometidos, plasmados en la Ley Fundamental, de nuestro Estado de Derecho basado en la libertad del individuo, a través de los cuales se le marcan sus límites a la potestad punitiva del Estado*"<sup>162</sup>. Así, entiende por bienes jurídicos: "*(...) circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema*"<sup>163</sup>; definiéndolos con posterioridad, en la misma línea, como "*(...) realidades o fines que son necesarios para una vida social libre y segura que garantice los derechos humanos y fundamentales del individuo, o para el funcionamiento del sistema estatal erigido para la consecución del tal fin*"<sup>164</sup>. Para Roxin, el contenido de los bienes jurídicos puede abarcar tanto los estados previamente encontrados por el Derecho (como por ejemplo la vida), cuanto los deberes de cumplimiento de normas creados por éste (como por ejemplo los impuestos), razón por la que prefiere no utilizar el término "intereses"; de modo que, el concepto de bien jurídico "*(...) le viene previamente dado al legislador, pero no es previo a la Constitución*"<sup>165</sup>.

Roxin sustenta su argumentación en un concepto liberal, personal y crítico con la legislación del bien jurídico, que le permite imponer ciertos límites al legislador, como son: rechazar por ilegítimas las normas penales que se fundamentan exclusivamente en ideologías y que atentan contra los derechos humanos y fundamentales, rechazar las normas penales que sancionen las

---

<sup>161</sup> Descripción del planteamiento efectuado por Roxin, elaborada por GARCÍA CAVERO, Percy. Derecho Penal Económico. Parte General, Ara editores, Lima, 2003, p111.

<sup>162</sup> ROXIN. Derecho Penal, Parte General. Tomo I... op. cit., p55-56.

<sup>163</sup> Ibid., p56.

<sup>164</sup> ROXIN. ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho Penal?... op. cit., p448.

<sup>165</sup> ROXIN. Derecho Penal, Parte General. Tomo I... op. cit., p56.

meras ilicitudes morales que no afectan la libertad y seguridad de persona alguna, rechazar las normas que protejan la lesión de la propia dignidad (la lesión de la propia dignidad no supone la lesión de un bien jurídico), rechazar las normas que solo protejan sentimientos (a no ser que se trate de sentimientos de inseguridad como por ejemplo ocurre en la discriminación), rechazar las normas que sancionen los supuestos de autolesión o que prevean su possibilitación o favorecimiento (la protección de bienes jurídicos tiene como objetivo proteger a los otros y no a uno mismo), descartar las leyes penales simbólicas, descartar los tabúes y objetos de abstracción inaprensible como bienes jurídicos, entre otros<sup>166</sup>.

Lo establecido por este autor ha ejercido gran influencia tanto en España, cuanto en Perú y Brasil, exigiendo un gran sector de la doctrina se tome en cuenta la Constitución y el modelo de Estado Social y Democrático de Derecho regulado en ella para la determinación de un concepto material de bien jurídico que sirva como límite a la intervención del derecho Penal, sin que éste en sí mismo suponga ser el único límite<sup>167</sup>.

## **2.1. Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho**

Luego de la postguerra y tras el fracaso del positivismo, se restableció el Derecho con un aura iusnaturalista caracterizada por dos elementos: a) El otorgamiento a la persona humana y a su dignidad de una posición central en el texto constitucional, dándole a esta última un carácter de norma política y jurídica suprema e inviolable capaz de limitar y racionalizar el

---

<sup>166</sup> ROXIN. ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho Penal?... op. cit., p449ss.

<sup>167</sup> Lo que no significa que con ello se niegue la necesaria existencia de otros límites para dicha intervención. Así, Berdugo señala que "(...) *la finalidad del Derecho penal es tutelar bienes jurídicos, con lo que el bien jurídico pasa a ser un primer principio de legitimación, pero no el único, para la utilización del Derecho penal*". BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. Viejo y Nuevo Derecho Penal. Principios y desafíos del Derecho penal de hoy, Iustel, Madrid, 2012, p208. Sobre los otros criterios de legitimación alternativos al bien jurídico para la intervención del derecho penal, ver: BECHARA. Bem jurídico-penal... op. cit., p284ss.

poder (la Constitución y el sistema legal se convierten en instrumentos para proteger la dignidad); y, b) La refundación del Estado no sólo en el principio de legalidad o en el principio social, sino también en el principio democrático, **en la fórmula de Estado social y democrático de Derecho**<sup>168</sup>.

El reconocimiento normativo de este modelo de Estado constitucional moderno se encuentra expresamente en los textos constitucionales de España, Brasil y Perú. Así, el artículo 1.1 de la Constitución española es claro en señalar que "*España se constituye en un **Estado social y democrático de Derecho**, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político*", mientras que el artículo 1 de la Constitución de la República Federativa del Brasil establece que "*La República Federal del Brasil, formada por la unión indisoluble de los Estados y Municipios y del Distrito Federal, se constituye en **Estado Democrático de Derecho** y tiene como fundamentos: I. la soberanía; II. la ciudadanía; III. la dignidad de la persona humana; IV. los valores sociales del trabajo y la libre iniciativa; V. el pluralismo político*"<sup>169</sup>, reconociendo expresamente en el capítulo II, del título II, los **derechos sociales**. En igual línea, los artículos 3 y 43 de la Constitución Política del Perú establecen: "*La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del **Estado democrático de derecho** y de la forma republicana de gobierno*", "*La*

---

<sup>168</sup> LANDA ARROYO, César. Dignidad de la persona humana. En: Cuestiones Constitucionales: Revista Mexicana de Derecho Constitucional, N°7, julio-diciembre, 2002, p116-117. «<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/cconst/cont/7/ard/ard4.pdf>», fecha de consulta: 29 de enero del 2013.

<sup>169</sup> Traducción libre del siguiente texto: "*A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I. a soberania; II. a cidadania; III. a dignidade da pessoa humana; IV. os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V. o pluralismo político*".

*República del Perú es **democrática, social**, independiente y soberana. El estado es uno e indivisible. Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de la separación de poderes”.*

Ahora bien, con relación al artículo 3 de la Constitución peruana, llama la atención la modificatoria introducida respecto del artículo 4 de la Constitución Política de 1979 ya derogada, la misma que establecía: "*La enumeración de los derechos reconocidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que derivan de la dignidad del hombre, del principio de soberanía del pueblo, del **Estado social y democrático de derecho** y de la forma republicana de gobierno*". El artículo 3 vigente solo hace alusión al **Estado democrático de derecho**, omitiendo cualquier referencia al Estado social. Esto podría generar que autores meramente formalistas planteen que la exclusión expresa de la característica de "social" en el artículo 3 signifique que no pueda considerarse al Perú como uno social, máxime cuando dicha característica fue eliminada por el legislador por existir en ese momento un preponderante espíritu neoliberalista que buscaba eliminar cualquier referencia a elementos de interés social, sustituyéndolos en algunos casos por el concepto de bien común<sup>170</sup>. Considero que una interpretación de esta naturaleza deviene en absurda, en tanto el artículo 43 atribuye expresamente la característica de social al Estado Peruano, siendo que la Constitución debe interpretarse de manera sistemática, conforme con los principios de **concordancia práctica** (los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos deben ser coordinados de tal modo en la solución del problema que todos conserven su identidad) y **unidad constitucional** (los distintos elementos de la Constitución nos

---

<sup>170</sup> Ver: RUBIO CORREA, Marcial. Estudio de la Constitución Política de 1993. Tomo I, Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999, p550.

obligan a contemplarla en su conjunto, de manera que todas las normas constitucionales han de ser interpretadas evitando contradicciones con el resto de normas constitucionales)<sup>171</sup>; así, la predominancia en el Perú de un espíritu neoliberalista en esa época, en nada significa un rechazo hacia la cláusula social del Estado. No obstante ello, resulta evidente que hubiese resultado más acorde con una adecuada técnica legislativa regularlo en estos términos en el texto constitucional; sobre todo cuando el mismo exige la mayor claridad posible, por ser la norma fundante que rige todas las instituciones de nuestro ordenamiento jurídico.

En la línea de lo expuesto, por Estado Social y Democrático de Derecho debe entenderse: un reconocimiento al principio de legalidad que suponga un sometimiento del poder al Derecho, una separación de poderes que suponga un contrapeso entre los mismos, el reconocimiento y protección de derechos fundamentales clásicos y de otros nuevos derechos de carácter económico, social y cultural<sup>172</sup>; el reconocimiento de la soberanía popular y la legitimación de los gobernantes por medio de elecciones democráticas y periódicas; así como una concepción pluralista de la sociedad<sup>173</sup>. Se profundizará en las próximas líneas en alguno de estos puntos.

---

<sup>171</sup> HESSE, Konrad. Escritos de Derecho Constitucional, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, p48-49. En la misma línea, el Tribunal Constitucional Peruano, mediante resolución emitida el 11 de noviembre de 2003, expediente N° 0008-2003-AI/TC, con ocasión de la acción de inconstitucionalidad interpuesta contra el artículo 4° del Decreto de Urgencia N.° 140-2001, ha señalado lo siguiente: "*En efecto, las normas constitucionales no pueden ser comprendidas como átomos desprovistos de interrelación, pues ello comportaría conclusiones incongruentes. Por el contrario, su **sistemática interna** obliga a apreciar a la Norma Fundamental como un **todo unitario**, como una suma de instituciones poseedoras de una lógica integradora uniforme*". En: «[http://www.tc.gob.pe/tc\\_jurisprudencia\\_ant.php](http://www.tc.gob.pe/tc_jurisprudencia_ant.php)», fecha de consulta: 28 de enero del 2013.

<sup>172</sup> "*La experiencia enseña que sin el reconocimiento de los derechos mínimos del hombre, la vida se torna difícil, en última instancia insoportable*". ROBBERS, Gerhard. El Estado de derecho y sus bases éticas. En: THESING, Josef (compilador). Estado de Derecho y Democracia, segunda edición, Konrad-Adenauer-Stiftung-Ciedla, Buenos Aires, 1999, p42.

<sup>173</sup> Ver: AGUIAR DE LUQUE, Luis y Ricardo BLANCO CANALES. Constitución Española 1978-1988, I, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, p6.

Con relación a la noción de Estado de Derecho, ésta no puede entenderse únicamente en términos positivistas (mero imperio de la ley), en tanto en algunas ocasiones la ley formal puede legitimar situaciones injustas y arbitrarias<sup>174</sup>. Por ello, el Estado de Derecho implica la renuncia a cualquier positivismo como ideología radical<sup>175</sup> y <sup>176</sup>, siendo que la existencia de normas y procedimientos formales sólo cobra sentido en la medida en que garanticen la vigencia de valores fundamentales del orden de la vida en común y constituyan una limitación al poder del Estado: *"Los principios del Estado de derecho nunca pueden ser cumplidos por completo con ayuda del derecho positivo. En efecto, estos principios necesariamente contienen dos aspectos. Por un lado son directivas formales de una práctica razonable del derecho a nivel de legislación y jurisprudencia; expresan la necesidad de que las normas jurídicas sean sancionadas y aplicadas al margen de la aceptabilidad de sus contenidos y en coincidencia con los requerimientos de una "reasonableness" comprendida en términos formales. Por el otro lado estos principios se inscriben más en el derecho suprapositivo de la razón que en el derecho escrito, un derecho de la razón*

---

<sup>174</sup> "No obstante, el Tercer Reich demostró que también la ley formal puede convertirse en instrumento de lo injusto y que el contenido material de la actuación estatal posee la misma importancia que su forma". SIMON, Helmut. Los derechos fundamentales en el Estado democrático y social de derecho. En: THESING (compilador). Estado de Derecho y Democracia... op. cit., p183.

<sup>175</sup> En esta misma línea, Wolfgang Böckenförde señala: *"El giro hacia un concepto material del Estado de Derecho toma pie en la renuncia al positivismo jurídico que se plantea ya al final de la República de Weimar y que se extiende más allá de Alemania. (...) Por debajo de la pluralidad de formulaciones, el concepto material del Estado de Derecho se caracteriza por el hecho de que el poder del Estado se entiende como vinculado a determinados principios y valores superiores del Derecho, así como porque el centro de gravedad de la actividad estatal no se entiende ya como orientado primariamente a asegurar las garantías formales de la libertad, sino a establecer una situación jurídica justa en sentido material"*. WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, Ernst. Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia, traducido por Rafael de Agapito Serrano, Trotta, Madrid, 2000, p40.

<sup>176</sup> En igual línea, Garrido Falla señala: *"Por tanto el Estado de Derecho exige además la realización de la justicia: más aún, ante el peligro que el legalismo formal entrañaba –identificar la esencia del Derecho con el simple respeto a las normas del ordenamiento positivo- se ha querido incluso sustituir la expresión Estado de Derecho por Estado de Justicia (Justizstaat). Empero, admitir esto sería, a nuestro juicio, claudicar en la defensa de un concepto del Derecho que haga referencia – por diferencia con el ordenamiento positivo- a los valores suprapositivos en que la norma jurídica debe inspirarse"*. GARRIDO FALLA, Fernando. Comentarios a la Constitución, Civitas, Madrid, 1980, p26.

*que fuera desarrollando la filosofía del derecho y la doctrina del Estado a lo largo de centurias en el análisis crítico de los diferentes órdenes jurídicos existentes”<sup>177</sup>.*

En otras palabras, puede decirse que si bien todo Estado usa y crea un sistema normativo (derecho), no todo estado es un Estado de Derecho. En este punto, discrepo de lo expuesto por Kelsen, para quien todo Estado es un Estado de Derecho; así, Kelsen señala: *"Si el Estado es un orden jurídico y si personifica la unidad de ese orden, el poder del Estado no es otra cosa que la efectividad de un orden jurídico (...). Admitiendo lo expuesto, el dualismo Estado y derecho desaparece, (...). Todo Estado está necesariamente fundado sobre el derecho si se entiende por esto que es un orden jurídico. Un Estado que no fuera o que aún no hubiera llegado a ser un orden jurídico, no existe, ya que un Estado no puede ser otra cosa que un orden jurídico”<sup>178</sup>*. A mi parecer, por Estado de Derecho se entiende no solo la primacía, la legalidad, el imperio y la reserva de ley; sino un concepto de mayor fundamento material, en el que se reconoce la existencia de derechos fundamentales y la necesidad de la tutela y preservación de los mismos (un aspecto formal aunado a un aspecto material)<sup>179</sup>, *"(...) resultado del paralelismo y, luego convergencia, entre*

---

<sup>177</sup> MACCORMICK, Neil D. Estado de Derecho y Rule of Law. En: THESING (compilador). Estado de Derecho y Democracia... op. cit., p113-114.

<sup>178</sup> KELSEN, Hans. Teoría Pura del Derecho, traducido por Moisés Nilve, decimoctava edición, Arequipa (Perú), 1991, Capítulo XII, apartado 2,f, p287-289.

<sup>179</sup> *"(...) se puede afirmar que si el rasgo característico del Estado de derecho es (o ha sido) el triunfo de la ley y del legislador, el del Estado constitucional es por el contrario el (re)descubrimiento de un derecho ultra-legal y, por lo tanto, la existencia de límites para el legislador". PALAZZO, Francesco. Estado constitucional de derecho y derecho penal (Consideraciones comparadas a propósito de la reforma constitucional argentina de 1994), en: Revista Penal Nº2, Praxis en colaboración con las universidades de Huelva, Salamanca y Castilla-La Mancha, Barcelona, 1998, p54.*

*esfuerzos semejantes por liberar a los hombres de opresiones o limitaciones de su dignidad y libertad”<sup>180</sup>.*

El concepto "*Rechtsstaat*" (Estado de Derecho<sup>181</sup>) es de origen alemán y no posee un correlato exacto en ningún otro idioma<sup>182</sup>. Fue utilizado por primera vez por Carl Th. Welcker en su obra "*Die letzten Gründe von Recht, Staat und Strafe*", publicada en 1813; retomado por Joh. Christoph Freiherr von Arentin a través de su obra "*Staatsrecht der Konstitutionellen Monarchie*" en 1824; pero popularizado por el jurista liberal Robert von Mohl en su obra "*Staatsrecht des Königsreichs Württemberg*", publicada en 1829, mediante la cual introduce este concepto en la discusión general en torno a la política y al derecho del Estado<sup>183</sup>. Para estos 3 autores, la noción de Estado de Derecho se comprendía en términos racionalistas, definiéndose como "*(...) el Estado que realiza los principios de la recta razón en y para la vida en común de los hombres, tal y como estaban formulados en la tradición de la teoría del derecho racional*"<sup>184</sup>, de modo

---

<sup>180</sup> LUCAS VERDÚ, Pablo. Artículo 1º. Estado social y democrático de Derecho. En: ALZAGA VILLAAMIL, Oscar (Director). Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución Española de 1978, Tomo I. Preámbulo y Artículos 1 a 9, Edersa, 1983, p45.

<sup>181</sup> Cabe señalar, respecto a la construcción lingüística alemana "*Rechtsstaat*", que algunos la entendían como una especie de Estado, denominándola: "Estado de la razón" (Welcker), "Estado del entendimiento" (Mohl), entre otros. En: WOLFGANG BÖCKENFÖRDE. Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia... op. cit, p19.

<sup>182</sup> No pueden equipararse los conceptos de "Estado de Derecho" con el de "*Rule of Law*" del derecho anglosajón, en tanto ni siquiera se trata de construcciones conceptuales de origen paralelo. Respecto a las diferencias y semejanzas entre ambos conceptos, ver: MACCORMICK. Estado de Derecho y Rule of Law... op. cit., p101ss. Sin embargo, cabe mencionar al respecto lo expuesto por De Carreras, quien señala que "*(...) el actual Estado de Derecho es producto de la convergencia, cada vez más acentuada, de dos tradiciones jurídicas distintas: la continental del Rechtsstaat y la anglosajona del rule of law. La primera, que tenía como piedra angular la ley parlamentaria ha ido progresivamente judicializándose y la segunda, cuyo fundamento esencial eran la jurisprudencia y la costumbre, han ido incorporando a la ley parlamentaria como componente básico*". DE CARRERAS SERRA, Francesc. El Estado de Derecho como sistema, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996, p19.

<sup>183</sup> Sobre las referencias históricas, ver: WOLFGANG BÖCKENFÖRDE. Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia... op. cit, p18-19; DE CARRERAS. El Estado de Derecho como sistema... op. cit., p5; DÍAZ, Elías. Estado de Derecho y Sociedad Democrática, octava edición, Taurus Ediciones, Madrid, 1981, p31

<sup>184</sup> WOLFGANG BÖCKENFÖRDE. Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia... op. cit, p19.

tal que dicho concepto incluía *per se* la renuncia a una noción divina en la cual se sustentara el Estado, de modo que el mismo encontraba su fundamento en la promoción de las garantías mínimas (reconocimiento de derechos fundamentales) que permitieran a sus miembros desarrollarse y convivir cada vez en mejores condiciones al interior de la sociedad (es decir, que viabilizara el libre desarrollo de sus miembros). Al respecto, resulta relevante la relación entre la teoría de los derechos humanos y la formación del Estado de Derecho, máxime cuando uno de los principales problemas en la teoría jurídico-política se encuentra en la conciliación entre los derechos de los particulares y la soberanía del Estado, conceptos que se articulan a partir de libertad y de ley y que exigen que esta última se conciba no como un producto del arbitrio, sino como un reflejo de la voluntad general encaminada directamente a garantizar los derechos fundamentales de los individuos: "*Se cumplía así el axioma a tenor del cual el hombre sólo puede ser libre en un Estado libre, y el Estado sólo es libre cuando se edifica sobre un conjunto de hombres libres*"<sup>185</sup>. Resalta, por tanto, en el Estado de Derecho, la garantía de la libertad, lo que implica, en términos kantianos, un rechazo al paternalismo<sup>186</sup>.

Por lo expuesto, coincido con Herzog en que el Estado de Derecho es aquel "*Estado que posibilita al hombre mostrarse tal como es y que a su vez, actúa en beneficio de los ciudadanos*"<sup>187</sup>. De esta manera, la única forma en que el Estado pueda conceder a los individuos la suficiente libertad para que estos puedan desarrollarse y autorrealizar sus planes de

---

<sup>185</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución, séptima edición, Tecnos, Madrid, 1984, p212.

<sup>186</sup> "*Ahora bien, yo sostengo que a todo ser racional que tiene una voluntad debemos atribuirle necesariamente también la idea de la libertad, bajo la cual obra. (...) su voluntad no puede ser voluntad propia sino bajo la idea de la libertad y, por tanto, ha de atribuirse, en sentido práctico, a todos los seres racionales*". KANT, Immanuel. Fundamentación de la metafísica de las costumbres con los comentarios de H.J. Paton. Traducido por Manuel García Morente y Carmen García Trevijano, Tecnos, Madrid, 2005, p142 [448].

<sup>187</sup> HERZOG, Roman. Elementos que definen un Estado de derecho: el Estado servidor del ciudadano. En: THESING (compilador). Estado de Derecho y Democracia... op. cit., p21.

vida, es con una *"injerencia limitada, previsible y calculable"*<sup>188</sup>; estableciendo para ello ciertas garantías que permitan la consecución de dicho fin. Dichas garantías cobran especial importancia en contextos en los que –a pesar del reconocimiento constitucional de un Estado Constitucional Moderno- no necesariamente se cumplen a cabalidad los presupuestos del mismo. Así, solo será Estado de Derecho aquel que se encuentre en condiciones de garantizar los derechos fundamentales, pues *"(...) el Estado que amenaza la libertad individual, es el fundador de la libertad real, y a partir de ahí su sostén y su protección. Es él quien garantiza los derechos humanos"*<sup>189</sup>. En esta línea, puede afirmarse que la esencia del Estado de Derecho no se encuentra en la coerción o en la pena que pueda imponerse, sino en el aseguramiento de instituciones que viabilicen una convivencia pacífica y **la posibilidad de manifestarse con total libertad**: recuérdese que *"(...) el hombre no existe para el Estado, sino que es el Estado el que existe para el hombre"*<sup>190</sup>.

Ahora bien, además del reconocimiento de las características formales del Estado de Derecho (universalidad, publicidad e imperio de la ley que se traduce en el reconocimiento del Principio de Legalidad; división o separación de poderes al interior del estado; y, la garantía de la protección jurídica de los derechos fundamentales, traducida en una jurisdicción constitucional), a efectos del establecimiento de criterios para la criminalización de ciertas conductas que atenten contra bienes jurídico penales, conviene detenerse en las características sustanciales del Estado de Derecho. El principal avance lo constituye el reconocimiento de ciertos derechos fundamentales como la libertad, la igualdad, entre otros; todos

---

<sup>188</sup> Ibid., p22.

<sup>189</sup> EICHENBERGER, Kurt. El Estado de derecho como sistema garante de los derechos humanos. En: THESING (compilador). Estado de Derecho y Democracia... op. cit., p162.

<sup>190</sup> FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico español y como fuente de todos los derechos. En: Jus. Rivista di Scienze Giuridiche, Anno L, Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano, Maggio-Agosto 2003, p215.

los que tienen su sustento en la dignidad humana<sup>191</sup>. El Estado otorga intangibilidad a los derechos fundamentales, sometiéndose a su vigencia a través de normas positivas, y cercenando la libertad de sus miembros ante cualquier violación que imposibilite a las personas una convivencia pacífica que les permita alcanzar su autorrealización.

Otra característica sustancial en un Estado de Derecho es el reconocimiento del principio de proporcionalidad, así "*Toda medida del Estado debe ser en última instancia adecuada y asimilable por el afectado. De este modo se reconoce a todo individuo y su dignidad individual*"<sup>192</sup>. La proporcionalidad se sustenta en la ponderación o contrapeso de los intereses en conflicto involucrados en un determinado caso concreto, a efectos de tomar una decisión, siendo necesario que la solución se encuentre plenamente motivada y esté acorde con los fines que se persiguen con su imposición<sup>193</sup>. En otras palabras, frente a un conflicto entre diversos intereses deberá recurrirse a la técnica de la ponderación, entendiéndose la "*(...) proporcionalidad como un justo equilibrio entre la «salv guarda del interés general de la comunidad y el respeto de los derechos fundamentales del hombre»*"<sup>194</sup>.

---

<sup>191</sup> "Los valores superiores consagrados en la Constitución así entendidos, determinan la esfera de actuación del legislador ordinario y los términos en los que se puede mover el intérprete (juez o doctrina). Cualquier intento de interpretación y de construcción jurídica, así como actuación política, habrá de moverse dentro de los confines de ese modelo de Estado constitucionalmente presidido por los derechos fundamentales". En: ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. Política Criminal, Colex, Madrid, 2001, p55-56.

<sup>192</sup> ROBBERS. El Estado de derecho y sus bases éticas... op. cit., p31.

<sup>193</sup> Al respecto, Zúñiga establece: "*Esta idea de ponderación de los costes y de los beneficios sociales sobre cualquier forma de intervención en las libertades de los ciudadanos, es una idea iluminista de legitimación del Estado, basada en el contrato social, pues ya desde la Revolución Francesa se ha proclamado que "la ley no debe establecer penas más que las estrictas y manifiestamente necesarias"*". ZÚÑIGA RODRÍGUEZ. Política Criminal... op. cit., p59.

<sup>194</sup> AGUADO CORREA, Teresa. El Principio de Proporcionalidad en Derecho Penal, Edersa, Madrid, 1999, p62.

En igual línea, entre las características sustanciales se encuentra la obligatoria primacía del Derecho sobre la política. El Estado de Derecho debe ser apolítico: *"El Estado de Derecho no es ya una especie de Estado que constituya un nuevo principio para el Estado: es un elemento formal que está separado del objetivo y del contenido del Estado, que es algo adecuado para el poder o el dominio políticos (...)"*<sup>195</sup>. Hacer primar la política por sobre el Estado afectaría la confiabilidad del Derecho y, por tanto, generaría un desmedro para la seguridad jurídica; en tal sentido, *"La política puede introducir modificaciones al derecho por la vía del procedimiento democrático; pero ése es a la vez el único procedimiento al que puede remitirse"*<sup>196</sup>.

En resumen, puede decirse que el Estado de Derecho tiene como presupuesto la existencia de una *"(...) sociedad civil capaz de regularse a sí misma y que sólo requería de la protección del Estado y la certeza de no ser invadida en su independencia por él mismo"*<sup>197</sup> (he allí la razón por la que se concibe al Estado de Derecho como un límite para el legislador penal); descartándose, por tanto, cualquier paternalismo excesivo que suponga una indebida intromisión en el libre desarrollo del individuo. Un exceso en la actuación del Estado atentaría la autonomía de la voluntad propia de un Estado liberal y desvirtuaría la principal función del estado: garantizar la vigencia y respeto de los derechos (sustentados en la dignidad), de modo tal que sea posible el libre desarrollo del individuo. Es en este marco constitucional en donde debe ser determinado el bien jurídico digno de protección por el legislador penal.

---

<sup>195</sup> WOLFGANG BÖCKENFÖRDE. Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia... op. cit., p25.

<sup>196</sup> ROBBERS. El Estado de derecho y sus bases éticas... op. cit., p31.

<sup>197</sup> HORN, Wolfgang. Estado de derecho y Estado social. En: THESING (compilador). Estado de Derecho y Democracia... op. cit., p174.

Ahora bien, conforme lo señala **GARRIDO FALLA**, la expresión Estado de Derecho no abarca los calificativos "social" y "democrático" utilizados por el legislador constitucional, habida cuenta de las específicas connotaciones de dichos términos<sup>198</sup>; no obstante ello, la dimensión social se encuentra circunscrita a los límites formales y materiales que impone el Estado de Derecho<sup>199</sup>, de manera que la ley constituye el instrumento para cumplir con el objetivo social del Estado. Así, la única manera de lograr un efectivo ejercicio de la libertad es a través de la instauración -de parte del Estado- de garantías mínimas que conlleven un sistema de prestaciones sociales<sup>200</sup>; siendo importante tomar en cuenta que *"La libertad del individuo se da allí donde puede asumir las responsabilidad por sus actos"*<sup>201</sup>. En tal sentido, el Estado social es un principio puramente material del que no cabe derivar exigencias organizativas, sino cumplimiento de fines que busquen reducir la desigualdad social<sup>202</sup>.

Se pueden detectar 3 facetas estatales en la evolución histórica, las mismas que se integran con la vigencia del Estado Social<sup>203</sup>: a) En el terreno político, a través de la ampliación de libertades y derechos de ciudadanía, consiguiendo cierta homogeneidad política de cara a un Estado Democrático de Derecho; b) En el terreno socio-jurídico, a través de la intervención administrativa para asegurar ciertas condiciones mínimas de

---

<sup>198</sup> GARRIDO FALLA. Comentarios a la Constitución... op. cit., p26.

<sup>199</sup> En Alemania, la conciliación entre ambos se ha logrado a través del mecanismo de repartición o redistribución generado por los impuestos. En: Ibid., tercera edición, p31.

<sup>200</sup> "(...) no es posible un ejercicio real de la libertad si su establecimiento y garantías formales no van acompañadas de unas condiciones existenciales mínimas, de modo que el Estado asume la función de distribuir bienes jurídicos de contenido material, a través de un sistema de prestaciones sociales de diverso signo". GONZÁLEZ MERINO, Beatriz. El Estado Social. Naturaleza Jurídica y Estructura de los Derechos Sociales, Civitas, Madrid, 2002, p45-46.

<sup>201</sup> ROBBERS. El Estado de derecho y sus bases éticas... op. cit., p40.

<sup>202</sup> MORENO GARCÍA, María. El Estado Social y Democrático de Derecho (art. 1.1 CE). En: ARAGÓN REYES, Manuel y Julián MARTÍNEZ-SIMANCAS. La Constitución y la práctica del derecho, Tomo II, Aranzadi, Pamplona, 1998, p545.

<sup>203</sup> Ver: PLANAS SILVA, Pedro. El Estado Moderno. Apuntes para una nueva biografía del Estado Social de Derecho, Desco, Centro de Estudios y Promoción del Desarrollo, Lima, 1993, p107.

bienestar a los ciudadanos menos favorecidos (más pobres) y condiciones de dignidad a los trabajadores; c) En el terreno económico, a través de la participación del Estado como agente promotor del desarrollo de las economías nacionales, diseñando un constitucionalismo económico implícito que se sustenta en el impulso al sector privado y en la regulación de los mercados, a efectos de obtener mayores niveles de riqueza para la sociedad<sup>204</sup>. Desde el punto de vista histórico, puede afirmarse que el Estado social tomó como antecedente los postulados del Estado liberal, pero otorgándoles un nuevo significado de cara a construir el fundamento normativo general de todos los derechos sociales<sup>205</sup>. Así, dicho fundamento vendrá conformado por "*El principio del respeto a la dignidad humana y el principio de igualdad*"<sup>206</sup>, son estos principios los que coadyuvarán a la obtención de la justicia social, la que a su vez implicará que el Estado garantice "*a todos los ciudadanos las necesidades mínimas vitales para una vida digna*"<sup>207</sup>; es decir, a la obtención de la denominada "procura existencial"<sup>208</sup>.

---

<sup>204</sup> En este último punto resulta interesante rescatar lo señalado por Balaguer: "(...) *que el sistema capitalista sea el que haga posible un mayor desarrollo económico, es algo que puede ser aceptado sin mayor debate. Que el desarrollo económico sea un fin en sí mismo al que todo tenga que ser supeditado es algo que no puede ser aceptado*". BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. El Estado Social y Democrático de Derecho. Significado, alcance y vinculación de la cláusula del Estado Social. En: MONEREO PÉREZ, José Luis (director) y otros. Comentario a la Constitución Socio-Económica de España, Comares, Granada, 2002, p95.

<sup>205</sup> "(...) *En términos generales, el Estado social significa históricamente el intento de adaptación del Estado tradicional (por el que entendemos en este caso el Estado liberal burgués) a las condiciones sociales de la civilización industrial y postindustrial con sus nuevos y complejos problemas, pero también con sus grandes posibilidades técnicas y organizativas para enfrentarlos*". GARCÍA - PELAYO, Manuel. Obras Completas, tomo II, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p1597. Citado por COMBELLAS, Ricardo. La idea del Estado de Derecho en la obra de Manuel García-Pelayo, en El nuevo derecho constitucional latinoamericano, volumen I, Panapo, Venezuela, 1996, p127.

<sup>206</sup> GONZÁLEZ MERINO. El Estado Social... op. cit., p31.

<sup>207</sup> COMBELLAS. La idea del Estado de Derecho... op. cit., p127.

<sup>208</sup> "*En el Estado social de Derecho los poderes públicos asumen la responsabilidad de proporcionar a la generalidad de los ciudadanos las prestaciones y servicios públicos adecuados para subvenir sus necesidades vitales, es decir, vela por lo que la doctrina germana ha calificado de «procura existencial» (Daseinvorsorge)*". PEREZ LUÑO, Antonio E. Los Derechos fundamentales, octava edición, Tecnos, Madrid, 2004, p193.

No obstante lo expuesto, se debe tomar en cuenta que el contenido del Estado social y de los derechos que abarca se va transformando en función a la evolución de las relaciones sociales, lo que hace que la lucha por el Estado de Derecho termine siendo una lucha por el progreso real de la sociedad: *"Se tratará de una lucha por el progreso de la sociedad cuando por medio del Estado de Derecho se pretenda llegar más allá del Estado de Derecho; es decir, cuando esta lucha se diriga no sólo a una modificación formal y meramente jurídica, sino a una modificación sustancial tanto de las relaciones económicas como de las relaciones de poder dentro de la sociedad: de tal manera que no sólo la forma jurídica, sino la estructura misma de estas relaciones, llegue a ser la garantía (no formal, sino sustancial) de la libertad"*<sup>209</sup>.

Un claro ejemplo puede apreciarse en la actual sociedad de riesgo en la que nos desenvolvemos, la que ha generado una nueva contextualización del riesgo en torno al desarrollo industrial y la globalización<sup>210</sup>, y una nueva forma de entender el Estado de Bienestar y las metas del Estado Social de Derecho; lo que ha hecho que el legislador introduzca nuevos bienes jurídicos y adelante la intervención penal a través de la creación de delitos de peligro, dejando de exigir -para la configuración del delito- la existencia de un desvalor de resultado, y remontándose únicamente al desvalor de acción y a la elevación de actos preparatorios al nivel de actos ejecutivos<sup>211</sup>. En este contexto, la prevención general negativa cobra

---

<sup>209</sup> BARATTA, Alessandro. El Estado de Derecho. Historia del concepto y problemática actual. Traducido por Marino Barbero Santos. En: Sistema. Revista de Ciencias Sociales, Nº 17-18, Madrid, abril 1977, p23.

<sup>210</sup> *"Así pues, los riesgos y peligros de hoy se diferencian esencialmente de los de la Edad Media (que a menudo se les parecen exteriormente) por la globalidad de su amenaza (seres humanos, animales, plantas) y por sus causas modernas. Son riesgos de la modernización. Son un producto global de la maquinaria del progreso industrial y son agudizados sistemáticamente con su desarrollo ulterior"*. BECK, Ulrich. La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad. Traducido por Jorge Navarro y otros, Paidós, Barcelona, 1998, p28.

<sup>211</sup> *"Sin embargo, los riesgos no se agotan en consecuencias y daños que ya han tenido lugar, sino que contienen esencialmente un componente futuro. Éste reposa tanto en la prolongación al futuro*

especial importancia respecto de la prevención especial; lo que genera que el legislador adopte políticas preventivas al momento de tipificar conductas delictivas, dejándose de exigir la configuración de un resultado como presupuesto de la sanción penal; y, afectándose con ello, junto con el nuevo modelo de Estado, la función asignada a la pena y la función de interpretación y de límite asignada al bien jurídico.

Como se ha señalado, esta nueva fórmula de entender el Estado de bienestar ha llevado a la incorporación de nuevos bienes jurídicos colectivos, como es el caso de medio ambiente, de los derechos de autor, de los sistemas informáticos, entre otros; pero, lamentablemente también ha generado la aparición de nuevas formas de criminalidad organizada respecto de las que en muchos países reina impunidad, debido a una incipiente política criminal que permita reprimir este tipo de delincuencia. Esto ha hecho que, con el ánimo de mantener el Estado de Bienestar, se recurra de manera exagerada al Derecho Penal y se promueva una huída hacia el mismo que, en algunos casos exagerados, lleva al legislador a dejar de lado la protección del bien jurídico en sí; y, en su lugar, a pretender proteger la regulación administrativa en torno al mismo, dando lugar al denominado Derecho penal simbólico<sup>212</sup>.

Un ejemplo de lo expuesto lo encontramos en Perú respecto al conducir en estado de ebriedad, conducta que se encuentra sancionada en sede administrativa como una infracción muy grave (código: M.2 del

---

*de los daños ya visibles como en una pérdida general de confianza o en la suposición de un «fortalecimiento del riesgo». Así pues, los riesgos tienen que ver esencialmente con la previsión, con destrucciones que aún no han tenido lugar, pero que son inminentes, y que precisamente en este significado ya son reales hoy". Ibid., p39.*

<sup>212</sup> Sobre las diferentes formas de Derecho penal simbólico, ver: HASSEMER, Winfried. Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. Traducido por Elena Larrauri. En: Pena y Estado, Editorial Jurídica Conasur, Santiago, 1995, p23-36. En: <[http://www.juareztavares.com/textos/hassemer\\_bem\\_juridico.pdf](http://www.juareztavares.com/textos/hassemer_bem_juridico.pdf)>, fecha de consulta: 10 de diciembre del 2016.

Reglamento Nacional de Tránsito), equivalente a una sanción pecuniaria del 50% de una unidad impositiva tributaria y a la suspensión de 3 años de la licencia de conducir, y que a la letra dice: *"Conducir con presencia de alcohol en la sangre en proporción mayor a lo previsto en el Código Penal, bajo los efectos de estupefacientes, narcóticos y/o alucinógenos comprobada con el examen respectivo o por negarse al mismo"*; y también se encuentra sancionada en el artículo 274 del Código penal con una pena privativa de libertad no menor de 6 meses, ni mayor de 2 años, el que expresamente establece: *"El que encontrándose en estado de ebriedad, con presencia de alcohol en la sangre en proporción mayor de 0.5 gramos-litro, o bajo el efecto de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o sintéticas, conduce, opera o maniobra vehículo motorizado, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de seis meses ni mayor de dos años o con prestación de servicios comunitarios de cincuenta y dos a ciento cuatro jornadas e inhabilitación, conforme al artículo 36 inciso 7)"*; llegándose, en la práctica, al absurdo de tener que pagar el infractor al Estado, dos veces por el mismo hecho: por la multa administrativa y por concepto de indemnización en materia penal, luego de la aplicación del principio de oportunidad que permite al fiscal abstenerse de ejercer la acción penal. Como se aprecia, en este caso, no sólo se afecta la prohibición de doble sanción (*ne bis in idem*); sino también se evidencia una vulneración del principio de mínima intervención, lo que claramente refleja la protección, no del bien jurídico en sí (seguridad pública), sino de la regulación administrativa creada para protegerlo.

Con este ejemplo se puede apreciar la importancia que tienen, además del reconocimiento del bien jurídico en el texto constitucional, los principios constitucionales que limitan la intervención del Derecho Penal; debiendo tomar siempre en cuenta las funciones de límite y de interpretación que cumple el bien jurídico en un Estado Social de Derecho.

Además de lo expuesto, debe tomar en cuenta que el contenido del Estado social y de los derechos que abarca no posee una fórmula homogénea, en tanto en todos los estados no siempre existirá consenso respecto a cuáles son las condiciones mínimas que requieren tutelarse en un Estado de Bienestar; así, *"(...) no se puede desconocer que el Estado social, en cuanto expresión de un pacto entre diversos agentes sociales no es una fórmula homogénea por lo que, al igual que ocurre con la Constitución (aunque sea en menor medida) no existe una imagen común del Estado social, sino distintas concepciones. Esas concepciones oscilan entre la garantía de una mínima procura existencial orientada básicamente a evitar conflictos sociales excesivamente graves que pudieran poner en peligro el sistema (lo que, más que un concepto de Estado social es una deformación de este principio constitucional) hasta propuestas de transformación radical del modelo económico"*<sup>213</sup>.

En este marco, la noción de un Estado democrático cobra especial fuerza e importancia, al propugnar libertades que derivan del consenso y que, por tal razón, hacen viable el desarrollo en sociedad; *"(...) el sistema democrático va a ser la mejor realización del consenso de la comunicación dentro del mundo jurídico-político. Por medio de él, el acuerdo de los hombres que tiene como base la dignidad humana va a ser mejor conseguido y respetado"*<sup>214</sup>. Incluso algunos autores encuentran en el régimen democrático no sólo el más legítimo, sino también el más justo y ético; estableciendo ciertas exigencias para que se pueda considerar un régimen como tal: el respeto a la vida (física y psíquica), la afirmación de la autonomía moral del individuo, la consideración del ser humano como

---

<sup>213</sup> BALAGUER. El Estado Social y Democrático de Derecho... op. cit., p90.

<sup>214</sup> DE ASIS ROIG, Rafael. Algunas notas para una fundamentación de los derechos humanos. En: PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio (director). El fundamento de los derechos humanos, Debate, Madrid, 1989, p79.

fin en sí mismo, el libre diálogo y comunicación como vía para acercarse al conocimiento de la realidad y a la determinación de criterios éticos con carácter de universalidad y disponibilidad de concreción, entre otros<sup>215</sup>. En esta línea, el "poder del pueblo" que fundamenta la democracia se legitima en el respeto de la dignidad y en la emisión de los derechos fundamentales que de ella se derivan, constituyendo la dignidad la "relación de legitimación" del pueblo (titulares de los derechos fundamentales) en los órganos estatales<sup>216</sup>.

Los Estados Español, Brasileiro y Peruano se caracterizan por ser democráticos, por lo que la ley debe tener como origen la voluntad popular<sup>217</sup>; de modo que concurren tanto una preferencia a las mayorías, cuanto un respeto por las minorías<sup>218</sup>. Esto deviene en una ineludible interacción entre los presupuestos social y democrático del Estado, al hacer que éste dirija su intervención no solo a beneficiar a ciertos grupos sociales, sino también a velar por el bienestar de las minorías<sup>219</sup>. Puede

---

<sup>215</sup> DÍAZ, Elías. Notas («concretas») sobre legitimidad y justicia. En: PECES-BARBA (director). El fundamento de los derechos humanos... op. cit., p151ss.

<sup>216</sup> "En la dignidad del hombre la soberanía popular encuentra su «primer» y «último» fundamento". HÄBERLE, Peter. La dignidad del hombre como fundamento de la comunidad estatal. Traducido por Alberto Oehling de los Reyes. En: FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco (Coordinador). Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional, Dykinson, Madrid, 2008, p217.

<sup>217</sup> Al respecto, Garrido Falla establece que no todo Estado de Derecho trae circunscrito un modelo democrático, de modo tal que la característica de democrático implica una exigencia que alude al origen de la ley; así, "(...) cabe pensar en un ordenamiento jurídico no establecido democráticamente y, sin embargo, obligatorio y vinculante para los poderes públicos, en especial para la Administración. El hecho que se haya establecido autocráticamente no postula necesariamente su injusticia (...)". En: GARRIDO FALLA. Comentarios a la Constitución... op. cit., tercera edición, p32.

<sup>218</sup> "Esa democracia constitucional se asienta sobre el consenso fundamental de los diversos sectores sociales y la Constitución misma intenta siempre proteger ese consenso limitando la capacidad de decisión de la mayoría, sea del signo que sea". BALAGUER. El Estado Social y Democrático de Derecho... op. cit., p93.

<sup>219</sup> "El carácter democrático de ese Estado aparece vinculado, pues, a la síntesis del Estado Social y del de Derecho, y expresa tanto la necesidad de libertad "real" -oponiéndose a que el "Estado social" dirija sólo su intervención en beneficio de ciertos grupos- como "formal" -cerrando el paso a la posibilidad de un "Estado de Derecho" no controlado por todo el pueblo- para los ciudadanos". MIR PUIG. El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho... op. cit., p34.

decirse entonces que el Estado Social es consecuencia del proceso de democratización del Estado, "(...) *en la medida en que tiene que atender y dar respuesta a las demandas de todos los sectores de la sociedad y no exclusivamente a las de una parte de la misma*"<sup>220</sup>, de forma tal que el contenido y los alcances del programa social del Estado no solo son delimitados mediante leyes, sino también por los postulados democráticos con los que se rige el mismo.

Es en este contexto de apertura democrática y dinamicidad, que emerge el bien jurídico penal y la política de exclusiva protección de bienes jurídicos: "*Sólo de una sociedad democrática puede surgir el bien jurídico. En ella se definirán primeramente los objetos a proteger por el ordenamiento jurídico y de estos objetos, conforme al carácter residual y fragmentario del derecho penal, los bienes jurídicos. En otras palabras, sólo tendrán el carácter de bienes jurídicos aquellos objetos que teniendo su origen en una sociedad democrática tengan protección penal*"<sup>221</sup>.

El establecimiento de estructuras democráticas no solo permite el diseño de una política social y el subsiguiente otorgamiento de derechos, sino que además facilita la toma de decisiones, colocando a todos los individuos en igualdad de condiciones, a efectos de optar por lo que les beneficia o afecta<sup>222</sup>. "*El desarrollo de la democracia desde comienzos del siglo pasado coincide con la extensión progresiva de los derechos políticos, es decir, del derecho de participar, aunque sea por medio de la elección de*

---

<sup>220</sup> PÉREZ ROYO. Curso de Derecho Constitucional... op. cit., p192.

<sup>221</sup> HORMAZÁBAL. Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho... op. cit., p143.

<sup>222</sup> "*El principio democrático se traducirá en la existencia de condiciones formales, que posibiliten que el contenido de los diversos bienes jurídicos refleje los intereses de los distintos grupos sociales*". BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. Revisión del contenido del bien jurídico honor. En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo XXXVII, fascículo II, Mayo-Agosto 1984, p308.

*representantes, en la formación de la voluntad colectiva*<sup>223</sup>, al respecto resulta importante distinguir entre lo que se entiende por democracia directa y por democracia representativa: la primera comprende todas las formas de participación en el poder que no se resuelven en una u otra forma de representación<sup>224</sup>, mientras que la segunda recoge todas las formas de representación a través de interpósita persona; por lo que se afirma que solo la democracia directa es la real democracia y que la democracia indirecta solo constituye una adaptación del principio de soberanía popular a las dimensiones del territorio de un Estado, condición que hace inviable la aplicación del primer mecanismo de democracia. En la actualidad, las características de la sociedad moderna hacen necesaria la integración de ambos mecanismos democráticos, "(...) *sobre todo mediante la extensión de la democratización, entendida como institución y ejercicio de procedimientos que permiten la participación de los interesados en las deliberaciones de un cuerpo colectivo, en cuerpos diferentes de los políticos*"<sup>225</sup>; de modo tal que tanto la forma de gobierno impuesta en un Estado, cuanto el contenido de la misma, debe regirse bajo presupuestos democráticos de igualdad.

**Puede decirse entonces que los postulados esenciales del Estado Constitucional moderno son: la supremacía de la Constitución, la limitación del poder y el reconocimiento y tutela de los derechos fundamentales, siendo que el Estado ostenta el deber de velar por el bienestar de la sociedad, atendiendo las demandas de todos los sectores de ésta.** El contenido y alcance de la acción social del Estado

---

<sup>223</sup> BOBBIO, Norberto. Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política. Traducido por José F. Fernández Santillán, Fondo de Cultura Económica, México, 1989, p203.

<sup>224</sup> En este rubro, Bobbio incluye: "a) *el gobierno del pueblo a través de delegados investidos de mandato imperativo y por tanto revocables, b) el gobierno de asamblea, es decir, el gobierno no sólo sin representantes irrevocables y fiduciarios, sino también sin delegados; c) el referéndum*". Ibid., p217.

<sup>225</sup> Ibid., p218.

deben ser determinados de conformidad con la regla de la democracia (consenso, el que implica libertad y pluralidad); la que a su vez es establecida por el Parlamento<sup>226</sup>.

Ahora bien, habiendo definido el modelo organizativo establecido en las Constituciones española, brasilera y peruana conviene resaltar que el calificativo de social y democrático de Derecho no constituye un mero valor o una mera regla, sino **un principio constitucional informador** para todas las ramas del ordenamiento jurídico (incluido el Derecho Penal). Así, respecto de la diferencia entre valores, reglas y principios<sup>227</sup>, cabe mencionar que los valores no contienen especificaciones respecto a los supuestos en que deben ser aplicados, ni sobre las consecuencias jurídicas que deben seguirse de su aplicación, constituyendo ideas directivas generales que fundamentan, orientan y limitan críticamente la interpretación y aplicación del resto de normas del ordenamiento jurídico, formando parte del contexto histórico-espiritual de la interpretación de la constitución<sup>228</sup>. Los principios entrañan un mayor grado de concreción y especificación respecto a las situaciones a las que pueden aplicarse y a las consecuencias jurídicas de su aplicación, aunque sin llegar a ser normas

---

<sup>226</sup> En esta misma línea, Gonzáles Ojeda señala: "*En el presente siglo implementar dentro del Estado de Derecho, además de la democracia política, la democracia socioeconómica, es una necesidad; el hombre tiene que ser rescatado del mercado y realmente debe constituir el fin supremo de la sociedad y del Estado. Se trata de superar el Estado Social de Derecho, de modo que el Estado Democrático de Derecho surge en dicha perspectiva*". GONZÁLES OJEDA, Magdiel. El Estado Social y Democrático de Derecho y el Estado Peruano. En: Revista Derecho & Sociedad, Año XV, N° 23, editada por estudiante de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2004, p153.

<sup>227</sup> Ver distinción en ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Traducido por Carlos Bernal Pulido, segunda edición, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, p109ss.

<sup>228</sup> "*Los valores constitucionales suponen, por tanto, el contexto axiológico fundamentador o básico para la interpretación de todo el ordenamiento jurídico; el postulado-guía para orientar la hermenéutica teleológica y evolutiva de la Constitución; y el criterio para medir la legitimidad de las diversas manifestaciones del sistema de legalidad. Frente al sentido «relativamente preciso» de los valores la idea de los principios jurídicos, así como la de los principios constitucionales, es mucha más ambigua y equívoca*". PÉREZ LUÑO. Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución... op. cit, p288-289.

analíticas<sup>229</sup>; se distinguen de las reglas, en tanto no definen un supuesto de hecho concreto al que se asignan consecuencias jurídicas específicas, sino que suponen el cumplimiento de fines determinados por el carácter social, e imponen exigencias organizativas derivadas del principio democrático<sup>230</sup>; por ello, puede decirse que "(...) *los principios son mandatos de optimización. Esto significa que son normas que ordenan que algo sea realizado en una medida lo mayor posible dentro del marco de las posibilidades fácticas y jurídicas. En cambio, las reglas son mandatos definitivos*"<sup>231</sup>.

Esta distinción apareció con Dworkin como parte de una ofensiva contra la teoría positivista del Derecho (dominante en la época a través de Hart, uno de sus principales representantes)<sup>232</sup>. Esta teoría partía del supuesto de que el sistema jurídico estaba integrado por reglas introducidas deliberadamente por actos del legislador. Frente a esto, sobre la base del análisis de los procesos de aplicación del Derecho, Dworkin llamó la atención sobre la existencia de **principios** (que **no son creados por el legislador, y que valen independientemente de que los haya reconocido o no**) y abogó por un sistema jurídico más completo, integrado por reglas y principios<sup>233</sup>. Este modelo tenía como ventaja ofrecer una mejor explicación respecto de cómo los jueces resolvían los casos difíciles en los que las reglas eran insuficientes para justificar una resolución judicial; reflejando mejor la estructura de un sistema jurídico

---

<sup>229</sup> También efectúa esta distinción: ARAGÓN REYES, Manuel. Constitución y democracia, Tecnos, Madrid, 1990, p84ss; y, TAIAR, Rogerio. A Dignidade da Pessoa Humana e o Direito Penal. A Tutela Penal dos Direitos Fundamentais, SRS editora, São Paulo, 2008, p41ss.

<sup>230</sup> MORENO GARCÍA. El Estado Social y Democrático de Derecho (art. 1.1 CE)... op. cit., p543-544.

<sup>231</sup> ALEXY, Robert. El concepto y la validez del derecho. Traducido por Jorge M. Seña, Gedisa, Barcelona, 1994, p185.

<sup>232</sup> DWORKIN, Ronald. Los derechos en serio. Traducido por Marta Guastavino, Ariel, Barcelona, 1984, p72ss.

<sup>233</sup> "Llamo «principio» a un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad". Ibid., p72.

característico del Estado constitucional, en el que **los principios constitucionales ocupan un lugar muy destacado para justificar la creación de normas e interpretaciones judiciales.**

Conforme se ha señalado, el postulado de "Estado social y democrático de Derecho" constituye un principio informador del ordenamiento jurídico que ostenta por ello un carácter informativo e inspirador sobre el que se fundan todas las otras normas del ordenamiento jurídico, no requiriendo – por su calidad de principio- ni siquiera de un reconocimiento expreso para su existencia<sup>234</sup>. No obstante lo expuesto, en los casos español y peruano, este carácter informador, inspirador y suprapositivo de los principios incluso ha sido reconocido expresamente; así, el artículo 1.4 del Título Preliminar del Código Civil Español señala expresamente que "*Los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico*"; mientras que el artículo VIII del Título Preliminar del Código Civil peruano señala que "*Los jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley. En tales casos, deben aplicar los **principios generales del derecho** y, preferentemente, los que **inspiran el derecho peruano***". También el Tribunal Constitucional Español, mediante sentencia del 2 de febrero de 1981, se ha decantado por la prevalencia de los principios respecto de otras normas del ordenamiento jurídico, señalando: "*Pues bien, entendemos que los principios generales del Derecho, incluidos en la Constitución, tienen carácter informador de todo el ordenamiento jurídico -como afirma el artículo 1.º, 4, del título preliminar del Código Civil- que debe así ser interpretado de acuerdo con los mismos. Pero es también claro que allí donde la oposición entre las*

---

<sup>234</sup> Esta condición de "principio" también ha sido predicada en Alemania respecto de la dignidad, a la que se considera un "principio constitucional básico" o "un valor social y pretensión de respeto al hombre". Ver: HÄBERLE. La dignidad del hombre como fundamento de la comunidad estatal... op.cit., p183.

*Leyes anteriores y los principios generales plasmados en la Constitución sea irreductible, tales principios, en cuanto forman parte de la Constitución, participan de la fuerza derogatoria de la misma, como no pueden ser de otro modo (...). En conclusión, en los supuestos en que exista una incompatibilidad entre los preceptos impugnados y los principios plasmados en la Constitución, procederá declararlos inconstitucionales y derogados, por ser opuestos a la misma”<sup>235</sup>.*

Es en el marco del modelo de Estado social y democrático de Derecho que, por tanto, debe legitimarse la intervención del Derecho penal; de forma que la imposición de una pena (por constituir la restricción más dura de la libertad de un ciudadano que el Estado dispone), *“(...) únicamente se puede legitimar cuando sea materialmente imposible suprimir una determinada perturbación social mediante medidas menos duras de política social. Pues desde el punto de vista liberal de la teoría del contrato social, la potestad punitiva no se le ha transmitido al Estado para que la utilice como quiera a su propio arbitrio, sino sólo dentro de lo absolutamente necesario”<sup>236</sup>*. Por ello, para la determinación del contenido material del bien jurídico y para la selección de los bienes jurídicos dignos de protección penal, resulta indispensable tomar en cuenta que el Derecho Penal se justifica exclusivamente por constituir un medio que posibilita la convivencia pacífica y el libre desarrollo de las personas, garantizando con ello el funcionamiento y la evolución de un determinado sistema social<sup>237</sup>.

---

<sup>235</sup> Resolución emitida el 2 de febrero de 1981 por el Pleno del Tribunal Constitucional Español (RTC 1981/4).

<sup>236</sup> ROXIN, Claus. *Iniciación al Derecho Penal de Hoy*. Traducido por Francisco Muñoz Conde y Diego-Manuel Luzón Peña, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1981, p134.

<sup>237</sup> Ver: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. *El Delito de Lesiones*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1982, p66-67. *“El anclaje en el concepto de contrato social y la idea rectora de que el Estado debe asegurar la posibilidad de libre desarrollo del individuo proporcionan unas coordenadas de lo que el Estado puede proteger por medio del Derecho penal y de lo que no: en primer lugar, los bienes que el individuo necesita para su libre desarrollo, pero no los bienes usurpados a costa del desarrollo de los demás; y, después, los bienes compartidos por todos necesarios para una próspera vida en común, a diferencia de las formas de vida patrocinadas por*

Así, "(...) la relación entre el ciudadano y el Estado experimenta una especial caracterización –el moderno Estado constitucional garantiza, por una parte, la libertad de sus miembros mediante la utilización del poder punitivo y, por otra, asegura a sus súbditos una garantía de libertad en forma de derechos constitucionales como derechos de defensa frente al propio Estado que pune-"<sup>238</sup>. Esta garantía de libertad se materializa en el reconocimiento de una serie de derechos tendientes al libre desarrollo de la personalidad de las personas, el que es además presupuesto de una existencia humana digna<sup>239</sup>.

De esta manera, "*La aplicación de la protección constitucional de la libertad como límite de penalización se corresponde con el examen de constitucionalidad en sentido usual; es decir, se lleva a cabo un examen de si la correspondiente norma penal aparece como expresión de la sistemática de límites del derecho fundamental afectado*"<sup>240</sup>. En esta línea, no solo la afectación de la libertad debe ser proporcional al menoscabo que se cause al bien jurídico; sino que, además, debe tomarse en cuenta que la libertad, como premisa para alcanzar el libre desarrollo del individuo (objetivo legitimador de un Estado social y democrático de Derecho), constituye el fundamento del ejercicio de todos los derechos; lo que puede llevarnos a afirmar –conforme se desarrollará en extenso en el siguiente capítulo- que la posibilidad de disposición sobre estos (consentimiento) es válida siempre y cuando se encuentre circunscrita al límite configurado por la dignidad y la autodeterminación de cada persona.

---

*una determinada religión o concepción moral, que no pueden ser dirigidas por el Estado y, por tanto, tampoco ser garantizadas como tales, sino sólo aseguradas en la posibilidad de su elección y ejercicio individuales*", en: SCHÜNEMANN, Bernd. El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación. Traducido por María Martín Lorenzo y Mirja Feldmann. En: HEFENDEHL (ed.). La teoría del bien jurídico... op. cit., p208.

<sup>238</sup> BUNZEL. La fuerza del principio constitucional de proporcionalidad... op. cit., p151.

<sup>239</sup> GONZÁLEZ RUS. Bien jurídico y Constitución... op. cit., p25.

<sup>240</sup> BUNZEL. La fuerza del principio constitucional de proporcionalidad... op. cit., p170.

## 2.2. Posturas en torno al bien jurídico penal

La importancia de la Constitución y del modelo de Estado social y democrático de Derecho ha sido recogida tanto en España, Perú y Brasil, para la determinación de un concepto material de bien jurídico, manteniéndose a éste como referente para el establecimiento de una política criminal de Estado<sup>241</sup>. La opción por el bien jurídico como objeto de protección se mantiene latente en el actual Derecho penal, lo que tiene un claro reflejo en la doctrina española, brasilera y peruana.

### 2.2.1. Evolución en la doctrina española

En España, tomando en cuenta la relevancia, pero insuficiencia que ostenta el texto constitucional respecto a la determinación del bien jurídico penal, Mir Puig considera adecuado introducir en el concepto de bien jurídico un planteamiento social del Derecho penal y de sus límites, lo que además califica de altamente conveniente para la libertad del individuo<sup>242</sup>. Así, "*Bienes jurídicos son las condiciones necesarias, según la observación empírica, de un correcto funcionamiento de los sistemas sociales*", traduciendo dichas condiciones "*(...) en concretas posibilidades de participación del individuo en los procesos de interacción y comunicación social*"<sup>243</sup>; por estas posibilidades de participación, Mir entiende no solo una posibilidad de incidencia activa en la vida colectiva, sino una posibilidad de vivir en sociedad confiando en el respeto de la esfera

---

<sup>241</sup> Esto, incluso a pesar de la influencia del funcionalismo radical que sobre todo se ha desarrollado en Brasil y Perú (el que, conforme se ha señalado, rechazamos por considerar de inviable aplicación).

<sup>242</sup> MIR PUIG. Introducción a las bases del Derecho Penal... op. cit., p137.

<sup>243</sup> Ibid., p140.

de libertad particular por parte de los demás (un ejemplo de una determinada posibilidad de participación social es el poder vivir aislado sin necesidad de temer que los demás lo impidan)<sup>244</sup>. Así, *"Un Estado social y democrático de Derecho sólo deberá amparar como bienes jurídicos **condiciones de la vida social**, en la medida en la que afecten a las **posibilidades de participación de individuos** en el sistema social (...). El postulado de que las condiciones sociales a proteger deban servir de base a la posibilidad de participación de individuos en el sistema social, puede fundarse en el **Estado democrático**"*<sup>245</sup>. En tal sentido, Mir toma en cuenta como límites para la intervención penal, tanto el Estado de Derecho (liberal), que se refiere al aspecto formal de sujeción a la ley, cuanto el Estado Social y Democrático, que apuntan al contenido material del derecho penal<sup>246,247</sup>.

Este autor efectuó algunas precisiones al concepto de bien jurídico inicialmente planteado por Roxin<sup>248</sup>, criticando por ejemplo el criterio utilizado por este último respecto a la idoneidad de un bien para ser objeto de protección penal, en base a que sea o no aprehensible por los sentidos.

---

<sup>244</sup> Ibid., loc. cit. También en MIR PUIG. Derecho Penal, Parte General... op. cit., p132.

<sup>245</sup> MIR PUIG. Derecho Penal, Parte General... op. cit., p132.

<sup>246</sup> "(...) el del Estado de Derecho liberal clásico, caracterizado por el sometimiento del poder a límites jurídicos que restringen su acción frente al ciudadano, y el del Estado social intervencionista, que asume la necesidad de que el poder intervenga activamente en la solución del problemas sociales. Ello ha de reflejarse en el Derecho penal (...)". MIR PUIG, Santiago. Bases constitucionales del Derecho penal, Iustel, Madrid, 2011, p59.

<sup>247</sup> Respecto de los límites políticos que el Estado Social y Democrático de Derecho imponen al bien jurídico, ver MIR PUIG. Introducción a las bases del Derecho Penal... op. cit., p141ss; y, MIR PUIG. Derecho Penal, Parte General... op. cit., p114ss.

<sup>248</sup> ROXIN, Claus. Sinn und Grenzen staatlicher Strafe, en el libro Strafrechtliche Grundlagenprobleme, Berlín – New York, 1973, p13ss. Citado por MIR PUIG. Introducción a las bases del Derecho Penal... op. cit., p134.

En el sentido de política criminal<sup>249</sup>, Mir establece dos condiciones para que un bien jurídico pueda considerarse un bien jurídico penal: **suficiente importancia social y necesidad de protección penal**<sup>250</sup>.

Respecto a lo primero, postula la autonomía jurídico penal de los bienes protegidos en tanto se consideran fundamentales para la vida social, el problema radicará en llegar a un consenso respecto de cuándo un interés es fundamental o no para la vida social; siendo que, para este autor, los bienes jurídicos penales más indiscutidos a lo largo de la historia y que han calado más hondo en la conciencia social, son los que afectan en mayor medida y más directamente a los individuos. Para Mir, esto no supone una negación de los llamados intereses colectivos o difusos, en la medida en que estos se protegen en tanto condicionan la vida de los individuos; aunque exige como mínimo para su protección, una determinada gravedad en la repercusión que el interés colectivo tenga en cada individuo<sup>251</sup>.

---

<sup>249</sup> Al respecto, Mir precisa que el concepto de bien jurídico es usado por la doctrina en dos sentidos: "a) en el **sentido político-criminal** (de lege ferenda) de lo único que merece ser protegido por el Derecho penal (en contraposición, sobre todo, a los valores solamente morales); b) en el **sentido dogmático** (de lege lata) de objeto efectivamente protegido por la norma penal vulnerada de que se trate". MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal. Parte General, décima edición, Reppertor, Barcelona, 2016, p172.

<sup>250</sup> MIR PUIG. El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho... op. cit., p162ss. Si bien la **dañosidad social** también es un elemento a tomar en cuenta para la selección de un bien jurídico penal, no sirve como parámetro clasificador, en tanto toda protección jurídica, ya sea penal, administrativa, civil, o de cualquier otra índole supone necesariamente un sentido dañoso; en: SILVA SÁNCHEZ. Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo... op. cit., p276.

<sup>251</sup> "El Estado social no puede desconocer la significación que por sí misma implica la extensión social de un determinado interés, pero tampoco ha de prescindir de exigir como mínimo una determinada gravedad en la repercusión del interés colectivo en cada individuo. Creo que ésta es una vía de razonamiento que debe atenderse si se quiere evitar la peligrosa tendencia que posee todo Estado social a hipertrofiar el Derecho penal a través de una administrativización de su contenido de tutela, que se produce cuando se prima en exceso el punto de vista del orden colectivo". MIR PUIG. El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho... op. cit., p165.

Respecto a lo segundo, Mir señala que para que un bien jurídico sea protegido penalmente no basta que posea una suficiente importancia social, sino que es necesario que no sean suficientes para su tutela otros medios de defensa menos lesivos, verbigracia el derecho administrativo, el derecho civil, entre otros; lo que genera toda una problemática en torno a en qué medida es necesario que los ataques produzcan un resultado lesivo o pongan en peligro el bien jurídico penalmente protegido<sup>252</sup>.

Los criterios de merecimiento y necesidad de pena se encuentran relacionados entre sí, no pueden entenderse como categorías completamente independientes, sino más bien complementarias, puesto que valores y fines siempre se encuentran interrelacionados en muchos aspectos<sup>253</sup>. Mientras que lo importante en el merecimiento de pena es analizar el desvalor global del hecho<sup>254</sup> de cara a la importancia del bien y los presupuestos de dignidad y autorrealización del ser humano<sup>255</sup>; en la necesidad e idoneidad de pena (la que presupone un previo merecimiento de pena) lo que se analiza es si un hecho requiere o no ser penado, habida cuenta de que, en caso de existir una vía menos gravosa e igual de efectiva que pueda solucionar el problema, devendrá en absurda la aplicación de una sanción penal<sup>256</sup>. De esta manera, ambos postulados

---

<sup>252</sup> Ibid., p166-167.

<sup>253</sup> Ver: LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito. En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo XLVI, Fascículo I, Enero-Abril, Madrid, 1993, p26-27.

<sup>254</sup> Ibid., p22.

<sup>255</sup> Presupuestos recogidos en los artículos 1 de las Constituciones peruana y brasilera, y en el artículo 10.1 de la Constitución española.

<sup>256</sup> *"No se puede castigar –por falta de necesidad– cuando otras medidas de política social o bien las propias prestaciones voluntarias del delincuente garanticen una suficiente protección de los bienes jurídicos; e incluso aunque no se disponga de posibilidades más suaves, hay que renunciar –por falta de idoneidad– a la pena cuando sea políticocriminalmente inoperante o incluso nociva. Estos postulados corresponden a los principios de subsidiariedad y efectividad de la pena estatal"*

(merecimiento y necesidad) también se imponen entre sí restricciones o límites recíprocos, dado que puede acontecer, en determinados casos, que nos encontremos frente a un hecho en sí mismo merecedor de pena, pero en el que "*(...) en virtud de las circunstancias concretas del autor o posteriores al hecho la pena sea innecesaria o inadecuada: limitación del merecimiento de pena por la necesidad de pena*"<sup>257</sup>.

En la doctrina española también se encuentra **Berdugo Gómez de la Torre**, para quien el bien jurídico constituye una realidad previa al legislador, cuyo contenido debe estar vinculado al Estado de Derecho y a un modelo social personalista orientado hacia el individuo y hacia la vigencia de sus derechos, de manera que, ante la relación individuo-comunidad, este modelo de estado nos debe llevar siempre a optar por el primero<sup>258</sup>. Para este autor, "*(...) el bien jurídico aparece vinculado al modelo social que corresponde al Estado social y democrático de Derecho, (...) su contenido es empíricamente identificable, pero de carácter normativo. Todo ello conduce con carácter general a afirmar que el contenido del bien jurídico debe ser de carácter personalista y estar orientado hacia el individuo para posibilitarle su participación en una determinada sociedad*"<sup>259</sup>; de forma que "*(...) el Derecho penal se justifica exclusivamente por su necesidad para posibilitar la vida en comunidad a través de garantizar el funcionamiento y evolución de un determinado sistema social*

---

(...)" ROXIN. Franz von Liszt y la concepción políticocriminal del Proyecto Alternativo... op. cit., p44.

<sup>257</sup> LUZÓN PEÑA. La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena... op. cit., p29.

<sup>258</sup> BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. El consentimiento en las lesiones. En: Cuadernos de Política Criminal Nº 14, Edersa, Madrid, 1981, p207-208.

<sup>259</sup> BERDUGO. Viejo y Nuevo Derecho Penal... op. cit., p210. También en: Ibid., p209-210; BERDUGO. El delito de lesiones... op. cit., p63ss; BERDUGO. Revisión del contenido del bien jurídico honor... op. cit., p306ss.

(...)<sup>260</sup>. Para Berdugo Gómez de la Torre, la referencia al texto constitucional es un criterio para construir normativamente el contenido de cada concreto bien jurídico y no una mera referencia formal<sup>261</sup>; proponiendo, junto con Pérez Cepeda, "(...) *un formalismo jurídico reducido al poder del legislador en el que lo que prima es el interés del Estado en la protección de sus valores*"<sup>262</sup>.

Por otro lado, y aceptando también que la mera referencia formal al texto constitucional deviene en insuficiente para la determinación del bien jurídico penal, **Arroyo Zapatero** propone como criterio con el que dicha referencia debe ser complementada, el del "consenso social". Para este autor, "(...) *el consenso es un criterio que ha de integrar una teoría de los bienes jurídicos, particularmente en el campo de los bienes jurídicos de discutida racionalidad, en el cual es más necesario que nunca que el legislador rechace la imposición a la colectividad de las que sean concepciones morales o éticas de individuos o grupos, incluso los numéricamente mayoritarios, limitándose a asumir la protección de aquellas normas sociales elementales realmente constitutivas e imprescindibles para una comunidad determinada. Estas normas son aquellas sobre las cuales existe un consenso prácticamente ilimitado, sobre las cuales todos podemos estar de acuerdo*"<sup>263</sup>. La importancia que adquiere el consenso social, de cara a la selección de bienes jurídico penales dignos de protección, es recogida por Arroyo de Stratenwerth, quien afirma que las condiciones de la vida humana no pueden ser

---

<sup>260</sup> BERDUGO. El consentimiento en las lesiones... op. cit., p208.

<sup>261</sup> BERDUGO. Viejo y Nuevo Derecho Penal... op. cit., p209.

<sup>262</sup> BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y Ana PÉREZ CEPEDA. Derechos Humanos y Derecho Penal. Validez de las viejas respuestas frente a las nuevas cuestiones. En: HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. Estudios de Derecho Penal. En memoria del Prof. Juan José Bustos Ramírez, Ubijus, México D.F., 2011, p845.

<sup>263</sup> ARROYO. Prohibición del aborto y Constitución... op. cit., p213.

formuladas sin tomar en cuenta *"una concepción «correcta» de las necesidades e intereses legítimos del individuo o de la sociedad en el correspondiente orden social; así como tampoco es posible dejar de lado la situación histórica en la que una sociedad se encuentra. Por tanto, el consenso normativo resulta ser también la base de todo análisis más amplio (...)"*<sup>264</sup>. En igual línea, **Díez Ripollés** utiliza como criterio el consenso social para decantarse por la ilegitimidad de *"(...) cualquier decisión legislativa que se oponga frontalmente a lo dispuesto en la ley básica que estructura el consenso social alcanzado, sea en preceptos concretos sea en sus principios inspiradores"*<sup>265</sup>; considerando que de la Constitución se derivan para el legislador deberes de no penalización<sup>266</sup>.

Asimismo, en la doctrina española, para **González Rus**, desde un punto de vista político, la función delimitadora del bien jurídico solo puede adquirir sentido en una Constitución democráticamente elaborada, es decir, en la que los procedimientos de selección de los legisladores y los mecanismos de elaboración de las leyes aseguren una correspondencia entre los valores jurídicamente protegidos y los valores socialmente vigentes<sup>267</sup>. Para este autor, que *"(...) el ilícito penal debe ocuparse de la protección de bienes jurídicos se deriva de un doble orden de consecuencias: de la propia definición constitucional del Estado (social y democrático de Derecho, art. 1-1 Const. (...)) y del análisis de su propio contenido"*<sup>268</sup>.

---

<sup>264</sup> STRATENWERTH. Derecho Penal. Parte General I... op. cit., p5.

<sup>265</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. La racionalidad de las leyes penales. Práctica y teoría, Trotta, Madrid, 2003, p182-183.

<sup>266</sup> Ibid., p178.

<sup>267</sup> GONZÁLEZ RUS. Bien jurídico y Constitución... op. cit., p36.

<sup>268</sup> Ibid., p38.

En igual línea, **Terradillos Basoco** afirma que cualquier intervención punitiva sobre el individuo solo se legitima en tanto evite la afectación a los elementos esenciales de la vida en común, que son los que otorgan su impronta al modelo constitucional<sup>269</sup>. Para este autor, la vigencia constitucional del principio de bien jurídico se deriva del artículo 10.1 de la Constitución Española, el que consagra la dignidad –concebida como posibilidad real de libre y pleno desarrollo de la personalidad- como fundamento del orden político<sup>270</sup>.

En similar sentido, **Muñoz Conde/García Arán** entienden por bienes jurídicos "(...) *aquellos presupuestos que la persona necesita para su autorrealización y el desarrollo de su personalidad en la vida social*"<sup>271</sup>; aceptando que son un fundamento necesario de la intervención del Derecho penal en la regulación de la convivencia humana, pero no un criterio suficiente para limitar el poder punitivo del Estado<sup>272</sup>. Así, Muñoz Conde enfatiza que "*Cualquiera de los bienes jurídicos protegidos en los diversos tipos delictivos contenidos en el Código Penal, de cualquier país, son reconducibles directa o indirectamente, a alguno o algunos de los derechos que se reconocen como fundamentales en cualquier texto o carta fundamental constitucional*"<sup>273</sup>, agregando que el Derecho penal tiene una gran incidencia en la configuración y desarrollo de los derechos

---

<sup>269</sup> TERRADILLOS BASOCO, Juan. Sistema Penal y Estado de Derecho. Ensayos sobre Derecho Penal, Ara, Lima, 2010, p25.

<sup>270</sup> TERRADILLOS BASOCO, Juan. La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal. En: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, N°63, 1981, p142.

<sup>271</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco y Mercedes GARCÍA ARÁN. Derecho Penal. Parte General, octava edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, p59.

<sup>272</sup> Ibid., p80.

<sup>273</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. Capítulo XXIII. Protección de bienes jurídicos como límite constitucional del Derecho penal. En: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo y Fermín MORALES PRATS (coordinadores). El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz, Aranzadi, Navarra, 2001, p561.

fundamentales y libertades públicas recogidas en la Constitución, y de otros derechos y principios que por su importancia para el individuo y la configuración democrática de la sociedad, gozan también de un reconocimiento constitucional: "(...) *el Derecho penal tiene una misión protectora de bienes jurídicos que por su carácter básico para el individuo y la sociedad tienen el carácter de derechos fundamentales de carácter constitucional. Es en la Constitución, pues, donde el Derecho penal recoge el material que luego transformado en bienes jurídicos debe proteger con sus propios instrumentos*"<sup>274</sup>.

Para **Octavio de Toledo y Ubieta**, el modelo de Estado social y democrático de Derecho trae consigo transformaciones en el sistema normativo orientadas a una actividad asistencial en beneficio real de todos los individuos integrados en el sistema social, las que se reflejan en la aparición de normas no solo garantizadoras, sino promocionales. Estos cambios también se habrían reflejado en el Derecho penal en torno a los bienes jurídicos y su capacidad limitadora del *ius puniendi* estatal, al ser que el Estado se ve obligado a ofrecer protección penal a los derechos que surgen producto de las prestaciones sociales propias del modelo social, defendiendo penalmente tanto la efectividad y corrección de las actividades estatales, cuanto al individuo frente a la desmesura en la actuación de los poderes públicos<sup>275</sup>.

### **2.2.2. Evolución en la doctrina brasilera**

---

<sup>274</sup> Ibid., p573.

<sup>275</sup> OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio. Sobre el concepto del Derecho penal, Sección de publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad de Madrid, Madrid, 1981, p353-354.

En Brasil, un gran sector de la doctrina también plantea una necesaria referencia constitucional para el establecimiento de un concepto material de bien jurídico.

Así, **Bechara** plantea que tanto las tesis constitucionales, cuanto las tesis sociológicas del bien jurídico (con excepción de las tesis extremas) pueden ser tratadas de forma complementaria; identificando dos momentos en la elección de un interés como bien jurídico dotado de dignidad penal: un primer momento en el que se hurga en la realidad social su fundamento dinámico, y un segundo momento en el que se hurga en los principios y valores constitucionales que inspiran el Estado Democrático de Derecho y en los criterios político criminales, a efectos de determinar la necesidad de la protección de dicho interés por medio de esa vía de control social. Para esta autora, *"(...) definido en líneas generales el concepto de bien jurídico como una síntesis normativa concreta de un interés, en el ámbito de un Estado Democrático de Derecho cabe localizar sus presupuestos en la realidad social, ocupando el individuo, en ese caso, una posición central. Es claro, ante tal perspectiva democrática, que el individuo deberá de ser tomado en su dimensión comunicativa o inter- relacional, y no meramente liberal, considerándose sus intereses de libre desenvolvimiento por medio de la participación en la vida social"*<sup>276</sup>.

---

<sup>276</sup> Traducción libre del siguiente texto: *"(...) definido em linhas gerais o conceito de bem jurídico como a síntese normativa concreta de um interesse, no âmbito de um Estado Democrático de Direito cabe localizar seus pressupostos na realidade social, ocupando, nesse caso, o indivíduo a posição central. É claro, diante de tal perspectiva democrática, que o indivíduo haverá de ser tomado em sua dimensão comunicativa ou inter-relacional, e não meramente liberal, considerando-se seus interesses de livre desenvolvimento por meio da participação na vida social"*. BECHARA. Bem jurídico-penal... op. cit., p143.

Asimismo, **Regis Prado** resalta que el Estado de Derecho como Estado constitucional se encuentre fundado en la idea de libertad de los individuos, de las comunidades y de los pueblos, razón por la que constituye un límite al poder político<sup>277</sup>. Así, tanto la libertad como la dignidad pertenecen para este autor a la esencia del ser humano; constituyendo valores fundamentales del ordenamiento constitucional brasileiro<sup>278</sup>; de manera que serán bienes susceptibles de protección penal los derechos constitucionales del ciudadano, los valores objetivamente tutelados y otros que se inserten o sean conexos al contexto de garantía del Estado Democrático y Social de Derecho<sup>279</sup>. En tal sentido, para Regis Prado, *"Los bienes dignos o merecedores de tutela penal son, en principio, los de reconocimiento constitucional específico y aquellos que se encuentran en armonía con la noción de Estado democrático de Derecho (...)"*<sup>280</sup>.

**Cirino dos Santos** también resalta la importancia del bien jurídico para el Estado democrático de Derecho, aunque poniendo especial énfasis en las formaciones sociales fundadas en la relación

---

<sup>277</sup> PRADO, Luiz Regis. Bem Jurídico-Penal e Constituição, Editora Revista Dos Tribunais, São Paulo, 2011, p74.

<sup>278</sup> Ibid., p90. También en Portugal, cabe mencionar lo afirmado por **De Figueiredo Dias**, quien hace mención a los bienes jurídicos dignos de tutela penal o con dignidad jurídico penal ("*com dignidade jurídico-penal*"); o, en una palabra, bienes jurídico penales ("*bens jurídico-penais*"). Este autor define al bien jurídico como "*(...) una expresión de un interés, de la persona o de la comunidad, en el mantenimiento o integridad de un cierto estado, objeto o bien en sí mismo socialmente relevante y por eso jurídicamente reconocido como valioso*". Traducción libre del siguiente texto: "*(...) a expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objecto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso.*" DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito Penal. Parte Geral. Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime. Tomo I, segunda edición, Coimbra, 2007, p114. También en: DIAS, Jorge de Figueiredo. Temas Básicos da Doutrina Penal. Sobre os fundamentos da doutrina penal sobre a doutrina geral do crime, Coimbra editora, Coimbra, 2001, p43.

<sup>279</sup> PRADO. Bem Jurídico-Penal e Constituição... op. cit., p100.

<sup>280</sup> Traducción libre del siguiente texto: "*Os bens dignos ou merecedores de tutela penal são, em princípio, os de indicação constitucional específica e aqueles que se encontrem em harmonia com a noção de Estado de Direito democrático (...)*". Ibid., p101.

capital/trabajo asalariado del capitalismo neoliberal<sup>281</sup>; considerando que no todo bien jurídico debe ser objeto de protección, debiendo atenderse para la criminalización a otros criterios propios del carácter fragmentario y subsidiario del Derecho penal. Así, rechazando las posturas funcionalistas extremas, señala: *"Adicionalmente, si la fuente exclusiva de bienes jurídicos seleccionados para protección penal es la Constitución de la República –el fundamento político del moderno Estado Democrático de Derecho-, entonces la criminalización de la voluntad del poder o de meras expectativas normativas parece remota (...)"*<sup>282</sup>.

En igual línea se encuentra **Ariel Dotti**, quien manifiesta que *"El principio de bien jurídico, reflejado por diversas normas constitucionales (arts. 5.º, 6.º, 14, 144, 170 y ss.) debe integrar todo el sistema penal moderno, afincándose a las exigencias de un Estado Democrático de Derecho y encarnar el vasto repertorio de los hechos ilícitos"*<sup>283</sup>; por tal razón, agrega este autor que no es admisible la incriminación de conductas que no dañen o pongan en peligro bienes corpóreos o incorpóreos inherentes al individuo o a la sociedad.

**Tavares** entiende al bien jurídico como un valor y no como un deber, razón por la que *"(...) debe ser, pues, reconducido a la condición de delimitador de la norma. Esa condición delimitadora es la que señala*

---

<sup>281</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal. Parte Geral*, cuarta edición, Conceito editorial, São José, 2010, p14ss.

<sup>282</sup> Traducción libre del siguiente texto: *"Mais ainda, se a fonte exclusiva de bens jurídicos selecionados para proteção penal é a Constituição da República –o fundamento político do moderno Estado Democrático de Direito-, então a criminalização da vontade do poder ou de meras expectativas normativas parece remota (...)"*. Ibid., p16.

<sup>283</sup> Traducción libre del siguiente texto: *"O princípio do bem jurídico, refletido por diversas normas constitucionais (arts. 5.º, 6.º, 14, 144, 170 e ss.) deve integrar todo o sistema penal moderno, afeiçoado às exigências de um Estado Democrático de Direito e compor o vasto repertório dos fatos ilícitos"*. DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal. Parte Geral*, tercera edición, Editorial Revista Dos Tribunais, São Paulo, 2010, p134.

*la característica esencial del bien jurídico, y por ello deberá ser considerada, en cualquier circunstancia, bajo la idea de que debe ser subordinada a los preceptos constitucionales”*<sup>284</sup>. Para Tavares, el Estado se legitima en la medida en que impide las interferencias al ejercicio de los derechos individuales, protegiendo los derechos fundamentales; es dicha protección la que constituye el fundamento del Estado democrático<sup>285</sup>.

**Flávio Gomes** observa en la Constitución el elemento que proporciona al legislador penal los límites para establecer qué debe ser objeto de protección, precisando que no solo los derechos fundamentales pueden constituir bienes jurídico penales, pudiendo también darse protección penal a los intereses individuales o colectivos que -aún cuando no se encuentren contemplados en el texto constitucional- sean socialmente relevantes y compatibles con el cuadro axiológico-constitucional<sup>286</sup>. Este autor parte como premisa de la naturaleza imprescindible de la teoría del bien jurídico, afirmando que *"(...) es la única que permite propalar una pluralidad de exigencias esenciales para la configuración de un Derecho penal típico del Estado Constitucional y Democrático de Derecho (...)"*<sup>287</sup>.

Asimismo, **Greco** señala que la finalidad del Derecho penal es la protección de bienes esenciales para la convivencia social, siendo la Constitución la fuente de éstos. Para este autor, el texto constitucional cumple un doble rol: *"Por un lado, orienta al legislador*

---

<sup>284</sup> TAVARES, Juarez Estevam Xavier. Teoría del injusto penal. Traducido de la segunda edición por Mario Pereira, Editorial IB de F, Montevideo-Buenos Aires, 2010, p195.

<sup>285</sup> Ibid, p196.

<sup>286</sup> GOMES, Luiz Flávio. Norma e bem jurídico no direito penal. Série as ciencias criminais no século XXI, volumen 5, Editora Revista Dos Tribunais, São Paulo, 2002, p103.

<sup>287</sup> Traducción libre del siguiente texto: *"(...) é a única que permite difundir uma pluralidade de exigências essenciais para a configuração de um Direito penal típico do Estado Constitucional e Democrático de Direito, (...)"*. Ibid., p130-131.

*en la elección de valores considerados indispensables para la manutención de la sociedad, por otro, siguiendo una concepción garantista del Derecho penal, impide que ese mismo legislador, con una supuesta finalidad protectora de bienes, prohíba o imponga determinados comportamientos, violando derechos fundamentales atribuidos a toda persona humana, también consagrados por la Constitución”<sup>288</sup>.*

### **2.2.3. Evolución en la doctrina peruana**

En el Perú, si bien un no despreciable sector de la doctrina opta por un funcionalismo extremo que rechaza al bien jurídico como objeto de protección del Derecho penal y que plantea construcciones dogmáticas en torno al denominado “Derecho Penal del Enemigo”<sup>289</sup>; la gran mayoría sí lo concibe como elemento de legitimación del Derecho penal.

Así, **Caro Coria** afirma categóricamente que el sistema penal solo puede proteger bienes jurídicos, requerimiento que señala se deriva expresamente del artículo IV del Título Preliminar del Código Penal Peruano vigente, el que establece: *“La pena, necesariamente, precisa*

---

<sup>288</sup> Traducción libre del siguiente texto: *“Se de um lado oriente o legislador, elegendo valores considerados indispensáveis à manutenção da sociedade, por outro, segundo uma concepção garantista do Direito Penal, impede que esse mesmo legislador, com uma suposta finalidade protetiva de bens, proíba ou imponha determinados comportamentos, violando direitos fundamentais atribuídos a toda pessoa humana, também consagrados pela Constituição”*. GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. Parte Geral, Volume I, quinta edición, Impetus, Niterói-Río de Janeiro, 2005, p5.

<sup>289</sup> Ver: GARCÍA CAVERO, Percy. Algunas consideraciones sobre el funcionalismo en el Derecho penal. En: JAÉN VALLEJO, Manuel (director). Sistemas Penales Iberoamericanos. Libro Homenaje al Profesor Dr. D. Enrique Bacigalupo en su 65 Aniversario, Ara, Lima, 2003, p160ss; CARO JOHN. Normativismo e imputación jurídico-penal... op. cit.; ALCÓCER. La inclusión del enemigo en el derecho penal... op. cit.; entre otros.

*de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley*"<sup>290</sup>.

En igual sentido, **Hurtado Pozo** y **Prado Saldarriaga** consideran que no es posible abandonar la categoría de bien jurídico, dado que ello podría justificar que se utilice el derecho penal para exigir a las personas fidelidad al Estado, contraviniendo ello la tradición liberal<sup>291</sup>.

**Villavicencio Terreros** también se ha manifestado a favor del bien jurídico como mecanismo que legitima la intervención del Derecho penal: *"Creemos que el bien jurídico debe ser realmente un límite político-criminal a la función punitiva estatal, (...) Pensamos que no es el camino más adecuado sustituir al bien jurídico por la infracción al deber"*<sup>292</sup>.

Para **Pariona Arana** resulta inimaginable una dogmática del Derecho penal que no incluya la teoría del bien jurídico, en tanto ésta constituye una pauta político-criminal y normativa que materializa los principios derivados de la Ilustración, y que limita la intervención de la potestad sancionadora del Estado<sup>293</sup>. Para este autor, *"La teoría del bien jurídico tiene pues el rol central entre los criterios que permiten evaluar la legitimidad de las intervenciones penales. (...) el Estado está legitimado para intervenir a través del Derecho penal sólo si tiene como objetivo la protección de bienes jurídicos"*<sup>294</sup>.

---

<sup>290</sup> CARO CORIA, Carlos. La protección penal del ambiente. Serie tesis seleccionadas N°2, Benites, Mercado & Ugaz Abogados, Lima, 1995, p86.

<sup>291</sup> HURTADO / PRADO. Manual de Derecho Penal, Parte General, Tomo I... op. cit., p15-18.

<sup>292</sup> VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Derecho Penal. Parte General, Grijley, Lima, 2006, p96-97.

<sup>293</sup> PARIONA ARANA, Raúl. El Derecho penal "moderno". Sobre la necesaria legitimidad de las intervenciones penales. En: MAIER, Julio B.J. y Gabriela E. CÓRDOBA. ¿Tiene un futuro el Derecho penal?, Ad Hoc, Buenos Aires, 2009, p196.

<sup>294</sup> Ibid., p188-189.

Asimismo, **Meini Méndez** señala que el Derecho penal protege bienes jurídicos, precisando que su identificación debe ser realizada a partir de una interpretación teleológica de la ley penal, que tenga en cuenta los principios del Derecho penal; de manera que, *"Una teoría del bien jurídico que se limitara a mencionar el interés que se protege y que no pueda especificar en cada caso qué es realmente lo que ahí se protege, sería incapaz de regular la actuación del derecho penal y correría el riesgo de tener que aceptar la existencia de un bien jurídico cada vez que el legislador tipifique un delito"*<sup>295</sup>.

**James Reátegui** considera que no posible concebir un derecho penal material que no tenga como objetivo la tutela de bienes jurídicos, dado que el mismo *"cumple una función primordial en las elaboraciones e interpretación de las distintas categorías jurídico-dogmáticas, (...)"*<sup>296</sup>.

Asimismo, **Urquizo Olaechea** enumera dos razones por las que considera resulta muy difícil ver perecer el bien jurídico: *"Uno, cuando se coloca como elemento previo y trascendente a la norma y segundo, cuando aparece absolutamente vinculado a ella"*<sup>297</sup>.

Para **Peña Cabrera Freyra**, *"(...) un orden democrático de derecho que pretende privilegiar la libertad antes que la coacción estatal, debe realizar todo un proceso de selectividad, de todas aquellas conductas, que merecen y necesitan ser alcanzadas por una pena,*

---

<sup>295</sup> MEINI MÉNDEZ, Iván. Lecciones de Derecho Penal – Parte General. Teoría Jurídica del delito, Fondo editorial PUCP, Lima, 2014, p34.

<sup>296</sup> REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. Tratado de Derecho Penal. Parte general, volumen 1, Ediciones Legales, Lima, 2016, p349.

<sup>297</sup> URQUIZO OLAECHEA, José. ¿Bien Jurídico?. En: JAÉN VALLEJO (director). Sistemas Penales Iberoamericanos... op. cit., p288.

*por lesionar o poner en peligro los bienes jurídicos –penalmente tutelados-*<sup>298</sup>.

Como se observa, la construcción de un concepto material de bien jurídico, en el contexto de un Estado social y democrático de derecho, como es el reconocido en España, Brasil y Perú, necesariamente supone un referente constitucional como límite para la selección de bienes jurídicos dignos de protección penal; los mismos que tienen como presupuesto ineludible a la dignidad como valor fundamental en la que se sustenta todo derecho.

### **3. Primera conclusión preliminar: Bien jurídico penal**

El contenido material del bien jurídico constituye el fundamento de la antijuricidad y no puede dejar de tomar en cuenta la finalidad que el Estado persigue en determinada sociedad y contexto histórico, ni el pacto social que dio origen a su creación y que, por tanto, legitima su intervención. Lamentablemente, el bien jurídico se encuentra constantemente en peligro de perversión debido a los cambios que acontecen en la significación que se le atribuye de un contexto histórico y geográfico a otro; esto es lo que explica la necesidad de buscar en el modelo de Estado y en el concepto de dignidad, vías idóneas para limitar y vincular al legislador penal al momento de la determinación de los bienes jurídico penales dignos de protección y de la tipificación de las conductas lesivas o peligrosas que afecten a los mismos<sup>299</sup>.

En esta línea, devendrá en imprescindible recordar que el fin legitimador del Estado es viabilizar la convivencia pacífica y el libre desarrollo (autorrealización)

---

<sup>298</sup> PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Curso Elemental de Derecho Penal. Parte General, Ediciones Legales, cuarta edición, Lima, 2013, p78.

<sup>299</sup> GONZÁLEZ RUS. Bien jurídico y Constitución... op. cit., p35.

de las personas; razón por la que la restricción a la libertad mediante la imposición de una pena únicamente se legitima en tanto se afecta dicha finalidad esencial que fundamenta la existencia del Estado, la misma que explica y limita la creación de normas por parte del legislador penal<sup>300</sup>. Una restricción que, en lugar de permitir la realización de los individuos, constituya un obstáculo para la misma, devendrá en arbitraria y abusiva, y se considerará que excede los límites del Derecho penal<sup>301</sup>.

En el caso de España, Brasil y Perú (como ocurre con la mayoría de Estados constitucionales en el mundo), conforme se ha señalado, sus respectivas Constituciones los definen como Estados Sociales y Democráticos de Derecho, en los que el **respeto por la dignidad, la defensa de la persona humana y el libre desarrollo de su personalidad** constituyen pilares fundamentales sobre los que se asienta el Estado. Estos pilares son los que legitiman y limitan la intervención del Derecho Penal y de, por tanto, cualquier restricción a la libertad de las personas; razón por la que su revisión resulta importante a efectos de definir los bienes jurídicos propios del Derecho penal y los límites para la protección de los mismos<sup>302</sup>.

Al respecto, debe recordarse que en un Estado social de derecho, la noción de bien jurídico resulta trascendental, por configurarse como un límite (función limitadora) que conecta al Derecho penal con los fines del Estado en el marco

---

<sup>300</sup> "El principio limitador del *ius puniendi* de la dignidad de la persona se precipita en el nivel de aplicación de la norma en límites concretos materiales que condicionan la imposición de una pena, como la exigibilidad de responsabilidad, el respeto de la autonomía ética del ciudadano y de su indemnidad personal". BUSTOS RAMÍREZ. Manual de Derecho Penal. Parte General... op. cit., p117.

<sup>301</sup> "Para el Derecho penal ello significa que su fin sólo se puede derivar del Estado y, por tanto, sólo puede consistir en garantizar la vida en común de todos los ciudadanos sin que sea puesta en peligro. La justificación de esta tarea (...) se desprende directamente del deber que incumbe al Estado, de garantizar la seguridad de sus miembros". ROXIN. Sentido y límites de la pena estatal... op. cit., p21.

<sup>302</sup> Recuérdese que el concepto de bien jurídico no es equivalente al de bien jurídico penal, pues no todos los bienes, intereses o finalidades reconocidos en el texto constitucional son objeto de protección por el Derecho Penal, esto atentaría contra el carácter fragmentario del Derecho penal. Ver: MIR PUIG. Derecho Penal, Parte General... op. cit., p131.

de un plan de política criminal (dimensión político-criminal); lo que además hace que el bien jurídico actúe también como una garantía que legitime la injerencia del Derecho penal en la libertad de las personas, la que sólo podrá afectarse en tanto exista una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico protegido: primer paso que garantiza la existencia de una conducta típica susceptible de configurar un ilícito penal<sup>303</sup>, y respecto de la que gira el análisis en torno al consentimiento que es objeto del presente trabajo (dimensión dogmática o exegética).

Ahora bien, como fundamento y pilar del Estado Social y Democrático de Derecho, es la dignidad -en tanto presupuesto de cualquier bien jurídico- la que constituye un límite positivo y, a la vez, supra positivo para la actuación del legislador; en la medida en que no solo se encuentra plasmada y reconocida como principio fundamentador en el texto normativo constitucional, sino que además constituye una premisa anterior (supra normativa) a dicho reconocimiento<sup>304</sup>. La dignidad, como se verá más adelante, es intrínseca al concepto de ser humano y, por ello, es fundamento, fin supremo o premisa del Estado constitucional moderno y de cualquier bien jurídico protegido en el mismo.

En la línea de lo expuesto, a efectos de la determinación de los bienes jurídicos que deben ser protegidos en el ámbito penal, así como de las conductas más graves que lesionen los mismos (principios de ofensividad y mínima intervención<sup>305</sup>), debe situarse la **autorrealización del individuo** como

---

<sup>303</sup> Por ello, un sector de la doctrina, al referirse al bien jurídico, lo hace en términos de dogma; refiriéndose al "*dogma del bien jurídico*". Por todos, ver: ORTS BERENGUER / GONZÁLEZ CUSSAC. Compendio de Derecho Penal... op.cit., p242.

<sup>304</sup> "(...) sólo la protección de los bienes jurídicos constitutivos de la sociedad y la garantía de las prestaciones públicas necesarias para la existencia permiten al ciudadano el libre desarrollo de su personalidad, que nuestra Constitución considera como presupuesto de una existencia humana digna". ROXIN. Sentido y límites de la pena estatal... op. cit., p21.

<sup>305</sup> Sobre la vinculación entre estos dos principios, ver: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. Manual de Derecho Penal. Parte General, tercera edición, Aranzadi, Navarra, 2002, p283ss.

elemento central del concepto de bien jurídico, en tanto éste se define como una circunstancia o finalidad útil para el individuo y su libre desarrollo<sup>306</sup>, lo que se condice con un modelo de Estado Social y Democrático de Derecho<sup>307</sup>. De esta manera, se descartará la punibilidad de cualquier hecho que, a pesar de generar una disfuncionalidad en el sistema, no afecte las posibilidades de autorrealización del individuo; puesto que una posición contraria (como por ejemplo la esgrimida por quienes defienden un funcionalismo radical), "(...) *podría llevar a proteger valores morales, estrategias políticas, o dar cabida a puntos de vista totalitarios*"<sup>308</sup>. Esta referencia a la autorrealización del individuo, a diferencia de la dañosidad social, es específica de la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico **penal**, no requiriéndose para el resto de conductas dañosas en otros ámbitos del ordenamiento jurídico<sup>309</sup>, condiciéndose plenamente con lo expresamente regulado en la norma constitucional.

De lo dicho, considero necesario que el bien jurídico penal tenga un referente constitucional que legitime su protección y que se derive de la dignidad, en su calidad de principio trascendente al sistema jurídico<sup>310</sup>. La exigencia del bien jurídico como objeto de protección del Derecho penal revaloriza la necesidad de crear un sistema penal en función a los postulados que viabilizan la autorrealización del individuo, es decir, la consecución de una vida digna. En

---

<sup>306</sup> Ver: ROXIN. Derecho Penal, Parte General. Tomo I... op. cit., p56. "*La idea clave es, pues, que sólo pueden ser bienes jurídicos aquellos objetos que el ser humano precisa para su libre autorrealización (que obviamente tiene lugar en la vida social)*", en: SILVA SÁNCHEZ. Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo... op. cit., p271.

<sup>307</sup> "(...) *en un Estado democrático de Derecho, que es el modelo de Estado que tomo por base, las normas penales sólo pueden perseguir la finalidad de asegurar a los ciudadanos una coexistencia libre y pacífica garantizando al tiempo el respeto de todos los derechos humanos. (...) el Estado debe garantizar penalmente no sólo las condiciones individuales necesarias para tal coexistencia (...), sino también las instituciones estatales que sean imprescindibles a tal fin (una Administración de justicia que funcione, unos sistemas fiscales y monetarios intactos, una Administración sin corrupción, etc.)*". ROXIN. ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho Penal?... op. cit., p447.

<sup>308</sup> SILVA SÁNCHEZ. Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo... op. cit., p270.

<sup>309</sup> Ibid., p276.

<sup>310</sup> "(...) *como un concepto supra legal que atiende a sus consecuencias político-criminales en la realidad social que lo rodea*". CARO CORIA. El Derecho Penal del Ambiente... op. cit., p42.

esta línea, siguiendo el concepto proporcionado por Roxin, entiendo por bienes jurídicos, "*(...) circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema*"<sup>311</sup>; es decir, presupuestos necesarios para la autorrealización del individuo a través de una vida digna.

Ahora bien, en tanto la protección de un bien jurídico penal debe necesariamente responder a la consecución de la autorrealización de las personas, resulta indudable que éste cumple una función de límite al legislador, lo que le hace conformarse como un concepto crítico con la legislación<sup>312</sup>. Así, son ilegítimas las normas penales exclusivamente motivadas por ideologías, o las que exclusivamente sancionan ilicitudes morales, o las que protejan meros sentimientos<sup>313</sup>, o las que protegen meros tabúes, etc. Esta dimensión crítica del bien jurídico supone también el rechazo al paternalismo estatal injustificado, que implica un exceso en la actuación del Estado que atenta contra la autonomía de la voluntad de sus miembros y que, en lugar de promover o viabilizar la autorrealización del individuo, crea obstáculos para su desarrollo.

El paternalismo injustificado desnaturaliza la función que el Estado debe cumplir: propiciar un libre desarrollo de las personas, más aún cuando las mismas se encuentran plenamente capacitadas para autodeterminarse; y, por tanto, consentir respecto de la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico que es protegido con la única finalidad de que alcance su autorrealización, dentro de

---

<sup>311</sup> ROXIN. Derecho Penal, Parte General. Tomo I... op. cit., p56.

<sup>312</sup> ROXIN. ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho Penal?... op. cit., p448ss.

<sup>313</sup> Roxin exceptúa los sentimientos de inseguridad, los que señala sí pueden ser protegidos por normas penales, colocando como ejemplo la amenaza con pena de la discriminación de parte de la población (la incitación al odio, la violencia o el desprecio) que realiza el legislador penal. ROXIN. ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho Penal?... op. cit., p450.

un modelo de Estado de Bienestar<sup>314</sup>. El rechazo a un paternalismo estatal se refleja en el reconocimiento de la garantía de la libertad propia del Estado liberal, la estructura democrática del Estado supone que las personas puedan optar libremente por lo que les beneficia o afecta (posibilidad de manifestarse con total libertad), decidiendo así, conforme con una ética propia, la manera más idónea para alcanzar su autorrealización; y disponiendo, por tanto, de los bienes jurídicos que son protegidos para dicho fin.

Esta visión personalista y liberal del bien jurídico penal (que se defiende en el presente trabajo) parte de la premisa de que el individuo es el fin supremo de la sociedad y del Estado<sup>315</sup>, y de que debe ser tratado como un fin en sí mismo y no como un medio para alcanzar otros fines (principio de dignidad humana)<sup>316</sup>; sin que ello suponga olvidar que dicha libertad coexiste con la libertad de las demás personas, y que se ejerce dentro de una comunidad<sup>317</sup>. Por ello, los bienes jurídicos colectivos no podrán entenderse si no ostentan un referente en el individuo, en tanto se protegen en la medida en que viabilizan que el mismo pueda conseguir su libre desarrollo al interior de una comunidad<sup>318</sup>. La protección de un interés colectivo sin referente al individuo, por el mero hecho

---

<sup>314</sup> La reflexión respecto del rol que el Estado debe cumplir en el caso de personas con una disminución en su libre autodeterminación será efectuada más adelante.

<sup>315</sup> "(...) *los bienes jurídicos siempre son eminentemente personales, pues están ligados a las condiciones de existencia del sistema, es decir, a la persona como tal (vida, salud personal, libertad, honor, patrimonio), o bien al funcionamiento del sistema (bienes jurídicos colectivos, institucionales o de control), a fin de permitir el mantenimiento y desarrollo de las condiciones de existencia del sistema, esto es, de la persona*". BUSTOS RAMÍREZ. Manual de Derecho Penal. Parte General... op. cit., p113.

<sup>316</sup> "*En una concepción democrática, el punto de partida del Derecho penal es dado por el concepto de persona*". Traducción libre del siguiente texto: "*Em uma concepção democrática, o ponto de partida do Direito Penal é dado pelo conceito de pessoa*". PRADO. Bem Jurídico-Penal e Constituição... op. cit., p88.

<sup>317</sup> "*La comunidad no es sólo el marco necesario de nuestra libertad, no es una mera condición de la posibilidad de llevar acabo nuestros asuntos de forma tranquila. La comunidad constituye el punto de referencia de nuestra identidad social*". STRATENWERTH. La criminalización en los delitos contra bienes jurídicos colectivos... op. cit., p367.

<sup>318</sup> Berdugo considera más adecuado el término "bienes jurídicos colectivos", al de "bienes jurídicos supraindividuales", dado que el primero exterioriza la pertenencia de estos bienes a los integrantes de la comunidad, así como la condición personalista que aquí se defiende. Ver: BERDUGO. Viejo y Nuevo Derecho Penal... op. cit., p205.

de serlo, carece de legitimidad en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho. En esta línea, *"El que se haya optado por la fórmula Estado de Derecho, como aparece en el párrafo inicial y en su artículo 10º, presupone necesariamente que la disyuntiva individuo-comunidad, como centro del sistema constitucional de valores debe ser resuelta a favor del primero"*<sup>319</sup>.

Ahora bien, en un marco en el que el fundamento de los derechos es la dignidad o la expectativa de autorrealización personal de las personas, resulta innegable la dimensión dinámica que es inherente al concepto de bien jurídico penal<sup>320</sup>, el que se irá modificando, adaptando o cambiando, en función a que su protección contribuya o no con que se alcance el libre desarrollo de las personas dentro de un entorno social<sup>321</sup> y en función a las necesidades y avances de la sociedad; sea ya para la despenalización de conductas o para la creación de nuevos bienes jurídicos. En esta línea, la misma dinamicidad en torno al bien jurídico penal digno de protección, puede predicarse respecto a lo que se considera delito; éste no es un concepto inmutable, sino una creación artificial que va cambiando en función al contexto histórico y social de cada sociedad<sup>322</sup>. Nótese que las crisis actuales en torno a la consideración del bien jurídico como objeto de protección del Derecho Penal están vinculadas y coinciden con la aparición de nuevos bienes jurídicos colectivos y con el

---

<sup>319</sup> BERDUGO. El delito de lesiones... op. cit., p66.

<sup>320</sup> *"Los bienes jurídicos no tienen una eterna validez iusnaturalista, sino que se ven afectados por los cambios en la estructura constitucional y las relaciones sociales"*. ROXIN. ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho Penal?... op. cit., p458.

<sup>321</sup> *"(...) ni la dignidad de la persona, ni los derechos inviolables a ella inherentes son elementos estáticos, fijados de una vez para siempre, sino dinámicos, abiertos a un constante enriquecimiento, de lo que bien ilustra la explícita referencia del art. 10.1 al «libre desarrollo de la personalidad», (...)"*. FERNÁNDEZ SEGADO. La dignidad de la persona como valor supremo... op. cit., p218.

<sup>322</sup> *"Por eso, no siendo el delito un ente ontológico, y sí una creación artificial, resultante de un proceso comunicativo de definición en el cual intervienen diferentes factores sociales, no es posible afirmar la existencia de un contenido absoluto e inmutable que lo singularice apriorísticamente"*. Traducción libre del siguiente texto: *"Por isso, não sendo o delito um ente ontológico, e sim uma criação artificial, resultante de um processo comunicativo de definição no qual intervêm diferentes fatores sociais, não é possível afirmar a existência de um conteúdo absoluto e imutável que o singularize apriorísticamente"*. BECHARA. Bem jurídico-penal... op. cit., p89.

surgimiento de novedosas conductas que ponen en peligro o lesionan los mismos; lo que ha hecho que (considero incorrectamente) se contemple el concepto de bien jurídico y de las categorías de la teoría del delito, desde la pena y sus consecuencias<sup>323</sup>.

Lo que siempre permanecerá inmutable es el fundamento que legitima la intervención y uso del Derecho Penal en un Estado constitucional moderno, es decir, la selección de bienes jurídico penales en torno a la garantía de autorrealización de las personas: en torno a la garantía de una vida digna conforme con la ética personal de cada individuo. De manera que, desde una dimensión dogmática del bien jurídico, sólo se podrá afirmar la existencia de una conducta típica, en tanto se haya realizado una acción y/u omisión que, sin mediar consentimiento, suponga una lesión o una puesta en peligro de un bien jurídico; deduciéndose de ello que, no existirá conducta típica si, sobre la base de una ética personal, el individuo resuelve disponer sobre un bien jurídico, optando por la no intervención del Estado para su protección, por considerar que no existe una lesión o puesta en peligro para el mismo. En este último caso operarán todos los alcances del consentimiento como eximente de responsabilidad, por haber tomado el individuo una decisión al amparo de su derecho a la autodeterminación y a efectos de alcanzar su autorrealización; no existiendo legitimación alguna para la intervención del Derecho penal.

De lo expuesto, puede concluirse que el consentimiento constituye una herramienta para que los individuos materialicen sus decisiones en torno a lo que consideran adecuado o no para su autorrealización personal, eliminando

---

<sup>323</sup> "(...) Si al Derecho Penal corresponde la tutela de las funciones y expectativas sociales contenidas en las normas, el concepto de bien jurídico se identifica prácticamente con estos fines, entendiéndolo simplemente como aseguramiento de las expectativas normativas, y por tanto despojándolo de toda función de tutela y límite". ORTS BERENGUER / GONZÁLEZ CUSSAC. Compendio de Derecho Penal... op.cit., p241.

con ello la posibilidad de que el Derecho penal se convierta en un estorbo que obstruya su desarrollo. Un modelo de Estado liberal, social y democrático de derecho, no puede impedir que el individuo decida lo que considera más acertado para su autorrealización, siendo necesario que cualquier límite que sea impuesto, respete la dignidad y la autodeterminación propia de cada individuo, y no suponga un paternalismo injustificado contrario a un Estado constitucional moderno. En el siguiente capítulo, a partir de un análisis de la dignidad y del modelo de Estado constitucional moderno, se analizará el fundamento ontológico del consentimiento y las razones que legitiman la disposición de un bien jurídico penal.

**CAPÍTULO SEGUNDO**  
**FUNDAMENTO DEL CONSENTIMIENTO: DIGNIDAD Y**  
**LIBRE DESARROLLO DE LAS PERSONAS**

Se ha visto que la esencia del bien jurídico penal se explica en la protección de los intereses o valores que se consideran indispensables para que las personas alcancen la autorrealización personal, lo que vincula intrínsecamente dicho concepto con el de dignidad humana y con la libre autodeterminación que ésta supone en el marco de un Estado social y democrático de Derecho. En lo que sigue, se analizarán las vinculaciones existentes entre estos dos conceptos y el papel que el consentimiento desempeña en el marco de la teoría del bien jurídico penal.

## 1. Fundamento ontológico: Dignidad y autodeterminación

La primera Constitución que contempló expresamente la dignidad del hombre<sup>324</sup> fue la Constitución de Weimar de 1919, la que en su artículo 151.1 establecía: *"El régimen de la vida económica debe responder a principios de justicia, con la aspiración de asegurar a todos una existencia digna del hombre»*. Con posterioridad fue recogida como "mínimo de existencia humanamente suficiente" en el artículo 6.3 de la Constitución de Portugal de 1933, la que señalaba *"Incumbe al Estado: 3º Celar por la mejora de condiciones de las clases sociales menos favorecidas, impidiendo que estas caigan más bajo que el mínimo de existencia humanamente suficiente"*<sup>325</sup>. Más adelante, en 1937, también fue aludida en el preámbulo de la Constitución de Irlanda, en la que se establecía: *"(...) Y tratando de promover el bien común, con la debida observancia de la Prudencia, la Justicia y la Caridad, para que la dignidad y la libertad del individuo puedan ser aseguradas, a través del orden social alcanzado, la unidad de nuestro país restaurado, y la concordia establecida con*

---

<sup>324</sup> Sobre las referencias históricas, ver: MÜNCH, Ingo von. La dignidad del hombre en el derecho constitucional alemán. Traducido por Alberto Oehling de los Reyes. En: Foro: Revista de ciencias jurídicas y sociales, nueva época, N°9, 2009, p108. «<http://revistas.ucm.es/index.php/FORO/article/view/FORO0909120107A>», fecha de consulta: 15 de febrero del 2013.

<sup>325</sup> Traducción libre del siguiente texto: *"Incumbe ao Estado: (...) 3.º Zelar pela melhoria de condições das classes sociais mais desfavorecidas, obstando a que aquelas desçam abaixo do mínimo de existência humanamente suficiente"*.

*otras naciones, (...)*<sup>326</sup>. No obstante ello, puede afirmarse que es recién con el constitucionalismo de la postguerra que se incorpora a la dignidad humana como premisa del Estado democrático moderno<sup>327</sup>.

La dignidad no solo se encuentra normada positivamente en los ordenamientos de cada país, sino que además goza de un reconocimiento internacional, el mismo que es y ha sido fruto de los acontecimientos negativos ocurridos en la historia con el régimen nacionalsocialista, el que ha hecho que a la fecha tanto el Derecho constitucional, cuanto el Derecho internacional consideren a la dignidad del hombre como precepto jurídico central<sup>328</sup>. Así, el preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas del 26 de junio de 1945 establece: "*Nosotros los pueblos de las Naciones Unidas resueltos a preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra que dos veces durante nuestra vida ha infligido a la Humanidad sufrimientos indecibles; a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas; a crear condiciones bajo las cuales puedan mantenerse la justicia y el respeto a las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del derecho internacional; a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad; (...)*". Asimismo, el preámbulo y el artículo 1º de la Declaración Universal de derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, señalan respectivamente: "*Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana; (...)*", "*Todos los seres humanos nacen libres e*

---

<sup>326</sup> Traducción libre del siguiente texto: "(...) *And seeking to promote the common good, with due observance of Prudence, Justice and Charity, so that the dignity and freedom of the individual may be assured, true social order attained, the unity of our country restored, and concord established with other nations, (...)*".

<sup>327</sup> LANDA ARROYO. Dignidad de la persona humana... op. cit., p109.

<sup>328</sup> HÄBERLE. La dignidad del hombre como fundamento de la comunidad estatal... op.cit., p201-202.

*iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros*". De igual manera, el preámbulo de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948) menciona: "*Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están por naturaleza de razón y conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros*". También, el preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del 16 de diciembre de 1966 (que entró en vigor el 23 de marzo de 1976), establece: "*(...) conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables, (...)*"; mientras que el artículo 11.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (vigente desde el 18 de julio de 1978) establece: "*Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad*". Un texto más reciente, pero con igual importancia, es el preámbulo y el artículo 1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea del 17 de diciembre del 2000, los que señalan, respectivamente: "*Consciente de su patrimonio espiritual y moral, la Unión está fundada sobre los valores indivisibles y universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad, y se basa en los principios de la democracia y del Estado de Derecho. Al instituir la ciudadanía de la Unión y crear un espacio de libertad, seguridad y justicia, sitúa a la persona en el centro de su actuación*", "*La dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida*". En esta misma línea se encuentran otros documentos internacionales, debiendo precisarse que, con independencia del reconocimiento positivo nacional e internacional que pudiera hacerse o no de forma expresa respecto de la dignidad, ésta igual debería de darse por reconocida, habida cuenta de que todos los derechos fundamentales se fundan en ella<sup>329</sup>.

---

<sup>329</sup> FERNÁNDEZ SEGADO. La dignidad de la persona como valor supremo... op. cit., p204.

La dignidad ha sido expresamente recogida también en las constituciones de España, Brasil y Perú. La primera la reconoce de forma expresa en el artículo 10.1, en donde establece que "*La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social*"<sup>330</sup>. La segunda también la menciona en su primer artículo, en el que señala "*La República Federal del Brasil, formada por la unión indisoluble de los Estados y Municipios y del Distrito Federal, se constituye en Estado Democrático de Derecho y tiene como fundamentos: (...) III. la dignidad de la persona humana (...)*". De igual forma, la Constitución Política del Perú la regula en el artículo 1, estableciendo expresamente que "*La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado*". Como se observa, los tres regímenes constitucionales, así como la mayoría de las Constituciones del mundo, asignan a la dignidad el rol de fundamento o principio que funda el ordenamiento jurídico; lo que desde ya evidencia la importancia que la misma tiene en todo Estado constitucional moderno.

### **1.1. Antecedentes kantianos de la dignidad**

A lo largo de la historia se ha otorgado a la dignidad diversas significaciones: en la antigüedad se entendió como "*caracterización de una posición social dentro de la comunidad y distinción de la criatura humana frente a la criatura no humana*"; en el estoicismo se le consideró como participación del hombre en la razón; durante el cristianismo de la antigüedad y de la edad media, se le vinculó con la comprensión del hombre como imagen de Dios; en el renacimiento, relacionándola con el

---

<sup>330</sup> El debate legislativo en torno a la redacción de este artículo puede verse en: RUIZ-GIMÉNEZ CORTÉS, Joaquín. Artículo 10. Derechos fundamentales de la persona. En: ALZAGA VILLAAMIL, Oscar (Director). Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución Española de 1978, Tomo II. Artículos 10 a 23, Edersa, 1984, p77ss.

entendimiento del hombre como un conjunto de posibilidades; y en la Ilustración, añadiéndole la idea de igualdad entre todos los hombres<sup>331</sup>.

La complementación de estas ideas se logra con Kant en la Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres, en donde establece el "principio de la humanidad", atribuyendo un valor al hombre como fin en sí: "(...) *el hombre, y en general todo ser racional existe como fin en sí mismo, no sólo como medio para usos cualesquiera de esta o aquella voluntad; debe en todas sus acciones, no sólo las dirigidas a sí mismo, sino las dirigidas a los demás seres racionales, ser considerado siempre al mismo tiempo como fin*" (segunda formulación del imperativo categórico)<sup>332</sup>. Por tanto, el deber de considerar a los hombres como si fueran libres e iguales constituye –en términos kantianos- un imperativo categórico o una ley práctica que obliga a considerar al hombre como un fin y nunca como un medio (instrumento); entendiendo por "fin" lo que sirve a la voluntad de fundamento objetivo de su autodeterminación, y por "medio", el fundamento de la posibilidad de la acción cuyo fundamento es el fin<sup>333</sup>.

Para Kant, el principio de la humanidad es un principio supremo práctico con validez para todos los seres racionales, y un imperativo categórico

---

<sup>331</sup> Sobre las referencias históricas, ver: HÄBERLE. La dignidad del hombre como fundamento de la comunidad estatal... op.cit., p201; RECASENS SICHES, Luis. Introducción al Estudio del Derecho, quinta edición, Porrúa, México, 1979, p331-332. Las referencias históricas al cristianismo también se pueden ver en: STARCK, Christian. La dignidad del hombre como garantía constitucional, en especial, en el derecho alemán. Traducido por Alberto Oehling de los Reyes. En: FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco (Coordinador). Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional, Dykinson, Madrid, 2008, p241ss; y, desde un punto de vista filosófico, en: PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho, segunda edición, Cuadernos Bartolomé de las Casas N° 26, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 2003, p20ss.

<sup>332</sup> Continúa Kant diciendo: "*El imperativo práctico será, pues, como sigue: obra de tal modo que uses la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre como un fin al mismo tiempo y nunca simplemente como un medio*". KANT. Fundamentación de la metafísica de las costumbres... op. cit., p116-117 [428-429].

<sup>333</sup> Ibid., p115 [427].

para los seres imperfectamente racionales como los hombres<sup>334</sup> (conecta la noción de dignidad sustentada en una igualdad básica entre todos los seres humanos, con una concepción del individuo como sujeto moral<sup>335</sup>). Así, todo ser racional está provisto de voluntad, es decir, de la facultad de obrar por la representación de las leyes (por principios). La voluntad es concebida como la razón práctica, es decir, como la "(...) *facultad de no elegir nada más que lo que la razón, independientemente de la inclinación, conoce como prácticamente necesario, es decir, bueno*"<sup>336</sup>.

El hombre no puede ser utilizado como medio, sino como fin en sí mismo, en tanto tiene un valor intrínseco por el solo hecho de ser tal; esto es lo que para Kant lo diferencia de las cosas: "*Los seres cuya existencia no descansa en nuestra voluntad, sino en la naturaleza, tienen, empero, si son seres racionales, un valor meramente relativo, como medios, y por eso se llaman cosas; en cambio, los seres racionales llámense personas porque su naturaleza los distingue ya como fines en sí mismos, esto es, como algo que no puede ser usado meramente como medio, y, por tanto, limita en ese sentido todo capricho (y es un objeto del respeto). Estos no son, pues, meros fines subjetivos, cuya existencia, como efecto de nuestra acción, tiene un valor para nosotros, sino que son fines objetivos, esto es, cosas cuya existencia es en sí misma un fin, y un fin tal, que en su lugar no puede ponerse ningún otro fin para el cual debieran ellas servir de meros medios, porque sin esto no hubiera posibilidad de hallar en parte alguna nada con valor absoluto; mas si todo valor fuere condicionado y, por tanto, contingente, no podría encontrarse para la razón ningún principio práctico supremo*" <sup>337</sup>. No obstante ello, a pesar de no compartirlas, cabe

---

<sup>334</sup> PATON, H.J. En: Ibid., p117, nota al pie 42.

<sup>335</sup> GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, Jesús. Autonomía, dignidad y ciudadanía. Una teoría de los derechos humanos, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, p447.

<sup>336</sup> KANT. Fundamentación de la metafísica de las costumbres... op. cit., p96 [412].

<sup>337</sup> Ibid., p116-117 [428].

mencionar la existencia de posturas aisladas que incorporan a la naturaleza en el marco de las relaciones existentes entre el hombre, la sociedad y el Estado, planteando la posibilidad de que la dignidad y el trato digno no constituyan un atributo que únicamente le pertenezca a las personas, sino también a otros seres vivos como los animales<sup>338</sup>, a los que incluso les pertenecerían otros derechos que de la dignidad se derivan, como es el caso de la igualdad, la libertad individual y la prohibición de la tortura<sup>339</sup>.

Al respecto, utilizando los términos kantianos, me permito dudar respecto de la capacidad racional que podríamos otorgarle a un animal (al que normativamente se le considera como bien o cosa); no existiendo a la fecha estudio científico que le otorgue razón y libre albedrío<sup>340</sup>. Los animales actúan por instinto, pero no producto de la reflexión (elección valorativa) sobre la base de lo percibido por los sentidos<sup>341</sup>. Lo expuesto

---

<sup>338</sup> "No podemos negar la dignidad, o el valor intrínseco, a los seres humanos incapaces, ni a otros animales como los chimpancés, porque todos poseen dicho valor, y lo poseen por igual", ESCARTÍN GUAL, Montserrat. Otra dignidad: la cuestión de los animales. En: CASADO, María (coord.). Sobre la dignidad y los principios. Análisis de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos UNESCO, Civitas, Pamplona, 2009, p176.

<sup>339</sup> "Los conocimientos que hoy tenemos sobre los seres humanos con discapacidad mental profunda y sobre los primates no humanos nos ofrecen razones poderosas para revisar la interpretación que tradicionalmente se hace de la idea de igualdad. Ha llegado la hora de que consideremos que la comunidad de los iguales ya no es una sociedad cerrada, sino una sociedad abierta. La admisión en ella de los primates no humanos y la garantía de determinados derechos fundamentales en favor de todos los miembros de esa comunidad, incluidos los seres humanos con discapacidad mental profunda, sería un primer e importante paso en tal dirección. Entre estos derechos debe contarse el derecho a la vida, la protección de la libertad individual y la prohibición de la tortura". ANSTÖTZ, Christoph. Una comparación entre los seres humanos con discapacidad intelectual profunda y los grandes simios. En: CAVALIERI, Paola y Carmen GONZÁLEZ (editoras). El proyecto «Gran Simio». La igualdad más allá de la humanidad. Traducido por Carlos Martín y Carmen González, Trotta, Madrid, 1998, p217. A igual conclusión llegan HÄYRY, Heta y Matti HÄYRY. ¿Quién es como nosotros?. En: CAVALIERI (editoras). El proyecto «Gran Simio»... op. cit., p218-229.

<sup>340</sup> Sobre otras características que diferencian a los hombres de los animales y que explican por qué sólo los primeros ostentan dignidad, ver: PECES-BARBA. La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho... op. cit., p69-72.

<sup>341</sup> *El «suyo primario» de todos y cada uno de los seres humanos se funda en que el hombre es persona, es un centro espiritual de actos cognitivos, valorativos y de decisiones. (...) Ese centro de pensamientos, de estimación y de libre albedrío, que constituye la persona, es la esencia del*

no significa que no puedan establecerse reglas para el adecuado tratamiento y protección de los mismos, sobre todo en tanto sirven de instrumento para la autorrealización del ser humano: estas reglas de protección se explican en función a otros intereses, más no en el reconocimiento de dignidad en los animales<sup>342</sup>.

La propuesta de Kant tuvo como avances, en primer lugar, el hecho de fundar un concepto de dignidad alejado de las propuestas teológicas: el hombre no es un fin en sí mismo por ser creación de Dios, sino por constituir un ser racional; y, en segundo lugar, la vinculación de los conceptos de autonomía y humanidad: los seres humanos son dignos al ser capaces de usar su razón y voluntad para autolegislarse y regirse por sus propias leyes<sup>343</sup>. Sin embargo, su planteamiento presenta algunos vacíos que ya han sido anotados por un sector de la doctrina.

Así, conforme lo señala García Manrique, del hecho de que para Kant los seres humanos son dignos en tanto son capaces de usar su razón y voluntad para darse leyes a sí mismos y regirse por ellas, puede cuestionarse una desigualdad en la capacidad de autonomía de cada ser humano y, por tanto, afirmarse una desigualdad en el grado de dignidad que debería atribuirse a cada uno, estableciéndose una concepción gradual de la dignidad difícilmente aceptable en el marco de un Estado

---

*hombre y lo que le concede un valor cualitativamente diferente y más alto que el de todas las demás especies de entes mundanos. Es ese valor el que se llama la dignidad eminente del ser humano".* RECASENS. Introducción al Estudio del Derecho... op. cit, p333.

<sup>342</sup> Concuenda ALONSO ÁLAMO, Mercedes. Derecho penal y dignidad humana. De la no intervención contraria a la dignidad a los delitos contra la dignidad. En: Revista General de Derecho Constitucional N°12, Iustel, 2011, p36 (versión electrónica).

<sup>343</sup> "KANT se refiere a esta capacidad con los nombres de «autonomía» y «humanidad» y la relación existente entre ambas es la siguiente: como la moral es la única condición bajo la cual un ser racional puede ser un fin en sí mismo, esto es, autor de la ley a la que se somete, ello confiere a su existencia un valor absoluto que pone restricciones a la libertad y exige que todos los seres racionales sean objeto de respeto y tratados como fines en sí mismos". VELÁSQUEZ JORDANA, José Luis. Dignidad, Derechos Humanos y Bioética. En: CASADO (coordinadora). Sobre la dignidad y los principios... op. cit., p105.

constitucional moderno (esta problemática se agudiza si se tiene en cuenta que algunas personas no ostentan un mínimo de capacidad para la autonomía)<sup>344</sup>.

En igual línea, Velásquez Jordana<sup>345</sup> evidencia en la postura kantiana la existencia de un argumento falaz: Kant afirma que del hecho de que los seres humanos se hagan una representación de su propia existencia y la conviertan en un fin último, se deduce un principio objetivo por el que todos adoptan el mismo fundamento racional (la naturaleza racional existe como fin en sí misma); lo que para Velásquez Jordana no es correcto debido a que del hecho de que cada uno se represente su propia existencia no se sigue que un mismo principio sirva de base para que todos se representen de la misma manera la existencia de cualquiera.

En esta línea, este autor manifiesta contra Kant que es difícil evitar la instrumentalización, cuando en realidad la idea que existe detrás del respeto de la dignidad es la protección de los derechos humanos; máxime cuando en la medida en que respetamos los derechos de alguien y asumimos los deberes derivados de los mismos, le conferimos dignidad (Kant no establece el concepto de "fin en sí mismo"); para este autor, definir los derechos humanos en función a la dignidad y viceversa sería entrar en un círculo vicioso.

Por ello, Velásquez Jordana considera errado el planteamiento sobre el suicidio propuesto por Kant en la Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres, en donde se refiere al suicidio del hombre que por una serie

---

<sup>344</sup> "(...) si fundamentamos la dignidad sólo en la autonomía, parece que debemos negársela a un buen número de seres humanos, a todos los que por una u otra razón no llegan a alcanzar un mínimo de capacidad para la autonomía". GARCÍA MANRIQUE, Ricardo. La dignidad y sus menciones en la declaración. En: CASADO (coordinadora). Sobre la dignidad y los principios... op. cit., p50-51.

<sup>345</sup> VELÁSQUEZ JORDANA. Dignidad, Derechos Humanos y Bioética... op. cit., p105.

de desgracias lindantes con la desesperación, siente desapego de la vida; supuesto que constituye el reflejo de que el mismo (como ser que pertenece al mundo inteligible y, con ello, también al mundo sensible) no actúa siempre de manera moral; en tal sentido, para Kant, a la luz de la autonomía de la voluntad, el hombre actuará de forma virtuosa cuando, a pesar de su desapego a la vida, elija mantenerse vivo; mientras que, si elige destruirse, no actuará conforme al deber por hacer uso de su persona como mero medio (para eliminar su desapego por vivir) y no como fin en sí mismo, contraviniendo con ello el imperativo categórico. Para Kant, el suicidio en estos casos (por el solo desapego a la vida), constituirá un acto contrario a la ley moral por contravenir la dignidad del ser humano; atando con ello la dignidad al valor absoluto de la vida<sup>346</sup>.

Para Velásquez Jordana, la dignidad debe atarse a la autodeterminación de la persona y a la libertad para decidir la forma de vivir y morir, por lo que quitarse la vida no es un ataque a la dignidad; *"La prueba de que la relación no es tan sencilla como se piensa es que podemos apelar a la libertad individual y al derecho a suspender un tratamiento médico con el fin de provocar la muerte y esa acción no viola la dignidad de la persona. (...) Así, el esfuerzo de Kant para combinar la dignidad y la autonomía; esto es la idea de autolegislación y el valor intrínseco o absoluto de la persona, sólo puede lograrlo al precio de separar el mundo empírico del mundo moral y con ello se devalúa el sentido más radical de autonomía"*<sup>347</sup>.

---

<sup>346</sup> "Si, para escapar a una situación dolorosa, se destruye él a sí mismo, hace uso de una persona como mero medio para conservar una situación tolerable hasta el fin de la vida. Mas el hombre no es una cosa; no es, pues, algo que pueda usarse como simple medio; debe ser considerado, en todas las acciones, como fin en sí". KANT. Fundamentación de la metafísica de las costumbres... op. cit., p118 [429].

<sup>347</sup> VELÁSQUEZ JORDANA. Dignidad, Derechos Humanos y Bioética... op. cit., p105. En defensa de Kant, Atienza señala que es un error olvidar la palabra "solo" que se incluye en la segunda formulación del imperativo categórico: "(...) lo que está prohibido no es tratar a otro ser racional como un medio (lo que naturalmente hacemos todos constantemente), sino tratarle **sólo** como un

Este conflicto en torno a la autonomía de la voluntad y la dignidad se mantiene vigente a la fecha y se refleja no sólo en los casos de eutanasia activa, sino también en otros supuestos, como es el caso del conflicto entre la libertad religiosa y la vida que se genera con los testigos de Jehová que se niegan a realizar una transfusión sanguínea. Al respecto, conforme se verá más adelante, cabe mencionar que la dignidad se encuentra intrínsecamente vinculada con la libertad de elección (autonomía de la voluntad), pues sólo ésta permitirá la autorrealización personal del ser humano y, por tanto, alcanzar el desarrollo de una vida digna.

En esta línea, otro vacío que se evidencia en la postura de Kant se genera a partir de la vinculación entre la razón, la autonomía y la dignidad; pues al sustentar la segunda en la capacidad racional del ser humano (lo que fundamenta su dignidad, es decir, que sea un fin en sí mismo), parece dejar sin dignidad a quienes no tienen capacidad racional para autolegislarse (léase los inimputables, los disminuidos psíquicos, entre otros); lo que es del todo lejano a los postulados de un Estado social y democrático de Derecho en el que resulta claro que un demente ostenta dignidad, y a la premisa de que la dignidad se ostenta por el mero hecho de ser persona. Desde un aspecto práctico y aplicativo, esta misma crítica ha sido formulada por Atienza para el caso de la experimentación con embriones humanos, en los que una aplicación rigurosa del examen moral conllevaría a afirmar que *"(...) si no tienen capacidad racional y no pueden estimar el valor de la autonomía, no se viola su dignidad empleándolos para la investigación. Al carecer de fines y preferencias, cualquier cosa que*

---

*medio (y no, al mismo tiempo, como un fin)".* El resaltado es nuestro. ATIENZA, Manuel. Sobre el concepto de dignidad humana. En: CASADO (coordinadora). Sobre la dignidad y los principios... op. cit., p90.

*hagamos con los embriones no estamos violando su dignidad por que no puede violarse*<sup>348</sup>.

De lo expuesto, resultan evidentes los vacíos en el planteamiento de Kant, lo que nos hace que ver que la dignidad no puede entenderse únicamente como noción abstracta que marca los límites de la moral, "(...) *cuyo contenido sería esencial o exclusivamente negativo y que, en ese sentido, podría considerarse como el fundamento último de los derechos, de todos los derechos*"<sup>349</sup>; sino que es necesario distinguir una segunda dimensión más concreta vinculada con la anterior, "(...) *que es la que más suele interesar a los juristas, porque conecta el valor (o el principio) de dignidad no ya con todos los derechos sino (al menos de manera particular) con algunos de ellos*"<sup>350</sup>. Ambas dimensiones: la de la dignidad como fundamento de la autonomía y la de dignidad como criterio para limitar la libertad de elección, deben conciliarse en el marco de un Estado constitucional moderno<sup>351</sup>.

## **1.2. Contenido de la dignidad en un entorno social, en el marco de un Estado constitucional moderno**

La dignidad humana es el fundamento de todo derecho y libertad humana, en tanto constituye el presupuesto para que el individuo se realice

---

<sup>348</sup> Ibid., p106.

<sup>349</sup> Ibid., p86-87.

<sup>350</sup> Ibid., p88.

<sup>351</sup> En igual línea, Häberle distingue entre "*La dignidad como valor, en el sentido de planteamiento filosófico jurídico natural, que se confronta con la dignidad como capacidad (Leistung). Desde este último punto de vista la dignidad no es entendida ni como dotación de la naturaleza, ni como valor, sino como una posibilidad y capacidad de realización que conlleva el individuo y que puede fallar. En este sentido, los derechos fundamentales no tienen la función de asegurar la dignidad –esto no depende de la fuerza del Estado-, sino que suponen condiciones para la realización del individuo*". HÄBERLE. La dignidad del hombre como fundamento de la comunidad estatal... op. cit., p204-205.

plenamente en los ámbitos en los que se desarrolla la personalidad<sup>352</sup>. Al igual que el calificativo de social y democrático de Derecho que se otorga al Estado, la dignidad constituye un **principio** ordenador normativizado de obligatorio respeto para todos<sup>353</sup>, lo que supone tener en cuenta la necesidad de autonomía del hombre y la obligación de no hacer del mismo un mero instrumento u objeto del Estado<sup>354</sup>. Para un sector de la doctrina<sup>355</sup>, la dignidad no sólo constituye un principio fuente de todos los demás derechos fundamentales, sino también un derecho fundamental en sí, susceptible de ser protegido por los recursos constitucionales establecidos por el texto fundamental para la protección de derechos. Lo cierto es que en dicho concepto se puede encontrar una naturaleza polivalente, por constituir tanto un principio informador, un derecho subjetivo, un límite para la actuación del poder público y un límite para la conducta del resto de personas<sup>356</sup>. La dignidad es en una garantía del *statuo quo* democrático que marca un punto de no retorno en el estadio de desarrollo de la civilización humana<sup>357</sup>.

Sus orígenes no se remontan a un concepto jurídico (como podría ser el de delito), ni político (como podría ser el de Parlamento); sino a una construcción filosófica para expresar el valor de la persona como ser único

---

<sup>352</sup> "La dignidad entraña el reconocimiento de una esfera de la vida de los individuos que debe ser regulada y protegida para que el hombre pueda realizarse (...)./ Si la dignidad es el cimiento, la razón de ser, de todo el edificio constitucional, la libertad, justicia e igualdad, (...) son los postulados que harán posible, mediante su concreción en el conjunto de derechos y deberes del hombre y de obligaciones del Estado, la realización del principio de dignidad". SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Santiago. Derechos y deberes fundamentales. Comentario introductorio al título primero. En: ALZAGA VILLAAMIL, Oscar (Director). Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución Española de 1978, Tomo II. Artículos 10 a 23, Edersa, 1984, p33.

<sup>353</sup> STARCK. La dignidad del hombre como garantía constitucional... op. cit, p260.

<sup>354</sup> HÄBERLE. La dignidad del hombre como fundamento de la comunidad estatal... op.cit., p183-184.

<sup>355</sup> Defienden esta posición Starck, Nipperdey; se encuentran en contra, Dreier, Geddert-Steinacher; ver: STARCK. La dignidad del hombre como garantía constitucional... op. cit, p261.

<sup>356</sup> LANDA ARROYO. Dignidad de la persona humana... op. cit., p112.

<sup>357</sup> Ibid., p118.

e irreplicable sobre la que se centra el mundo<sup>358</sup>. Al respecto, son precisas las palabras de Unamuno, quien critica el afán de distinción que muchas veces busca indebidamente el ser humano como elemento prioritario en la vida: *"(...) al hacer aprecio de una persona olvidamos con frecuencia el suelo firme de nuestro ser, lo que todos tenemos de común, la humanidad, la verdadera humanidad, la cualidad de ser hombres, y aun la de ser animales y ser cosas. Entre la nada y el hombre más humilde, la diferencia es infinita; entre éste y el genio, mucho menor de lo que una naturalísima ilusión nos hace creer"*<sup>359</sup>, *"No, el primer deber del hombre no es diferenciarse, es ser hombre pleno, íntegro, capaz de consumir los más de los más diversos elementos que un ámbito diferenciado le ofrece"*<sup>360</sup>.

Respecto de la palabra dignidad pueden distinguirse dos acepciones: una primera, por la que se entiende como una forma de comportarse (digna o indignamente)<sup>361</sup>; y, una segunda, que es a la que hacen referencia los textos constitucionales, por la que se alude al atributo que se le concede a una persona por el mero hecho de ser tal, con independencia del modo en que se comporte<sup>362</sup>. En función a esta segunda acepción, la dignidad constituye una característica intrínseca en toda persona, *"(...) ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre (también, qué duda cabe, durante el cumplimiento de una pena privativa de libertad), constituyendo, en consecuencia, un «mínimum invulnerable» que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que, sean unas u otras las limitaciones que se impongan en el disfrute de*

---

<sup>358</sup> PECES-BARBA. La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho... op. cit., p68.

<sup>359</sup> DE UNAMUNO, Miguel. La dignidad humana. En: Obras completas, tomo I: Paisajes y Ensayos, Escelicer, Madrid, 1966, p972.

<sup>360</sup> Ibid., p977.

<sup>361</sup> "Del lat. dignitas, -ātis (...) 3. f. Gravedad y decoro de las personas en la manera de comportarse. (...)". Diccionario de la Real Academia Española, vigésima segunda edición, <<http://lema.rae.es/drae/?val=dignidad>>, fecha de consulta: 07 de febrero del 2013.

<sup>362</sup> GARRIDO FALLA, Fernando. Artículo 10. En: GARRIDO FALLA, Fernando (director). Comentarios a la Constitución, segunda edición, Civitas, Madrid, 1985, p187. En igual línea, FERNÁNDEZ SEGADO. La dignidad de la persona como valor supremo... op. cit., p213 y 217.

*derechos individuales, no conllevan menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona”*<sup>363</sup>. De esta manera, incluso a quien se comporta de manera indigna, debe también reconocérsele la dignidad, subsistiendo la obligación para el poder público o para los privados, de tratarlo dignamente<sup>364</sup>.

Así, la dignidad se comprende como una cualidad propia intrínseca al ser humano que toda persona ostenta por el mero hecho de ser tal, y que determina que el hombre tome decisiones (ejerza su autonomía) para alcanzar su autorrealización personal<sup>365</sup>.

Esta capacidad de toma de decisiones se realiza en un determinado contexto y en torno a determinadas concepciones culturales de lo que cada uno entiende consiste la autorrealización personal, por esto coincido con Peces-Barba, quien afirma que la dignidad permite a su vez que cada individuo mantenga una línea ética propia<sup>366</sup>, lo que también es parte de su autorrealización; por ello la dignidad no sólo es un concepto que permite alcanzar el libre desarrollo personal, sino que además lo presupone: el sólo hecho de saber que puedo desarrollarme conforme con mi propia ética personal, ya de por sí implica la autorrealización (pues, sería imposible alcanzar la autorrealización conforme con un parámetro que no se comparte; así, para un cristiano resulta irrelevante haber sido o

---

<sup>363</sup> FERNÁNDEZ SEGADO. La dignidad de la persona como valor supremo... op. cit., p216-217.

<sup>364</sup> Ibid., p222.

<sup>365</sup> *"La persona humana tiene fines supremos que cumplir, trascendentes, bajo su propia responsabilidad, como individuo insustituible, incanjeable y único, esto es, con unicidad irremplazable"*. RECASENS. Introducción al Estudio del Derecho... op. cit, p150.

<sup>366</sup> *"El último rasgo de la dignidad, es decir, su capacidad para elegir su ética privada se realiza pues, tanto si se abre a la creencia religiosa, como si su concepción moral es temporal, racional y laica. En ese sentido podemos decir que la creencia religiosa es irrelevante para diferenciar dos tipos distintos de dignidad, aunque subjetivamente sea relevante para quien tiene esa creencia. En todo caso, se destaca tanto su carácter emancipador para todos, como, por consecuencia, su universalidad"*. PECES-BARBA. La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho... op. cit., p16.

no objeto de transfusiones sanguíneas para alcanzar la realización personal, mientras que para un testigo de Jehová una transfusión sanguínea le impediría autorrealizarse en su fe religiosa)<sup>367</sup>. En este contexto, en la medida en que la autorrealización implica una toma de decisión y una elección sobre la base del libre albedrío, que éste será un elemento integrador indispensable en el concepto de dignidad y también, por tanto, consustancial a la persona humana<sup>368</sup>.

Si nos detenemos en este punto, un sector de la doctrina podría cuestionar que del hecho de que la dignidad suponga que cada persona se autorrealice **conforme con sus propios cánones culturales** se evidencie un carácter subjetivo en su definición, lo que la hace perder su carácter de límite para las actuaciones del Estado y lo que nos lleva al relativismo<sup>369</sup>. A mi parecer, resulta todo lo contrario, en tanto el hecho de que cada uno alcance su realización personal conforme con sus propios cánones o criterios, no muestra un subjetivismo o relativismo en el concepto de dignidad; sino, más bien, que el mismo es un concepto único e integrador que tiene como elemento común la posibilidad de elección, es decir, la autonomía de la voluntad o la libre autodeterminación: lo común en la autorrealización personal conforme con una ética propia (dignidad) es el hecho de que cada uno pueda elegir las acciones y no acciones que desea seguir para alcanzarla, es éste el elemento esencial en la dignidad, es decir, lo que todas las personas tienen en común (la esencia común a

---

<sup>367</sup> "(...) cada individuo tiene un fin propio que cumplir, fin intransferible y privativo al que parece apuntar el texto constitucional cuando alude al «libre desarrollo de la personalidad» (...)". FERNÁNDEZ SEGADO. La dignidad de la persona como valor supremo... op. cit., p210.

<sup>368</sup> "Estas dos dimensiones –el albedrío y la titularidad de los valores éticos–, mutuamente trabadas, de modo unitario, pertenecen a la esencia de la persona humana. (...) la persona es albedrío; lo cual lleva consigo que la estructura de la vida misma sea estimativa, pues el decidirse implica un elegir; el elegir implica un preferir; y el preferir implica un valorar". RECASENS. Introducción al Estudio del Derecho... op. cit, p151-152.

<sup>369</sup> Esta crítica es descrita en: REY PÉREZ, José Luis. El discurso de los derechos. Una introducción a los derechos humanos, Comillas, Madrid, 2011, p39-40.

toda la humanidad) y lo que distingue a las personas de las cosas y de los otros elementos de la naturaleza (animales, plantas, etc).

Entendida la dignidad en estos términos, la subjetividad (relatividad) aludida no sería más que flexibilidad para hacer uso de la autonomía de la voluntad. Es precisamente esa flexibilidad en el concepto de dignidad, lo que hace que ésta pueda ser considerada como el elemento común en todas las personas, con independencia de su religión, sexo, edad, identidad cultural, entre otros rasgos propios a la individualidad que cada ser humano ostenta y que justamente hace a cada uno un ser único e irrepetible<sup>370</sup>. Es justamente esa singularidad propia del ser humano y la flexibilidad que el concepto de dignidad en sí mismo ostenta lo que evidencia que ésta constituye un elemento común e integrador en todas las personas: todos los seres humanos buscan su autorrealización personal, conforme con su ética propia y en función a cada contexto social y cultural.

Por lo expuesto, considero que la esencia del concepto de dignidad se encuentra en la libertad de elección, elemento sin el que ésta no puede ser entendida, y sin el que sería posible cualquier forma de autorrealización personal: *"(...) la máxima e igual libertad del individuo garantizada en el Estado liberal de Derecho, se muestra, no como un fin en sí mismo, sino como un mero medio para un fin, a saber, producir y culminar lo humano en la libre autodeterminación moral del hombre"*<sup>371</sup>. Es esta libertad, junto

---

<sup>370</sup> "Cada quien es indeleblemente ese único personaje programático que necesita realizarse. (...) cada persona es tal precisamente porque encarna una magnitud individualísima e incanjeable, que tiene su correspondencia con una peculiar constelación de valores, en una destinación propia, en una vocación singular; que representa un punto de vista único sobre el mundo y sobre la tarea de la vida; en suma, téngase siempre presente que entraña una perspectiva teórica y práctica que es individual, exclusiva, y que trasciende hacia temas objetivos". RECASENS. Introducción al Estudio del Derecho... op. cit, p152.

<sup>371</sup> MAIHOFER, Werner. Estado de Derecho y Dignidad Humana. Traducido por José Luis Guzmán Dalbora, IB de F, Montevideo-Buenos Aires, 2008, p72.

con el reconocimiento de derechos, lo que constituye el medio para alcanzar una vida digna.

Ahora bien, el hecho de que la dignidad sea el fundamento que viabiliza todos los demás derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico, no significa que se conforme como un concepto con contenido absoluto; muy por el contrario, la dignidad constituye un concepto jurídico abierto cuyo contenido cobra sentido en la medida en que se asocia a un caso concreto en el que se alega una vulneración<sup>372</sup>. Así, será en la interpretación tópica constitucional que se efectúe en cada caso concreto en donde se podrá encontrar el concepto de dignidad, el que necesariamente dependerá de la ética propia del individuo del que se alegue la lesión: "*(...) la cuestión de la interpretación constitucional de un caso sobre la violación o la afectación o no de la dignidad de la persona es constitutiva no sólo del concepto, sino también del ejercicio legítimo del mismo*"<sup>373</sup>. Por tanto, la concretización del concepto de dignidad se hará de forma tópica, en función a cada caso concreto en el que se alegue una vulneración de la misma y conforme con la ética privada de cada persona<sup>374</sup>. Es justamente el elemento integrador de la dignidad (el hecho de que cada persona ostente una ética privada), lo que hace que para que ésta cobre sentido tenga que encontrarse ligada a otro derecho fundamental; haciéndose necesario para establecer sus alcances efectuar un análisis tópico, el que siempre supondrá la aplicación

---

<sup>372</sup> "*(...) la búsqueda, desde el Derecho, de una noción sustantiva de lo que sea la «dignidad de la persona» conduce paradójicamente a la desustancialización de la idea, a una noción sin concepto (...)*". JIMÉNEZ CAMPO, Javier. Artículo 10.1. En: CASAS BAAMONDE, María Emilia y Miguel RODRÍGUEZ-PIÑEIRO Y BRAVO FERRER. Comentarios a la Constitución Española, XXX Aniversario, Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2008, p182.

<sup>373</sup> LANDA ARROYO. Dignidad de la persona humana... op. cit., p118.

<sup>374</sup> "*La dignidad, en otras palabras, se invoca como refuerzo retórico de una solución alcanzada, o alcanzable al menos, mediante la interpretación del derecho fundamental en cada caso considerado, ya en sí mismo ya en su eventual colisión con otros de igual valor*". JIMÉNEZ CAMPO. Artículo 10.1... op. cit., p184.

de un test de ponderación que permita resolver el conflicto de derechos, valores o bienes que se presente<sup>375</sup>.

Así, lo que el presente trabajo buscará es proporcionar criterios de interpretación que sirvan de utilidad a los aplicadores del derecho en los diversos casos en concreto<sup>376</sup>; por ello, el acercamiento que se hará a esta materia será tópico, es decir, a partir del análisis de un grupo de casos en los que se evaluará si la disponibilidad que un tercero efectúe del bien jurídico de quien no se encuentra en capacidad de consentir, puede o no generar una lesión a la dignidad del titular de dicho bien jurídico penal. Ello sin olvidar los casos en los que el consentimiento es dado por el mismo titular del bien jurídico, quien se encuentra en capacidad de consentir sobre su propio bien jurídico penal, pero que es impedido de hacerlo por disposiciones establecidas en el ordenamiento jurídico.

Sin perjuicio de lo expuesto, la línea tópica que se seguirá en el presente trabajo no significa que en determinados supuestos generales, la dignidad –en tanto límite para la actuación de los poderes públicos y principio informador del ordenamiento jurídico- no pueda además servir también como restricción en la emisión de normas por parte del legislativo; de manera que, "(...) *toda norma que contravenga o ignore la dignidad de la persona habrá de ser considerada nula*"<sup>377</sup>. Así, gracias a sus funciones legitimadora y limitadora<sup>378</sup>, la dignidad también puede funcionar como directriz o marco legislativo. En esta línea, desde el punto de vista normativo, la dignidad también sirve para establecer parámetros al

---

<sup>375</sup> "En este contexto, el Tribunal Constitucional Federal ha subrayado que la posibilidad de lesión de la dignidad del hombre por un sólo acto puede determinarse teniendo en cuenta el caso concreto individual". MÜNCH. La dignidad del hombre en el derecho constitucional alemán... op. cit., p115-116.

<sup>376</sup> "Son los magistrados constitucionales los últimos responsables de concretizar en sus fallos y opiniones la dignidad humana". LANDA ARROYO. Dignidad de la persona humana... op. cit., p137.

<sup>377</sup> FERNÁNDEZ SEGADO. La dignidad de la persona como valor supremo... op. cit., p218.

<sup>378</sup> LANDA ARROYO. Dignidad de la persona humana... op. cit., p123 y 126.

legislador a efectos de la creación de normas que eviten su lesión o puesta en peligro; de forma que ésta constituya "(...) *no una norma sobre los contenidos de las normas, sino sobre la potestad de crearlas*"<sup>379</sup>.

Por lo expuesto, si bien no es posible establecer un concepto universal de dignidad para todas las personas (cada uno busca su autorrealización en función a su ética propia y a sus parámetros culturales<sup>380</sup>), lo que sí sería factible es distinguir lo que ésta prohíbe, como es la distinción entre los individuos por su identidad misma y no por su situación o conducta objetiva, es decir, la diferenciación en torno a una diferencia previa de valoración de los seres humanos: la dignidad "(...) *impondría la interdicción absoluta de un cierto tipo de diferenciación, históricamente orientada a la separación (...)*"<sup>381</sup>; estableciéndose una lesión a la dignidad humana cuando, en palabras de Maihofer, se destruya la "*personalidad del hombre*", o se arruina la "*solidaridad entre los hombres*"<sup>382</sup>. Para la determinación de una lesión o posible afectación de la dignidad también resulta útil citar la "fórmula del objeto" de Dürig, la misma que prevé una vulneración a la dignidad cuando se utilice a la persona como un mero

---

<sup>379</sup> JIMÉNEZ CAMPO. Artículo 10.1... op. cit., p182.

<sup>380</sup> Así, por ejemplo, los pueblos asháninkas que habitan en la amazonía de Brasil y Perú viven en condiciones muy distintas a las de un europeo promedio de clase media, siendo que este último – desde su entorno social y cultural- incluso podría considerar que las mismas devienen en indignas para la autorrealización personal; esto en la medida en que ambas culturas entienden de forma distinta en qué consiste un servicio básico por parte del Estado. Sobre el pueblo asháninka, ver: «<http://bdpi.cultura.gob.pe/pueblo/ashaninka>», fecha de consulta: 08 de enero del 2015.

<sup>381</sup> JIMÉNEZ CAMPO. Artículo 10.1... op. cit., p182.

<sup>382</sup> Respecto a la destrucción de la personalidad del hombre, Maihofer señala: "*La esencial disponibilidad por mi mismo y, correspondiente, la esencial indisponibilidad para los demás: esto es lo que se quiebra allí donde queda rota esta base de la confianza en mi mismo, cuando siento que otro puede proceder conmigo como le plazca, según su deseo y arbitrio (...)*". Respecto de la ruina de la solidaridad entre los hombres refiere: "*Queda destruido en general el «contrato social», aquel que funda y legitima su status civilis, la situación cultural en que la conducta entre los hombres está regida básicamente por reglas de la moralidad o del Derecho, que satisfacen a la vez el principio de reciprocidad (la denominada regla de oro) y el principio de universalidad (el llamado imperativo categórico), principios que en la época contemporánea constituyen entre ambos ese contrato social erigido en el supuesto de una igualdad básica de los hombres en cuanto hombres (...)*". MAIHOFFER. Estado de Derecho y Dignidad Humana... op. cit., p15 y 17.

objeto sin valor en sí misma<sup>383</sup>, con independencia de las buenas intenciones o de la finalidad subjetiva de menosprecio que pueda existir tras la conducta<sup>384</sup>.

Ahora bien, no se puede olvidar que en la medida en que todas las personas ostentan dignidad, el ejercicio de ésta que realice una persona no puede ser contrario al ejercicio de ésta que realice otra; pues todos tenemos derecho a la dignidad y todos contamos con libertad para encaminar nuestras acciones hacia una vida digna (hacia la autorrealización)<sup>385</sup>, por eso es que la autorrealización personal -en el marco de un Estado constitucional moderno- no puede dejar de tomar en cuenta que la misma se alcanza en una sociedad en la que coexisten otras personas, no pudiendo desconocer la dignidad el bien común<sup>386</sup>.

En tal sentido, siendo la dignidad o la expectativa de autorrealización lo común a toda la humanidad, y siendo que toda persona vive en un entorno social en el que sus pares también buscan alcanzar la realización personal, será obligatorio para toda la humanidad el respeto de los derechos y de la dignidad de los otros; constituyendo así la dignidad no sólo un principio informador y orientador, sino también un límite de actuación para el poder público y para los privados o particulares<sup>387</sup>. En

---

<sup>383</sup> HÄBERLE. La dignidad del hombre como fundamento de la comunidad estatal... op.cit., p203.

<sup>384</sup> MÜNCH, Ingo von. La dignidad del hombre en el derecho constitucional. En: Revista Española de Derecho Constitucional, Año 2, número 5, mayo-agosto 1982, p20.

<sup>385</sup> Sobre el binomio libertad e igualdad y sobre la idea de "*igual autonomía para todos*" como necesaria para el ejercicio de la libertad individual, ver: LOPEZ PINA, Antonio. En: LOPEZ PINA, Antonio (director). La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia, Civitas, Madrid, 1991, p21.

<sup>386</sup> "*El respeto a la dignidad debe llevarnos indudablemente a contemplar la persona humana en la sociedad global (...)*". GAY MONTALVO, Eugeni. Discurso de ingreso. En: La lucha por la dignidad. La dignidad humana (presupuesto necesario del ordenamiento jurídico), Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya, Barcelona, 22 de mayo de 2008, p22.

<sup>387</sup> "*(...) el respeto a los derechos de los demás no es sino la resultante obligada de la afirmación primigenia, esto es, de que la dignidad es patrimonio común de todos y cada uno de los seres*

esta línea, los derechos que se derivan de la dignidad (libertad, propiedad, vida, entre otros) no pueden ejercerse en detrimento de otras personas, operando la dignidad como un límite para el ejercicio abusivo de los mismos<sup>388</sup>. Es en este sentido que González Pérez plantea una dirección positiva y una negativa en el concepto de dignidad: en función a la primera, el hombre debe procurar el máximo respeto a la dignidad de las personas que con él se relacionan, no olvidando nunca la dignidad de que toda persona se encuentra investida; en función a la segunda, la dignidad de los demás opera como límite al ejercicio de sus derechos<sup>389</sup>.

Según lo expuesto, es la interrelación social (indispensable también para alcanzar la autorrealización personal), la que opera como límite para el ejercicio de la libertad individual. Así, en la medida en que el ejercicio de los derechos fundamentales que se derivan de la dignidad normalmente supondrá la negación de los derechos de las demás personas, resulta inevitable su limitación, no existiendo por ello derechos fundamentales absolutos o ilimitados (naturaleza dialéctica de los derechos humanos)<sup>390</sup>. En este sentido, *"La socialidad de los derechos humanos como limitación significa que los derechos humanos se entienden como facultades de un sujeto concreto (individual o colectivo) que trata de realizarlas al mismo tiempo y en conexión con otros sujetos que afirman tener facultades iguales o análogas"*<sup>391</sup>.

---

*humanos, sin excepción alguna".* FERNÁNDEZ SEGADO. La dignidad de la persona como valor supremo... op. cit., p208.

<sup>388</sup> Ibid., p232. En igual línea, DE ASIS ROIG. Algunas notas para una fundamentación de los derechos humanos... op. cit., p67-68.

<sup>389</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. La dignidad de la persona, Civitas, Madrid, 1986, p91.

<sup>390</sup> DE ASIS ROIG, Rafael. La apertura constitucional: La «dignidad de la persona» y «el libre desarrollo de la personalidad» como fundamentos del orden político y de la paz social. En: MONEREO PÉREZ, Luis; MOLINA NAVARRETE, Cristóbal y María Nieves MORENO VIDA (directores). Comentario a la Constitución socio-económica de España, Comares, Granada, 2002, p161.

<sup>391</sup> LÓPEZ CALERA, Nicolás María. Teoría crítica y derechos humanos. ¿Por qué no se realizan plenamente los derechos humanos?. En: PECES-BARBA (director). El fundamento de los derechos humanos... op. cit., p212.

Además de lo expuesto, debe tomarse en cuenta que de un modelo de Estado social y democrático de derecho también se pueden derivar ciertas restricciones para el ejercicio del consentimiento sobre un bien jurídico. No obstante ello, dichas limitaciones deben explicarse en los ideales del Estado constitucional moderno (viabilizar la autorrealización del individuo) y no en meras restricciones paternalistas que injustificadamente pretendan imponer la ética personal del legislador, por sobre la ética de los individuos que forman parte del Estado. Así, por ejemplo, en un Estado social y democrático de Derecho resulta totalmente legítimo que el Estado imponga restricciones que impidan que el ciudadano consienta sobre su bien jurídico salud y fume en lugares públicos perjudicando a terceros; pero no sería legítimo que el Estado prohibiera al ciudadano fumar en lugares privados en los que sólo autopone en riesgo su salud y en los que no tiene posibilidad alguna de poner en riesgo el bien jurídico salud de terceros<sup>392</sup>.

Ahora bien, sobre el contenido de la dignidad en un Estado constitucional moderno, la jurisprudencia tampoco propone una definición exacta que sea posible de utilizar en todos los casos sin excepción alguna, remitiéndose también a un análisis de la misma dentro de un entorno social y con los límites ya expuestos. Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional Español ha establecido que la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que debe permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre; lanzándose en 1985 a proponer sobre este concepto: *"Junto al valor de la vida humana y sustancialmente relacionado con la dimensión moral de ésta, nuestra Constitución ha*

---

<sup>392</sup> El rechazo a un paternalismo injustificado se analizará a detalle en el apartado 2.3.2. del presente capítulo ("Rechazo a un paternalismo injustificado: El paternalismo como excepción frente a la imposibilidad de consentir").

*elevado también a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona, que, sin perjuicio de los derechos que le son inherentes, se halla íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad (art. 10) y los derechos a la integridad física y moral (art. 15), a la libertad de ideas y creencias (art. 16), al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18.1). Del sentido de estos preceptos puede deducirse que la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respecto por parte de los demás*<sup>393</sup>. Más adelante, el Alto Tribunal Español agregaría: *"(...) constituyendo, en consecuencia, un mínimum invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que, sean unas u otras las limitaciones que se impongan en el disfrute de derechos individuales, no conlleven menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona"*<sup>394</sup>.

En igual línea, el Tribunal Constitucional Peruano manifiesta que la dignidad *"(...) es vinculante, en tanto concepto normativo que compone el ámbito del Estado social y democrático del Derecho, aunque no comparte la naturaleza claramente determinada de otros conceptos jurídicos –v.gr. propiedad, libertad contractual, etc.– ello no puede llevarnos a colocarla, únicamente, en el plano prejurídico o de constructo filosófico. Pues, en la dignidad humana y desde ella, es posible establecerse un correlato entre el "deber ser" y el "ser", garantizando la plena realización de cada ser humano"*. Asimismo, agrega que la dignidad se conforma tanto como un principio, cuanto como un derecho fundamental: *"Primero, en tanto principio, actúa a lo largo del proceso de aplicación y ejecución de las*

---

<sup>393</sup> Sentencia emitida por el Pleno del Tribunal Constitucional Español el 11 de abril de 1985 (RTC 1985/53).

<sup>394</sup> Sentencia emitida por el Pleno del Tribunal Constitucional Español el 27 de junio de 1990 (RTC 1990/120).

*normas por parte de los operadores constitucionales, como: a) criterio interpretativo; b) criterio para la determinación del contenido esencial constitucionalmente protegido de determinados derechos, para resolver supuestos en los que el ejercicio de los derechos deviene en una cuestión conflictiva; y c) criterio que comporta límites a las pretensiones legislativas, administrativas y judiciales; e incluso extendible a los particulares./ Segundo, en tanto derecho fundamental se constituye en un ámbito de tutela y protección autónomo. En ello reside su exigibilidad y ejecutabilidad en el ordenamiento jurídico, es decir, la posibilidad que los individuos se encuentren legitimados a exigir la intervención de los órganos jurisdiccionales para su protección, en la resolución de los conflictos sugeridos en la misma praxis intersubjetiva de las sociedades contemporáneas, donde se dan diversas formas de afectar la esencia de la dignidad humana, ante las cuales no podemos permanecer impávidos<sup>395</sup>.*

El Supremo Tribunal Federal de Brasil también se ha manifestado sobre la dignidad humana, afirmando: *"En las democracias aún los criminales son sujetos de derechos. No pierden esa calidad, para transformarse en objetos procesales. Son personas, insertadas entre aquellas beneficiadas por la afirmación constitucional de su dignidad (art. 1º, III, de la Constitución de Brasil)"*<sup>396</sup>; *"(...) La duración prolongada, abusiva e irrazonable de la prisión cautelar de alguien ofende, de modo abierto, el postulado de la dignidad de la persona humana, que representa – considerada la centralidad de ese principio esencial (CF, art. 1º, III) –*

---

<sup>395</sup> Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional Peruano el 20 de abril de 2006 (Expediente N° 2273-2005-PHC/TC), fundamentos jurídicos 8 y 10.

<sup>396</sup> Traducción libre del siguiente texto: *"8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil)".* HC 94408, Relator Ministro Eros Grau, julgamento em 10/02/2009, Segunda Turma, Publicação: Dje-059 27/03/2009 (sinopsis). En: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC+94408%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/hmwwpxn>, fecha de consulta: 16 de febrero del 2017.

*significativo parámetro interpretativo, verdadero valor-fuente que conforma e inspira todo el ordenamiento constitucional vigente en nuestro País y que traduce, de modo expresivo, uno de los fundamentos en que se asienta, entre nosotros, el orden republicano y democrático consagrado por el sistema de derecho constitucional positivo”<sup>397</sup>.*

### **1.3. Dimensiones de la dignidad**

Sobre la dignidad, entre otras<sup>398</sup>, se pueden distinguir con claridad dos dimensiones: una primera de índole abstracto-filosófica y una segunda más concreta vinculada al ejercicio de los derechos fundamentales o de otros bienes jurídicos tutelados en el ámbito penal.

La primera dimensión de la dignidad (de carácter filosófico), la considera un *"prius lógico y ontológico"*<sup>399</sup> en relación con los derechos fundamentales; desde este punto de vista, la dignidad se encuentra en una dimensión abstracta que en términos kantianos tiene un uso metaético

---

<sup>397</sup> Traducción libre del siguiente texto: "*A duração prolongada, abusiva e irrazoável da prisão cautelar de alguém ofende, de modo frontal, o postulado da dignidade da pessoa humana, que representa - considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) - significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo*". HC 85237, Relator Ministro Celso de Mello, julgamento em 17/03/2005, Plenário, Publicação: Dj 29/04/2005 (sinopsis). En: «<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC+85237+RELATOR+MINISTRO+CELSO+DE+MELLO%29%28PLENO%2E%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/jp4fjw5>», fecha de consulta: 16 de febrero del 2017.

<sup>398</sup> Para Ruiz-Giménez se pueden distinguir 4 niveles o dimensiones en torno a la dignidad: a) la religiosa o teológica, que supone la creencia en la religación del ser humano con Dios y de que el primero es hecho a su imagen y semejanza, b) la ontológica, que implica considerar al hombre como ser dotado de inteligencia, de racionalidad, de libertad y de conciencia de sí mismo, c) la ética, entendida como autonomía moral, como esencial función de la conciencia valorativa ante cualquier norma y modelo de conducta (el hombre es un fin en sí mismo y no un instrumento o medio); d) la social, entendida como estima y fama dimanante de un comportamiento positivamente valioso, privado o público, en la vida de relación; y, en ciertas concreciones normativas, apreciación de una situación subjetiva, que merece específica tutela. RUIZ-GIMÉNEZ. Artículo 10. Derechos fundamentales de la persona... op. cit., p113-114.

<sup>399</sup> ATIENZA. Sobre el concepto de dignidad humana... op. cit., p88.

(tiene como función explicar el sentido de la moralidad y acreditar la vinculación entre ésta y la humanidad<sup>400</sup>), en tal sentido, no supone un análisis de la dignidad en cada individuo en particular<sup>401</sup>, máxime cuando – conforme ya lo hemos señalado- cada individuo responde a una ética propia y a un parámetro cultural distinto. Así, se establece que la dignidad es una característica intrínsecamente valiosa e inherente a los seres humanos, en tanto los mismos son seres con capacidad para actuar racional y moralmente (autónomos), por lo que "(...) *el principio de dignidad e inviolabilidad de la persona encaja armoniosamente en –incluso es corolario lógico de- una concepción moral que descansa en la consideración de los individuos como agentes morales racionales*"<sup>402</sup>; por tanto, en función a esta dimensión filosófica, en la medida en que todos los seres humanos tienen dignidad, reúnen las condiciones para ser titulares de derechos humanos; es decir, en esta primera dimensión a la dignidad se hace referencia al "*derecho humano a ser sujetos de derechos humanos*"<sup>403</sup>.

La segunda dimensión de la dignidad es más concreta y se encuentra intrínsecamente vinculada con los derechos, valores e intereses que dan lugar a la protección de un bien jurídico penal; así, implica una "(...) *ideal global de vida buena, que, en tanto ideal sustantivo, sí permitiría extraer consecuencias concretas tales como la afirmación de los derechos fundamentales (...)*"<sup>404</sup>; convirtiendo a la dignidad en razón de ser, fin y

---

<sup>400</sup> GARCÍA MANRIQUE. La dignidad y sus menciones en la declaración... op. cit., p51.

<sup>401</sup> "Por eso, podríamos decir que Kant no está interesado tanto en afirmar la dignidad de cada individuo en particular, cuanto la dignidad de esa genérica capacidad humana que nos permite pensar y actuar moralmente, una capacidad que, desde luego, no se actualiza por igual en cualquier ser humano biológico (baste pensar en los niños o en algunos enfermos)". Ibid., p52.

<sup>402</sup> GONZÁLEZ MUCHASTEGUI, Jesús. Autonomía, dignidad y ciudadanía. Una teoría de los derechos humanos, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, p452.

<sup>403</sup> Ibid., p456.

<sup>404</sup> GARCÍA MANRIQUE. La dignidad y sus menciones en la declaración... op. cit., p52.

límite de los derechos que se derivan de ella<sup>405</sup>. Conforme se ha venido señalando, este concepto normativo de dignidad tiene como rasgo distintivo constituir un límite para la libre elección de las personas, lo que hace que la misma se establezca como un baremo para solucionar los conflictos concretos; así, se pueden vincular a este ámbito de la dignidad tres aspectos: "(...) primero; el derecho de las personas para tomar sus propias decisiones, segundo; el derecho a que las decisiones sean respetadas y tercero; el derecho a ver aseguradas las condiciones más favorables (supervivencia, seguridad y salud) para que las personas sean dueñas de su destino"<sup>406</sup>. En esta misma línea, para Nino (quien sigue una concepción liberal de la sociedad), el principio de dignidad de la persona "(...) prescribe que los hombres deben ser tratados según sus decisiones, intenciones o manifestaciones del consentimiento"<sup>407</sup>, no pudiendo tomarse en cuenta para su determinación otros factores que no estén sujetos a la voluntad de los individuos, como pueden ser el color de la piel, la raza, la inteligencia, entre otros. Esta libertad de elección, propia de la segunda dimensión o ámbito de la dignidad, en un Estado social y democrático de derecho, se sustenta en el reconocimiento de la autonomía de la voluntad como mecanismo que viabilice el diseño de un plan personal de vida, es decir, como medio para la autorrealización del individuo<sup>408</sup>.

Las dos dimensiones de la dignidad se encuentran relacionadas, en tanto el principio de autonomía implica y presupone el de dignidad. Al respecto, Nino establece que la autonomía implica a la dignidad en la medida en que

---

<sup>405</sup> LANDA ARROYO. Dignidad de la persona humana... op. cit., p129.

<sup>406</sup> VELÁSQUEZ JORDANA. Dignidad, Derechos Humanos y Bioética... op. cit., p108.

<sup>407</sup> NINO, Carlos Santiago. Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación, Ariel, Barcelona, 1989, p287.

<sup>408</sup> "En lo que al principio de dignidad de la persona concierne, lo que se prescribe es que la decisión sea considerada como parte del plan de vida del individuo, y que por lo tanto (y aquí interviene el principio de autonomía) se mantengan, en cuanto ello sea posible sin violar otros principios, las consecuencias de la acción voluntaria que el individuo previó al decidir actuar e incorporó, por lo tanto, a ese plan de vida (...)". Ibid., p291.

lo que hace moralmente relevantes a las decisiones de un individuo es que su materialización forma parte de un cierto plan de vida cuya realización la autonomía juzga valiosa; y la presupone, debido a que el valor de la elección de planes de vida por parte de individuos implica que hay por lo menos un tipo de decisiones que pueden y deben ser atribuidas a esos individuos y que deben ser tomadas seriamente en cuenta cuando se actúa respecto de ellos<sup>409</sup>.

#### **1.4. Dignidad y autonomía de la voluntad**

La dignidad humana y la razón se encuentran desde las fuentes del humanismo clásico en fuerte conexión<sup>410</sup>, razón por la que la dignidad ostenta un vínculo muy estrecho con la autonomía de la voluntad<sup>411</sup>, es decir, con la posibilidad de elección por parte del hombre (libertad), de las vías idóneas para alcanzar su autorrealización personal, dentro de una ética individual y propia<sup>412</sup>. Así, para Peces-Barba, la vinculación de la dignidad con la idea de autonomía tiene dos momentos: uno, en el que autonomía significa posibilidad de decidir libremente (capacidad de elegir), a pesar de los condicionamientos y limitaciones inherentes al ser humano, lo que no necesariamente supone una elección correcta o acertada, siendo justamente ese riesgo en la elección lo que coadyuva a que seamos seres humanos dignos que escogen el camino a seguir; y, otro, en que autonomía significa libertad (independencia moral) y resultado producto de una elección en el que la persona eligió bien, por haber elegido sobre la

---

<sup>409</sup> Ibid., loc. cit.

<sup>410</sup> PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. Sobre los valores fundadores de los derechos humanos. En: PECES-BARBA (director). El fundamento de los derechos humanos... op. cit., p280.

<sup>411</sup> Sobre las diferencias entre libertad y autonomía, ver: DE PÁRAMO, Juan Ramón. Bienestar, derechos y autonomía. En: PECES-BARBA (director). El fundamento de los derechos humanos... op. cit., p260ss.

<sup>412</sup> "La máxima libertad y con los mismos derechos de cada quien, por lo pronto, se concibe como la condición irrenunciable de una existencia digna del hombre en todo individuo (...)". MAIHOFER. Estado de Derecho y Dignidad Humana... op. cit., p62-63.

base de las reglas que ella misma se dio conforme con su ética propia o -lo que llama Peces-Barba- nuestra personalidad moral (deber ser)<sup>413</sup>.

La dignidad entraña ineludiblemente la libre autodeterminación de toda persona para actuar en el mundo que le rodea<sup>414</sup>. Así, *"La libertad tiene, pues, un sentido básico: permitir y favorecer el desenvolvimiento y perfección de la naturaleza humana en la vida social. Está, por consiguiente, vinculada al reconocimiento de la dignidad personal del hombre, de su racionalidad, de su vida moral, de su trascendencia espiritual"*<sup>415</sup>. Esta vinculación cobra especial importancia al ser indispensable para la consecución de la dignidad que el individuo pueda elegir la realización o no de conductas que considere necesarias para su autorrealización, elección que efectuará conforme con su ética propia y su cultura; es decir, conforme con la visión que tenga en función al entorno social que lo rodea (pautas de comunicación socialmente aceptadas<sup>416</sup>) de forma directa (pares más cercanos a la persona: amigos, familia, trabajo, escuela, entre otros) y de forma indirecta (comunidad política, ámbito internacional y modelos que recoja producto de la globalización que caracteriza la sociedad moderna)<sup>417</sup>.

Esta libertad de elección es la que legitima al individuo a optar entre los bienes jurídicos que considera necesarios de protección para su

---

<sup>413</sup> PECES-BARBA. La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho... op. cit., p69. Estos dos aspectos de la dignidad también son descritos en: HÄBERLE. La dignidad del hombre como fundamento de la comunidad estatal... op.cit., p203ss.

<sup>414</sup> FERNÁNDEZ SEGADO. La dignidad de la persona como valor supremo... op. cit., p206 y 213.

<sup>415</sup> SÁNCHEZ AGESTA, Luis. El Sistema Político de la Constitución Española de 1978. Ensayo de un sistema (Diez lecciones sobre la Constitución de 1978), Editora Nacional, Madrid, 1980, p102.

<sup>416</sup> HÄBERLE. La dignidad del hombre como fundamento de la comunidad estatal... op.cit., p210.

<sup>417</sup> Es por ello que los mecanismos de control social informal son importantes como medios para prevenir delitos, en tanto influyen en la toma de decisión de los individuos, en aras de su realización. Sobre los mecanismos de control social, ver: VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Manual de Derecho Penal. Parte General, cuarta edición, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, Bogotá, 2010, p5-7.

autorrealización; lo que, en el caso de los bienes jurídico penales, incluso puede llevarlo a renunciar, a través de la figura del consentimiento, a la protección que el legislador le da, para disponer de ellos en el límite del entorno social que lo rodea, es decir, siempre y cuando ello no implique la afectación de un tercero que también tiene derecho a optar por su autorrealización (ejemplo, la posibilidad que una persona tiene para rechazar una transfusión sanguínea incluso atentando contra su integridad y hasta su propia vida). Por tanto, el hecho de que la libertad deba siempre entenderse en el marco del respeto a la ley y nunca al margen del derecho<sup>418</sup>, debe interpretarse en este sentido, es decir, tomando en cuenta las posibilidades de disposición que toda persona tiene para alcanzar su autorrealización sin perjuicio de terceros ni del entorno colectivo directo o indirecto en el que se desenvuelve<sup>419</sup>.

De lo expuesto se desprende que el primer valor que se puede derivar de la dignidad es la autonomía personal del individuo (capacidad de las personas para tener concepciones sobre sus planes de vida y hacer elecciones en función a ellos)<sup>420</sup>, la que lo legitima en la toma de decisiones en función a las condiciones que considera necesarias para una vida digna, es decir, para su autorrealización personal<sup>421</sup>. Así, un sector de la doctrina distingue entre: **libertad negativa**, la que el individuo ejerce para elegir entre las acciones que requiere para una autorrealización conforme con su ética propia, es decir, la orientada a proteger la libertad de la persona para

---

<sup>418</sup> JIMÉNEZ CAMPO. Artículo 10.1... op. cit., p187.

<sup>419</sup> "El pleno desarrollo de la personalidad implica, a su vez, de un lado, el reconocimiento de la total autodisponibilidad, sin interferencias o impedimentos externos, de las posibilidades de actuación propias de cada hombre; de otro, la autodeterminación que surge de la libre proyección histórica de la razón humana, antes que de una predeterminación dada por la naturaleza de una vez por todas". PEREZ LUÑO. Sobre los valores fundadores de los derechos humanos... op. cit., p280.

<sup>420</sup> REY PÉREZ. El discurso de los derechos... op. cit., p44-45.

<sup>421</sup> "El reconocimiento de la dignidad de la persona y del libre desarrollo de la personalidad son por tanto presupuestos de la participación en un sistema social". BERDUGO. Revisión del contenido del bien jurídico honor... op. cit., p310.

perseguir su propio plan de vida; **libertad positiva**, la que busca proporcionar una serie de condiciones mínimas e iguales para que todas las personas puedan elegir un proyecto vital sobre la base de las mismas oportunidades; y, la **libertad participativa**, (o libertad como participación), que es el reconocimiento de la autonomía en sentido colectivo y no únicamente individual, es decir, tomando en cuenta que la comunidad política debe valorar los intereses de todos y no sólo los de unos pocos, lo que también supone un ejercicio de mi libertad, en respeto de la autorrealización de los demás miembros del entorno social<sup>422</sup>.

En la línea de lo expuesto, en tanto la autonomía, la libertad y la posibilidad de elegir que en ella se asientan constituyen el medio para la realización personal, no puede aceptarse el determinismo (condicionamiento) como mecanismo que explica todas las acciones que realiza el hombre<sup>423</sup>, siendo que, incluso un sector de la doctrina plantea la no incompatibilidad de esta postura con la idea de libertad: *"Por ello la suposición que tácitamente subyace en la mayoría de discusiones sobre el determinismo y la libre voluntad -la suposición, concretamente, de incompatibilidad entre, por un lado, determinismo en el sentido de universalidad de causalidad y, en el otro, libertad en el sentido en qué*

---

<sup>422</sup> Sobre los tipos de libertad, ver: REY PÉREZ. El discurso de los derechos... op. cit., p46-47. También distingue entre libertad negativa y positiva, BERLIN, Isaiah. Cuatro ensayos sobre la libertad, Alianza Editorial, Madrid, 1988, p191-211.

<sup>423</sup> El determinismo, en principio, niega la libertad. Pueden encontrarse dos tipos: el determinismo blando o compatibilísimo, en el que se busca definir la libertad de manera tal que sea compatible con la determinación física de la naturaleza, aceptando para ello ciertos factores internos del hombre, que explicarían sus elecciones; y, el determinismo duro, en el que se explica la conducta sobre la base de la programación y el condicionamiento, no existiendo eventos o situaciones que no sean causados por las leyes físicas. No obstante ello, desde la cuántica y desde el razonamiento implícito a estos postulados, existen objeciones que me hacen rechazar esta postura e insistir en el hecho de que el hombre es responsable por sus acciones. Un mayor desarrollo en: REDMOND, Walter. El albedrío. Proyección del tema de la libertad desde el Siglo de Oro español, Cuadernos de Pensamiento Español, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, Pamplona, 2007, p58ss.

*hombre ciertamente ejerce su libertad en diversos casos- es una suposición totalmente errónea”.*<sup>424</sup>

Es por eso que la autonomía se configura en un límite infranqueable para el Estado, rechazándose el paternalismo estatal injustificado que constituye un obstáculo para el ejercicio de la libertad; sobre todo en los casos en los que la persona se encuentra plenamente capacitada para ejercer la misma. El Estado no puede interferir en la elección libre que el individuo pueda efectuar para alcanzar su realización, debiendo limitarse a diseñar instituciones que coadyuven a ello<sup>425</sup>.

De lo dicho, a la luz de una concepción democrática y garantista del Derecho penal, no puede primar paternalismo o perfeccionismo alguno. Al respecto, Muñagorri entiende que estas últimas suponen que los ciudadanos hayan establecido el poder público, y en él el poder punitivo, para que los proteja de intrusiones ajenas a su esfera personal y para que le ofrezca los presupuestos indispensables para el libre desenvolvimiento de su personalidad; estas posturas son rechazadas por este autor por considerar que el poder público no debe determinar la esfera personal de los individuos en base a concepciones que éstos no se encuentran obligados a compartir, y que llevarían a la «ex-propiación» de los ámbitos personales; considerando que resulta indispensable, en un Estado democrático y garantista, un compromiso institucional por articular

---

<sup>424</sup> Traducción libre del siguiente texto: *"Thus the assumption that tacitly underlies most discussions of free will and determinism -the assumption, namely, of incompatibility between, on the one hand, determinism in the sense of universality of causation and, on the other, freedom in the sense in which man certainly does have freedom in many cases- is an altogether erroneous assumption".* DUCASSE, C. J. Determinism, freedom, and responsibility. En: HOOK, Sidney (editor). Determinism and Freedom in the Age of Modern Science, Collier Books – Collier Macmillan Publishers, New York – London, 1961, p168.

<sup>425</sup> REY PÉREZ. El discurso de los derechos... op. cit., p45.

penalmente la «autonomía» y la «dignidad» de la persona como elemento cardinal de una reforma penal democrática<sup>426</sup>.

Por lo expuesto, el reconocimiento de la autonomía de los individuos debe excluir, por regla general, las tesis perfeccionistas o paternalistas. A las primeras, por partir de la premisa de que la libertad consiste en un tipo de realización personal que no se circunscribe a los deseos de la persona, debiendo el Estado suplantar en el lugar de la misma a efectos de buscar la perfección (“vida buena”) de todos sus miembros<sup>427</sup>; bajo esta premisa, el Estado haría caso omiso de la propia ética de cada individuo, buscando imponer la que considera idónea para todos los miembros del entorno social y dejando elegir a los individuos únicamente entre las acciones que considera tendentes al fin utópico que se ha planteado, lo que deviene en contrario a las premisas de un Estado constitucional moderno. A las segundas (tesis paternalistas), por buscar proteger al individuo de sus propias acciones u omisiones que, se considera son contrarias a su realización personal<sup>428</sup>.

El problema del perfeccionismo y el paternalismo es que parten de una ética universal que consideran debe ser compartida por todos los individuos, olvidando que la autorrealización de cada persona –en los casos en los que ésta ostente plena capacidad para elegir- siempre dependerá de sus valores e intereses, es decir, de una ética personal o propia que podrá ser modificada a lo largo de toda la vida; la que puede

---

<sup>426</sup> MUÑAGORRI LAGUÍA, Ignacio. Eutanasia y Derecho Penal, Ministerio de Justicia e Interior, Centro de Publicaciones, Madrid, 1994, p111.

<sup>427</sup> REY PÉREZ. El discurso de los derechos... op. cit., p50.

<sup>428</sup> *"Tanto el perfeccionismo como el paternalismo suponen que no sólo son posibles planes de vida mejores que otros, y que constituyen la realización de ideales de excelencia, sino que en el primer caso se supone que esos ideales han de ser impuestos para obligar a las personas a ser mejores, y en el segundo para evitar que se dañen a sí mismos".* VÁZQUEZ, Rodolfo. Autonomía y responsabilidad individual. En: CASADO (coordinadora). Sobre la dignidad y los principios... op. cit., p201.

ser influenciada, pero no determinada por el entorno social; no pudiendo imponerla o propiciarla el Estado a través de medidas o normas: el Estado siempre deberá limitar su actuación a la autorrealización personal, respetando la ética de cada individuo<sup>429</sup>.

La dignidad y la autonomía (entendida esta segunda como presupuesto para alcanzar la primera) son conceptos que sirven como baremos para determinar el grado de afectación de la libertad que se impondrá frente a la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico; de manera que no será posible la imposición de una sanción penal, en los casos en los que el desvalor de acción y/o el desvalor de resultado efectuados por el sujeto no lesionen la dignidad o el libre desarrollo de otra persona: *"Al legislador penal corresponde la misión de «intuir» una escala de valores de los bienes jurídicos a tutelar. Criterio básico de la misma puede ser el de la libertad humana y el libre desarrollo de la personalidad, reconocidos ambos como fundamento político y de la paz social (...)"*<sup>430</sup>.

De esta manera, y en tanto las bases del Estado liberal constitucional moderno únicamente legitiman la intervención del Derecho penal en los casos en los que la conducta efectuada por el sujeto lesione o ponga en peligro el bien jurídico protegido **de otra persona** y, con ello, impida la autorrealización y convivencia pacífica de las personas en sociedad; en principio, devendría en contrario a los fines del modelo de Estado constitucional que se sancionase a alguien por consentir en la vulneración

---

<sup>429</sup> "La libertad, la dignidad personal del hombre –cualidades que le son inherentes- y la posibilidad de desarrollarse libremente constituyen un límite infranqueable para el Estado. No se puede olvidar jamás que la persona humana no es un objeto, un medio, sino un fin en sí mismo y como tal debe ser respetada". Traducción libre del siguiente texto: "A liberdade, a dignidade pessoal do homem – qualidades que lhe são inerentes- e a possibilidade de desenvolver-se livremente constituem um limite infranqueável ao Estado. Não se pode esquecer jamais que a pessoa humana não é um objeto, um meio, mas um fim em si mesmo e como tal deve ser respeitada". PRADO. Bem Jurídico-Penal e Constituição... op. cit., p89.

<sup>430</sup> GONZÁLEZ RUS. Bien jurídico y Constitución... op. cit., p42.

o puesta en peligro de su propio bien jurídico, puesto que, con ello, se estaría negando la capacidad de disposición inherente al ciudadano y premisa de todos los bienes jurídicos individuales.

Respecto a este punto, debe recordarse que la importancia de que el Derecho penal proteja bienes jurídicos radica en que estos permiten la autorrealización del individuo, constituyendo condiciones necesarias para su libre desarrollo; por lo que dichos bienes jurídicos individuales llevan intrínseca la posibilidad de disposición.

### **1.5. La dignidad y los derechos fundamentales**

De lo expuesto hasta ahora en torno a la dignidad, se evidencia que el análisis de su vulneración sólo cobrará sentido en la medida en que se encuentre en conexión con la lesión de algún otro derecho que viabilice su existencia, es decir, que permita la autorrealización libre de la persona, conforme con su propia ética y visión cultural. Por ello, no considero acertadas las posturas que pretenden encontrar en la dignidad, en sí misma considerada, un bien jurídico penal digno de protección, como es el caso de Montano, quien propone la creación de un tipo penal autónomo con el siguiente texto: *"Los actos u omisiones que produzcan un menoscabo de la dignidad de la víctima serán castigados con una pena de [...] En caso de quedar comprendidos por otro tipo penal no serán castigados por este delito, aunque según la gravedad de las consecuencias padecidas por la víctima en su dignidad podrá incrementarse la pena de [...] a [...]"*<sup>431</sup>.

---

<sup>431</sup> MONTANO Y GÓMEZ DE ALÍA, Pedro J. La dignidad humana como bien jurídico tutelado por el derecho penal, p8. El texto de este artículo puede revisarse en: «[http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a\\_20080526\\_36.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080526_36.pdf)», fecha de consulta: 11 de febrero del 2013. También publicado en la Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo-Uruguay, Año II, N°3, 2003, p45-53.

En igual sentido se encuentra Alonso, quien propone la protección directa y positiva de la dignidad como bien jurídico penal autónomo, distinguiendo este concepto de la suma de derechos que le son inherentes<sup>432</sup>. Para esta autora existen dos razones por las que la dignidad debe protegerse de manera independiente de los derechos fundamentales que se derivan de ella<sup>433</sup>: en primer lugar, porque se puede lesionar la dignidad sin lesionar ninguno de los derechos que le son inherentes y, en segundo lugar, porque no toda lesión de un derecho esencial implica necesariamente la lesión de la dignidad, pudiendo atentarse contra alguno de los derechos inherentes a la dignidad sin atentar contra la misma. En este sentido, la autora afirma: *"Pero si lo que se pretende es limitar la protección de la dignidad al ámbito de los derechos fundamentales con contenido de dignidad, hemos de decir que, de aceptarse que la dignidad tiene un «espacio» propio que no se agota en el contenido de los derechos que le son inherentes, nada impediría aceptar que la dignidad pudiera ser protegida penalmente de forma directa frente a los ataques de otros sin necesidad de acudir a otro bien jurídico que presente un contenido de dignidad"*<sup>434</sup>.

Si bien los códigos penales español, brasilero y peruano no contemplan un título en el que se proteja la dignidad como bien jurídico penal autónomo, una lectura rápida del Código Penal Francés, podría llevarnos a defender la tesis de la autonomía de la dignidad como bien jurídico penal. Así, en el libro II (De los crímenes y delitos contra las personas), título II (De los atentados contra la persona humana), el capítulo V del Código Penal Francés recoge con el título *"De los atentados contra la dignidad de la*

---

<sup>432</sup> ALONSO ÁLAMO. Derecho penal y dignidad humana... op. cit., p18.

<sup>433</sup> Ibid., p16-17.

<sup>434</sup> Ibid., p15.

*persona*”, todas las supuestas conductas delictivas que atentan contra la dignidad de la persona, incluyendo: las discriminaciones (artículos 225-1 al 225-4), la trata de seres humanos (artículos 225-4-1 al 225-4-9), el proxenetismo (artículos 225-5 al 225-12), el recurso a la prostitución de menores o de personas especialmente vulnerables (artículos 225-12-1 al 225-12-4), la explotación de la mendicidad (artículos 225-12-5 al 225-12-7), las condiciones de trabajo y de alojamiento contrarias a la dignidad de la persona (artículo 225-13 al 225-16), las novatadas (artículos 225-16-1 al 225-16-3) y los atentados al respeto debido a los difuntos (artículos 225-17 al 225-18). Conforme lo reconoce la misma Alonso, los delitos de discriminación y los atentados al respeto debido a los difuntos no son genuinos delitos con la dignidad; sino, respectivamente, delitos en los que se atenta contra la igualdad y en los que no se toma en cuenta el ataque a la dignidad de los muertos; sin embargo, en el resto de supuestos, esta autora sí identifica como bien jurídico autónomo la dignidad humana.

Al respecto, considero que esto no es del todo acertado, debiendo distinguirse fundamentalmente las siguientes ideas:

a) Primero: La dignidad siempre se vincula con un derecho fundamental, no existiendo ni siendo válida en sí misma. Esto, debido a que la dignidad -además de estar vinculada con una dimensión ontológica del ser humano (todos la tienen por el sólo hecho de ser tales)- supone la autorrealización, y la creación de derechos fundamentales encuentra su razón de ser en ello. La vulneración de la dignidad (entendida como esencia para alcanzar la autorrealización personal) se encontrará allí donde se vulnere un derecho que la viabilice o que sea presupuesto o herramienta para que la persona pueda alcanzarla, no existiendo una vulneración directa ni autónoma; sino siempre una vulneración a través de algún derecho fundamental derivado de ella.

b) Segundo: Considero que sólo se podrá afirmar que se ha vulnerado un bien jurídico penal en la medida en que se afecte o pueda afectar la autorrealización de la persona (su dignidad en sí), por lo que los casos en los que la conducta realizada por el sujeto se enmarque en la conducta típica descrita en el tipo penal no necesariamente supondrán una vulneración del bien jurídico protegido; la que sólo se dará en la medida en que no exista un consentimiento válido del titular del bien jurídico protegido y, con éste, una declaración de que la conducta no supone una afectación a la dignidad o autorrealización de la persona. Así, no podrá hablarse de afectación a un bien jurídico penal, si éste no supone necesariamente una afectación a la dignidad de la persona; dado que, en los casos en los que el titular del bien jurídico penal considere que no existe tal afectación (exista consentimiento válido), ni siquiera podrá afirmarse la existencia de un delito: el consentimiento en estos casos hará que no se vea afectado el bien jurídico o derecho protegido derivado de la dignidad, haciendo que no se pueda siquiera establecer la existencia de un delito.

En otras palabras, si no existe vulneración a la dignidad, entonces no es posible que exista lesión de un bien jurídico penalmente protegido y, menos aún, puede configurarse un tipo penal: sancionar penalmente en estos casos desnaturalizaría la razón de ser del Derecho Penal, el que se rige por los principios de mínima intervención, subsidiariedad, lesividad, etc. Un ejemplo de ello, a mi parecer, lo constituyen las novatadas<sup>435</sup>, en las que se busca recurrir indebidamente a la dignidad como objeto

---

<sup>435</sup> Novatada: "*En algunas colectividades, vejamen y molestias que los antiguos hacen a los recién llegados*". Diccionario de la lengua española, Real Academia Española, vigésima segunda edición, «<http://lema.rae.es/drae/?val=dignidad>», fecha de consulta 25 de febrero del 2013.

de protección autónomo, cuando en realidad no existe bien jurídico penal afectado que merezca protección penal<sup>436</sup>.

Lo expuesto ocurre debido a que la protección de un bien jurídico penal (valor, interés o derecho derivado de la dignidad) sólo se encontrará legitimada y será conforme con un Derecho penal garantista, en la medida en que sea indispensable para la autorrealización de la persona; caso contrario, no habrá una verdadera razón que justifique su protección y, probablemente, surgirá un supuesto que se enmarque en los cánones del Derecho penal simbólico o del Derecho Penal de las inmoralidades (contrarios a un Estado Constitucional moderno), en donde la búsqueda interminable del bien jurídico penal digno de protección se explica únicamente en la no existencia de bien alguno<sup>437</sup>. Lo que conviene dejar claro al respecto es que esos vacíos legislativos, en los que difícilmente se detecta el bien jurídico penal protegido por el legislador, no pueden ser llenados con la dignidad o con propuestas que pretendan hacer de la misma un bien jurídico penal autónomo.

En conclusión, la ineludible conexión que existe entre la dignidad y el bien jurídico penal hace que no sea posible lesionar el segundo, si es que no se imposibilita o afecta a la primera; dado que la protección de estos sólo tiene sentido en la medida en que se busca alcanzar la misma. Así, por ejemplo, si una persona decidiera hacerse un tatuaje a costa de lesionar su integridad física, esta supuesta lesión al bien

---

<sup>436</sup> Aunado a lo expuesto, con relación al bien jurídico integridad moral que se protegería en dicho delito (artículo 173 del Código Penal español), Muñoz Conde afirma "(...) *si abandonamos el terreno de la interpretación constitucional para centrarnos en la integridad moral como bien jurídico penalmente protegido, nos daremos cuenta de que las posibles acciones y los posibles valores atacados por las mismas que de esta definición constitucional se derivan, constituyen precisamente, el objeto de protección de otros tipos penales*". MUÑOZ CONDE. Capítulo XXIII... op. cit., p565.

<sup>437</sup> Sobre la legislación simbólica (preceptos que no despliegan en primera línea efectos protectores concretos, sino que buscan servir para la autoafirmación de grupos políticos e ideológicos) y la exclusión de las meras inmoralidades como objeto de protección penal, ver: ROXIN. Derecho Penal, Parte General. Tomo I... op. cit., p56 y 59.

jurídico protegido en el delito de lesiones<sup>438</sup> no sería tal si se contara con el consentimiento válido del titular de dicho bien jurídico (ni siquiera llegaría a configurarse un delito); al ser que el consentimiento constituiría una expresión de su autodeterminación, no pudiendo afirmarse una afectación a su autorrealización personal (dignidad); sino, por el contrario, un pleno ejercicio de sus derechos en busca de la consecución de la misma (la que debe recordarse responde a la ética propia de cada persona)<sup>439</sup>.

Es justamente en esta vinculación entre dignidad (autorrealización personal) y bienes jurídico penales (valores, derechos o intereses que coadyuvan a la autorrealización) donde cobra especial importancia el consentimiento en el ámbito penal. Así, el Estado, impulsado por la exigencia que la dignidad como principio le impone respecto de todos sus miembros, establece normas tendientes a evitar la lesión de la misma (en el caso penal: tipos penales); coadyuvando así a la

---

<sup>438</sup> El delito de lesiones se encuentra regulado en los siguientes artículos de los códigos penales español, brasilero y peruano: Artículo 147 del Código Penal Español: "*El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado como reo del delito de lesiones con la pena de prisión (...)*"; Artículo 129 del Código Penal de Brasil: "*Ofender la integridad corporal o la salud de otro: pena – detención, (...)*"; traducción del siguiente texto: "*Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: Pena – detenção, (...)*"; Artículo 121 del Código Penal Peruano: "*El que causa a otro daño grave en el cuerpo o en la salud, será reprimido con pena privativa de libertad (...)*". Con relación al ordenamiento español, cabe mencionar que los artículos 155 y 156 del código penal otorgan al consentimiento en el delito de lesiones un mero valor atenuatorio de la sanción penal (salvo ciertas excepciones), no considerándolo una eximente de responsabilidad penal; no considero dicha regulación normativa coherente con un Estado constitucional moderno, por no tomar en cuenta que el bien jurídico integridad física se conforma también por la autonomía de la voluntad, no siendo posible desconocer la esencia de la disposición en el mismo concepto de bien jurídico. Ver un extenso desarrollo en: CHANG KCOMT, Romy Alexandra. Relevancia del consentimiento en el delito de lesiones del Código Penal Español: Determinación del bien jurídico protegido. Tesis elaborada para la obtención del título de Máster en Derecho Penal en la Universidad de Salamanca, 2011.

<sup>439</sup> "*(...) ni la autolesión consciente ni su posibilidad o favorecimiento pueden legitimar la amenaza de pena. La protección de bienes jurídicos tiene como objetivo la protección de los otros, y no protección frente a uno mismo. El paternalismo estatal, en la medida en que deba articularse a través del Derecho Penal, sólo puede justificarse en situaciones de déficit de autonomía del implicado (minoría de edad, anomalías psíquicas o personas que no alcanzan a comprender los riesgos para sí mismas)*". ROXIN. ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho Penal?... op. cit., p450-451.

autorrealización de todas las personas al proteger los medios para alcanzarla (bienes jurídico penales). El problema se da cuando las personas deciden libremente sacrificar un bien jurídico penal para buscar alcanzar su autorrealización conforme con su propia ética (en el ejemplo, hacerse un tatuaje sacrificando su integridad personal, por considerar dicho tatuaje necesario para su realización); en estos casos, sería absurdo y contrario con el modelo de Estado Constitucional moderno desconocer la autodeterminación del sujeto e insistir en la configuración del delito de lesiones; en tanto la configuración de la conducta típica no es suficiente para afirmar la existencia de un delito, haciéndose necesaria la vulneración de un bien jurídico penal y, a su vez, la lesión o afectación de la posibilidad de autorrealización de la persona (dignidad); lo que, asimismo, dependerá de la ética propia que dicha persona maneje a efectos de alcanzar su realización personal.

El consentimiento efectuado por el titular del bien jurídico, como elemento que despenaliza la conducta en cada caso concreto<sup>440</sup>, evidencia que la flexibilidad del concepto de dignidad es justamente su mayor virtud; al no sólo permitir la creación de tipos penales orientados a su protección, sino también que los mismos se adapten a la ética propia de cada individuo: **el consentimiento válido del titular del bien jurídico convierte lo ilícito en lícito, evitando que las normas penales se tornen en obstáculos para la autorrealización personal.**

- c) Tercero: La afirmación efectuada por Alonso respecto de que *"no toda lesión de un derecho esencial implica necesariamente la lesión de la dignidad, pudiendo atentarse contra alguno de los derechos inherentes a la dignidad sin atender con la misma"* no es del todo acertada, en

---

<sup>440</sup> Es decir, que hace que la conducta, por no lesionar un bien jurídico, ni siquiera constituya delito.

tanto ello sólo será posible cuando se trate de un caso límite en el que tenga que recurrirse a la ponderación de intereses en busca de la autorrealización de la persona y de su entorno social (lo que denominaremos "test de autorrealización"). Esto se explica en la inexistencia de derechos o intereses absolutos, pero no niega que los mismos se deriven, sin excepción alguna, de la dignidad humana; así, por ejemplo, cuando se restringe la libertad de una persona mediante la imposición de una sanción penal, no se está afectando su dignidad humana, en tanto –si bien se afecta su derecho a la libertad- dicha sanción resulta de una ponderación respecto de otro interés o derecho que se considera más importante para la autorrealización de las personas dentro de un entorno social<sup>441</sup>.

De lo expuesto, a mi parecer, no será posible establecer un caso concreto en el que la vulneración de la dignidad no suponga de por sí la concreción de un tipo penal; por ello, la propuesta de *lege ferenda* no pasa por la elevación de un tipo penal que proteja la dignidad como tipo autónomo, sino por la eliminación o creación de tipos penales –en caso no existan- orientados a proteger los bienes, valores o intereses, de conductas que impidan el alcance de la misma, es decir, la autorrealización del individuo. Esto, además, resulta lógico en una sociedad en la que el concepto de bien jurídico penal es dinámico y se encuentra en constante cambio, lo que se explica también en la función

---

<sup>441</sup> En esta línea, el Tribunal Constitucional Español ha manifestado: "(...) *la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes sean, junto con el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás, «fundamento del orden político y de la paz social», no significa ni que todo derecho le sea inherente -y por ello inviolable- ni que los que se califican de fundamentales sean in toto condiciones imprescindibles para su efectiva incolumidad, de modo que de cualquier restricción que a su ejercicio se imponga devenga un estado de indignidad. Piénsese, precisamente, en la restricción de la libertad ambulatoria y conexas que padecen quienes son condenados a una pena privativa de libertad*". RTC/1990/120 del 27 de junio de 1990 emitida por el Pleno del Tribunal Constitucional. El resaltado es propio.

temporal que ostenta la dignidad humana, la que supone que ésta constantemente se adecúe con la realidad social<sup>442</sup>.

En similar línea, aunque con otros argumentos, se ha pronunciado la doctrina. Así, Romeo Casabona manifiesta que la mayor parte de los derechos fundamentales presenta un contenido nucléico referido a la dignidad de la persona, lo que explica la función informadora e interpretativa que se le atribuye a ésta sobre los mismos, concluyendo: *"Por tanto, la dignidad humana puede ser lesionada a través de o en conexión con la agresión de alguno de los concretos derechos fundamentales, sin que, sin embargo, toda lesión a los mismos implique necesariamente también la de la dignidad"*<sup>443</sup>. Asimismo, Díez Ripollés afirma, con ocasión del bien jurídico indemnidad o bienestar psíquico, que sustituirlo por el de dignidad personal constituye un desacierto, agregando que acudir a este concepto para caracterizar un bien jurídico penal resulta poco adecuado<sup>444</sup>. De igual modo, Muñoz Sánchez deja en claro que *"(...) un atentado a la dignidad humana sólo es posible a través de la agresión a alguno de los derechos fundamentales en que aquella se manifiesta, sin que haya espacio para una lesión a la dignidad que no conlleve algún atentado a otro bien jurídico"*<sup>445</sup>.

---

<sup>442</sup> *"Eso no supone obviamente la inamovilidad, sino por el contrario un dinamismo que debe estar acorde al espíritu de la época –Zeitgeist-; y que debe responder a las expectativas culturales de cada comunidad. De allí que la dignidad se inserte en un proceso social dinámico y abierto, con un futuro amplio dentro del marco del Estado democrático y constitucional"*. LANDA ARROYO. Dignidad de la persona humana... op. cit., p125.

<sup>443</sup> ROMEO CASABONA, Carlos María. El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994, p67-68.

<sup>444</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. Título VIII. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. En: DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis y Carlos María ROMEO CASABONA (coordinadores). Comentarios al Código Penal. Parte Especial, volumen II. Títulos VII-XII y faltas correspondientes, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, p242.

<sup>445</sup> MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan. Los delitos contra la integridad moral, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, p22-23.

En la línea de lo expuesto, y dado que la dignidad no es protegida de forma autónoma, sino en tanto fundamento de un derecho (léase bien jurídico penal), cabe analizar qué es lo que ocurre cuando dos derechos se encuentran en conflicto, o cuando un derecho puede ejercerse pero sujeto a ciertos límites. En el primer caso será necesario recurrir a la técnica de ponderación de derechos fundamentales, mientras que en el segundo caso será necesario establecer cuáles son los criterios que deben ser tomados en cuenta para el establecimiento de dichos límites.

## **1.6. Proporcionalidad y ponderación: Conflicto de derechos y límites para su ejercicio**

### **1.6.1. Conflicto de derechos**

En tanto la dignidad no puede ser protegida a través de un tipo penal autónomo, sino que es el presupuesto que viabiliza todos los derechos fundamentales y todos los bienes jurídicos susceptibles de protección por el Derecho Penal; cuando concurra la presencia de un conflicto entre dos o más derechos, lo que será objeto de ponderación no será la dignidad en sí misma considerada, sino los derechos concretos que la materializan; *"(...) ello se debe a que la dignidad humana no se puede incluir en la ponderación; sino que (...) debe ser respetada como garantía fundamental inviolable de nuestro ordenamiento jurídico"*<sup>446</sup>. Es decir, la dignidad no puede ser considerada como un simple interés más a incluir en la ponderación, sino que debe ser entendida como un principio material de justicia que limita al Derecho positivo<sup>447</sup>. Al respecto, Díez Ripollés rescata el

---

<sup>446</sup> ROXIN. Derecho Penal, Parte General. Tomo I... op. cit., p717.

<sup>447</sup> CEREZO MIR, José. Curso de Derecho Penal Español. Parte General, II. Teoría Jurídica del Delito, sexta edición, Tecnos, Madrid, 1998, p270.

tratamiento tópico que debe darse a la dignidad y evita con ello que la misma quede al aire, vinculándola con intereses o bienes concretos y precisando que la misma debe encontrarse presente en la ponderación, no como un interés más, sino dando forma y modelando a los mismos, y manteniéndose incólume en su recíproca interacción<sup>448</sup>.

Es dicha interacción dentro del entorno social de cada individuo, lo que genera inevitables conflictos entre los derechos fundamentales que se derivan de la dignidad y que viabilizan la autorrealización de la persona, resultando útil la identificación de los niveles en los que puede presentarse dicho conflicto. Así, López Calera manifiesta que existen 3 posibles niveles de conflicto<sup>449</sup>:

- a) Un primer nivel, en el que dos derechos con un mismo contenido colisionan. El derecho "A" de una persona colisiona con el derecho "A" de otra, de forma que, por ejemplo, yo no puedo hablar al punto de no dejar hablar a otro, en tanto el ejercicio de mi derecho a la libertad de expresión estaría negando el derecho a la libertad de expresión del otro.
- b) Un segundo nivel, en el que dos derechos de diverso contenido, de dos personas distintas, colisionan. El derecho "A" de una persona colisiona con el derecho "B" de otra persona, de manera que, yo no puedo hablar de las intimidades de otra persona, en

---

<sup>448</sup> Este autor efectúa matices al planteamiento propuesto por CEREZO, señalando que *"El respeto a la dignidad de la persona habrá de ser el marco en el que se producirá la ponderación de intereses, y no un mero mecanismo corrector a posteriori de ésta"*. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. La huelga de hambre en el ámbito penitenciario. Política Criminal y Derecho Penal, segunda edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p675, nota 126.

<sup>449</sup> LÓPEZ CALERA. Teoría crítica y derechos humanos... op. cit., p212.

tanto el ejercicio de mi derecho a la libertad de expresión estaría negando el derecho a la intimidad de otro.

- c) Un tercer nivel, en el que los derechos de los sujetos individuales colisionan con los derechos de los sujetos colectivos, de manera que, por ejemplo yo no puedo producir bienes, contaminando de forma indebida el medio ambiente. Este último nivel de conflictos constituye una particularización de los dos primeros niveles, pero –conforme lo señala López Calera- deviene en importante, en tanto la autorrealización personal, por darse dentro de un entorno social, necesariamente también impondrá al poder público el deber de velar por ciertos bienes colectivos.

Por esta razón, y como hemos señalado, los conflictos que se suscitan entre los derechos fundamentales que emanan de la dignidad humana, necesariamente deben ser resueltos de forma tópica, en el caso concreto, y buscando viabilizar la autorrealización de la persona (dignidad humana) dentro de un entorno social; lo que es susceptible de ser conseguido a través de la ponderación de los mismos.

La ponderación implica realizar un examen de la tópica, aplicando la *"técnica del pensamiento problemático"* para dar solución a los diversos conflictos que puedan presentarse en torno a dos o más derechos fundamentales, a nivel jurisprudencial<sup>450</sup>. Responde a una preferencia del pensamiento-problema, al pensamiento-sistema; que,

---

<sup>450</sup> Sobre el examen de la tópica, como técnica del pensamiento problemático, ver: VIEHWEG, Theodor. *Tópica y jurisprudencia*. Traducido por Luis Díez-Picazo Ponce de León, Taurus, Madrid, 1964, p49ss. Más adelante, este mismo autor señala: *"Justificado que la jurisprudencia ha de ser concebida como una permanente discusión de problemas y que, por lo tanto, su estructura total ha de ser determinada desde el problema, buscando puntos de vista para su solución, resulta que sus conceptos y sus proposiciones tienen que estar ligados de modo especial con el problema"*, p133.

aproximadamente en 1950, implicó en Alemania un giro al análisis del problema concreto, con el consiguiente alejamiento de la preocupación por el sistema y el paso de la "aplicación" a la "concreción" de la ley a la realidad<sup>451</sup>. Como señala Mir, esta inclinación por el pensamiento-problema fue favorecida en Alemania por el contacto de la ciencia y de la práctica alemana con "el Derecho del caso", el mismo que es característico del pensamiento anglosajón y que fue favorecido por la época de la ocupación por los aliados en los años que siguieron a la Segunda Guerra Mundial<sup>452</sup>.

La ponderación permite optimizar o dar máxima efectividad a los derechos que se derivan de la dignidad, en los casos en los que estos entran en conflicto con otro valor o bien jurídico<sup>453</sup>, en cada caso concreto. En esta línea, por derechos fundamentales deberá entenderse principios o mandatos de optimización que, a diferencia de las reglas, no constituyen mandatos definitivos; sino normas susceptibles de un cumplimiento gradual, que disponen la realización de algo en la mayor medida posible. Por esta razón, mientras que un conflicto entre reglas se resuelve mediante el establecimiento de una relación de preferencia en favor de una de ellas y en perjuicio de la otra, de manera que siempre la solución al conflicto implicará la prevalencia de la misma regla; un conflicto entre principios se

---

<sup>451</sup> Respecto al pensamiento-problemático y al pensamiento-sistemático, cabe citar la precisión realizada por Larenz, para quien ambos tipos de pensamiento no requieren en modo alguno excluirse: *"Un nuevo problema que no puede ser resuelto en el marco del sistema conocido no debe, por ello, ser preterido, sino que requiere una modificación del sistema; así como, de otra parte, tal problema sólo puede considerarse satisfactoriamente resuelto cuando la solución ha sido integrada al sistema (modificado en caso necesario)"*. LARENZ, Karl. Metodología de la ciencia del derecho. Traducido por Marcelino Rodríguez Molinero, Ariel, Barcelona, 1994, p156.

<sup>452</sup> MIR PUIG. Introducción a las bases del Derecho Penal... op. cit., p281.

<sup>453</sup> Evidentemente, la ponderación también permite dar máxima efectividad a los derechos, en los casos en los que no existe conflicto alguno con otro valor o bien jurídico; en estos supuestos siempre se deberá optar por la máxima efectividad concebible de los derechos fundamentales. Ver: DÍEZ-PICAZO, Luis María. Sistema de derechos fundamentales, tercera edición, Civitas, Pamplona, 2008, p53-54.

resolverá en algunas ocasiones a favor de uno y en otras ocasiones a favor del otro, todo dependerá del test de ponderación que se haga en cada caso concreto<sup>454</sup>.

En la doctrina, Alexy –con la finalidad de proponer un modelo que ofrezca un criterio vinculado con la teoría de la argumentación jurídica racional<sup>455</sup>- ha propuesto la denominada “Ley de la ponderación”, según la cual: *“Cuanto mayor sea el grado de la falta de satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”*<sup>456</sup>; poniendo de manifiesto que *“(…) el peso de los principios no es determinable en sí mismo o de forma absoluta, sino que siempre puede hablarse tan sólo de pesos relativos”*<sup>457</sup>. En esta línea, al ponderar entre dos derechos se tendría que sopesar y evaluar las razones a favor de uno y a favor de otro, a fin de encontrar un punto de equilibrio que nos permita tomar una decisión en cada caso concreto<sup>458</sup>.

Lo expuesto ha significado que un sector de la doctrina manifieste su rechazo a la ley de la ponderación, argumentando un subjetivismo y relativismo que difícilmente puede hacerla servir como criterio de solución de conflictos en el ámbito jurídico.

---

<sup>454</sup> *“La ponderación consiste en identificar las circunstancias que deben concurrir para que un principio preceda a otro y fundamentar por qué en esas circunstancias es ese principio el de mayor peso. Ponderar significa, por tanto, establecer y fundamentar una relación de precedencia condicionada”*. ARROYO JIMÉNEZ, Luis. Ponderación, proporcionalidad y Derecho administrativo. En: ORTEGA, Luis y Susana DE LA SIERRA. Ponderación y Derecho administrativo, Marcial Pons, Madrid, 2009, p24.

<sup>455</sup> ALEXY. Teoría de los derechos fundamentales... op. cit., p144.

<sup>456</sup> Ibid., p138.

<sup>457</sup> Ibid., loc. cit.

<sup>458</sup> DÍEZ-PICAZO. Sistema de derechos fundamentales... op. cit., p54.

Las objeciones a la ponderación son resumidas (pero no compartidas) por Bernal en 3 puntos<sup>459</sup>:

- a) La indeterminación de la ponderación: Se critica a la ponderación por carecer de una estructura jurídica precisa que permita establecer criterios objetivos y vinculantes que puedan ser utilizados para todos los casos en los que tengan que ponderarse dichos principios, lo que permite al juez resolver cada conflicto de forma distinta y sobre la base de sus apreciaciones subjetivas. En esta línea, y en abierta crítica a la ponderación propuesta por Alexy, Habermas señala: "*(...) los valores han de ser puestos de caso a caso en un relación u orden transitivo con los demás valores. Y porque para ello faltan criterios racionales, la ponderación o sopesamiento de valores se efectúa, o bien de forma discrecional o arbitraria, o bien de forma no reflexiva, es decir, conforme a estándares o jerarquías a los que se está acostumbrado*", agregando en nota al pie "*Como los llamados bienes jurídicos carecen de unidades de medida unívocamente aplicables, tampoco es de mucha utilidad el tipo de ponderación que en términos de un modelo economicista de fundamentación ha propuesto R. Alexy (...)*"<sup>460</sup>.
- b) La inconmensurabilidad de la ponderación: En la medida en que los principios no ostentan un peso establecido ni una organización jerárquica que nos permita establecer cuál o cuáles tienen mayor peso, la ponderación resultará irracional, por pretender comparar

---

<sup>459</sup> Un resumen respecto a las críticas sobre la ponderación, en: BERNAL PULIDO, Carlos. La racionalidad de la ponderación. En: CARBONELL, Miguel y Pedro GRÁNDEZ CASTRO (coord.) El principio de proporcionalidad en el derecho contemporáneo, Palestra, Lima, 2010, p38-40.

<sup>460</sup> HABERMAS, Jürgen. Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derechos en términos de teoría del discurso. Traducido por Manuel Jiménez Redondo, cuarta edición, Trotta, Valladolid, 1998, p332, nota al pie 33.

dos magnitudes que no son en sí mismas comparables. En esta línea crítica, Jiménez señala *"El enjuiciamiento de la ley, en suma, no perdería gran cosa, y ganaría alguna certeza, si se invocara menos -o se excluyera, sin más- el principio de proporcionalidad como canon genérico de la ley, esto es, al margen de lo que exige el principio constitucional de igualdad. Juzgar la proporcionalidad de una medida legal es sólo, con frecuencia, comparar, sopesar o ponderar «pérdidas» y «ganancias» que, en lo jurídico, no son racionalmente mensurables de lege ferenda y que apenas dejan margen -esto es lo que importa- a la argumentación y contraargumentación según criterios dotados de alguna objetividad"*<sup>461</sup>.

- c) La imposibilidad de predecir los resultados de la ponderación: Se critica a la ponderación que todos sus resultados dependan de cada caso concreto y nunca de criterios objetivos generales, lo que la convierte en irracional por siempre hacer depender la decisión de las circunstancias de cada caso concreto.

En resumen, y vinculando las 3 objeciones, se critica que *"La imposibilidad de predecir los resultados de ponderación se debería a su falta de precisión conceptual y el factor principal que determinaría esta falta de precisión conceptual sería la inexistencia de una medida común que posibilitara determinar el peso de los principios relevantes de cada caso concreto"*<sup>462</sup>.

---

<sup>461</sup> JIMÉNEZ CAMPO, Javier. Derechos fundamentales. Concepto y garantías, Trotta, Valladolid, 1999, p80.

<sup>462</sup> BERNAL PULIDO. La racionalidad de la ponderación... op. cit., p40.

Respecto a estas críticas, cabe mencionar que el reconocimiento de la discrecionalidad de parte del juzgador o, incluso de parte del mismo legislador, no es contrario a un modelo de estado constitucional moderno, ni puede servir como fundamento para rechazar la tesis de la ponderación. Así pues, la misma Constitución establece un marco dentro del cual el legislador, discrecionalmente, puede o no actuar; sea ya para la fijación de fines, para la elección de medios; y/o, para la ponderación<sup>463</sup>; siendo imposible, contrario a la esencia humana, e incluso irracional, pretender alcanzar una perfecta objetividad que no deje ningún aspecto a la discrecionalidad del legislador o del juzgador: *"Una objetividad en un sentido pleno no es posible ni deseable. Ella sólo podría alcanzarse en un sistema jurídico ideal, cuyas disposiciones determinarían por el completo (sic) el contenido de los principios y prescribieran explícitamente lo que la Constitución ordena, prohíbe o permite para cada caso posible"*<sup>464</sup>. Esto mismo fue establecido por Kelsen en la Teoría pura del Derecho, donde atribuyó a la norma fundamental el papel de una hipótesis básica que debía ser interpretada para su aplicación<sup>465</sup>; considerando ilusoria la idea de concebir a *"El Derecho como un orden fijo que determinaría de manera inequívoca la conducta de los hombres y, en particular, la de*

---

<sup>463</sup> Estos son los 3 márgenes de acción estructural que Alexy señala son parte del orden marco en el que se regulan los principios, entendiendo por margen de acción estructural aquello que, en razón de los límites, la Constitución ordena y prohíbe definitivamente; y distinguiéndolo del margen de acción epistémico o cognitivo, que es el que se confía a la discrecionalidad legislativa: *"Un margen de acción epistémico no deriva de los límites de lo que la Constitución ordena o prohíbe, sino de los límites de la capacidad para reconocer lo que la Constitución, por una parte, ordena y prohíbe, y por otra, lo que no ordena ni prohíbe, es decir, lo que confía a la discrecionalidad del legislador"*. ALEXY. Teoría de los derechos fundamentales... op. cit., p519, 520-524.

<sup>464</sup> BERNAL PULIDO, Carlos. Estudio introductorio. En: Ibid., pXLVI.

<sup>465</sup> KELSEN, Hans. Teoría pura del derecho. Introducción a la ciencia del derecho. Traducido por Moisés Nilve (Théorie pure du droit. Introduction a la science du droit. Editions de la Baconnière, Neuchâtel, 1953), vigésimo primera edición, Eudeba, Buenos Aires, 1985, p163ss (Capítulo X. La interpretación).

*los tribunales y la de los otros órganos encargados de aplicarlo (...)*<sup>466</sup>.

Además de lo expuesto, cabe tomar en cuenta que las disposiciones jurídicas que establecen principios (léase, derechos fundamentales que tienen como presupuesto a la dignidad) generalmente son indeterminadas, siendo imposible prever ex ante la regulación de los diversos casos de conflicto que podrían concurrir en la realidad; por ello, resulta imposible predecir los resultados de la ponderación, ni mucho menos, los casos en los que la misma se requerirá efectuar. De esa manera, la necesidad de recurrir a la apreciación subjetiva del juez no se deriva de los problemas que presenta la ponderación, sino de la indeterminación normativa que caracteriza a nuestra norma fundamental<sup>467</sup>. En otras palabras, las dificultades que se presentan en la ponderación de principios no se derivan de su falta de precisión conceptual, ni de la inexistencia de una medida común que determine el peso de cada principio; sino más bien de las características propias de la norma fundamental y de las normas que integran cualquier ordenamiento jurídico, las que a su vez se deben a la dinamicidad que caracteriza el entorno social en el que el ser humano se desenvuelve y dentro del que busca alcanzar su autorrealización personal; aspectos que, *per se*, impiden al legislador regular sin dejar un margen para la arbitrariedad, pero que exigen como mismo criterio general para la solución de conflictos, el uso de la ponderación. En esta línea, Alexy señala "*(...) de acuerdo con la ley de la colisión, sobre la base de la decisión que se adopta mediante la*

---

<sup>466</sup> Kelsen considera ilusoria la seguridad jurídica expresa en términos de objetividad inequívoca, agregando "*Esta idea es, sin embargo, ilusoria y la Teoría pura del derecho, que solo se dedica a la búsqueda de la verdad, se ve obligada a destruir esta ilusión a pesar de los efectos muy útiles que pueda tener en el ámbito de la política*". Ibid., p171 (Capítulo X. La interpretación. Punto 6. La ilusoria seguridad jurídica).

<sup>467</sup> BERNAL PULIDO. La racionalidad de la ponderación... op. cit., p41-42.

*ponderación, siempre es posible formular una regla. Como consecuencia, la ponderación en el caso concreto y la universalidad no son incompatibles*<sup>468</sup>.

Ejemplos de la necesidad que tiene el juzgador de recurrir a criterios interpretativos no objetivos, son las cláusulas abiertas reguladas en las Constituciones peruana, brasilera y española, con las que el legislador constitucional buscó dejar establecido que el catálogo de valores que proporciona la norma fundamental no es cerrado, dando lugar a la interpretación de las mismas por parte del legislador ordinario y del juzgador. Estas cláusulas están reguladas en los siguientes dispositivos: artículo 3 de la Constitución peruana: *"La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno"*; parágrafo § 2º del artículo 5 de la Constitución Brasileira: *"Los derechos y garantías expresados en esta Constitución no excluyen otros derivados del régimen y de los principios por ella adoptados, o de los tratados internacionales en que la República Federativa de Brasil sea parte"*<sup>469</sup>; y, artículo 10.2 de la Constitución Española: *"Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España"*. De una simple lectura de estas normas, resulta evidente la labor

---

<sup>468</sup> ALEXEY. Teoría de los derechos fundamentales... op. cit., p144.

<sup>469</sup> Traducción libre del siguiente texto: *"Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte"*.

interpretativa que se requerirá en cada caso concreto, quedando demostrado que es utópica la idea de una norma fundamental que no requiera, para ningún caso, de la labor interpretativa de quien aplica el Derecho (a través de la ponderación en caso de conflicto entre derechos), o de la labor interpretativa de quien crea restricciones o límites para el ejercicio de los mismos (con la finalidad de evitar futuros conflictos entre derechos).

Dar por superadas las críticas establecidas contra el uso de la ponderación (y, con ello, contra el principio de proporcionalidad) como criterio para resolver conflictos entre derechos, resulta fundamental para la solución de los casos que se tratarán en el último capítulo del presente trabajo; dado que, todo esfuerzo hecho en torno a la delimitación de la dignidad como fundamento de la autodeterminación y la autorrealización del individuo, únicamente tiene sentido en la medida en que nos permita solucionar los supuestos tópicos (conflictos entre derechos) que no encuentran respuesta en una mera lectura de las normas establecidas en el texto constitucional.

Ahora bien, el hecho de que la objetividad perfecta devenga en utópica, no significa que el test de ponderación no pueda aspirar a conseguirla<sup>470</sup>, para lo que se deberá tomar en cuenta ciertas exigencias orientadas a reducir al máximo el subjetivismo inherente a la misma y a cualquier otro procedimiento de solución de conflictos.

---

<sup>470</sup> BERNAL PULIDO. La racionalidad de la ponderación... op. cit., p42-43. En similar línea, y luego de analizar la diversidad de resultados que pueden presentarse en torno a la ponderación, Borowski la considerada como el mejor procedimiento decisorio de preguntas normativas; ver: BOROWSKI, Martin. La restricción de los derechos fundamentales. En: Revista Española de Derecho Constitucional, Año 20, número 59, mayo-agosto 2000, p46.

Así, para Alexy<sup>471</sup>, la ley de ponderación (o también entendida como proporcionalidad en sentido estricto) muestra que la ponderación puede ser dividida en 3 pasos: definiendo el grado de la no satisfacción o afectación de uno de los principios, definiendo la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario; y, definiendo si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro; todo ello, sin olvidar que la selección de medios en torno a la afectación o no satisfacción de un principio, debe respetar los subprincipios de idoneidad<sup>472</sup> y de necesidad<sup>473</sup> que se derivan del principio de proporcionalidad<sup>474</sup>.

La proporcionalidad se sustenta en la ponderación o contrapeso de los intereses en conflicto para la toma de decisión orientada a dar solución al problema, siendo necesario que dicha solución se encuentre plenamente motivada y que sea acorde con los fines que se persiguen con su imposición. En otras palabras, frente a un conflicto entre diversos intereses deberá recurrirse a la "(...) *proporcionalidad como un justo equilibrio entre la "salvaguarda del*

---

<sup>471</sup> ALEXY. Teoría de los derechos fundamentales... op. cit., p523ss.

<sup>472</sup> "Una restricción de un derecho fundamental (medio) es adecuada (idónea) cuando realmente ayude a la consecución del fin que persigue: la protección de otro bien o derecho constitucionalmente garantizado". NARANJO DE LA CRUZ, Rafael. Capítulo XVII. El sistema de derechos constitucionales y sus garantías. En: AGUDO ZAMORA, Miguel y otros. Manual de Derecho constitucional, segunda edición, Tecnos, Madrid, 2011, p435.

<sup>473</sup> La necesidad exige que entre dos medios igualmente idóneos, se elija el que resulte más benigno con el derecho fundamental afectado, de manera que se prohíba la realización de sacrificios innecesarios para los derechos fundamentales. ALEXY. Teoría de los derechos fundamentales... op. cit., p525-526.

<sup>474</sup> En realidad la ponderación se encuentra intrínsecamente vinculada con la teoría de los principios, por ser equivalente a la proporcionalidad en sentido estricto: "El subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, es decir, el mandato de la ponderación, se sigue de la relativización con respecto a las posibilidades jurídicas. Si una norma de derecho fundamental con carácter de principio entra en colisión con un principio contrapuesto, entonces las posibilidades jurídicas para la realización de la norma de derecho fundamental dependen del principio contrapuesto. Para llegar a una decisión, es indispensable llevar a cabo una ponderación, en el sentido de la ley de colisión". Ibid., p92.

*interés general de la comunidad y el respeto de los derechos fundamentales del hombre*”<sup>475</sup>; de manera que, mientras más importante sea el valor o bien jurídico limitado, mayor debe ser el beneficio que se obtenga para el valor o bien que a él se opone; y, mientras más importante sea la manifestación limitada del derecho fundamental, más importante deben ser los bienes o derechos que a él se oponen<sup>476</sup>.

La ponderación será realizada en cada caso concreto<sup>477</sup> y la respuesta a la que se arribe únicamente podrá vincular a casos idénticos o análogos al resuelto, de manera que, lo resuelto en un caso respecto a un valor o bien jurídico (principio o mandato de optimización) nunca lo colocará en una posición jerárquica superior en el ordenamiento jurídico; por lo que puede decirse que la prioridad que se otorgue a un bien jurídico a partir de la ponderación, siempre se encontrará condicionada a las circunstancias especiales del caso concreto<sup>478</sup>.

En esta misma línea se ha pronunciado el Tribunal Constitucional Español mediante sentencia emitida el 28 de noviembre de 1994, en la que señaló: *"La solución consistirá en otorgar la preferencia de su respeto a uno de ellos, justamente aquel que lo merezca, tanto por*

---

<sup>475</sup> AGUADO CORREA. El Principio de Proporcionalidad en Derecho Penal... op. cit., p62.

<sup>476</sup> NARANJO DE LA CRUZ. Capítulo XVII. El sistema de derechos constitucionales y sus garantías... op. cit., p435.

<sup>477</sup> Un estudio detallado sobre las pautas (reglas) que pueden ser tomadas en cuenta para la mejor ponderación de derechos fundamentales, en: BERNAL PULIDO, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, tercera edición, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, p630ss.

<sup>478</sup> Ibid., p798. En igual línea, Moreso señala "(...) en los casos concretos, los principios tienen diferente peso y el conflicto ha de resolverse según la dimensión de peso y no según la dimensión de validez". MORESO, José Juan. Alexy y la aritmética de la ponderación. En: GARCÍA MANRIQUE, Ricardo (editor). Robert Alexy. Derechos sociales y ponderación, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2007, p226.

*su propia naturaleza, como por las circunstancias concurrentes en su ejercicio. No se trata, sin embargo, de establecer jerarquías de derechos ni prevalencias a priori, sino de conjugar, desde la situación jurídica creada, ambos derechos o libertades, ponderando, pesando cada uno de ellos, en su eficacia recíproca, para terminar decidiendo y dar preeminencia al que se ajuste más al sentido y finalidad que la Constitución señala, explícita o implícitamente. Esta ponderación o balance de derechos es la que, por supuesto, ha de hacer el Juez penal*<sup>479</sup>. Asimismo, ha reconocido expresamente los subprincipios del principio de proporcionalidad, al señalar: "(...) conviene recordar los requisitos que conforman nuestra doctrina sobre la proporcionalidad, los cuales pueden resumirse en los siguientes: que la medida limitativa del derecho fundamental esté prevista por la Ley, que sea adoptada mediante resolución judicial especialmente motivada, y que sea idónea, necesaria y proporcionada en relación con un fin constitucionalmente legítimo. (...) E) Principio de proporcionalidad: (...) En este sentido, hemos destacado (SSTC 66/1995 [RTC 1995\66] y 55/1996 [RTC 1996\55]) que, para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres siguientes requisitos o condiciones: «si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad) ; y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el

---

<sup>479</sup> Resolución emitida el 28 de noviembre de 1994 por la Primera Sala del Tribunal Constitucional Español (RTC 1994/320), fundamento jurídico 2.

*interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)”<sup>480</sup>.*

El Tribunal Constitucional peruano, con ocasión de la acción de inconstitucionalidad planteada contra el artículo 173.3 del Código Penal, que prohibía tener relaciones sexuales consentidas con menores de 14 a 18 años, en la sentencia del 12 de diciembre de 2012, también otorga valor a los subprincipios del principio de proporcionalidad, efectuando un análisis del artículo cuestionado sobre la base de la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto de la medida<sup>481</sup>; el mismo examen es realizado en la sentencia del 15 de diciembre de 2006, emitida con ocasión de la acción de inconstitucionalidad planteada contra determinadas normas del Decreto Legislativo N° 961 - Código de Justicia Militar Policial<sup>482</sup>.

Este análisis en torno a la proporcionalidad, también ha sido aplicado por el Supremo Tribunal Federal de Brasil, el que, en recurso

---

<sup>480</sup> Resolución emitida el 16 de diciembre de 1996 por la Primera Sala del Tribunal Constitucional Español (RTC 1996/207), fundamento jurídico 6. En igual línea se encuentra la sentencia emitida el 28 de marzo de 1996, en la que se establece: *"el control constitucional acerca de la existencia o no de medidas alternativas menos gravosas pero de la misma eficacia que la analizada, tiene un alcance y una intensidad muy limitadas, ya que se ciñe a comprobar si se ha producido un sacrificio patentemente innecesario de derechos que la Constitución garantiza"*, resolución emitida el 28 de marzo de 1996 por el Pleno del Tribunal Constitucional Español (RTC 1996/55), fundamento jurídico 8.

<sup>481</sup> Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional Peruano el 12 de diciembre de 2012 (Expediente N° 8-2012-PI/TC), con ocasión de la Acción de Inconstitucionalidad planteada por 10,609 ciudadanos contra el artículo 173.3 del Código Penal.

<sup>482</sup> Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional Peruano el 15 de diciembre de 2006 (Expediente N° 12-2006-PI/TC), con ocasión de la Acción de Inconstitucionalidad planteada por la Decana del Colegio de Abogados de Lima contra determinadas normas del Decreto Legislativo N° 961, Código de Justicia Militar Policial, fundamentos jurídicos 105ss. Para un mayor desarrollo sobre el tratamiento otorgado en el Derecho peruano al principio de proporcionalidad, ver: AGUADO CORREA, Teresa. El principio de proporcionalidad en el Derecho Penal peruano. En: CARBONELL, Miguel y Pedro GRÁNDEZ CASTRO (coordinadores) El principio de proporcionalidad en el derecho contemporáneo, Palestra, Lima, 2010, p257-296; GRÁNDEZ CASTRO, Pedro. El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del TC peruano. En: CARBONELL / GRÁNDEZ (coordinadores.) El principio de proporcionalidad en el derecho contemporáneo... op. cit., p337-376.

extraordinario de repercusión general, con ocasión de la llamada "cuota de pantalla", consistente en la obligatoria exhibición de películas nacionales en los cines brasileños por un determinado tiempo, analiza la constitucionalidad de dicha medida en torno a los alcances del principio de proporcionalidad<sup>483</sup>. De igual manera, con ocasión de la medida cautelar en la acción directa de inconstitucionalidad planteada contra el §1 del artículo 28 de la Ley General de la Copa (Ley N° 12.663 del 5 de junio de 2012)<sup>484</sup>, el Supremo Tribunal Federal de Brasil efectuó un juicio de ponderación entre la libertad de expresión y la seguridad de los participantes en los eventos deportivos<sup>485</sup>, afirmando el ministro Gilmar Mendes lo siguiente: *"En resumen, la aplicación del principio de proporcionalidad se da cuando, verificada la restricción a un determinado derecho fundamental, o verificado un conflicto entre distintos principios constitucionales, se requiere que se establezca el peso relativo de cada uno de los derechos por medio de la aplicación de las máximas que integran el mencionado principio de proporcionalidad.// Tal como se sustentó en un estudio sobre la proporcionalidad en la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal, ha de requerirse que, en caso de conflicto entre dos bienes constitucionales contrapuestos, el acto impugnado figure como adecuado (idóneo), esto es, apto para producir el resultado deseado; necesario; esto es, insustituible por otro medio menos gravoso e*

---

<sup>483</sup> RE 627432 RG (Repercussão geral no recurso extraordinário), Relator Ministro Dias Toffoli, julgamento em 06/03/2014, Publicação: Dje-056, 21/03/2014 (sinopsis). En: «<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE+627432+RG%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/jjeu63s>», fecha de consulta: 16 de febrero del 2017.

<sup>484</sup> Esta norma fue emitida antes de la realización de la Copa de Mundo FIFA Brasil 2014.

<sup>485</sup> ADI 5136 MC, Relator Gilmar Mendes, julgamento em 01/07/2014, Tribunal Pleno, Publicação: Dje-213, 30/10/2014. En: «<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI+5136+MC+RELA TOR+GILMAR+MENDES%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/z4ngw6k>», fecha de consulta: 16 de febrero del 2017.

*igualmente eficaz; y proporcional en sentido estricto, es decir, se establece una relación ponderada entre el grado de restricción de un principio y el grado de realización del principio contrapuesto”<sup>486</sup>.*

### **1.6.2. Restricción normativa de derechos**

Por otro lado, además de un conflicto entre dos o más derechos, también puede ocurrir que un derecho fundamental se encuentre regulado atendiendo a ciertos límites para su ejercicio, es decir, se encuentre restringido por normas emitidas por el legislador<sup>487</sup>. Al respecto, se debe recordar que los derechos susceptibles de ser tutelados como bienes jurídico penales se caracterizan por su heterogeneidad, lo que implica el reconocimiento de *"(...) derechos cuya protección no puede ser atribuida sin restringir o suprimir la protección de otros"*<sup>488</sup>. Por esta razón, y en la medida en que es frecuente que la protección y el ejercicio de un derecho supongan hacer inoperante a otro, es que no cabe referirse a la existencia de derechos absolutos, sino únicamente a la existencia de derechos relativos respecto de los que es susceptible la imposición de límites: *"(...) se debe hablar de derechos fundamentales no absolutos sino*

---

<sup>486</sup> Traducción libre del siguiente texto: *"Em síntese, a aplicação do princípio da proporcionalidade se dá quando verificada restrição a determinado direito fundamental ou um conflito entre distintos princípios constitucionais de modo a exigir que se estabeleça o peso relativo de cada um dos direitos por meio da aplicação das máximas que integram o mencionado princípio da proporcionalidade. // Tal como já sustentei em estudo sobre a proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, há de perquirir-se, se em face do conflito entre dois bens constitucionais contrapostos, o ato impugnado afigura-se adequado, isto é, apto para produzir o resultado desejado; necessário, isto é, insubstituível por outro meio menos gravoso e igualmente eficaz; e proporcional em sentido estricto, ou seja, se estabelece uma relação ponderada entre o grau de restrição de um princípio e o grau de realização do princípio contraposto"*

<sup>487</sup> *"Los derechos limitables presuponen dos términos jurídicos diferentes. El primer término es el derecho prima facie o derecho no limitado, el segundo la restricción de ese derecho. Como resultado de la restricción se obtiene el derecho definitivo o limitado", "La restricción de un derecho es una disminución o una reducción del derecho". BOROWSKI. La restricción de los derechos fundamentales... op. cit., p31 y p32.*

<sup>488</sup> BOBBIO, Norberto. El tiempo de los derechos, Sistema, Madrid, 1991, p80.

*relativos, en el sentido de que su tutela encuentra en un cierto punto un límite insuperable en la tutela de un derecho también fundamental pero concurrente. Y puesto que es difícil establecer y siempre es materia opinable cuál es el punto en que uno termina y comienza el otro, la delimitación del ámbito de un derecho fundamental del hombre es extremadamente variable y no puede ser de una vez para siempre establecida*<sup>489</sup>.

Dentro de los derechos fundamentales recogidos en el texto constitucional (los que en muchos casos son protegidos como bienes jurídico penales) se pueden distinguir ciertos derechos en los que el legislador no hace referencia a norma alguna que complemente o limite su regulación, este es el caso del derecho a la igualdad regulado en el artículo 14 de la Constitución Española<sup>490</sup>, en el artículo 5.1 de la Constitución Brasileira<sup>491</sup> y en el artículo 2.2 de la Constitución Peruana<sup>492</sup>; mientras que, también, se pueden distinguir ciertos derechos en los que el legislador constitucional sí hace expresa referencia a alguna norma que complemente o limite su

---

<sup>489</sup> Ibid., loc. cit. Un claro ejemplo de conflicto entre derechos es el desarrollado entre el honor y la libertad de expresión, el que es resuelto tomando en cuenta criterios cuyo contenido material es aplicable y revisable en cada caso concreto. Por todos, ver: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. Honor y Libertad de Expresión. Las causas de justificación en los delitos contra el honor, Tecnos, Madrid, 1987, p81ss.

<sup>490</sup> **Artículo 14 de la Constitución Española de 1978.**- *"Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social."*

<sup>491</sup> **Artículo 5. de la Constitución de la República Federativa del Brasil de 1988.**- *"Todos son iguales ante la ley, sin distinción de cualquier naturaleza, garantizándose a los brasileros y a los extranjeros residentes en el País la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la propiedad, en los siguientes términos: I. El hombre y la mujer son iguales en derechos y obligaciones, en los términos de esta Constitución; (...)"*. Traducción libre del siguiente texto: *"Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I. homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; (...)"*

<sup>492</sup> **Artículo 2.2 de la Constitución Política del Perú de 1993.**- *"Toda persona tiene derecho: 2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole"*.

regulación (la que puede ser otra norma constitucional o una norma ordinaria)<sup>493</sup>, este es el caso del artículo 17.1 de la Constitución Española que regula el derecho a la libertad y a la seguridad<sup>494</sup>, o del artículo 5.XII de la Constitución Brasileira que regula el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones<sup>495</sup>, o del artículo 2.9 de la Constitución peruana que regula el derecho a la inviolabilidad del domicilio<sup>496</sup>.

En función a esta distinción, se puede establecer también dos tipos de límites para el ejercicio de un derecho fundamental<sup>497</sup>: a) Los límites intrínsecos o inmanentes, que se pueden "(...) *deducir directamente de la propia naturaleza y configuración del derecho en*

---

<sup>493</sup> Lo que en Alemania es reconocido expresamente como reserva o habilitación de limitación legal. Al respecto, ver: BACIGALUPO, Mariano. La aplicación de la doctrina de los «límites inmanentes» a los derechos fundamentales sometidos a reserva de limitación legal (a propósito de la sentencia del Tribunal Administrativo Federal alemán de 18 de octubre de 1990). En: Revista Española de Derecho Constitucional, Año 13, número 38, mayo-agosto 1993, p299.

<sup>494</sup> **Artículo 17.1 de la Constitución Española de 1978.-** "Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley". El resaltado es propio.

<sup>495</sup> **Artículo 5. de la Constitución de la República Federativa del Brasil de 1988.-** "Todos son iguales ante la ley, sin distinción de cualquier naturaleza, garantizándose a los brasileros y a los extranjeros residentes en el País la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la propiedad, en los siguientes términos: (...) XII. "Es inviolable el secreto de la correspondencia y de las comunicaciones telegráficas, de las informaciones y de las comunicaciones telefónicas, salvo, en último caso, por orden judicial, en las hipótesis y en la forma que la ley establezca para fines de investigación criminal o instrucción procesal penal; (...)". Traducción libre del siguiente texto: "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XII. é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal; (...)". El resaltado es propio.

<sup>496</sup> **Artículo 2.9 de la Constitución Política del Perú de 1993.-** "Toda persona tiene derecho: 9. A la inviolabilidad del domicilio. Nadie puede ingresar en él ni efectuar investigaciones o registros sin autorización de la persona que lo habita o sin mandato judicial, salvo flagrante delito o muy grave peligro de su perpetración. Las excepciones por motivos de sanidad o de grave riesgo son reguladas por la ley".

<sup>497</sup> CÁMARA VILLAR, Gregorio. Capítulo XVI: El sistema de los derechos y las libertades fundamentales en la Constitución española. En: BALAGUER CALLEJÓN, Francisco (coord.) Manual de Derecho Constitucional, volumen II, quinta edición, Tecnos, Madrid, 2010, p65-66.

*orden a la función social para la que ha sido reconocido y garantizado*<sup>498</sup>; y, b) Los extrínsecos, que son establecidos y plasmados en normas por el legislador dentro del ordenamiento jurídico, y respecto de los que un derecho sólo podrá ser limitado en tanto dicha restricción se encuentre legitimada a la luz de la protección de otro derecho fundamental y conforme con los requisitos establecidos por el principio de proporcionalidad<sup>499</sup>.

En esta línea, en los casos de los derechos reconocidos en el texto constitucional, en los que el legislador no haya hecho referencia a norma alguna que limite o complemente su ejercicio, se aplicarán los límites inmanentes correspondientes a cada derecho (recuérdese que ningún derecho es absoluto), siendo de utilidad en la interpretación de dichos límites, el principio de unidad en el ordenamiento jurídico, que "(...) *exige interpretar las distintas disposiciones constitucionales como integrantes de un sistema, de una unidad, de una realidad "esencialmente homogénea, o al menos con principios conciliables*"<sup>500</sup>. En estos casos, recogiendo lo señalado por el Tribunal Constitucional Federal Alemán, el límite inmanente a los derechos es el conceptualizado a través del principio de concordancia práctica. Para este supremo tribunal, la aplicación de límites en estos casos no tiene que esperar a la existencia de un conflicto con otros derechos fundamentales, valores o bienes de terceros; en tanto dicho conflicto siempre supondría efectuar un análisis de ponderación que normalmente conllevaría a la prevalencia de un bien respecto de otro;

---

<sup>498</sup> Ibid., p65.

<sup>499</sup> HESSSE, Conrado. Cap. III. Significado de los derechos fundamentales. En: BENDA, Ernesto y otros. Manual de Derecho constitucional. Traducido por Antonio LÓPEZ PINA, Marcial Pons, Madrid, 1996, p110.

<sup>500</sup> CASTILLO CÓRDOVA, Luis. Hacia una reformulación del principio de proporcionalidad. En: CARBONELL / GRÁNDEZ (coordinadores.) El principio de proporcionalidad en el derecho contemporáneo... op. cit., p312.

lo que debe buscarse a la luz del principio de concordancia práctica no es la ponderación, sino "(...) *asegurar un equilibrio entre los derechos o bienes en conflicto que permita, dentro de lo posible, optimizar su respectivo ejercicio. Sólo de no ser ello factible en razón de la naturaleza de las cosas deberá ser una ponderación entre ellos la que determine qué bien o derecho debe indefectiblemente prevalecer y cuál, indefectiblemente también, retroceder*"<sup>501</sup>. Por su parte, la doctrina española ha reconocido en estos casos la denominada "doctrina de los límites inmanentes", según la cual, todo derecho fundamental queda limitado por la necesidad de hacerlo compatible con los demás derechos y bienes jurídicos protegidos por la Constitución; de manera que, independientemente de que la Constitución prevea o no la posibilidad de restricción legislativa para determinado derecho, la misma debe plantearse como "(...) *la búsqueda de una solución a la colisión entre derechos y bienes jurídicos de rango constitucional y, por tanto, como un ejercicio de ponderación*"<sup>502</sup>.

Por otro lado, en los casos de los derechos reconocidos en el texto constitucional, en los que el legislador ha hecho referencia a una norma a efectos de que limite o complemente su ejercicio, los límites que deberán aplicarse son el principio de proporcionalidad y la garantía del contenido esencial del derecho, los que incluso han sido denominados por la jurisprudencia alemana como los "*límites de los límites en el momento legislativo*"<sup>503</sup>. Respecto a la proporcionalidad, debe tomarse en cuenta lo señalado en el apartado precedente del presente trabajo, incluyendo como parte de su criterio limitador a los

---

<sup>501</sup> BACIGALUPO. La aplicación de la doctrina de los «límites inmanentes»... op. cit., p306.

<sup>502</sup> DÍEZ-PICAZO. Sistema de derechos fundamentales... op. cit., p125.

<sup>503</sup> Al respecto, ver: BACIGALUPO. La aplicación de la doctrina de los «límites inmanentes»... op. cit., p300ss.

3 subprincipios que encierra (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto)<sup>504</sup>; mientras que respecto a la garantía del contenido esencial del derecho afectado, cabe mencionar que la misma -en tanto límite- resulta de aplicación para evitar que la disposición normativa que se imponga afecte el núcleo esencial del derecho; quedando reducida "(...) a un mero filtro subsidiario y accesorio del principio de proporcionalidad"<sup>505</sup>.

En esta línea, la posibilidad de que el legislador restrinja un derecho fundamental, no implica que dicha tarea sea realizada sin ningún tipo de límite, debiendo atenerse a los límites señalados en los párrafos previos y siendo de aplicación todo lo analizado respecto al test de ponderación utilizado para los casos de conflictos presentados, en un caso concreto, entre dos bienes jurídico penales que recogen derechos establecidos en la norma fundante. Recuérdese que cualquier límite o restricción de derechos que el legislador pretenda imponer no podrá justificarse en la ética propia del mismo, siendo que únicamente se legitimará en la medida en que sea el medio idóneo, necesario y proporcional para viabilizar la autorrealización de todas las personas en su entorno social. En tal sentido, en mi opinión, no serán válidos los límites que, en lugar de atender a la autorrealización del individuo conforme con su ética personal; vulneren sus posibilidades de autodeterminación y pretendan imponer

---

<sup>504</sup> En esta misma línea, vinculando el principio de proporcionalidad al establecimiento de limitaciones normativas a los derechos, Cámara señala: "*El principio de proporcionalidad se proyecta sobre el establecimiento de limitaciones a los derechos en una triple dimensión: a) las limitaciones que se establezcan en relación con cualquier derecho no pueden obstruirlo más allá de lo razonable (...); b) las medida limitadoras han de ser racionales, adecuadas y razonables en orden a la consecución del fin perseguido que ha de estar constitucionalmente amparado (...), y c) la restricción resultante del derecho ha de ser proporcional a la situación en que se halle a quien se impone, incluso en los casos en los que los sujetos titulares de los derechos en cuestión se encuentren en una situación de las llamadas de sujeción especial (...)*". CÁMARA VILLAR. Capítulo XVI... op. cit., p67.

<sup>505</sup> BACIGALUPO. La aplicación de la doctrina de los «límites inmanentes»... op. cit., p124-125.

cierta "ética social" o cierta ética considerada por el legislador como "moralmente correcta"<sup>506</sup>.

### **1.6.3. Pautas a tomar en cuenta para la ponderación**

En resumen, para resolver un conflicto entre dos derechos o bienes jurídico penales, se propone tomar en cuenta lo siguiente:

- ✓ El análisis debe hacerse en el caso concreto y tomando en cuenta las circunstancias específicas que lo rodean.
- ✓ Debe establecerse con claridad cuál es el conflicto que se genera y cuáles son los bienes jurídicos comprometidos, recordando que la dignidad no es un bien jurídico en sí mismo protegido en un tipo penal autónomo, sino que únicamente puede ser ponderada en la medida en que se encuentra vinculada con un valor o derecho reconocido en el ordenamiento jurídico.
- ✓ La solución del conflicto siempre debe hacerse a través de la medida más idónea o adecuada para lograr obtener el fin que se persigue con ella. Siempre debe buscarse la opción con la que no deba sacrificarse ningún bien jurídico; optando por el sacrificio de alguno únicamente en los casos en los que ésta sea la única vía posible para alcanzar el fin (idoneidad de la medida adoptada).
- ✓ Entre dos medios igualmente idóneos siempre debe optarse por el que resulte más benigno para el bien jurídico o derecho afectado, prohibiendo la realización de sacrificios innecesarios para el mismo (necesidad de la medida adoptada) y sacrificando el valor únicamente en los casos en los que ello sea imprescindible para la consecución del fin.

---

<sup>506</sup> Esta idea será desarrollada más adelante con ocasión del rechazo que se plantea a cualquier paternalismo estatal injustificado.

- ✓ Lo sacrificado nunca debe ser mayor que lo obtenido. Siguiendo la ley de la ponderación: mientras más importante sea el bien jurídico limitado, mayor debe ser el beneficio obtenido para el bien que a él se opone; y, mientras más importante sea la manifestación limitada del derecho fundamental, más importante debe ser el bien jurídico o derecho que a él se opone (proporcionalidad en sentido estricto).
- ✓ La ponderación no supone el total beneficio de un bien jurídico, a costa del total perjuicio del otro, ni tampoco la total limitación del ejercicio de un derecho; sino que, por el contrario, siempre debe buscar la optimización de los mismos, buscando, en caso de conflicto, el punto de equilibrio entre los bienes; o, en caso de la imposición de límites, la menor restricción al ejercicio de un derecho.
- ✓ La ponderación no debe olvidar que todos los derechos tienen como presupuesto la dignidad entendida en términos de autorrealización personal, y que ésta implica el respeto por la libre elección que el individuo pueda realizar en función a su ética personal. Esto implica que la prevalencia o no de un derecho únicamente se legitimará, en la medida en que pueda servir para la autorrealización del individuo, tomando en cuenta su ética personal y el hecho de que se desenvuelve en un entorno social.
- ✓ Cualquier ponderación que suponga la prevalencia de un valor o derecho que no coadyuve a la autorrealización del individuo, por no respetar su ética personal, no será legítima; sino contraria a la esencia de la dignidad.
- ✓ Cualquier ponderación que suponga la restricción o limitación de un valor o derecho, que no afecte en nada el entorno social (es decir, que no afecte otro valor o bien jurídico protegido, o que no dé lugar a conflicto alguno) y que únicamente se legitime en un

posible bienestar del individuo conforme con la ética del legislador y no conforme con la ética del propio sujeto (paternalismo injustificado), también será contraria a la autorrealización del individuo y, por tanto, contraria a la esencia de la dignidad.

## **2. Consentimiento y disponibilidad de bienes jurídicos en un Estado Social y Democrático de Derecho**

El reconocimiento de la autonomía de la voluntad como elemento fundamental para alcanzar la dignidad supone que el Estado tenga que -a través del Derecho- dejar y garantizar a todos los hombres "(...) *la libertad de pertenecerse y disponer de sí, de determinarse y proyectarse desde sí mismo; en suma, de producirse y «rematarse» en dignidad como «fin en sí mismo», cual un ente que aspira a ser lo que él es*<sup>507</sup>. En esta línea, el Derecho penal legitimaría su actuación en la medida en que proteja los bienes jurídicos indispensables para que el hombre pueda alcanzar por sí mismo su realización personal, debiendo limitar la producción de normas y la creación de instituciones a dicho objetivo. Esto conlleva a descartar el paternalismo en los casos en los que el individuo se encuentre plenamente capacitado para ejercer su autonomía y elegir las acciones u omisiones que considera necesarias para su autorrealización (vida digna), conforme con su ética personal.

Lo expuesto implica reconocer que el individuo capaz de autodeterminarse pueda disponer o no del bien jurídico penal protegido, encontrándose en su ámbito de decisión el consentir o no en su lesión o puesta en peligro; como por ejemplo ocurre en las lesiones en el deporte, en donde claramente el deportista consiente en el riesgo a una lesión en su integridad física. Este es el caso del

---

<sup>507</sup> MAIHOFER. Estado de Derecho y Dignidad Humana... op. cit., p63.

brasileño Ronaldo, quien se retiró a los 34 años lastrado por las lesiones<sup>508</sup> y de los basquetbolistas Brandon Roy (norteamericano) y Yao Ming (chino), quienes tuvieron que retirarse producto de lesiones en la rodilla que les imposibilitaron continuar jugando<sup>509</sup>.

Siendo ello así, y en la medida en que el libre desarrollo de los individuos implica *per se* que el Estado les reconozca a los mismos la capacidad de disponer de los bienes que le son otorgados para alcanzar su autorrealización (dignidad conforme con su ética propia), difícilmente podrá concebirse la existencia de un bien jurídico penal individual respecto del que el sujeto no pueda disponer libremente; sobre todo cuando el mismo cuente con plena capacidad para ejercer dicha autodeterminación y dada la estrecha vinculación existente entre dignidad y autonomía<sup>510</sup>.

Incluso, autores como Prat Westerlindh llevan a la libertad a su máxima expresión, negando la existencia de bienes jurídicos y afirmando que el único interés digno de protección en la esfera penal es la libertad, razón por la que no tendría sentido alguno distinguir en torno a la protección de diversos intereses, dado que en todos los tipos penales siempre se protegería la libertad<sup>511</sup>. Para este autor, "(...) *el Derecho penal no protege bienes ni intereses, sino la libertad humana, y para ello emplean los tipos penales en cuestión*"<sup>512</sup>, de manera que, cada vez que exista una lesión a la libertad humana, se deberá imponer una

---

<sup>508</sup> En: «<http://www.taringa.net/posts/deportes/13555891/Futbolistas-que-murieron-o-que-se-retiraron-en-el-2011.html>», fecha de consulta: 20 de febrero del 2013.

<sup>509</sup> En: «<http://www.spainsn.com/las-malditas-lesiones>», fecha de consulta: 20 de febrero del 2013.

<sup>510</sup> Esto siempre y cuando la disposición que el sujeto realice no entre en conflicto con ningún otro valor o bien jurídico, caso en el que se aplicarán las reglas de la ponderación.

<sup>511</sup> "No se castiga porque se ha ocasionado un daño o porque previsiblemente se ocasionará. Se sanciona penalmente una conducta porque lesiona el marco de convivencia ordenada que se determina por las normas penales, es decir, la libertad garantizada normativamente". PRAT WESTERLINDH, Carlos. El fin del derecho penal: la libertad. En: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo y José Miguel ZUGALDÍA ESPINAR (coordinadores). Dogmática y ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo, Tomo I, Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2004, p726.

<sup>512</sup> Ibid., p727.

sanción penal; así, el Derecho penal se dedicará a las razones por las que fue concebido *"asegurar la libertad individual y la consecuente dignidad del hombre y de sus decisiones"*<sup>513</sup>. Por ejemplo, para este autor, el tipo penal que sanciona al homicida no busca proteger el bien jurídico vida, sino más bien la libertad del ser humano de decidir que su muerte tenga lugar cuando él lo desee (acto supremo de libertad) o por causas naturales o producto de la fatalidad no humana; en esta línea, el auxilio o la inducción al suicidio con pleno consentimiento de la víctima no tendrían por qué ser penalizados, al no verse afectada la libertad de la persona.

Si bien la propuesta de Prat Westerlindh reivindica la importancia de la libertad para la autorrealización de la persona<sup>514</sup>, considero que no es del todo acertada, en tanto la libertad en sí misma considerada no podrá explicar o legitimar los supuestos de incapaces, disminuidos síquicos, menores de edad o, en general, los casos de personas que no se encuentran capacitadas para ejercer plenamente su libertad: ¿podría haber lesión de una libertad que el sujeto no se encuentra en condiciones de ejercer?. Esta es una interrogante que no es respondida por el autor, quien no llega a precisar cuál sería el objeto de protección penal en estos supuestos. Tampoco resulta del todo clara su postura con relación a los tipos penales que protegen los tradicionalmente denominados bienes jurídicos colectivos, así como respecto de los delitos de peligro abstracto y concreto: ¿puede la colectividad consentir sobre bienes colectivos?, ¿se afecta en estos casos la libertad de la colectividad?. Sobre este punto, el autor coloca como ejemplo el tipo penal que sanciona la comercialización de drogas (delito de peligro), afirmando que en estos casos la sanción penal se legitima porque las mismas (por ser adictivas) pueden incidir en la libertad del consumidor de

---

<sup>513</sup> Ibid., p728.

<sup>514</sup> *"Mediante la libertad se consigue la dignidad humana, o si se quiere la dignidad sólo es posible con libertad. La dignidad no es sino la libertad personalizada en uno mismo. La dignidad debe entenderse como manifestación o especie de un concepto de libertad más genérica. Es la libertad no referida a los demás, sino a uno mismo. Un ser sin libertad nunca puede ser digno, ni consigo mismo ni con los demás, no puede desarrollar toda su potencialidad"*. Ibid., p727-728.

decidir su consumo cuando él crea conveniente: *"Es la nocividad de la sustancia, en cuanto capacidad de adicción, lo fundamental en el tipo de tráfico de drogas, por cuanto incide en la libertad del consumidor, no permitiendo optar con suficiente libertad y responsabilidad hacia su consumo"* <sup>515</sup>. Sin embargo, no considero del todo satisfactoria esta argumentación, en tanto, en el caso de las personas plenamente capaces para autodeterminarse y ejercer su libertad, la adquisición de drogas no implicará inicialmente una vulneración a su libertad, optando éstas por el consumo sin presentar todavía cuadro adictivo alguno; lo que, en principio, no justificaría la intervención penal que para el autor sí se encuentra en ese caso legitimada.

Por ello, considero que no es posible dejar de lado la protección de bienes jurídicos como objeto de protección del Derecho penal. De lo que en realidad se trata no es de reducir todos los bienes jurídicos a uno (la libertad); sino de comprender que el Estado únicamente se legitima en tanto promueva medidas que permitan al individuo alcanzar su autorrealización producto de sus propias elecciones, las que serán tomadas en función a la ética personal que cada uno tenga. El Estado, en los casos de personas plenamente capacitadas para ejercer su libertad, debe circunscribir su intervención a permitir que el hombre se autodetermine; evitando colocar obstáculos sobre la base de postulados que considera correctos o buenos (ética común o ética del legislador), que no pueden ser impuestos a todas las personas; hacer ello, de por sí, impediría la autorrealización de las personas, la que siempre implicará posibilidad de elección conforme con una ética propia.

Llegado a este punto, resulta necesario distinguir en el ámbito penal, entre los denominados bienes jurídicos individuales y los denominados bienes jurídicos

---

<sup>515</sup> Ibid., p732.

colectivos, a efectos de verificar si la disponibilidad que se defiende en el presente trabajo deviene en aplicable a ambos supuestos<sup>516</sup>.

## **2.1. Bienes jurídicos individuales y colectivos**

Tradicionalmente, en función al titular del bien jurídico, la doctrina distingue entre bienes jurídicos individuales y bienes jurídicos colectivos (también llamados comunitarios o supraindividuales<sup>517</sup>). Los primeros afectan directamente a la persona individual, por tratarse de bienes o intereses intrínsecamente vinculados con el individuo como sujeto de derechos. Dentro de esta primera categoría se encuentra la vida, la integridad, la propiedad, el honor, entre otros.

Los segundos afectan a la sociedad como tal, es decir, al sistema social que se conforma por la agrupación de varias personas individuales y que supone un cierto orden social o estatal, de manera que la lesión de un bien jurídico colectivo siempre supondrá la afección de una masa de individuos (de una colectividad)<sup>518</sup>. Dentro de esta categoría se encuentra el medio

---

<sup>516</sup> Sobre una distinción filosófica entre derechos individuales y bienes colectivos, ver: ALEXANDER. El concepto y la validez del derecho... op. cit., p179ss.

<sup>517</sup> MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN. Derecho Penal. Parte General... op. cit., p261. Cabe precisar que la doctrina utiliza distintos términos para distinguir entre los bienes jurídicos colectivos. Distinguen entre bienes jurídicos colectivos y supraindividuales: LACRUZ LÓPEZ, Juan Manuel. Lección 1. Conceptos básicos del Derecho penal. En: GIL GIL, Alicia; LACRUZ LÓPEZ, Juan Manuel; MELENDO PARDOS, Mariano y José NÚÑEZ FERNÁNDEZ. Curso de Derecho Penal. Parte General, Dykinson, Madrid, 2011, p11-12. Gomes subdivide los bienes supraindividuales entre bienes generales o institucionales y difusos, en: GOMES. Norma e bem jurídico no direito penal... op. cit., p141.

<sup>518</sup> CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, p203-204. Sobre las distintas acepciones y clasificaciones que se discuten en la doctrina en torno a los bienes jurídicos colectivos, ver: SANTANA VEGA, Dulce María. La protección penal de los bienes jurídicos colectivos, Dykinson, Madrid, 2000, p77-78 y 96.

ambiente, la administración de justicia, la administración pública, los delitos contra la fe pública, entre otros<sup>519</sup>.

En torno a estos dos tipos de bienes jurídicos, entre los que, desde una perspectiva material, los colectivos aparecen como complementarios de los individuales<sup>520</sup>; se encuentran dos teorías que buscan explicar su naturaleza y las relaciones jerárquicas o de equiparación que existen entre los mismos: la teoría dualista y la teoría monista.

La **teoría dualista** postula la existencia de dos clases de titularidades en dichos bienes jurídicos: la del individuo (bienes jurídicos individuales) y la del Estado (bienes jurídicos colectivos), no pudiendo establecerse una relación de dependencia o una jerarquía entre los mismos. El defensor más representativo de esta postura es Tiedemann, para quien los bienes colectivos no se conectan de forma directa o inmediata con el individuo, es decir, no tienen un referente directo en la persona, reconociendo así en el colectivo social el auténtico titular de los mismos; en este sentido, con ocasión de los delitos económicos, este autor señala que *"Bien protegido no es, por tanto, en primer término el interés individual de los agentes económicos sino el orden económico estatal en su conjunto, el desarrollo de la organización de la economía, en pocas palabras, la economía política con sus ramas específicas (sistema financiero, sistema crediticio, etc...)"*<sup>521</sup>. En España, en esta misma línea, y con relación a los delitos económicos, se encuentran Bajo Fernández y Suárez González, para quienes *"(...) el orden económico en sentido estricto aparece como bien jurídico protegido*

---

<sup>519</sup> Sobre las características de los bienes jurídicos colectivos, ver: SOTO NAVARRO, Susana. La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna, Comares, Granada, 2003, p194ss.

<sup>520</sup> BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Los bienes jurídicos colectivos. En: Estudios de derecho penal en homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa, monográfico 11, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, junio 1986, p159.

<sup>521</sup> TIEDEMANN, Klaus. Lecciones de Derecho Penal Económico (comunitario, español, alemán), PPU, Barcelona, 1993, p32.

*de manera directa, es decir, en sentido técnico (...)*<sup>522</sup>, entendiéndose por éste la regulación jurídica de la participación estatal en la economía del país<sup>523</sup>.

La **tesis monistas** consideran que la fundamentación de la titularidad de los bienes jurídicos penales es excluyente, pues: o bien se considera que el bien jurídico penal hay que referirlo a la sociedad, al Estado (monismo colectivista que se centra en la protección de la colectividad); o bien se considera que sólo puede ser titular de bienes jurídico penales el ser humano, en función al cual se instrumentan los bienes jurídicos colectivos (monismo personalista que se centra en la protección de la persona individual)<sup>524</sup>.

El monismo colectivista (rechazado en el presente trabajo) ha sido y es propio de las dictaduras, en las que la necesidad de legitimar la actuación del régimen las hace recurrir a bienes jurídicos penales colectivos<sup>525</sup>. Un claro ejemplo es lo acontecido en la Escuela de Kiel, época en la que *"El valor más elevado para el pensamiento nacional-socialista lo constituía no el particular sino el pueblo"*<sup>526</sup>; o lo que con acierto pone en evidencia Bustos Ramírez respecto del régimen de Pinochet en Chile, en donde detalla se impuso mediante medidas coercitivas un sistema neoliberal de mercado que terminó en una total estatalización de la economía en razón de la intervención punitiva del mismo, estatalización que justamente había sido uno de los motivos por los que se dio el levantamiento contra el

---

<sup>522</sup> BAJO FERNÁNDEZ, Miguel y Carlos SUÁREZ GONZÁLEZ. Capítulo XVI. Derecho penal económico: concepto, contenido y cuestiones comunes. En: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; PÉREZ MANZANO, Mercedes y Carlos SUÁREZ GONZÁLEZ. Manual de Derecho Penal. Parte especial. Delitos patrimoniales y económicos, segunda edición, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1993, p565.

<sup>523</sup> Ibid., p563.

<sup>524</sup> SANTANA VEGA. La protección penal de los bienes jurídicos colectivos... op. cit., p85.

<sup>525</sup> MIR PUIG. El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho... op. cit., p164.

<sup>526</sup> SANTANA VEGA. La protección penal de los bienes jurídicos colectivos... op. cit., p86.

gobierno de la Unidad Popular, resultando paradójico el carácter racional y moderado que ésta tenía en comparación con la impuesta en el régimen de Pinochet<sup>527</sup>. El monismo colectivista también ha sido bien recibido por las corrientes funcionalistas extremas, dentro de las que ostenta especial representatividad la postura planteada por Jakobs, quien concibe al funcionalismo jurídico penal como *"(...) aquella teoría según la cual el Derecho penal está orientado a garantizar la identidad normativa, la constitución y la sociedad"*<sup>528</sup>.

Por otro lado, el monismo personalista (postura mayoritaria en la doctrina) parte de considerar al ser humano como el eje en torno al cual gira el sistema social. Reivindica la concepción del hombre como valor en sí mismo y no como instrumento, siendo por ello acorde con la dignidad como postulado y principio sobre el cual se articula la actuación del Estado. Así, entre los defensores de esta postura se encuentra Mir Puig, para quien el monismo personalista se enmarca dentro del modelo de estado democrático, por importarle los intereses colectivos en la medida en que condicionan la vida de los individuos: *"se trata de que el sistema social se ponga al servicio del individuo, no de que el individuo esté al servicio del sistema"*; de manera que *"(...) la valoración de la importancia de un interés colectivo exigirá la comprobación del daño que cause a cada individuo su vulneración"*<sup>529</sup>. Asimismo, para Corcoy Bidasolo, *"Los bienes jurídicos supraindividuales sirven a la persona a través de proteger su seguridad y confianza en el buen funcionamiento y en el nivel de riesgo de las distintas actividades en las que esa persona se ve involucrada en cuanto participe de esa sociedad y a través de la protección de*

---

<sup>527</sup> BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Control social y sistema penal, PPU, Barcelona, 1987, p201.

<sup>528</sup> JAKOBS, Günter. Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional. Traducido por Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez, Civitas, Madrid, 1996, p15. Con relación a este punto, me remito a las críticas efectuadas en el primer capítulo.

<sup>529</sup> MIR PUIG. El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho... op. cit., p165.

*determinadas colectividades que, por su naturaleza o su concreta situación en el entramado social, se consideran más débiles*<sup>530</sup>. En igual línea, Muñoz Conde y García Arán rechazan una concepción dualista del bien jurídico que contraponga los bienes jurídicos individuales y los colectivos, al ser que *"La convivencia pacífica, asegurada por un orden social o estatal adecuado, es también un bien jurídico del individuo, en tanto es la única forma de que éste pueda autorrealizarse"*<sup>531</sup>. La misma postura es seguida por Santana Vega, quien afirma que los bienes jurídicos colectivos deben ser complementarios a los bienes jurídicos individuales, resultando peligrosa cualquier concepción que se establezca con total independencia de los primeros: *"Necesitan al ser humano para su articulación y única y precisamente porque están al servicio del ser humano merecen protección penal"*<sup>532</sup>, lo que no implica que éstos pierdan sus sustantividad. En los mismos términos, para Lacruz López, los bienes jurídicos colectivos siempre se encontrarán *"en función de la existencia del prius individual"*<sup>533</sup>, dado que su protección sólo cobrará sentido en la medida en que contribuya con la autorrealización del individuo. Mientras que para Alonso Álamo, *"(...) está justificada la protección penal no sólo de intereses individuales sino también de intereses colectivos generales y sectoriales que contribuyen a la afirmación de los derechos humanos y del Estado social y democrático de Derecho"*<sup>534</sup>.

A mi parecer, se encuentra también dentro de esta postura Bustos Ramírez, quien parte del modelo de Estado social y democrático de Derecho para afirmar que los bienes jurídicos colectivos aparecen como

---

<sup>530</sup> CORCOY BIDASOLO. Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales... op. cit., p208.

<sup>531</sup> MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN. Derecho Penal. Parte General... op. cit., p60.

<sup>532</sup> SANTANA VEGA. La protección penal de los bienes jurídicos colectivos... op. cit., p95-96.

<sup>533</sup> LACRUZ LÓPEZ. Lección 1. Conceptos básicos del Derecho penal... op. cit., p11.

<sup>534</sup> ALONSO ÁLAMO, Mercedes. Derecho Penal mínimo de los bienes colectivos (Derecho Penal mínimo máximo). En: Revista Penal, Nº 32, Tirant lo Blanch, Julio 2013, p40.

complementarios de los individuales, estableciendo que "(...) *sería equivocado hablar de bienes jurídicos supraindividuales, es decir, que constituyan una categoría que está por encima del individuo o más allá de él, pues ellos están en función de todos los miembros de la sociedad, en consideración a cada uno de ellos (...)*"<sup>535</sup>; para, más adelante definir a los bienes jurídicos colectivos "(...) *a partir de una relación social basada en la satisfacción de necesidades de cada uno de los miembros de la sociedad o de un colectivo y en conformidad al funcionamiento del sistema social*"<sup>536</sup>. Dado el reconocimiento que este autor efectúa de los alcances de la dignidad, en contra de lo señalado por un sector de la doctrina<sup>537</sup>, considero difícil que pueda apreciarse en él una defensa de los bienes jurídicos colectivos como entes autónomos totalmente alejados de un referente personal<sup>538</sup>.

Una postura ecléctica en torno a las teorías dualistas y monistas del bien jurídico la plantea Soto Navarro, para quien la relación entre los bienes jurídicos individuales y colectivos no sería de carácter derivativa ni de prelación jerárquica; sino, más bien, de dependencia recíproca, descartando las críticas que la doctrina suele efectuar a la teoría dualista y estableciendo que: "(...) *los bienes jurídicos se estructuran en dos grandes grupos, con sus propias características, en base a su distinta función o utilidad, que en el caso de los bienes jurídicos colectivos reside*

---

<sup>535</sup> BUSTOS RAMÍREZ. Los bienes jurídicos colectivos... op. cit., p159; y en: BUSTOS RAMÍREZ. Control social y sistema penal... op. cit., p196.

<sup>536</sup> BUSTOS RAMÍREZ. Los bienes jurídicos colectivos... op. cit., p159; y en: BUSTOS RAMÍREZ. Control social y sistema penal... op. cit., p197.

<sup>537</sup> En contra, SOTO NAVARRO. La protección penal de los bienes colectivos... op. cit., p241-242, nota 51; quien, sobre la base de la misma obra, considera a Bustos seguidor de la teoría dualista, precisando que éste habría cambiado de postura en una obra posterior.

<sup>538</sup> "La dignidad de la persona humana aparece pues como el último y fundamental límite material a la actividad punitiva del Estado. Sin él el límite de la necesidad de la intervención y del bien jurídico no tendrían sentido, ya que tanto la necesidad de la intervención como el bien jurídico se podrían construir exclusivamente en torno al Estado, con lo cual se socavarían todos los principios garantistas". BUSTOS RAMÍREZ. Manual de Derecho Penal. Parte General... op. cit., p98.

*básicamente en la posibilidad de aprovechamiento por el conjunto social; pero unos y otros bienes jurídicos mantienen un vínculo, porque la protección de todos ellos obedece a un mismo fin, que reside en la remoción de los obstáculos más graves al libre desarrollo del individuo en la sociedad”<sup>539</sup>.*

Ahora bien, en un modelo en el que la dignidad constituye el principio fundamentador del Estado, como es el caso de España, Brasil y Perú, resulta evidente la imposibilidad de aceptar posturas que conciban a los bienes jurídicos colectivos o supraindividuales como categorías equivalentes o prevalentes a los bienes jurídicos individuales, en tanto su protección penal sólo tendrá sentido, en la medida en que tengan un referente en un bien jurídico individual (personal), contribuyendo así con la realización de las personas<sup>540</sup>; por esta razón, me adscribo al monismo personalista, que toma en cuenta a la persona y a su autorrealización como elemento central que legitima la protección de bienes jurídico penales. Esto, además, es conforme con el objetivo del Estado social y democrático de Derecho, que no es otro que asegurar o viabilizar la realización personal de sus miembros; razón por la que actúa, interviene o deja de intervenir tomando en cuenta la dignidad de la persona como principio fundamentador.

En esta misma línea, será aplicable lo señalado respecto a la ponderación y al subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto; enfatizando en que, en el caso de un conflicto entre bienes colectivos, de lo que se tratará al

---

<sup>539</sup> SOTO NAVARRO. La protección penal de los bienes colectivos... op. cit., p244.

<sup>540</sup> Desde un análisis de la tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales, Gutiérrez de Cabiedes señala: "Por tanto, puede decirse que el interés es referible a la colectividad, pero también al individuo, a quien se protege, no como tal, aislado y único titular de una posición subjetiva exclusiva, sino en cuanto miembro de esa colectividad, esto es, en virtud de su pertenencia a la misma". GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES, Pablo. La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: colectivos y difusos, Aranzadi, Navarra, 1999, p80.

ponderar no es de preferir uno respecto de otro, sino más bien de compatibilizar ambos, de manera que se viabilice la autorrealización de todas las personas (recuérdese que es para alcanzar esta autorrealización que el legislador vio la necesidad de proteger un bien colectivo como un bien jurídico penal). Asimismo, respecto a la ponderación, también cabe señalar que, a diferencia de los bienes jurídicos individuales, en el caso de los bienes colectivos, normalmente la ponderación es realizada por el legislador al nivel legislativo, es decir, antes de la creación del tipo penal que lo busca proteger; ello en la medida en que el legislador no incluye en la tipicidad todas las conductas que lesionan o ponen en peligro al bien colectivo, sino las que concibe más graves, excluyendo las que considera deben ser toleradas para la protección de otros bienes colectivos o individuales<sup>541</sup>. Esto, por ejemplo, puede apreciarse con el bien jurídico medio ambiente y con el tipo penal que sanciona su contaminación, el que no sanciona toda afectación a dicho bien jurídico, sino que -valiéndose de una ley penal en blanco<sup>542</sup>- únicamente sanciona las conductas que infrinjan o exceden el límite establecido por la ley<sup>543</sup>.

---

<sup>541</sup> En esta línea, Soto señala: "(...) *la ponderación relativa a los bienes jurídicos colectivos ha de ser resuelta por el legislador en el momento de la creación del Derecho penal, excluyendo del tipo ciertas conductas que comportan un peligro para el bien jurídico en cuestión, pero que han de ser toleradas para preservar otros intereses*". SOTO NAVARRO. La protección penal de los bienes colectivos... op. cit., p216.

<sup>542</sup> Sobre la ley penal en blanco, ver: DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario. El principio de legalidad penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p142.

<sup>543</sup> Al respecto, se pueden revisar las siguientes normas: **Artículo 325 del Código penal español.**- "*Será castigado con las penas de prisión de dos a cinco años, multa de ocho a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a tres años el que, contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente, provoque o realice directa o indirectamente emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos, en la atmósfera, el suelo, el subsuelo o las aguas terrestres, subterráneas o marítimas, incluido el alta mar, con incidencia incluso en los espacios transfronterizos, así como las captaciones de aguas que puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales. (...)*"; **artículo 304 del Código penal peruano.**- "*El que, infringiendo leyes, reglamentos o límites máximos permisibles, provoque o realice descargas, emisiones, emisiones de gases tóxicos, emisiones de ruido, filtraciones, vertimientos o radiaciones contaminantes en la atmósfera, el suelo, el subsuelo, las aguas terrestres, marítimas o subterráneas, que cause o pueda causar perjuicio, alteración o daño grave al ambiente o sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental, según la*

En igual línea, en el caso de conflicto entre un bien jurídico individual y un bien jurídico colectivo, también será necesario efectuar un análisis a la luz del principio de proporcionalidad antes expuesto; ello, siempre tomando en cuenta que la razón de ser de la protección de los bienes jurídicos colectivos, justamente debe ser la autorrealización del ser humano. No obstante ello, y conforme con la naturaleza de la ponderación, no es posible establecer una regla general que haga prevalecer siempre un derecho individual, sobre todo cuando podría existir casos en los que la prevalencia de un bien colectivo -a la luz del principio de proporcionalidad en sentido estricto- no afecte en lo más mínimo la dignidad del ser humano e incluso sea necesaria para la autorrealización de los individuos dentro de un entorno social; en estos casos, es evidente que prevalecería el bien colectivo<sup>544</sup>. De cualquier modo, conforme con lo ya señalado el análisis siempre debe ser tópico y atendiendo a las circunstancias del caso concreto.

Ahora bien, sobre la clasificación de bienes jurídicos individuales y colectivos, cabe mencionar que un sector de la doctrina no se encuentra de acuerdo. Así, por ejemplo, en Brasil, Tavares<sup>545</sup> rechaza la idoneidad de la misma, considerándola arbitraria por implicar 3 consecuencias: a) Imponer la adopción de un sistema dualista, de manera que los bienes –en atención a su funcionalidad- puedan tener origen tanto en la órbita individual, cuanto en la colectiva o estatal; b) Incrementar un estado de

---

*calificación reglamentaria de la autoridad ambiental, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro años ni mayor de seis años y con cien a seiscientos días-multa. (...)*

<sup>544</sup> En esta línea, Alonso señala: "En principio, aquellos bienes jurídicos eminentemente individuales que afectan al contenido esencial de la dignidad de la persona humana priman en un eventual juicio de ponderación sobre los bienes colectivos. Sin embargo, esto no excluye que en determinadas situaciones que no afectan al contenido esencial de dignidad pueda prevalecer eventualmente el interés general o colectivo". ALONSO ÁLAMO. Derecho Penal mínimo de los bienes colectivos... op. cit., p37.

<sup>545</sup> TAVARES. Teoría del injusto penal... op. cit., p211.

protección simbólica sobre algunos bienes, en especial los colectivos; y, c) Tornar oscuras las propiedades de los bienes, generándose una confusión entre el bien y sus funciones, interpretándose muchas veces a estas últimas como intereses del Estado o de la comunidad en cierta organización o estatus. Por ello, para este autor debe descartarse la clasificación de bienes jurídicos individuales y colectivos para trabajar en función a una noción de bien jurídico personal<sup>546</sup>.

No obstante lo expuesto, independientemente del término que se utilice (bien jurídico individual/colectivo o bien jurídico personal/no personal), lo que será materia de análisis en torno a los mismos es su posibilidad de disposición. Adelantando opinión, en el caso de los denominados bienes jurídicos individuales, resulta evidente que, al ser seleccionados por el legislador penal con la finalidad de viabilizar la realización personal del hombre es posible su disposición; más, en el caso de los bienes jurídicos colectivos, no puede aplicarse el mismo razonamiento.

## **2.2. Intereses colectivos y autorización administrativa**

La perspectiva individualista sobre la que inicialmente se gestó la idea del bien jurídico penal, fue alterada con la crisis del Estado liberal (que concebía al Estado como mero guardián) y con la evolución del nuevo modelo de Estado. Así, se empezó a valorar la necesidad de que el Estado interviniera en las disfunciones de los procesos sociales y económicos, estableciendo la protección de valores y bienes, no sólo en referencia al individuo; sino también en atención a los procesos socio-económicos que se debían proteger para permitir la autorrealización del mismo en el contexto social en el que se desenvolvía (evolución hacia un Estado social y democrático de derecho).

---

<sup>546</sup> Ibid., p212.

Lo expuesto obligó al legislador a enfocar las normas no sólo desde un punto de vista individual, sino también desde un punto de vista social; introduciendo en los diversos ordenamientos jurídicos, el reconocimiento y la protección de bienes jurídicos colectivos que, complementando a los bienes jurídicos individuales, procuraran a los miembros del Estado el logro de su realización personal.

La protección de los bienes jurídicos colectivos es considerada necesaria para la comunidad por considerárseles de utilidad social, por lo que siempre presuponen una actuación previa de la Administración, a efectos de darles un contenido material. Así, por ejemplo, la protección penal de la salud pública supone la intervención previa del Derecho administrativo, a través de la creación de normas orientadas a prevenir una afectación a la misma. Ello se ve claramente reflejado en el uso de normas penales en blanco por parte del legislador penal, quien define el supuesto de hecho delictivo en función a lo previamente establecido en la legislación administrativa; en esta línea, el artículo 293 del Código penal peruano establece: *"El que, en lugares públicos, vende, preparados o no, animales alimentados con desechos sólidos, **contraviniendo leyes, reglamentos o disposiciones establecidas**, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años y ciento ochenta a trescientos sesenticinco días-multa"*.

Esto último, en algunos ordenamientos, incluso ha sido llevado a extremos irreconciliables con la concepción del Derecho penal como última ratio; generándose un incorrecta administrativización del Derecho penal, y recurriéndose al mismo para sancionar supuestos en los que, en lugar de protegerse a un bien jurídico penal individual y/o colectivo, lo único que se protege es la intervención del Derecho administrativo.

No obstante lo expuesto, lo cierto es que los bienes jurídicos colectivos son importantes y necesarios para que los individuos se autorrealicen en un determinado marco social, por lo que se protegen incluso contra la voluntad de los mismos individuos<sup>547</sup>: recuérdese que la autorrealización personal conforme con una ética propia se efectúa en un entorno social, en el que el sujeto tiene como límite la no contravención de la posibilidad de realización de los otros miembros que conforman la sociedad. Es justamente de este elemento común que se deriva la indisponibilidad de forma unilateral que pueda hacerse de este tipo de bienes (bienes colectivos), no siendo posible el consentimiento sobre los mismos<sup>548</sup>; sobre todo cuando, al exigirse siempre que tengan un referente individual, ni siquiera puede afirmarse que el Estado o la Administración ostenten la titularidad sobre los mismos, no pudiendo alegarse la disposición por parte de ésta. En el caso de los bienes colectivos, no se puede reconocer al individuo libertad para su disposición, sobre todo cuando normalmente ni siquiera se encuentra en la capacidad de medir la real producción del daño que su conducta pueda generar al mismo (piénsese en el bien jurídico medio ambiente o en el bien jurídico salud pública)<sup>549</sup>.

---

<sup>547</sup> SEGURA GARCÍA, María José. El consentimiento del titular del bien jurídico en Derecho penal, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, p128.

<sup>548</sup> "La consecuencia de esta titularidad compartida del interés o derecho protegido conlleva que nadie, individualmente, tenga capacidad de disponer de estos bienes jurídicos, ni tan siquiera los poderes e instituciones públicas". CORCOY BIDASOLO. Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales... op. cit., p204.

<sup>549</sup> "Por esta razón, en el ámbito de los bienes jurídicos colectivos no se protege la libertad de disposición, que, sin embargo, es consustancial, en buena medida, a los bienes jurídicos individuales; como tampoco se reconoce una libertad de configuración personal de los fines relevantes a alcanzar. En definitiva, el individuo, en su consideración como titular del bien jurídico y sujeto pasivo, no puede constituir el referente básico para fijar la función social que desempeñan los bienes jurídicos colectivos, como tampoco para estimar la producción de un daño". SOTO NAVARRO, Susana. Concreción y lesión de los bienes jurídicos colectivos. El ejemplo de los delitos ambientales y urbanísticos. En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo LVIII, Madrid, 2005, p903.

La doctrina mayoritaria se encuentra de acuerdo en que el consentimiento carece de eficacia en los bienes jurídicos colectivos, por ser estos indisponibles<sup>550</sup>. Son singulares las excepciones, como la planteada por Quintano, quien señala que en el campo especulativo, el consentimiento del poder público deviene en eficaz para privar del carácter antijurídico a los delitos genuinamente públicos por esencia, como es el caso de las rebeliones, sediciones y estragos<sup>551</sup>. Asimismo, agrega que el consentimiento estatal también es dable cuando el poder público autoriza, en ocasiones de miseria o calamidad públicas, las cortas de leña, cazas o pescas que normalmente estarían sancionadas, especificando: "*Que en terminología constitucional o administrativa se denomine semejante conducta derogación o facultad, no es óbice para que, morfológicamente y en el campo de lo penal, integren supuestos de verdadero consentimiento, de idéntica o muy afín naturaleza, al que puede prestar válidamente el ofendido particular en los casos en que sólo su interés se halle en juego y el mismo fuere disponible*"<sup>552</sup>. Así, precisa, "*Quedan fuera de la disponibilidad privada, aunque no teóricamente de la estatal, como ya se apuntó, los delitos no encarnados en personas privadas ciertas y los que tienen por sujeto pasivo concreto al Estado y sus instituciones, tanto en su existencia como en sus ideales, crédito o intereses*"<sup>553</sup>.

La problemática a nivel doctrinal no surge tanto en función a la disponibilidad o no de los bienes jurídicos penales colectivos (respecto de lo que, como se señaló, ya existe cierto consenso); sino mas bien sobre la

---

<sup>550</sup> Por todos, ver: CERESO MIR. Curso de Derecho Penal Español. Parte General, II... op cit., p326; SEGURA GARCÍA. El consentimiento del titular del bien jurídico en Derecho penal... op. cit., p125; MAIWALD, Manfred. El consentimiento del lesionado en el Derecho y en la dogmática penal alemanes, traducido por Mariano Bacigalupo. En: ESER, Albin; GIMBERNAT, Enrique y Walter PERRÓN (editores). Justificación y exculpación en derecho penal (Coloquio Hispano-Alemán de Derecho Penal), Madrid, 1995, p129.

<sup>551</sup> QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio. Relevancia del consentimiento de la víctima en materia penal. En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1950, p322.

<sup>552</sup> Ibid., p323.

<sup>553</sup> Ibid., p336.

relevancia penal de ciertas autorizaciones o permisos administrativos, cuyo significado y naturaleza jurídica es distinto al del consentimiento, pero que también puede generar efectos en el ámbito penal<sup>554</sup>. Si bien no es objeto del presente trabajo profundizar en este campo, considero importante plantear algunos aspectos problemáticos en relación con este punto.

La autorización administrativa<sup>555</sup> ha cobrado un mayor desarrollo en el ámbito penal con ocasión de los delitos contra el medio ambiente, en los que muchas veces la punibilidad se hace depender de un permiso brindado por la autoridad administrativa estatal; desempeñando básicamente dos funciones: permitir a la autoridad competente el control de determinadas actividades de carácter peligroso y permitir al particular delimitar los riesgos admisibles en el ejercicio de su actividad, actuando en la seguridad de que de su comportamiento no podrá derivarse responsabilidad alguna<sup>556</sup>. Se discute en torno a esta problemática si dicho permiso administrativo constituye una causa de justificación o una causa de exclusión del tipo:

Por un lado, conforme lo establece Roxin<sup>557</sup> y lo reafirma gran parte de la doctrina<sup>558</sup>, la autorización administrativa constituirá una **causa de exclusión del tipo** cuando: a) El actuar en contra de la administración sea presupuesto del tipo penal; o cuando, b) Concurra una prohibición

---

<sup>554</sup> DE LA MATA BARRANCO, Norberto J. e Ignacio DE LA MATA BARRANCO. La figura de la autorización en la lesión de bienes jurídico-penales de carácter supra individual. En: Dogmática y ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo, Tomo I, Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004, p487.

<sup>555</sup> Sobre su naturaleza jurídica, elementos y validez, ver: LAGUNA DE PAZ, José Carlos. La autorización administrativa, Civitas, 2006.

<sup>556</sup> DE LA MATA BARRANCO. La figura de la autorización en la lesión de bienes jurídico-penales de carácter supra individual... op. cit., p502.

<sup>557</sup> ROXIN, Claus. Otras causas de justificación y exculpación. En: ESER, Albin; GIMBERNAT, Enrique y Walter PERRÓN (editores). Justificación y exculpación en derecho penal (Coloquio Hispano-Alemán de Derecho Penal), Madrid, 1995, p225ss.

<sup>558</sup> Por todos, ver: SEGURA GARCÍA. El consentimiento del titular del bien jurídico en Derecho penal... op. cit., p127.

preventiva con reserva de permiso, es decir, cuando el comportamiento en cuestión esté socialmente aceptado *per se* y el deber de autorización únicamente sirva para un control preventivo en atención a posibles puestas en peligro<sup>559</sup>. No obstante lo expuesto, en ninguno de los dos casos se deberá confundir la autorización administrativa o el permiso preventivo, con la figura del consentimiento; dado que, como se ha señalado anteriormente, sobre los bienes jurídicos colectivos no cabe disposición, por ser estos indisponibles (el cumplimiento de la regulación administrativa establecida por el Estado y la autorización expedida por la administración no son equiparables con el consentimiento emitido por el titular del bien jurídico individual). Ejemplos en los que la autorización administrativa constituiría una causa de exclusión del tipo serían los artículos 220, literal b y 272, numeral 1 del Código Penal peruano, los que establecen, respectivamente: "*Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años y noventa a trescientos sesenticinco días-multa: (...) b. Quien realice actividades propias de una entidad de gestión colectiva de derecho de autor o derechos conexos, **sin contar con la autorización debida de la autoridad administrativa competente***"; "*Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de 1 (un) año ni mayor de 3 (tres) años y con 170 (ciento setenta) a 340 (trescientos cuarenta) días-multa, el que: 1. Se dedique a una actividad comercial **sujeta a autorización** sin haber cumplido los requisitos que exijan las leyes o reglamentos*".

Por otro lado, la autorización o permiso administrativo constituirá una **causa de justificación** cuando constituya una prohibición represiva con reserva de permiso, enmarcándose en ésta los casos en los que se autoriza

---

<sup>559</sup> Para Tiedemann, "*La prohibición preventiva con reserva de permiso constituye un elemento (negativo) del tipo, o sea, debe ser considerada ya a nivel de la tipicidad (...)*". TIEDEMANN, Klaus. Derecho penal económico. Introducción y parte general, Grijley, Lima, 2009, p204.

de modo excepcional un comportamiento que por regla general se encuentra desaprobado. En estos casos, tampoco podrá decirse que dicha causa de justificación sea equivalente al consentimiento emitido por el titular de un bien jurídico individual; por no poder equipararse una autorización administrativa a una disposición personal: el funcionario de la administración no consiente respecto a la vulneración de un bien jurídico colectivo, sino que, únicamente verifica el cumplimiento de las reglas administrativas que haya creado para su mejor protección. Un ejemplo de una autorización que terminaría justificando la conducta es el primer párrafo del artículo 306 del Código Penal peruano, el que establece: "*El que, **sin autorización** o aprobación de la autoridad competente, establece un vertedero o botadero de residuos sólidos que pueda perjudicar gravemente la calidad del ambiente, la salud humana o la integridad de los procesos ecológicos, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años*".

Sobre esta distinción, un sector de la doctrina cuestiona el liviano contorno existente entre las prohibiciones preventivas y las represivas; recurriendo, desde un punto de vista práctico, al uso de las categorías de los delitos de peligro abstracto y concreto para distinguir entre una u otra figura, identificando a los primeros con las prohibiciones preventivas que dan lugar a la exclusión de la tipicidad (la autorización administrativa, que normalmente es de carácter declarativo, pertenece a la tipicidad); y a los segundos, con las prohibiciones represivas que dan lugar a una causa de justificación (la autorización administrativa representaría una dispensa normativa que permitiría excluir la antijuricidad de determinados comportamientos típicos)<sup>560</sup>.

---

<sup>560</sup> DE LA MATA BARRANCO. La figura de la autorización en la lesión de bienes jurídico-penales de carácter supra individual... op. cit., p502-504.

Ahora bien, sea ya que la autorización administrativa sea valorada como una causa de atipicidad, o como una causa de justificación; no puede ser equiparada a un acto de disposición sobre el bien jurídico. Por ello, considero que únicamente es posible estudiar el consentimiento en los bienes jurídicos individuales respecto de los que el titular puede disponer, sin que su decisión comprometa necesariamente a terceros; no siendo aceptable el consentimiento respecto de bienes jurídicos colectivos, en los que la autorización administrativa no responde a un acto de disposición, sino al acatamiento de reglas que han sido creadas "ex ante" para prevenir su lesión o puesta en peligro.

No obstante lo expuesto, el hecho de considerar a la autorización administrativa como una causa de exclusión del tipo o una causa de justificación sí tendrá diferentes consecuencias en lo que atañe a la teoría general del delito, sobre todo en los casos en los que dicha autorización haya sido dada mediante un supuesto de error, engaño o vicio de la voluntad en la Administración Pública<sup>561</sup>; por ello, a efectos de definir dicha controversia, resultará indispensable analizar los requisitos y el procedimiento para la obtención de la autorización administrativa en cada caso concreto<sup>562</sup>.

Por otro lado, con relación a los bienes jurídicos colectivos, especial mención merecen los casos en los que, además de una afectación al bien colectivo, la realización de la conducta típica también pueda dar lugar a la afectación de una persona individual en concreto. En estos casos, aunque

---

<sup>561</sup> Al respecto, ver: ROXIN. Otras causas de justificación y exculpación... op. cit., p226-228.

<sup>562</sup> Sobre la autorización administrativa en materia laboral, puede verse: VALDÉS DE LA VEGA, Berta. Capítulo II. Requisitos para la obtención de la autorización administrativa. En: MOLERO MARAÑÓN, María Luisa y Fernando VALDÉS DAL-RE (directores). Comentarios a la ley de empresas de trabajo temporal, La Ley, Madrid, 2009, p79. Sobre la autorización administrativa ilegal en el Derecho penal ambiental, ver: DE LA MATA BARRANCO, Norberto. Protección penal del ambiente y accesoriadad administrativa. Tratamiento penal de comportamientos perjudiciales para el ambiente amparados en una autorización administrativa ilícita, Cedecs, Barcelona, 1996, p124ss.

dicha persona consintiera en ser afectada, no sería válida la disposición que hiciera respecto a la lesión al bien jurídico colectivo, por no ser éste un bien respecto del que sea posible algún tipo de disposición. Esto ocurre, por ejemplo, en el delito de falsificación de documentos, en el que, por más que el perjudicado diera su consentimiento para que falsificaran su firma, éste no podría servir para eliminar la existencia del delito; en tanto el bien jurídico protegido es la pureza del tráfico probatorio y no el interés individual del afectado<sup>563</sup>. Por esta razón, resulta cuestionable la sentencia del Tribunal Supremo Español del 23 de mayo de 1990 en la que absuelve al autor de un delito de falsedad en documento mercantil por haber imitado la firma de su suegro en dos cheques, afirmándose que el consentimiento tácito del suegro excluía el ilícito penal<sup>564</sup>. El Tribunal Español expresamente señala: *"Debe estimarse el recurso porque en este supuesto concreto la imitación de las firmas hecha por el procesado respecto de aquella que correspondía a una persona ligada estrechamente al mismo por razones de negocios y parentesco, tanto que, como dice la misma narración de hechos probados, «había intervenido realizando gestiones a nombre de aquél», con unas relaciones de confianza tales que el recurrente tenía en su poder los talonarios de cheques del suegro, con lo que esto puede implicar de autorización tácita al respecto, evidentemente no tiene la trascendencia necesaria para integrar un delito de falsedad"*<sup>565</sup>. Esto resulta cuestionable en tanto, como paradójicamente lo reconoce el Tribunal Supremo en la misma resolución, el bien jurídico protegido es la seguridad y la veracidad en el tráfico jurídico, siendo por ello irrelevante el consentimiento tácito del supuesto afectado (el suegro),

---

<sup>563</sup> Ver: ROXIN. Derecho Penal, Parte General. Tomo I... op. cit., p526-527.

<sup>564</sup> Igual crítica es efectuada por DE LA GANDARA VALLEJO, Beatriz. Consentimiento, bien jurídico e imputación objetiva, Colex, Madrid, 1995, p111-112.

<sup>565</sup> Sentencia emitida por la Sala Penal del Tribunal Supremo Español el 4 de junio de 1990 (RJ 1990/5115).

al ser que éste no podía consentir de dicho bien jurídico que en realidad era uno de naturaleza colectiva.

Otra problemática relacionada con los bienes jurídicos colectivos surge también con ocasión de los delitos pluriofensivos, en los que el tipo penal protege tanto un bien jurídico individual, cuanto un bien jurídico colectivo (sobre todo en los casos de los tipos penales que protegen intereses públicos y privados<sup>566</sup>). Un ejemplo de ello acontece en el delito de acusación y denuncia falsas<sup>567</sup>, del que se puede discutir la protección tanto de la Administración de Justicia (se busca evitar abrir una investigación o procedimiento penal injustificado), cuanto de la persona que se ve perjudicada con la falsa denuncia (sujeto al que se procesaría a partir de dicha denuncia y sobre quien recae la falsedad).

---

<sup>566</sup> MAIWALD. El consentimiento del lesionado en el Derecho... op. cit., p129.

<sup>567</sup> Esta figura se encuentra regulada en los siguientes dispositivos legales: **Artículo 164 del Código Penal alemán.**- "(1) Quien contra su propia convicción impute un hecho antijurídico o la violación de una obligación de servicio a otro ante una autoridad o una persona con cargo oficial competente para recibir denuncias o ante un superior militar, con la intención de propiciar o continuar contra él un proceso disciplinario u otras medidas disciplinarias, será castigado con pena privativa de la libertad hasta cinco años o con multa"; **Artículo 456 del Código Penal español.**- "1. Los que, con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad, imputaren a alguna persona hechos que, de ser ciertos, constituirían infracción penal, si esta imputación se hiciera ante funcionario judicial o administrativo que tenga el deber de proceder a su averiguación, serán sancionados: 1. Con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de doce a veinticuatro meses, si se imputara un delito grave; 2. Con la pena de multa de doce a veinticuatro meses, si se imputara un delito menos grave; 3. Con la pena de multa de tres a seis meses, si se imputara una falta"; **Artículo 339 del Código Penal brasilero.**- "Dar causa a la instauración de investigación policial, de proceso judicial, instauración de investigación administrativa, interrogatorio civil o acción de deslealtad (no probidad) administrativa contra alguien, imputándole un crimen del que lo sabe inocente: Pena - reclusión, de dos a ocho años, y multa". Traducción libre del siguiente texto: "Dar causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, instauração de investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente: Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa"; **Artículo 402 del Código Penal peruano.**- "El que denuncia a la autoridad un hecho punible, a sabiendas que no se ha cometido, o el que simula pruebas o indicios de su comisión que puedan servir de motivo para un proceso penal o el que falsamente se atribuye delito no cometido o que ha sido cometido por otro, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años".

La doctrina, en torno a estos supuestos, propone diversas soluciones. Para Roxin<sup>568</sup>, pueden distinguirse tres teorías: la primera es la **teoría de la alternatividad**, según la cual, existiendo una relación de alternatividad entre el interés público y el interés privado, bastará para la configuración del tipo, la mera lesión a uno de los dos bienes jurídicos (el colectivo o el individual); en estos casos, el consentimiento que pueda brindar el sujeto que se ve perjudicado con la comisión del delito (en el ejemplo de la falsa denuncia, el sujeto sobre quien recae la falsedad) devendría en irrelevante, por mantenerse intacta la lesión al interés público (en el ejemplo, la Administración de Justicia), y con ello la punibilidad del delito<sup>569</sup>. La segunda es la **teoría de la acumulación**, según la cual ambos bienes jurídicos se consideran protegidos de forma cumulativa; en estos supuestos, el consentimiento del perjudicado excluiría el tipo penal, por exigir éste para su configuración que se lesionen ambos bienes jurídicos (el público y el privado); de manera que, en el ejemplo de la denuncia falsa, el consentimiento de la persona sobre la que recaería el proceso ilegal se tornaría en relevante, excluyendo el delito por no vulnerarse el bien jurídico acumulativo exigido para su configuración. La tercera es la **teoría del bien individual**, según la cual el único bien jurídico que debe ser objeto de protección es el individual, quedando el público supeditado a éste; según esta teoría, en el ejemplo de la denuncia falsa, el único bien jurídico protegido sería el interés del particular en verse libre de denuncias injustificadas, el que no se lesionaría en el supuesto que éste brindara su consentimiento, no configurándose conducta ilícita alguna. La opción por una u otra teoría dependerá del análisis que se

---

<sup>568</sup> ROXIN. Derecho Penal, Parte General. Tomo I... op. cit., p527-528.

<sup>569</sup> Sobre esta teoría, Roxin señala que el consentimiento no sólo deviene en ineficaz, sino que, además, aumenta el contenido de injusto del hecho en cuanto refuerza el engaño a la autoridad. Ibid., p527. Esto no es compartido por Segura, para quien, en tanto el delito es pluriofensivo, "(...) si no existe la lesión del honor, lesión que desaparece, precisamente, por la presencia del consentimiento del titular, lo que ocurre es que disminuye el contenido de injusto". SEGURA GARCÍA. El consentimiento del titular del bien jurídico en Derecho penal... op. cit., p128.

efectuó para determinar el bien jurídico protegido en cada tipo penal en concreto, lo que evidencia la importancia que ostenta el bien jurídico en la teoría general del delito. En el caso del delito de acusación y denuncia falsas, soy de la opinión de que debe optarse por la teoría de la alternatividad, razón por la que considero errónea la respuesta brindada por los jueces penales en el Perú, al pedido de constitución en parte civil que realiza la persona que se vio perjudicada con la falsa denuncia<sup>570</sup>; a quien en la mayoría de los casos se le suele rechazar el pedido, por señalarse que el único agraviado es el Estado y no una persona en particular.

Para Maiwald, en estos casos el autor sólo realiza la mitad del injusto, por lo que resulta posible trazar un paralelo con los casos en los que se habla de un delito atenuado; "(...) precisamente porque los presupuestos de una causa de justificación sólo se cumplen parcialmente, como ocurre, por ejemplo, en los casos del exceso en el ejercicio de la legítima defensa. También es ostensible el paralelismo con los casos de atenuación de lo ilícito en los que el legislador ha regulado una causa de exclusión de culpabilidad<sup>571</sup>; de esta manera, el tratamiento para estos supuestos debe girar en el marco de la individualización de la pena, a partir de la atenuación de lo ilícito. No obstante lo expuesto, para este autor, distinto debe ser el razonamiento en los casos en que un delito de funcionarios proteja al mismo tiempo un bien jurídico individual, pudiendo aquí el consentimiento del afectado llegar a excluir totalmente la punibilidad del funcionario: "Ello ocurrirá cuando los deberes funcionariales impongan en el caso concreto lo mismo que el afectado autoriza a través de su consentimiento"<sup>572</sup>, como por ejemplo ocurre en el delito de revelación del

---

<sup>570</sup> Pedido que se formula para que se le reconozca como agraviado y parte en el proceso.

<sup>571</sup> MAIWALD. El consentimiento del lesionado en el Derecho... op. cit., p129.

<sup>572</sup> Ibid., p130.

secreto tributario en Alemania (artículo 355 del Código Penal alemán<sup>573</sup>), en el que se sanciona a quien sin autorización revela secretos que haya conocido como titular de cierto cargo en un proceso administrativo, judicial, penal o de otra manera<sup>574</sup>. En estos casos, para Amelung, la protección penal se justifica exclusivamente en la trascendencia del interés del particular, en tanto existe "(...) una relación de "interdependencia fáctico-funcional" entre el bien jurídico de los delitos de los funcionarios en el ejercicio del cargo y los intereses privados de los ciudadanos"<sup>575</sup>; por esta razón, el consentimiento excluiría el tipo penal, no configurándose

---

<sup>573</sup> **Artículo 355 del Código Penal alemán.**- "I. Quien, sin autorización, revele o utilice: 1. Situaciones de otro que han llegado a su conocimiento en su calidad de funcionario: a) en un procedimiento administrativo o en un procedimiento judicial sobre asuntos tributarios, b) en un procedimiento penal a causa de un delito fiscal o en un procedimiento de infracciones con motivo de una ilegalidad tributaria, c) por otras causas, a través de la información de una autoridad fiscal o a través de la presentación legalmente prescrita de un informe fiscal o de un certificado sobre las averiguaciones con motivo de la imposición tributaria, o 2. Un secreto industrial o empresarial que haya llegado a su conocimiento como funcionario en uno de los procedimientos mencionados en el número 1; será castigado con pena privativa de libertad de hasta dos años o con multa. (...)"

<sup>574</sup> Artículos semejantes, aunque menos específicos en torno al secreto fiscal, se encuentran en: **Artículo 417 del Código Penal español.**- "1. La autoridad o funcionario público que revelare secretos o informaciones de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo y que no deban ser divulgados, incurrirá en la pena de multa de doce a dieciocho meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años.// Si de la revelación a que se refiere el párrafo anterior resultara grave daño para la causa pública o para tercero, la pena será de prisión de uno a tres años, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a cinco años.// 2. Si se tratara de secretos de un particular, las penas serán las de prisión de dos a cuatro años, multa de doce a dieciocho meses, y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años"; **Artículo 325 del Código Penal brasilero.**- "Revelar un hecho del que se tiene conocimiento en razón del cargo y que deba permanecer en secreto, o facilite la revelación: Pena - detención, de seis meses a dos años, o multa, si el hecho no constituye un crimen más grave". Traducción libre del siguiente texto: "Revelar fato de que tem ciência em razão do cargo e que deva permanecer em segredo, ou facilitar-lhe a revelação: Pena - detenção, de seis meses a dois anos, ou multa, se o fato não constitui crime mais grave"; **Artículo 165 del Código Penal peruano.**- "El que, teniendo información por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o ministerio, de secretos cuya publicación pueda causar daño, los revela sin consentimiento del interesado, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con sesenta a ciento veinte días-multa".

<sup>575</sup> K. Amelung, "Die Zulässigkeit der Einwilligung bei den Amtsdelikten. Zum Verhältnis von Staatschutz und Individualschutz im deutschen Strafrecht", en E.-W. Hanack / P. Rieß / G. Wendisch (hrsg. von), *Festschrift für Hanns Dünnebieber zum 75. Geburtstag*, Berlín, New York, 1982, p510 y 512. Citado por VÁSQUEZ-PORTOMENE SEIJAS, Fernando. El consentimiento del ofendido en los delitos contra la Administración Pública (sobre el bien jurídico protegido en los delitos "del cargo"), notas 2 y 20. En: *Estudios Penales y Criminológicos*, número XXII, Universidad Santiago de Compostela, 2000, p338 y 344. También en: *Revista Electrónica del Ciencia Penal y Criminología RECPC 03-02*, 2001, «[http://criminet.ugr.es/recpc/recpc\\_03-02.html#id](http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_03-02.html#id)», fecha de consulta: 25 de febrero del 2013.

siquiera una lesión del bien jurídico protegido o, en otras palabras, operando el consentimiento como causa de exclusión de tipicidad<sup>576</sup>.

Otro supuesto discutible en torno a los bienes jurídicos colectivos se da en los casos en los el bien jurídico corresponde a un titular colectivo determinado. En estos supuestos, un sector de la doctrina señala que sí debe otorgarse validez al consentimiento, siempre y cuando todos los miembros de dicho colectivo social determinado hayan otorgado el mismo; así, para Casas, "(...) en el supuesto de varios titulares, el consentimiento podrá ser eficaz cuando concurran los de todos ellos"<sup>577</sup>. En contra, otro sector de la doctrina propone la ineficacia del consentimiento en estos casos, en los que se debe distinguir entre la titularidad compartida y los intereses en juego<sup>578</sup>; no debiendo olvidarse que, en el caso de los bienes colectivos, no cabe establecer un vínculo directo, susceptible de un aprovechamiento inmediato para la autorrealización del individuo, sino más bien de localizar "(...) procesos de interacción que tienden a cubrir necesidades básicas de la sociedad en su conjunto y, por inclusión, eso sí, de todos los ciudadanos, en cuanto partícipes de dicha interacción social. Pero el individuo, aisladamente considerado, no se encuentra en una posición de dominio con respecto a estos bienes, dado que la posibilidad de aprovechamiento se atribuye a todos"<sup>579</sup>.

Respecto a este debate, Soto lo explica como "(...) un claro desenfoque derivado de la identificación entre titularidad compartida y bien jurídico compartido"<sup>580</sup>. Así, no debe confundirse el hecho de que nos encontremos frente a un bien jurídico individual que pueda ser compartido por un

---

<sup>576</sup> VÁSQUEZ-PORTOMEÑE. El consentimiento del ofendido... op. cit., p385.

<sup>577</sup> CASAS BARQUERO, Enrique. El consentimiento en el derecho penal, Universidad de Córdoba, Córdoba, 1987, p81.

<sup>578</sup> SOTO NAVARRO. La protección penal de los bienes colectivos... op. cit., p197.

<sup>579</sup> SOTO NAVARRO. Concreción y lesión de los bienes jurídicos colectivos... op. cit., p902-903.

<sup>580</sup> SOTO NAVARRO. La protección penal de los bienes colectivos... op. cit., p197.

conjunto de personas (como por ejemplo ocurre en el caso de los intereses patrimoniales que los socios puedan tener respecto de una persona jurídica); con el hecho de que nuestro ordenamiento proteja intereses colectivos (bienes colectivos) cuya titularidad corresponde a toda la sociedad en su conjunto. En estos casos, el bien jurídico que comparte el conjunto de personas (en el ejemplo propuesto, el patrimonio) no deja de ser individual; dado que el hecho de que un grupo de personas puedan compartirlo, no convierte a dicho bien jurídico (el patrimonio) en un bien jurídico colectivo<sup>581</sup>.

No obstante lo expuesto, esta confusión nos lleva a plantearnos la posibilidad de consentimiento por parte de las personas jurídicas. En estos casos, resulta evidente que la posibilidad de autodeterminación a efectos de una autorrealización y conforme con una ética personal, es propia de una persona natural y no de una persona jurídica. Por ello, en estos casos, el consentimiento sobre un bien jurídico individual y, por tanto, disponible, únicamente podrá ser dado por los sujetos individuales que componen el ente colectivo, no pudiendo –por ejemplo- disponer tan solo uno de los socios de una persona jurídica sobre los bienes de la misma, sin que los otros socios de ésta no hayan dado su consentimiento; a no ser que, de forma previa, estos hayan previsto que la decisión sobre los bienes de la persona jurídica pueda ser tomada exclusiva y únicamente por dicha persona. Lo mismo ocurrirá con los otros derechos que se consideran típicamente pueden ser ostentados por las personas jurídicas<sup>582</sup>, las que – en tanto ente abstractos- no pueden consentir por sí mismas; siendo

---

<sup>581</sup> "(...) el patrimonio no se erige en bien jurídico colectivo por el mero hecho de que su titularidad corresponda a una pluralidad de personas, sino que ello depende de la función que haya de desempeñar". Ibid., p197, nota 15.

<sup>582</sup> Sobre la capacidad de acción de los entes colectivos en los diversos ámbitos jurídicos, ver: CUADRADO RUIZ, María Ángeles. ¿Hacia la erradicación del principio "societas delinquere non potest"? En: MUÑOZ CONDE, Francisco (dir.). Problemas actuales del Derecho penal y de la criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p546-548.

siempre necesario que la disposición sea dada por los miembros (personas naturales) que la conforman<sup>583</sup>.

Ahora bien, sin perjuicio de las precisiones antes expuestas, respecto de los bienes jurídicos colectivos, en principio, no puede afirmarse la disponibilidad respecto de su lesión o puesta en peligro, siendo que las autorizaciones administrativas que pueden obtenerse a tal efecto, dependiendo del caso concreto, únicamente podrán operar como una causa de exclusión del tipo o como una causa de justificación; lo que dependerá de la redacción del tipo penal y de las exigencias impuestas por el legislador conforme con el principio de proporcionalidad. Conviene ahora analizar el consentimiento en los bienes jurídicos que sí son susceptibles de disposición por un único titular de derechos, es decir, el consentimiento en los bienes jurídicos individuales.

### **2.3. El consentimiento en los bienes jurídicos individuales**

#### **2.3.1. Disponibilidad de todos los bienes jurídicos individuales**

Conforme se ha señalado, los bienes jurídicos penales individuales o personales tienen por objeto viabilizar la autorrealización del individuo, por lo que se encuentran estrechamente vinculados con el libre ejercicio de la autonomía de la voluntad. Siguiendo este razonamiento, resulta evidente que, a efectos de alcanzar la realización personal, el individuo puede disponer de los mismos, en los casos en los que considere que su protección impide el desarrollo de su autorrealización, conforme con sus cánones personales. Así, el

---

<sup>583</sup> En contra, Velásquez Velásquez, para quien sí es posible que las personas jurídicas consientan, aunque no esgrime mayor fundamento respecto de esta posición, y refiriéndose al consentimiento, señala: "(...) *solo puede ser tenido en cuenta como causal excluyente cuando el titular del bien jurídico sea un individuo (persona natural o jurídica), (...)*". VELÁSQUEZ. Manual de Derecho penal. Parte General... op. cit., p409.

consentimiento sobre un bien jurídico personal excluirá de plano la comisión de un delito, no llegando a ser la conducta siquiera típica<sup>584</sup>, por no haberse afectado interés o valor protegido por el Derecho Penal: sólo se podrá afectar un bien jurídico penal cuando el titular del mismo considere que exista una afectación o peligro de afectación a su autorrealización, caso contrario, la intervención penal no tendrá mayor sentido.

En otras palabras, en la medida en que el reconocimiento y la protección de bienes jurídico penales tienen como objeto viabilizar la autorrealización del individuo (lo que a su vez implica un reconocimiento de su autodeterminación), éste puede disponer de cualquiera de ellos, ya que en dicha disposición se encuentra su autorrealización. Así, todos los bienes jurídico penales individuales no sólo protegerán el sustrato material que los conforman (léase la vida, la integridad, el patrimonio, entre otros); sino que, además, protegerán la posibilidad de disposición (elección) por parte del individuo sobre los mismos, es decir, la capacidad de disposición que permite la autodeterminación que es presupuesto de la dignidad. En esta línea, cuando se protege a la integridad como bien jurídico penal, con ésta no sólo se está protegiendo la integridad física y mental (salud) del individuo, sino también la posibilidad del mismo de decidir si quiere o no lesionar dicha integridad; deviniendo en totalmente atípica cualquier lesión (léase tatuaje, cicatriz o marca) que el titular del bien jurídico consienta realizarse a sí mismo, conforme con su ética personal y por considerarlo conforme y necesario para su autorrealización (dignidad)<sup>585</sup>.

---

<sup>584</sup> En este aspecto se profundizará en el siguiente capítulo.

<sup>585</sup> En esta línea, Bacigalupo señala: "(...) *en los bienes jurídicos disponibles, es decir, respecto de los que el consentimiento puede excluir la imputación, la acción sólo realiza el tipo en la medida en que importe una lesión del ámbito de dominio autónomo del sujeto pasivo: la lesión de su voluntad*

En resumen, a efectos del presente trabajo, considero que todos los bienes jurídico individuales son disponible, por proteger todos no solo el sustrato material que constituye su razón de ser (vida, libertad, patrimonio, etc); sino también la libertad de disposición sobre los mismos a efectos de alcanzar su autorrealización.

En la línea de lo expuesto, considero acertado lo propuesto por Cerezo Mir respecto a lo inadecuado del uso del término "consentimiento del ofendido"<sup>586</sup>. Este término no resulta apropiado por no poder considerarse ofendido al portador del bien jurídico que consiente en su lesión o puesta en peligro; ello sobre todo cuando, en los casos de consentimiento o lesión del bien jurídico individual protegido, ni siquiera se habrá efectuado conducta típica alguna que amerite la intervención del Derecho penal. Por esta razón, en mi opinión, es más adecuado hacer referencia al "consentimiento del titular del bien jurídico".

### **2.3.2. Rechazo a un paternalismo injustificado: El paternalismo como excepción frente a la imposibilidad de consentir**

Ahora bien, en la medida en que la dignidad supone alcanzar una autorrealización personal conforme con una ética personal, y en tanto ésta siempre será distinta y responderá a las vivencias y al entorno social de cada individuo; puede ocurrir que en algunas ocasiones lo considerado "ético por el individuo" no sea considerado "ético por el Estado". Un ejemplo de este conflicto es la prohibición de la

---

*respecto de la conservación del bien jurídico". BACIGALUPO, Enrique. Principios de Derecho Penal. Parte General, cuarta edición, Akal, Madrid, 1997, p200.*

<sup>586</sup> CERZO MIR. Curso de Derecho Penal Español. Parte General, II... op cit., p326, nota 1.

competencia conocida como "lanzamiento de enanos" (*lancer de nain*). Según esta práctica, personas de baja estatura son lanzadas hacia pisos o paredes recubiertas, efectuándose una competencia entre los equipos participantes, resultando como ganador quien lograra lanzar más lejos a la persona de baja estatura<sup>587</sup>. Esta práctica ha sido prohibida en algunos lugares<sup>588</sup>, por considerar que vulnera el valor que le conceden a la dignidad del resto de ciudadanos<sup>589</sup>; lo que es del todo discutible si no se atienden a las circunstancias por las que, quien consiente a ser lanzado, acepta realizar dicha práctica. Así, el consentimiento será válido en los casos en los que quien acepte ser lanzado lo haga libremente, totalmente informado de los riesgos de ser lanzado y siendo plenamente capaz para decidirlo; respondiendo dicha decisión a una elección personal en aras de la autorrealización de dicha persona y conforme con su ética propia. Esto mismo es lo que ocurre en el caso de las personas que deciden ejercer la prostitución (quienes normalmente realizan dicha labor para obtener dinero), o de los que desean ser toreros (quienes se exponen al riesgo de morir brutalmente asesinados por un toro), o de los que desean actuar en películas pornográficas (actores que

---

<sup>587</sup> Este ejemplo también ha sido usado por Velásquez para plantear el conflicto que puede existir entre lo considerado digno para un individuo y lo considerado digno para el Estado. Ver: VELÁSQUEZ JORDANA. Dignidad, Derechos Humanos y Bioética... op. cit., p109.

<sup>588</sup> Fue prohibida por el alcalde del pueblo Morsang-sur-Orge en Francia, por los estados de Florida y de Nueva York en Estados Unidos en la década del 90 y en Ontario – Canadá con la ley que prohíbe el lanzamiento de enanos emitida en el año 2003. No obstante ello, en el año 2011, el republicano estadounidense Ritch Workman, representante de Melbourne, lanzó la campaña "*No dejemos atrás a ningún enano lanzado*" y volvió a plantear su legalidad en Florida (Estados Unidos), proponiendo se restablezca esta práctica a fin de crear oportunidades de trabajo y señalando: "*El gobierno está actuando como un gran hermano cuando intenta controlar el libre albedrío de sus hermanos*". Ver: «<https://www.youtube.com/watch?v=gFSeJwuPdcM>», fecha de consulta 26 de enero del 2015; «[http://es.wikipedia.org/wiki/Lanzamiento\\_de\\_enano](http://es.wikipedia.org/wiki/Lanzamiento_de_enano)», fecha de consulta: 21 de enero del 2015; y, «[http://www.elmundo.es/america/2011/10/06/estados\\_unidos/1317937404.html](http://www.elmundo.es/america/2011/10/06/estados_unidos/1317937404.html)», fecha de publicación: 6 de octubre del 2011, 17:43 horas, fecha de consulta: 21 de enero del 2015.

<sup>589</sup> Argumento esgrimido por Manuel Wackenhien para evitar que se prohibiera esta práctica en la ciudad de Aix en Provence en Francia. Ver: VELÁSQUEZ JORDANA. Dignidad, Derechos Humanos y Bioética... op. cit., p109.

pueden ser mujeres, hombres y personas de pequeña estatura); en todos estos casos, si quien consiente a realizar estas prácticas lo hace porque considera dicha actividad importante para su autorrealización personal, difícilmente podrá afirmarse que se está afectando su dignidad, siendo que -en estos casos- el Estado no podrá restringir su derecho a elegir y a consentir poner en peligro su integridad física y su salud, únicamente por considerarlo una "práctica indigna e inmoral" a la luz del resto de sus miembros, máxime cuando el consentimiento brindado por el sujeto no afecta ningún derecho de terceros<sup>590</sup>.

En los ejemplos propuestos resulta clara la existencia de un conflicto entre el derecho a la autodeterminación personal de un sujeto (quien desea actuar conforme con su ética personal y por considerar esa actividad necesaria para su autorrealización personal) y el interés de parte del Estado de perseguir o prohibir conductas que (conforme con su concepción moral) considera pueden afectar la autorrealización o dignidad de sus miembros<sup>591</sup>; es decir, se evidencia el enfrentamiento existente entre las demandas de la autonomía y los denominados paternalismo y perfeccionismo estatal, poniéndose al descubierto la siguiente interrogante: *"¿Tiene la sociedad que intervenir y prohibir conductas ofensivas contra la dignidad aunque tengan su origen en la libre decisión de sus agentes?"*<sup>592</sup>.

---

<sup>590</sup> En defensa de la norma propuesta por el legislador Workman respecto a la legalidad del lanzamiento de enanos, por constituir una expresión de su libertad para autodeterminarse, se encuentra el actor cubano americano Juan Espinoza (persona pequeña de estatura), quien señala: *"Uno escoge lo que quiere hacer"*. En: Ver: «<https://www.youtube.com/watch?v=gFSeJwuPdcM>», fecha de consulta 26 de enero del 2015.

<sup>591</sup> *"Un conflicto que en términos legales y políticos se puede describir como el choque entre el derecho que le asiste a alguien para actuar libremente a la hora de elegir y perseguir o prohibir determinadas acciones amparándose en una concepción moral que tiene como núcleo a la dignidad"*. VELÁSQUEZ JORDANA. Dignidad, Derechos Humanos y Bioética... op. cit., p109.

<sup>592</sup> Ibid., loc. cit.

El paternalismo es entendido como una "(...) *interferencia en la libertad de acción de una persona justificada por razones que se refieren exclusivamente al bienestar, al bien, a la felicidad, a las necesidades, a los intereses o a los valores de la persona coaccionada*"<sup>593</sup>. Se distingue del perfeccionismo en que, mientras este último supone la imposición de ideales para obligar a las personas a ser mejores<sup>594</sup>; el paternalismo supone la imposición de conductas orientadas a evitar que las personas se dañen a sí mismas. No obstante esta distinción, tanto perfeccionismo cuanto paternalismo parten de la premisa de que existen planes de vida mejores que otros para los individuos, y que dichos planes suponen la realización de ideales de excelencia<sup>595</sup>; pero, por buscar imponer ideales o modelos de vida, a mi parecer, el perfeccionismo resulta insalvable en el marco de un Estado Constitucional moderno que tiene a la dignidad como premisa del ejercicio de todos los derechos fundamentales y valores protegidos por el ordenamiento jurídico; mientras que el paternalismo podrá ser admitido siempre y cuando se encuentre justificado y legitimado en contextos en los que el individuo no es capaz de decidir, consentir, ni mucho menos autodeterminarse.

No obstante lo expuesto, un sector de la doctrina defiende la imposición total de medidas paternalistas e incluso perfeccionistas, distinguiendo entre los conceptos de dignidad y libertad, y olvidando que la segunda es el presupuesto de la primera. Así, para González

---

<sup>593</sup> DWORKIN, Gerald. El paternalismo. Traducido por Jorge F. Malem Seña. En: BETEGÓN, Jerónimo y Juan Ramón DE PÁRAMO (dir.). Derecho y moral. Ensayos analíticos, Ariel, Barcelona, 1990, p148.

<sup>594</sup> El perfeccionismo "(...) *es la concepción según la cual es una misión legítima del Estado hacer que los individuos acepten y materialicen ideales válidos de virtud personal*". NINO. Ética y Derechos Humanos... op. cit., p413.

<sup>595</sup> VÁZQUEZ. Autonomía y responsabilidad individual... op. cit., p201.

Pérez, ante un conflicto entre la dignidad y la autonomía de la voluntad, prima la primera, señalando este autor: *"Y estará siempre justificada la actuación para impedir cualquier acto voluntario de un hombre que atente de cualquier forma a su dignidad. Que el Estado utilice con toda energía, dentro de los límites impuestos por el principio de proporcionalidad, los medios de que dispone para impedir que el hombre realice actos que le degraden no es atentar contra la dignidad. Es defender la dignidad"*<sup>596</sup>. Asimismo, agrega que a fin de determinar la existencia de un atentado contra la dignidad de una persona, deviene en irrelevante la voluntad de la misma, no debiendo confundirse la concepción de dignidad con la de libertad *"(...) aunque exista una aceptación libre por parte de la persona, ello no desvirtúa la calificación del acto atentatorio de la dignidad. En cuanto valor superior informante del Ordenamiento se impone indudablemente cualquiera que fuera la actitud del sujeto"*<sup>597</sup>.

En similar línea, defendiendo al paternalismo, aunque con varios matices, Dworkin justifica ciertas medidas paternalistas por considerarlas como una especie de póliza de seguros en las que el sujeto toma decisiones que pueden producir cambios irreversibles, es decir, para casos en los que el consentimiento crea situaciones en las que es difícil o imposible volver a la situación inicial en la cual se adoptó la decisión, lo que le impide que continúen realizando elecciones razonadas en el futuro para situaciones (verbigracia, la elección en el consumo de drogas)<sup>598</sup>; aceptar lo propuesto por Dworkin en estos casos implicaría partir del supuesto de que el ser humano no se encuentra en condiciones de tomar sus propias

---

<sup>596</sup> GONZÁLEZ PÉREZ. La dignidad de la persona... op. cit., p62.

<sup>597</sup> Ibid., p114.

<sup>598</sup> DWORKIN. El paternalismo... op. cit., p159.

decisiones, lo cual es contrario a la dignidad y al principio de autodeterminación conexo a ella<sup>599</sup>.

Asimismo, este autor considera hasta en cierto punto viables las medidas paternalistas que se impongan en los casos vinculados con decisiones que el sujeto toma bajo extremas presiones psicológicas y sociales (léase, las decisiones de suicidio), reflexionando incluso sobre la posibilidad de que el Estado impusiera medidas que desincentivaran dichas conductas, como es: no pagar los beneficios de seguridad social a los supervivientes, no permitir que dichas personas sean enterradas con el mismo estatus que los fallecidos de muerte natural, o incluso imaginar una Comisión del Suicidio compuesta por psicólogos y otros miembros elegidos por el candidato al suicidio, para reunirse y hablar con él, sin que su aprobación sea solicitada<sup>600</sup>; aspectos estos últimos que considero inviables en la práctica y que, en lugar de hacernos pensar en la viabilidad de medidas paternalistas, podrían implicar un cuestionamiento de la capacidad y validez de la elección de la persona sometida a dichas presiones psicológicas y sociales, lo que, evidentemente, invalidaría su consentimiento y ameritaría un tratamiento distinto.

Por último, Dworkin también propone como un tercer grupo de casos en los que podría viabilizarse la imposición de medidas paternalistas, los supuestos que involucran peligros insuficientemente comprendidos o incorrectamente apreciados por las personas afectadas, como es el caso de fumar cigarrillos, actividad que puede reducir la expectativa de vida e incluso conllevar a la muerte; en

---

<sup>599</sup> El análisis será distinto en el caso de menores o de personas incapaces que no se encuentra en la capacidad de consentir, ya que en este caso la elección que se realice no será válida. Sobre este punto se retomará más adelante.

<sup>600</sup> DWORKIN. El paternalismo... op. cit., p159.

estos supuestos, Dworkin señala que las medidas paternalistas se justificarían por ser todos los seres humanos propensos a hacer caso omiso de los peligros eventuales, aumentando y distorsionando los placeres inmediatos; aunque reconoce como difícil la labor de determinar la clase de casos en los que estaría legitimada tal intervención (pues lo mismo podría predicarse respecto de otras actividades totalmente aceptadas, como las de: escalar montañas peligrosas, torear, realizar deportes automovilísticos, entre otras)<sup>601</sup>; por esta razón, pese a lo expuesto, para este autor, en estos casos, es preferible admitir el paternalismo no en tanto medidas que impidan la realización de actividades, sino en tanto medidas con las que "*(...) se protege e intensifica la capacidad de los individuos de razonar y realizar sus propias decisiones*"<sup>602</sup>, no ofreciendo mayor explicación sobre este punto.

Por otro lado, en el polo opuesto, expresando un rechazo frontal del paternalismo, se encuentra Berlin, para quien las personas son seres autónomos dotados de una voluntad libre: "*(...) nada hay peor que tratarle como si no lo fueran, como si fueran objetos naturales manipulados por influencias causales, y criaturas que están a merced de estímulos externos, cuyas decisiones pueden ser manejadas por sus gobernantes por medio de amenazas de fuerza o de ofrecimientos de recompensas. (...)*"<sup>603</sup>. Este autor, al igual que Kant, rechaza la paternalismo por considerarlo el mayor despotismo imaginable, porque supone "*(...) tratar a los hombres como si no fuesen libres, sino material humano para que yo, benevolente*

---

<sup>601</sup> Ibid., p160.

<sup>602</sup> Ibid., p161.

<sup>603</sup> BERLIN. Cuatro ensayos sobre la libertad... op. cit., p207.

*reformador, los moldee con arreglo a los fines que yo he adoptado libremente, y no con arreglo a los suyos*<sup>604</sup>.

Lo cierto es que, alrededor del paternalismo, pueden encontrarse diversos niveles de intervención. En este punto, resulta útil la distinción realizada por Alemany, quien distingue entre un paternalismo fuerte y un paternalismo débil<sup>605</sup>. El primero parte del supuesto de que el estado normal de la mayoría de individuos es la incapacidad; mientras que el segundo considera que el estado normal de la mayoría de individuos es el de capacidad, siendo la incapacidad un estado de excepción que puede presentarse en los siguientes sentidos: a) Excepcional en tanto esencialmente transitorio, como ocurre en los casos de menores de edad o de sujetos con estados de enajenación transitorios; b) Excepcional, en tanto anormal con respecto al funcionamiento normal de la especie, como ocurre en el caso de las enfermedades mentales graves; y, c) Excepcional, en tanto afecta a las capacidades de los individuos sólo en relación con ciertas tareas. Para Alemany, "(...) *el paternalismo fuerte considera justificado que el Estado asuma el rol de padre, mientras que el paternalismo débil sólo aceptaría la justificación de concretas acciones paternalistas*"<sup>606</sup>.

Esto mismo ha sido señalado por Roxin, para quien, "*El paternalismo estatal, en la medida en que deba articularse a través del Derecho Penal, sólo puede justificarse en situaciones de déficit de autonomía*

---

<sup>604</sup> Incluso, más adelante este autor señala: "*El paternalismo es despótico, no porque sea más opresivo que la tiranía brutal, descarada e inculta, ni sólo porque ignore la razón trascendental que está encarnada en mi cuerpo, sino porque es un insulto a la concepción que tengo de mí mismo como ser humano, determinado a realizar mi propia vida de acuerdo con mis propios fines (no necesariamente racionales o benéficos) y, sobre todo, con derecho a ser reconocido como tal por los demás*". Ibid., p207 y p227-228.

<sup>605</sup> Sobre este punto, ver: ALEMANY, Macario. El paternalismo jurídico, Iustel, Madrid, 2006, p393.

<sup>606</sup> Ibid., loc. cit.

*del implicado (minoría de edad, anomalías psíquicas o personas que no alcanzan a comprender los riesgos para sí mismas)<sup>607</sup>.*

En similar sentido, justificando un paternalismo excepcional, **VÁZQUEZ** postula que, por regla general, el reconocimiento de la autonomía debe excluir las tesis paternalistas o perfeccionistas; legitimándose medidas de ese calibre únicamente cuando concurren dos condiciones: a) Cuando se constata la incompetencia del individuo para consentir respecto de la cesión de derechos que le han sido otorgados a efectos de su autorrealización personal<sup>608</sup>; y, b) Cuando existe un deber de intervenir por el sólo interés del individuo y no de un tercero (léase los casos en los que se busca evitar un daño para el individuo)<sup>609</sup>; en este último caso, el autor coloca como ejemplo un niño testigo de Jehová cuyos padres no desean que se le practique una transfusión sanguínea; aquí, Vázquez señala "(...) *el principio de autonomía de los padres, debe ceder ante el principio de paternalismo justificado que justifica la regla: «un padre no puede impedir que a su hijo se le trasfunda en caso de necesidad»*<sup>610</sup>.

En función a lo expuesto, considero que el recurso al paternalismo se encontrará justificado y legitimado cuando se trate de supuestos en los que el titular del bien jurídico individual no se encuentre en capacidad de consentir por existir un vicio de invalidez, es decir,

---

<sup>607</sup> ROXIN. ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho Penal?... op. cit., p450-451.

<sup>608</sup> Lo que para este autor ocurrirá en los siguientes casos: "1. Cuando ignora elementos relevantes de la situación en la que tiene que actuar; 2. Cuando su fuerza de voluntad es tan reducida o está tan afectada que no puede llevar a cabo sus propias decisiones; 3. Cuando sus facultades mentales están temporal o permanentemente reducidas; 4. Cuando actúa bajo compulsión; y 5. Cuando alguien que acepta la importancia de un determinado bien y no desea ponerlo en peligro, se niega a utilizar los medios necesarios para salvaguardarlo, pudiendo disponer fácilmente de ellos". Ver: VÁZQUEZ. Autonomía y responsabilidad individual... op. cit., p202.

<sup>609</sup> Ibid., p201-202.

<sup>610</sup> Ibid., p202.

cuando no se cumplan los requisitos o formalidades para la validez del consentimiento<sup>611</sup>; supuestos en los que el Estado podrá tomar medidas que restrinjan derechos, siempre y cuando éstas respondan al principio de proporcionalidad (idoneidad, necesidad y ponderación o proporcionalidad en sentido estricto)<sup>612</sup>.

### **2.3.3. Consentimiento brindado por el titular del bien jurídico individual.**

Sobre los bienes jurídicos individuales, la regla general será que el sujeto (titular del bien jurídico protegido) pueda consentir libremente, eligiendo, conforme con su propia ética personal, si realiza o no determinada conducta que pueda afectarlo o ponerlo en peligro; no siendo tolerada ninguna fórmula paternalista por parte del Estado, el que no tendrá justificada su actuación ni podrá imponer “modelos éticos o morales” ajenos para el titular del bien jurídico protegido<sup>613</sup>. Esta regla se aplicará en todos los casos en los que el consentimiento sea posible por cumplirse con los requisitos de validez para su emisión, en tanto -de no encontrarse el sujeto en la capacidad de consentir, o de faltar algún requisito o formalidad para la validez del consentimiento-, cabrá la aplicación de alguna medida paternalista excepcional orientada hacia la autorrealización del individuo y emitida conforme con el principio de proporcionalidad.

---

<sup>611</sup> "(...), la capacidad de una persona para tomar decisiones por sí misma y en su propio beneficio –que es lo que se entiende por ejercicio de la autonomía personal- es un prerrequisito ineludible para que pueda hablarse de consentimiento". BUISÁN ESPELETA, Lydia. Artículo 6. Consentimiento. En: CASADO (coordinadora). Sobre la dignidad y los principios... op. cit., p209. Sobre los requisitos para la validez del consentimiento, ver apartado 4. del tercer capítulo ("Requisitos para la validez del consentimiento").

<sup>612</sup> En igual línea, ALEMANY. El paternalismo jurídico... op. cit., p397-398.

<sup>613</sup> Lamentablemente, como se verá en el último capítulo, esta no ha sido la opción seguida por los legisladores de España, Brasil ni Perú.

Ahora bien, sin perjuicio de lo expuesto, en la práctica, pueden surgir "(...) *medidas aparentemente paternalistas que, sin embargo, no están dirigidas a suplir la voluntad de los individuos sino a hacerla efectiva*"<sup>614</sup>. Este es el caso en que el Estado, sin evitar que el individuo se autodetermine en función a su ética personal y, por tanto, tome una decisión respecto de la disponibilidad o no de su bien jurídico; exige el cumplimiento de ciertos requisitos orientados a que pueda encontrarse en mejores condiciones para elegir y conseguir su autorrealización personal. Así, por ejemplo, en algunas ocasiones, el legislador exige que, antes de disponer sobre determinado bien jurídico, el individuo cumpla con recibir la información adecuada y necesaria que asegurará que su elección sea libre. En esta línea, Nino afirma: "*Otras medidas paternalistas podrían compaginar con el principio de autonomía en la medida en que promuevan y no menoscaben la libertad de elección de formas de vida, proveyendo la información que pueda resultar relevante (como la que se refiere a los daños del consumo de tabaco), haciendo más difíciles ciertos pasos y obligando de esa manera a que se medite más cuidadosamente acerca de ellos (como en el caso de los trámites para el casamiento y el divorcio), eliminando ciertas presiones que pueden determinar que se tomen decisiones autodañosas (...)*"<sup>615</sup>.

Un claro ejemplo de ello es lo establecido por el legislador español respecto del aborto. Este delito se encuentra regulado en el artículo 145bis del Código penal español, el que a la letra establece: "*1. Será castigado (...), el que dentro de los casos contemplados en la ley, practique un aborto: a) Sin haber comprobado que la mujer haya recibido la información previa relativa a los derechos, prestaciones y*

---

<sup>614</sup> NINO. Ética y Derechos Humanos... op. cit., p295.

<sup>615</sup> Ibid., p415-416.

*ayudas públicas de apoyo a la maternidad; b) sin haber transcurrido el período de espera contemplado en la legislación; (...) 3. La embarazada no será penada a tenor de este precepto". Este artículo debe leerse junto con lo establecido en el artículo 14 de la Ley Orgánica 2/2010<sup>616</sup>, que regula la interrupción del embarazo a petición de la mujer, en el que se señala: "Podrá interrumpirse el embarazo dentro de las primeras catorce semanas de gestación a petición de la embarazada, siempre que concurren los requisitos siguientes: a) Que se haya informado a la mujer embarazada sobre los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad, en los términos que se establecen en los apartados 2 y 4 del artículo 17 de esta Ley. b) Que haya transcurrido un plazo de al menos tres días, desde la información mencionada en el párrafo anterior y la realización de la intervención".*

Como se observa, dentro de las primeras catorce semanas de embarazo, el legislador permite a la mujer consentir respecto de su aborto, pero una vez que haya recibido la información necesaria para brindar un consentimiento válido, libre e informado. Es decir, el legislador no impide a la mujer tomar una decisión que considere necesaria para su autorrealización personal, pero sí busca asegurar que la misma cuente antes con toda la información necesaria e incluso con un plazo mínimo de 3 días para reflexionar sobre la misma, imponiéndole requisitos que reflejan cierto paternalismo justificado orientado a asegurar que la decisión que se tome realmente contribuya con la realización personal del ser humano.

---

<sup>616</sup> Ley de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, publicada en el BOE número 55 del 4 de marzo de 2010 y vigente en España desde el 5 de julio del mismo año.

Ahora bien, con relación al consentimiento brindado por el titular del bien jurídico protegido, como se mencionó anteriormente, debe recordarse que, si bien se reconoce la libertad del individuo para alcanzar su autorrealización personal, los derechos respecto de los que se puede consentir no son absolutos, sino relativos; razón por la que la disposición de los bienes individuales encontrará como límite la no afectación de la autorrealización de otras personas (el no daño a terceros). Así, por ejemplo, una persona no podría alegar su derecho a la libertad para negarse a seguir las medidas de seguridad dispuestas por el Estado a partir de una epidemia que atente contra la salud de todos sus miembros; dado que dicha negativa significaría un claro peligro para la salud y, por ende, para la autorrealización de los demás miembros de la sociedad, debiendo sacrificarse su libertad religiosa en aras de la salud pública (de la integridad del entorno social).

En estos casos, el legislador, mediante la adopción de medidas paternalistas, excepcionalmente subroga el consentimiento del titular del bien jurídico, incluso a pesar de ser éste una persona plenamente capaz de decidir. Para Dieterlen<sup>617</sup>, esta medida se efectúa y legitima a partir de un análisis de daños y riesgos que evidencie un peligro inminente para un bien jurídico colectivo (ejemplo, salud pública) del cual depende la realización de todos los miembros de la sociedad, y tomando en cuenta las metas que se persiguen en la comunidad; así, frente a estos casos, afirma que, para que el paternalismo sea justificado, el Estado debe tomar en consideración por lo menos los siguientes aspectos: 1. El grado de probabilidad del daño, 2. La

---

<sup>617</sup> DIETERLEN, Paulette. Paternalismo y Estado de Bienestar. En: *Doxa*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, N° 5, Centro de Estudios Constitucionales y Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, Alicante, 1988, p189.

gravedad del daño comparada con el riesgo que resulta de realizar la acción paternalista, 3. El legislador tiene que estar convencido de que el objetivo que se persigue con una acción paternalista es importante para la comunidad en su conjunto, 4. La acción paternalista debe justificarse como la mejor opción para alcanzar la meta propuesta.

En tal sentido, no debe olvidarse que la autorrealización se efectúa dentro de un entorno social y que el límite para el consentimiento es la no afectación de un tercero; pudiendo siempre recurrirse a la ponderación frente a cualquier conflicto que surja entre dos o más bienes jurídicos individuales, o entre bienes jurídicos individuales y bienes jurídicos colectivos.

#### **2.3.4. Consentimiento brindado por terceros ajenos al bien jurídico respecto del que se dispone**

Como se analizará en el siguiente capítulo, para que el consentimiento sea válido es necesario que el titular del bien jurídico se encuentre en capacidad de entender los alcances de su decisión y de elegir conforme con sus cánones éticos personales. Por ello, no pueden consentir quienes sufran de algún tipo de capacidad mental disminuida o trastorno compulsivo que les impida tomar una decisión orientada a su autorrealización personal.

En el siguiente apartado se analizará el mecanismo que se sigue para determinar la incapacidad de una persona en sede civil, a fin de evaluar si el mismo es de aplicación en sede penal.

### 2.3.4.1. Especial referencia al tratamiento de la declaratoria de incapacidad en sede civil y en sede penal

En sede civil, para que una persona sea considerada incapaz, tal condición debe ser expresamente declarada por el juzgador en un pronunciamiento judicial; de manera que, para poder aplicar los efectos de la incapacidad establecidos en las normas, velar por dicha persona discapacitada y restringir sus posibilidades de autodeterminación en aras de su bienestar (nombrarle un tutor o curador, internarle en un centro de atención especial, establecer que carece de un consentimiento para disponer de sus bienes, subrogarle en la administración de los mismos, entre otros); se hace indispensable que su condición de incapaz sea determinada y reconocida en una sentencia judicial. Es decir, la capacidad de una persona se presume en el ámbito civil (existe una "presunción de capacidad"), considerándola incapaz únicamente luego del pronunciamiento de una sentencia judicial; debiendo circunscribirse tal incapacidad a lo estrictamente señalado por el juzgador (puede ocurrir que la incapacidad se genere sólo en algunos ámbitos de actuación del sujeto y no en todos). Ésta es la línea que ha sido seguida por el legislador español, quien en el artículo 199 del Código Civil establece expresamente que *"Nadie puede ser declarado incapaz sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley"*<sup>618</sup>. También se exige en Perú<sup>619</sup> la

---

<sup>618</sup> Respecto a las causas de incapacitación, éstas se encuentran reguladas en el artículo 200 del mismo código.

<sup>619</sup> **Artículo 581 del Código Procesal Civil peruano de 1993.-** *"La demanda de interdicción procede en los casos previstos por los incisos 2. y 3. del Artículo 43 y 2. a 7. del Artículo 44 del Código Civil. [supuestos de incapacidad absoluta y relativa]. La demanda se dirige contra la persona cuya interdicción se pide, así como con aquellas que teniendo derecho a solicitarla no lo hubieran hecho".*

declaratoria de la incapacidad a través de un proceso de interdicción, no pudiendo ésta generar efectos jurídicos sino hasta el pronunciamiento judicial, e inscribiéndose en los Registros Públicos tanto la resolución que declara la incapacidad, cuanto las sentencias que impongan la interdicción civil<sup>620</sup>. En Brasil, el tratamiento es similar<sup>621</sup>, exigiéndose también que la interdicción sea inscrita en el Registro<sup>622</sup>.

La pregunta que surge al respecto es si la misma "presunción de capacidad" de todos los sujetos seguida en el ámbito civil, puede también ser aplicada en sede penal. Considero que dicha presunción sí es aplicable en sede penal, lo que se condice con el hecho de que el procesado por un delito, tenga que probar - en caso de existir- la concurrencia de un supuesto de inimputabilidad (anomalía psíquica, trastorno mental transitorio, alteración de la conciencia, entre otros) o de un supuesto de exculpación (miedo insuperable, estado de necesidad exculpante, supuesto de error), para demostrar que no es responsable penalmente; siendo que el juez penal únicamente le eximirá de responsabilidad penal en la medida en que se logre acreditar la concurrencia de dichos supuestos que afectan la culpabilidad del sujeto, caso contrario, éste tendrá que

---

<sup>620</sup> **Artículo 2030 del Código Civil peruano de 1984.-** "Se inscriben en este registro: 1. Las resoluciones en que se declare la incapacidad y las que limiten la capacidad de las personas. (...). 3. Las sentencias que impongan inhabilitación, interdicción civil o pérdida de la patria potestad".

<sup>621</sup> **Artículo 1.773 del Código civil brasileiro de 2002.-** "La sentencia que declara la interdicción produce efectos inmediatamente, pero sujeta a recurso". Traducción libre del siguiente texto: "A sentença que declara a interdição produz efeitos desde logo, embora sujeita a recurso".

<sup>622</sup> **Artículo 9 del Código civil brasileiro de 2002.-** "Serán registrados en Registro Público: (...) III. La interdicción por incapacidad absoluta o relativa; (...)". Traducción libre del siguiente texto: "Serão registrados em registro público: (...) III. a interdição por incapacidade absoluta ou relativa; (...)".

responder, "presumiéndose su capacidad" (imputabilidad) respecto del hecho cometido<sup>623</sup>.

La gran diferencia que surge entre el ámbito civil y el ámbito penal es que, mientras en el primero, la prueba de la incapacidad se genera a partir de una sentencia judicial que así lo declare; en el ámbito penal, no resulta necesario que la incapacidad sea declarada judicialmente para eximir a una persona de responsabilidad penal<sup>624</sup>. Así, un juez podría eximir de responsabilidad penal a una persona que sufriera de demencia, sin existir en sede civil una sentencia judicial que la haya declarado incapaz; basando la exención de pena únicamente en las pruebas actuadas en juicio respecto de su imposibilidad para responder penalmente (pericias psicológicas, informes médicos, declaraciones de los peritos, etc.). Más aún, en aras del principio de unidad en el ordenamiento jurídico, lo lógico incluso sería que el juez penal -luego de acreditada la inimputabilidad del sujeto- cursara los actuados al fiscal especializado en la materia, para que el mismo iniciara un proceso de interdicción o de pérdida de capacidad ante el juez competente; generándose, luego de ello, con posterioridad, la sentencia que declara a dicha persona como incapaz. Así por ejemplo, en el ordenamiento español, el artículo 757.3 de la Ley de Enjuiciamiento civil estipula: "*Cualquier persona está facultada para poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los*

---

<sup>623</sup> Sobre los supuestos de inimputabilidad y exculpación que afectan la responsabilidad del sujeto, ver: ROXIN. Derecho Penal, Parte General. Tomo I... op. cit., p822ss.

<sup>624</sup> "*Aquí, se trata, pues, de una **figura jurídica autónoma del Derecho penal** en la que los requisitos para su eficacia tan sólo se determinan dependiendo de si la aprobación del ataque al objeto de la acción protegido es expresión de la libertad personal de decisión del titular del bien jurídico reconocida por el Ordenamiento*". JESCHECK, Hans-Heinrich y Thomas WEIGEND. Tratado de Derecho Penal. Parte General, traducido por Miguel Olmedo Cardenete, quinta edición, Comares, Granada, 2002, p409.

*hechos que puedan ser determinantes de la incapacitación. Las autoridades y funcionarios públicos que, por razón de sus cargos, conocieran la existencia de posible causa de incapacitación en una persona, deberán ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal”.*

Bajo esta lógica, a efectos del consentimiento, en la medida en que se presume la capacidad de la persona, en principio se considerará que todo sujeto puede consentir respecto de su bien jurídico individual; salvo que, las circunstancias del caso evidencien que ello no es correcto y que realmente nos encontramos frente a una situación de incapacidad que invalida el consentimiento de dicho sujeto. En estos casos, al igual como ocurre en la culpabilidad, tampoco será necesario, para acreditar la incapacidad para consentir, que dicho análisis sea realizado a partir de una sentencia judicial que declare a dicha persona como incapaz, pudiendo recurrirse a otros elementos probatorios idóneos para tal fin (verbigracia, informes periciales).

Lo interesante de que una persona incapacitada disponga de su bien jurídico individual, son las posibles responsabilidades penales que ello puede generar a otros sujetos que interactúen con ésta con ocasión de la disposición de dicho bien jurídico. Respecto a este punto, pueden distinguirse dos situaciones:

- a) Situaciones en las que la incapacidad de la persona es visible, notoria o evidente para el sujeto con quien interactúa para la disposición de su bien jurídico. En estos supuestos, el sujeto que interactuó con el incapaz tendrá que responder

penalmente por haber afectado su bien jurídico, esto incluso a pesar del consentimiento dado por éste, ya que el mismo deviene en inválido por no haber sido otorgado por una persona capaz.

Esto, por ejemplo, ocurriría en el caso en que una mujer adulta con notorio retardo mental consintiera sostener relaciones sexuales con un sujeto mayor de edad. Para este último (así como para cualquier persona) resultaría evidente que el consentimiento de dicha mujer no sería válido, por no tener capacidad para disponer de su bien jurídico libertad sexual. Por ello, sin necesidad de exigirse una sentencia judicial que determinase la incapacidad de dicha mujer, ese sujeto podría ser condenado por el delito de violación de persona en incapacidad de resistencia, luego de determinar el juez penal que la mujer no era una persona capaz, que su consentimiento no era válido y que, por ende, se afectó su bien jurídico protegido. En el ordenamiento español, este tipo penal se encuentra regulado en el artículo 181 del Código penal<sup>625</sup>, mientras que en el ordenamiento peruano se encuentra regulado en el artículo 172<sup>626</sup> y en el

---

<sup>625</sup> **Artículo 181 del Código penal español.-** "1. El que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona, será castigado, como responsable de abuso sexual, con la pena de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses. 2. A los efectos del apartado anterior, se consideran abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de **cuyo trastorno mental** se abusare, así como los que se cometan anulando la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto. (...) 4. En todos los casos anteriores, cuando el abuso sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado con la pena de prisión de cuatro a diez años. (...)". El resaltado es propio.

<sup>626</sup> **Artículo 172 del Código penal peruano.-** Violación de persona en incapacidad de resistencia: "El que tiene acceso carnal con una persona por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías,

ordenamiento brasileño se encuentra regulado en los artículos 213<sup>627</sup> y 224<sup>628, 629</sup>.

- b) Situaciones en las que la incapacidad de la persona no es visible, notoria ni evidente para el sujeto con quien interactúa para la disposición de su bien jurídico. En estos supuestos nos encontraremos frente a la existencia de un error, debiendo analizarse las posibilidades que tenía el sujeto que interactuó con la persona incapaz para salir o no del mismo. Así, el tratamiento que se dará a la responsabilidad penal del sujeto será el de un error de tipo, dado que el sujeto actuó erróneamente en la creencia de que no generaba daño alguno al bien jurídico protegido; es decir, se configura un error respecto al presupuesto necesario para la configuración de la situación típica, que es la lesión a un bien jurídico protegido<sup>630</sup>. De manera que, si el error resulta invencible, la consecuencia será la exclusión del dolo; mientras que, si el error resulta vencible, la

---

*conociendo que sufre anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia, **retardo mental** o que se encuentra en incapacidad de resistir, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de veinte ni mayor de veinticinco años (...)*". El resaltado es propio.

<sup>627</sup> **Artículo 213 del Código Penal brasileño.**- "*Forzar a una mujer para el acceso carnal, mediante violencia o grave amenaza. Pena – reclusión de seis a 10 años*". Traducción libre del siguiente texto: "*Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça: Pena - reclusão, de seis a dez anos*".

<sup>628</sup> **Artículo 224 del Código Penal brasileño.**- "*Se presume la violencia si la víctima: (...) b) es alienada o débil mental, y el agente conocía de esa circunstancia*". Traducción libre del siguiente texto: "*Presume-se a violência, se a vítima: (...), b) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância*".

<sup>629</sup> En el ámbito civil, también cabría interponer acciones de responsabilidad, en caso que, siendo notoria la discapacidad, el sujeto con quien interactuó la persona discapacitada pudiera haber ocasionado un daño para el incapacitado o para terceros. Este sería el caso del notario que, siendo evidente la discapacidad del sujeto, le permite firmar una escritura pública disponiendo de sus bienes.

<sup>630</sup> El error de tipo se presenta cuando existe un error en los elementos que fundamentan la prohibición, y no meramente un error sobre la prohibición (error de prohibición). LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Lecciones de Derecho Penal. Parte General, segunda edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p259.

consecuencia será la reconducción del tipo doloso hacia su modalidad imprudente (en caso de encontrarse tipificada esta última)<sup>631</sup>.

Esto, por ejemplo ocurrirá con el sujeto que sostiene relaciones sexuales con una menor de 16 años, en la creencia de que la misma era mayor de edad y que, por tanto, podía disponer libremente de su bien jurídico libertad sexual. En estos casos, en la medida en que se trata de una persona incapaz para disponer respecto de dicho bien jurídico individual, el consentimiento brindado no será válido, habiéndose lesionado el bien jurídico protegido por el tipo e incurriéndose en un error por parte de la persona que mantuvo relaciones sexuales con ella. Aquí, si de los elementos probatorios en el caso, se deduce que no era posible que el imputado saliera del error respecto de la edad de la menor (ejemplo, la conoció en una discoteca a la que sólo se permiten ingresar mayores de 18 años, se encuentra muy desarrollada físicamente, etc.), entonces nos encontraríamos frente a un error de tipo invencible que conllevaría a la no sanción penal; mientras que, si por el contrario, se evidenciara en el caso concreto que cualquier persona medianamente diligente hubiera podido percibir que se trataba de una persona menor de 16 años<sup>632</sup>, entonces nos encontraríamos frente a un error de tipo vencible que traería como consecuencia la aplicación del tipo penal en su

---

<sup>631</sup> "(...), el error sobre la concurrencia de los presupuestos de una causa de atipicidad por ausencia ya de todo indicio de injusto, o de una causa de exclusión sólo de la tipicidad penal, es un error de tipo, que excluye el dolo y da lugar a imprudencia o a su ausencia según sea objetivamente vencible o invencible". Ibid., p287.

<sup>632</sup> En España, 16 años; en Perú y en Brasil, 14 años de edad.

modalidad imprudente; la que, por no existir, no podría ser aplicada, generándose la no sanción penal.

Hasta aquí, he venido proponiendo la aceptación de medidas paternalistas estatales únicamente en los casos en los que el sujeto no se encuentra capacitado para disponer sobre su bien jurídico individual o para los casos en los que dicha disposición pueda afectar la autorrealización de otras personas, proponiendo la libertad de actuación y disposición (necesaria para la autorrealización) respecto de todos los bienes jurídicos individuales, por llevar los mismos, como componente intrínseco, la libertad de decisión de todo sujeto. Sin embargo, de *lege lata*, resulta necesario poner de relieve que la mayoría de ordenamientos jurídicos no respeta esta regla (la que constituye una propuesta de *lege ferenda*), sino que mantiene la vigencia de medidas paternalistas injustificadas respecto a ciertos bienes jurídicos en los que considera no cabe disposición por parte del individuo<sup>633</sup>. En esta línea, y sin dejar de rechazar este paternalismo injustificado, a efectos prácticos, resulta importante analizar cuál debe ser el tratamiento que se dé al

---

<sup>633</sup> Esto es lo que ocurre en España, Perú y Brasil, donde no se da validez al consentimiento respecto del bien jurídico vida cuando un tercero colabora con el suicidio en los actos de disposición, y se sanciona a dicho tercero a través del homicidio piadoso. Así, el artículo 143.4 del Código Penal español señala: "*El que causare o cooperare activamente con actos necesarios y directos a la muerte de otro, **por la petición expresa**, seria e inequívoca de éste, en el caso de que la víctima sufriera una enfermedad grave que conduciría necesariamente a su muerte, o que produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar, será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a las señaladas en los números 2 y 3 de este artículo.*". El artículo 112 del Código Penal peruano señala: "*El que, por piedad, mata a un enfermo incurable que **le solicita de manera expresa y consciente** para poner fin a sus intolerables dolores, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años*". El artículo 121.1 del Código Penal brasileño señala: "*Si el agente comete el crimen impelido por un motivo de relevante valor social o moral, o bajo el dominio de emoción violenta, después de una provocación injusta por la víctima, el juez puede reducir la pena de un sexto a un tercio*"; traducción libre del siguiente texto: "*Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, ou juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço*"

error en los casos en los que equivocadamente un tipo penal prevea la imposibilidad de consentir por parte del titular del bien jurídico protegido. En estos supuestos, cuando exista un error en la posibilidad de ejercer dicho consentimiento, éste error será tratado como un error de prohibición y no como un error de tipo; por configurarse como un error en la mera prohibición de la conducta. Sobre este punto, Luzón Peña señala "*(...) la creencia errónea de estar amparado por una causa de atipicidad o de exclusión de la tipicidad penal no admitida por el ordenamiento (p.ej. creer que el consentimiento del afectado en el homicidio hace la conducta ya atípica por carecer de toda relevancia jurídica o que al menos excluye su tipicidad penal), (...) sería (...) un error de prohibición (...)*"<sup>634</sup>.

En el siguiente apartado, se analizarán los supuestos en los que, frente a la incapacidad del sujeto para hacer uso de su libertad y elegir conforme con su ética personal, cabe su subrogación.

#### **2.3.4.2. Supuestos de subrogación del titular del bien jurídico en la toma de decisión. Requisitos y límites**

En un Estado Social y Democrático de Derecho en el que la legitimidad de la intervención penal gira en torno al respeto por la dignidad y la libre autodeterminación del ser humano (lo que implica considerarle capaz de decidir y elegir lo que más le conviene para alcanzar su autorrealización), no caben conductas o normas paternalistas. De manera que, cualquier intervención estatal en la que a un individuo, capaz de hacerlo, no se le deje

---

<sup>634</sup> LUZÓN PEÑA. Lecciones de Derecho Penal... op. cit., p287-288.

decidir sobre lo que más le conviene para su autorrealización personal, devendrá en contraria a los objetivos y límites de la actuación del Estado, salvo las excepciones antes señaladas (medidas paternalistas justificadas).

La interrogante que subsiste es qué ocurre en los casos en los que la persona no se encuentre en capacidad de decidir qué es lo que más le conviene para su autorrealización personal, es decir, los casos de menores de edad, deficientes mentales, inimputables, enfermos que no pueden manifestar su voluntad, entre otros.

En estos casos, conforme con lo que ya se ha señalado, resulta admisible un paternalismo excepcional, el mismo que estaría justificado por la incapacidad de la persona para autodeterminarse y elegir lo que considera necesario para su autorrealización (es decir, por su incapacidad para brindar un consentimiento válido). En igual sentido, Atienza hace alusión a un paternalismo justificado éticamente: *"Una medida o una norma paternalista está justificada éticamente si y sólo si: a) Está realmente encaminada hacia la consecución del bien objetivo de una persona o una colectividad; b) Los individuos o la colectividad a quien se aplica o destina la medida no pueden prestar su consentimiento por poseer algún tipo de incapacidad básica –transitoria o no-, y c) Se puede presumir racionalmente que estos prestarían su consentimiento si no estuvieran en la situación de incapacidad indicada en b) y (por tanto) conocieran cuál es realmente su bien"*<sup>635</sup>.

---

<sup>635</sup> ATIENZA, Manuel. Paternalismo y consenso. En: PECES-BARBA (director). El fundamento de los derechos humanos... op. cit., p82-83.

Aparentemente, esta misma lógica habría sido recogida en el artículo 5 de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO del 19 de octubre de 2005, el que señala: "*Se habrá de respetar la autonomía de la persona en lo que se refiere a la facultad de adoptar decisiones, asumiendo la responsabilidad de éstas y respetando la autonomía de los demás. **Para las personas que carecen de la capacidad de ejercer su autonomía, se habrán de tomar medidas especiales para proteger sus derechos e intereses***" (el resaltado es propio).

Anteriormente, en similar sentido, el artículo 5 de la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los derechos humanos, del 11 de noviembre de 1997, estableció: "*(b) En todos los casos, se recabará el consentimiento previo, libre e informado de la persona interesada. **Si ésta no está en condiciones de manifestarlo, el consentimiento o autorización habrán de obtenerse de conformidad con lo que estipule la ley, teniendo en cuenta el interés superior del interesado. (...) (e) Si en conformidad con la ley una persona no estuviese en condiciones de expresar su consentimiento, sólo se podrá efectuar una investigación sobre su genoma a condición de que represente un beneficio directo para su salud, y a reserva de las autorizaciones y medidas de protección estipuladas por la ley. (...)***" (el resaltado es propio).

Ahora, probablemente una de las labores más complicadas en torno a la capacidad para consentir sea la determinación de los sujetos que no se encuentran aptos para brindar su

consentimiento respecto de un bien jurídico penal protegido. Esta labor puede depender de muchos factores y no guarda una regulación uniforme en todos los ordenamientos jurídicos. No obstante ello, tradicionalmente se considera que pueden elegir, quienes ostentan capacidad para obrar<sup>636</sup>, encontrándose excluidos de dicha capacidad los siguientes grupos de personas, quienes no podrían consentir respecto de su propio bien jurídico penal individual:

- a) Quienes brindan su consentimiento **actuando bajo compulsión**<sup>637</sup>. En estos casos, resulta evidente que el sujeto no podrá elegir, en la medida en que su consentimiento no será válido por concurrir un vicio en su voluntad. Aquí pueden incluirse todos los casos de personas que actúan bajo el uso de drogas, estupefacientes (toxicómanos), alcohol (ebrios habituales), entre otras sustancias que puedan alterar su voluntad y hacerlas actuar de forma compulsiva. En estos casos, luego de un proceso de interdicción (de incapacidad) el juzgador nombrará una persona que será asignada como responsable del incapacitado; siendo éste quien –cuando así lo estipule el ordenamiento jurídico- consienta por el titular del bien

---

<sup>636</sup> "La capacidad de obrar es la aptitud de la persona para llevar a cabo, eficazmente, actos jurídicos; es decir para que la actuación en el tráfico jurídico sea reconocida y se mantenga (...) puede estar restringida en cuanto toma como presupuesto la denominada capacidad natural. La capacidad natural se identifica con la aptitud para entender y decidir la conducta que se hace y su alcance, y depende del grado de madurez intelectual de la persona para tomar decisiones y asumir las consecuencias que se derivan". GETE-ALONSO Y CALERA, Ma. Del Carmen. Capítulo 2. Capacidad – Incapacitación. En: GETE-ALONSO Y CALERA, Ma. Del Carmen (dir.). La protección civil de las personas sometidas a manipulación mental, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p30.

<sup>637</sup> "(...) por ej. una persona adicta al uso de estupefacientes, que se halla bajo estos efectos (...)". KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida y Nora LLOVERAS. Artículo 7. Personas carentes de la capacidad de dar su consentimiento. En: CASADO (coordinadora). Sobre la dignidad y los principios... op. cit., p233.

jurídico inhabilitado. Mientras tanto, dependiendo del grado de dependencia o compulsión, podrá consentir sobre sus bienes jurídicos; siempre y cuando no afecte con ello la autorrealización de los otros miembros de la sociedad.

- b) Quienes tengan las **facultades mentales temporal o permanentemente reducidas**, como por ejemplo ocurre con los discapacitados psíquicos y con quienes sufren de alguna deficiencia o enfermedad mental (sicosis, esquizofrenia, paranoia, entre otros). En estos casos, la persona no podrá emitir un consentimiento válido, por carecer de un vicio en la voluntad, al no ser capaz de darse cuenta de lo que realmente desea para alcanzar su autorrealización. En estos supuestos, quien podrá consentir será un tercero que haya sido nombrado para tal fin; debiendo su decisión siempre procurar el bienestar de la persona discapacitada.
- c) Quienes no se encuentran en condiciones de tomar decisiones propias por encontrarse con alguna **deficiencia o enfermedad física** que se los impida. Esto ocurre por ejemplo con las personas que se encuentran en coma, o con las personas sedadas por algún medicamento necesario para combatir algún problema médico o enfermedad, o con las personas que sufren de muerte cerebral, o quienes sufren de alguna enfermedad que les impide manifestar su consentimiento. En todos estos casos, en la medida en que el consentimiento no se brinde conforme con sus requisitos de validez, el mismo no podrá servir para disponer de algún bien jurídico individual; haciéndose necesario que un tercero

se subroga en el lugar del titular del bien jurídico protegido. Así, por ejemplo, quien tome la decisión respecto de una operación en la que se encuentra en riesgo la vida de una madre gestante y la de su hijo, será normalmente el esposo; por no encontrarse la madre en posibilidad de consentir.

- d) A quienes se les ha **restringido algún derecho y se encuentren bajo la protección y cuidado de un tercero**. Este es el caso de los que permanecen internados en un centro penitenciario, en un centro psiquiátrico o en cualquier entidad en la que se encuentren en una relación de dependencia. En estos casos, en la medida en que el cuidado de dicha persona se encuentra a cargo del tercero, éste tendrá que velar por su bienestar, viéndose limitadas sus posibilidades de consentir respecto de sus bienes jurídicos individuales. Un claro ejemplo se da en las huelgas de hambre que ocurren en los centros penitenciarios como mecanismos de protesta y reclamo, aquí el titular del bien jurídico no podrá alegar su derecho a disponer sobre su vida para morir por inanición, dado que su vida y bienestar se encuentran a cargo del funcionario encargado de su cuidado, quien evitará que esto ocurra.
- e) Los **menores de edad**, quienes el legislador considera que no se encuentran en capacidad de brindar un consentimiento válido, teniendo que hacerlo por ellos un tercero que normalmente ostenta la patria potestad. Este punto es cuestionable y puede variar en función a la legislación de cada Estado, alcanzándose la mayoría de edad normalmente a los 18 años. Así, por ejemplo, en el ordenamiento español,

si bien no se exige la capacidad como requisito esencial para la celebración de un contrato, el artículo 1263 del Código Civil regula expresamente los grupos de personas que no pueden prestar uno, como es el caso de los menores no emancipados<sup>638</sup>. En el ordenamiento peruano también se excluye a los menores de edad, considerando como incapaces absolutos a los menores de 16 años<sup>639</sup> y como incapaces relativos a los menores entre 16 y 18 años<sup>640</sup>. La legislación brasilera es similar a la peruana, considerando también como incapaces absolutos a los menores de 18 años<sup>641</sup> y como incapaces relativos a los mayores de 16 y menores de 18 años<sup>642</sup>.

Respecto a la edad como criterio para determinar la capacidad de obrar no existe consenso en la doctrina, sobre todo por ser una cuestión de grado (no es igual un menor de 10 años, que uno de 14 o uno de 17), pudiendo ocurrir casos en los que un mismo menor pueda tener aptitudes para decidir sobre un tema determinado y no sobre otro; por ello, encontraremos en las legislaciones que la edad establecida en el ordenamiento civil para determinar la

---

<sup>638</sup> **Artículo 1263 del Código civil español de 1889.-** "No pueden prestar consentimiento: 1. Los menores no emancipados. (...)".

<sup>639</sup> **Artículo 43 del Código civil peruano de 1984.-** "Son absolutamente incapaces: 1. Los menores de 16 años, para aquellos actos determinados por la ley. (...)".

<sup>640</sup> **Artículo 44 del Código civil peruano de 1984.-** "Son relativamente incapaces: 1. Los mayores de 16 y menores de 18 años de edad. (...)".

<sup>641</sup> **Artículo 3 del Código civil brasilero de 2002.-** "Son absolutamente incapaces de ejercer los actos de la vida civil: I. Los menores de 16 años; (...)". Traducción libre del siguiente texto: "São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: I. os menores de dezesseis anos; (...)".

<sup>642</sup> **Artículo 4 del Código civil brasilero de 2002.-** "Son incapaces, relativamente para ciertos, o para su ejercicio: I. Los mayores de 16 y menores de 18 años; (...)". Traducción libre del siguiente texto: "São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer: I. os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; (...)".

capacidad de obrar de la persona, no siempre será tomada en cuenta por el legislador cuando se trate de consentir sobre la disponibilidad de un bien jurídico en sede penal; prueba de ello es lo regulado en España respecto al aborto, tipo penal en el que se permite consentir a partir de los 16 años; o lo regulado en Perú respecto al delito de violación sexual, el que permite a mayores de 14 años brindar su consentimiento. En esta línea, Ferrando señala "(...) *las nociones tradicionales de «menor de edad, capacidad, incapacidad, representación, ya no son adecuadas para describir el régimen de los actos que deben cumplirse en el interés y dignidad de las personas»*<sup>643</sup>. Por ello, respecto a este punto, para el establecimiento de una edad a partir de la cual se pueda consentir respecto de un bien jurídico, el legislador y el aplicador del derecho deberán tomar en cuenta la madurez del menor y las circunstancias especiales en cada caso concreto. Así, al respecto, Romeo Casabona señala: "*Por razón de la edad, no es imprescindible teóricamente ser mayor de edad, sino que basta con la capacidad natural de juicio y entendimiento, que permita conocer el alcance del acto consentido para el propio bien jurídico*"<sup>644</sup>. Es en esta línea que se entiende el artículo 3 de la Ley Orgánica 1/1982 del 5 de mayo de 1982 (Ley de protección civil de derechos al honor, intimidad personal y propia imagen), el que establece: "*1. El consentimiento de los menores e incapaces deberá presentarse por ellos mismos **si sus condiciones de madurez lo permiten, de***

---

<sup>643</sup> FERRANDO, Gilda. Libertà, responsabilità e procreazione, Padova, Cedam, 1999, p559. Citado por KEMELMAJER / LLOVERAS. Artículo 7... op. cit., p231.

<sup>644</sup> ROMEO CASABONA, Carlos María. El consentimiento en las lesiones, en el proyecto de Código Penal de 1980. En: Cuadernos de Política Criminal Nº 17, Edersa, Madrid, 1982, p278.

*acuerdo con la legislación civil. 2. En los restantes casos, el consentimiento habrá de otorgarse mediante escrito por su representante legal, quien estará obligado a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado. Si en el plazo de ocho días el Ministerio Fiscal se opusiere, resolverá el Juez”* (el resaltado en propio).

Ahora bien, el hecho de que en estos casos de incapacidad pueda subrogarse por un tercero el consentimiento del titular del bien jurídico, no implica que dichas personas incapacitadas no ostenten dignidad, dado que una de las dimensiones de la dignidad implica reconocerla como un *prius* ontológico que hace que todos los seres humanos la ostenten por el solo hecho de ser tales<sup>645</sup>. De manera que una persona que no ostente temporalmente o que nunca pueda lograr ostentar capacidad para brindar un consentimiento válido, no deja de tener dignidad.

En estos casos de incapacidad, se admitirá subrogar el consentimiento y con ello adoptar medidas paternalistas, las mismas que tendrán como presupuesto y límite el hecho de encontrarse orientadas a la mejora y autorrealización de quienes se quiere beneficiar (las personas incapacitadas para consentir); de manera que, para subrogar, necesariamente se tendrá que demostrar la incapacidad de la persona para consentir respecto de determinado bien jurídico y que la medida paternalista adoptada se encuentre en beneficio de la

---

<sup>645</sup> "Pues el contenido de la dignidad, aunque históricamente entendido, es el mismo en todos los integrantes de la comunidad y por tanto son iguales las relaciones de reconocimiento que genera". BERDUGO. Honor y Libertad de Expresión... op. cit., p82.

autorrealización de dicha persona. Al respecto, Atienza señala: *"Una conducta (o una norma) es paternalista si y sólo si se realiza (o establece): a) Con el fin de obtener un bien para una persona o grupo de personas; y b) Sin contar con la aceptación de la persona o personas afectadas (es decir, de los presuntos beneficiarios de la realización de la conducta o de la aplicación de la norma"*<sup>646</sup>. Esto mismo es planteado por Alemany, para quien *"A ejerce paternalismo justificadamente sobre B por medio de X, si y sólo si: 1) X es una medida idónea y necesaria, en el sentido de que evita que B se dañe a sí mismo o incremente el riesgo de daños (siendo estos daños de tipo físico, psíquico o económico) y no hay una forma alternativa no paternalista y de coste razonables para evitar esos daños; y 2) la tendencia a la producción de esos daños o el incremento de riesgo de daños tiene su fuente en un estado de incapacidad básica del sujeto B; y 3) se puede presumir racionalmente que B prestaría su consentimiento tanto a la posibilidad general de ser tratado paternalistamente por A en ciertas ocasiones como al contenido concreto de X, si no estuviera en una situación de incompetencia básica"*<sup>647</sup>. En igual línea, y estableciendo la importancia de que la medida paternalista que se adopte sea benevolente y busque superar el déficit de igualdad que existe respecto de las persona que se encuentran en incapacidad para consentir, señala que la misma deberá procurar que el sujeto no se dañe a sí mismo<sup>648</sup>.

---

<sup>646</sup> ATIENZA. Paternalismo y consenso... op. cit., p82.

<sup>647</sup> ALEMANY. El paternalismo jurídico... op. cit., p423.

<sup>648</sup> GARZÓN VALDÉS, Ernesto, ¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?. En: Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, N° 5, Centro de Estudios Constitucionales y Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, Alicante, 1988, p167-168.

### 2.3.4.3. Mecanismos de subrogación del consentimiento

Vistos los grupos de casos en los que cabe subrogar el consentimiento del titular del bien jurídico penal protegido, corresponde analizar ahora cuáles son las opciones que se tienen para delegar esa capacidad de elección. Al respecto, caben varias posibilidades:

- a) Una **primera posibilidad** es que la toma de medidas (elección) tendentes a viabilizar la realización personal de quienes no se encuentran en capacidad para hacerlo con sus propios medios, sea efectuada por quienes en principio tienen la representación de éstos (léase padres, tutores, curadores, entre otros) o por quienes *de facto* asumen su cuidado. Esto ocurrirá, por ejemplo, en el caso de una colonoscopia practicada a un menor de edad que presenta problemas en el intestino. En estos casos, en la medida en que dicho procedimiento médico puede generar un riesgo para la vida del paciente, quienes consentirán en el riesgo para el bien jurídico vida y para el bien jurídico salud del menor, serán sus padres; es decir, las personas que ejercen la patria potestad o el cuidado sobre el mismo.
  
- b) Una **segunda posibilidad** es que quien tome la decisión o brinde el consentimiento por el titular del bien jurídico sea el legislador, a través de normas tendentes a propiciar la realización personal de la persona que se encuentra en incapacidad para consentir. Esto, por ejemplo, ocurre en el caso del delito de violación sexual de menores de 16 años, en donde el legislador ha decidido, a través de una norma,

que no cabe consentimiento alguno respecto de que un menor sostenga relaciones sexuales con otra persona; siendo que, en estos casos, ni siquiera quienes ejercen la patria potestad podrían consentir para evitar la comisión del tipo penal<sup>649</sup>.

Esta segunda posibilidad, considero que debe ser utilizada de forma subsidiaria y siempre que la norma o medida estatal sea **indispensable** para conseguir la realización de la persona en el marco del respeto a su dignidad (siempre considerándola como fin en sí misma y nunca como instrumento). A mi parecer, esta alternativa sólo debe ser utilizada cuando no exista otra vía más idónea para coadyuvar a la autorrealización de la persona que no se encuentra en capacidad de consentir.

Sobre este punto, cabe mencionar también que, si bien el legislador utiliza la edad de 18 años para determinar la plena capacidad de ejercicio, en algunas ocasiones establece edades distintas para consentir respecto de ciertos aspectos en concreto (verbigracia, el sostenimiento de relaciones sexuales, que puede realizarse tanto en España, Perú y Brasil, antes de los 18 años).

Al respecto, no debe olvidarse que el establecimiento de normas que dispongan límites de edades para el

---

<sup>649</sup> Tomar en cuenta que la edad establecida por el legislador para considerar a una persona capaz para consentir respecto de su libertad sexual, varía en cada ordenamiento jurídico. Así, en España, el legislador ha establecido la edad de 16 años (artículo 183 del Código Penal español); mientras que, en Perú y en Brasil se ha establecido la edad de 14 años (artículos 173 y 224, del Código Penal peruano y brasileño, respectivamente).

consentimiento de bienes jurídicos en los diversos ámbitos del desarrollo del ser humano, siempre debe hacerse siguiendo las pautas establecidas por el principio de proporcionalidad antes estudiado y respondiendo a la autorrealización de las personas incapacitadas para consentir, dentro de un entorno social<sup>650</sup>.

- c) Una **tercera posibilidad** para el otorgamiento del consentimiento en los supuestos en los que el titular del bien jurídico no se encuentra capacitado para hacerlo, es mediante un pronunciamiento jurisdiccional, con ocasión de un proceso iniciado a partir de una solicitud entablada por el tutor, curador, o persona que de facto asume el cuidado de la persona incapacitada para consentir.

La ventaja de esta tercera opción es que implica un doble mecanismo de control. Por un lado, constituye un límite para el representante de la persona incapaz (o el que haga de facto las veces de éste), quien, si bien puede iniciar un procedimiento judicial y pedirle al juez que decida si corresponde o no consentir, no puede disponer del bien jurídico de la persona a la que representa; y, por otro lado, constituye un límite para el juzgador, quien sólo puede resolver lo que considera más adecuado para la autorrealización personal de la persona incapaz, cuando ello haya sido solicitado por quien se encuentra cuidando de él;

---

<sup>650</sup> Ejemplos prácticos pueden verse en el apartado 4.4. del cuarto capítulo ("Voluntad de quien no puede consentir, respecto de bienes jurídicos sobre los que no cabe subrogación: El valor cultural como eximente de responsabilidad penal").

no pudiendo iniciar de oficio un procedimiento judicial para disponer de los bienes jurídicos del incapaz.

Por este doble mecanismo de control que lleva consigo esta tercera posibilidad, considero que es la alternativa más adecuada para los casos en los que el consentimiento sobre un bien jurídico individual generará efectos permanentes en la persona incapacitada, sobre todo cuando la incapacidad de la que padece es irreversible.

Así, por ejemplo, ésta ha sido la alternativa escogida por el legislador español para los casos de esterilizaciones de personas incapaces. En tal sentido, el artículo 156, segundo párrafo, del Código Penal español señala: *"No será punible la esterilización acordada por órgano judicial en el caso de personas que de forma permanente no puedan prestar en modo alguno el consentimiento al que se refiere el párrafo anterior, siempre que se trate de supuestos excepcionales en los que se produzca grave conflicto de bienes jurídicos protegidos, a fin de salvaguardar el mayor interés del afectado, todo ello con arreglo a lo establecido en la legislación civil"*. Como se observa, la norma establece que el pedido debe ser resuelto por el juez, quien finalmente -sobre la base del mayor interés del afectado- decide si cabe o no el consentimiento en dicho caso en concreto.

En tal sentido, resulta lógico que el pedido sea formulado por el representante de la persona incapaz o por quien en la práctica tenga a cargo su cuidado; y no que pueda iniciarse de oficio, en tanto es sobre el representante o guardián de

hecho sobre quien pueden recaer indirectamente las consecuencias de los actos que pueda realizar la persona incapaz.

Esta alternativa también puede presentarse en los casos en los que existe un cuestionamiento por parte del titular del bien jurídico, respecto de que la decisión tomada por su representante o guardián de hecho sea la mejor vía para lograr su autorrealización personal. Esto mismo puede presentarse en los casos en los que quien tiene que ejecutar la acción no se encuentra de acuerdo con el consentimiento otorgado por el representante de la persona incapacitada, por lo que se opone a realizar lo solicitado por el mismo (ejemplo, los médicos que se niegan a dejar de realizar transfusiones sanguíneas a un menor, cuando los padres se niegan a que la practique por ser testigo de Jehová). En estos supuestos también tendrá que resolver el juez, aunque no a partir de lo establecido en la ley, sino a partir de un conflicto en el que tendrá que aplicar la ponderación de derechos en el caso concreto.

La opción entre uno u otro mecanismo para consentir en los casos de subrogación dependerá del caso concreto, debiendo atenderse a factores como: bien jurídico respecto del que se dispone, grado de capacidad de la persona por la que se consentirá, reversibilidad o irreversibilidad en la lesión causada al bien jurídico protegido, posibilidades de recuperar o no la capacidad para consentir, ámbito en el que se consiente, entre otros elementos que serán analizados en el cuarto capítulo.

### **3. Fundamento jurídico: Validez del consentimiento a pesar de la inexistencia de un reconocimiento normativo expreso**

A la luz de lo expuesto, en la medida en que todo bien jurídico no sólo protege el sustrato material, sino también la posibilidad de disposición del mismo; la aplicación de cualquier sanción penal sólo estará legitimada en tanto exista una puesta en peligro o lesión al mismo; no siendo posible afirmar la existencia de ilícito penal en los supuestos en los que el individuo consiente sobre dicho peligro o lesión, amparado en el ejercicio de su libre autodeterminación personal y la búsqueda de su autorrealización conforme con una ética propia.

Por esta razón, a pesar de que el consentimiento no haya sido recogido de forma expresa por el legislador en el ordenamiento interno, esta figura igual será de aplicación, en tanto la dignidad es fundamento de todo bien jurídico y éste conlleva la posibilidad de decidir en torno al mismo, a efectos de la autorrealización personal del ser humano.

En el presente trabajo, de *lege ferenda*, se propone considerar disponibles a todos los bienes jurídicos individuales, en tanto todos tienen como fundamento la dignidad y, por ende, la autonomía de la voluntad que la presupone; ello sin olvidar, que el individuo busca alcanzar su autorrealización dentro de un entorno social en el que la disposición de su bien jurídico no puede implicar la lesión de bienes de terceros, en estos casos será de aplicación lo señalado respecto del principio de proporcionalidad y la regla del ponderación contenida en éste.

Así, en el caso del ordenamiento español, éste no contempla al consentimiento como un supuesto de exclusión de responsabilidad penal<sup>651</sup>, lo que no impide

---

<sup>651</sup> Los artículos 19 y 20 del Código Penal español regulan las causas que eximen de la responsabilidad criminal, pero no contemplan al consentimiento.

que el mismo pueda ser considerado por la doctrina como una causa de exclusión del tipo o como una causa de justificación<sup>652</sup>; en esta línea, por ejemplo, Berdugo Gómez de la Torre y otros señalan: *"El art. 20 CP no incluye en ninguno de sus apartados esa circunstancia. Sin embargo, la propia teoría del bien jurídico y el carácter disponible que tiene alguno de ellos permite incluirla sin dificultad al lado de las restantes causas de justificación"*<sup>653</sup>. El legislador español se limita a mencionar, en algunos tipos penales, la falta de consentimiento del ofendido como elemento que permite la configuración del delito; este es el caso del artículo 181.1 del Código Penal español, el que señala: *"1. El que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona, será castigado, como responsable de abuso sexual, con la pena de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses"* (el subrayado es propio). En otros casos, de manera contradictoria, el legislador español parece prohibir la validez del consentimiento, al establecer la reducción de la pena en los supuestos en los que se haya prestado el mismo conforme con todos los requisitos de validez; este es el caso del artículo 155 del Código Penal, el que señala: *"En los delitos de lesiones, si ha mediado el consentimiento válida, libre, espontánea y expresamente emitido del ofendido, se impondrá la pena inferior en uno o dos grados"*.

Este caso en particular será analizado a detalle en el apartado 1.1.2.2. del cuarto capítulo ("Especial referencia al delito de lesiones en España"), no obstante ello, resulta conveniente adelantar que lo dispuesto en este artículo en concreto no resta validez al consentimiento como causa que excluye la responsabilidad penal; prueba de ello es lo redactado por el legislador en el artículo inmediatamente siguiente (artículo 156), el que a la letra dice: *"No*

---

<sup>652</sup> La distinción entre una y otra será analizada en el tercer capítulo, al evaluar la naturaleza jurídica del consentimiento.

<sup>653</sup> BERDUGO. Curso de Derecho Penal. Parte General... op. cit., p308.

*obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el consentimiento válida, libre, consciente y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de trasplante de órganos efectuado con arreglo a lo dispuesto en la ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo, salvo que el consentimiento se haya obtenido viciadamente, o mediante precio o recompensa, o el otorgante sea menor de edad o carezca absolutamente de aptitud para prestarlo, en cuyo caso no será válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales (...)*". Algo similar ocurre en el ordenamiento brasileño, en el que, si bien el consentimiento tampoco se encuentra recogido de forma expresa<sup>654</sup>, ha sido aceptado por la doctrina y por la jurisprudencia como una cláusula supralegal. Así, Calhau afirma: *"El código penal brasileño no incluyó el consentimiento del ofendido como una causa de exclusión del crimen. Sin embargo, el mismo debe ser considerado como una cláusula supralegal, habida cuenta de que el legislador no pudo prever todas las mutaciones y las condiciones materiales de exclusión, siendo que la creación de nuevas causas de justificación, aún no elevadas al derecho positivo, confirma la aplicación de la justicia material"*<sup>655</sup>. En igual línea se encuentran Greco<sup>656</sup> y Nucci<sup>657</sup>, para quienes el consentimiento también debe ser reconocido como una causa supralegal. Asimismo, la jurisprudencia brasilera ha dado valor al consentimiento al absolver a una persona procesada por atentado violento al pudor, señalando: *"La práctica de sexo grupal es un acto que agrede la moral y las costumbres mínimamente civilizadas. Si el individuo, de forma voluntaria y espontánea, participó de la orgía promovida por sus amigos, no puede al final*

---

<sup>654</sup> Los artículos 22 y siguientes del Código Penal brasileño regulan las causas que eximen de la responsabilidad criminal, pero no contemplan al consentimiento.

<sup>655</sup> Traducción libre del siguiente texto: *"O Código Penal Brasileiro não incluiu o consentimento do ofendido como causa de exclusão do crime. Mesmo assim, deve o mesmo ser reputado como uma cláusula supralegal, haja vista que o legislador não poderia prever todas as mutações das condições materiais de exclusão, sendo que a criação de novas causas de justificação, ainda não elevadas ao direito positivo, corrobora para a aplicação da justiça material"*. CALHAU, Lélío Braga. *Vítima e Direito penal, Mandamento*, Belo Horizonte, 2002, p81.

<sup>656</sup> GRECO. *Curso de Direito Penal...* op. cit., p423.

<sup>657</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*, décima edición, Editora Revista Dos Tribunais, Sao Paulo, 2010, p243.

*del contubernio decirse víctima de un atentado violento al pudor. (...)*<sup>658</sup>; lo que evidencia que, si bien no tiene regulación normativa, el consentimiento es plenamente aceptado en la doctrina y en la jurisprudencia como un supuesto que excluye responsabilidad penal.

En el caso peruano, el legislador sí ha recogido expresamente la figura en el artículo 20.10 del Código Penal, el que establece: "*Está exento de responsabilidad penal: 10. El que actúa con el consentimiento válido del titular de un bien jurídico de libre disposición*". Sin embargo, el legislador no indica cuáles son los bienes jurídicos que considera de libre disposición, lo que evidencia que no sigue la postura propuesta en el presente trabajo (todos los bienes jurídicos individuales son disponibles), sino que considera que es posible distinguir entre bienes jurídicos disponibles y bienes jurídicos indisponibles. Esto se aprecia, con mayor claridad, al observar los tipos penales que protegen el bien jurídico vida, entre los que el legislador regula como ilícito penal el homicidio piadoso (artículo 112 del Código Penal peruano), en el que establece: "*El que, por piedad, mata a un enfermo incurable que **le solicita de manera expresa y consciente** para poner fin a sus intolerables dolores, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años*".

Conforme lo he señalado, considero inadecuada esta distinción que los ordenamientos español, peruano y brasileño hacen entre los bienes jurídicos (disponibles y no disponibles), en tanto –en virtud a las consideraciones expuestas en torno a la dignidad y a la libre autodeterminación en aras de la autorrealización personal- todos los bienes jurídicos individuales, *per se*, son bienes jurídicos disponibles, constituyendo la libertad parte esencial de lo que

---

<sup>658</sup> Traducción libre del siguiente texto: "*A prática de sexo grupal é ato que agride a moral e os costumes minimamente civilizados. Se o indivíduo, de forma voluntária e espontânea, participa de orgia promovida por amigos seus, não pode ao final do contubérnio dizer-se vítima de atentado violento ao pudor*". (...)" (Ap. 25220-2/213, Bela Vista de Goiás, 2.<sup>a</sup> T., rel. Paulo Teles, 29.06.2004, v.u.). Citada por Ibid., p246.

cada uno busca proteger; así, el consentimiento o disposición de un bien jurídico necesariamente trae consigo la no lesión o puesta en peligro del mismo, lo que excluye de plano cualquier posibilidad de cometer un ilícito penal.

Ahora bien, sin perjuicio de lo expuesto, en virtud del fundamento ontológico que ostenta el consentimiento, el reconocimiento normativo que hace el ordenamiento peruano, si bien no resulta indispensable para la aplicación del mismo como causa de exención de responsabilidad penal, resulta saludable a efectos de su aplicación por los operadores jurídicos; siendo que su eliminación del Código Penal, en nada podría afectar sus alcances y efectos.

#### **4. Segunda conclusión preliminar: Consentimiento y disponibilidad de bienes jurídicos**

La dignidad humana es el presupuesto para la autorrealización del individuo en todos los ámbitos en los que se desarrolla la personalidad, por lo que constituye el fundamento de todo derecho y libertad humana. Se erige como límite para la actuación del Estado y de sus miembros, distinguiéndose en ella no sólo una forma de ser, sino también el atributo que se le concede a una persona por el mero hecho de ser tal, y que la determina para tomar decisiones (ejercer su autonomía) tendentes hacia su autorrealización.

El ejercicio de dicha autonomía lo realiza cada individuo dentro de un determinado contexto social y según las concepciones culturales que lo definen (ética propia), lo que hace que la dignidad no sólo sea un concepto que permita alcanzar el libre desarrollo personal, sino que, además, constituya un concepto que lo presuponga: el sólo hecho de saber que puedo desarrollarme conforme con mi propia ética personal, ya de por sí implica mi autorrealización. Así, se evidencia en la dignidad cierta flexibilidad que la hace ser un concepto universal, pero, a la vez, singular para cada caso concreto; en tanto mantiene

para todos los casos la autorrealización como premisa fundamental y, a la vez, permite para cada caso en particular, una autorrealización distinta, conforme con una ética propia y según el contexto social, histórico y cultural de cada persona.

En este contexto, la esencia del concepto de dignidad se encuentra en la libertad de elección, elemento sin el que ésta no puede ser entendida, y sin el que sería posible cualquier forma de autorrealización personal. Es esta libertad, junto con el reconocimiento de derechos, lo que constituye el medio para alcanzar una vida digna; y la que, por tanto, legitima al individuo a optar entre los bienes jurídicos que considera necesarios de protección para su autorrealización; lo que, en el caso de los bienes jurídico penales, incluso puede llevarlo a renunciar, a través de la figura del consentimiento, a la protección que el legislador le da, para disponer de ellos en el límite del entorno social que lo rodea, es decir, siempre y cuando ello no implique la afectación de un tercero que también tiene derecho a optar por su autorrealización, ni la afectación del entorno colectivo directo o indirecto en el que el individuo se desenvuelve.

En esta línea, en el marco de un Estado constitucional moderno, que el Derecho penal proteja bienes jurídicos penales, sólo tiene sentido en la medida en que los mismos permiten la autorrealización del individuo, constituyendo condiciones necesarias para su libre desarrollo; por lo que resulta lógico concluir que dichos bienes jurídicos individuales llevan intrínseca la posibilidad de disposición. Así, la dignidad no se protege en tanto bien jurídico autónomo, sino en tanto constituye el fundamento de todos los bienes jurídicos protegidos por el Derecho Penal; lo que a su vez implica que no podrá hablarse de afectación a un bien jurídico penal, si éste no supone necesariamente una afectación a la dignidad de la persona. De esta manera, en los casos en los que el titular del bien jurídico penal considere que no existe tal afectación (exista consentimiento válido), ni siquiera podrá afirmarse la existencia de un delito, dado que no

existirá desvalor de acción ni desvalor de resultado que atente contra la autorrealización de dicha persona. La sola configuración de la conducta típica no es suficiente para afirmar la existencia de un delito, haciéndose necesaria la vulneración de un bien jurídico penal y, a su vez, la lesión o afectación de la posibilidad de autorrealización de la persona (dignidad); en tal sentido, el consentimiento válido del titular del bien jurídico, al convertir lo ilícito en lícito, evita que las normas penales se tornen en obstáculos para la autorrealización personal, y permite que cada persona alcance la misma conforme con su ética propia y en el marco del entorno social (interés común) que busca proteger el Estado.

Por ello, la propuesta de *lege ferenda* no pasa por la elevación de un tipo penal que proteja la dignidad como tipo autónomo, sino por la eliminación o creación de tipos penales –en caso no existan- orientados a proteger los bienes, valores o intereses, de conductas que impidan el alcance de la misma, es decir, la autorrealización del individuo. Esto, además, resulta lógico en una sociedad en la que el concepto de bien jurídico penal es dinámico y se encuentra en constante cambio, lo que se explica también en la función temporal que ostenta la dimensión concreta de la dignidad humana, la que supone que ésta constantemente se adecúe con la realidad social, sin perder su condición de prius ontológico (dimensión ontológica).

Ahora bien, lo expuesto, no significa que el Estado no pueda establecer disposiciones normativas que restrinjan el ejercicio de los derechos o que limiten el ejercicio de la libertad tendente a la autorrealización (esto ocurre, por ejemplo, con las medidas sanitarias impuestas para evitar la expansión de un virus o de una epidemia). Ni tampoco significa que no puedan existir conflictos entre dos bienes jurídicos por colisión entre los mismos (esto ocurre, por ejemplo, cuando el ejercicio de un derecho puede implicar la lesión del bien jurídico de un tercero). Por ello, para la creación de restricciones normativas y

para la solución de conflictos en cada caso concreto, deberá atenderse al principio de proporcionalidad, el que supone analizar el problema conforme con los criterios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto (test de ponderación), así como las pautas desarrolladas en el presente capítulo; dejando de lado cualquier medida paternalista que no se encuentre justificada en estos criterios.

El rechazo a un paternalismo injustificado supondrá comprender que el Estado únicamente se legitima en tanto promueva medidas que permitan al individuo alcanzar una autorrealización producto de sus propias elecciones. De manera que, en los casos de personas plenamente capacitadas para ejercer su libertad, el Estado deberá circunscribir su intervención a permitir que el hombre se autodetermine, evitando colocar obstáculos sobre la base de postulados que considera correctos o buenos (ética común o ética del legislador), que no pueden ser impuestos a todas las personas; hacer ello, de por sí, impediría la autorrealización de las personas, la que siempre supondrá posibilidad de elección conforme con una ética propia.

Reconocer al individuo como capaz de autodeterminarse en aras de conseguir su autorrealización personal supondrá reconocerlo como un ser plenamente legitimado para disponer o no de los bienes jurídicos protegidos por el Derecho Penal. Esto, además, es conforme con el objetivo del Estado social y democrático de Derecho, que no es otro que asegurar o viabilizar la realización personal de sus miembros; razón por la que actúa, interviene o deja de intervenir tomando en cuenta la dignidad de la persona como principio fundamentador.

En pro de este objetivo, se pueden reconocer dos tipos de bienes jurídicos penales protegidos por el legislador: los bienes jurídicos individuales y los bienes jurídicos colectivos (también llamados comunitarios o supraindividuales). La

protección de los segundos, a la luz de un monismo personalista, tendrá sentido en la medida en que viabilizan la autorrealización de los individuos. Esto es conforme con el objetivo del Estado social y democrático de Derecho, que no es otro que asegurar o viabilizar la realización personal de sus miembros; razón por la que el Estado actúa, interviene o deja de intervenir tomando en cuenta la dignidad de la persona como principio fundamentador. En esta línea, cualquier conflicto que surja entre un bien jurídico individual y un bien jurídico colectivo, debe también ser resuelto conforme con las pautas de ponderación y conforme con el principio de proporcionalidad aplicado en el caso concreto.

A la luz del consentimiento, en tanto los bienes jurídicos colectivos pertenecen a toda la colectividad, no puede afirmarse la disponibilidad respecto de su lesión o puesta en peligro, siendo que las autorizaciones administrativas que pueden obtenerse a tal efecto, dependiendo del caso concreto, únicamente podrán operar como una causa de exclusión del tipo o como una causa de justificación (lo que dependerá de la redacción del tipo penal y de las exigencias impuestas por el legislador conforme con el principio de proporcionalidad). Esto mismo no ocurre con los bienes jurídicos individuales, los que sí son susceptibles de disposición por un único titular de derechos.

Los bienes jurídicos penales individuales o personales tienen por objeto viabilizar la autorrealización del individuo, por lo que se encuentran estrechamente vinculados con el libre ejercicio de la autonomía de la voluntad. Siguiendo este razonamiento, resulta evidente que, a efectos de alcanzar la realización personal, el individuo puede disponer de los mismos; sobre todo en los casos en los que considere que su protección impide el desarrollo de su ética personal y, por ende, de su autorrealización. Así, todos los bienes jurídico penales individuales no sólo protegerán el sustrato material que los conforman (léase la vida, la integridad, el patrimonio, entre otros); sino que, además, protegerán la posibilidad de disposición (elección) por parte del individuo sobre

los mismos, es decir, la capacidad de disposición que permite la autodeterminación que es presupuesto de la dignidad; lo que nos lleva a la conclusión de que todos los bienes jurídicos individuales deben ser considerados, sin excepción, bienes jurídicos disponibles.

En este marco, las medidas paternalistas únicamente se considerarán justificadas cuando se trate de supuestos en los que el titular del bien jurídico individual no se encuentre en capacidad de consentir por existir un vicio de invalidez, es decir, cuando no se cumplan los requisitos o formalidades para la validez del consentimiento; supuestos en los que el Estado podrá tomar medidas que restrinjan derechos, siempre y cuando éstas respondan al principio de proporcionalidad y a las pautas de ponderación. Bajo esta lógica, también se admitirán medidas que impongan el cumplimiento de ciertos requisitos orientados a que el individuo se encuentre en mejores condiciones para elegir (para consentir) y conseguir su autorrealización personal.

Por tanto, en los casos en los que la persona no se encuentre en capacidad de decidir qué es lo que más le conviene para su autorrealización personal, se admitirá un paternalismo excepcional; el mismo que estará justificado por la incapacidad de la persona para autodeterminarse y elegir lo que considera necesario para su autorrealización (es decir, por su incapacidad para brindar un consentimiento válido). Así, entre los grupos de personas que presentan dicha incapacidad, se encuentran: a) Quienes brindan su consentimiento actuando bajo compulsión, b) Quienes tienen las facultades mentales temporal o permanentemente reducidas, c) Quienes no se encuentran en condiciones de tomar decisiones propias por encontrarse con alguna deficiencia o enfermedad física que se los impida, d) A quienes se les ha restringido algún derecho y se encuentren bajo la protección y cuidado de un tercero; y, e) Los menores de edad.

En estos casos, el consentimiento del titular del bien jurídico penal es susceptible de subrogación, recayendo en un tercero la responsabilidad de elegir lo que resulta más conveniente para la autorrealización personal de quien se encuentra incapacitado; lo que no significa que este último no ostente dignidad, sobre todo si se toma en cuenta que una de las dimensiones de la dignidad implica reconocerla como un *prius* ontológico que hace que todos los seres humanos la ostenten por el solo hecho de ser tales.

Dentro de los mecanismos de subrogación se distinguen 3 posibilidades: que la elección sea realizada por quien ostenta la representación del incapacitado, que la elección sea realizada por el legislador a través de una norma que busca dar solución a todos los casos similares que se presenten respecto de un determinado ámbito en el que la persona no se encuentre en capacidad de consentir; y, que la elección sea autorizada por el juzgador en un procedimiento judicial que es iniciado por quien asume el cuidado de la persona incapacitada y luego de recabada la información pertinente en el caso concreto. La selección de una u otra posibilidad dependerá del caso concreto, debiendo atenderse a factores como: bien jurídico respecto del que se dispone, grado de capacidad de la persona por la que se consentirá, reversibilidad o irreversibilidad en la lesión causada al bien jurídico protegido, posibilidades de recuperar o no la capacidad para consentir y ámbito en el que se consiente.

Fuera de estos supuestos, en los que es necesaria la subrogación y la adopción de medidas paternalistas orientadas a la realización de quienes no se encuentran en capacidad de autodeterminarse, no se admitirá la intervención estatal ni la restricción de la libertad respecto a la disposición de cualquier bien jurídico individual; siempre en la medida en que dicha disposición no afecte los derechos de terceros.

Sobre la base del fundamento ontológico expuesto, el consentimiento no requerirá de una previsión normativa expresa para tener validez como causa de exclusión de la responsabilidad penal, toda vez que se podrá deducir de la autonomía que presupone la dignidad para alcanzar la autorrealización personal; este es el caso de España y Brasil, en donde el consentimiento no se encuentra previsto en el marco jurídico penal, pero sí produce efectos y es aplicado en cada caso concreto. En el caso peruano, el legislador ha considerado preferible establecerlo de forma expresa, pero siempre haciendo la salvedad que se circunscribe a bienes jurídicos que considera disponibles.

Lamentablemente, el legislador español, peruano y brasileño, si bien da validez al consentimiento para ciertas situaciones, también contempla normas que prohíben la disponibilidad de ciertos bienes jurídicos que considera indisponibles. El ejemplo común es el bien jurídico vida, respecto del que se considera no es posible consentir, sancionándose penalmente el homicidio piadoso (eutanasia) en España, Perú y Brasil. Considero que estas medidas no se condicen con la esencia de la dignidad y la razón de ser de todo Estado Social y Democrático de Derecho, por lo que, de *lege ferenda*, me inclino por su despenalización. Cualquier medida paternalista injustificada únicamente constituirá un obstáculo para la autorrealización del individuo, es decir, constituirá un retroceso en el reconocimiento de su dignidad, por lo que debe ser modificada o eliminada.

En este contexto, resulta necesario analizar cuáles es la naturaleza jurídica que ostenta el consentimiento en un modelo de Estado constitucional moderno, así como los alcances en torno al mismo, los límites para la disposición y los requisitos para su validez. Estos, entre otros, serán los puntos que se abordarán en el siguiente capítulo.

**CAPÍTULO TERCERO**  
**NATURALEZA JURÍDICA Y ALCANCES SOBRE EL CONSENTIMIENTO**

De lo hasta aquí expuesto, resulta claro que el titular del bien jurídico o un tercero en los casos de subrogación, pueden disponer respecto de cualquier bien jurídico de naturaleza individual, en tanto ello coadyuve y sea necesario para la autorrealización personal. Esto, incluso a pesar de que el consentimiento no cuente con un reconocimiento normativo expreso, como es el caso español.

En lo que sigue, se analizará la naturaleza jurídica de esta institución, las diferencias que existen entre ésta y otras instituciones dogmáticas y los elementos y requisitos que deben ser tomados en cuenta para que pueda operar de forma válida y eficaz en los diversos casos que se presentan en la realidad.

### **1. Naturaleza jurídica del consentimiento. Distinción entre acuerdo y consentimiento en sentido estricto**

En sus inicios, en tanto se concebía al Derecho penal de carácter público, el consentimiento únicamente era aplicable en algunos tipos penales que protegían bienes jurídicos individuales, quedando básicamente reservado para los casos de injuria<sup>659</sup>. Esto fue modificándose paulatinamente para otorgarle una doble función: como causa de atipicidad de la conducta y como causa de justificación<sup>660</sup>; surgiendo así una distinción entre los términos "acuerdo" y "consentimiento", ambos usados por la doctrina española y alemana<sup>661</sup>. El primero en distinguir entre estas dos formas de operar del consentimiento fue **QUINTANO RIPOLLÉS**, al señalar en 1950 que "(...) *en estrictos principios de*

---

<sup>659</sup> "El consentimiento de la víctima excluía, pues, el delito de injuria; pero el homicidio cometido mediante el consentimiento del sujeto pasivo no se estima como injuria, sino como un delito contra el Estado, contra la comunidad". JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Tratado de Derecho Penal. El Delito. Segunda Parte: Las causas de justificación. Tomo IV, Losada, Buenos Aires, 1952, p574.

<sup>660</sup> La doctrina alemana utiliza para referirse a los supuestos de causa de atipicidad el término "Einverständnis", que es el equivalente a los de "acuerdo, asentimiento o conformidad" usados por la doctrina española; mientras que para los supuestos de causa de justificación, utiliza el término "Einwilligung", equivalente al "consentimiento" usado en España. Ver: SEGURA GARCÍA. El consentimiento del titular del bien jurídico en Derecho penal... op. cit., p55.

<sup>661</sup> Sobre los antecedentes dogmáticos de ambos términos en la doctrina alemana, ver: JESCHECK / WEIGEND. Tratado de Derecho Penal. Parte General... op. cit., p400.

*técnica, el consentimiento tiene diversas formas de operar: unas, excluyendo efectivamente la tipicidad, cuando la definición positiva del delito presupone como necesaria la voluntad adversa del sujeto pasivo, mientras que otras lo que destruye es la antijuricidad de la acción persistiendo, en cambio, la estructura típica del delito*<sup>662,663</sup>. Así, sobre esta distinción, en principio, puede decirse lo siguiente:

El **acuerdo (llamado también asentimiento o conformidad<sup>664</sup>)** excluye la tipicidad debido a que elimina de antemano la lesión del bien jurídico protegido por el tipo, por ello se aplica en los casos en los que la acción típica presupone conceptualmente un actuar contra o sin la voluntad del lesionado<sup>665</sup>, es decir, cuando el tipo penal se dirige directamente contra la voluntad de la víctima y su libre ejercicio; desapareciendo, a partir de la falta de oposición del sujeto pasivo, toda lesividad de la conducta, por no existir lesión del bien jurídico protegido<sup>666</sup>. Sobre este punto, la doctrina suele colocar como ejemplos los delitos de detenciones ilegales y allanamiento de morada, en los que el "(...) el Código penal tiene en cuenta el consentimiento del sujeto pasivo. Su presencia dará lugar a una acción normal de la vida social y carente de significación para el ordenamiento penal. No es preciso recurrir a causas de justificación, ni de inculpabilidad, para eludir la pena, por cuanto la presencia del consentimiento

---

<sup>662</sup> QUINTANO. Relevancia del consentimiento de la víctima en materia penal... op. cit., p329.

<sup>663</sup> En Alemania, el gran cambio en la concepción sobre el consentimiento se genera a partir de 1953 con las aportaciones de Geerds, quien partió de adjudicar una distinta eficacia a la voluntad del interesado en el sentido de excluir en algunos casos la tipicidad y en otros, el injusto; desglosando el consentimiento en dos institutos totalmente independientes y con unas características que le son propias (distingue entre asentimiento –acuerdo- y consentimiento). Sobre la construcción de Geerds, ver: ROMEO CASABONA, Carlos María. El Médico y el Derecho Penal. I. La actividad curativa (licitud y responsabilidad penal), Bosch, Barcelona, 1981, p292ss; y, DE LA GANDARA. Consentimiento, bien jurídico e imputación objetiva... op. cit., p75-79.

<sup>664</sup> Estos términos son usados como sinónimos. Por todos, ver: LUZÓN PEÑA. Lecciones de Derecho Penal... op. cit., p370.

<sup>665</sup> ROXIN. Derecho Penal, Parte General. Tomo I... op. cit., p512.

<sup>666</sup> MIR PUIG. Derecho Penal. Parte General... op. cit., décima edición, p522.

*opera a nivel de tipicidad. El consentimiento es relevante desde el momento que su concurrencia da lugar a la atipicidad del hecho*<sup>667</sup>.

Al igual que el acuerdo, el **consentimiento** presupone la existencia de un bien jurídico disponible; aunque, a diferencia del primero, la lesión sobre el bien jurídico respecto del que el titular ha ejercido su libertad de disposición no desaparece, de forma que "(...) *el menoscabo mismo del bien jurídico tiene lugar incluso cuando el hecho sucede de acuerdo con la voluntad de su titular. La acción descrita en el tipo no es, por tanto, un suceso normal de la vida social sino que probablemente conduce a una pérdida bastante dolorosa que, no obstante, el titular del bien jurídico protegido está dispuesto a tolerar por motivos derivados del marco de su libertad de disposición*"<sup>668</sup>. En la doctrina, el clásico ejemplo de tipo penal en el que, a pesar del consentimiento de la víctima, se produce un daño irreversible para el bien jurídico es el delito de lesiones; en tanto una intervención médica en cualquier caso supondrá una afectación irreversible al objeto material del bien jurídico<sup>669</sup>.

En tal sentido, a partir de la distinción de ambos conceptos (acuerdo y consentimiento), respecto de la ubicación sistemática del consentimiento, se pueden distinguir dos líneas doctrinales: una primera, que considera que,

---

<sup>667</sup> LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. El consentimiento en el derecho penal, Dykinson, Madrid, 1999, p7.

<sup>668</sup> JESCHECK / WEIGEND. Tratado de Derecho Penal. Parte General... op. cit., p400.

<sup>669</sup> Esto sobre todo si se toma en cuenta que en el ordenamiento español, el legislador ha considerado que el consentimiento en el delito de lesiones no excluye la responsabilidad, sino únicamente, la atenúa; lo que hace que aparentemente el consentimiento no pueda ser entendido como causa de atipicidad (y, es más, en el caso concreto, para el legislador español, ni siquiera pueda ser entendido como causa de justificación). Esto no ocurre en los ordenamientos de Perú y Brasil, en los que el consentimiento en este delito sí puede llevar a la no lesión del bien jurídico protegido. **Artículo 156 del Código Penal español.**- *"No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el consentimiento válida, libre, consciente y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de trasplante de órganos efectuado con arreglo a lo dispuesto en la Ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo, salvo que el consentimiento se haya obtenido viciadamente, o mediante precio o recompensa, o el otorgante sea menor de edad o carezca absolutamente de aptitud para prestarlo; en cuyo caso no será válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales. (...)"*

dependiendo del caso, el consentimiento puede conformar una causa de atipicidad o una causa de justificación (teoría diferenciadora); y, una segunda, que, en todos los casos, y sin ninguna excepción, entiende al consentimiento como acuerdo, es decir, como una causa de atipicidad (teoría unitaria).

### **1.1. Teoría diferenciadora**

Los seguidores de esta teoría distinguen entre dos grupos de casos: unos en los que el consentimiento actúa como causa de atipicidad (en donde le denominan "acuerdo, asentimiento o conformidad") y otros en los que actúa como causa de justificación (en donde le denominan "consentimiento en sentido estricto"). Es decir, para quienes siguen esta postura, el consentimiento puede tener una doble naturaleza: la de causa de exclusión de la tipicidad y la de causa de exclusión de la antijuricidad, todo dependerá del caso concreto y del bien jurídico disponible del que se trate.

#### **1.1.1. Consentimiento (léase acuerdo, asentimiento o conformidad) como causa de exclusión de la tipicidad**

Establece que el consentimiento opera al nivel de la tipicidad, haciendo el acto atípico, por no existir lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido. Se identifican dos grupos de casos<sup>670</sup>:

- a) Los tipos penales en los que el bien jurídico es la libertad de disposición que ostenta la persona, es decir, en los que el fundamento de la ilicitud del hecho se basa en que éste se dirige directamente contra la voluntad del lesionado (la ausencia del acuerdo es un elemento típico); en estos casos, el consentimiento

---

<sup>670</sup> Ver: SEGURA GARCÍA. El consentimiento del titular del bien jurídico en Derecho penal... op. cit., p55ss.

forma parte de la estructura típica como una característica negativa que aparece de forma expresa o se deduce tácitamente del tipo, lo que convierte al hecho en atípico. Aquí la doctrina incluye, por lo general, todos los delitos en los que el bien jurídico directamente protegido es la libertad del individuo, es decir, en los que existe una coincidencia entre la libertad de disposición sobre el bien jurídico y el sustrato material del mismo (también se protege la libertad) como por ejemplo ocurre en los delitos de coacciones y detenciones ilegales<sup>671</sup>.

- b) Los casos en los que, junto con la tutela de un determinado bien jurídico, se protege igualmente la libertad de disposición del mismo, es decir, en los que la acción ofensiva se dirige contra la voluntad del sujeto pasivo y contra otro valor (bien) protegido por el Derecho penal, siendo que este último no se ve lesionado o puesto en peligro, gracias al acuerdo o disposición sobre el mismo. Aquí la doctrina incluye como ejemplo los delitos contra el patrimonio (verbigracia, el hurto), en los que la disposición evita que se llegue a poner en peligro o lesionar el patrimonio<sup>672</sup>. En estos casos, la presencia del asentimiento (acuerdo) hace irrelevante la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido (el que no llega a ser afectado), razón por la que el

---

<sup>671</sup> *"En estos supuestos, si hay conformidad, es decir, falta oposición del sujeto pasivo con la realización de la conducta descrita, no se realiza el tipo de delito. Desaparece así la lesividad de la conducta. La existencia de delito supone el que haya de irse o actuar contra o sin la voluntad del sujeto pasivo y su libre ejercicio, no dándose, por el contrario, cuando la voluntad del sujeto pasivo no resulta atacada". CASAS BARQUERO. El consentimiento en el derecho penal... op. cit., p31-32.*

<sup>672</sup> *"(...) el consentimiento del interesado entra en juego porque el bien jurídico tutelado es en realidad doble, o, más exactamente, tiene una doble vertiente que recae en el bien jurídico en sentido estricto y en la libertad de disposición del mismo por su titular. En esencia, podemos decir que la agresión consiste en la violentación no ya (aunque también) de la integridad del objeto, sino del dominio autónomo del mismo por el titular". ROMEO CASABONA. El Médico y el Derecho Penal... op. cit., p300-301.*

hecho se convierte en un suceso habitual, aceptado desde el punto de vista de lo social<sup>673</sup>, y atípico.

No obstante lo expuesto, en el segundo grupo de casos existen ciertas divergencias en la doctrina respecto de algunos tipos penales en concreto, nótese que, en estos supuestos, considerar o no al consentimiento como una causa de atipicidad o de justificación dependerá de la posición que se asuma sobre el bien jurídico protegido en cada tipo específico; siendo que, en caso de concluirse que, a pesar de la concurrencia del consentimiento por autorización del sujeto pasivo, se mantiene la vulneración de otro bien jurídico (valor) protegido, no podrá evaluarse el consentimiento como una causa de atipicidad, sino más bien como una causa de justificación (léase, como una causa de exclusión del injusto, pero no del tipo); en la medida en que sí se llegó a poner en peligro o lesionar el bien jurídico protegido (esto ocurre, por ejemplo en los delitos contra la integridad, en los que la disposición no evita la lesión al bien jurídico protegido).

Un ejemplo de esta divergencia se da en el delito de allanamiento de morada (artículo 202 del Código Penal español)<sup>674</sup>, el que establece: *"1. El particular que, sin habitar en ella, entrare en morada ajena o se mantuviere en la misma contra la voluntad de su morador, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años. (...)".* Al respecto, Cerezo Mir distingue entre el bien jurídico protegido "inviolabilidad del domicilio" y la facultad de disposición sobre el mismo, es decir, la "libertad del morador de disponer quién puede entrar o permanecer en su morada", constituyendo el consentimiento

---

<sup>673</sup> SEGURA GARCÍA. El consentimiento del titular del bien jurídico en Derecho penal... op. cit., p57.

<sup>674</sup> Ver Ibid., p57-58.

una causa de atipicidad<sup>675</sup>. En igual línea, Romeo Casabona establece que el consentimiento en este tipo penal también daría lugar a una causa de atipicidad, por devenir en decisivo para la existencia del delito<sup>676</sup>. Asimismo, Cobo y Vives consideran que en este tipo penal, en tanto se exige que la acción se realice contra la voluntad del morador, el consentimiento formulado negativamente (voluntad contraria o disconformidad del morador) constituye un requisito del tipo penal, lo que hace que la acción efectuada con el consentimiento del sujeto pasivo no sea una conducta justificada, sino una conducta inicialmente irrelevante para el derecho penal<sup>677</sup>. Una posición distinta la sostiene Luzón Peña, para quien, a pesar del consentimiento, subsiste un menoscabo del bien jurídico protegido en el tipo penal ("*sufre, disminuye, se ve expuesta a otros la intimidad domiciliaria personal y familiar aunque el titular permita el acceso a su casa a un tercero no morador*")<sup>678</sup>, concurriendo para este autor, en estos casos, una lesión del bien jurídico protegido, que hace que se configure la tipicidad, razón por la que el consentimiento tendría que ser considerado como una causa de justificación y no como una causa de atipicidad.

Sobre la problemática discutida en torno a este delito, considero que, en tanto el bien jurídico debe entenderse en el marco de un estado constitucional moderno que coadyuve a la autorrealización y libre desarrollo de la personalidad de sus miembros, no es posible desconocer la dimensión de la libertad de disposición que lo compone; máxime cuando la protección de la privacidad (intimidad)

---

<sup>675</sup> CEREZO MIR. Curso de Derecho Penal Español. Parte General, II... op cit., p327-328.

<sup>676</sup> ROMEO CASABONA. El Médico y el Derecho Penal... op. cit., p301.

<sup>677</sup> COBO DEL ROSAL, Manuel y Tomás S. VIVES ANTÓN. Derecho Penal. Parte General, cuarta edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996, cuarta edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996, p491.

<sup>678</sup> LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Curso de Derecho Penal. Parte General I, Universitas, Madrid, 1996, p560.

doméstica personal o familiar se encuentra indiscutiblemente ligada a las posibilidades de participación social del individuo: un hecho que, por expresa voluntad del sujeto pasivo, no atente contra el libre desarrollo y participación social del mismo, no es ni merecedor ni necesario de sanción penal; de forma que, en estos casos, el consentimiento daría lugar a una causa de atipicidad por no vulnerarse el bien jurídico protegido<sup>679</sup>. Esta respuesta se condice con la toma de postura que se realizará en torno a la naturaleza jurídica del consentimiento.

### **1.1.2. Consentimiento (léase consentimiento en sentido estricto) como causa de exclusión de la antijuricidad**

Por otro lado, para quienes se decantan por la teoría diferenciadora, el consentimiento operará al nivel de la antijuricidad, constituyendo una causa de justificación, cuando la disposición que se realice sobre el bien jurídico disponible llegue a afectar al mismo, no impidiendo con ello que se configure el tipo positivo.

Con relación a la eficacia justificante del consentimiento, se han planteado diversas teorías que buscan darle una explicación. Así, tenemos: la **"teoría del negocio jurídico"**, según la cual el consentimiento constituye un negocio jurídico que tiene como efecto conceder al autor un derecho revocable a la infracción, el mismo que -por ser un derecho- no puede ser antijurídico, sino más bien, constituir una causa de justificación; la **"teoría de la renuncia al**

---

<sup>679</sup> Segura García también discrepa de lo planteado por Luzón Peña, por considerar que *"No es posible, pues, plantear la existencia de un valor «intimidad domiciliaria» desligado de la voluntad del titular del domicilio"*. SEGURA GARCÍA. El consentimiento del titular del bien jurídico en Derecho penal... op. cit., p59.

**interés**", según la cual el consentimiento se justifica en tanto el ordenamiento abandona en el titular del bien jurídico la decisión acerca de la conservación de sus bienes<sup>680</sup>; la teoría dominante correspondiente a la de la **"renuncia a la protección jurídica"** (también llamada teoría de la "renuncia de la protección penal" o teoría de la "renuncia del Derecho"), según la cual, en el caso de bienes jurídicos disponibles, el ordenamiento jurídico le concede a la persona protegida la posibilidad de emplear su derecho de autodeterminación renunciando a sus bienes<sup>681</sup>; y, último, la teoría de la **"ponderación de bienes"**, según la cual, "(...) *el valor de la libertad de disposición del individuo sobre sus bienes jurídicos debe ser, en ciertas circunstancias, suficientemente grande como para doblegar al "disvalor" del hecho cometido con consentimiento*"<sup>682</sup>; quienes siguen esta teoría reconocen que el bien jurídico contiene tanto un sustrato material, cuanto la posibilidad de su disposición, pero resaltan la imposibilidad de disolver completamente el sustrato material en el "dominio autónomo del autorizado", debido a la existencia de intereses comunes que también pueden verse afectados con la disposición que pueda realizar el titular del bien jurídico<sup>683</sup>; a favor de esta teoría también se encuentra Jescheck, para quien *"La valoración subjetiva de los bienes jurídicos por el individuo es reconocida decisivamente por el Ordenamiento jurídico, debido a que el uso sin restricciones de la libertad personal (...) como tal es considerado como un valor social en un Estado de Derecho liberal,*

---

<sup>680</sup> Sobre las diversas teorías, ver: JESCHECK / WEIGEND. Tratado de Derecho Penal. Parte General... op. cit., p404.

<sup>681</sup> A favor, WESSELS, Johannes. Derecho Penal. Parte General, traducido de la sexta edición alemana por Conrado A. Finzi, sexta edición alemana (1976), Depalma, Buenos Aires, 1980, p100-101; este autor considera que esta renuncia constituye una justificación del tipo penal, más no la supresión del mismo (atipicidad). En contra: STRATENWERTH. Derecho Penal. Parte General I... op. cit., p126.

<sup>682</sup> STRATENWERTH. Derecho Penal. Parte General I... op. cit., p126.

<sup>683</sup> Ibid., loc. cit.

*que tiene que ser ponderado frente al interés de la comunidad en la preservación de los bienes jurídicos*<sup>684</sup>.

Así, para quienes consideran que el consentimiento puede constituir en algunos casos una causa de justificación, en los delitos de injuria (en el que se protege el honor como bien jurídico disponible)<sup>685</sup> y daños (en el que se protege el patrimonio)<sup>686</sup>, el tipo penal se configura con o sin la voluntad del titular del bien jurídico, siendo que el consentimiento en sentido estricto únicamente constituiría una causa de justificación que excluiría el injusto, pero no evitaría que se configure la tipicidad penal (que se afecte el bien jurídico protegido); lo expuesto, en virtud de que el análisis de la facultad de disposición sobre el honor o sobre el patrimonio resulta irrelevante para determinar el daño al bien jurídico protegido, dado que -pese al consentimiento- igual se habría lesionado.

En esta línea, Cerezo Mir señala que *"El consentimiento no excluye la tipicidad, pero sí la antijuricidad de la conducta en aquellos tipos en que se protege un bien jurídico cuyo portador es el individuo (una*

---

<sup>684</sup> JESCHECK / WEIGEND. Tratado de Derecho Penal. Parte General... op. cit., p405.

<sup>685</sup> **Artículo 208 del Código Penal español.**- *"El particular que, sin habitar en ella, entrare en morada ajena o se mantuviere en la misma contra la voluntad de su morador, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años. (...)"; artículo 130 del Código Penal peruano.*- *"El que ofende o ultraja a una persona con palabras, gestos o vías de hecho, será reprimido con prestación de servicio comunitario de diez a cuarenta jornadas o con sesenta a noventa días-multa"; y, artículo 140 del Código Penal brasileño.*- *"Injuriar a alguien, ofendiéndole en su dignidad o decoro: Pena – detención, de uno a seis meses, o multa". Traducción libre del siguiente texto: "Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa".*

<sup>686</sup> **Artículo 263 del Código Penal español.**- *"1. El que causare daños en propiedad ajena no comprendidos en otros títulos de este Código, será castigado con la pena de multa de seis a 24 meses, atendidas la condición económica de la víctima y la cuantía del daño, si éste excediera de 400 euros. (...)"; artículo 205 del Código Penal peruano.*- *"El que daña, destruye o inutiliza un bien, mueble o inmueble, total o parcialmente ajeno, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años y con treinta a sesenta días-multa"; y, artículo 163 del Código Penal brasileño.*- *"Destruir, inutilizar o deteriorar cosa ajena: Pena – detención, de uno a seis meses, o multa". Traducción libre del siguiente texto: "Destruir, inutilizar ou deteriorar coisa alheia: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa".*

*persona física o una persona jurídica), pero en los que no se protege al mismo tiempo la libertad de disposición del mismo, siempre que se trate de un bien jurídico disponible*<sup>687</sup>; es decir, quienes ven en el consentimiento una causa de justificación también distinguen entre el objeto material de protección (bien jurídico disponible) y la facultad de disposición del mismo, excluyendo a esta última del objeto de protección; de esta manera, en tanto se lesione o ponga en peligro el objeto o sustrato de protección, se habría incurrido en una conducta típica, por haberse lesionado el bien jurídico protegido.

Igual posición es defendida por Romeo Casabona, quien también postula una doble naturaleza del consentimiento, rechazando expresamente *"(...) alguna corriente doctrinal que afirma que el consentimiento excluye siempre el tipo"*<sup>688</sup>.

En igual sentido se encuentra Casas Barquero, para quien existen determinados bienes que no deben dejarse a la absoluta determinación por su titular. Para este autor, en la medida en que subsista la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido, el consentimiento tendrá relevancia eliminando el contenido de lo ilícito, esto es, como causa de justificación<sup>689</sup>. Así, añade: *"Por regla general, el consentimiento dado por el titular del bien jurídico a otra persona para realizar una conducta lesiva a él, comporta el que la actuación del agente se realice con la conciencia de que actúa*

---

<sup>687</sup> CERESO MIR. Curso de Derecho Penal Español. Parte General, II... op cit., p331; mismo texto (pero sin adaptar a la reforma de 1995) en CERESO MIR, José. El consentimiento como causa de exclusión del tipo y como causa de justificación. En: Estudios de Derecho Penal y Criminología I. En homenaje al profesor José María Rodríguez Devesa, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1989, p208.

<sup>688</sup> ROMEO CASABONA. El consentimiento en las lesiones... op. cit., p276.

<sup>689</sup> CASAS BARQUERO. El consentimiento en el derecho penal... op. cit., p35.

*dolosamente produciendo el tipo delictivo, que ante la inexistencia del consentimiento daría lugar a responsabilidad penal*"<sup>690</sup>.

Por su parte, Mir Puig entiende que el consentimiento o conformidad del afectado puede ser, en algunos casos, una causa que impide la realización del tipo (causa de atipicidad) y, en otros, una causa de justificación. Será lo primero cuando lo que falte sea la lesión imputable, es decir, cuando el consentimiento haga desaparecer la tipicidad de la conducta; y, será lo segundo cuando el consentimiento no haga desaparecer el tipo penal, sino tan sólo lo permita (en estos casos se presupone la concurrencia previa de otros elementos que determinan una lesión imputable del bien jurídico): *"Todo depende, entonces, de si la conformidad del afectado impide ya la lesión imputable del bien jurídico o sólo la permite. En el primer caso excluiría el tipo, mientras que en el segundo sólo constituiría una causa de justificación"*<sup>691</sup>.

Para Muñoz Conde y García Arán, el consentimiento puede ser también –en función del tipo penal y del caso en concreto– una causa de atipicidad o una causa de justificación. Así, señalan, *"(...) sin perjuicio de reconocer que efectivamente el consentimiento pueda tener (...) el efecto de excluir ya la tipicidad del comportamiento hay casos en los que el consentimiento no excluye directamente la tipicidad ya de un modo general, sino que sólo y en la medida en que se den determinados requisitos todo lo más puede excluir la antijuricidad, es decir, justificar una conducta que sigue siendo típica"*<sup>692</sup>.

---

<sup>690</sup> Ibid., p36.

<sup>691</sup> MIR PUIG. Derecho Penal. Parte General... op. cit., décima edición, p524.

<sup>692</sup> MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN. Derecho Penal. Parte General... op. cit., p344.

Para Greco, en Brasil, a pesar de no estar regulado de forma expresa en el Código Penal, el consentimiento también debe ser considerado con dos enfoques distintos en la teoría del delito: como una causa que excluye la tipicidad, y como una causa que excluye la ilicitud del hecho (causa de antijuricidad); todo dependerá del bien jurídico que se analice<sup>693</sup>. En igual sentido, analizando también el ordenamiento brasileño, Nucci señala *"El análisis respecto de si el consentimiento del ofendido es una causa de exclusión de la tipicidad o de la ilicitud puede representar, sin embargo, algunos aspectos complejos, dependiendo, a nuestro sentir, de la conformación del tipo penal"*<sup>694</sup>. Lo mismo es establecido por Calhau, para quien el consentimiento puede ser una causa de exclusión del tipo o de la ilicitud en función a cada caso concreto<sup>695</sup>.

Para Jescheck y Weigend, considerar que el verdadero bien jurídico protegido en los tipos penales que protegen bienes jurídicos disponibles, es el dominio autónomo del titular de los mismos y no la integridad del objeto, conlleva a una subjetivización del concepto de bien jurídico, que no concuerda con el significado que también posee todo bien jurídico como valor comunitario; por lo que afirman: *"Lo correcto es concebir al consentimiento como causa de justificación. El objeto de protección penal en los tipos viene constituido por los bienes jurídicos a los que aquéllos se refieren, incluida la integridad del objeto que se menoscaba con la acción típica, y no meramente la libertad de disposición del titular. (...) Cuando el interesado abandona uno de estos bienes jurídicos a la intervención de un tercero esto*

---

<sup>693</sup> GRECO. Curso de Direito Penal... op. cit., p422-423.

<sup>694</sup> NUCCI. Código Penal Comentado... op. cit., p246.

<sup>695</sup> CALHAU. Víctima e Direito penal... op. cit., p81.

*significa que, a pesar del consentimiento, el suceso es penalmente relevante y no resulta indiferente desde un primer momento*<sup>696</sup>

Para Jakobs, el consentimiento puede tener, según que los bienes sean disponibles o no, tanto un efecto destipificante, cuanto un efecto justificante. En los bienes de los que se puede disponer libremente (verbigracia, la propiedad y el secreto de la correspondencia), el consentimiento excluye la realización del tipo penal; mientras que en ciertos bienes como la libertad ambulatoria, el honor y la **integridad física**, el consentimiento también excluirá la tipicidad, pero "*(...) sólo en la medida en que son medios de desarrollarse libremente (p. ej., lesiones leves en prácticas sexuales), pero no base de ese libre desarrollo; dicho de otro modo, se trata del ámbito de los bienes intercambiables*"<sup>697</sup>. Nótese que para este autor, no todos los bienes son disponibles, máxime cuando lo que debe proteger el Derecho Penal es el mantenimiento de la vigencia de la norma, pero no un tipo penal en concreto. Este autor considera equivocado concebir todo consentimiento eficaz como excluyente del tipo (postura establecida por la teoría unitaria)<sup>698</sup>, de manera que, el consentimiento será justificante cuando "*(...) la sola voluntad del autorizado a disponer no proporciona ya un motivo jurídicamente suficiente para intervenir en sus bienes, sino que debe añadirse además un empleo racional de tales bienes*"<sup>699</sup>.

- **Especial referencia a la teoría de los elementos negativos del tipo**

---

<sup>696</sup> JESCHECK / WEIGEND. Tratado de Derecho Penal. Parte General... op. cit., p403.

<sup>697</sup> JAKOBS. Derecho Penal. Parte General... op. cit., p294.

<sup>698</sup> Ibid., p294-295.

<sup>699</sup> Ibid., p525.

En relación a las teorías diferenciadoras, especial mención merece lo señalado por Luzón Peña, quien desde una concepción del tipo como tipo global o total de injusto (**teoría de los elementos negativos del tipo**), distingue entre las causas de atipicidad en sentido estricto y las causas de atipicidad en sentido amplio. Dentro de las primeras se encuentran a su vez las causas que excluyen el tipo legal (en las que la conducta de entrada no es jurídicamente relevante) y las que excluyen el tipo penal (la conducta sí es jurídicamente relevante pero llega a estar jurídicamente permitida o justificada, es decir, no es lo suficientemente grave para constituir un ilícito penal); mientras que en las segundas se encuentran comprendidas las causas de justificación<sup>700</sup>.

Para este autor, en los casos en los que, pese al consentimiento, subsista una lesión al bien jurídico, el consentimiento opera como causa de justificación (verbigracia, en el delito de allanamiento de morada, en el que a pesar del consentimiento subsiste una lesión a la intimidad domiciliaria personal y familiar, independientemente de que se aprecie adecuación social y se la considere causa de atipicidad –lo que también puede darse-). Mientras que, en los casos en los que el consentimiento del sujeto pasivo excluya la lesión o afectación del bien jurídico y, por tanto, del tipo indiciario, sí operará como una causa de atipicidad, dando lugar además a que la conducta del tercero sea perfectamente lícita y sea también considerada una causa de exclusión de la antijuricidad o de justificación<sup>701</sup>.

---

<sup>700</sup> LUZÓN PEÑA. Curso de Derecho Penal... op. cit., p558.

<sup>701</sup> Ibid., p560. También en, LUZÓN PEÑA. Lecciones de Derecho Penal... op. cit., p333-334.

Al respecto, debe recordarse que para la **teoría de los elementos negativos del tipo**, el tipo debe extenderse no sólo a los elementos típicos de la infracción (elementos positivos), sino también a toda circunstancia que se encuentre referida a la antijuricidad (presupuestos de las causas de justificación o elementos negativos); conformando ambos (elementos positivos y negativos) el denominado tipo global de injusto<sup>702</sup>.

Por ello, según esta teoría bipartita que únicamente distingue entre el injusto típico y la culpabilidad, las causas de justificación excluyen no sólo la antijuricidad, sino también el mismo tipo, y viceversa; razón por la que, al analizar el consentimiento, Luzón Peña señala que cuando el mismo excluye la lesión o afectación del bien jurídico, opera como una causa de atipicidad, dando lugar, además, a que la conducta del tercero sea perfectamente lícita y sea también considerada una causa de exclusión de la antijuricidad o de justificación.

En la línea de lo expuesto, para quienes siguen la teoría de los elementos negativos del tipo, el consentimiento vendría configurado como un supuesto que excluye el tipo global de injusto; sin perjuicio de que puedan establecerse distinciones en torno al mismo, como son las realizadas por Luzón Peña, para quien respecto al consentimiento puede operar una tripartición: como causa de atipicidad por ausencia ya de indicio de antijuricidad, como causa de justificación y como causa de exclusión sólo de la tipicidad.

---

<sup>702</sup> Un mayor detalle sobre la teoría de los elementos negativos del tipo, en: ROXIN. Derecho Penal, Parte General. Tomo I... op. cit., p283-284.

En resumen, para quienes siguen la teoría diferenciadora, el bien jurídico sólo protege el sustrato material que lo conforma (léase, la vida, la integridad, el patrimonio, entre otros); pero no la posibilidad de disposición por parte del individuo. Es decir, para este sector doctrinal, el bien jurídico no abarca la capacidad de disposición que permite la autodeterminación que es presupuesto de la dignidad, premisa que no es compartida en el presente trabajo.

## 1.2. Teoría unitaria

Esta teoría se vincula con la teoría liberal del bien jurídico, de forma que el bien jurídico se concibe, o bien desde el punto de vista del Estado, o bien desde el punto de vista del individuo; pero siempre tomando en cuenta que la protección de un bien jurídico sólo será legítima, en tanto sirva para el desarrollo personal de los individuos<sup>703</sup>. Desde este punto de vista, el consentimiento y la autonomía de la voluntad cobran mayor importancia a la luz del establecimiento o no de responsabilidades penales, tornándose en relevante la determinación de la disponibilidad y el contenido del bien jurídico, en cada tipo penal en concreto, a efectos de verificar si el consentimiento constituye una causa de atipicidad o una causa de justificación. De esta manera, *"Si los bienes jurídicos sirven para el libre desarrollo del individuo (...), no puede existir lesión alguna del bien jurídico cuando una acción se basa en una disposición del portador del bien jurídico que no menoscaba su desarrollo, sino que, por el contrario, constituye su expresión"*<sup>704</sup>.

---

<sup>703</sup> "(...) distingue entre bienes «individuales» (vida, libertad, salud, propiedad (...)) y bienes jurídicos «universales» (seguridad del Estado, Administración de Justicia, orden económico, seguridad del tráfico (...))". LÓPEZ BARJA DE QUIROGA. El consentimiento en el derecho penal... op. cit., p10.

<sup>704</sup> ROXIN. Derecho Penal, Parte General. Tomo I... op. cit., p517.

Las tesis unitarias no distinguen entre el consentimiento como causa de atipicidad (acuerdo, asentimiento o conformidad) y el consentimiento como causa de justificación (consentimiento en sentido estricto), sino que consideran que en el caso de bienes jurídicos individuales disponibles, siempre debe excluirse la tipicidad de la conducta<sup>705</sup>. Entre algunos de los defensores de las teorías unitarias se encuentran:

Roxin, quien establece en el ámbito alemán que "*(...) con un consentimiento eficaz no tiene lugar el desvalor de resultado y con él el desvalor de acción y el tipo delictivo*"<sup>706</sup>, lo que resulta bastante evidente en los casos en los que la acción efectuada con el consentimiento beneficia al portador del bien jurídico y es normal socialmente desde todo punto de vista (este autor coloca como ejemplos a quien pone una inyección al paciente para prevenir infecciones, o a quien afeita a un cliente; casos en los que no se realiza un desvalor del resultado típico justificado por el consentimiento, sino que ya de antemano falta cualquier desvalor de resultado). Abiertamente a favor de una teoría unitaria, Roxin establece: "*(...) no considero al consentimiento como una causa de justificación. Pues donde alguien presta su consentimiento relevante a que en sus bienes jurídicos otro lleve a cabo una lesión no existe en tal caso agresión alguna al titular del bien jurídico protegido, sino sólo una protección de la realización de su libertad de acción constitucionalmente garantizada (art. 2 de la Ley Fundamental), que precisamente encuentra su expresión en la libre disposición sobre los bienes jurídicos de que es titular. Un tal comportamiento, pues, realiza tan poco el tipo de delito como la propia disposición del portador del respectivo bien jurídico, por lo que aquél ya*

---

<sup>705</sup> Nótese que no todos los autores que se citarán como defensores de la teoría unitaria consideran que todos los bienes jurídicos individuales sean de naturaleza disponible. Ésta es una postura defendida en el presente trabajo.

<sup>706</sup> ROXIN. Derecho Penal, Parte General. Tomo I... op. cit., p519.

*desde un principio es un comportamiento atípico (sic)*<sup>707</sup>. Para este autor, no es posible delimitar claramente entre casos de acuerdo y de consentimiento en sentido estricto, por lo que es inviable lo planteado por la teoría dualista<sup>708</sup>.

Jiménez de Asúa, quien considera como principio general que el consentimiento de la parte lesionada no puede constituir una causa justificante, sino más bien una causa de atipicidad, en tanto impide que el delito nazca por falta de uno de los elementos característicos de la especial figura delictiva de que se trate<sup>709</sup>.

Bustos Ramírez, para quien el consentimiento en los bienes jurídicos disponibles opera siempre como una causa de atipicidad, por encontrarse comprendido dentro del marco de significación social de los comportamientos en las relaciones sociales, no tratándose de un permiso especial que se conceda a una conducta típica (causa de justificación), *"(...) sino de un comportamiento que como tal queda fuera del tipo en consideración al bien jurídico protegido"* (causa de atipicidad)<sup>710</sup>; no siendo de aplicación tal razonamiento en el caso de los bienes jurídicos que se encuentren en dependencia directa con toda la sociedad o con el Estado (bienes indisponibles), en los que sólo se podrá considerar el consentimiento como relevante sobre la base de un permiso especial que

---

<sup>707</sup> ROXIN, Claus. Causas de justificación, causas de inculpabilidad y otras causas de exclusión de la pena. Traducido por Miguel Polaino-Navarrete. En: Cuadernos de Política Criminal N° 46, Edersa, Madrid, 1992, p173.

<sup>708</sup> ROXIN. Derecho Penal, Parte General. Tomo I... op. cit., p522.

<sup>709</sup> Este autor agrega *"Si las causas de justificación tienen como importantísimo carácter ser generales a todas las especies de delitos y actúan en la inmensa mayoría de ellos suprimiendo lo injusto, el consentimiento no puede figurar entre ellas, ya que, hasta los partidarios de darle tan descollante papel, confiesan que sólo en casos concretos y muy contados puede invocarse"*. JIMÉNEZ DE ASÚA. Tratado de Derecho Penal. El Delito. Segunda Parte... op. cit., p595-596.

<sup>710</sup> BUSTOS RAMÍREZ. Manual de Derecho Penal. Parte General... op. cit., p303-304.

hace que opere como una causa de justificación<sup>711</sup>. Respecto a sus límites, este autor menciona: *"El límite del consentimiento está en su propio fundamento: la libertad (la autonomía de la persona); es decir, no se puede llegar a su negación total (p.ej. consentir en la propia esclavitud)"*<sup>712</sup>.

Gómez Benitez, quien entiende que el consentimiento es una causa de atipicidad si versa sobre bienes jurídicos disponibles, en tanto impide que el sujeto activo lesione el bien jurídico protegido; mientras que, en caso recaiga sobre bienes jurídicos indisponibles, puede ser absolutamente irrelevante o producir sólo una atenuación de la pena correspondiente al sujeto activo<sup>713</sup>.

Bacigalupo Zapater, quien considera que en los bienes jurídicos disponibles en los que el consentimiento puede excluir la responsabilidad, *"(...) la acción sólo realiza el tipo en la medida en que importe una lesión del ámbito de dominio autónomo del sujeto pasivo: la lesión de su voluntad respecto de la conservación del bien jurídico"*<sup>714</sup>; de forma que la lesión del sustrato material devendría en irrelevante. Así, en todos los casos en los que el consentimiento tenga relevancia, se excluirá el tipo penal. No obstante ello, señala que el consentimiento devendrá o no en relevante en función a lo que el orden jurídico disponga en cada caso concreto, es

---

<sup>711</sup> Sobre este punto, ver supra apartado 2.2 del segundo capítulo ("Intereses colectivos y autorización administrativa").

<sup>712</sup> BUSTOS RAMÍREZ. Manual de Derecho Penal. Parte General... op. cit., p305.

<sup>713</sup> Nótese que este autor, sobre la base de la tipificación del delito de lesiones en España, distingue entre bienes jurídicos individuales disponibles y no disponibles. Así, con relación al delito de lesiones, considera que una interpretación literal del tipo penal llevaría a establecer que el bien jurídico no es en todos los casos disponible, lo que descartaría al consentimiento como causa de atipicidad en estos casos; sin embargo, deja expresa constancia de la dudosa constitucionalidad de la disposición normativa. Ver: GÓMEZ BENITEZ, José Manuel. Teoría Jurídica del Delito. Derecho Penal. Parte General, Civitas, Madrid, 1984, p422ss.

<sup>714</sup> BACIGALUPO. Principios de Derecho Penal... op. cit., p200.

decir, en función del poder de decisión que otorgue sobre el mantenimiento del bien jurídico al particular que es titular del mismo.

López Barja de Quiroga, quien se decanta por una teoría monista o unitaria, al considerar que los bienes jurídicos universales sólo son legítimos en la medida en que sirven al desarrollo personal del individuo: *"Adoptar esta última posición, más acorde a nuestro juicio con los principios constitucionales, implica dar una mayor amplitud a la capacidad de disposición del individuo respecto del bien jurídico y otorgar una mayor incidencia a los efectos que el consentimiento ha de producir"*<sup>715</sup>.

De la Gándara Vallejo, quien considera que no tiene sentido afirmar que se ha lesionado un bien jurídico individual cuando la intervención en una esfera ajena haya sido determinada precisamente por el consentimiento de su titular como expresión de su libre desarrollo (el mismo que teóricamente se pretende garantizar); sino únicamente cuando se produzca la arrogación de un ámbito de organización ajeno, lo cual significa que la intervención se tiene que haber producido contra o sin la voluntad del titular. Para esta autora, *"(...) un comportamiento que no lesiona el bien jurídico protegido no crea un indicio de su antijuricidad ya que consta la no realización del injusto típico y, por tanto, su no punibilidad deberá ser determinada ya en el nivel de la tipicidad"*<sup>716</sup>.

Segura García, quien considera que la reconducción del consentimiento hacia el ámbito de la justificación sólo se explica en *"(...) la pretensión fundamental de mantener el control de la discrecionalidad individual sobre determinados objetos cuya conservación se estima como un «bien» para la propia persona, aún por encima de su genuina voluntad (...). Esta*

---

<sup>715</sup> LÓPEZ BARJA DE QUIROGA. El consentimiento en el derecho penal... op. cit., p10.

<sup>716</sup> DE LA GANDARA. Consentimiento, bien jurídico e imputación objetiva... op. cit., p171.

*consideración paternalista del Estado debe considerarse hoy superada*<sup>717</sup>; por ello, para este autor, por regla general, en los tipos penales en los que se protegen bienes jurídicos individuales, el consentimiento del sujeto pasivo importa la no lesividad del hecho, lo que supone, por tanto, la atipicidad de su conducta<sup>718</sup>.

Maiwald, para quien la determinación de la naturaleza jurídica del consentimiento dependerá de si se considera o no que los tipos penales que protegen bienes jurídicos individuales, los protegen como tales o sólo como sustrato de la autonomía del individuo. Para explicarlo, propone como ejemplo lo que acontece en el delito de hurto, en el que si A causa un daño a un objeto de B con su consentimiento, no podría decirse que haya lesionado un valor; en tanto ello implicaría establecer que la existencia e integridad del objeto son un bien merecedor de protección para la sociedad con independencia de la persona del propietario: "(...) *dado que la sociedad deja en manos del titular de la propiedad, por respeto a su poder de disposición sobre la cosa, la decisión acerca de la existencia o integridad de ésta, la cosa no puede ser considerada como valor independiente de la persona del propietario. Ello significa, consecuentemente, que, más allá de la persona del propietario, falta todo sustrato para una relación de valor, de forma tal que el consentimiento del propietario ya excluye la realización del tipo de delito de daños*<sup>719</sup>; este razonamiento, para Maiwald, debe ser aplicado a todos los tipos penales que protegen bienes jurídicos individuales. No obstante ello, especial mención hace respecto del delito de lesiones, en el que el ordenamiento alemán establece que una lesión cometida con el consentimiento del lesionado es antijurídica, siempre que el hecho sea contrario a las buenas

---

<sup>717</sup> SEGURA GARCÍA. El consentimiento del titular del bien jurídico en Derecho penal... op. cit., p105.

<sup>718</sup> Ibid., p106.

<sup>719</sup> MAIWALD. El consentimiento del lesionado en el Derecho... op. cit., p128.

costumbres; para este autor, a la luz de una interpretación literal de lo establecido por el legislador, el bien jurídico individual protegido en este tipo penal no es la autonomía del titular del bien jurídico (la autonomía plena no existiría), sino un "*interés general en evitar que el cuerpo humano sea objeto de finalidades reprobables*"<sup>720</sup>, por lo que no se trataría de un bien puramente individual; de esta manera, para Maiwald, la singularidad con la que el legislador alemán ha regulado el consentimiento en el delito de lesiones, en nada objetaría la teoría unitaria a la que se circunscribe.

Como se profundizará en el siguiente apartado, considero que esta es la opción adecuada en torno a la naturaleza jurídica del consentimiento, el que, en todos los casos, siempre constituiría una causa de exclusión del tipo penal, por no suponer la lesión o puesta en peligro de bien jurídico alguno.

### **1.3. Efectos del consentimiento: El consentimiento constituye en todos los casos una causa de exclusión del tipo (atipicidad), por no generar lesión o puesta en peligro del bien jurídico**

Conforme se dejó sentado en el segundo capítulo, la dignidad entraña ineludiblemente la libre autodeterminación de toda persona para actuar en el mundo que le rodea; por lo que es la autonomía, la libertad y la posibilidad de elegir que en ella se asientan, el medio para alcanzar la autorrealización personal del ser humano. Así, es indispensable para la consecución de la dignidad, que el individuo pueda elegir la realización o no de conductas que considere necesarias para su realización, elección que efectuará conforme con su ética propia y dentro de su entorno social.

---

<sup>720</sup> Ibid., loc. cit.

De esta manera, todos los bienes jurídico penales individuales no sólo protegerán el sustrato material que los conforman, sino también la posibilidad de disposición (elección) por parte del individuo sobre los mismos, es decir, la capacidad de disposición que permite la autodeterminación que es presupuesto de la dignidad en un Estado social y democrático de derecho. Esta libertad de elección es lo que legitima al individuo a disponer de los bienes jurídicos que son protegidos para alcanzar su realización personal, lo que hace que el consentimiento sobre un bien jurídico individual constituya una causa de exclusión del tipo (no existe disvalor de acción, ni disvalor de resultado) y, no una causa de justificación.

Esta regla no sólo se aplicará a los delitos de encuentro, en los que el tipo penal exige para su configuración de la conformidad de ambas partes (como ocurre en la estafa)<sup>721</sup>, sino a todos los tipos penales que protejan un bien jurídico individual (de naturaleza personal), en tanto el consentimiento eliminará la posibilidad de puesta en peligro o lesión del bien jurídico protegido, es decir, cualquier posible desvalor de acción y/o de resultado que sustente la configuración del delito.

Por tal razón, no tiene mayor sentido distinguir -como hacen quienes siguen la teoría dualista- entre los casos de acuerdo (asentimiento o conformidad) y los casos de consentimiento en sentido estricto; en tanto, a efectos del presente trabajo, en la medida en que el bien jurídico protegido supone no sólo la protección del sustrato material, sino también de la libertad y autonomía que conlleva a su disposición; éste siempre

---

<sup>721</sup> Jescheck y Weigend señalan que en el caso de los delitos de encuentro, la "conformidad" (consentimiento) pertenece a los elementos del tipo penal, por lo que debe deducirse que no existiría mayor oposición en considerar al consentimiento, en estos casos, como un supuesto de exclusión de la tipicidad. Ver: JESCHECK / WEIGEND. Tratado de Derecho Penal. Parte General... op. cit., p399.

constituirá una causa de exclusión del tipo penal por no lesión ni puesta en peligro del bien jurídico protegido.

#### **1.4. Relevancia práctica de la determinación de la naturaleza jurídica del consentimiento a la luz de los supuestos de error**

A la luz de las teorías expuestas, cabe mencionar que la discusión en torno a concebir al consentimiento como causa de atipicidad o como causa de justificación, devendrá en relevante debido a los efectos que el error genera en cada una; de manera que, en función se siga una u otra postura (dualista o monista), la aplicación práctica en casos de error implicará un tratamiento jurídico distinto.

En esta línea, el error vencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal o error de tipo (de aplicación en el caso de considerar al consentimiento como causa de atipicidad) hace que en su caso la infracción sea castigada como imprudente; mientras que, en caso de considerar al consentimiento como una causa de justificación, dependiendo si se considere al error como un error de tipo o como un error de prohibición, la consecuencia podrá variar: de considerarse como un error de tipo vencible, la consecuencia será la misma que la descrita en el caso de considerar al consentimiento como una causa de atipicidad (reconducción al tipo imprudente); pero de considerarse un error de prohibición vencible, la consecuencia será la de reducir o atenuar la sanción.

En este sentido, Luzón Peña señala: *"La atipicidad será según esto prioritaria o más importante que la justificación, no sólo porque la precede lógicamente, sino porque en materia de error la creencia errónea de que se da la situación de una circunstancia de atipicidad es sin duda un error*

*de tipo, excluyente en todo caso del dolo, mientras que el error sobre (la concurrencia de) causas de justificación es más problemático, ya que se discute si debe tratarse como error de tipo o sólo como error de prohibición menos beneficioso; e incluso procesalmente cabe sostener que en caso de atipicidad es posible no iniciar o interrumpir el procedimiento, sin tener que comprobar en el juicio si concurre o no una circunstancia justificante*<sup>722</sup>.

En torno al error, en los casos en los que se considera al consentimiento como una causa de justificación (posición que, dependiendo del bien jurídico sobre el que recae la disposición, sostienen quienes siguen las tesis dualistas), lo que se discute es si el error sobre el consentimiento constituye un error sobre el presupuesto de una causa de justificación o sobre alguno de sus elementos; lo que haría (para quienes siguen esta postura) que, en el primer caso, sea tratado como un error de tipo y, en el segundo caso, como un error de prohibición. Al respecto, Romeo Casabona considera que el error debe ser tratado como un error de prohibición, en los casos en los que el agente actúa en la creencia errónea de estar amparado por el consentimiento del lesionado: *"La creencia errónea del agente de estar amparado por el consentimiento del lesionado, en realidad inexistente, nos plantea la situación del llamado consentimiento putativo*<sup>723</sup>. (...) *El supuesto enunciado constituye un error de prohibición, puesto que incide en la creencia de estar obrando lícitamente*<sup>724</sup>.

No considero adecuada esta postura, en tanto, un error en el consentimiento constituye un error en la posibilidad de lesionar el bien

---

<sup>722</sup> LUZÓN PEÑA. Curso de Derecho Penal... op. cit., p559.

<sup>723</sup> En nota al pie, este autor agrega: *"Para cuya existencia es necesario que el agente crea que en el momento de realizar el hecho el consentimiento ya había sido otorgado"*. ROMEO CASABONA. El consentimiento en las lesiones... op. cit., p287, nota al pie 122.

<sup>724</sup> Ibid., p287. Por ello, para este autor, en los casos en los que el error sea vencible, debe atenuarse la pena.

jurídico protegido por el tipo penal, siendo que su tratamiento, en caso de ser vencible, debe orientarse hacia la eliminación del elemento doloso y la reconducción de la acción hacia su modalidad imprudente (en caso de encontrarse ésta sancionada penalmente); y, en caso de ser invencible, debe orientarse hacia la no sanción penal<sup>725</sup>.

Así, por ejemplo, en el caso en que una persona consintiera para que otra le realizara como tatuaje un corazón del tamaño de un centímetro cuadrado, y esta última, por error, le tatuara un corazón de dos centímetros cuadrados; nos encontraríamos frente a un error de tipo vencible que supondría la reconducción del tipo penal de lesiones dolosas, por el de lesiones imprudentes; no pudiendo establecer la concurrencia de un error de prohibición vencible (cuya consecuencia sería la atenuación de pena), en la medida en que el consentimiento, a mi parecer, no constituye una causa de justificación, sino una causa de atipicidad que supone la no lesión del bien jurídico protegido.

En este caso, por un descuido de la persona que tenía a su cargo la realización del tatuaje, la lesión no fue hecha en los términos exactamente queridos por el titular del bien jurídico; lo que no hace que el consentimiento para lesionar que inicialmente se dio desaparezca y, por tanto, que deje de ser considerado cualquier error en torno al mismo como un error de tipo. Distinto sería si, en el ejemplo, quien realiza el tatuaje no incurre en un error, sino que realiza uno distinto con la deliberada voluntad de generarle al titular del bien jurídico una lesión diferente a la que él quería; en estos casos, ya no podría plantearse la concurrencia de un error

---

<sup>725</sup> Con la teoría de los elementos negativos del tipo se llega a similar conclusión en torno al error, por considerar esta teoría que el error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación, debe ser tratado como un error de tipo. Ello, tras incluir las causas de justificación en el tipo como elementos negativos; de esta manera, un error en los presupuestos del consentimiento sería tratado como un error de tipo. Mayor detalle en: JESCHECK / WEIGEND. Tratado de Derecho Penal. Parte General... op. cit., p267.

en los términos del consentimiento, sino la inexistencia del mismo, no operando éste como una causa de exclusión del tipo penal.

En el caso del error de tipo, el tratamiento que se encuentra recogido por el legislador español, peruano y brasilero es el siguiente: **artículo 14 del Código penal español.**- *"1. El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente. (...)"*. **Artículo 14 del Código penal peruano.**- *"El error sobre un elemento del tipo penal o respecto a una circunstancia que agrave la pena, si es invencible, excluye la responsabilidad o la agravación. Si fuere vencible, la infracción será castigada como culposa cuando se hallare prevista como tal en la ley. (...)"*. **Artículo 20 del Código penal brasileño.**- *"El error sobre un elemento constitutivo del tipo penal excluye el dolo, pero permite una punición por crimen culposo, si está previsto en la ley. § 1º - Está exento de pena quien, por error plenamente justificado por las circunstancias, presupone una situación de hecho que, si existiese, tornaría la acción en legítima. No está exento de pena cuando el error deriva de culpa y el hecho es punible como crimen culposo. (...)"*<sup>726</sup>.

De manera que, si el error resulta invencible, la consecuencia será la exclusión del dolo; mientras que, si el error resulta vencible, la consecuencia será la reconducción del tipo doloso hacia su modalidad imprudente (en caso de encontrarse tipificada esta última)<sup>727</sup>.

---

<sup>726</sup> Traducción libre del siguiente texto: *"O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei. § 1º - É isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima. Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposo"*.

<sup>727</sup> *"(...), el error sobre la concurrencia de los presupuestos de una causa de atipicidad por ausencia ya de todo indicio de injusto, o de una causa de exclusión sólo de la tipicidad penal, es un error de*

Ahora bien, distintos son los casos de error en los que el titular del bien jurídico consiente al amparo de un error en el motivo, un error en el fin, un error respecto a la contraprestación o un error en la declaración efectuada al momento de brindar el consentimiento. Todos estos casos serán analizados en el apartado 4.2.2.2. del tercer capítulo del presente trabajo.

## **2. Alcances y ámbito de aplicación del consentimiento**

### **2.1. El consentimiento en el injusto doloso**

Para la configuración del tipo penal es necesario distinguir entre el desvalor de la acción y el desvalor del resultado. Así, por ejemplo, en el caso de los delitos de lesión, estos requerirán para su consumación tanto del desvalor de acción, cuanto del desvalor de resultado; de manera que: en caso de sólo configurarse el primero, pero no el segundo, nos encontraremos frente a la existencia de una tentativa, pero no de un delito de lesión consumado; en caso de configurarse solo el desvalor del resultado, pero no el desvalor de acción, no podremos decir que nos encontremos frente a ilícito penal alguno, generándose la impunidad; mientras que, en caso que falte el desvalor de la acción de un delito doloso, aún es posible que se pueda afirmar la existencia de un desvalor de la acción de un injusto imprudente, consistente en la creación de un riesgo no permitido (vulneración del deber objetivo de cuidado)<sup>728</sup>.

---

*tipo, que excluye el dolo y da lugar a imprudencia o a su ausencia según sea objetivamente vencible o invencible". LUZÓN PEÑA. Lecciones de Derecho Penal... op. cit., p287.*

<sup>728</sup> ROXIN. Derecho Penal, Parte General. Tomo I... op. cit., p319.

Esta doble exigencia para la realización del tipo penal (desvalor de acción y desvalor de resultado) se exige en todos los delitos, sin excepción alguna, por tratarse de conceptos perfectamente entrelazados e inimaginables si están separados<sup>729</sup>. Incluso en los delitos de peligro se encuentra presente esta dicotomía que conforma la antijuricidad penal, con la salvedad de que, en este tipo de delitos (sean ya de peligro concreto o de peligro abstracto<sup>730</sup>), el resultado radica en la propia acción del autor, la misma que se presenta como realización del tipo<sup>731</sup>.

Por esta razón, en los delitos dolosos, en la medida en que tanto disvalor de acción, cuanto disvalor de resultado son indispensables para la configuración del tipo penal, el consentimiento que se realice respecto del tipo debe abarcar ambos aspectos; es decir, debe darse tanto respecto de la acción, cuanto respecto del resultado. En los injustos dolosos, lo expuesto resulta del todo evidente, dado que no es posible consentir sobre la acción que lesiona o pone en peligro un bien jurídico individual, sin consentir con ello también en el resultado (querido y conocido) que dicha acción va a causar; siendo que el consentimiento sólo sobre la acción y no respecto del resultado de un delito doloso supondría la inexistencia de dicho consentimiento y, por tanto, la lesión del bien jurídico individual protegido; siendo que, incluso de haberse configurado únicamente el disvalor de acción y no el disvalor de resultado, la conducta igual sería sancionada a título de tentativa. Así, por ejemplo, quien consiente que otro le realice un tatuaje en el cuerpo, consiente en la acción y en el resultado

---

<sup>729</sup> MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN. Derecho Penal. Parte General... op. cit., p304. Precisan además estos autores que la polémica sobre la prioridad entre el desvalor de acción y el desvalor de resultado resulta superflua; dado que no existe una jerarquía lógica o valorativa entre ellos; siendo que el acento en uno u otro al momento de configurar los tipos penales, no depende de la importancia de éstos, sino de razones político-criminales.

<sup>730</sup> Sobre la distinción entre delitos de peligro concreto y delitos de peligro abstracto, ver: MIR PUIG. Derecho Penal, Parte General... op. cit., p238-239.

<sup>731</sup> ROXIN. Derecho Penal, Parte General. Tomo I... op. cit., p329. "(...) incluso en los llamados delitos de mera actividad (...), existe un resultado externo, aunque el mismo es inseparable de la acción"; ver p320.

que implica tener un tatuaje, siendo inviable plantear un consentimiento que no abarcase el resultado lesivo para la integridad física.

## **2.2. El consentimiento en el injusto imprudente**

Tratamiento distinto ocurre en el caso de los delitos imprudentes, en los que no existe unanimidad en la doctrina respecto de si el desvalor de resultado debe o no ser considerado como núcleo esencial del injusto. Esta discusión puede tener cierta relevancia a nivel del consentimiento, en tanto una primera lectura del problema podría llevarnos a concluir equivocadamente que, quienes consideran al resultado como parte esencial del injusto, exigen que dicho consentimiento sea realizado tanto respecto de la acción, cuanto respecto del resultado; lo que casi nunca ocurriría, en la medida en que, quien consiente en la acción en un delito imprudente, lo hace con la expectativa de que no ocurra el resultado (esta postura generaría que en la mayor parte de los casos el consentimiento sea inaplicable para los injustos imprudentes)<sup>732</sup>. Por ello, para establecer los alcances del consentimiento en los delitos imprudentes, será necesario determinar el núcleo del injusto y la relevancia del resultado en torno al mismo.

### **2.2.1. El injusto en los delitos imprudentes**

En la doctrina, con un especial énfasis en el rol que el resultado debe ocupar en el delito imprudente, se han esbozado diversas posturas en torno al mismo. Algunos consideran que el núcleo de la antijuricidad se agota con el desvalor de acción, no siendo necesaria para la configuración del injusto la verificación del desvalor del resultado, el

---

<sup>732</sup> Sobre las distinciones entre el desvalor de acción y el desvalor de resultado, ver: MIR PUIG. Derecho Penal, Parte General... op. cit., p176-178.

que siempre dependería del azar. Otro sector considera que la configuración del tipo imprudente requiere tanto el desvalor de acción, cuanto el desvalor de resultado, no pudiendo desligar uno de otro por existir entre estos un vínculo de antijuricidad que los hace inseparables. Otros, sin negar la necesidad del desvalor del resultado para la configuración del tipo imprudente, lo dejan en un segundo plano, reinterpretando el vínculo de antijuricidad que lo une con el desvalor de acción para proponer criterios distintos, siendo que, incluso en este grupo, encontramos a quienes consideran que la determinación del tipo imprudente puede ser realizada a través de criterios de imputación objetiva, renunciando al criterio del deber objetivo de cuidado. En las próximas líneas se realizará un breve recuento de dichas posturas y de algunos autores representativos en torno a ellas:

#### **2.2.1.1. Posturas que consideran que el injusto penal imprudente se agota en el desvalor de acción**

Un sector de la doctrina no concibe al desvalor de resultado como necesario para la configuración del injusto penal. En esta línea, Kaufmann considera al resultado en los delitos imprudentes como una condición de punibilidad<sup>733</sup> que no debe considerarse parte integrante del injusto, por agotarse el mismo en el desvalor de la acción<sup>734</sup>. En igual línea se encuentra

---

<sup>733</sup> "la producción del resultado no es una condición necesaria de la infracción de la norma, es decir, de la tipicidad o antijuricidad, sino condición de punibilidad". KAUFMANN, Armin. Zum Stande der Lehre von personalem Unrecht, en Festschrift für Hans Welzel, De Gruyter Verlag, Berlín, 1974, p411. Citado por ROMEO CASABONA. El Médico y el Derecho Penal... op. cit., p225.

<sup>734</sup> Por condición objetiva de punibilidad, Guallart entiende circunstancias de las que depende la presencia o gravedad de una sanción penal, pero que no desempeñan función alguna en la determinación del tipo de lo injusto ni de la culpabilidad; razón por la que este autor señala que el resultado en los delitos imprudentes no puede ser considerado una mera condición objetiva de punibilidad, en la medida en que en éstos el resultado es un complemento del desvalor de la acción (inobservancia del cuidado), no pudiendo constituir este último, por sí solo, el injusto del delito

Beristain, quien considera que lo principal desde el punto de vista jurídico, a efectos de resaltar la dignidad humana, es el desvalor de acción<sup>735</sup>, agregando que el concepto de antijuricidad en los delitos culposos debe entenderse "(...) *como aglomerado constituido por un núcleo fundamental, decisivo, que se halla en la disconformidad de la acción concretamente realizada frente a la conducta que según el cuidado y la diligencia exigidos en la vida social debía haber sido realizada, y un elemento secundario selectivo (el resultado dañoso) que algunos denominan condición objetiva de punibilidad*"<sup>736</sup>.

De *lege ferenda*, Rodríguez Ramos considera que si bien el resultado, junto con las circunstancias del hecho, ha de seguir sirviendo como índice para la verificación y graduación de la culpa, debido a su carácter azaroso, sí debe replantearse el papel que cumple en el contenido del injusto; aunque, de *lege data*, reconoce que no puede considerarse al resultado como una mera condición objetiva de punibilidad<sup>737</sup>.

#### **2.2.1.2. Posturas que consideran al desvalor de resultado como necesario para la configuración del injusto imprudente**

Por otro lado, otro sector de la doctrina considera al **resultado como un elemento constitutivo del injusto en los delitos culposos**.

---

culposo. GUALLART Y DE VIALA, Alfonso. Significación en los delitos culposos en el Derecho penal español. En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo XXXII, fascículo III, Setiembre-Diciembre 1979, p642.

<sup>735</sup> BERISTAIN, Antonio. Cuestiones penales y criminológicas, Reus, Madrid, 1979, p116.

<sup>736</sup> Ibid., p119.

<sup>737</sup> RODRÍGUEZ RAMOS, Luis. El "resultado" en la teoría jurídica del delito. En: Cuadernos de Política Criminal Nº1, Madrid, 1977, p62.

En España, esta postura ha cobrado especial fuerza a partir de la entrada en vigencia del Código Penal de 1995 y la derogación del artículo 565 del Código Penal de 1944. Este último contemplaba expresamente la posibilidad teórica de que todos los delitos pudieran ser realizados por imprudencia, lo que fue modificado en 1995 con la tipificación expresa de todos los delitos imprudentes.

Con este cambio normativo, empezó a cambiar la postura doctrinaria española en torno al injusto imprudente, para considerar necesario para su configuración: un desvalor de acción seguido de un desvalor de resultado, que se produjese a partir de la vulneración de la norma de cuidado. Así, ejemplo de la importancia que tiene en este tipo de delitos la realización o no del resultado, es lo regulado por el legislador español en torno a las lesiones imprudentes, respecto a las que señala "*El que por imprudencia grave causare alguna de las lesiones previstas en los artículos anteriores será castigado, **en atención al riesgo creado y el resultado producido:** (...)*"<sup>738</sup>.

Otro ejemplo de la importancia del resultado para la configuración del injusto imprudente es la distinción de penas realizadas por el legislador para los casos de lesiones imprudentes y de homicidio imprudente. Así, mientras en el primer caso, la pena privativa de libertad más grave es de 3 años; en el segundo caso, la pena privativa de libertad más

---

<sup>738</sup> Artículo 152 del Código penal español vigente.

grave es de 4 años<sup>739</sup>. De esa diferencia se puede apreciar que el legislador sí considera importante el resultado para la determinación del marco de la pena abstracta, al establecerse la sanción en función al desvalor de resultado producido (principio de proporcionalidad como límite para la actuación del Derecho penal).

En esta línea, luego de la reforma del Código Penal de 1995, entre otros, Berdugo Gómez de la Torre señala: *"La razón y fundamento de la incriminación de los delitos imprudentes se encuentra en un doble aspecto. En primer lugar, en el desvalor de la conducta que comporta la infracción de la norma de cuidado, por crear o incrementar el peligro de la vida social. En segundo lugar, en el desvalor del resultado típico, la lesión o puesta en peligro del bien jurídico"*<sup>740</sup>.

En igual línea, Cerezo Mir considera que la exclusión del resultado en el tipo culposo generaría una desconexión del Derecho penal con el plano real de los bienes jurídicos, señalando que la concepción del tipo como materia de prohibición (o del mandato) es demasiado angosta, y que es necesario incluir en el mismo todos los elementos que fundamentan lo injusto específico de una figura delictiva, aunque no pertenezcan a la materia de la prohibición; así, establece: *"La exigencia de que la lesión del bien jurídico sea consecuencia de la inobservancia de la norma, no sólo justifica la inclusión del resultado en el tipo de lo injusto, sino que es una prueba de que sólo cuando se añade al desvalor de la*

---

<sup>739</sup> Ver artículos 152 y 142, respectivamente, del Código penal español vigente.

<sup>740</sup> BERDUGO. Curso de Derecho Penal. Parte General... op. cit., p267.

*acción el desvalor del resultado queda constituido lo injusto en los delitos culposos*<sup>741</sup>.

En igual línea, Guallart señala que en los delitos imprudentes existe una necesaria y estrecha relación entre el desvalor de la acción y el desvalor del resultado, la que se traduce en la exigencia de una concreción del segundo al primero, razón por la que estima que el desvalor de resultado aporta en la fundamentación del injusto imprudente y concluye que "*(...) lo injusto específico en las infracciones culposas viene constituido, como norma genérica y según nuestro derecho positivo vigente, por el desvalor de la acción y por el desvalor del resultado*"<sup>742</sup>.

También Suárez Montes rescata al desvalor de resultado como parte importante en el injusto imprudente, al señalar que la función de la lesión de un bien jurídico no se agota en ser un elemento selectivo de las acciones negligentes, sino que posee y representa junto con el desvalor de acción "*(...) un quid o plus de injusto de los tipos culposos*"<sup>743</sup>.

Lo mismo es establecido por Huerta Tocildo, para quien el desvalor de resultado constituye un criterio para verificar, junto con el desvalor de la acción, la contrariedad de la conducta a la norma, razón por la que también es fundamento del injusto de la conducta; así, establece: "*(...) el desvalor de resultado se incardina ya, desde un primer momento, en el injusto,*

---

<sup>741</sup> CERESO MIR, José. La polémica en torno a la doctrina de la acción finalista en la ciencia del Derecho penal española. En: Nuevo Pensamiento Penal. Revista de Derecho y Ciencias Penales, Año 1, Nro 2, Astrea, Buenos Aires, 1972, p241.

<sup>742</sup> GUALLART Y DE VIALA. Significación en los delitos culposos... op. cit., p643.

<sup>743</sup> SUAREZ MONTES, Rodrigo Fabio. Consideraciones críticas en torno a la doctrina de la antijuricidad y el finalismo, Estudio General de Navarra, Pamplona, 1963, p81.

*constituyéndolo junto al desvalor de acción; sin que, a mi juicio, pueda entenderse aquél relegado a la categoría de condición objetiva de punibilidad como pretenden los partidarios de la concepción subjetiva*<sup>744</sup>.

En igual sentido, Romeo Casabona afirma: *"Pues aquí se entiende que el tipo de lo injusto en los delitos culposos está comprendido, como elementos esenciales, por la inobservancia del cuidado objetivamente debido, la producción de un resultado y que el resultado sea consecuencia de aquélla, a la vez que la norma lesionada por la acción contraria al deber de cuidado persiguiera la evitación del resultado acaecido en el caso concreto (relación de antijuricidad)"*<sup>745</sup>.

### **2.2.1.3. Otras posturas en torno al injusto imprudente**

**Una postura intermedia** puede encontrarse en Welzel, quien admite que, al igual que en los delitos dolosos, en los delitos imprudentes puede verificarse la existencia de un desvalor de acción y de un desvalor de resultado<sup>746</sup>; pero agregando que lo decisivo para el derecho penal es el desvalor de la acción: *"El contenido decisivo de lo injusto de los delitos culposos (...) Consiste, sobre todo, en el desvalor de la acción, mientras que el desvalor del resultado producido (la lesión o el peligro de un bien jurídico) tiene solo una significación restrictiva, delimitadora, al destacar entre las conductas que no responden*

---

<sup>744</sup> HUERTA TOCILDO, Susana. Sobre el contenido de la antijuricidad, Tecnos, España, 1984, p69.

<sup>745</sup> ROMEO CASABONA. El consentimiento en las lesiones... op. cit., p289. También en ROMEO CASABONA. El Médico y el Derecho Penal... op. cit., p225.

<sup>746</sup> WELZEL, Hans. El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista, traducido por José Cerezo Mir, Editoria IB de F, Montevideo – Buenos Aires, 1964, p120.

*al cuidado debido aquellas que tienen relevancia para el derecho penal” , “La significación del resultado en el tipo consiste en que lleva a cabo una selección dentro de las acciones que no responden al cuidado debido (...). Aquí se advierte que el resultado no es la parte esencial del delito culposo para el derecho penal”<sup>747</sup>. Para Welzel, el resultado sigue siendo parte del tipo penal, en la medida en que la configuración del tipo penal no exige la consecución de cualquier resultado, sino de un resultado producido a partir de la vulneración del deber objetivo de cuidado, es decir, del desvalor de acción exigido en el tipo penal; lo que hace que el resultado siempre se encuentre considerado en el injusto imprudente<sup>748</sup>.*

Por su parte, Mir Puig deja en claro que la gravedad de la imprudencia sí depende del bien jurídico que afecta, y no de su efectiva lesión; pero pone en relieve la importancia de tomar en cuenta el resultado por considerarlo, en un sentido político criminal, una “garantía de seguridad”. Así, para este autor, la exigencia del resultado hace que se excluyan de sanción hechos imprudentes que no causan un resultado lesivo, añadiendo que *“En estas condiciones puede considerarse razonable, en aras de la seguridad jurídica y por el principio in dubio pro libertate, que no sea punible el hecho hasta que se cuente con la base indiciaria del resultado, que por lo menos demuestra siempre que algo ha escapado al control del sujeto y que su acción era*

---

<sup>747</sup> Ibid., p111-112 y p120, respectivamente.

<sup>748</sup> Respecto a las diferentes interpretaciones que se da a la postura planteada por Welzel respecto del desvalor de resultado en el injusto imprudente, ver: GUALLART Y DE VIALA. Significación en los delitos culposos... op. cit., p632. Este autor considera desacertadas las opiniones de un sector de la doctrina española que observa en Welzel una total renuncia al desvalor del resultado como parte del injusto, ver nota al pie 71.

*objetivamente defectuosa, con independencia de si ello puede atribuirse o no al sujeto*<sup>749</sup>.

Aceptando también la necesidad de que el injusto imprudente se configure tanto con un desvalor de acción, cuanto por un desvalor de resultado, Jescheck y Weigend precisan que por el primero debe entenderse la infracción del cuidado objetivamente debido, es decir "*(...) la infracción de las concretas exigencias que en una situación determinada el Ordenamiento jurídico impone al autor en atención a la previsibilidad del resultado*"<sup>750</sup>; mientras que por desvalor de resultado debe entenderse el acaecimiento, producción o causación del resultado, según se trate de un injusto imprudente de lesión, o la previsibilidad del resultado, según se trata de un injusto imprudente de peligro<sup>751</sup>. Así, por ejemplo, en el caso de la imprudencia consciente con resultado de peligro, el autor estima posible la realización del peligro, pero confía en que éste no se producirá<sup>752</sup>.

Por su parte, Roxin también deja en claro que el injusto imprudente, al igual que el injusto doloso, requieren para su configuración tanto del desvalor de acción cuanto del desvalor de resultado: "*Según la concepción actual, la realización del tipo presupone en todo caso y sin excepción tanto un desvalor de*

---

<sup>749</sup> MIR PUIG. Derecho Penal, Parte General... op. cit., p306.

<sup>750</sup> JESCHECK / WEIGEND. Tratado de Derecho Penal. Parte General... op. cit., p609, nota al pie 17.

<sup>751</sup> Respecto a lo señalado por estos autores, Roxin precisa: "*Así, Jescheck distingue entre la "infracción del deber objetivo de cuidado" como injusto de la acción y la "producción, causación y previsibilidad del resultado" como injusto del resultado en los delitos imprudentes*". ROXIN. Derecho Penal, Parte General. Tomo I... op. cit., p999.

<sup>752</sup> JESCHECK / WEIGEND. Tratado de Derecho Penal. Parte General... op. cit., p605-613.

*acción como un desvalor de resultado*<sup>753</sup>, aunque deja de lado el criterio del deber objetivo de cuidado como mecanismo para la determinación del desvalor de la acción, y recurre únicamente a criterios de imputación objetiva (el que contendría en su análisis al deber objetivo de cuidado); señalando: "*Es correcto que el tipo de los delitos imprudentes, en la medida en que no contenga una descripción adicional de la conducta, se colma mediante la teoría de la imputación objetiva: un resultado que se imputa al tipo objetivo está causado imprudentemente, sin que se precise de ulteriores criterios. En realidad, tras la característica de la infracción del deber de cuidado se esconden distintos elementos de imputación que caracterizan los presupuestos de la imprudencia de manera más precisa que tal cláusula*"<sup>754</sup>.

#### **2.2.1.4. Toma de posición: El injusto imprudente entendido como desvalor de acción y desvalor de resultado**

El injusto imprudente supone la infracción del deber de cuidado objetivo<sup>755</sup>, es decir, el núcleo de la antijuricidad consistirá "*(...) no en la lesión de un determinado bien jurídico, sino en la realización de una acción que infringe el deber objetivo de cuidado que existe en relación al mismo (...)*"<sup>756</sup>; de manera que la tipificación de un delito imprudente tendrá como pretensión principal la de impedir la producción de acciones peligrosas que

---

<sup>753</sup> ROXIN. Derecho Penal, Parte General. Tomo I... op. cit., p320.

<sup>754</sup> Ibid., p999-1000.

<sup>755</sup> Respecto a lo que debe entenderse por deber objetivo de cuidado, ver: JESCHECK / WEIGEND. Tratado de Derecho Penal. Parte General... op. cit., p622ss.

<sup>756</sup> BERDUGO. El delito de lesiones... op. cit., p77.

infrinjan un deber objetivo de cuidado<sup>757</sup>, que pueda materializarse en la producción de un desvalor de resultado concreto (peligro o lesión de un bien jurídico). Lo expuesto, hace que el objeto del consentimiento en el delito imprudente sea, en principio, en la acción de riesgo y no el resultado acaecido<sup>758</sup>, es decir, que el consentimiento no sea un consentimiento en la lesión del bien jurídico personal, sino en el riesgo de su lesión. En esta misma línea, Berdugo Gómez de la Torre señala que es de imposible alegación que el titular del bien jurídico consienta en el riesgo, pero indique no querer el resultado; dado que con ello *"(...) se estaría, primero, aceptando que se protege al bien jurídico del riesgo por encima de la voluntad de su titular que ha decidido ponerle en peligro, y segundo, se razonaría en el tipo de injusto con un nuevo elemento, que en los delitos imprudentes, al menos en nuestro planteamiento, es un elemento extraño"*<sup>759</sup>.

Esto no significa que el resultado sea irrelevante en el caso de los delitos imprudentes, en tanto la configuración de los mismos siempre exigirá de un desvalor de acción y de un desvalor de resultado. Ambos elementos se encuentran plenamente vinculados, así, el resultado que se exige para la configuración del tipo imprudente no es cualquier resultado, sino uno que se produce a partir del desvalor de acción realizado, es decir, a partir de la vulneración del deber objetivo de cuidado; de

---

<sup>757</sup> *"(...) Los delitos imprudentes pretenden evitar la realización de acciones, que por su falta objetiva de cuidado, supongan un peligro de lesión para bienes jurídicos, (...)"*. Ibid., p79.

<sup>758</sup> Al respecto, Portilla Contreras considera que el consentimiento en la acción de riesgo incluso puede ser valorado como *"(...) un indicio para considerar la existencia de consentimiento en el resultado"*. PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. Tratamiento dogmático-penal de los supuestos de puesta en peligro imprudente por un tercero con aceptación por la víctima de la situación de riesgo. En: Cuadernos de Política Criminal, N° 45, Edersa, Madrid, 1991, p715.

<sup>759</sup> BERDUGO. El delito de lesiones... op. cit., p81.

manera que el resultado únicamente podría ser imputado como imprudente, en tanto se haya concretizado a partir de la vulneración del deber de cuidado (léase, de la realización del desvalor de acción)<sup>760</sup>; no siendo necesario considerar al injusto imprudente como sólo desvalor de acción para darle relevancia al consentimiento como causa de atipicidad<sup>761</sup>.

Así, por ejemplo, la muerte de un peatón en un accidente de tránsito, causada por el exceso de velocidad en el que incurrió quien manejaba un vehículo (incremento indebido en el riesgo permitido que vulneró el deber de cuidado), sería imputada al conductor por haber infringido una norma de cuidado. Esta situación cambiaría si el accidente no se hubiera producido por el exceso de velocidad, sino por un fallo en el semáforo que llevó a cruzar al peatón en un momento en el que aún los autos no se habían detenido; en este último supuesto, no podría ser imputado al conductor resultado alguno.

---

<sup>760</sup> Nótese que para un sector de la doctrina, la determinación de la configuración del injusto imprudente se realiza en términos de imputación objetiva, la que contendría el análisis de la vulneración del deber objetivo de cuidado; sin embargo, la opción por una u otra postura en nada afectará las exigencias en torno a la validez del consentimiento en el injusto imprudente el que, en uno y otro caso, resulta válido si se emite respecto del riesgo de que ocurra el resultado, es decir, sobre el desvalor de acción. A favor de la aplicación de criterios de imputación objetiva: ROXIN. Derecho Penal, Parte General. Tomo I... op. cit., p342ss; MIR PUIG. Derecho Penal, Parte General... op. cit., p306ss.

<sup>761</sup> En esta línea, Romeo Casabona señala que el hecho de considerar al desvalor de resultado como parte o no del injusto imprudente, en nada desmerece el valor del consentimiento: "*Carece, pues, consecuentemente, de base la afirmación de SHAFFSTEIN, de que únicamente cuando se concibe lo injusto de los delitos culposos basado en el desvalor de acción como elemento constitutivo, deberá referirse el consentimiento al peligro y no al resultado en las lesiones culposas*". ROMEO CASABONA. El consentimiento en las lesiones... op. cit., p290.

## **2.2.2.El consentimiento sobre el desvalor de acción y sobre el desvalor del resultado en el injusto imprudente: Consentimiento sobre el riesgo**

### **2.2.2.1. Posiciones en la doctrina**

Respecto a la validez del consentimiento en el riesgo en los delitos imprudentes se ha pronunciado la mayor parte de la doctrina.

*Así, para Berdugo Gómez de la Torre, "(...) si lo que se quiere evitar es la realización de determinadas conductas que infringen un deber objetivo de cuidado, en cuanto suponen un peligro para determinados bienes jurídicos, el consentimiento en la acción falta de cuidado, el consentimiento en el riesgo, hace que este comportamiento quede fuera del ámbito penal (...)"<sup>762</sup>.*

Asimismo, Portilla, aunque considerando al consentimiento como causa de justificación y no de tipicidad, señala *"Por tanto, si bien es cierto que no puede deducirse que en todo consentimiento en una acción de peligro la víctima desee el resultado lesivo, no es menos cierto que en tales casos, si conoce el alcance del peligro y quiere su realización, será responsable de las consecuencias, debiendo tener entonces el consentimiento eficacia justificante"*<sup>763</sup>.

Esto mismo es afirmado por Suárez Montes, para quien no sólo es posible un consentimiento sobre una lesión cierta, sino

---

<sup>762</sup> BERDUGO. El delito de lesiones... op. cit., p77.

<sup>763</sup> PORTILLA CONTRERAS. Tratamiento dogmático-penal... op. cit., p713.

también sobre una lesión incierta o eventual, a través de la autorización de la creación de una situación de riesgo de la que -sólo posible o probablemente- se derivará una lesión; siendo que, en estos casos, el consentimiento aparecerá referido a una conducta limitada objetiva o subjetivamente, de modo que, las conductas que sobrepasen dicho límite no podrán ser excluidas de responsabilidad penal. Este autor refuerza su posición sobre lo dicho en el artículo 50 del Código penal italiano, el que a la letra señala: *"No es punible quien daña o pone en peligro un derecho con el consentimiento de la persona que puede válidamente disponer de él"*; y considera irrelevante que el titular del bien jurídico desee que no ocurra el resultado lesivo<sup>764</sup>.

También Casas Barquero otorga relevancia al consentimiento en los delitos imprudentes, precisando que en estos casos, el consentimiento *"(...) no ha de referirse más que a la conducta descuidada y no al resultado lesivo"*; resaltando la importancia del consentimiento al señalar: *"(...) negar valor al consentimiento que autoriza una exposición a peligro supone negar la autonomía de la voluntad en la esfera de los bienes disponibles, para los cuales es decisiva la voluntad de su titular"*<sup>765</sup>. Para esta autor, el consentimiento del ofendido en conductas imprudentes puede generar la impunidad incluso cuando del comportamiento consentido pudiera derivar la muerte del mismo, lo que no podría ocurrir en el caso del

---

<sup>764</sup> SUAREZ MONTES. Consideraciones críticas en torno a la doctrina... op. cit., p121-125.

<sup>765</sup> CASAS BARQUERO. El consentimiento en el derecho penal... op. cit., p45.

consentimiento en delitos dolosos, en tanto para Casas, en estos casos, rige estrictamente la indisponibilidad de la vida<sup>766</sup>.

En igual sentido, Corcoy Bidasolo establece "(...) *la concepción de injusto aquí defendida, ha de tener como consecuencia que el consentimiento, para ser eficaz, sólo ha de hacer referencia a la conducta; ahora bien, ésto (sic) sólo será cierto en tanto se conozcan todos los factores de riesgo concurrentes en el caso concreto, conocimiento que afecta a la previsibilidad del resultado*"<sup>767</sup>. Así, esta autora acepta la validez del consentimiento en el riesgo, aunque precisa que "(...) *si bien el consentimiento está en íntima relación con el riesgo permitido - es necesario-, no puede sustituirlo -no es suficiente-*", recurriendo por ello al criterio de la "*utilidad social*", la que considera es la base de la construcción dogmática del riesgo permitido<sup>768</sup>.

Lo mismo es aceptado por García Álvarez, quien distingue entre una disponibilidad para un daño cierto (disponibilidad cierta), en la que "*el titular del bien desea la lesión y ello es lo que persigue con su actuación*"; y actos de disposición para una mera exposición a peligro (disponibilidad eventual), en donde "*lo que hay es una aceptación del riesgo mediante una voluntaria exposición a un peligro*"<sup>769</sup>. Para esta autora, ambos actos de disposición pueden ser realizados por el titular del bien jurídico individual o por un tercero autorizado por éste;

---

<sup>766</sup> Ibid., p48.

<sup>767</sup> CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado, PPU, Barcelona, 1989, p317.

<sup>768</sup> Ibid., p319.

<sup>769</sup> GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora. La puesta en peligro de la vida y/o integridad física asumida voluntariamente por su titular, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p426.

debiendo reconocer validez al consentimiento en el riesgo, por cuanto, exigir el consentimiento del resultado llevaría a la inoperatividad del mismo; así, establece: *"De tal manera que si se constata que para la admisión del consentimiento en las conductas de riesgo es indispensable que el titular del bien jurídico -finalmente afectado- consienta no sólo en la actividad peligrosa, sino también en el eventual resultado lesivo que de ella pueda derivarse (producción que no necesariamente habrá de tener lugar), habrá de negarse su operatividad"*<sup>770</sup>.

Con algunas peculiaridades, Luzón Peña acepta la validez del consentimiento en el riesgo para algunos casos de contagio de SIDA, pero no como causa justificante, sino como causa que excluye directamente la tipicidad por falta de autoría; así, establece: *"Para determinar si hay o no responsabilidad penal por lesiones o muerte debe ante todo distinguirse los casos de consentimiento del sujeto pasivo en el riesgo de los de ausencia de tal consentimiento. Pero ello no porque pudieran operar las causas de justificación del consentimiento del riesgo permitido, sino porque el consentimiento plenamente responsable puede excluir directamente la tipicidad (por falta de autoría)"*<sup>771</sup>.

En igual sentido, Romeo Casabona admite la validez del consentimiento en el riesgo y señala *"Una vez producido el consentimiento en la acción peligrosa que no responde al cuidado objetivo debido, y aceptado con ello el riesgo de una lesión, el consentimiento cubrirá también el resultado lesivo que*

---

<sup>770</sup> Ibid., p427.

<sup>771</sup> LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Problemas de la transmisión y prevención del sida en el Derecho penal español. En: MIR PUIG, Santiago. Problemas jurídico penales del Sida, Bosch, Barcelona, 1993, p14-15.

*eventualmente se produzca, aunque haya confiado o esperado que no llegar a ocurrir, pues su producción representa la realización del riesgo aceptado conscientemente*<sup>772</sup>. Este autor considera que, en la medida en que el consentimiento se admite en los injustos dolosos, con mayor razón se debe admitir en los injustos imprudentes en los que la acción supone únicamente la puesta en peligro consentida del bien jurídico, la que no siempre ha de concluir en su lesión efectiva: *"quien puede lo más, ha de poder también lo menos"*<sup>773</sup>.

No estoy de acuerdo con esto último, porque la estructura del injusto doloso no es la misma que la del injusto imprudente (no se trata de figuras similares), dado que la relación de antijuricidad entre el desvalor de acción y el desvalor de resultado en ambos injustos es distinta<sup>774</sup>. Así, en el caso de los delitos de lesión, quien consiente, siempre consentirá sobre la producción del resultado (la lesión); mientras que, en el caso de los delitos imprudentes, el resultado siempre dependerá del azar, por lo que quien consiente, no consentirá en la lesión, sino en su potencial producción, lo que hace que la estructura sea distinta y las razones que fundamenten la validez del consentimiento en uno y otro caso también lo sean; por ello no puede aplicarse el argumento *a maiori ad minus* entre ambas figuras.

Por su parte, Mir Puig también otorga validez al consentimiento en los delitos imprudentes, para este autor: *"La pregunta es, en*

---

<sup>772</sup> ROMEO CASABONA. El consentimiento en las lesiones... op. cit., p290.

<sup>773</sup> Ibid., p288.

<sup>774</sup> Incluso el mismo Romeo Casabona reconoce que *"(...) de la diferente relación entre acción y resultado se derivan los también diferentes condicionamientos para el consentimiento"*. Ibid., p290.

*tales casos, si puede resultar eficaz el consentimiento que sólo alcanza a la acción y no al resultado, para eximir en caso de que se produzca el resultado lesivo. Me inclino por entender que basta que el consentimiento se refiera a la conducta descuidada*<sup>775</sup>.

Considerando al consentimiento como causa de justificación, también se encuentran Jescheck y Weigend, para quienes "(...) *las acciones imprudentes también pueden estar justificadas por medio del consentimiento del ofendido o de su voluntad presunta*"<sup>776</sup>, siendo admisible el consentimiento en una puesta en peligro imprudente.

Lo mismo es aceptado por Jakobs, aunque a través de una distinción entre acuerdo final y acuerdo no final. En el primer caso, el titular del bien jurídico acuerda (léase consiente) respecto de las consecuencias directas del comportamiento, es decir, *"las quiere realizar por ellas mismas o por los efectos ulteriores esperados de ellas"*; mientras que, en los supuestos de acuerdo no final, quien acuerda no quiere ninguna de las consecuencias del comportamiento, *"pero sí el comportamiento previsiblemente con consecuencias, o al menos un contacto social que no puede tener lugar evidentemente sin comportamiento con consecuencias"*.

Estos últimos, por ejemplo, serían los casos de quienes participan en un combate deportivo de boxeo que no quieren los ataques de su adversario, pero consienten respecto de la

---

<sup>775</sup> MIR PUIG. Derecho Penal, Parte General... op. cit., p530.

<sup>776</sup> JESCHECK / WEIGEND. Tratado de Derecho Penal. Parte General... op. cit., p632.

posibilidad de que se den<sup>777</sup>. Para Jakobs, en el primer caso, *"se trata del abandono de un bien basado en la voluntad digna de respeto; este acuerdo surte efecto en virtud del contenido de la libre discrecionalidad"*; y, en el segundo caso, *"se trata de que se quiere una situación a la que pertenece necesariamente el abandono del bien. La significación práctica de este último grupo de supuestos no reside en el acuerdo, sino en el consentimiento excluyente del tipo"*<sup>778</sup>, cobrando especial relevancia el consentimiento no final en los casos de consentimiento en el riesgo<sup>779</sup>.

En contra del uso de esta terminología se ha pronunciado Cancio Meliá, quien señala *"(...) para Jakobs no es necesario ni que haya un acto de consentimiento respecto del resultado o del riesgo, ni siquiera que se conozca por parte de la víctima el riesgo: basta con que se conozca el contacto social entablado y su potencial lesivo. Pero entonces, la cuestión que se plantea es si merece la pena seguir denominando a esa construcción, con sus distintos niveles, «consentimiento»"*; para Cancio, la compleja construcción hecha por Jakobs supone un último intento de adecuar la idea de consentimiento a una realidad que se resiste a ser abarcada por esa idea<sup>780</sup>.

Ahora bien, sin perjuicio de lo expuesto, existe cierto sector de la doctrina que no se muestra a favor de dar relevancia al consentimiento en el riesgo. Así, en contra de una ubicación

---

<sup>777</sup> JAKOBS. Derecho Penal. Parte General... op. cit., p292.

<sup>778</sup> Ibid., p292-293.

<sup>779</sup> Ibid., p530.

<sup>780</sup> CANCIO MELIÁ, Manuel. Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas, segunda edición, Bosch, Barcelona, 2001, p164.

sistemática propia del consentimiento en el riesgo, se encuentra Cancio Meliá, para quien "(...) o la situación se define como de disposición, y entonces se consiente en la lesión, o la voluntad de asumir el riesgo no es más que uno de los elementos que pueden concurrir en la fundamentación de la atribución del suceso a la víctima"<sup>781</sup>; en tal sentido, precisa que "(...) el consentimiento del peligro (de los costes de un contacto social) puede constituir, en casos de comportamientos de por sí no permitidos («consentimiento en el riesgo»), un indicio de que el suceso ha de imputarse a la víctima"<sup>782</sup>.

Por otro lado, con ocasión del análisis del delito de lesiones en el Código penal español, Bajo Fernández rechaza la validez del consentimiento en el riesgo e insiste en que el consentimiento tenga que ser realizado en el resultado (es decir, en las lesiones). Así, afirma "*El objeto del consentimiento no ha de ser tanto la acción arriesgada, como las lesiones de producción necesaria y posible. No podemos admitir la tesis de cierto sector doctrinal, según la cual basta con que el consentimiento alcance el comportamiento peligroso (sic), ya que el resultado es aleatorio. De ser esto así, las lesiones producidas en la riña mutuamente aceptada deberían ser impunes, lo que contradice la posición unánime de doctrina y jurisprudencia en España. La lesión de las lesiones producidas en riña mutuamente aceptada viene dada, entre otras razones, porque no hay consentimiento respecto de las lesiones necesarias o posibles como consecuencia del comportamiento arriesgado*"<sup>783</sup>.

---

<sup>781</sup> Ibid., p178.

<sup>782</sup> Ibid., p176-177.

<sup>783</sup> BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. Manual de Derecho penal. Parte especial (Delitos contra las Personas), segunda edición, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1991, p151.

No considero acertada la crítica al consentimiento en el riesgo expuesta por este autor, en tanto si bien el resultado en un delito imprudente se produce azarosamente (producto del azar), debe constituir la concretización del desvalor de acción en el caso concreto, es decir, cualquier resultado no puede ser atribuido y sancionado, sino el resultado que sea previsible respecto de la acción cometida.

Tampoco considero que la regulación de la riña<sup>784</sup> legitime que el consentimiento no pueda recaer en el riesgo de una lesión, máxime cuando el mismo autor critica la regulación de la riña y señala que *"El precepto está pensado en riñas en donde no sea posible determinar quién es el injusto agresor y el injusto agredido, porque si así fuere no puede calificarse de sujeto activo a quien se defiende de una injusta agresión"*; lo que dejaría en evidencia que, en estos casos, al no poder establecerse quién es el injusto agredido, difícilmente podría hablarse de consentimiento brindado por este mismo (no se tiene claro quién es el titular del bien jurídico que debe consentir); sobre todo cuando, en estos supuestos, en realidad nos encontramos frente a la comisión de una lesión dolosa que no tiene asidero alguno en la figura del consentimiento<sup>785</sup>.

---

<sup>784</sup> Hoy tipificada en el artículo 154 del Código penal español, el que establece: *"Quienes riñeren entre sí, acometiéndose tumultuariamente, y utilizando medios o instrumentos que pongan en peligro la vida o integridad de las personas, serán castigados por su participación en la riña con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a 24 meses"*.

<sup>785</sup> En esta misma línea se ha pronunciado la Audiencia Provincial de Sevilla, al señalar: *"(...) la participación en una riña mutua o la provocación a la misma en absoluto puede equipararse en sentido propio al consentimiento en las lesiones que en dicha riña se sufran; consentimiento que según el precepto citado para tener eficacia atenuatoria ha de ser "válida, libre, espontánea y expresamente emitido", condiciones que no se dan en los supuestos de riña muta. Y ello aun admitiendo a efectos dialécticos que el incidente de autos pertenezca propiamente a esta categoría, cuando todo indica en realidad que se trató de una agresión unilateral de los acusados, aunque*

- ***Especial referencia a la teoría de la imputación objetiva (incremento del riesgo permitido) planteada por Roxin***

Una especial mención merece lo planteado por Roxin, para quien los problemas de consentimiento en una actuación imprudente, en tanto suponen un consentimiento en el riesgo, pueden ser resueltos a partir de criterios de imputación objetiva; no siendo necesario recurrir al consentimiento como causa de atipicidad<sup>786</sup>.

Así, para Roxin, *"En los casos en los que el sujeto "únicamente" ha consentido en una puesta en peligro, se trata del problema de la "puesta en peligro de un tercero aceptada por éste". Ya se ha expuesto cuándo la misma excluye la imputación al tipo objetivo desde el punto de vista del fin de protección de la norma. Aquí nos podemos remitir a ese lugar. Tampoco los pocos casos de verdadero consentimiento en un resultado lesivo imprudente encajan en el fin de protección de los tipos imprudentes y excluyen ya la imputación al tipo objetivo. Las infracciones de reglas del deporte que conducen a menoscabos o daños leves a*

---

*viniera precedida de insultos verbales de los agredidos. Sugerir que quien insulta a otra persona, aunque sea soezmente, está expresando con ello su consentimiento a que ésta le parta la pierna es algo que carece de la menor seriedad argumental y que no puede ser admitido ni desde el punto de vista técnico jurídico ni desde el político- criminal".* Sentencia emitida por la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 4ª) el 6 de noviembre de 2002 (JUR 2003/91167), punto 3 del fundamento jurídico único.

<sup>786</sup> También ver apartado 2.2.2.1 del tercer capítulo ("Posiciones en la doctrina: Especial referencia a la teoría de la imputación objetiva (incremento del riesgo permitido) planteada por Roxin").

*menudo siguen estando incluso del ámbito del riesgo permitido”<sup>787</sup>.*

Como se observa, Roxin, en el caso de los delitos imprudentes, considera más adecuado recurrir a criterios de imputación objetiva, analizando los diversos supuestos a través del riesgo permitido y la puesta en peligro de un tercero aceptada por éste; y dejando de lado el consentimiento en el propio daño, que considera es demostrable sólo en escasas ocasiones<sup>788</sup>.

Como se analizará en el apartado siguiente, el consentimiento respecto del riesgo permitido (análisis sobre el consentimiento) y la aceptación del incremento del mismo (análisis de imputación objetiva), son dos aspectos distintos que no pueden ser confundidos, y que son analizados en dos momentos diferentes (el análisis del segundo presupone, previamente el análisis respecto del primero). De esta manera, sólo tendrá sentido analizar la imputación objetiva de un determinado resultado imprudente, causado por el incremento de un riesgo permitido; si, previo a ello, se logra determinar la existencia del consentimiento respecto de la realización del riesgo permitido en sí.

---

<sup>787</sup> ROXIN. Derecho Penal, Parte General. Tomo I... op. cit., p1034.

<sup>788</sup> *"Pues el consentimiento, según una opinión discutida, pero correcta, debería extenderse no meramente a la puesta en peligro procedente del sujeto que actúa imprudentemente, sino también al resultado sustancialmente cofundamentador del injusto; pero un consentimiento en el propio daño es demostrable sólo en escasas ocasiones".* Ibid., loc. cit. Roxin agrega: *"En efecto, raramente se dará un consentimiento en el resultado incluso en caso de meras lesiones, ya que el que se expone al riesgo suele confiar en un final feliz; ahora bien, un consentimiento en la mera puesta en peligro sólo podría excluir el injusto si el resultado no fuera también componente esencial del injusto"*, p394.

Por ello, incluso en los casos en los que no se aprecie un consentimiento válido sobre el riesgo (la aceptación voluntaria de la puesta en peligro de un bien jurídico "x"), y no se llegue a producir resultado imprudente alguno que genere un menoscabo para el bien jurídico "x" (es decir, no tenga sentido realizar un análisis de imputación objetiva respecto de la lesión del bien jurídico "x"); siempre persistirá la vulneración de la libertad del individuo que no prestó su consentimiento para la realización de la acción riesgosa por parte de un tercero, lo que siempre implicará la vulneración del bien jurídico "libertad" y, con ello, la comisión de un delito de coacción<sup>789</sup>.

Prueba de ello es que el mismo Roxin, respecto a a

## **2.2.2.2. Posición personal**

### **2.2.2.2.1. Previsibilidad (conocimiento) del posible resultado**

Ahora bien, además de lo dicho por la doctrina que se encuentra a favor del consentimiento en el riesgo, cabe afirmar que la vinculación entre el desvalor de acción y el desvalor de resultado como elementos integrantes del injusto imprudente, también se evidencia en la necesaria previsibilidad del resultado que la vulneración del deber objetivo de cuidado (desvalor de acción) debe generar<sup>790</sup>,

---

<sup>789</sup> Un mayor análisis respecto de las distinciones entre el consentimiento y el riesgo permitido será realizado en el apartado 2.2.2.2.2. del presente capítulo ("Casos de riesgo permitido: Distinción entre consentimiento y riesgo permitido").

<sup>790</sup> "Acción y resultado deben, pues, estar conectadas entre sí no sólo objetiva sino subjetivamente, de modo que el autor que actúa conforme al deber de cuidado pueda reconocer qué resultado

lo que considero que, en los delitos imprudentes, legitima la posibilidad de plantear el consentimiento en términos de riesgo y no de lesión.

Así, el consentimiento que brinda el titular del bien jurídico individual es realizado respecto de la acción peligrosa y tomando en cuenta que ésta puede generar cierto resultado, el mismo que debe ser de previsible atribución a la acción efectuada (la relación de causa-efecto entre el desvalor de acción y el desvalor de resultado debe ser previsible para quien otorga el consentimiento).

En tal sentido, para que el consentimiento del titular del bien jurídico penal individual sea válido, esta previsibilidad sobre el riesgo de lesión, debe haber sido visualizada antes de la aceptación de la realización de la acción peligrosa (antes de la vulneración del deber objetivo de cuidado); caso contrario, el consentimiento en la realización de dicha acción habrá sido efectuado sin la información debida, deviniendo en inválido por faltar uno de los requisitos mínimos para su otorgamiento<sup>791</sup>.

Así, por ejemplo, quien acude a una barbería y consiente en que le afeiten la barba, a pesar de haber sido informado por el barbero de no contar con la crema de afeitar que ayuda a deslizar la cuchilla y reducir la

---

*tendrá lugar y de qué forma se realizará éste*". JESCHECK / WEIGEND. Tratado de Derecho Penal. Parte General... op. cit., p632.

<sup>791</sup> Sobre este punto, existe coincidencia en la doctrina respecto a que el titular del bien jurídico debe poseer un conocimiento claro del riesgo que se va a derivar de la acción imprudente sobre la que consiente. Así, ver: ROMEO CASABONA. El consentimiento en las lesiones... op. cit., p289.

posibilidad de cortes, así como de haber sido informado de que ello puede incrementar la posibilidad de efectuarle daños en el rostro y en el cuello; al aceptar que igual le corten la barba, consiente en el incremento del riesgo y, por tanto, consiente en las lesiones que el barbero pueda generarle en el rostro producto de la vulneración del deber objetivo de cuidado, que le obligaba a realizar dicho trabajo con la crema.

El titular del bien jurídico prevé que el barbero pueda efectuarle algún corte en el rostro o en el cuello, consintiendo en la posibilidad de que dicho resultado ocurra (el titular del bien jurídico prevé el resultado y consiente en el riesgo de que ocurra); razón por la que, en el caso en que el barbero le hubiera realizado algún corte, no podría decirse que se haya configurado el delito de lesiones imprudentes, por haber sido dicha lesión previsible, y haber brindado el titular del bien jurídico su consentimiento, luego de haber previsto la posibilidad del resultado.

Así, al consentir en el incremento del riesgo de ser lesionado, consintió también en el posible resultado de lesiones que se podía generar en caso de que el barbero fallara (cortes en rostro y/o cuello); este consentimiento se legitima en la medida en que la posibilidad de que el barbero le efectuara algún corte era previsible, lo que hace que se cumpla el requisito de suficiencia de información que se requiere para la validez de su consentimiento.

Distinto sería el análisis si el barbero no hubiera cumplido con informar a su cliente que no contaba con la crema de afeitar que ayudaba a deslizar la cuchilla y reducir la posibilidad de cortes; dado que, en este caso, la decisión del afectado no se habría tomado sobre la base de toda la información necesaria, lo que invalidaría el consentimiento como causa de atipicidad<sup>792</sup>.

Por el contrario, si en el ejemplo propuesto, en lugar de efectuarle un corte superficial en el rostro, el barbero le hubiera cortado la vena yugular del cuello, generándole con ello la muerte; no podría decirse que el consentimiento inicialmente dado por el titular del bien jurídico, hubiera abarcado su posible muerte, en tanto no era previsible que dicho resultado ocurriese. En este caso, por sólo haber sido previsible la lesión (corte) en el rostro y/o cuello, únicamente podría decirse que el consentimiento fue respecto de los mismos, más no respecto del bien jurídico vida. Así, en la medida en que el resultado muerte no era previsible a partir de la vulneración del deber de cuidado por parte del barbero, el titular del bien jurídico no habría brindado respecto del mismo un consentimiento válido, al no haber contado con la información suficiente que pudiera legitimarlo; configurándose el delito de homicidio imprudente<sup>793</sup>.

---

<sup>792</sup> Sobre los requisitos del consentimiento, ver lo expuesto en el apartado 4. del presente capítulo ("Requisitos para la validez del consentimiento").

<sup>793</sup> En similar línea, Romeo Casabona señala: "*En cuanto al autor, éste no puede realizar acciones con riesgo superior al consentido, ni tampoco actuará el consentimiento de la víctima cuando la lesión producida no sea consecuencia del riesgo que representa la conducta imprudente y en el que se consintió*". ROMEO CASABONA. El consentimiento en las lesiones... op. cit., p290.

#### 2.2.2.2. Casos de riesgo permitido: Distinción entre consentimiento y riesgo permitido

Nótese que en el ejemplo propuesto se ha incurrido en un incremento del riesgo permitido y no en un simple riesgo permitido. Respecto a la validez del consentimiento como supuesto de exclusión de responsabilidad penal, en los casos de riesgo permitido y de adecuación social, no existe uniformidad en la doctrina, dado que muchos consideran que en estos casos la configuración del injusto imprudente dejaría de realizarse por dichas razones (criterios de imputación objetiva), y no por el consentimiento del titular del bien jurídico. En esta línea, Romeo Casabona señala: "*(...) el consentimiento en una conducta arriesgada, pero dentro del cuidado debido, es irrelevante para el caso en que se concrete dicha conducta en un resultado lesivo (...)*"<sup>794</sup>. En contra de considerar irrelevante al consentimiento para los casos de riesgo permitido y de adecuación social se encuentra Berdugo Gómez de la Torre, para quien una profundización de estas figuras deja en evidencia "*(...) que el verdadero fundamento de su irrelevancia penal radica en el consentimiento y no en que el comportamiento arriesgado haya seguido en su desarrollo una determinada forma*"<sup>795</sup>.

---

<sup>794</sup> Ibid., p291.

<sup>795</sup> BERDUGO. El delito de lesiones... op. cit., p81. En similar línea, buscando distinguir lo que debe entenderse por consentimiento en el riesgo y riesgo permitido, García Álvarez señala: "*(...) mientras que en el consentimiento sólo media la conformidad del titular del bien jurídico, en el riesgo permitido está presente una aceptación de la comunidad por considerar que la conducta de la que se trata tiene un fin razonable, cosa que no tiene por qué pasar en los casos de consentimiento*", GARCÍA ÁLVAREZ. La puesta en peligro de la vida... op. cit., p396.

Creo acertada esta segunda postura dado que, en la eventualidad en que el resultado llegase a ocurrir, el análisis del consentimiento respecto del riesgo permitido tendría que ser realizado previo al análisis de imputación objetiva. Este último sólo cobraría sentido, en tanto, previamente, el titular del bien jurídico haya dispuesto sobre el mismo; siendo que, de no existir un consentimiento por parte del titular del bien jurídico para realizar dicha acción de riesgo permitido, dicho riesgo se convertiría en un riesgo no permitido; afectándose con ello la libertad de disposición del titular del bien<sup>796</sup>.

En estos casos, incluso en los supuestos en los que la acción riesgosa permitida no hubiera generado daños al titular del bien jurídico, sí cabría imputar la configuración de algún tipo penal contra la libertad individual (léase, por ejemplo, coacción), por haberse realizado sin la aprobación del mismo. Así, si la persona no hubiese consentido respecto de la realización de cierta conducta, por más que se tratase de un riesgo permitido o de una conducta adecuada socialmente, igual se habría generado una vulneración al bien jurídico libertad individual.

En esta línea, en los delitos imprudentes considero perfectamente posible incorporar la exigencia del consentimiento en los casos de incremento de riesgo

---

<sup>796</sup> En igual línea, Corcoy Bidasolo señala que el consentimiento se encuentra detrás de todos los supuestos de "riesgo permitido": "3.2.- *En general, pues, una actividad peligrosa, aun cuando en el control del riesgo se utilicen todas las medidas de cuidado posible, sólo será permitida si se cuenta con el consentimiento de los intervinientes en ella. El consentimiento es pues un elemento esencial para que en determinados casos pueda hablarse de riesgo permitido, lo que no quiere decir que sea siempre suficiente*". CORCOY BIDASOLO. El delito imprudente... op. cit., p319.

permitido, en tanto el primero es presupuesto de la permisión que el riesgo exige; y, por tanto, presupuesto para el análisis de imputación objetiva respecto del resultado imprudente producido.

Así, sólo tiene sentido plantear la existencia de un incremento del riesgo permitido que se materializó en la producción de un desvalor de resultado, si -previo a ello- existió un consentimiento respecto de este último; caso contrario, siempre habrá lesión. Por ello, el análisis del consentimiento es previo y distinto al de la imputación objetiva planteado por Roxin: mientras en el primer caso analizaremos si es posible establecer la existencia de un riesgo permitido -o incremento- consentido por el titular del bien jurídico que se pone en riesgo de lesión (análisis en torno al consentimiento); en el segundo caso analizaremos si el mismo excedió los alcances del consentimiento y si ello se concretizó en la producción de un resultado desvalorado (análisis de imputación objetiva).

De esta manera, en el ejemplo del barbero propuesto, en el caso en que la persona hubiese consentido que le afeiten conforme con el deber de cuidado (utilizando la crema de afeitar apropiada para ello), habría consentido en la realización de un riesgo permitido, que significan los cortes superficiales que podían generarse en el rostro y cuello cuando le hicieran la barba; por lo que, de haber ocurrido los mismos, no se habría vulnerado bien jurídico alguno, por haber existido un consentimiento en el riesgo de su producción (la realización de una acción de riesgo

permitido que presupone el consentimiento sobre el mismo); es decir, por haberse materializado las lesiones en el marco del riesgo permitido y sin ningún incremento del mismo.

Distinta sería la situación si la persona no hubiese consentido sobre el incremento del riesgo y no hubiera dado su autorización para que se le hiciera la barba sin la crema de afeitar que ayudaba a deslizar la cuchilla; o si la persona, ni siquiera hubiera consentido respecto del riesgo permitido en sí y no hubiera dado su autorización para que le hicieran la barba (por ejemplo, hubiera acudido a la barbería para un corte de pelo, se hubiera quedado dormido y el barbero hubiera aprovechado también para hacerle la barba, utilizando la crema de afeitar indicada para el trabajo). En estos casos, de haberle producido cortes en el rostro, sea ya por el incremento del riesgo permitido, o por el riesgo permitido no consentido (análisis en torno al consentimiento); el barbero tendría que responder por las lesiones causadas al cliente, es decir por la producción de un resultado desvalorado que se produjo a partir del incremento del riesgo permitido no consentido, o el riesgo permitido no consentido (análisis de imputación objetiva); evidenciándose que el análisis en torno al consentimiento y el análisis en torno a la imputación objetivo se dan en dos momentos distintos.

Es más, incluso si el barbero se hubiese lucido en el trabajo y no hubiese efectuado corte alguno en el rostro al cliente que no dio su consentimiento para que le hagan la

misma, igual, como mínimo, se hubiera configurado un delito contra la libertad (coacción), no pudiendo en este caso el riesgo permitido excluir todo tipo de responsabilidad penal, por no ser, en realidad, un riesgo permitido, sino más bien un riesgo no permitido ni, por tanto, consentido por el titular del bien jurídico.

Es por ello que considero que la solución a los problemas generados en torno a los injustos imprudentes al nivel de la imputación objetiva, a través del riesgo permitido (postura propuesta por Roxin), no excluyen el análisis previo que debe hacerse en torno al consentimiento; sino que, por el contrario, contiene en sí misma el reconocimiento al consentimiento, en tanto éste, de por sí, presupone un análisis previo al concepto de riesgo permitido y a las reglas de imputación objetiva, no pudiendo el **riesgo permitido** tener la calidad de tal, si no es autorizado por el titular del bien jurídico; caso contrario, se configurará, en todo caso, un delito de coacciones.

Ahora bien, cabe precisar la diferencia en el tratamiento del consentimiento en los casos de incremento de riesgo permitido y en los casos de riesgo permitido. Mientras en los casos de incremento de riesgo permitido, el consentimiento cubre el riesgo de otras eventuales lesiones derivadas de dicho incremento; en el caso de los supuestos de riesgo permitido o de adecuación social, "(...) *para que la conducta sea penalmente irrelevante, el autor tiene que haber actuado con el cuidado que espera el que*

*ha consentido en la acción arriesgada*<sup>797</sup>, es decir, conforme con el deber de cuidado (análisis en torno a la imputación objetiva), lo que además presupone un consentimiento en la realización de la acción de riesgo permitido (análisis en torno al consentimiento).

En resumen, puede decirse que el riesgo, para ser permitido, debe presuponer un análisis previo en torno al consentimiento; de manera que sólo será riesgo permitido el previamente consentido. Ello no implica que el consentimiento sea tan sólo un mero componente del riesgo, ya que, incluso en los casos en los que no exista un resultado desvalorado (imputable objetivamente), su análisis igual será relevante para determinar la comisión de algún otro delito contra la libertad, como por ejemplo, el delito de coacción.

#### **2.2.2.2.3. Consentimiento potencial**

En la línea de lo expuesto, la problemática que se genera en torno a los delitos imprudentes se produce porque, a diferencia de los delitos dolosos, el resultado es azaroso (es decir, producto del azar), actuando siempre el sujeto con la expectativa o confianza en que el mismo no se va a producir. El titular del bien jurídico se representa el posible resultado que el riesgo de la acción puede generar, y lo acepta, con la esperanza (confianza) de que no se dará; por lo que si dicho resultado ocurriera, resulta evidente

---

<sup>797</sup> BERDUGO. El delito de lesiones... op. cit., p83.

que el consentimiento que dio sobre el riesgo debe aplicarse también a éste.

Esto me lleva a plantear la existencia de un consentimiento que considero adecuado denominar "**consentimiento potencial**", es decir, de un consentimiento en el riesgo potencial que supone la realización del desvalor de acción, el mismo que es previsto por quien brinda su consentimiento para la realización de la acción desvalorada, pero otorgado con la esperanza de que no se concrete el resultado lesivo. Este consentimiento abarcaría todos los casos de injustos imprudentes en los que el titular del bien jurídico se auto coloca en peligro (la denominada por la doctrina, autopuesta en peligro dolosa), vulnera el deber de cuidado (ejemplo, incrementando el riesgo permitido, realizando un riesgo prohibido, entre otros), así como todos los casos en los que el titular del bien jurídico consiente en que su propio bien jurídico sea puesto en peligro por un tercero (la denominada por la doctrina, heteropuesta en peligro o puesta en peligro de un tercero aceptada por éste).

El consentimiento potencial no sólo servirá para dar respuesta a los casos en los que de por medio se encuentre la realización de una acción imprudente (se acepta voluntariamente la vulneración del deber de cuidado); sino también para los casos en los que el sujeto consienta respecto de las consecuencias (riesgos) que se puedan producir de la realización de una **acción dolosa**, en la que el resultado lesivo no es querido, pero sí

visualizado y aceptado por el titular del bien jurídico (por ejemplo, los casos en los que el titular del bien jurídico salud consiente en someterse a una operación quirúrgica que le causará lesiones y que incluso conoce puede llevarlo a la muerte; los casos en los que un boxeador acepta ser lesionado por los golpes que le propine su rival, incluso a pesar de saber que con ello también se genera el riesgo de su muerte).

Ahora bien, este consentimiento potencial no debe ser confundido con otras figuras existentes en torno al consentimiento, como es el caso del consentimiento presunto que, por ejemplo, suele prestarse en las intervenciones médicas. A diferencia del consentimiento potencial, en el consentimiento presunto, en tanto el titular del bien jurídico se encuentra imposibilitado de brindar su consentimiento (ejemplo, una persona se encuentra gravemente enferma) y no existe ningún representante que pudiera hacerlo por él, se presume que en caso pudiera darlo, lo daría, por lo que se procede a afectar su bien jurídico en la creencia de que esto sería aceptado por el titular del mismo<sup>798</sup>.

Esto no ocurre en el consentimiento potencial en el que el titular del bien jurídico sí se encuentra posibilitado de brindar su consentimiento (no requiere ser subrogado en ello), razón por la que lo brinda a pesar de que sabe que la producción del resultado, por depender del azar, podrá o

---

<sup>798</sup> Sobre el consentimiento presunto, ver infra, apartado 5. del tercer capítulo ("Referencia al consentimiento presunto: Voluntad presunta como causa de justificación").

no darse; de manera que el consentimiento brindado abarca tanto el riesgo, cuanto el resultado potencial (azaroso) que pueda producirse a partir del mismo; así, en el consentimiento potencial no existe presunción de que el titular brindará su consentimiento frente a determinada situación en concreto, sino que el titular del bien jurídico brinda su consentimiento incluso a pesar de conocer el resultado potencial que puede generarse a partir de la realización de la acción respecto de cuya realización consiente.

Por tanto, a mi parecer, éste será el criterio a ser utilizado para resolver los conflictos que surgen con ocasión de los injustos imprudentes (sobre todo los vinculados con el tráfico motor que suelen ser muy comunes en todas las sociedades); no obstante ello, vale la pena mencionar algunos otros criterios que son utilizados por la doctrina para la solución de este problema, como son los criterios de autopuesta en peligro dolosa y heteropuesta en peligro o puesta en peligro de un tercero aceptada por éste.

### **2.2.2.3. Casos de autopuesta y heteropuesta en peligro (criterios de imputación objetiva) que son solucionados a partir del consentimiento potencial**

Como se ha señalado, un sector de la doctrina, representado por Roxin<sup>799</sup>, soluciona el problema de la responsabilidad penal generada en torno al riesgo en los delitos imprudentes, recurriendo al alcance del tipo (fin de protección de la norma

---

<sup>799</sup> ROXIN. Derecho Penal, Parte General. Tomo I... op. cit., p386-402.

típica) como criterio de imputación objetiva. Roxin señala, por regla general, que un peligro no cubierto por el riesgo permitido, da lugar a la imputación al tipo objetivo; sin embargo, reconoce la existencia de excepciones en las que no será de aplicación esta regla y podrá existir imputación objetiva. Esto se aplicará a los casos en los que alguien provoca dolosamente la lesión de un bien jurídico, a través de un peligro no abarcado por el riesgo permitido, pero creado por sí mismo.

Así, distingue entre la cooperación en una autopuesta en peligro dolosa, la puesta en peligro de un tercero aceptada por éste (heteropuesta en peligro) y la atribución de la esfera de la responsabilidad ajena. Por presentar una estrecha vinculación con la forma en la que el consentimiento da solución a estos mismos problemas, me detendré en cada uno de ellos, aunque debiendo adelantar que, conforme ya lo he mencionado, considero al **consentimiento potencial** como el mejor mecanismo para resolver esta problemática, sobre todo debido a que el mismo es previo al análisis de riesgo estructurado por Roxin, lo que hace que, en cualquier caso, mantenga su relevancia respecto a la determinación de la responsabilidad penal.

En los casos de cooperación en una autopuesta en peligro dolosa, un sujeto coopera en las acciones de otro, pero resulta siendo impune, a pesar de haber generado una lesión en su bien jurídico protegido; ello, en virtud a que dicho riesgo de lesión fue querido por el titular del mismo, el que se auto colocó en esta situación de riesgo no permitido o de incremento de

riesgo, aplicándose al cooperador, las mismas consecuencias que el ordenamiento jurídico le asigna a quien se autolesiona.

Así, debido a que quien se pone en peligro es consciente de las posibles consecuencias de su conducta negligente en igual medida en que es consciente el cooperador, este último quedará impune; *"Pero en cambio, en la medida en que la víctima no sea consciente de las posibles consecuencias de su conducta negligente, no es posible la exclusión de la imputación desde el punto de vista de la autopuesta en peligro dolosa. En tanto en cuanto, sólo se podrá exonerar al autor si se asigna las consecuencias al ámbito de responsabilidad de la víctima"*<sup>800</sup>.

En tal sentido, para Roxin (en términos de imputación objetiva) en el caso en que dos motociclistas llevaran a cabo una competición con motos, estando ambos bebidos, pero aún en estado de plena imputabilidad, si durante la carrera uno de ellos sufriera un accidente mortal por su propia culpa, no podría imputarse al motociclista que quedó vivo el resultado muerte (homicidio imprudente) de quien pereció; dado que se habría configurado una cooperación en una autopuesta en peligro dolosa, de cuyo riesgo era suficientemente consciente quien pereció, por lo que, pese a concurrir la realización del riesgo, el resultado muerte no caería dentro del ámbito de protección de la norma y no podría ser imputado (**Ejemplo I**)<sup>801</sup>.

En los casos de puesta en peligro de un tercero aceptada por éste (heteropuesta en peligro), el sujeto no se pone

---

<sup>800</sup> Ibid., p393.

<sup>801</sup> Ibid., p388.

dolosamente en peligro a sí mismo, sino que se deja poner en peligro por otra persona, con consciencia del riesgo en la producción de un resultado lesivo. Estos casos son diferentes a los supuestos de autopuesta en peligro, debido a que la persona que se deja exponer a peligro por otro, siempre estará más expuesta que exponiéndose a sí misma; pero para Roxin ambos supuestos son equiparables y generan la impunidad del tercero, si concurren los siguientes presupuestos: *"En primer lugar, el daño ha de ser la consecuencia del riesgo corrido y no de otros fallos adicionales, y el sujeto puesto en peligro ha de tener la misma responsabilidad por la actuación común que quien le pone en peligro. Y además aquel, al igual que ya sucede en la autopuesta en peligro, ha de ser consciente del riesgo en la misma medida que quien le pone en peligro. Si se dan estos dos presupuestos, habrá «asumido» el riesgo"*<sup>802</sup>.

Para Roxin, un automovilista que ya no se encontrara en condiciones de conducir por el consumo de alcohol y que aceptara que le acompañara en su coche otro de los asistentes (amigo suyo) a la fiesta, a petición expresa de este último, no podría responder penalmente en caso que dicho acompañante resultara muerto en un accidente causado por su conducción en estado alcohólico, dado que en este supuesto el accidente habría sido originado por quien sufrió el resultado, quien conocía el riesgo en toda su extensión (**Ejemplo II**)<sup>803</sup>.

En los casos de atribución de la esfera de responsabilidad ajena, para Roxin, se excluye la imputación objetiva por cuanto el fin

---

<sup>802</sup> Ibid., p395.

<sup>803</sup> Ibid., p394-395.

de protección del tipo no abarca aquellos resultados cuya evitación cae dentro de la esfera de responsabilidad de otro<sup>804</sup>; este es el caso del bombero que entra a rescatar a quien quedó atrapado en un incendio que a su vez causó. En este supuesto no puede decirse que el causante del incendio sea responsable del homicidio imprudente del bombero que falleciera con ocasión de la realización de la acción salvadora, dado que ello no sería parte de su esfera de responsabilidad y, por el contrario, podría conllevar a la indeseable situación de que el incendiario imprudente se abstuviera de llamar a los bomberos, tras reconocer que podría tener responsabilidad penal por la muerte de los bomberos que acudieran en su auxilio (**Ejemplo III**)<sup>805</sup>.

Como se observa, el criterio propuesto por Roxin también da solución al problema del riesgo en los injustos imprudentes, el que resuelve a través del alcance del tipo (fin de protección de la norma típica)<sup>806</sup> y, por tanto, de criterios de imputación objetiva. Sin embargo, considero que es preferible optar y dar validez al **consentimiento potencial** como mecanismo de solución, en tanto, como se ha señalado anteriormente<sup>807</sup>, el concepto de riesgo permitido presupone un análisis previo del consentimiento sobre el bien jurídico protegido, lo que hace que no pueda dejar de dársele relevancia al mismo como causa de

---

<sup>804</sup> Ibid., p398.

<sup>805</sup> Ibid., p394-395.

<sup>806</sup> "Las constelaciones de casos de la «impunidad por autopuesta en peligro» y del consentimiento se asemejan en cuanto que ambos deben ser analizados sobre el trasfondo de una ausencia de interés en impedir determinadas conductas de terceros a través de su prohibición". FRISCH, Wolfgang. Tipo penal e imputación objetiva. Traducido por Manuel Cancio Meliá y otros, Colex, Madrid, 1995, p132.

<sup>807</sup> Ver apartado 2.2.2.2.2. del presente capítulo ("Casos de riesgo permitido: Distinción entre consentimiento y riesgo permitido").

atipicidad que excluye la lesión de bien jurídico alguno y, por tanto, la posibilidad de sanción penal: para que el riesgo sea permitido, el titular del bien jurídico debe haber previamente consentido sobre el mismo; caso contrario, no se trataría de un riesgo permitido, sino de un riesgo no permitido.

Es más, cierto sector de la doctrina incluso hace referencia a la autopuesta y a la heteropuesta en peligro consentidas, lo que evidencia aún más la vinculación que existe entre ambas figuras<sup>808</sup>.

Ahora bien, en contra de considerar al consentimiento como criterio para solucionar la problemática en el injusto imprudente también se ha pronunciado Cancio Meliá. Este autor pone como ejemplo el caso de un dominguero despreocupado que da un paseo por el bosque con su bicicleta de montaña y que entra en el trazado (debidamente señalizado) de una carrera de bicicross, resultando lesionado con ocasión de un adelantamiento arriesgado (adecuado a las reglas de este tipo de competiciones), realizado por un participante en la carrera. Para Cancio, en este caso, *"La lesión ha de adscribirse, esto parece claro ya a nivel intuitivo, a su falta de cuidado, y, sin embargo, ni siquiera fue consciente de estar realizando el comportamiento arriesgado, y mucho menos pudo «consentir» en un resultado que ni siquiera sospechaba que pudiese acaecer"*<sup>809</sup>.

---

<sup>808</sup> Ver: TERRAGNI, Marco Antonio. Participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida. En: GARCÍA VALDÉS, Carlos y otros (coordinadores). Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat, Tomo II, Edisofer, Madrid, 2008, p1674.

<sup>809</sup> CANCIO MELIÁ. Conducta de la víctima e imputación objetiva... op. cit., p173-174.

No considero que la crítica hecha por este autor constituya una imposibilidad para utilizar al consentimiento como criterio para solucionar conflictos; en efecto, en el ejemplo propuesto, no existe consentimiento de parte del dominguero despreocupado (pues el consentimiento no es válido si no se conoce el riesgo respecto del que se consiente: falta de información suficiente), lo que no significa que la lesión deba atribuirse al competidor; aquí el problema no debe ser resuelto a través del consentimiento, sino a través de otros criterios de imputación objetiva, y tomando en cuenta que aquí el tercero no realiza el desvalor de acción a partir del consentimiento otorgado por el titular del bien jurídico.

En la línea de lo expuesto, siguiendo el criterio del **consentimiento potencial** aquí propuesto, tanto en el ejemplo I (motociclistas bebidos que compiten entre sí), II (motociclista bebido que lleva a un amigo a pedido de este último) y III (bombero que muere en un incendio), arribaríamos a las mismas conclusiones que a las que arriba Roxin: la no responsabilidad penal del tercero, variando únicamente el fundamento con el que se resolverían los diversos casos.

Así, en el **ejemplo I**, el motociclista no respondería por haber brindado su compañero su pleno consentimiento respecto del potencial resultado que acontecería en caso que ocurriese un accidente; ambos tenían pleno conocimiento de que vulnerarían el deber de cuidado, habiendo consentido no sólo en el desvalor de acción (participar en una competición de motos en estado de ebriedad), sino también en el potencial resultado muerte o lesiones que podía acontecer; siendo que, por ello, no podría

decirse ni siquiera que hubiera lesión del bien jurídico protegido (vida), el mismo que -al igual que todos los bienes jurídicos individuales- es disponible, habiendo operado en este caso un consentimiento totalmente válido (el mismo que para Roxin fundamenta y legitima la cooperación en la autopuesta en peligro dolosa, la que -a mi parecer- corresponde a un análisis posterior al del consentimiento).

Algo muy similar ocurriría en el **ejemplo II**, en el que el acompañante, al pedirle al automovilista que lo llevara conociendo de su incapacidad para conducir (de su ebriedad) consintió en el potencial resultado que dicho desvalor de acción (vulneración del deber de cuidado) podría generar, no pudiendo generarse responsabilidad penal por la disposición de un bien jurídico, realizada por su mismo titular (lo que en el fondo sustenta la falta de imputación objetiva planteada por Roxin en los casos de puesta en peligro de un tercero aceptada por éste)<sup>810</sup>.

Lo mismo ocurre con el **ejemplo III**, en el que no podría establecerse responsabilidad penal por la muerte del bombero, al causante del incendio, por haber consentido el primero voluntariamente en la realización de dicha acción peligrosa, con pleno conocimiento de que dicho consentimiento podría conllevar a la afectación de sus bienes jurídicos vida o salud, los mismos que ostentan una naturaleza disponible; siendo absurdo

---

<sup>810</sup> Con ocasión de este ejemplo, también a favor, pronunciándose por la no responsabilidad penal, se encuentra: PORTILLA CONTRERAS. Tratamiento dogmático-penal... op. cit., p720, quien señala que *"Lo que importa es que esa decisión que pone en peligro determinados bienes jurídicos sea aceptada conscientemente por el portador del bien jurídico"*; BERDUGO. El delito de lesiones... op. cit., p80-81 y 83, para quien la *"(...) conducción, pese al conocimiento de su estado, es aceptada por el ulteriormente lesionado"*.

que el Estado pretendiese establecer alguna medida que impida a los bomberos exponerse a situaciones de peligro (consentir sobre una potencial vulneración de su vida o integridad), dado que ello no sólo les impediría autorrealizarse, sino que sería inviable si fuese aplicado a todas las personas que desempeñan alguna actividad riesgosa, como es el caso de policías, ingenieros, pescadores, entre otros (ello supondría una medida paternalista totalmente injustificada y contraria a la autorrealización del ser humano); en tal sentido, aquí tampoco existiría responsabilidad penal, conclusión a la que también arriba Roxin pero utilizando como criterio de exclusión el fin de protección del tipo penal.

En este último caso considero más evidente la idoneidad del consentimiento como criterio para resolver la problemática en torno a los delitos imprudentes, en tanto el mismo efectúa un análisis respecto al titular del bien jurídico y no únicamente respecto a lo que se desea proteger con dicho tipo penal; de esta manera, en el ejemplo propuesto, no se sanciona al incendiario por la muerte del bombero, por haber consentido el mismo voluntariamente en los riesgos que su profesión traía intrínsecos, elección que le fue posible realizar gracias a la autodeterminación que le permite realizarse como persona<sup>811</sup>.

Ahora bien, respecto a lo planteado por Roxin, un sector de la doctrina se ha manifestado en contra. Así, García Álvarez

---

<sup>811</sup> En este sentido, incluso el mismo Roxin reconoce: "(...) *los riesgos profesionales son voluntarios en un sentido sólo un poco ampliado, puesto que al escoger la profesión son asumidos por una libre decisión de voluntad (excepción: los casos de servicio militar obligatorio) y en la mayoría de los casos al miembro de la profesión se le paga precisamente también por el riesgo que con ella asume*". ROXIN. Derecho Penal, Parte General. Tomo I... op. cit., p399-400.

cuestiona que el principio de fin de protección de la norma constituya realmente un criterio autónomo de imputación objetiva, indicando que debe más bien ser entendido como un principio interpretativo que ha de ser tenido en consideración para decidir si se ha creado o no un riesgo jurídico penalmente relevante<sup>812</sup>; esta autora defiende el consentimiento como criterio para dar solución a la determinación de la responsabilidad penal del tercero en los injustos imprudentes, afirmando: "*Por lo que nosotros, además de partir de que estas conductas de riesgo son consentidas por el titular del bien jurídico puesto en peligro, entendemos que es precisamente su consentimiento (expresión del libre desarrollo de su personalidad) el que permite fundamentar la impunidad de los terceros que realizan tal conducta de riesgo contando con la autodeterminación de tal titular*"<sup>813</sup>.

- **Especial referencia a criterios de autoría y participación propuestos por la doctrina.**

Un sector de la doctrina se encuentra en contra de utilizar al consentimiento como criterio para solucionar los problemas de heteropuesta en peligro de un tercero en los delitos imprudentes; y, por el contrario, recurre a criterios de autoría y participación.

En esta línea, Díaz y García Conlledo, respecto a la distinción entre autopuesta y heteropuesta en peligro, señala: "*Precisamente por ser una división en categorías*

---

<sup>812</sup> GARCÍA ÁLVAREZ. La puesta en peligro de la vida... op. cit., p333.

<sup>813</sup> Ibid., p526, nota al pie 368.

*básicamente fenomenológicas, por mucho que sirvan de base para una consecuencia material de carácter normativo, como es la imputación objetiva o no del resultado, resulta insuficiente, es manipulable (en cuanto a qué es autopuesta y qué heteropuesta en peligro) y carece de la esperable precisión (de ahí la necesidad de excepciones)<sup>814</sup>. Por esta razón, este recurre al criterio de la determinación objetiva y positiva del hecho para distinguir entre autoría y participación, y resolver la problemática expuesta en torno a los injustos imprudentes; señalando que este criterio posee "(...) tres ventajas fundamentales: se adecua perfectamente a los postulados de un concepto verdaderamente restrictivo de autor, consigue soluciones satisfactorias desde el punto de vista material en un Derecho positivo como el español y permite utilizar el mismo criterio de distinción (con algunos matices) en los hechos dolosos e imprudentes"<sup>815</sup>.*

En similar línea se encuentra Luzón Peña, quien también discrepa con el hecho de recurrir al consentimiento o a criterios de imputación objetiva para dar solución a la problemática respecto a la responsabilidad del tercero en los injustos imprudentes, prefiriendo resolver el conflicto a través de criterios de autoría y participación.

Así, para este autor, en la heterolesión siempre debe aplicarse el principio de alteridad que establece que no es

---

<sup>814</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel y José Manuel PAREDES CASTAÑÓN. Segundo comentario. En: DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel y José Manuel PAREDES CASTAÑÓN (coordinadores). Relevancia de la actuación de la víctima para la responsabilidad penal del autor: (a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 1999, ponente, Excmo. Sr. D. Enrique Bacigalupo Zapater), Universidad de León, León, 2004, p61.

<sup>815</sup> Ibid., p68.

posible lesionar o poner en peligro a otra persona; razón por la que, para este autor, además de los requisitos exigidos por Roxin para equiparar los casos de heteropuesta en peligro con los casos de autopuesta en peligro y, por tanto, excluir la responsabilidad del tercero; debe exigirse otro elemento característico de la coautoría: "*el control objetivo del riesgo por la víctima*", siendo el criterio de conocimiento del riesgo o el consentimiento en el mismo insuficientes para exonerar de responsabilidad penal al tercero que contribuyó con el titular del bien jurídico en la realización de la acción imprudente y peligrosa.

Para Luzón, "*Todo depende de **si la víctima**, la persona lesionada en sus bienes jurídicos, **tenía, aunque sea compartido con el otro agente, el control del riesgo, del hecho peligroso**; si lo tiene, que es la circunstancia que da lugar a la coautoría, la víctima ya se está poniendo activamente a sí misma en peligro, ya es autor de su puesta en peligro, (...). Por tanto, lo que cuenta es, no el conocimiento ni siquiera exacto del riesgo o el consentimiento en el mismo, sino el control objetivo del riesgo por la víctima*"<sup>816</sup>.

Por esta razón, para este autor, en el **ejemplo II** (motociclista bebido que lleva a un amigo a pedido de este último), el automovilista sí debería responder penalmente,

---

<sup>816</sup> LUZÓN PEÑA. Lecciones de Derecho Penal... op. cit., p224-225. Para Luzón, "*Ese control de la víctima sobre el riesgo, compartido con el otro agente, es lo que fundamenta la coautoría, el dominio o control compartido o, en hechos imprudentes, la co-determinación objetiva del hecho (cuando se trata del supuesto normal de hechos contra bienes jurídicos ajenos). Como hemos visto, no basta con los requisitos, exigidos por Roxin, de que la víctima tenga el mismo conocimiento que el agente etc., si ésta no llega a tener control objetivo sobre el hecho peligroso*", ver nota al pie 15.

debido a que el acompañante no tenía en absoluto posibilidad de controlar el riesgo; lo que haría que exista "(...) *imputación objetiva del daño que sufra la víctima a la puesta en peligro del tercero*"<sup>817</sup>.

No estoy de acuerdo con lo plantado por Luzón, en tanto la exigencia de "*control objetivo de riesgo*" para efectuar la equivalencia entre la autopuesta en peligro y la heterolesión no encuentran fundamento en la posibilidad de disposición de un bien jurídico individual, es decir, no son compatibles con los fundamentos en torno al consentimiento expuestos en el presente trabajo.

Como lo he señalado, considero que el que he denominado **consentimiento potencial** es el mejor criterio para resolver la problemática del tercero en los injustos imprudentes en los que el titular del bien jurídico conoce del potencial resultado que se generará con el desvalor de acción; insistiendo en la realización de dicha conducta por parte de un tercero.

Es la disponibilidad de todos los bienes jurídicos individuales aquí defendida, junto con el respeto a la dignidad de cada uno y la necesidad de que toda persona se autorrealice conforme con su ética propia, lo que legitima que el ser humano pueda elegir (consentir) en que se realice una acción que puede generar un resultado riesgoso, sin que ello implique una lesión a su bien jurídico que amerite la determinación de la responsabilidad penal del tercero que cooperó (éste, gracias al consentimiento

---

<sup>817</sup> LUZÓN PEÑA. Lecciones de Derecho Penal... op. cit., p225-226.

potencial sobre el riesgo de lesión al bien jurídico, no habría realizado ilícito penal alguno).

En tal sentido, ni los criterios de imputación objetiva (ámbito de protección del tipo) propuestos por Roxin, ni los criterios de autoría y participación propuestos por otro sector de la doctrina, constituyen en sí mismos el fundamento para explicar la no responsabilidad penal del tercero en los casos de delitos imprudentes en los que el titular del bien jurídico conoce del riesgo y, aún así, insiste en la realización del desvalor de acción.

Ello debido a que estas posturas, en realidad, presuponen como elemento central el consentimiento del titular del bien jurídico, en la medida en que ambos requieren que el mismo siempre acepte voluntariamente la realización de la conducta que puede generar el resultado peligroso, y es justamente desde dicha aceptación (consentimiento potencial), que legitiman la no responsabilidad penal del tercero.

### **2.2.3.El consentimiento en los diversos tipos de imprudencia: Imprudencia consciente e imprudencia inconsciente**

Ahora bien, para que el consentimiento potencial sea válido deben cumplirse todos los requisitos de validez que serán desarrollados en el apartado 4. del presente capítulo ("Requisitos para la validez del consentimiento"), lo que incluye la suficiencia de información. Por tanto, aplicado este concepto a los injustos imprudentes, el consentimiento potencial será válido únicamente en los casos en los que el titular del bien jurídico pueda prever el resultado que se podrá generar producto de la vulneración del deber objetivo de cuidado; es

decir, en los casos en los que el sujeto se represente y visualice los posibles resultados a los que puede conducir el desvalor de acción.

Esta exigencia de representación del resultado (conocimiento del riesgo) hace que sea necesario distinguir entre los dos tipos de imprudencia reconocidos a nivel penal: la imprudencia consciente y la imprudencia inconsciente, en tanto, el tratamiento que debe darse a la responsabilidad del tercero que contribuye con el titular del bien jurídico, en los casos en los que este último pone en peligro su bien jurídico; no será el mismo en ambos casos.

La **imprudencia consciente**, también llamada **culpa con representación**, se caracteriza porque, si bien el autor no quiere producir resultado desvalorado alguno, se representa el mismo como posible (conoce que su conducta puede generar un delito); aunque actúa confiando en la no realización del mismo (a diferencia del dolo eventual en el que el sujeto acepta o asume la producción del resultado)<sup>818</sup>. En otras palabras, "*(...) el sujeto, ciertamente se da cuenta de la existencia del peligro concreto para el objeto protegido de la acción pero, sin embargo, a consecuencia de la sobrevaloración de sus grados, de sus propias fuerzas o, sencillamente, porque cree en su propia suerte, confía contrariamente a deber en que no se realizará el tipo legal*"<sup>819</sup>.

La **imprudencia inconsciente**, también llamada **imprudencia sin representación**, se caracteriza porque el autor, sin querer realizar ilícito alguno, infringe el deber de cuidado y no se representa la

---

<sup>818</sup> Sobre las diversas teorías para distinguir entre los tipos de dolo e imprudencia, ver: CHANG KCOMT, Romy Alexandra. Dolo eventual e imprudencia consciente: reflexiones en torno a su delimitación. En: Revista Derecho & Sociedad, Año 22, N°36 (julio 2011), p255ss.

<sup>819</sup> JESCHECK / WEIGEND. Tratado de Derecho Penal. Parte General... op. cit., p611.

posibilidad de producir un resultado desvalorado, a pesar de serle exigible dicha representación<sup>820</sup>. En tal sentido, supone "(...) *que no sólo no se quiere el resultado lesivo, sino que ni siquiera se prevé su posibilidad: no se advierte el peligro*"<sup>821</sup>.

Como se observa, la gran diferencia entre ambos tipos de imprudencia radica en la representación del potencial resultado que acontecerá, en caso se vulnere el deber objetivo de cuidado. Esta representación del riesgo y de los posibles resultados que puede generar el mismo, por su definición, únicamente concurre en los supuestos de imprudencia consciente; mientras que en los casos de imprudencia inconsciente, el sujeto no visualiza el resultado, a pesar de serle exigible su previsión.

Lo expuesto hace que el consentimiento sólo pueda tener validez en los casos de imprudencia consciente, en tanto en ésta, el titular del bien jurídico es plenamente conocedor del riesgo en el que va a incurrir y de los posibles resultados a los que conllevará el mismo; es decir, conoce realmente la información necesaria respecto de la que brindará su consentimiento potencial, lo que resulta indispensable para la validez del mismo. Esto no ocurre en los casos de imprudencia inconsciente, en donde el titular del bien jurídico no se representa los potenciales resultados que se pueden generar con la vulneración del deber objetivo de cuidado, por no representarse ni siquiera el riesgo en la realización del desvalor de acción; lo que hace que no cuente con la información necesaria para brindar un consentimiento válido.

---

<sup>820</sup> Aunque un sector de la doctrina niega absolutamente a la imprudencia inconsciente el carácter de conducta culpable y, por tanto, postula su impunidad. Bockelmann, 1967, 213. Citado por ROXIN. Derecho Penal, Parte General. Tomo I... op. cit., p1020, nota al pie 79.

<sup>821</sup> MIR PUIG. Derecho Penal, Parte General... op. cit., p294.

Por ello, únicamente en los casos en los que el titular del bien jurídico actúe de forma imprudente consciente, el tercero que (a su pedido) coopere en la realización del desvalor de acción o realice la vulneración del deber objetivo de cuidado, quedará exento de responsabilidad penal, por haber operado el consentimiento como una causa de atipicidad (no llegó a existir lesión del bien jurídico, respecto del que el titular consintió, luego de representarse y conocer la información necesaria para la validez de mismo). Mientras que, en los casos de imprudencia inconsciente, el consentimiento no tendrá relevancia alguna, no pudiendo alegarse en función al mismo, la no sanción del tercero que contribuyó en la realización del desvalor de acción del injusto imprudente.

De lo expuesto se evidencia que la distinción entre imprudencia consciente e inconsciente tiene especial relevancia en relación con el consentimiento, en tanto el mismo puede darse en los casos en los que el sujeto prevé el resultado que puede ser generado producto de la vulneración del deber objetivo de cuidado, es decir, en los casos de imprudencia consciente; pero cuando la imprudencia es inconsciente, el sujeto no prevé el resultado, lo que hace que su consentimiento no sea realizado tomando en cuenta las consecuencias de lo que puede ocurrir; por lo que en estos casos el consentimiento no es válido.

#### **2.2.4.El consentimiento potencial constituye una causa de atipicidad**

Luego de establecer que el **consentimiento potencial** constituye el criterio más idóneo para resolver la problemática respecto del tercero en los delitos imprudentes, resulta oportuno recordar que el mismo,

sin importar que no recaiga respecto de la lesión del bien jurídico, sino respecto de la posibilidad del riesgo de lesión; igual operará como una causa de exclusión del tipo (causa de atipicidad), por no suponer la lesión de bien jurídico alguno<sup>822</sup>.

*En contra se ha pronunciado Romeo Casabona, para quien "En todos los casos en los que el portador del bien jurídico (la salud e integridad corporal) consiente en una conducta imprudente que implica un riesgo para éste, el consentimiento actúa como causa de justificación, pero nunca como causa de exclusión del tipo. (...) Sólo cuando excepcionalmente el contar con el consentimiento del portador del bien jurídico constituye uno de los condicionamientos de la observancia del cuidado debido puede afectar la (sic) tipo y, consiguientemente, el consentimiento en el riesgo puede eliminar ya el tipo"*<sup>823</sup>.

No considero acertado lo propuesto por este autor, en tanto –como ya se ha mencionado en el presente trabajo– en la medida en que el consentimiento tiene como fundamento la autonomía de la voluntad, que es presupuesto para la disposición de los bienes jurídicos y, por tanto, para alcanzar la autorrealización personal; siempre supondrá la exclusión del tipo penal por la no lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido. El mismo razonamiento se aplica al consentimiento potencial respecto del riesgo que pueda suponer la vulneración del deber de cuidado, es decir, la realización del desvalor de acción en el injusto imprudente.

---

<sup>822</sup> Esto fue expuesto a detalle en el apartado 1.3. del presente capítulo ("Efectos del consentimiento: El consentimiento constituye en todos los casos una causa de exclusión del tipo (atipicidad), por no generar lesión o puesta en peligro del bien jurídico").

<sup>823</sup> ROMEO CASABONA. El consentimiento en las lesiones... op. cit., p290-291.

En tal sentido, en caso de existir un error respecto de la concurrencia o no del consentimiento, a éste se le dará el tratamiento de un error de tipo; de manera que, en caso de que el mismo sea invencible, no existirá sanción penal; mientras que, en caso de que sea vencible, se eliminará el dolo y se sancionará por la modalidad imprudente (a no ser que la misma –por cuestiones de política criminal- únicamente se pudiera sancionar como falta, o no se encuentre tipificada por el legislador como ilícito penal)<sup>824</sup>.

### **3. Validez del consentimiento en el ámbito penal. Diferencia respecto del consentimiento en el ámbito civil**

En la doctrina se han desarrollado 3 teorías para determinar el grado de accesoriadad del Derecho Penal, es decir, en torno a la necesidad de definir en el Derecho Penal ciertos vocablos jurídicos que son utilizados en otras ramas del Derecho y que son recogidos por ciertos tipos penales (como por ejemplo ocurre con el consentimiento). En tal sentido, se tiene:

La concepción privatista o civilista, que no toma en cuenta las particularidades del Derecho Penal, y que considera a éste accesorio del Derecho Civil en lo que concierne al significado de algunos términos que el ordenamiento penal recoge del ámbito civil y, en general, del derecho privado. Esta teoría concibe al *"Derecho Penal como un derecho sancionador que refuerza posiciones jurídicas preconfiguradas por otras ramas del ordenamiento"*<sup>825</sup>, razón por la cual, éste debe recoger el significado de los términos que se encuentren definidos en otros ámbitos del derecho privado (esta concepción también es conocida como

---

<sup>824</sup> Sobre los errores en torno al consentimiento, me remito a lo señalado en el apartado 1.4. del presente capítulo ("Relevancia práctica de la determinación de la naturaleza jurídica del consentimiento a la luz de los supuestos de error").

<sup>825</sup> PASTOR MUÑOZ, Nuria. La Determinación del Engaño Típico en el Delito de Estafa, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, 2004, p58.

“Teoría Sancionatoria del Derecho Penal”<sup>826</sup>). En esta línea, según lo planteado por esta concepción, el ordenamiento penal debe circunscribirse a las significaciones de origen, encontrándose imposibilitado de recrear un nuevo significado que se acomode a su naturaleza de derecho sancionador<sup>827</sup>.

La concepción autonomista o perspectiva fáctica del Derecho Penal, que surge como respuesta a la postura anterior y en aras de liberalizar el Derecho Penal de la concepción civilista<sup>828</sup>. Plantea un rechazo hacia la validez de los conceptos elaborados por otra rama del ordenamiento jurídico distinta a la penal, otorgando al Derecho Penal un carácter constitutivo -no meramente sancionador-, y por tanto una significación y contenido propio a todos los conceptos utilizados por éste<sup>829</sup>. Para la concepción autonomista, el ordenamiento penal confiere a sus términos una significación independiente a la de las demás ramas de nuestro ordenamiento jurídico; lo que resulta cuestionable en tanto no considero que sea posible un rechazo absoluto en sede penal de cualquier definición regulada por los demás ámbitos del Derecho: “(...) *la autonomía del Derecho Penal no es absoluta, por la necesaria coordinación del ordenamiento jurídico, que debe conducir a que todas sus ramas concurren a la determinación de los bienes e intereses reconocidos en él como legítimos*”<sup>830</sup>. En otras palabras, la subsidiariedad con la que debe recurrirse al Derecho Penal, lo obliga a estar en contacto con las demás ramas del ordenamiento jurídico, por lo que, para Muñoz Conde, “(...) *no puede afirmarse*

---

<sup>826</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho Penal, Parte Especial, vigésima edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p322.

<sup>827</sup> En esta línea, ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos contra el Patrimonio, Volumen I, Grijley, Lima, 2000, p38.

<sup>828</sup> PASTOR MUÑOZ. La Determinación del Engaño Típico en el Delito de Estafa... op. cit., p59.

<sup>829</sup> MATA BARRANCO, Norberto J. De La. Tutela Penal de la Propiedad y Delitos de Apropiación (El dinero como objeto material de los delitos de hurto y apropiación indebida), PPU, Barcelona, 1994, p55.

<sup>830</sup> Ibid., p56.

*a priori que los conceptos elaborados en otra (sic) ramas del Derecho no tengan ninguna validez para el Derecho penal*<sup>831</sup>.

Por último, la concepción intermedia o el denominado método exegético-experimental se basa en la interpretación teleológica de los concretos tipos penales. Esta postura no rechaza las definiciones y los conceptos vigentes en los ámbitos del ordenamiento jurídico distintos al penal, sino que los valora de cara a las normas jurídico-penales y a los fines perseguidos por el Derecho Penal<sup>832</sup>. Establece que *"las categorías civilistas han de examinarse desde el prisma teleológico atendiendo a los fines pretendidos por el Derecho penal"*<sup>833</sup>, para algunos autores como Muñoz Conde, *"Se trata de un problema de interpretación que se debe resolver caso por caso"*<sup>834</sup>. En esta línea, debe rechazarse cualquier significado disfuncional a la misión que se pretende conseguir con un determinado concepto penal, sobre todo cuando los tipos penales responden a una finalidad político-criminal que sustenta su creación para la protección de determinado bien jurídico<sup>835</sup>.

En la línea de lo expuesto, respecto a la validez jurídica del consentimiento en el ámbito penal, y tomando en cuenta lo establecido por las posturas antes expuestas, se ha discutido también el nivel de accesoriedad que debe aplicarse para analizar los requisitos de validez del consentimiento como causa de

---

<sup>831</sup> MUÑOZ CONDE. Derecho Penal, Parte Especial... op. cit., p323. En la misma línea, para Sánchez Tomas: *"La autonomía del Derecho penal, por los propios fines que lo conforman, exige adaptar la interpretación de estos conceptos a la delimitación del bien jurídico protegido y al tipo de lesión de que puede ser objeto"*; SÁNCHEZ TOMÁS, José Miguel. Introducción a los Delitos contra el Patrimonio, en: RODRÍGUEZ RAMOS, Luis y otros. Derecho Penal, Parte Especial, Tomo II, Servicio de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1997, p89.

<sup>832</sup> BRAMONT-ARIAS, Luis A. y Luis A. BRAMONT-ARIAS TORRES. Código Penal Anotado, cuarta edición, San Marcos, Lima, 2001, p367.

<sup>833</sup> PEÑA CABRERA, Raúl. Tratado de Derecho Penal, Parte Especial, Tomo II-A. Delitos Contra el Patrimonio, Ediciones Jurídicas, Lima, 1995, p47.

<sup>834</sup> MUÑOZ CONDE. Derecho Penal, Parte Especial... op. cit., p323.

<sup>835</sup> Ver: VALLE MUÑIZ. El Bien Jurídico Protegido en la Estafa... op. cit., p413.

exclusión de la responsabilidad penal. Así, se encuentran en la doctrina las siguientes posturas:

La **"teoría de la declaración de la voluntad"**, llamada también **"teoría del negocio jurídico"**, fundada por Zitelmann<sup>836</sup>. En la línea de la concepción privatista o civilista, concibe al consentimiento como un negocio jurídico privado, es decir, como una obligación en la que la manifestación de la voluntad debe hacerse conforme con las reglas jurídico-negociales, otorgándose al agente un derecho de intervención revocable. Esta teoría ha sido prácticamente dejada de lado en la doctrina, en tanto no es posible afirmar que el consentimiento en el Derecho penal constituya una obligación, siendo más bien el elemento que viabiliza la posibilidad de disposición de los bienes jurídicos en torno a una autorrealización personal, la misma que tiene como fundamento a la dignidad<sup>837</sup>. Sin embargo, en la doctrina española se encuentra como defensor de esta postura a Bueno Arús, quien considera al consentimiento en sede penal como un acto jurídico que debe reunir los mínimos requisitos establecidos en el ordenamiento civil, como son: capacidad, titularidad, libertad, licitud del objeto y de la causa, y de la forma suficiente; para este autor *"Tales criterios son también de aplicación al consentimiento eficaz en el ámbito jurídico-penal, con base en la unidad fundamental del ordenamiento jurídico; la dependencia lógica, técnica y metodológica de las demás ramas del ordenamiento respecto del Derecho Civil, que asume el papel de Teoría General del Derecho; el carácter supletorio del Código civil «en las materias regidas por otras leyes» (...), y la concepción de la antijuricidad como oposición de una conducta al ordenamiento en general, lo que determina que una conducta*

---

<sup>836</sup> Ver: ROXIN. Derecho Penal, Parte General. Tomo I... op. cit., p533.

<sup>837</sup> En contra de esta postura se encuentra Mezger, para quien *"La tesis de Zitelmann confunde dos institutos jurídicos totalmente diversos: el consentimiento como negocio jurídico y el consentimiento, que aquí interesa, como causa de justificación"*. MEZGER. Tratado de Derecho Penal, Tomo I... op. cit., p345.

*justificada lo sea también desde la perspectiva de todo el ordenamiento*<sup>838</sup>; aunque, paso seguido, reconoce que esto no impide que la ratio iuris de dicho precepto pueda dotar al mismo de un contenido diverso en función a una adecuada interpretación teleológica y sistemática en cada caso concreto<sup>839</sup>.

La **"teoría de la dirección de voluntad"**, en una línea autonomista, considera que para que opere el consentimiento únicamente es necesaria una aprobación interna, que no requiere de su manifestación externa; la misma que se fundamenta en la renuncia a la voluntad de protección jurídica (lo que realmente importa es la "verdadera voluntad"). El problema con esta teoría es que un pensamiento no manifestado no puede ser considerado expresión de la voluntad, aceptar ello podría generar una serie de problemas en el ámbito probatorio. A favor de esta postura se han pronunciado Cobo del Rosal y Vives Antón, quienes la consideran adecuada por entender que, para que exista consentimiento válido (justificante), es suficiente con que *"(...) éste se halle expresado por la realización de cualquier acción que pueda estimarse como manifestación de la voluntad de renuncia, siendo irrelevante que el agente la conozca o no"*<sup>840</sup>, entendiendo que el consentimiento produce sus efectos sin tener en cuenta el conocer o el deber de conocer del sujeto pasivo. Para estos autores, esa situación se produce en el consentimiento presunto, por el que entienden *"(...) la realización de un juicio hipotético acerca de lo que el titular del bien jurídico hubiera hecho si poseyese un conocimiento adecuado de la situación. Dicho juicio no representa un pronóstico emitido sobre la base de la probable voluntad empírica del titular del bien (que puede ser, incluso, desconocido para el autor), sino que toma como punto de apoyo lo que hubiese decidido una voluntad racionalmente dirigida. En el consentimiento presunto*

---

<sup>838</sup> BUENO ARÚS, Francisco. II. El consentimiento del paciente. En: MARTÍNEZ-CALCERRADA, Luis. Derecho Médico. Volumen I, Tecnos, Madrid, 1986, p274.

<sup>839</sup> Ibid., p274-275.

<sup>840</sup> COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN. Derecho Penal. Parte General... op. cit., quinta edición, p498.

*falta un consentimiento real del titular del bien, (...)*<sup>841</sup>. Discrepo de la definición de consentimiento presunto establecida por estos autores, en tanto el mismo no puede sustentarse en una “voluntad racionalmente dirigida”, sino en el pronóstico emitido sobre la base de la probable voluntad del titular del bien jurídico, criterio que los autores rechazan. Sobre este último punto, debe aclararse que el consentimiento presunto no supone una subrogación del consentimiento frente a la imposibilidad de que el titular del bien jurídico pueda tomar la decisión respecto de la disponibilidad de su bien en ese momento; sino una ficción jurídica efectuada sobre la base de la presunción de cuál sería la voluntad del titular del bien jurídico respecto del mismo. No obstante ello, en uno u otro caso, lo importante es que quien se subroga o quien efectúa la presunción, debe hacerlo tomando en cuenta las posibilidades de autorrealización del sujeto concreto, conforme con su ética propia; y no una voluntad racionalmente dirigida que podría ser ajeno al mismo. Caso contrario, el consentimiento perdería su fundamento ontológico y, por tanto, quedaría deslegitimado a la luz de la dignidad y como mecanismo para la realización personal<sup>842</sup>.

La “**teoría intermedia, mediadora o ecléctica**”, en la línea del denominado método exegético-experimental, considera que el consentimiento debe ser exteriorizado, es decir, exige una objetivación de la voluntad, pero no conforme con las reglas del negocio jurídico; por ello, en todos los casos no se requiere de un consentimiento expreso, siendo suficiente un consentimiento mediante una acción concluyente. Ésta es la postura que ha sido mayoritariamente aceptada en la doctrina, por encontrarse más cerca a la teoría de la dirección de la voluntad<sup>843</sup> y por responder a los fundamentos ontológicos respecto del

---

<sup>841</sup> Ibid., p499.

<sup>842</sup> La naturaleza jurídica y precisiones en torno al consentimiento presunto pueden verse infra en el apartado 5. del presente capítulo (“Referencia al consentimiento presunto: Voluntad presunta como causa de justificación”).

<sup>843</sup> ROXIN. Derecho Penal, Parte General. Tomo I... op. cit., p533.

consentimiento, sin dejar por completo de lado lo establecido respecto al mismo en las otras ramas del ordenamiento jurídico, y sin renunciar a la exigencia de objetivación de la voluntad, la que la teoría intermedia reivindica. En esta línea, a título de ejemplo, a favor de una teoría intermedia se encuentran: Romeo Casabona, para quien *"(...) el consentimiento como instituto jurídico-penal reúne unos requisitos y condiciones de aplicación que le son propios, derivados de su naturaleza específica.(...) La relevancia del consentimiento en Derecho penal se encuentra en estrecha relación con la condición del sujeto pasivo y con la naturaleza de los bienes jurídicos tutelados"*<sup>844</sup>; Mir Puig, quien afirma *"En la actualidad se ha impuesto una dirección intermedia que exige (sólo) que el consentimiento sea reconocible externamente, por cualquier medio, aunque no sea de los previstos por el Derecho civil"*<sup>845</sup>; Luzón Peña, para quien no pueden exigirse los mismos requisitos, en tanto estos variarán dependiendo de cada clase de consentimiento y de cada tipo penal; de manera que *"(...) no necesariamente han de darse exactamente los mismos requisitos de validez del negocio jurídico o del contrato para la validez jurídica general del consentimiento"*<sup>846</sup>; entre otros<sup>847</sup>.

En resumen, el consentimiento como causa de atipicidad en sede penal no cumple los mismos requisitos que se exigen respecto del consentimiento regulado en sede civil. Así, a efectos del consentimiento rendido en sede penal es irrelevante la capacidad negocial del ofendido, siendo que -en determinadas situaciones y respecto de determinados bienes jurídicos- un menor que no

---

<sup>844</sup> ROMEO CASABONA. El Médico y el Derecho Penal... op. cit., p300.

<sup>845</sup> MIR PUIG. Derecho Penal, Parte General... op. cit., p531.

<sup>846</sup> LUZÓN PEÑA. Lecciones de Derecho Penal... op. cit., p376, nota al pie 15.

<sup>847</sup> También a favor de la teoría intermedia: BARREIRO, Agustín Jorge. La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica, Tecnos, Madrid, 1990, p84; ANTÓN ONECA, José. Derecho Penal. Parte General. Tomo I, Madrid, 1949, p261; DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. La categoría de la antijuricidad en el Derecho Penal. En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo XLIV, fascículo III, Setiembre-Diciembre 1991, p774-775, este autor, además, considera que lo mismo puede establecerse respecto del uso del término "consentimiento presunto".

ostente capacidad negocial, podría consentir respecto de algún bien jurídico penal<sup>848</sup>.

En igual línea, el consentimiento en sede penal siempre debe manifestarse antes de la lesión del bien jurídico protegido, lo que no siempre ocurre en sede civil, en donde es posible un consentimiento ex post que renuncie a la indemnización por la afectación de un bien jurídico<sup>849</sup>; esta renuncia posterior, en sede penal, no evitaría la configuración del delito, siendo la conducta realizada merecedora de sanción.

En tal sentido, tomando en cuenta la teoría intermedia, mediadora o ecléctica respecto al consentimiento, es que se analizarán los requisitos para la validez del mismo en sede penal.

#### **4. Requisitos para la validez del consentimiento**

##### **4.1. Requisito en quien actúa al amparo del consentimiento brindado por el titular del bien jurídico: No exigencia de elemento subjetivo y tentativa inidónea**

En el aspecto subjetivo, se discute si el autor que realiza el tipo penal debe conocer que el titular del bien jurídico ha consentido y actuar producto de dicho consentimiento; es decir, se cuestiona si la actuación del autor debe hacerse o no en virtud de la disposición que el titular del bien jurídico

---

<sup>848</sup> En esta línea, Jakobs afirma: "(...) *el discernimiento puede concurrir a pesar de que falte la (plena) capacidad negocial (...)*". JAKOBS. Derecho Penal. Parte General... op. cit., p296.

<sup>849</sup> "Un consentimiento posterior del sujeto pasivo, es decir, una **ratificación**, es irrelevante, porque equivale al perdón, que como es sabido es irrelevante en la mayoría de los delitos, donde prima el interés público en la persecución penal, salvo en los delitos privados (perseguidos sólo mediante querrela: injurias y calumnias) o algunos semiprivados (perseguidos sólo mediante denuncia del ofendido); pero en ellos el perdón no es una eximente que haga desaparecer el delito, sino una causa de extinción a posteriori de la responsabilidad penal". LUZÓN PEÑA. Lecciones de Derecho Penal... op. cit., p385.

realizó al amparo de su realización personal. Al respecto, considero que en los casos en los que el autor hubiera realizado la acción sin saber de la existencia del consentimiento por parte del titular del bien jurídico protegido (el mismo que debe haber consentido antes de la lesión o puesta en peligro del bien), por ser imposible que realmente lesione el mismo, pero haberlo intentado, concurrirá una tentativa inidónea; debiendo aún discutirse si la misma debe o no ser objeto de sanción penal.

A esta conclusión ha arribado la mayor parte de la doctrina. Así, Roxin señala: "*Y si concurre un consentimiento que no es conocido por el autor, entonces no se realiza el tipo objetivo; como el autor actúa, sin embargo, con dolo típico completo, se da una tentativa imposible (...)*"<sup>850</sup>. En similar línea, Jescheck y Weigend consideran que "*(...) lo correcto es aplicar las reglas correspondientes a la tentativa puesto que mediante el consentimiento realmente suministrado desaparece el injusto de resultado y permanece el de acción*"<sup>851</sup>; mientras que Wessels señala: "*Si una acción ha sido cometida desconociendo el consentimiento, se lo castigará al autor no por hecho consumado, sino tan sólo por tentativa (...)*"<sup>852</sup>.

La doctrina española también se ha pronunciado al respecto. Así, Mir Puig señala: "*Sin embargo, quien actúa desconociendo el consentimiento no quedará impune, sino que será punible por **tentativa inidónea**. Aunque*

---

<sup>850</sup> ROXIN. Derecho Penal, Parte General. Tomo I... op. cit., p553. En tal sentido, el artículo 22.3 del Código Penal alemán señala: "*Si el autor desconoce, por una falta de comprensión grave, que la tentativa según la clase del objeto o del recurso con los que debería cometer el hecho de ninguna manera podría conducir a la consumación, entonces el tribunal puede prescindir de pena o disminuir la pena conforme a su facultad discrecional (§49 inciso 2)*".

<sup>851</sup> JESCHECK / WEIGEND. Tratado de Derecho Penal. Parte General... op. cit., p412. Estos autores colocan como ejemplo el caso de un sobrino que recibe en préstamo de su tío un reloj de oro para ser usado como disfraz de "capitalista rico" en un baile de carnaval, y lo empeña sin su autorización; encontrando al regresar a casa una nota del tío regalándole el reloj en cuestión. Para estos autores, el sobrino es punible por tentativa de apropiación indebida (nótese que en este caso el consentimiento se dio de manera posterior al acto de disposición, por lo que sí podría decirse que hubo afectación al bien jurídico protegido).

<sup>852</sup> WESSELS. Derecho Penal. Parte General... op. cit., p100 y 103.

*la efectiva existencia del consentimiento hace desaparecer el tipo consumado, el autor que lo desconoce intenta, siquiera sea de forma inidónea, realizarlo*<sup>853</sup>. En la misma línea, De la Gándara Vallejo establece: *"Cuando lo que ocurre es que el consentimiento sí ha recibido algún tipo de manifestación pero el autor ha actuado sin tener conocimiento del mismo, su acción será castigada como tentativa inidónea al no haber sido eliminado el disvalor de acción del hecho"*<sup>854</sup>.

En contra de considerar la existencia de tentativa inidónea se ha pronunciado **TAMARIT SUMALLA**, para quien *"La relevancia del consentimiento no exige el conocimiento del mismo por parte del autor. No obstante ser un elemento que conforma la tipicidad, dado su efecto meramente atenuatorio, no cabe tampoco plantearse la posibilidad de una tentativa inidónea"*<sup>855</sup>; no considero asertado lo planteado por este autor en tanto, independientemente de lo que el legislador español regule en torno al delito de lesiones, el consentimiento no ostenta un mero efecto atenuatorio, sino que constituye una causa de atipicidad por la no lesión al bien jurídico que su otorgamiento supone.

Por otro lado, quienes consideran al consentimiento como una causa de justificación, en definitiva exigen la concurrencia del elemento subjetivo propio en las mismas, afirmando que la falta de este elemento hace que la conducta no se encuentre justificada y, por tanto, que sea sancionada penalmente como un acto consumado. Éste es el caso de Romeo Casabona, para quien *"(...) el agente debe conocer al realizar el hecho la existencia del consentimiento. Esto significa que también en esta causa de*

---

<sup>853</sup> Por todos, MIR PUIG. Derecho Penal. Parte General... op. cit., novena edición, p525.

<sup>854</sup> DE LA GANDARA. Consentimiento, bien jurídico e imputación objetiva... op. cit., p173-174.

<sup>855</sup> TAMARIT SUMALLA, Josep María. Título III. De las Lesiones. En: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.). Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal, octava edición, Aranzadi, Pamplona, 2009, p140.

*justificación es necesaria la presencia del elemento subjetivo, el cual es exigido por la doctrina en las causas de justificación. La consecuencia de la falta de este requisito es muy importante, pues si el sujeto cree erróneamente que el portador del bien jurídico no ha consentido el delito de lesiones, existirá y habrá sido consumado, al no actuar la causa de justificación en una conducta ya típica*<sup>856</sup>.

En igual línea, Cerezo Mir, quien también considera al consentimiento una causa de justificación, señala: *"El consentimiento únicamente excluye la antijuricidad de la conducta si el sujeto activo conoce su existencia y constituye, además, uno de los motivos que le impulsaron a actuar. Si el sujeto activo desconoce la existencia del consentimiento, en los supuestos en que tiene naturaleza de una causa de justificación, incurrirá en responsabilidad por delito consumado, aunque pueda atemperarse la pena mediante la aplicación de atenuantes por analogía*<sup>857</sup>; aunque este autor también reconoce que, en torno a las causas de justificación, existe un debate en la doctrina, existiendo quienes creen que *"(...) en caso de concurrencia de los elementos objetivos de las causas de justificación queda excluido el desvalor del resultado, debiendo el sujeto responder únicamente por tentativa (idónea o inidónea), si faltaba el elemento subjetivo de la causa de justificación correspondiente*<sup>858</sup>.

No se abundará sobre este debate en tanto, como se ha dejado establecido, considero al consentimiento en todos los casos como una causa de atipicidad y no como una causa de justificación<sup>859</sup>.

---

<sup>856</sup> ROMEO CASABONA. El consentimiento en las lesiones... op. cit., p278.

<sup>857</sup> CEREZO MIR. Curso de Derecho Penal Español. Parte General, II... op cit., p336.

<sup>858</sup> Sobre las distintas posturas, ver: Ibid., p201.

<sup>859</sup> Ver apartado 1.3. del presente capítulo ("Efectos del consentimiento: El consentimiento constituye en todos los casos una causa de exclusión del tipo (atipicidad), por no generar lesión o puesta en peligro del bien jurídico").

Retomando lo expuesto, por considerar al consentimiento una causa que excluye la tipicidad penal<sup>860</sup>, los casos en los que el autor hubiera realizado la acción sin saber de la existencia del consentimiento ya brindado por parte del titular del bien jurídico serán reconducidos a un supuesto de tentativa inidónea; por lo que resultará relevante analizar la punibilidad o no de la misma en los ordenamientos español, peruano y brasileño.

En el caso español, la tentativa se encuentra regulada en el artículo 16.1 y 62 del Código Penal, los que establecen, respectivamente: *"Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor"*; *"A los autores de tentativa de delito se les impondrá la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley para el delito consumado, en la extensión que se estime adecuada, atendiendo al peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado"* (el subrayado es propio).

Respecto a la misma, al igual que con la redacción establecida por el legislador español en el Código Penal derogado<sup>861</sup>, existe un gran debate<sup>862</sup>: un sector de la doctrina, desde una concepción objetiva de la tentativa, plantea la impunidad de todos aquellos supuestos en los que *ex ante* no existía peligro alguno para el bien jurídico protegido: *"La visión*

---

<sup>860</sup> El consentimiento implica la no lesión ni puesta en peligro de bien jurídico alguno, es decir, implica la inexistencia de desvalor de acción.

<sup>861</sup> En el Código Penal español derogado, el artículo 52 establecía *"A los autores de tentativa de delito se les impondrá la pena inferior en uno o dos grados, según arbitrio del Tribunal, a la señalada por la Ley para el delito consumado. La misma regla se observará en los casos de imposibilidad de ejecución o de producción del delito. (...)"*. La redacción de este artículo daba lugar en la doctrina a un gran debate en torno a los supuestos de tentativa inidónea que debían ser sancionados. Ver: ALCÁCER GIRAÑO, Rafael. La tentativa inidónea. Fundamento de punición y configuración del injusto, Marcial Pons, Buenos Aires, 2013, p359-360.

<sup>862</sup> Sobre las teorías que fundamentan la punición de la tentativa, ver: FARRÉ TREPAT, Elena. La tentativa de delito, segunda edición, Edisofer, Buenos Aires, 2011, p3ss.

*que el espectador objetivo y el propio autor tienen de la acción puede muy bien ser errónea, es decir, puede parecer peligroso lo que en realidad es un intento completamente fútil*<sup>863</sup>, concepción que nos llevaría a la conclusión de que la tentativa inidónea no debería ser sancionada en el ámbito penal, siendo objeto de sanción únicamente la tentativa considerada idónea, la que existiría cuando persistiese un grado de peligro en la acción (por más bajo que éste sea) para el bien jurídico protegido.

Otro sector de la doctrina defiende la teoría mixta u objetivo-subjetiva (teoría de la impresión), según la cual la idoneidad debe ser analizada en función al peligro advertido por la comunidad<sup>864</sup> y no del peligro objetivo de la acción respecto del bien jurídico, pudiendo distinguirse dos supuestos: los de tentativa inidónea absoluta, respecto de los que no cabría sanción penal; y los de tentativa inidónea relativa, respecto de los que sí cabría sanción penal.

A partir de la modificación efectuada por el legislador español, al introducir la exigencia de que se realicen "*actos que objetivamente deberían producir el resultado*", quienes distinguían entre tentativa inidónea absoluta y relativa, se apresuraron en destacar el objetivismo del artículo 16 y su limitación a las conductas idóneas; para, inmediatamente, establecer excepciones que suponían la inclusión de conductas de inidoneidad relativa (defendiendo siempre su punición), las que dependerían en todos los casos de lo que cada autor entiende por "*objetivamente*"<sup>865</sup>.

Esto, incluso ha sido recogido por el Tribunal Supremo Español, el que también ha dejado establecido lo que entiende por este término: "*E/*

---

<sup>863</sup> BERDUGO. Curso de Derecho Penal. Parte General... op. cit., p370.

<sup>864</sup> Sobre ambas teorías, ver: Ibid., p369.

<sup>865</sup> Sobre esta crítica, ver: ALCÁCER GIRAÓ. La tentativa inidónea... op. cit, p361ss.

*Código Penal de 1995 no contiene una norma equivalente al art. 52.2º del Código Penal anterior, que sancionaba como tentativa los supuestos de imposibilidad de ejecución o de producción del delito. Ello ha llevado a un sector doctrinal a sostener la impunidad no solamente de los supuestos de tentativa absolutamente inidónea, que concurre cuando los medios empleados en ningún caso podrían ocasionar el resultado del delito o poner en peligro el bien jurídico protegido, sino también en los casos de inidoneidad relativa, es decir cuando los medios utilizados son genéricamente aptos para ocasionar el resultado delictivo o poner en peligro el bien jurídico tutelado por el tipo pero no lo son en el caso concreto por concurrir circunstancias especiales. Sin embargo ha de tomarse en consideración que el art. 16 del Código Penal 1995 ha redefinido la tentativa, añadiendo la expresión «objetivamente» («practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado»). Objetivamente quiere decir que el plan o actuación del autor, «objetivamente» considerados, son racionalmente aptos para ocasionar el resultado»<sup>866</sup>.*

En resumen, a la fecha, la doctrina española dominante y el Tribunal Supremo consideran que no es punible la tentativa en los casos en los que el grado de inidoneidad es absoluto y el bien jurídico no podría ser objetivamente afectado por la conducta realizada por el sujeto (tentativa inidónea absoluta)<sup>867</sup>, por ejemplo, los casos en los que se pretende matar con conjuros, o los casos en los que se busca lesionar a alguien colocándole alfileres a un muñeco, entre otros<sup>868</sup>; mientras que consideran

---

<sup>866</sup> Sentencia emitida por la Sala Penal del Tribunal Supremo Español el 21 de junio de 1999 (RJ 1999/5663), fundamento de derecho tercero.

<sup>867</sup> Por todos, ver: MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN. Derecho Penal. Parte General... op. cit., p421.

<sup>868</sup> Al respecto, Mir Puig señala "Cuando la inidoneidad de la tentativa alcanza un grado tal que para cualquier espectador objetivo, colocado en la situación del autor, carece de toda base la posibilidad de que se alcance la consumación, se habla de tentativa irreal". MIR PUIG. Derecho Penal. Parte General... op. cit., novena edición, p363.

que sí es punible en los casos en los que la tentativa es inidónea relativamente, por formar ésta parte del concepto de tentativa establecido por el legislador<sup>869</sup>, por ejemplo los casos en los que alguien dispara con una pistola descargada que parece idónea para efectuar el disparo; así, el Tribunal Supremo señala: *"(...) deben encuadrarse en los supuestos punibles de tentativa, conforme a su actual definición típica, los casos que podrían calificarse de inidoneidad relativa -aun cuando esta denominación haya sido doctrinalmente criticada- es decir aquellos en que los medios utilizados, «objetivamente» valorados «ex ante» y desde una perspectiva general, son abstracta y racionalmente aptos para ocasionar el resultado típico (de lesión o de peligro). Se trata de supuestos en los que la intervención penal se justifica plenamente porque el autor ha decidido vulnerar el bien jurídico tutelado, a través de una acción que no resulta ajena a la órbita del tipo y utilizando medios generalmente idóneos, aun cuando no lo sean en el caso concreto. La concepción contraria equivaldría, prácticamente, a la opción, no aceptada por el legislador, de la despenalización de la tentativa, pues desde una perspectiva «ex post» toda tentativa implica, en cierto modo, un error de su autor sobre la idoneidad de su acción"*<sup>870</sup> (el subrayado es propio).

Ahora bien, con relación a los ordenamientos peruano y brasileño, respecto a la tentativa, en los artículos 17 de sus respectivos códigos penales, establecen lo siguiente: *"No es punible la tentativa cuando es imposible la consumación del delito, por la ineficacia absoluta del medio empleado o absoluta impropiedad del objeto"*; y, *"No se pune la tentativa*

---

<sup>869</sup> ORTS BERENGUER / GONZÁLEZ CUSSAC. Compendio de Derecho Penal... op.cit., p287.

<sup>870</sup> Sentencia emitida por la Sala Penal del Tribunal Supremo Español el 21 de junio de 1999 (RJ 1999/5663), fundamento de derecho tercero.

*cuando, por ineficacia absoluta del medio o por absoluta impropiedad del objeto, es imposible consumir el crimen*<sup>871</sup>.

Como se observa, en estos ordenamientos, el legislador sí ha previsto de forma expresa el tratamiento que debe darse a los casos en los que el medio empleado es absolutamente ineficaz, y para los casos en los que existe una absoluta impropiedad del objeto. Es más, de la previsión expresa de estos dispositivos se deduce que los legisladores peruano y brasileño se han inclinado por una concepción objetiva de la tentativa, al plantear la sanción de la misma únicamente cuando los actos realizados en el caso concreto pueden llegar a suponer un peligro o lesión para el bien jurídico; de manera que, todo acto exterior que no sea idóneo para causar un daño o riesgo para el bien jurídico, debe quedar impune en el ámbito penal; sin importar la sensación que dicho acto pueda provocar a la comunidad. Es más, respecto al fundamento de dicho dispositivo, Nucci señala: *"Se adopta, en Brasil, la teoría objetiva, es decir, se tiene en cuenta, para punir la tentativa, el riesgo objetivo que el bien jurídico corre. En el caso de la tentativa inidónea, el bien jurídico no sufre riesgo alguno, sea porque el medio es totalmente ineficaz, sea porque el objeto es enteramente impropio. De ahí el por qué no hay punición"*<sup>872</sup>. En igual línea, en Perú, Villavicencio Terreros señala: *"Sobre la punibilidad del delito imposible existen diversas opiniones: la teoría objetiva considera la impunidad del delito imposible, la teoría subjetiva fundamenta la punibilidad al igual que las teorías mixtas, aunque con diferentes criterios.*

---

<sup>871</sup> Traducción libre del siguiente texto: *"Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumir-se o crime"*.

<sup>872</sup> Traducción libre del siguiente texto: *"Adota-se, no Brasil, a teoria objetiva, o risco objetivo que o bem jurídico corre. No caso da tentativa inidônea, o bem jurídico não sofreu risco algum, seja porque o meio é totalmente ineficaz, seja porque o objeto é inteiramente impróprio. Daí por que não há punição"*. NUCCI. Código Penal Comentado... op. cit., p199.

*Nuestro actual Código Penal precisa la impunidad para esta forma de tentativa*<sup>873</sup>.

Considero que este es el tratamiento que debe darse a los casos en los que el autor hubiera realizado la acción sin saber de la existencia del consentimiento por parte del titular del bien jurídico protegido, en tanto en los mismos no existe posibilidad alguna de lesionar o poner en peligro el bien jurídico, por haber consentido el titular del mismo sobre su disposición, encajando en el supuesto de absoluta impropiedad en el objeto.

Al respecto, me parece adecuada la distinción hecha por Villavicencio, quien diferencia entre impropiedad fáctica absoluta e impropiedad jurídica absoluta, encajando la falta de conocimiento respecto del consentimiento del titular del bien en los supuestos de falta de impropiedad jurídica absoluta del objeto, por no ser posible (gracias al consentimiento previo del titular) la lesión de bien jurídico alguno<sup>874</sup>. En esta línea, cualquier acción que realice el autor será del todo ineficaz e impropia para consumar el delito, no pudiendo por tanto imponerse sanción penal alguna a pesar de no haber conocido éste del consentimiento del titular del bien jurídico.

En otras palabras, la falta de conocimiento del consentimiento por parte del autor (cuando éste sí existió de forma previa a la acción), no constituye un requisito para la validez del consentimiento. A esta misma conclusión, aunque con diferentes argumentos, arribaron Antón Oneca y Rodríguez Muñoz, para quienes, existiendo el asentimiento del supuesto ofendido (lo

---

<sup>873</sup> VILLAVICENCIO. Derecho Penal. Parte General... op. cit., p450.

<sup>874</sup> "La absoluta impropiedad del objeto, puede presentarse por razones fácticas o jurídicas. Así, impropiedad fáctica absoluta del objeto: tentativa de aborto en una mujer no embarazada, impropiedad jurídica absoluta del objeto: tentativa de hurto cuando se desconoce el consentimiento del propietario". Ibid., loc. cit.

que para ellos constituye una causa de justificación), no es preciso para que se produzcan sus efectos que el sujeto activo tenga conocimiento de su existencia<sup>875</sup>; lo mismo, rescatando la inexistencia de lesión del bien jurídico, es establecido por Segura García, para quien *"Cuando el consentimiento se ha exteriorizado, pero no ha llegado a conocimiento del autor, (...) la conducta quedará impune, pues no depende la eficacia del consentimiento del conocimiento que el autor tenga del mismo, sino que depende de la efectiva lesión del bien jurídico; que en este caso no existe, faltando todo desvalor de resultado"*<sup>876</sup>.

De lo expuesto, se evidencia que el conocimiento del consentimiento por parte del autor no constituye un requisito indispensable para la validez del consentimiento; en tanto su ausencia, a lo más, nos puede conducir a supuestos de tentativa inidónea que no son sancionados por el Derecho penal. El desconocimiento del sujeto activo no incide en la vulneración o no del bien jurídico protegido y no convierte a la acción en típica: en la medida en que el bien jurídico no se vulnere (existe la aceptación del titular del bien y, por tanto, se ejerce la libertad de disposición), no podrá decirse que se ha configurado tipo penal alguno.

#### **4.2. Requisitos para la validez del consentimiento que brinda el titular del bien jurídico**

Por otro lado, para la validez del consentimiento, considero indispensable analizar el cumplimiento de los siguientes requisitos, los mismos que son determinados tomando en cuenta que esta figura constituye un mecanismo indispensable para la autorrealización de las personas

---

<sup>875</sup> ANTÓN ONECA, José. Derecho Penal. Parte General, Tomo I, Madrid, 1949, p258.

<sup>876</sup> SEGURA GARCÍA. El consentimiento del titular del bien jurídico en Derecho penal... op. cit., p138-139.

conforme con su ética propia; por lo que sólo en esta medida puede ser legitimado por el Estado.

#### **4.2.1. Titularidad del bien jurídico, capacidad para consentir y representación**

Por regla general, quien puede consentir respecto de un bien jurídico individual es su titular, es decir, quien posee facultad para decidir respecto del mismo<sup>877</sup>; siendo que, excepcionalmente, podrá consentir un tercero, cuando se trate de alguno de los supuestos de subrogación expuestos supra<sup>878</sup>, es decir, cuando el titular no pueda hacerlo; por ello, lo relevante a determinar en este punto es cuándo se considera que el titular del bien jurídico posee capacidad para consentir sobre su bien jurídico penal.

Como ya se ha mencionado<sup>879</sup>, no es posible entender por consentimiento en el ámbito penal, lo mismo que se entiende por consentimiento en el ámbito civil<sup>880</sup>. Algo muy similar ocurre en torno a la capacidad para disponer, la que no requiere de los mismos requisitos en ambas áreas del Derecho, a pesar de siempre exigir ciertas facultades intelectuales para que quien disponga comprenda

---

<sup>877</sup> "(...) el consentimiento sólo actúa en aquellos casos en que el sujeto pasivo conserva potestad de decidir sobre el bien afectado". JIMÉNEZ DE ASÚA. Tratado de Derecho Penal. El Delito. Segunda Parte... op. cit., p598.

<sup>878</sup> Ver apartado 2.3.4.2. del segundo capítulo ("Supuestos de subrogación del titular del bien jurídico en la toma de decisión. Requisitos y límites").

<sup>879</sup> Ver apartado 3. del presente capítulo ("Fundamento jurídico: Validez del consentimiento a pesar de la inexistencia de un reconocimiento normativo expreso").

<sup>880</sup> "(...) en el derecho penal no se trata de la protección de un menor de edad ni de la tutela del tráfico jurídico, sino sólo de la cuestión relativa al merecimiento de pena de una acción a pesar de la presencia de la conformidad del ofendido. Aquí se trata, pues, de una figura jurídica autónoma del Derecho Penal en la que los requisitos para su eficacia tan sólo se determinan dependiendo de si la aprobación del ataque al objeto de la acción protegido es expresión de la libertad personal de decisión del titular del bien jurídico reconocida por el Ordenamiento". JESCHECK / WEIGEND. Tratado de Derecho Penal. Parte General... op. cit., p409.

el alcance y significado de sus actos<sup>881</sup>; así, por ejemplo, las edades para determinar la capacidad en el ámbito penal y en el ámbito civil no son las mismas, y los requisitos para considerar a alguien incapaz tampoco lo son.

A modo de ejemplo, nótese lo establecido en España respecto a la incapacidad en el ámbito penal y en el ámbito civil, mientras el artículo 25 del Código Penal español señala: *"A los efectos de este Código se entiende por discapacidad aquella situación en que se encuentra una persona con deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales de carácter permanente que, al interactuar con diversas barreras, puedan limitar o impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. Asimismo a los efectos de este Código, se entenderá por persona con discapacidad necesitada de especial protección a aquella persona con discapacidad que, tenga o no judicialmente modificada su capacidad de obrar, requiera de asistencia o apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica y para la toma de decisiones respecto de su persona, de sus derechos o intereses a causa de sus deficiencias intelectuales o mentales de carácter permanente"*<sup>882</sup>; el artículo 199 del Código Civil establece *"Nadie puede ser declarado incapaz sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley"*.

También en el ámbito sanitario existe en España una regulación distinta, siendo que el artículo 9.3. de la Ley 41/2002 (Ley de

---

<sup>881</sup> MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN. Derecho Penal. Parte General... op. cit., p345. También sobre las diferentes interpretaciones dadas por la doctrina a la capacidad para consentir en sede penal, ver: SIMÓN, Pablo. El consentimiento informado. Historia, teoría y práctica. Triacastela, Madrid, 2000, p323-326.

<sup>882</sup> La modificación al Código penal, realizada por el legislador español en el 2015, introdujo el concepto de persona con discapacidad necesitada de especial protección, antes sólo se hacía referencia a la persona incapaz.

Autonomía del Paciente en España), modificado por la disposición final 2 de la ley 26/2015 señala: *"Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor, después de haber escuchado su opinión, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor"*.

Por ello, en el ámbito penal, respecto a la capacidad para disponer, considero que debe tomarse en cuenta no la edad jurídica establecida por el ordenamiento civil o por otras áreas del Derecho; sino la edad a partir de la cual una persona ostenta capacidad natural de juicio, es decir, capacidad para tomar una decisión orientada a alcanzar su autorrealización personal, en función a cada bien jurídico respecto del que es titular. En tal sentido, para determinar la capacidad para consentir, en función a cada caso concreto, y en la medida en que el legislador no lo haya establecido expresamente en la ley penal (como ocurre en los delitos sexuales en los que, en el caso de menores de edad, se otorga capacidad para consentir a partir de los 16 años<sup>883</sup>), se atenderá a la madurez necesaria para que el sujeto comprenda cómo dicha decisión afectará en su autorrealización personal.

Así, en principio se presumirá que la capacidad para consentir se alcanza a partir de los 18 años de edad, pero, dependiendo del caso concreto, podrá considerarse válido el consentimiento dado por un menor de 18 años (ejemplo, el consentimiento de un menor de 17 años en el ámbito médico para que le realicen una operación médica), o inválido el consentimiento de un mayor de 18 años

---

<sup>883</sup> A partir de los 16 años en el ordenamiento español y a partir de los 14 años en los ordenamientos peruano y brasileño.

respecto del que no se haya emitido una sentencia judicial que declare su incapacidad (ejemplo, el consentimiento de una persona de 30 años, con evidente retraso mental, para donar un órgano).

En esta línea se ha pronunciado la doctrina dominante, así, por ejemplo, Díez Ripollés otorga capacidad de consentir al sujeto que *"(...) se encuentre en condiciones de comprender el sentido y trascendencia de su decisión en relación con el bien jurídico protegido, o lo que es lo mismo, posea, la capacidad natural de juicio"*<sup>884</sup>; rechazando por tanto no sólo la recurrencia a criterios civiles, sino incluso a criterios penales como el de imputabilidad, dominio del hecho u otros.

Esto mismo es afirmado por Jescheck y Weigend, quienes señalan que *"El titular del bien jurídico debe, sobre todo, poseer una capacidad de razonamiento y juicio natural para poder calcular en esencia el significado de la renuncia al interés protegido y el alcance del hecho (...)"*<sup>885</sup>.

También toma en cuenta la capacidad natural García Álvarez, quien entiende *"(...) que la capacidad necesaria para consentir es la capacidad natural de comprensión y juicio, capacidad que no estimamos privativa de mayores de edad o de plenamente capaces, (...)"*<sup>886</sup>.

En igual sentido, De la Gándara Vallejo establece que *"Para poder consentir válidamente es suficiente que el titular posea la capacidad"*

---

<sup>884</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. Los delitos de lesiones, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997, p138.

<sup>885</sup> JESCHECK / WEIGEND. Tratado de Derecho Penal. Parte General... op. cit., p410.

<sup>886</sup> GARCÍA ÁLVAREZ. La puesta en peligro de la vida... op. cit., p527.

*natural; es decir, la capacidad de entender y querer suficientes para comprender la trascendencia de la decisión por medio de la cual se renuncia a la protección penal del bien jurídico y el alcance de la intervención sobre el mismo. La capacidad natural es suficiente en todo caso, no siendo necesario distinguir a estos efectos entre bienes jurídicos patrimoniales y personales*<sup>887</sup>.

López Frías considera que "(...) *si el sujeto cuenta con una capacidad natural tal que pudiera hacerle entender la naturaleza del acto al que se va a someter en beneficio de su salud, tendríamos que pasar por ésta porque, qué duda cabe, al tratarse de un acto personalísimo, el Derecho prefiere en todo caso el consentimiento personal basado al menos en una voluntad natural*"<sup>888</sup>.

En similar línea, Silva Sánchez establece que la decisión acerca de cuándo concurre la capacidad natural de comprender el sentido y alcance del hecho sobre el que se presta el consentimiento, es algo que debe efectuarse caso por caso; no siendo decisivos a dichos efectos ni la mayoría de edad civil, ni la capacidad negocial, los que sólo serán tenidos en cuenta por su carácter indiciario<sup>889</sup>.

El análisis tópico para determinar la validez del consentimiento también ha sido propuesto por Frister, para quien "*En tanto no haya límites legales para de edad respecto de la capacidad misma para prestar el consentimiento, la madurez espiritual necesaria para una decisión de auto-determinación se debe establecer en el caso*

---

<sup>887</sup> DE LA GANDARA. Consentimiento, bien jurídico e imputación objetiva... op. cit., p173.

<sup>888</sup> LÓPEZ FRÍAS, María Jesús. El ejercicio de los derechos personalísimos de los enfermos psíquicos. En: Revista de Derecho Privado, abril, 1999, p300.

<sup>889</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. La esterilización de disminuidos psíquicos (Un informe de Derecho penal comparado), PPU, Barcelona, 1988, p46-47.

*concreto, aun en caso de consentimiento en la lesión de bienes jurídicos materiales (refiriéndose a los delitos patrimoniales)*<sup>890</sup>.

También Romeo Casabona se ha pronunciado a favor de la capacidad de juicio natural, aunque enfatizando en que esto dependería del bien jurídico en concreto respecto del que se quiera disponer, aceptando en algunos casos el recurso a la edad jurídica establecida en el ordenamiento civil y en otros el recurso a la capacidad natural del sujeto; así, indica: *"Con todo esto no se está negando, como pudiera parecer, que el consentimiento excluyente del tipo (asentimiento) pueda requerir únicamente una capacidad natural de voluntad, es decir, que sea de carácter meramente fáctico u objetivo, sino que se rechaza el que pueda aplicarse ese principio con carácter general; no puede reducirse a esas reglas comunes, pues no lo son. Dependerán, más bien, de la naturaleza del bien jurídico y de la función del tipo correspondiente los requisitos exigibles en uno u otro caso"*<sup>891</sup>; de esta manera, por ejemplo, para este autor, en el caso del delito de lesiones, considera que el consentimiento válido requiere que quien disponga tenga la mayoría de edad establecida en el ordenamiento civil (18 años)<sup>892</sup>; mientras que para el caso de las esterilizaciones eugenésicas, considera adecuado recurrir al criterio de la capacidad natural de juicio y de comprensión<sup>893</sup>.

En resumen, a no ser que el legislador haya establecido como requisito legal una determinada edad para consentir respecto del bien

---

<sup>890</sup> FRISTER, Helmut. Derecho penal. Parte General, traducido de la cuarta edición por Marcelo A. Sancinetti, Hammurabi, Buenos Aires, 2011, p304.

<sup>891</sup> ROMEO CASABONA. El Médico y el Derecho Penal... op. cit., p309.

<sup>892</sup> Rechazando para este delito, el recurso a la "mayoría de edad penal". ROMEO CASABONA, Carlos María. Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética, Comares, Granada, 2004, p242-243.

<sup>893</sup> ROMEO CASABONA. El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana... op. cit., p273.

jurídico protegido en sede penal, al igual como ocurre con la inimputabilidad, la capacidad para consentir tendrá que ser evaluada por el juez penal en cada caso concreto; teniendo la carga de la prueba, quien alegue el consentimiento como causal de atipicidad (es decir, el investigado).

Por otro lado, respecto a los supuestos de incapacidad en los que cabe representación, a fin de dar solución a los diversos casos que pueden surgir en la práctica, resulta útil distinguir entre los tipos de bienes jurídicos, así como tomar en cuenta la duración de la incapacidad que impide tomar la decisión (léase temporal o permanente); y, la restricción que, producto de dicha incapacidad, padece el titular del derecho en el ámbito en concreto (una persona que se encuentre incapacitada legalmente para decidir sobre su libertad sexual, sí puede encontrarse capacitada para decidir sobre su salud).

Así, si bien la regla general frente a casos de incapacidad es que, además del titular del bien jurídico, pueda subrogarse su representante para consentir por éste en la disposición de determinado bien jurídico; resulta importante tomar en cuenta que existen excepciones en función a la naturaleza del derecho, la temporalidad de la incapacidad y el objeto materia de disposición en cada caso concreto.

#### **4.2.1.1. Personas con incapacidad temporal: Consentimiento con efectos reversibles e irreversibles**

En los casos de incapacidad temporal en los que el titular de derechos se ve incapacitado por un período breve de tiempo,

considero que la subrogación para consentir no será la regla general y únicamente podrá darse en la medida en que sea indispensable disponer sobre bienes o derechos del titular que contribuyan con su recuperación; así, por ejemplo, en el caso en que una persona sufra un accidente que le produzca un problema de amnesia temporal, su representante podrá consentir tanto sobre su salud (bien personal), cuanto sobre algunos bienes patrimoniales, en la medida en que éstos sirvan para su recuperación (léase la venta de algún bien mueble para cubrir los gastos médicos, lo que no sería sancionado como hurto); pero no podría consentir respecto de otros bienes jurídicos o derechos que no se vinculan con su recuperación, en tanto ello debe dejarse para cuando el titular de los mismos recupere su capacidad y se encuentre nuevamente en posibilidad de consentir.

Así, en el ejemplo propuesto, el representante no podría consentir que se le practicase al incapacitado temporal una operación estética para mejorarle la nariz, debido a que esto en nada contribuiría con su recuperación y en tanto ello implicaría consentir respecto de una lesión definitiva sobre la que el titular del bien jurídico podría consentir cuando recuperase su capacidad (caso distinto sería si dicha operación a la nariz fuese indispensable para su salud y, por tanto, para su recuperación).

Esto me lleva a distinguir entre las disposiciones irreversibles y las disposiciones reversibles respecto del bien jurídico protegido. En las irreversibles, la lesión generada al bien lo afecta de forma definitiva, no existiendo posibilidad de revertirse el daño en el tiempo (ejemplo, la amputación de una pierna); mientras que

en las reversibles, la lesión causada al bien jurídico sí puede revertirse, no generando efectos permanentes en el titular del mismo (ejemplo, la perforación en el lóbulo de la oreja para colocar varios aretes).

Considero que el consentimiento con efectos irreversibles y el consentimiento con efectos reversibles, en el caso de las personas incapacitadas temporalmente, sólo puede hacerse de forma excepcional y en la medida en que resulte indispensable y urgente para la autorrealización del titular del bien jurídico afectado, es decir, cuando la decisión no pueda esperar y suponga que el daño causado sea menor que el daño que se causaría de no efectuarse el consentimiento sobre el bien jurídico (ejemplo, amputarle la pierna para salvarle la vida); caso contrario, de no ser urgente la medida, ni siquiera con autorización judicial debería permitirse al representante efectuar el consentimiento en cuestión, en tanto la incapacidad es temporal y el titular del bien jurídico podrá en determinado momento consentir sobre dicho acto.

En estos casos, el representante siempre deberá actuar pensando en cuál sería la decisión que tomaría su representado en aras de su autorrealización personal y conforme con la ética del mismo; buscando ejercer la representación únicamente cuando ello fuere estrictamente necesario para el bienestar de su representado, y tomándose especial cuidado en las afectaciones con efectos irreversibles para el titular del bien jurídico.

#### **4.2.1.2. Personas con incapacidad permanente: Consentimiento con efectos reversibles e irreversibles**

En los casos en los que el titular de derechos padece de una incapacidad permanente, la regla general sí será la subrogación de un tercero para consentir, pero con ciertas excepciones.

Al respecto, resulta útil la distinción formulada por López Frías en torno a los derechos personales; para esta autora existen 3 tipos de derechos<sup>894</sup>: a) Los derechos puramente patrimoniales respecto de los que señala cabe cualquier tipo de sustitución personal para su ejercicio (léase representación legal y voluntaria, acción subrogatoria, gestión de negocios, entre otros); b) Los derechos de contenido personal respecto de los que señala cabe sustitución propia únicamente cuando el sujeto carece totalmente de capacidad natural de juicio y la actuación es objetivamente beneficiosa o la pasividad claramente desaconsejable (ejemplo: nacionalidad, educación, trabajo, entre otros); y, c) Los derechos propiamente personalísimos que señala no admiten sustitución, ni siquiera en los casos de falta total y absoluta de capacidad (ejemplo: vida, salud, intimidad, identidad sexual, identidad, honor, entre otros<sup>895</sup>).

En mi opinión, en los casos de incapacidad permanente, el representante, por regla general, y en tanto actúe en bienestar del representado, podrá consentir respecto de los dos primeros

---

<sup>894</sup> LÓPEZ FRÍAS. El ejercicio de los derechos personalísimos... op. cit., p299.

<sup>895</sup> Una relación de los derechos personalísimos en menores, aunque denominándolos "derechos de la personalidad", en: BARTOLOMÉ TUTOR, Aránzazu. Los derechos de la personalidad del menor. Su ejercicio en el ámbito sanitario y en las nuevas tecnologías de la información y comunicación, Aranzadi, Pamplona, 2015, p97-100.

grupos de derechos, pero no podrá consentir respecto de los derechos denominados por López Frías como derechos personalísimos (ejemplo, una esterilización), a no ser que se garantice que dicha disposición realmente servirá para contribuir con su autorrealización personal (el daño causado sea menor que el daño que se causaría de no efectuarse el consentimiento sobre el bien jurídico), o que exista un conflicto con el derecho de algún tercero<sup>896</sup>.

Por ello, para los derechos propiamente personalísimos, considero adecuado que el otorgamiento del consentimiento se haga mediante un pronunciamiento jurisdiccional y con ocasión de un proceso iniciado a partir de una solicitud entablada por el tutor, curador, persona que de facto asume el cuidado de la persona incapacitada para consentir, o con cuyo derecho se encuentre en conflicto; no pudiendo el representante consentir, sin previa revisión judicial, sobre lo más apropiado de realizar en ese caso concreto, ni respecto de dicho bien personalísimo objeto de disposición<sup>897</sup>.

Esto, por ejemplo, ha sido recogido por el ordenamiento español para los casos de esterilización de personas incapacitadas, en los que las personas a cargo de la persona incapacitada aducen la necesidad de practicar esterilizaciones que reduzcan la posibilidad de embarazos; siendo que el

---

<sup>896</sup> En esta línea, Roxin señala: "*Sólo se podrá aceptar la exclusión por principio de una representación donde se trate de decisiones irrepresentables de tipo existencial, como en una donación de órganos; cuando el menor (o a un incapacitado) le falta la comprensión exigible en tal caso, su consentimiento no puede sustituirse por el de su representante legal, sino que no se debe efectuar la intervención*". ROXIN. Derecho Penal, Parte General. Tomo I... op. cit., p542-543.

<sup>897</sup> Tercer mecanismo propuesto en el apartado 2.3.4.3. del segundo capítulo ("Mecanismos de subrogación del consentimiento").

segundo párrafo del artículo 156 del Código penal español establece: *"No será punible la esterilización acordada por órgano judicial en el caso de personas que de forma permanente no puedan prestar en modo alguno el consentimiento al que se refiere el párrafo anterior, siempre que se trate de supuestos excepcionales en los que se produzca grave conflicto de bienes jurídicos protegidos, a fin de salvaguardar el mayor interés del afectado, todo ello con arreglo a lo establecido en la legislación civil"*.

Como se observa, en estos casos, no se aplica la regla general que permite al representante consentir con su sola voluntad, sino que se exige para la subrogación efectuar un trámite judicial que pasa, no sólo por la previa evaluación del incapacitado para consentir, sino también por la decisión de un juez que se encargue de velar por el mayor interés del afectado. Algo muy similar se encuentra regulado también en Brasil, en el parágrafo 6 del artículo 10 de la Ley N° 9.263 del 12 de enero de 1996, en el que se señala: *"La esterilización quirúrgica en personas absolutamente incapaces solamente podrá ocurrir mediante autorización judicial, regulada de acuerdo con la ley"*<sup>898</sup>.

Por tanto, por regla general, en el caso de personas que sufran de una incapacidad permanente, respecto de todos los ámbitos en los que se manifiesta la incapacidad, el representante siempre podrá consentir; con excepción de la disposición sobre bienes jurídicos personalísimos. En este último supuesto, la

---

<sup>898</sup> Traducción libre del siguiente texto: *"§ 6º A esterilização cirúrgica em pessoas absolutamente incapazes somente poderá ocorrer mediante autorização judicial, regulamentada na forma da Lei."*

regla general será la no disposición, a no ser que se trate de un conflicto de derechos o de un acto que suponga un evidente beneficio para el titular del bien jurídico, en cuyo caso lo más aconsejable sería optar por la necesaria realización de un proceso judicial en el que, a solicitud del representante, el juez evalúe el caso concreto y tome una decisión que realmente favorezca al titular del bien jurídico.

Por otro lado, con relación a las personas con incapacidad permanente, también podrá distinguirse entre disposiciones reversibles e irreversibles. En las primeras, el representante podrá consentir buscando el bienestar de su representado y en la medida en que considere que la disposición sobre dicho bien jurídico pueda ayudarle a alcanzar su autorrealización personal; mientras que, en las irreversibles (las que normalmente coinciden con las disposiciones sobre bienes personalísimos), por generar efectos definitivos en el representado, considero más adecuado exigir que también en estos casos el representante inicie un pronunciamiento judicial, a efectos de que sea el juez quien decida lo más conveniente para el representado; a no ser que la demora en la decisión pueda significar un daño mayor para el representado (ejemplo, la necesidad de intervenirlo quirúrgicamente y amputarle un brazo, a fin de evitar su muerte).

#### **4.2.1.3. Especial referencia a menores de edad**

En el caso de menores de edad, en la medida en que estos alcanzarán en un determinado momento futuro la capacidad exigida para consentir respecto de sus propios bienes jurídicos,

la representación también debe ser entendida de forma restrictiva<sup>899</sup>. La subrogación podrá recaer sobre los bienes patrimoniales y personales, y siempre deberá ser realizada buscando el beneficio del menor y tomando en cuenta que el mismo llegará a tener en algún momento la capacidad para decidir y consentir respecto de lo que le parezca mejor para su autorrealización personal.

Respecto a los bienes personalísimos, no será posible el consentimiento por parte de los padres, tutores o representantes; a no ser que, al igual que en el caso de las personas con incapacidad permanente, el menor no cuente con capacidad natural de juicio, se trate de una disposición que deba ser realizada con urgencia y se garantice que contribuirá con la autorrealización futura del menor (recuérdese que el daño causado debe ser menor que el daño que se causaría de no efectuarse el consentimiento sobre el bien jurídico); esto suele discutirse con ocasión de las operaciones de cambio de sexo practicadas a menores (disforia de género<sup>900</sup>), en las que se argumenta la imposibilidad de autorrealización para el menor y el incremento de los riesgos operatorios con el incremento de

---

<sup>899</sup> En esta línea, el artículo 162 del Código Civil español establece: "*Los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados. Se exceptúan: 1. Los actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo. No obstante, los responsables parentales intervendrán en estos casos en virtud de sus deberes de cuidado y asistencia. 2. Aquellos en que exista conflicto de intereses entre los padres y el hijo. 3. Los relativos a bienes que estén excluidos de la administración de los padres. Para celebrar contratos que obliguen al hijo a realizar prestaciones personales se requiere el previo consentimiento de éste si tuviere suficiente juicio, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 158*".

<sup>900</sup> "*Disforia de género: Es una afección en la cual se presenta un conflicto entre el sexo físico de una persona y el sexo con el que ésta se identifica. Por ejemplo, una persona que físicamente es un varón puede realmente sentirse y actuar como una mujer. La persona está muy incómoda con el sexo con el que nació*". Medline plus, Biblioteca Nacional de Medicina de EEUU, «<http://www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/ency/article/001527.htm>», actualizado 24 de febrero del 2014, fecha de consulta: 18 de febrero del 2015.

la edad y desarrollo físico de la persona. Otro supuesto en el que por excepción podría consentir el representante respecto de un bien personalísimo es cuando se presente un conflicto con el derecho de algún tercero o con el derecho del representante del menor, como por ejemplo puede ocurrir con la donación que se pretenda hacer de un órgano al hermano del menor.

En todos estos casos, a fin de garantizar el beneficio del menor que aún no ostenta capacidad natural de juicio para consentir, al igual como ocurre con las personas con incapacidad permanentemente, también considero adecuado que el otorgamiento del consentimiento se haga mediante un pronunciamiento jurisdiccional y con ocasión de un proceso iniciado a partir de una solicitud entablada por los representantes. Esta misma regla también debe aplicarse a las afectaciones irreversibles que no sean indispensables para el bienestar del menor. En estos casos, la subrogación por parte de un tercero no será posible y, sólo excepcionalmente podrá aceptarse un consentimiento, previa aprobación judicial.

En esta línea, respecto a los bienes personalísimos debe recordarse que, en tanto existe una intromisión que toca muy de cerca el núcleo de la personalidad, por regla general, el consentimiento sobre el bien jurídico constituirá una decisión no representable<sup>901</sup>. El ejemplo más significativo en el que no cabe delegación alguna (carácter personalísimo del bien jurídico) es la donación de órganos, en la que la voluntad de donar se considera estricta y exclusivamente personal, no pudiendo ser

---

<sup>901</sup> ROXIN. Derecho Penal, Parte General. Tomo I... op. cit., p543.

objeto de delegación a un tercero<sup>902</sup>; por ello, cualquier excepción que pretenda formularse a estos casos, considero debe ser hecha mediante un procedimiento judicial en el que se garantice el bienestar del menor que, por no haber alcanzado aún la capacidad natural de juicio, no puede consentir.

Así, en el caso de menores de edad, debe recordarse que la capacidad natural de juicio para consentir no necesariamente se alcanza con la mayoría de edad, sino que puede variar en función del bien jurídico del que se trate y de la edad en la que el menor alcance la capacidad natural, en función al caso concreto; así, puede ocurrir que se autorice por ley a consentir antes de la mayoría de edad, como por ejemplo ocurre con los delitos sexuales<sup>903</sup>; y también puede ocurrir que la ley considere que es mejor consentir después de la mayoría de edad, como ocurre en Brasil con las esterilizaciones, las que pueden ser realizadas recién a partir de los 25 años de edad; en este último supuesto, el Estado de Brasil ha incorporado como medida paternalista ciertos requisitos que garanticen un consentimiento informado, permitiendo la esterilización en los siguientes términos: *"Solamente está permitida la esterilización voluntaria en las siguientes situaciones: I. En hombres y mujeres con plena capacidad civil y mayores de 25 años de edad o, por lo menos con dos hijos vivos, teniendo en cuenta un período mínimo de 60 días entre la manifestación de la voluntad y el acto quirúrgico, periodo en el cual será otorgado a la persona*

---

<sup>902</sup> La posibilidad de consentir por medio de la representación legal tiene como límites, por una parte, determinadas decisiones personalísimas de tipo existencial, como es, por ejemplo, la donación de órganos, respecto de las cuales se niega la posibilidad de representación". SEGURA GARCÍA. El consentimiento del titular del bien jurídico en Derecho penal... op. cit., p131.

<sup>903</sup> En España, a partir de los 13 años de edad, un menor puede consentir sobre su libertad sexual, mientras que en Perú y Brasil puede hacerlo a partir de los 14 años.

*interesada el acceso al servicio de regulación de la fertilidad, incluyendo el asesoramiento de un equipo multidisciplinario, con el fin de desaconsejar la esterilización temprana (...)*<sup>904</sup>.

Sin perjuicio de lo expuesto, el establecimiento de cualquier criterio en torno a la edad para consentir por parte del legislador, tiene como límite la autorrealización del individuo, lo que supone el rechazo de medidas paternalistas injustificadas que sean adoptadas en contextos en los que el menor sí ostenta capacidad natural de juicio y puede decidir conforme con una ética personal<sup>905</sup>; máxime cuando, como se propone, cualquier disposición sobre un bien personalísimo debe ser siempre realizada previo procedimiento judicial, es decir, luego de que el juez, en el caso concreto, pueda constatar que se trate de una decisión que contribuirá con la futura realización del menor y, de ser el caso, la voluntad del mismo expresada a través de su capacidad natural de juicio (recuédense que, por tratarse de bienes jurídicos personalísimos, ni el juez, ni los representantes deben dejar de lado la voluntad del menor cuando éste cuenta con capacidad natural de juicio<sup>906</sup>).

---

<sup>904</sup> Traducción libre del siguiente texto, correspondiente al artículo 10.I de La Ley 9.263 del 12 de enero de 1996: "*Somente é permitida a esterilização voluntária nas seguintes situações: I - em homens e mulheres com capacidade civil plena e maiores de vinte e cinco anos de idade ou, pelo menos, com dois filhos vivos, desde que observado o prazo mínimo de sessenta dias entre a manifestação da vontade e o ato cirúrgico, período no qual será propiciado à pessoa interessada acesso a serviço de regulação da fecundidade, incluindo aconselhamento por equipe multidisciplinar, visando desencorajar a esterilização precoce; (...)*".

<sup>905</sup> Ver supra, apartado 2.3.2. del segundo capítulo ("Rechazo a un paternalismo injustificado: El paternalismo como excepción frente a la imposibilidad de consentir").

<sup>906</sup> Como se ha señalado anteriormente en el apartado 4.2.1. del presente capítulo ("Titularidad del bien jurídico, capacidad para consentir y representación"), la capacidad natural de juicio supone que el menor, a pesar de no contar con la mayoría de edad, cuenta con capacidad para tomar una decisión orientada a alcanzar su autorrealización personal, en función a determinado bien jurídico del que es titular.

En esta línea, cualquier norma paternalista injustificada que niegue el consentimiento frente a situaciones en las que el sujeto puede perfectamente autorrealizarse, devendrán en inaplicables en la realidad, como por ejemplo ocurre con el artículo 155 del Código penal español<sup>907</sup>, el que únicamente otorga efecto atenuatorio al consentimiento y es prácticamente dejado de lado en la jurisprudencia española (a nadie se le sanciona con pena atenuada por realizar un tatuaje o por efectuar una operación médica).

Esto mismo ocurre con el primer párrafo del artículo 156 del mismo cuerpo legal<sup>908</sup>, en el que se niega la posibilidad de que un menor o su representante puedan disponer sobre una operación de cambio de sexo; esto, en la práctica, a pesar de mantenerse en el Código Penal, por constituir una medida paternalista injustificada que incluso impide la autorrealización de las personas, carece a la fecha de efecto legal alguno; siendo que actualmente existen varios niños y niñas a los que se les ha practicado una operación de cambio de sexo, luego de la correspondiente sentencia judicial<sup>909</sup>.

---

<sup>907</sup> "En los delitos de lesiones, si ha mediado el consentimiento válida, libre, espontánea y expresamente emitido del ofendido, se impondrá la pena inferior en uno o dos grados. No será válido el consentimiento otorgado por un menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección".

<sup>908</sup> "No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el consentimiento válida, libre, consciente y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de trasplante de órganos efectuado con arreglo a lo dispuesto en la Ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo, salvo que el consentimiento se haya obtenido viciadamente, o mediante precio o recompensa, o el otorgante sea menor de edad o carezca absolutamente de aptitud para prestarlo, en cuyo caso no será válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales".

<sup>909</sup> Casos prácticos serán analizados en cuarto capítulo ("Aplicación de los postulados dogmáticos a diversos casos prácticos").

Por lo expuesto, considero que la negativa absoluta respecto a la posibilidad de consentir para determinadas personas y sobre ciertos bienes jurídicos, además de ser una medida paternalista injustificada, normalmente termina convirtiéndose en un mecanismo que deslegitima y resta fuerza al derecho: la prohibición legislativa como regla general, en el caso del consentimiento efectuado por un tercero, atenta contra las posibilidades de realización del representado, siendo preferible - frente a supuestos problemáticos en los que se pone en duda que la decisión del representante favorezca al menor o al incapaz-, optar por la regulación de un proceso judicial, en el que luego de analizar el caso concreto se emita la mejor decisión.

#### **4.2.2. Ausencia de vicios de la voluntad**

Para que el consentimiento sea válido tiene que ser voluntario, libre y espontáneo; es decir, no puede encontrarse contaminado por ningún vicio en la voluntad, no pudiendo existir amenaza, violencia, engaño, error ni ningún otro elemento que pueda atentar contra la libre autodeterminación del ser humano. En tal sentido, en la medida en que la base de la autorrealización personal es la libertad para elegir lo que cada uno considera adecuado conforme con su ética personal, cualquier elección sustentada en un vicio de la voluntad tornará al consentimiento o disposición del bien jurídico en inválida a efectos penales.

##### **4.2.2.1. Amenaza y violencia**

En relación a la amenaza, para afirmar que alguien ha sido coaccionado a consentir, dicha persona debe haber sido obligada a disponer sobre determinado bien jurídico mediante violencia física o intimidatoria<sup>910</sup>; es decir, a través de la exteriorización o del anuncio de un mal inmediato que conllevará a un perjuicio para el titular del bien jurídico. De esta manera, en caso de existir amenaza, violencia, coacción o cualquier conducta que afecte la voluntad y libertad del sujeto, el consentimiento no será válido en el ámbito penal<sup>911</sup>.

Al respecto, se discute en la doctrina el grado o intensidad que deben revestir la violencia, amenaza, intimidación o coacción para constituir un vicio que invalide al consentimiento y hacer que éste deje de operar como una causa de atipicidad<sup>912</sup>. En esta línea, Cobo y Vives exigen que el vicio de la voluntad ostente una "*suficiente relevancia*"<sup>913</sup>; Jescheck y Weigend exigen que la amenaza contenga un "*mal de considerable*

---

<sup>910</sup> Sobre la evolución y ampliación de los conceptos de violencia e intimidación, ver: DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. Capítulo III. De las coacciones. Art. 172. En: DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis y Luis GRACIA MARTÍN (coord.). Comentarios al Código Penal. Parte Especial, I, Títulos I a VI y faltas correspondientes, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997, p821ss.

<sup>911</sup> En igual línea se encuentran: CEREZO MIR. Curso de Derecho Penal Español. Parte General, II... op cit., p328; CUELLO CONTRERAS, Joaquín y Caffarena BORJA MAPELLI. Curso de Derecho Penal. Parte General, Tecnos, segunda edición, Madrid, 2014, p91; MIR PUIG. Derecho Penal, Parte General... op. cit., p532; BACIGALUPO. Principios de Derecho Penal... op. cit., p207; entre otros. Con ocasión del tratamiento médico: ROMEO CASABONA. El Médico y el Derecho Penal... op. cit., p348; BARREIRO. La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica... op. cit., p95, y (el mismo) La relevancia jurídico-penal del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico. En: Cuadernos de Política Criminal Nº 16, Edersa, Madrid, 1982, p33.

<sup>912</sup> Incluso Luzón Peña distingue al respecto dos posturas en la doctrina: A quienes consideran que cualquier tipo de violencia, amenaza, coacción o actuación que quite libertad a la voluntad del que consiente, vicia el consentimiento (sin necesidad que las mismas constituyan un delito de coacciones); y, a quienes consideran que para que exista un vicio en el consentimiento, la violencia, amenaza o coacción deben excluir total o, prácticamente, la libertad de decisión. Al respecto, ver: LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. El consentimiento en Derecho penal: causa de atipicidad, de justificación o de exclusión sólo de la tipicidad penal. En: Revista General de Derecho Penal Nº 18, año 2012, Iustel (versión electrónica), p37.

<sup>913</sup> COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN. Derecho Penal. Parte General... op. cit., cuarta edición, p498.

*importancia*<sup>914</sup>; Casas Barquero señala que es necesario ponderar "(...) en cada caso concreto si ha habido una coerción en tal grado de la voluntad que impida la apreciación de la libertad de autodeterminación en la formación misma del consentimiento" y, respecto a la violencia, señala que debe ser en un grado de intensidad que sea "(...) suficiente para invalidar el consentimiento que como consecuencia de un resultado intimidatorio (...)" haga que la elección no sea libre ni voluntaria<sup>915</sup>; mientras que Luzón Peña se muestra partidario en exigir que el consentimiento se encuentre libre de todo tipo de violencia, coacción, amenaza o presión, pero haciendo depender la validez o invalidez del mismo del tipo penal específico respecto del que se consiente con un vicio en la voluntad, señalando expresamente "*Pero para que tales vicios de la voluntad impidan que la anuencia prestada por el sujeto pasivo excluya la tipicidad penal y hagan ineficaz como eximente el consentimiento, el grado e intensidad de los vicios depende de la configuración de cada tipo y la interpretación de su sentido (...)*"<sup>916</sup>.

En similar línea, aunque con una postura mucho más restrictiva en torno a los vicios que invalidan el consentimiento, se encuentra Roxin, para quien la amenaza, violencia, intimidación, coacción o presión deben ser de tal magnitud que excluyan por completo la libre autodeterminación del sujeto, estableciendo como criterio para identificar los vicios que invalidan al

---

<sup>914</sup> JESCHECK / WEIGEND. Tratado de Derecho Penal. Parte General... op. cit., p411.

<sup>915</sup> CASAS BARQUERO. El consentimiento en el derecho penal... op. cit., p85.

<sup>916</sup> LUZÓN PEÑA. El consentimiento en Derecho penal... op. cit., p38.

consentimiento, los vicios equivalentes a los exigidos en el delito de coacciones.

Así, para Roxin: "(...) *Habrá que partir por norma general de que no toda amenaza excluye la eficacia del consentimiento, sino sólo aquella que afecte seriamente a la libertad de decisión del titular del bien jurídico, de modo que el suceso ya no es expresión de su libertad de acción. Este límite se encuentra en el punto donde la amenaza sea punible como coacciones (...); pues de la circunstancia de que el legislador protege a la víctima contra el que amenaza, se desprende que considera menoscabada de forma jur dicopenalmente relevante la libertad de decisión de aquella*"<sup>917</sup>; de esta manera, una amenaza que no llegue a revestirse de la antijuricidad exigida para la configuración del delito de coacciones, no podrá ser considerada como una amenaza suficiente para invalidar el consentimiento del titular del bien jurídico<sup>918</sup>.

---

<sup>917</sup> ROXIN. Derecho Penal, Parte General. Tomo I... op. cit., p551.

<sup>918</sup> El delito de coacciones se encuentra tipificado en los artículos 172, 151 y 146 de los Códigos penales español, peruano y brasileño, los que, respectivamente, señalan: "1. *El que, sin estar leg tamente autorizado, impidiere a otro con violencia hacer lo que la ley no prohíbe, o le compeliere a efectuar lo que no quiere, sea justo o injusto, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años o con multa de 12 a 24 meses, según la gravedad de la coacción o de los medios empleados. (...)*"; "El que, mediante amenaza o violencia, obliga a otro a hacer lo que la ley no manda o le impide hacer lo que ella no prohíbe será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años"; y, "Obligar a alguien, mediante violencia o grave amenaza, o después de haberle reducido, por cualquier otro medio, la capacidad de resistencia, a no hacer lo que la ley permite, o a hacer lo que la ley no manda: Pena – detención, de 3 meses a un año, o multa", traducción libre del siguiente texto: "Constranger alguém, mediante viol ncia ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistència, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda: Pena - deten o, de tr s meses a um ano, ou multa". Nótese que en España y en Brasil, a diferencia de Perú, también se encuentra regulado de forma independiente el delito de amenazas, el que, en los artículos 169 y 147, respectivamente, los que establecen: "El que amenazar a otro con causarle a  l, a su familia o a otras personas con las que está íntimamente vinculado un mal que constituya delitos de homicidio, lesiones, aborto, contra la libertad, torturas y contra la integridad moral, la libertad sexual, la intimidad, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico, será castigado: (...)" y "Amenazar a alguien, por palabra, escrito o gesto, o cualquier otro medio simbólico, de causarle un mal injusto y grave: Pena – detención, de uno a seis meses, o multa", traducción libre del siguiente texto: "Amea ar alguém,

En igual línea, se ha pronunciado Frister, para quien un consentimiento forzado es ineficaz, únicamente si el ejercicio de la coacción es antijurídico, concurriendo una coacción antijurídica cuando "*(...) el autor produzca el consentimiento mediante la aplicación de violencia física o de amenaza de realizar una conducta antijurídica*"<sup>919</sup>, de esta manera, para este autor, cualquier coacción o amenaza no pueden generar la ineficacia del consentimiento brindado por el titular del bien jurídico, siendo exigible para ello que dicha coacción constituya el desvalor de acción previsto en el delito de coacciones (es decir, sea antijurídica).

Considero acertada esta postura, en tanto constituye un criterio claro para resolver los diversos casos que en torno al consentimiento se presentan en la realidad; sobre todo si se toma en cuenta que el bien jurídico protegido en el delito de coacciones es la libre autodeterminación (libertad) que toda persona tiene para desarrollarse conforme con lo que concibe adecuado para su realización personal; en esta línea, respecto al delito de coacciones, Torio López señala: "*El tipo de la coacción no protege ni la capacidad ni la formación de la voluntad, sino únicamente la libertad de actuación con valor fundamental de la existencia comunitaria (bien jurídico)*"<sup>920</sup>.

---

*por palavra, escrito ou gesto, ou qualquer outro meio simbólico, de causar-lhe mal injusto e grave: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa*".

<sup>919</sup> FRISTER. Derecho penal. Parte General... op. cit., p310.

<sup>920</sup> TORIO LÓPEZ, Angel. La estructura típica del delito de coacción. En: Homenaje a Emilio Gómez Orbaneja, Editorial Moneda y Crédito, Madrid, 1977, p416.

En tal sentido, en caso que la amenaza o coacción no revista del desvalor de acción exigido para la configuración del delito de coacciones (es decir, no configure una coacción antijurídica), no invalidarán el consentimiento efectuado por el titular del bien jurídico, cumpliendo éste plenos efectos como causa de atipicidad. Cualquier amenaza no invalidará el consentimiento, sino que será necesario que la misma doblegue la voluntad de quien consiente, viciando con ello su libre elección; así, por ejemplo, en el caso en que se obligara a alguien a regalar su auto a un desconocido, amenazándole con no saludarle de por vida, no podría decirse que se haya atentado contra su propiedad, en tanto la amenaza utilizada no constituye una coacción antijurídica que sea idónea para doblegar la voluntad del propietario del auto<sup>921</sup>.

Lo mismo se aplicará al caso de las personas que actúan por precio o recompensa<sup>922</sup>; así, si un empresario ofreciera a una mujer darle 10 mil dólares a cambio de que aceptara tener relaciones sexuales con él, a sabiendas de que dicho dinero lo necesita para pagar una operación médica que salvará a su hija, no podría establecerse la existencia de una coacción antijurídica que invalidara el consentimiento brindado por la misma, ni mucho menos pretender sancionar al empresario por algún delito contra la libertad sexual; aquí, no podría argumentarse un vicio en el consentimiento, operando éste como causal de atipicidad respecto de dicho bien jurídico.

---

<sup>921</sup> Lo mismo ocurriría si el mal reviste de nula relevancia, ejemplo, "(...) anciano enfermo en una silla de ruedas que amenaza a un joven corpulento con estrangularle si vuelve por su domicilio". SERRANO GÓMEZ, Alfonso. Derecho Penal. Parte Especial, Décimo sexta edición, Dykinson, Madrid, 2011, p165.

<sup>922</sup> También analizado por: LUZÓN PEÑA. El consentimiento en Derecho penal... op. cit., p39.

En esta misma línea, Frister afirma *"El hombre, en su vida, con frecuencia está ante la situación de poder elegir sólo entre dos males. Si se quisiera considerar ineficaz un consentimiento manifestado por él únicamente por la existencia de una situación de coacción de esa índole, se le sustraería incluso el derecho de decidir por sí mismo, en tales situaciones, cuál de los dos males querrá asumir"*<sup>923</sup>; mientras que para Luzón Peña, respecto al ordenamiento español, precisa *"(...) en el actual CP [Código Penal] de 1995 el art. 188 sólo castiga la participación en la prostitución de mayores de edad si hay violencia, intimidación, engaño o abuso de situación de superioridad, necesidad o vulnerabilidad, es decir que el precio por sí mismo no invalida el consentimiento de la persona prostituida"*<sup>924</sup>.

Ahora bien, si fuese el caso que la amenaza llegase a configurar otro tipo penal, pero no fuese constitutiva de una coacción antijurídica, el bien jurídico respecto del que se consiente no se vería afectado (el consentimiento tendría plena validez); pero si ello, constituyese en sí mismo otro tipo penal, éste igual se configuraría. Esto podría discutirse en el caso del delito de trata de personas, en el que -producto del prolongado maltrato- la víctima se encuentra en un estado psicológico tal, que incluso llega a creer y a manifestar que sí ha dado su consentimiento para ser explotada.

En estos casos, en materia probatoria, uno de los principales problemas que afronta el representante del Ministerio Público es

---

<sup>923</sup> FRISTER. Derecho penal. Parte General... op. cit., p310.

<sup>924</sup> LUZÓN PEÑA. El consentimiento en Derecho penal... op. cit., p39.

acreditar que existió violencia, amenaza o coacción contra la víctima, en tanto a veces la misma se niega a rendir un testimonio que acredite que actuó sin su consentimiento y, por el contrario, afirma que todo acto se realizó con su consentimiento (incluso muchas mujeres víctimas de trata sexual se comunican telefónicamente con sus familiares y ocultan la situación por la que están atravesando)<sup>925</sup>. Sin embargo, independientemente de las dificultades probatorias para determinar la existencia de una coacción antijurídica, el maltrato psicológico por el que atravesó la persona sí constituye un tipo de violencia psicológica (una coacción antijurídica) que vicia el consentimiento de la misma respecto a cualquier tipo de relación sexual que la víctima haya tenido que sostener; siendo necesario que ésta atravesase un largo proceso psicológico que le permita visualizarlo y recuperar su autodeterminación. En este ejemplo, independientemente que se acredite o no la tipicidad del delito de coacciones, sí se habrá configurado el tipo penal de trata de personas. Es decir, no podría establecerse la existencia de algún delito contra la libertad sexual (como podría ser el de violación, si la víctima fuera menor de edad y se considerase que no tiene libertad sexual para dar su consentimiento), pero sí del delito de trata de personas.

---

<sup>925</sup> Al respecto, Wiggins, enfatizando en los daños psicológicos que una víctima de trata puede sufrir, establece: "(...) *Como tratamos con seres humanos que están afectados es difícil prever lo que puedan pensar o actuar, generalmente son muy cambiantes. Cada vez que esto sucede tienes que ver otra estrategia, a veces ellos pueden decir una historia que les obligaron a dar o puede ser que sea algo que realmente creen y luego se dan cuenta que han sido engañados (sic). Sé que esto puede que no funcione para los fiscales, pero si el caso es investigado como un crimen, no siempre es necesario contar con una víctima*". Entrevista realizada a Keith Wiggins, Director de información e inteligencia del Centro de Lucha contra la Trata de Personas de la Agencia Británica contra el Crimen Organizado, el 16 de octubre de 2012, "Boletín .edu", Pontificia Universidad Católica del Perú, [«http://puntoedu.pucp.edu.pe/entrevistas/necesario-victimas-sentir-seres-humanos-devolverles-dignidad/»](http://puntoedu.pucp.edu.pe/entrevistas/necesario-victimas-sentir-seres-humanos-devolverles-dignidad/), fecha de consulta: 19 de febrero del 2015.

Por otro lado, la amenaza podrá ser tanto respecto de un mal ilícito ("mataré a tu familia"), cuanto respecto de un mal lícito ("voy a denunciarte por pegarle a tu mujer"); lo importante será que dicho mal sirva para doblegar la voluntad del titular del bien jurídico y generar un consentimiento o disposición que no se sustente en su libre autodeterminación (constituya una coacción o amenaza antijurídica)<sup>926</sup>.

Ahora bien, pueden ocurrir casos en los que la coacción antijurídica sea realizada por un tercero que no es el autor que afectará o pondrá en riesgo el bien jurídico protegido; así, por ejemplo, esto podría ocurrir en el caso en que una persona amenazara a su vecino para que destruyese el vivero que tiene en su azotea (el mismo que viene atrayendo insectos y animales), a cambio de no contarle a su mujer que éste le engaña con una amante a quien lleva a su casa todos los lunes por la tarde y con quien lo había filmado desde el techo de su casa; si dicho vecino, para evitar que su mujer se enterara del engaño, consintiese en retirar el vivero y contratase a un jardinero para su destrucción, actuaría con un vicio en el consentimiento que invalidaría el mismo. Pero, como este vicio no podría haber sido conocido por el jardinero, quien actuó en la creencia de que el vecino quería destruir su vivero y que consentía para ello; no podría atribuírsele al jardinero un delito contra el patrimonio o contra la libertad.

---

<sup>926</sup> Respecto a la diferencia con las coacciones, Prats Canut y Quintero Olivares afirman que mientras en las amenazas se afecta la formación de la voluntad, en las coacciones se afecta la libertad de obrar. PRATS CANUT, Josep Miguel y Gonzalo QUINTERO OLIVARES. Capítulo II. De las amenazas, artículo 169. En: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (director). Comentarios al nuevo Código penal, cuarta edición, Aranzadi, Navarra, 2005, p897.

Al respecto, considero que este caso debe ser resuelto aplicando las reglas del error, el mismo que, en el caso concreto, por ser un error de tipo invencible (el jardinero no tenía forma de saber de la coacción ejercida por el vecino), convertiría a la conducta en atípica respecto de cualquier delito de daños. En tal sentido, la coacción de la que el autor (en el caso, el jardinero) no es responsable, no podría generarle responsabilidad penal alguna; pero no por considerarse al consentimiento eficaz o ineficaz, sino por concurrir un error de tipo invencible que convierte en atípica la responsabilidad penal<sup>927</sup>.

Distinta será la responsabilidad de quien ejerció la coacción sobre el titular del bien jurídico (en el ejemplo, quien amenaza con contarle a la mujer del engaño), el que sí tendrá que responder por la vulneración de dicho bien jurídico<sup>928</sup>. La pregunta es qué ocurriría con el jardinero si éste se enterase por el mismo titular del bien jurídico de la amenaza a la que lo tenía sometido su vecino, en este caso, sería absurdo pensar que el jardinero cometería algún ilícito penal, en tanto lo ilícito no es la destrucción del jardín en sí, sino el atentado contra la

---

<sup>927</sup> En estos casos, Frister considera que, en la medida en que quien lesiona al bien jurídico, desconocía de la coacción que se venía ejerciendo sobre el titular del mismo, concurriría una coacción objetiva, pero no antijurídica; por ello, para este autor "(...) *el consentimiento prestado a un tercero que no ha intervenido en la coacción, debe ser valorado, en principio, como eficaz*". FRISTER. Derecho penal. Parte General... op. cit., p311. Sobre lo mismo, en contra, Segura afirma "(...) *no es que el consentimiento (que por otra parte no existe) sea eficaz, sino que la falta del consentimiento concurrente y, por tanto, la lesión del bien jurídico, no es imputable objetivamente a la conducta del autor, sino a la intimidación causada por un tercero*". SEGURA GARCÍA. El consentimiento del titular del bien jurídico en Derecho penal... op. cit., p144.

<sup>928</sup> Para Frister, éste responderá como autor mediato del delito respectivo. FRISTER. Derecho penal. Parte General... op. cit., p311. Al respecto, otro sector de la doctrina precisa que será considerado autor mediato en los tipos que no establecen nada acerca de la forma en la que debe producirse la lesión; mientras que, será autor inmediato, en los tipos que requieran un actuar con este medio específico (contra la voluntad del titular), ver: SEGURA GARCÍA. El consentimiento del titular del bien jurídico en Derecho penal... op. cit., p144-145; DE LA GANDARA. Consentimiento, bien jurídico e imputación objetiva... op. cit., p131-132.

libertad del dueño del jardín. De esto último no tendría ninguna responsabilidad el jardinero, máxime cuando, además, no ostenta una posición de garante que lo obligue a efectuar la denuncia correspondiente.

#### **4.2.2.2. Engaño y error**

En relación al error, éste será relevante cuando se haya informado al sujeto incorrecta o deficientemente sobre el alcance de la acción que va a sufrir o en la que se va a ver involucrado<sup>929</sup>, es decir, cuando el sujeto se haya hecho una falsa representación de lo que realmente acontecerá en la realidad, generándose una ausencia en la conciencia de disposición sobre el bien jurídico.

##### **4.2.2.2.1. Error en el motivo y en el fin**

No existe acuerdo en la doctrina respecto a qué tipo de engaño constituye un vicio que invalida el consentimiento.

Para un sector (postura restrictiva), encabezado por Artz, el engaño convierte en ineficaz el consentimiento sólo cuando conduce a un error referido al bien jurídico, es decir, cuando quien consiente se equivoca sobre el modo, dimensión o peligrosidad de la renuncia al bien jurídico.

Así, para esta autor, no invalida el consentimiento el error que sólo se refiere a una contraprestación esperada, ni el

---

<sup>929</sup> QUERALT JIMÉNEZ, Joan J. Derecho Penal Español. Parte Especial. Delitos contra los intereses individuales y colectivos, tercera edición, Bosch, Barcelona, 1996, p62.

hecho de que no se haya alcanzado la finalidad perseguida por el afectado al renunciar a su bien jurídico (la errónea representación de las consecuencias ventajosas de su disposición), por no ser errores que se refieran a la lesión del bien jurídico típicamente protegido<sup>930</sup>.

El problema con esta postura es que deja de lado muchos casos de errores que no se refieren al bien jurídico, pero que, indudablemente, no pueden ser considerados irrelevantes a efectos de la validez del consentimiento; como por ejemplo ocurre con el motivo y la finalidad esperada por quien dispone (ejemplo, persona que acepta que le extraigan un riñón por haber sido engañada por el médico respecto a que es la única forma de librarse de un cáncer que en realidad es inexistente: la persona consiente porque cree que se encuentra enferma - motivo, y para curarse de un mal - finalidad).

El error en el motivo que genera en la persona una creencia errónea respecto a que con su consentimiento conseguirá un determinado fin (en el ejemplo, salvar su vida), en virtud del fundamento ontológico que legitima al consentimiento, debe invalidar el mismo; ello, debido a que la disposición de bienes jurídicos tiene sentido en la

---

<sup>930</sup> ARTZ, Willensmängel bei der Einwilligung, 1970, p15ss. Citado por ROXIN. Derecho Penal, Parte General. Tomo I... op. cit., p545; y por FRISTER. Derecho penal. Parte General... op. cit., p307-308. En esta misma línea, siguiendo a Artz, con relación a los vicios de voluntad en tratamientos médicos, se ha pronunciado Romeo Casabona, para quien "(...) *es necesario que el error esté relacionado con el bien jurídico en sí mismo, en el sentido de que afecte a la falta de representación sobre la disposición del mismo*". ROMEO CASABONA. El Médico y el Derecho Penal... op. cit., p349. También a favor de considerar relevantes para invalidar el consentimiento, únicamente a los errores que afecten al propio bien jurídico: CEREZO MIR. Curso de Derecho Penal Español. Parte General, II... op. cit., p328.

medida en que el individuo busca con la misma alcanzar su autorrealización personal, siendo absurdo dar por válido un consentimiento efectuado sobre la base de un error que hará que el mismo no pueda contribuir para tal efecto.

Al respecto, resulta esclarecedora la distinción entre finalidad y motivos. La finalidad responde al para qué consiente el titular del bien jurídico, al objetivo que pretende alcanzar con su disposición, a lo que busca generar para su autorrealización; mientras que el motivo responde al por qué consiente el titular, a las razones que lo llevaron a tomar esa decisión<sup>931</sup>. Así, cuando el error en los motivos no afecte en nada la finalidad por la que el titular del bien consintió, el mismo será irrelevante; pero cuando el error en los motivos llegue a producir una falsa representación respecto a lo que el sujeto puede conseguir con dicho consentimiento (finalidad), por haberse generado una falsa expectativa sobre lo que conseguiría a la luz de su autorrealización, el error sí será relevante y generará como consecuencia la invalidez del consentimiento otorgado; debiendo exigirse que la defraudación del fin perseguido, la lesión del bien jurídico y la incidencia negativa en la realización personal del sujeto se encuentren directamente relacionados.

En esta línea, en el caso en que una vecina consiga, alegando un pretexto falso, que se le permita entrar en una casa y poder así curiosear los muebles; a pesar de que

---

<sup>931</sup> "Existe error en los motivos cuando afecta sólo a la razón o motivo por el cual se consiente". MIR PUIG. Derecho Penal. Parte General... op. cit., novena edición, p526.

el motivo por el que el dueño de la casa consintió fuese falso (error en el motivo), no se invalidaría el consentimiento dado, debido a que el dueño de la casa no tenía expectativa alguna o fin que pretendiera conseguir con el ingreso de la vecina; y, de haberla tenido, la misma no se habría afectado (el error en el motivo por el que consintió no afecta su autorrealización).

Pero, si un médico consiguiera el consentimiento para operar alegando una falsa necesidad de hacerlo, el error en el motivo sí se tornaría relevante, en tanto daría lugar a que el paciente se hiciera una falsa representación respecto a lo que podría conseguir con su consentimiento, haciéndose una expectativa de imposible realización, en tanto el sacrificio de su bien jurídico salud en nada contribuiría con su autorrealización<sup>932</sup>.

Por lo expuesto, considero que el error en el motivo por el que se consiente genera la invalidez del consentimiento,

---

<sup>932</sup> Ambos ejemplos fueron extraídos de Mir, por lo que llama la atención que el mismo afirme que *"No hace ineficaz el consentimiento el error en los motivos (...)"*. Para este autor, el caso del médico debe ser resuelto a la luz del deber de información del médico, pero no descartando la validez del consentimiento por error en el motivo: Ibid., p526, nota al pie 29. En similar línea, planteando en todos los casos la irrelevancia del error en los motivos y, por tanto, la validez del consentimiento como eximente de responsabilidad penal: CERESO MIR. Curso de Derecho Penal Español. Parte General, II... op cit., p328; DÍEZ RIPOLLÉS. Los delitos de lesiones... op. cit., p141; GARCÍA ÁLVAREZ. La puesta en peligro de la vida... op. cit., p528-529, aunque esta autora coloca como excepción que con el error se haya creado una situación de necesidad o se haya colocado al titular del bien jurídico en una situación que le privara de su capacidad natural y juicio. Luzón Peña también rechaza la relevancia del error en los motivos, *"(...) en muchos errores de motivación de quien consiente ciertamente no habrá un desconocimiento de los elementos del hecho típico y tal error será irrelevante por mucho que para el sujeto pasivo la motivación fuera decisiva de por qué consiente"*; aunque inmediatamente señala que el error se tornará en relevante, en la medida en que dichos errores (que aparentemente sólo afectan a la motivación del que consiente) hagan que el titular del bien se equivoque sobre la concurrencia de un elemento del tipo y la concreta entidad y forma de afectación del bien jurídico, LUZÓN PEÑA. El consentimiento en Derecho penal... op. cit., p35.

cuando este último sea dado con la finalidad de conseguir un objetivo de imposible o falsa realización; es decir, cuando exista un error en el motivo que lleve al titular del bien jurídico a pretender una finalidad que no es posible de conseguir con su consentimiento, y que, en lugar de contribuir con su realización personal, generará un obstáculo para la misma.

En esta línea, en contra de lo señalado por Artz, se ha manifestado otro importante sector de la doctrina: así, para Frister, las personas renuncian a bienes jurídicos para conservar otros o para satisfacer determinadas necesidades (léase alcanzar determinadas finalidades), por lo que *"Quien no sabe que el fin perseguido por él no se puede alcanzar renunciando a su bien jurídico, sufre con ello, una pérdida de libertad involuntaria tanto como aquel a quien le quede oculta ya la renuncia al bien jurídico en sí misma. Por ello, al igual que un error sobre el menoscabo al bien jurídico en sí mismo también un error sobre sus supuestas ventajas impide, en principio, la eficacia del consentimiento"*<sup>933</sup>, no pudiendo circunscribir el error relevante únicamente al bien jurídico y extendiendo el mismo a la finalidad por la que se consiente.

De igual opinión son Jescheck y Weigend, para quienes *"La ineficacia se extenderá también a aquellas hipótesis en las que el afectado, como consecuencia de un error o de un engaño, no consigue la finalidad altruista del sacrificio de su bien jurídico o se equivoca en cuanto al sentido del*

---

<sup>933</sup> FRISTER. Derecho penal. Parte General... op. cit., p308-309.

*consentimiento para evitar un daño propio o ajeno; tanto en uno como en otro caso el consentimiento no es expresión de su autonomía*"<sup>934</sup>.

En igual sentido, para Roxin, si bien el error (por ser expresión de la autonomía del portador del bien jurídico) debe estar referido al bien jurídico<sup>935</sup>, es necesario tomar en cuenta la existencia de ciertos supuestos de error o engaño que no se encuentran referidos al mismo, pero que sí invalidan el consentimiento; negándole validez cuando el error afecte un fin altruista que ha supuesto para el titular del bien jurídico el motivo decisivo para otorgar su consentimiento<sup>936</sup>; es decir, cuando el error recae sobre la finalidad por la que se consintió. Lo mismo es señalado por Cuello Contreras y Mapelli Caffarena, para quienes el engaño que afecte al motivo por el que el titular renuncia al bien jurídico torna en inválido al consentimiento (aunque los mismos no precisan qué es lo que debe entenderse por "motivos")<sup>937</sup>.

---

<sup>934</sup> Aunque para estos autores, *"No basta con un simple error en los motivos para hacer ineficaz el consentimiento"*, lo que evidencia que los mismos distinguen entre motivo y finalidad. JESCHECK / WEIGEND. Tratado de Derecho Penal. Parte General... op. cit., p410-411.

<sup>935</sup> *"En los errores relativos al bien jurídico falta esto, porque el que consiente no es consciente de en qué medida renuncia realmente al objeto de la acción"*. ROXIN. Derecho Penal, Parte General. Tomo I... op. cit., p545-546.

<sup>936</sup> Roxin pone como ejemplos, el de una madre que consiente en que el médico le saque una córnea del ojo, en la creencia de que su hijo la necesitaba para no quedarse ciego, cuando esto era un invento del médico para perjudicarla; o el de un transeúnte que es atraído a una casa en llamas con fines de salvamento, con la indicación de que su mujer se encuentra encerrada, cuando en realidad sólo se encontraba su perro, aquí no habría consentimiento respecto de las lesiones que se le causaran, a pesar de que cuando el transeúnte ingresó a la casa lo hizo con pleno conocimiento de los riesgos que ello conllevaba. Ibid., p547.

<sup>937</sup> Ambos colocan como ejemplo el siguiente caso: *"El padre accede al trasplante porque cree que el órgano servirá para su hijo. En realidad es utilizado para otro paciente"*. CUELLO CONTRERAS / BORJA MAPELLI. Curso de Derecho Penal. Parte General... op. cit., p90.

De lo expuesto se evidencia que el error en los motivos que produzca una falsa representación respecto a lo que el sujeto puede conseguir con dicho consentimiento para su autorrealización, será relevante e invalidará los efectos del consentimiento, dando lugar a la aplicación del tipo penal que lesionó determinado bien jurídico (en el ejemplo del médico propuesto, el delito de lesiones); a no ser que exista un tipo penal específico que prevea esta conducta y que cubra todo el desvalor de acción realizado por el sujeto activo del delito (quien lesionó al bien jurídico), como por ejemplo podría ocurrir con el delito de estafa.

Así, por ejemplo, quien consienta en regalar dinero para salvar la vida de un niño enfermo, en caso de no ser cierta dicha enfermedad, habrá sido víctima de un delito de estafa y no de hurto, por ser el primero el tipo penal previsto para este tipo de supuestos: la estafa abarca el desvalor de acción de la conducta realizada, no pudiendo alegarse también la concurrencia del hurto amparándose en la invalidez del consentimiento brindado por el titular del bien (quien incurrió en un error respecto del fin altruista para el que entregaba el dinero); en este caso, es la estafa el tipo penal que abarca incluso el error en el que incurrió la víctima, quedando por tanto contenido en ella el hurto.

Algo similar ocurrirá con quien, producto del engaño de un médico que desea incrementar sus ingresos del mes, consiente en que le amputen una pierna, en la creencia de que ello le salvaría la vida, cuando en realidad dicha

amputación era del todo innecesaria para dicho fin; aunque en este caso, el desvalor de acción realizado por el médico no se agotaría con el delito de estafa, configurándose también el delito de lesiones por considerarse inválido el consentimiento brindado por el paciente respecto del bien jurídico salud. Aquí, a diferencia del ejemplo anterior, el único bien jurídico afectado no es el patrimonio, sino también la salud, el que no se encuentra contenido en el delito de estafa.

Esta misma regla se aplicará para los casos en los que el motivo haya sido inventado por quien busca conseguir fraudulentamente un consentimiento, logrando con dicho invento hacer creer a la víctima que se encuentra en un estado de necesidad que requiere de su consentimiento. Esto mismo es señalado por Roxin, para quien el error es relevante e invalida el consentimiento: "*(...) cuando el autor simula a la víctima una situación semejante a un estado de necesidad, sobre la base de la cual ésta debe considerar erróneamente la disposición del bien jurídico como necesaria para evitar daños*"<sup>938</sup>.

Así, por ejemplo, no será válido el consentimiento cuando un sujeto haya aceptado que otro le afeite la cabeza luego de que le dijera que tenía piojos; ni el consentimiento telefónico dado a alguien para matar de un tiro a una fiera enjaulada, con el falso pretexto de que ésta había escapado y ponía en peligro a la comunidad; ni la autorización dada a alguien para que tale su bosque, luego

---

<sup>938</sup> ROXIN. Derecho Penal, Parte General. Tomo I... op. cit., p548.

de simular un incendio y de que le hiciera creer que debía cortar el avance del fuego hacia su casa mediante el derribo de los árboles<sup>939</sup>; en todos estos casos, por ser falso el motivo que generó el consentimiento y, por tanto, ser imposible conseguir la finalidad o expectativa esperada por el titular del bien para su autorrealización, el error será relevante e invalidará el consentimiento como causa de atipicidad.

Por otro lado, respecto a la causa que sustenta el consentimiento, a diferencia del derecho civil, la torpeza o ilicitud de la misma no lo invalida; en esta línea, Quintano Ripollés señala que *"Puede un ofendido consentir una acción criminal de otro, por ejemplo, el allanamiento de morada, con los fines más inmorales y aun criminales que imaginarse puede y, sin embargo, ese consentimiento será eficaz para borrar el delito de allanamiento"*<sup>940</sup>.

Comparto lo expuesto, en tanto la ilicitud o torpeza de la causa en nada cambian la inexistencia de lesión del bien jurídico protegido, lo que hace que –en términos de imputación objetiva- no pueda configurarse el tipo; se trataría, por tanto, de casos de exclusión de la imputación por el fin de protección del tipo, en los que *"(...) la norma típica (la prohibición de matar, lesionar, dañar, etc.) no abarca de antemano determinadas conductas y consecuencias"*<sup>941</sup>.

---

<sup>939</sup> En estos ejemplos propuestos por Roxin, éste afirma se configuran los delitos de lesiones (primer ejemplo) y daños (segundo y tercer ejemplo). Ibid., loc. cit.

<sup>940</sup> QUINTANO. Relevancia del consentimiento de la víctima en materia penal... op. cit., p334.

<sup>941</sup> ROXIN. Derecho Penal, Parte General. Tomo I... op. cit., p378.

En tal sentido, en el ejemplo propuesto por Quintano Ripollés, el delito de allanamiento de morada no busca evitar la realización de acciones ilícitas en el lugar al que el sujeto pasivo consiente se ingrese, sino tutelar la intimidad familiar, por lo que cualquier acción delictiva que se genere con ocasión del ingreso no podrá ser abarcada por dicho tipo penal; sino por otros en los que encaje dicha conducta.

#### **4.2.2.2.2. Error en la contraprestación patrimonial**

Ahora bien, el error en el motivo que afecta la finalidad por la que el titular del bien consintió, no debe confundirse con el error en la contraprestación patrimonial, el que -a diferencia de lo dicho anteriormente- sí es irrelevante y no invalida el consentimiento brindado por el titular del bien jurídico, el que constituye una causa de atipicidad. Así, si bien podría decirse que la contraprestación también supone una expectativa y/o fin por el que el titular del bien consiente, la misma únicamente tiene naturaleza económica (patrimonial), lo que hace que se pueda distinguir sin problema de cualquier otra expectativa que pueda generarse a partir del consentimiento, y que cambie el análisis en torno a la validez o invalidez del mismo; debiendo tomarse en cuenta que no resulta deseable fomentar la comercialización de bienes personalísimos, por conllevar ello muchas veces a una cierta precipitación en el otorgamiento del consentimiento y a una posterior frustración en el titular del bien jurídico de cara a su autorrealización personal.

Así, por ejemplo, en el caso en que un estudiante con capacidad natural de juicio consintiera en que le hicieran un tatuaje a cambio de mil euros y los mismos luego no le fueran entregados, sería contraproducente invalidar el consentimiento brindado respecto de su bien jurídico salud y sancionar a quien incurrió en el incumplimiento contractual con el delito de lesiones; dado que, con ello se estaría fomentando y protegiendo por el Derecho Penal la disposición no reflexionada sobre bienes personalísimos, la misma que en un gran número casos, únicamente toma en cuenta un interés patrimonial inmediato y no las consecuencias que ello puede generar en torno a la autorrealización personal futura.

En esta línea, no considero adecuado utilizar al Derecho Penal para evitar incumplimientos contractuales, sobre todo si se toma en cuenta que el objeto de comercialización es un bien personalísimo (en el ejemplo, ni siquiera se podría hablar de una estafa, en tanto el bien jurídico afectado no es el patrimonio).

El hecho de que en estos casos se considere válido el consentimiento como causa de atipicidad radica en lo indeseable y absurda que es la mera comercialización de los bienes personalísimos, sobre todo en un entorno social en el que muchas veces el dinero no permite al individuo tomar una decisión pensada, informada y sobre la base de su autorrealización (el consentimiento sostenido en dinero, normalmente no es libre y espontáneo, por lo que es

preferible exigir como requisito que, respecto de bienes personalísimos, el dinero no pueda ser motivo para consentir).

En esta misma línea, Roxin considera contraproducente considerar válido al consentimiento por un error en la contraprestación: *"Pues bien, si se afirmara que concurren unas lesiones, entonces se protegería la confianza en la contraprestación más allá de los límites marcados en el §263 [estafa], dando un rodeo por los diferentes tipos en particular, y con ello se favorecería penalmente "una comercialización" de bienes jurídicos altamente personales, de una forma no deseada por el legislador ni tampoco deseable políticocriminalmente"*<sup>942</sup>.

Sin embargo, este deseo político criminal no puede justificar el olvido del fundamento ontológico del consentimiento (libre autodeterminación que busca la realización personal), por lo que, si bien considero que no es posible prohibir al individuo que consienta sobre sus propios bienes personalísimos, sí me parece adecuado exigir en estos casos el cumplimiento de ciertos requisitos adicionales que permitan al sujeto tomar una decisión libre, reflexionada e informada respecto de la disposición de un bien jurídico personalísimo; pudiendo permitírsele disponer, pero exigiendo como requisito la ausencia de una contraprestación económica para ello (paternalismo justificado que únicamente busca garantizar que la

---

<sup>942</sup> Ibid., p546.

disposición del bien jurídico sea informada y meditada por el titular del mismo).

En la línea de lo expuesto, respecto a la contraprestación patrimonial, existen casos en los que expresamente el legislador prohíbe para la validez del consentimiento que el mismo sea brindado por precio o recompensa; este es el caso del artículo 156 del Código penal español, el que señala: *"No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el consentimiento válida, libre, consciente y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de trasplante de órganos efectuado con arreglo a lo dispuesto en la Ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo, salvo que el consentimiento se haya obtenido viciadamente, o mediante precio o recompensa, o el otorgante sea menor de edad o carezca absolutamente de aptitud para prestarlo, en cuyo caso no será válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales"* (el subrayado es propio).

Como lo he señalado, considero a ésta una medida paternalista justificada y adecuada, que tiene como único fin garantizar que el consentimiento que se brinde realmente responda a la voluntad del titular del bien jurídico, por lo que en los casos en los que el legislador imponga como exigencia de validez la ausencia de contraprestación, la presencia de la misma hará que el consentimiento no pueda servir como eximente de responsabilidad, por no haberse dado en los términos

exigidos por el legislador (siendo irrelevante el análisis respecto al cumplimiento o no de la contraprestación).

Así, si alguien consintiese en que le extraigan un riñón a cambio de que le paguen quince mil euros, y luego no recibiese el dinero en cuestión; no lo habría hecho respetando todos los requisitos establecidos para la no configuración del tipo penal, faltando un requisito esencial, que es la ausencia de contraprestación económica, elemento que haría que se mantenga la antijuricidad material de la conducta.

Al respecto, interesante mención merece el caso ocurrido en Estados Unidos y citado por García Álvarez<sup>943</sup>, de un individuo acaudalado que necesitaba un riñón y entabló una relación sentimental con una mujer débil económicamente; éste le propuso matrimonio y, como prueba de amor, ella le ofreció uno de sus riñones. Tras efectuar las pruebas y arrojar que la misma era incompatible para el trasplante, el hermano de ésta se ofreció para donar su riñón al nuevo cuñado, a cambio de que se hiciera cargo de los gastos del hospital e hiciera feliz a su hermana. Luego de realizado el trasplante, el individuo acaudalado retiró la provisión de fondos para cubrir los gastos del hospital y rompió su promesa de matrimonio; siendo acusado por "robo con engaño de un órgano del cuerpo".

---

<sup>943</sup> Artículo del Magazine "La Vanguardia" del 5 de abril de 1998, p90. Citado por GARCÍA ÁLVAREZ. La puesta en peligro de la vida... op. cit., p483, nota al pie 285.

En este caso, si bien se alegó un ilícito contra el patrimonio, resulta evidente que, en esencia, la contraprestación solicitada por el hermano no era económica, sino de otra índole; siendo difícil argumentar que los gastos del hospital constituyeran una contraprestación patrimonial (sobre todo si la donación supone la no retribución económica). En este caso no se debería discutir por ello la existencia de un error en la contraprestación, sino más bien la existencia de un error en el motivo que propició la disposición; el mismo que generó que el hermano viera frustrada la finalidad altruista que pretendía conseguir con dicha donación, a efectos de su propia realización personal (la que en este caso dependía de la de su hermana<sup>944</sup>); por ello, en este ejemplo, el error en el motivo que produjo una falsa representación respecto a lo que el donante del riñón podía conseguir con dicho consentimiento para su autorrealización, invalidó la disposición, configurándose a mi parecer el delito de lesiones<sup>945</sup>.

En conclusión, en los casos de bienes personalísimos en los que la ausencia de contraprestación económica sea parte del tipo penal, es decir, se exija como elemento del tipo, el consentimiento no será suficiente para exonerar de responsabilidad penal; mientras que en los casos en los que el legislador no haga referencia en el tipo penal a la ausencia de contraprestación económica, los errores en la

---

<sup>944</sup> Para el donador era tan importante que su hermana fuese feliz, que incluso estuvo dispuesto a donarle un riñón a su futuro cuñado, lo que muestra lo importante que era para su propia realización personal, la realización de su hermana.

<sup>945</sup> A conclusión distinta llega GARCÍA ÁLVAREZ. La puesta en peligro de la vida... op. cit., p483.

contraprestación serán irrelevantes y no invalidarán al consentimiento como causa de atipicidad (quien por dinero acepte tener relaciones sexuales, en la medida en que el legislador no exija como requisito de atipicidad la ausencia de contraprestación, en caso de no recibir el monto de dinero acordado, no podrá alegar un delito contra la libertad sexual; siendo el error en la contraprestación irrelevante a efectos de la validez del consentimiento, el que se considerará válido). Lo expuesto, evidencia que para que el consentimiento sirva como causa de atipicidad y conlleve a la no responsabilidad penal, no sólo debe estar libre de vicios de la voluntad; siendo necesario también que el juzgador verifique la ausencia o concurrencia de otros requisitos exigidos en el tipo, como es el caso de la ausencia de la contraprestación patrimonial a la que se ha hecho mención en el caso de algunos bienes personalísimos<sup>946</sup>.

Algo distinto ocurre con los bienes jurídicos que no son personalísimos, como por ejemplo, el patrimonio. En estos casos, en tanto el error o el engaño en la contraprestación económica ya se encuentran cubiertos por el desvalor de acción sancionado por el tipo penal (léase, el delito de estafa), no tendría mayor sentido considerar al error en la contraprestación como relevante o irrelevante para la invalidez del consentimiento; siendo que, en el supuesto

---

<sup>946</sup> Al respecto, Luzón Peña afirma que pueden existir errores sobre otros elementos del tipo, como es el sujeto activo o su concreta identidad, que repercutan sustancialmente en la comprensión del sujeto pasivo del alcance y concreta forma de afectación del bien jurídico; en estos casos, el error resultará relevante para viciar el consentimiento. LUZÓN PEÑA. El consentimiento en Derecho penal... op. cit., p36.

de no haberse cumplido la contraprestación económica esperada, ya habría un tipo penal que sancionase esa conducta.

En esta línea, Roxin señala: "*La defraudada confianza en la contraprestación no excluye esta libertad según baremos jurídico porque aquella sólo está protegida a tenor del §263 [estafa]*"<sup>947</sup>. Así, en el caso de quien dispone de su patrimonio y entrega su auto, en la creencia de que está recibiendo como contraprestación dos mil euros en efectivo, pero al llegar al banco para depositar el dinero se da cuenta de que los billetes son falsos, no puede decir que incurrió en un error que invalidó su consentimiento y que ha sido víctima de hurto, siendo el delito de estafa el que realmente cubriría el íntegro del desvalor de acción en este caso en concreto.

Problema distinto surge en los casos en los que la contraprestación patrimonial ofrecida al titular del bien jurídico se encuentra prohibida por el Derecho (es ilegal o ilícita). En estos casos, el consentimiento se podrá considerar válido y el error en la contraprestación seguirá siendo irrelevante a efectos penales.

Esto, por ejemplo, ocurrirá con quien teniendo un lindo auto, acepta que se lo destruyan, a cambio de mil gramos de clorhidrato de cocaína. En estos casos, en caso de incumplimiento en la prestación, por no haber tenido nunca quien la ofreció la intención de cumplirla (el titular

---

<sup>947</sup> ROXIN. Derecho Penal, Parte General. Tomo I... op. cit., p545.

del bien fue engañado e incurrió en un error respecto de que recibiría la contraprestación), tampoco podría decirse que el error fuese relevante para invalidar el consentimiento brindado respecto del delito sobre el que se consintió (daños); sin que lo dicho perjudicara en nada la posible configuración de otros delitos por parte de quien ofreció la contraprestación, como es el caso del delito de favorecimiento y comercialización de drogas.

#### **4.2.2.2.3. Error en la declaración**

En este caso, el origen del error no se encuentra en amenaza o engaño realizados por un tercero, sino únicamente en la persona que consiente (titular del bien jurídico); quien expresa y manifiesta su consentimiento de forma válida hacia el tercero receptor, no pudiendo dicho tercero adivinar los pensamientos internos ocultos en éste e imaginar que se encontraba en un error por, en el fondo, no querer realmente disponer de su bien jurídico<sup>948</sup> (error invencible).

Así, por ejemplo, ocurre con quien regalase a un mendigo en la calle una bolsa con ropa vieja que ya no usa y, por error, introdujese también en dicha bolsa sus calcetines viejos de la suerte; en estos casos, no puede decirse que el consentimiento sea inválido y que se haya afectado el bien jurídico propiedad de quien regaló la bolsa con ropa vieja, pues éste manifestó y exteriorizó su consentimiento,

---

<sup>948</sup> "En el **error de declaración** la declaración de consentir no corresponde a la auténtica voluntad del sujeto, que se equivoca al expresarse diciendo «autorizo» cuando quería decir o escribir «no autorizo»". LUZÓN PEÑA. El consentimiento en Derecho penal... op. cit., p32, nota al pie 54.

sin tener forma el mendigo de adivinar que dichos calcetines eran de la suerte y que había incurrido en un error en regalarle los mismos.

En esta misma línea, Roxin señala: "*(...) el Derecho sólo puede considerar como voluntad del titular del bien jurídico aquello que ha manifestado objetivamente, no sus pensamientos, que quedan en el fuero interno*"<sup>949</sup>. Por ende, en los casos en los que resulta imposible para el receptor de la manifestación de voluntad darse cuenta de que el titular del bien jurídico ha incurrido en un error en su declaración, dicho error será irrelevante y el consentimiento habrá operado válidamente; operando los efectos de un error de tipo invencible: la no responsabilidad penal<sup>950</sup>.

Distinto será si concurren circunstancias a partir de las cuales el receptor del consentimiento puede darse cuenta del error en la declaración de quien consiente, pero no lo advierte. De ser este el caso, en la medida en que el sujeto pudo salir de dicho error, al mismo se le darán los efectos de un error de tipo vencible, generándose como consecuencia la reconducción de la sanción hacia la

---

<sup>949</sup> ROXIN. Derecho Penal, Parte General. Tomo I... op. cit., p550.

<sup>950</sup> También a favor de considerar irrelevante, en los casos de error invencible, el error en la declaración, a efectos de la validez del consentimiento: MIR PUIG. Derecho Penal. Parte General... op. cit., décima edición, p526; JESCHECK / WEIGEND. Tratado de Derecho Penal. Parte General... op. cit., p411; CUELLO CONTRERAS / BORJA MAPELLI. Curso de Derecho Penal. Parte General... op. cit., p91.

modalidad del tipo imprudente (en el caso en que ésta se encuentra sancionada por el legislador penal)<sup>951</sup>.

Otro tratamiento es dado por la doctrina a los casos en los que, habiendo incurrido el titular del bien jurídico en un error cuyo origen se encuentra en él, éste es advertido por el tercero receptor de la manifestación de voluntad, quien no le hace ver su error y, conscientemente, se aprovecha de ello. Al respecto, Roxin plantea considerar la existencia de abuso de derecho y la inexistencia de consentimiento<sup>952</sup>; lo que también es afirmado por Cuello Contreras y Borja Mapelli, quienes se inclinan por considerar al consentimiento como irrelevante, agravándose la situación en los casos en los que el error haya venido precedido de incumplimiento del deber de informar, *"motivo adicional para no otorgarle relevancia"*<sup>953</sup>.

En estos casos considero que, en la medida en que el receptor del consentimiento conoce que el titular del bien jurídico no desea consentir, ya no es posible hablar de un error, por lo que el consentimiento no podría operar como una causa de atipicidad, persistiendo la lesión al bien

---

<sup>951</sup> En igual línea, LUZÓN PEÑA: *"Pero si hubiera alguna circunstancia que pudiera dar pie a sospechar que el sujeto que dice consentir se está equivocando, porque p. ej. resulte raro que esa persona autorice que con una obras le causen daños importantes en una finca suya valiosa, entonces el sujeto que realiza la actuación dañosa incurre en un error objetivamente vencible sobre el consentimiento y podrá en este ejemplo responder por daños imprudentes"*. LUZÓN PEÑA. El consentimiento en Derecho penal... op. cit., p32, nota al pie 54.

<sup>952</sup> ROXIN. Derecho Penal, Parte General. Tomo I... op. cit., p550.

<sup>953</sup> CUELLO CONTRERAS / BORJA MAPELLI. Curso de Derecho Penal. Parte General... op. cit., p91.

jurídico del titular del mismo<sup>954</sup>. Así, en el ejemplo propuesto al inicio, si el mendigo se hubiera dado cuenta de que el propietario de los calcetines se los había dado por error (imagínese que se trataba de una estrella del baloncesto que públicamente había mostrado sus calcetines de la suerte y declarado que sin ellos no podía vivir) y, presuroso se hubiera llevado la ropa con la intención de vender los mismos en alguna subasta al mejor postor; luego no podría alegar que incurrió en un error respecto a la disposición del titular del bien, tornándose el consentimiento en inválido y persistiendo el delito de hurto.

#### **4.2.2.2.4. Persistencia en el error**

Ahora bien, pueden existir casos en los que, a pesar de que el autor hace notar a quien dispone que se encuentra en un error, este último (quien ostenta plena capacidad para consentir) insiste en realizar la disposición y, por tanto, en la afectación de su bien jurídico. En estos casos, si el autor realmente hizo todo lo necesario para esclarecer la situación, el consentimiento tendrá que ser considerado eficaz, no pudiendo el error invalidar al mismo.

En esta línea, se ha pronunciado Frister, para quien *"Solamente en los casos en los cuales el afectado se sigue aferrando a su error después de que el actuante le*

---

<sup>954</sup> Aunque debo reconocer las dificultades probatorias que esta solución genera en el ámbito procesal, donde es difícil acreditar el conocimiento y mala intención por parte del receptor del consentimiento.

*esclarece la situación, el consentimiento debe ser considerado eficaz, haciendo caso omiso del error*<sup>955</sup>. Este autor, coloca como ejemplo el caso de una mujer alemana que acudió al odontólogo exigiéndole que le extrajera todos los dientes para curarse de su insoportable dolor de cabeza, a pesar de que el odontólogo le aclaró que los dientes no eran la causa de su dolor, la mujer persistió en su pedido, procediendo el médico a extraerle todos los dientes; en este caso, el consentimiento sí sería válido, por haber persistido el titular del bien jurídico, a pesar de habersele aclarado que se encontraba en un error<sup>956</sup>.

No obstante lo expuesto, si bien considero que la regla frente a la persistencia en el error debe ser la validez del consentimiento como causa de atipicidad; en algunos casos, la persistencia en el error puede ser un indicio de un problema en la capacidad para consentir<sup>957</sup>, lo que podría llevar a invalidar el consentimiento del titular del bien jurídico.

Así, por ejemplo, en caso que una persona que padece del Síndrome de Cotard<sup>958</sup> pidiera a un médico que le extrajera

---

<sup>955</sup> FRISTER. Derecho penal. Parte General... op. cit., p309.

<sup>956</sup> En contra, ROMEO CASABONA. El Médico y el Derecho Penal... op. cit., p349, nota 194; quien, en este caso concreto, no entra a evaluar la persistencia del paciente incluso luego de que se le hiciera salir del error.

<sup>957</sup> Ver apartado 4.2.1. del tercer capítulo ("Titularidad del bien jurídico, capacidad para consentir y representación").

<sup>958</sup> *"Ha sido descrita como una enfermedad psiquiátrica, relacionada con la hipocondría. Los afectados son personas disfuncionales, incapaces de iniciar y mantener una relación social con alguien más, creen firmemente haber fallecido, sufrir putrefacción de los órganos o simplemente no existir. (...) Los pacientes llegan a creer que sus órganos internos se encuentran paralizados o disfuncionales, (por ejemplo su corazón no late) e incluso que se están pudriendo, llegando a presentar algunos alucinaciones olfativas que confirman su delirio".* En:

un pulmón en la creencia errónea de que el mismo se encuentra podrido; difícilmente podría decirse que el consentimiento en dicho atentado contra la salud es válido, en tanto resulta evidente que dicho paciente no ostenta capacidad para consentir; por lo que, si el médico le hiciera ver su error y, producto de la insistencia del paciente, de igual modo le extrajera el pulmón, no podría excusarse luego en el consentimiento válido del titular del bien jurídico, el que no operaría como causa de atipicidad respecto del delito de lesiones, por existir una evidente falta de capacidad para decidir de parte del mismo.

#### **4.2.3. Oportunidad y revocatoria**

La doctrina, de forma notoriamente mayoritaria establece que el consentimiento, para ser válido y eficaz, debe ser previo o coetáneo a la realización de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico; no siendo válido el consentimiento dado con posterioridad al hecho<sup>959</sup>.

Así, un consentimiento otorgado con posterioridad a la realización de la acción típica vulneradora del bien jurídico protegido (consentimiento póstumo), sólo podrá entenderse como perdón del ofendido; excluyendo, por tanto, su eficacia, y siendo considerado

---

«[http://medicina.ufm.edu/index.php/S%C3%ADndrome\\_de\\_Cotard](http://medicina.ufm.edu/index.php/S%C3%ADndrome_de_Cotard)», fecha de consulta: 24 de febrero del 2015.

<sup>959</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA. Tratado de Derecho Penal. El Delito. Segunda Parte... op. cit., p598; CASAS BARQUERO. El consentimiento en el derecho penal... op. cit., p83; CEREZO MIR. Curso de Derecho Penal Español. Parte General, II... op. cit., p329; ROMEO CASABONA. El Médico y el Derecho Penal... op. cit., p355; BARREIRO. La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica... op. cit., p86; BACIGALUPO. Principios de Derecho Penal... op. cit., p207; ROXIN. Derecho Penal, Parte General. Tomo I... op. cit., p535; DE LA GANDARA. Consentimiento, bien jurídico e imputación objetiva... op. cit., p118; LUZÓN PEÑA. El consentimiento en Derecho penal... op. cit., p42; CUELLO CONTRERAS / BORJA MAPELLI. Curso de Derecho Penal. Parte General... op. cit., p90; entre otros.

incluso para algunos autores como "nulo"<sup>960</sup>: "(...) *la ratificación no es relevante en Derecho penal*"<sup>961</sup>.

Otorgar validez al consentimiento póstumo implicaría desconocer la vulneración de un bien jurídico mediante un hecho ya realizado y consumado, y desnaturalizar la figura del desistimiento, ampliando excesiva e ilegalmente sus alcances; máxime cuando el arrepentimiento constituye una circunstancia atenuante pero, en ningún caso, una eximente de responsabilidad penal.

En esta línea, además, el consentimiento debe mantenerse en el tiempo, en tanto es retractable y puede ser revocado por el titular del bien jurídico en cualquier momento<sup>962</sup>, salvo la existencia de una relación contractual que impida su revocatoria<sup>963</sup>. Tampoco podrá revocarse el acuerdo en los casos en los que el titular del bien jurídico haya perdido la posibilidad de disposición, así, por ejemplo "*Quien cede a otro una vivienda ya no puede disponer del «derecho a la morada» (en el sentido de allanamiento de morada (...))*"<sup>964</sup>, lo mismo ocurrirá con quien le regale su computadora a su mejor amigo, a partir de dicho momento, por haber perdido la titularidad sobre el bien, ya no podrá decirse afectado con un hurto de uso respecto del mismo.

---

<sup>960</sup> "El consentimiento debe ser declarado antes del hecho de manera expresa o manifestado en forma conclusiva. En el derecho penal, una aprobación posterior es nula". WESSELS. Derecho Penal. Parte General... op. cit., p103.

<sup>961</sup> ROMEO CASABONA. El consentimiento en las lesiones... op. cit., p278.

<sup>962</sup> En esta línea, DE LA GANDARA. Consentimiento, bien jurídico e imputación objetiva... op. cit., p118; ROMEO CASABONA. El Médico y el Derecho Penal... op. cit., p356; BACIGALUPO. Principios de Derecho Penal... op. cit., p207.

<sup>963</sup> Roxin hace referencia a la perfección de un contrato vinculante sobre la autorización de una intervención ajena. ROXIN. Derecho Penal, Parte General. Tomo I... op. cit., p535 (la que hace referencia a la p533).

<sup>964</sup> Ejemplo propuesto por Jakobs, en: JAKOBS. Derecho Penal. Parte General... op. cit., p293.

Sin perjuicio de lo expuesto, en el ámbito médico, la ratificación puede servir para probar la existencia de un consentimiento presunto<sup>965</sup>, pero jamás para influir en la realización del tipo, "*Pues, de lo contrario el perjudicado podría decidir sobre la pretensión penal estatal, lo cual va en contra del principio de oficialidad (o principio de intervención de oficio)*"<sup>966</sup>. En estos casos, en tanto la ratificación posterior confirmaría la corrección del consentimiento presunto, desaparecería no sólo el desvalor de acción, sino también el desvalor de resultado<sup>967</sup>, configurándose dicho consentimiento presunto como una causa de justificación<sup>968</sup>.

Esta regla también es de aplicación para el caso de los delitos imprudentes, en los que, para que el consentimiento sea válido, el titular del bien jurídico penal individual debe haber previsto con anterioridad lo que podría ocurrir en caso de consentir en el desvalor de acción, es decir, en la vulneración del deber objetivo de cuidado. La previsibilidad sobre el riesgo de lesión debe haber sido visualizada antes de la aceptación de la realización de la acción peligrosa (de la vulneración del deber objetivo de cuidado); caso contrario, el consentimiento en la realización de dicha acción habrá sido efectuado sin la información debida, deviniendo en inválido por faltar uno de los requisitos mínimos para su otorgamiento.

---

<sup>965</sup> BARREIRO. La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica... op. cit., p86.

<sup>966</sup> ROXIN. Derecho Penal, Parte General. Tomo I... op. cit., p535.

<sup>967</sup> LUZÓN PEÑA. El consentimiento en Derecho penal... op. cit., p43.

<sup>968</sup> No es posible considerar al consentimiento presunto como una causa de atipicidad, en tanto el mismo no fue realizado antes de la disposición y, en estricto, ésta nunca existió, tratándose únicamente de una ficción jurídica y no de un real ejercicio de la autonomía de la voluntad del titular del bien jurídico. Sobre la naturaleza del consentimiento presunto, ver infra, apartado 5. del presente capítulo ("Referencia al consentimiento presunto: Voluntad presunta como causa de justificación").

Por otro lado, como requisito de validez, el consentimiento también debe ser prestado en un momento temporal que garantice la madurez de la decisión; en tal sentido, Gómez Rivero señala que, salvo situaciones de urgencia, *"(...) entre la emisión del consentimiento y la realización del acto médico que legitima ha de mediar un lapso temporal que asegure un mínimo de reflexión y madurez en el proceso de la toma de decisión. Lógicamente, en la tarea de delimitar ese plazo, no pueden enunciarse reglas fijas, pudiendo funcionar como criterio indicador la atención a lo que se considere razonable en función de las circunstancias concurrente en el caso concreto"*<sup>969</sup>.

#### **4.2.4. Manifestación y exteriorización de la voluntad**

Conforme con la teoría ecléctica ya desarrollada<sup>970</sup>, el consentimiento requiere ser exteriorizado, aunque dicha objetivación no necesariamente debe hacerse conforme con las reglas del negocio jurídico; se descarta, por tanto, que únicamente se exija para la validez del consentimiento una mera aprobación interna no manifestada por parte del titular del bien jurídico (teoría de la dirección de la voluntad)<sup>971</sup>.

En esta línea, para constituir una causa de atipicidad por la no lesión autorizada por el titular del bien jurídico, el consentimiento debe ser

---

<sup>969</sup> GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. La responsabilidad penal del médico, segunda edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p69.

<sup>970</sup> Ver apartado 3. del presente capítulo ("Validez del consentimiento en el ámbito penal. Diferencia respecto del consentimiento en el ámbito civil").

<sup>971</sup> *"(...) en la actualidad se exige que el consentimiento debe ser manifestado externamente de un modo inequívocamente reconocible, sin que sean aplicables las reglas del Derecho civil relativas a la declaración de voluntad (capacidad negocial, vicios del consentimiento, recepción) (teoría ecléctica o conciliadora)".* JESCHECK / WEIGEND. Tratado de Derecho Penal. Parte General... op. cit., p410.

anterior al hecho, real y manifiesto, no pudiendo ser objeto de interpretación; sino, por el contrario, debiendo ser susceptible de ser reconocido como tal externamente<sup>972</sup>.

Por lo expuesto, no puede ser considerado una causa de atipicidad el denominado **consentimiento presunto**, en el que opera una ficción sin que llegue a existir un auténtico consentimiento real, ostentando esta figura la naturaleza de una causa de justificación: el único que siempre y en todos los casos ostentará una causa de atipicidad por no existir lesión alguna del bien jurídico protegido es el consentimiento real, el consentimiento presunto únicamente podrá ser considerado como una causa de justificación<sup>973</sup>.

El consentimiento como causa de atipicidad, que es dado por el titular del bien jurídico o por su representante, puede ser otorgado de forma expresa o de forma tácita, de forma oral o de forma escrita; sin que, en principio, se exija el cumplimiento de una formalidad determinada, a no ser que ésta sea impuesta por el legislador como un mecanismo para garantizar la validez del consentimiento y reducir los problemas probatorios que puedan presentarse en torno al mismo (medida paternalista justificada y legítima en un Estado constitucional moderno).

Esto, por ejemplo, ocurre en el ordenamiento español, el que en el artículo 8.2 de la Ley 41/2002 (Ley de Autonomía del paciente), se

---

<sup>972</sup> QUERALT. Derecho Penal Español. Parte Especial... op. cit., p61, aunque admite como excepción el consentimiento presunto. En igual línea, De la Gandara Vallejo establece: "(...) *cuando el consentimiento del titular no haya sido manifestado de alguna manera hacia el exterior, el hecho del autor tendrá que ser sancionado como un delito consumado*". DE LA GANDARA. Consentimiento, bien jurídico e imputación objetiva... op. cit., p173.

<sup>973</sup> Ver infra, apartado 5. del presente capítulo ("Referencia al consentimiento presunto: Voluntad presunta como causa de justificación").

exige que el consentimiento se otorgue de forma escrita para algunos determinados casos: "2. *El consentimiento será verbal por regla general. Sin embargo, se prestará por escrito en los casos siguientes: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente*".

El consentimiento será otorgado de forma tácita cuando existan actos concluyentes que permitan deducir el mismo de la actitud pasiva del titular, es decir, cuando el titular muestre una actitud clara de no oposición<sup>974</sup>; por ello, no puede confundirse con el consentimiento presunto, dado que, mientras en el consentimiento otorgado de forma tácita sí existe una manifestación o exteriorización objetiva de la voluntad; en el consentimiento presunto no existe tal consentimiento, sino un juicio hipotético en el que se busca determinar cuál habría sido la voluntad del titular del bien, a sabiendas de que el mismo no ha dado consentimiento alguno (léase, no ha ejercido su libre determinación, no ha elegido)<sup>975</sup>.

---

<sup>974</sup> En esta línea, sobre el consentimiento dado de forma tácita: LUZÓN PEÑA. El consentimiento en Derecho penal... op. cit., p41; CERESO MIR. Curso de Derecho Penal Español. Parte General, II... op cit., p346; CUELLO CONTRERAS / BORJA MAPELLI. Curso de Derecho Penal. Parte General... op. cit., p90.

<sup>975</sup> En contra de esta distinción, y con una singular definición respecto del consentimiento presunto, De la Matta considera que el consentimiento presunto y tácito son sinónimos; para este autor, en tanto un bien jurídico sea disponible, el consentimiento presunto operará de igual forma que el consentimiento real (ambos serán causas de atipicidad): "*La apreciación del consentimiento presunto exige un alto grado de certeza de conocimiento objetivo de la voluntad del sujeto pasivo; es ésta y no la expresión de dicha voluntad la que permite negar la existencia de una lesión al bien jurídico cuando éste tiene carácter disponible y no hay disenso con el comportamiento del sujeto activo*". DE LA MATA BARRANCO, Norberto J. El consentimiento presunto ante comportamientos realizados en interés propio. En: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (editor). Política criminal y nuevo derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin, Bosch, Barcelona, 1997, p402, nota al pie 60 y p403. No estoy de acuerdo con lo señalado por este autor dado que no es posible equiparar la ficción con la realidad, prueba de ello es que existen muchos casos en los que el titular del bien jurídico, luego de realizada la acción amparada en un consentimiento presunto, no se muestra de acuerdo con la

#### **4.2.5. Información suficiente: Especial referencia al ámbito sanitario**

El consentimiento, para ser eficaz, debe abarcar todos los aspectos de la acción que se pretende realizar, tanto respecto de lo que implica su realización, cuanto respecto de las consecuencias futuras de la misma; es decir, debe ser informado<sup>976</sup>. Puede darse no sólo respecto de una lesión a un bien jurídico (consentimiento en el resultado), caso en el que será necesario que el individuo conozca de todos los alcances y consecuencias que su consentimiento conllevará para con el resultado en cuestión; sino también respecto de la puesta en peligro con ocasión de la realización de una acción imprudente o de la realización de una acción dolosa respecto de la que se consiente en el riesgo, pero no en el resultado (consentimiento potencial<sup>977</sup>).

El consentimiento informado cobra especial relevancia en el ámbito sanitario (intervenciones médicas), en donde la doctrina reconoce la importancia que el derecho a la información tiene en la relación médico – paciente, por permitir que se garantice la libre autodeterminación necesaria para la realización de las personas y el respeto de su dignidad<sup>978</sup>. La jurisprudencia también ha enfatizado en esta relación, al señalar, en relación con el consentimiento en el ámbito médico: *"5. (...) el consentimiento y la información se manifiestan como dos derechos tan estrechamente imbricados que el*

---

alternativa elegida, por no considerarla conforme con su realización personal (no siempre la presunción acertará respecto a lo que realmente el titular del bien deseaba para con el mismo).

<sup>976</sup> Sobre los antecedentes históricos y el desarrollo del consentimiento informado, ver: SIMÓN, Pablo. El consentimiento informado, Triacastela, Madrid, 2000, p25ss.

<sup>977</sup> Ver supra, apartado 2.2.2.2.3. del presente capítulo ("Consentimiento potencial").

<sup>978</sup> En esta línea: PELAYO GONZÁLES-TORRE, Ángel. El derecho a la autonomía del paciente en la relación médica. El tratamiento jurisprudencial del consentimiento informado, Comares, Granada, 2009, p29 y p38ss; CANTERO MARTÍNEZ, Josefa. La autonomía del paciente: Del consentimiento informado al testamento vital, Bomarzo, Albacete, 2005, p7ss; GUERRERO ZAPLANA, José. El consentimiento informado. Su valoración en la jurisprudencia, Lex Nova, Valladolid, 2004, p75.

*ejercicio de uno depende de la previa correcta atención del otro, razón por la cual la privación de información no justificada equivale a la limitación o privación del propio derecho a decidir y consentir la actuación médica, afectando así al derecho a la integridad física del que ese consentimiento es manifestación. 7. (...) la privación de información equivale a una privación o limitación del derecho a consentir o rechazar una actuación médica determinada, inherente al derecho fundamental a la integridad física y moral"<sup>979</sup>.*

Esta vinculación entre la libertad de disposición y la adecuada información (es imposible decidir sobre lo que no se conoce) constituye una premisa para el ejercicio de la autonomía de la voluntad (elección entre distintas opciones) la que, dada su especial importancia para la realización del individuo conforme con su ética personal, ha sido recogida expresamente en diversos dispositivos normativos. Así, el artículo 5 del Convenio de Oviedo del 4 de abril de 1997, Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina<sup>980</sup>, establece: "*Una intervención en el ámbito de la sanidad sólo podrá efectuarse después de que la persona afectada haya dado su libre e informado consentimiento. Dicha persona deberá recibir previamente una información adecuada acerca de la finalidad y la naturaleza de la intervención, así como sobre sus riesgos y consecuencias. En cualquier momento la persona afectada podrá retirar libremente su consentimiento*"; mientras que Declaración de Helsinki de la Asamblea Médica Mundial (Principios

---

<sup>979</sup> Resolución emitida el 28 de marzo de 2011 por la Sala Segunda del Tribunal Constitucional Español, publicada en el Boletín Oficial del Estado número 101 del 28 de abril de 2011.

<sup>980</sup> Ratificado por el Estado español el 23 de julio de 1999.

éticos para las investigaciones médicas en seres humanos)<sup>981</sup>, en el artículo 26 señala: *"En la investigación médica en seres humanos capaces de dar su consentimiento informado, cada individuo potencial debe recibir información adecuada acerca de los objetivos, métodos, fuentes de financiamiento, posibles conflictos de intereses, afiliaciones institucionales del investigador, beneficios calculados, riesgos previsibles e incomodidades derivadas del experimento, estipulaciones post estudio y todo otro aspecto pertinente de la investigación. La persona potencial debe ser informada del derecho de participar o no en la investigación y de retirar su consentimiento en cualquier momento, sin exponerse a represalias. Se debe prestar especial atención a las necesidades específicas de información de cada individuo potencial, como también a los métodos utilizados para entregar la información. (...)"*.

Esta exigencia respecto al consentimiento informado en el ámbito sanitario también ha sido recogida en España en el artículo 8 de la ley 41/2002 (Ley de Autonomía del Paciente), el que en el numeral 1 establece: *"1. Toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso"*.

En el ordenamiento peruano se encuentra prevista en el artículo 4 de la Ley General de Salud (Ley 26842)<sup>982</sup>, el que establece: *"Ninguna persona puede ser sometida a tratamiento médico o quirúrgico, sin su consentimiento previo o el de la persona llamada legalmente a*

---

<sup>981</sup> Adoptada por la 18va Asamblea Médica Mundial, Helsinki, Finlandia, en junio de 1964. Última enmienda realizada por la 64va Asamblea Médica Mundial, Fortaleza, Brasil, octubre de 2013

<sup>982</sup> Publicada en el Diario Oficial El Peruano el 20 de julio de 1997.

*darlo, si correspondiere o estuviere impedida de hacerlo. Se exceptúa de este requisito las intervenciones de emergencia. (...)*"

Mientras que en Brasil, la misma se encuentra contemplada en el Código de Defensa al Consumidor (Ley 8,078), el que en los artículos 6 y 39, respectivamente, señala: "*Son derechos básicos del consumidor: (...) III. La información adecuada y clara sobre los diferentes bienes y servicios, con especificación correcta de cantidad, características, composición, calidad, impuestos y precios, así como sobre los riesgos que presenten; (...)*"<sup>983</sup>; "*Está prohibido al proveedor de bienes o servicios, entre otras prácticas abusivas: (...) IV. Aprovecharse de la debilidad o ignorancia del consumidor, dada su edad, salud, conocimiento o condición social, para imponerle sus bienes o servicios; (...) VI. Ejecutar servicios sin la previa elaboración de presupuestos y autorización expresa del consumidor, excepto los resultantes de prácticas anteriores entre las partes; (...)*"<sup>984</sup>.

En el ámbito penal, la falta de información necesaria para la eficacia del consentimiento puede llevar a un error referido al bien jurídico e imputable al médico<sup>985</sup>, sea ya a través de un delito de lesiones u homicidio, doloso o imprudente (tratamiento médico quirúrgico

---

<sup>983</sup> Traducción libre del siguiente texto: "*São direitos básicos do consumidor: III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem; (...)*"

<sup>984</sup> Traducción libre del siguiente texto: "*É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: (...) IV - prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços; (...) VI - executar serviços sem a prévia elaboração de orçamento e autorização expressa do consumidor, ressalvadas as decorrentes de práticas anteriores entre as partes;(...)*"

<sup>985</sup> ROXIN. Derecho Penal, Parte General. Tomo I... op. cit., p550.

arbitrario). Por ello, la relevancia de la exactitud de la información resulta del todo relevante antes de una intervención médica<sup>986</sup>.

No obstante lo expuesto, en la medida en que la libre autonomía es requisito indispensable para la realización personal, existe la posibilidad de que el paciente renuncie al derecho a ser informado. Esto incluso se encuentra previsto en los artículos 4 y 9 de la ley 41/2002 (Ley de Autonomía del Paciente en España), los que respectivamente señalan: *"4.1. Los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la Ley. Además, toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada. La información, que como regla general se proporcionará verbalmente dejando constancia en la historia clínica, comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias"; y, "9.1. (...) Cuando el paciente manifieste expresamente su deseo de no ser informado, se respetará su voluntad haciendo constar su renuncia documentalmente, sin perjuicio de la obtención de su consentimiento previo para la intervención"*. En estos casos, considero que, habida cuenta de la renuncia libre y voluntaria del paciente, el consentimiento seguirá teniendo validez como causa de atipicidad penal.

Existen otras circunstancias por las que el médico también puede hacer excepciones a dicho deber de información, como por ejemplo ocurre cuando el mismo aprecia que, dada la personalidad del paciente y la naturaleza de la información (gravedad de la

---

<sup>986</sup> Sobre la relevancia y el contenido de la información en el ámbito médico, ver; ROMEO CASABONA. El Médico y el Derecho Penal... op. cit., p325ss.

enfermedad o tratamiento proyectado), el conocimiento sobre los detalles del tratamiento podría desatar una situación de pánico que menoscabaría su salud<sup>987</sup>.

En estos casos, el médico se encontrará frente a un conflicto entre la salud del paciente y su derecho a la libertad de autodeterminarse, debiendo elegir entre uno y otro en función a los criterios derivados del principio de proporcionalidad<sup>988</sup>. Al respecto, no debe confundirse una situación de riesgo para la salud del paciente, generada por un pánico respecto a la información que se le proporcione; con una situación en la que el médico (sabiendo que la información no alterará al paciente), no quiera dársela por saber de antemano que no aceptará un tratamiento que pueda salvarle la vida, pues en estos casos será clara una vulneración a su deber de información y a la libre autodeterminación del paciente (verbigracia, el médico no puede ocultarle a un Testigo de Jehová la necesidad de efectuarle una transfusión por saber que el mismo se negará a aceptar la misma)<sup>989</sup>.

Por otro lado, la importancia que la libre autodeterminación tiene para que el sujeto alcance su autorrealización también se ve reflejada en el denominado testamento vital, que permite al individuo dejar instrucciones previas en el caso en que se encuentre en una situación

---

<sup>987</sup> Conforme lo señala Romeo Casabona, esto sólo puede ocurrir en tratamientos médico quirúrgicos terapéuticos, pero no en los tratamientos médicos no terapéuticos (ejemplo, cirugías plásticas), donde la información que el médico brinde debe ser exhaustiva, no existiendo justificación alguna para omitir u ocultar la información. ROMEO CASABONA. El Médico y el Derecho Penal... op. cit., p339-340.

<sup>988</sup> *"No obstante, es necesario para aceptar que el médico pueda prescindir de la información que se trate de una situación grave de peligro para la vida o la salud del paciente; y que se pueda presumir que el paciente no se habría opuesto al tratamiento de haber sido informado convenientemente, siempre, claro está, que dicha oposición no se derivase del temor u otras alteraciones producidas por la información misma".* ROMEO CASABONA. El Médico y el Derecho Penal... op. cit., p342-343.

<sup>989</sup> Ibid., p343.

futura en la que se vea impedido de brindar su consentimiento o tomar sus decisiones. Así, el artículo 9 del Convenio de Oviedo del 4 de abril de 1997, Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina, regula los deseos expresados anteriormente (testamento vital), señalando: *"Serán tomados en consideración los deseos expresados anteriormente con respecto a una intervención médica por un paciente que, en el momento de la intervención, no se encuentre en situación de expresar su voluntad"*.

Esto mismo ha sido acogido por el artículo 11 de la Ley 41/2002 (Ley de Autonomía del paciente) en España, el que incluso prevé la creación en el Ministerio de Sanidad y Consumo, del Registro nacional de instrucciones previas; estableciendo en el punto 1: *"Por el documento de instrucciones previas, una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlos personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo. El otorgante del documento puede designar, además, un representante para que, llegado el caso, sirva como interlocutor suyo con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas. (...)"*<sup>990</sup>.

De lo expuesto, al amparo del derecho a la libre autodeterminación, el sujeto pasivo que brinda su consentimiento debe estar

---

<sup>990</sup> Sobre el testamento vital o el documento de voluntades anticipadas, ver: CANTERO MARTÍNEZ. La autonomía del paciente... op. cit., p67ss.

perfectamente informado de los alcances del mismo, debiendo –de ser el caso- cumplir la información con ciertas formalidades como ser escrita, proporcionada de manera continuada, completa, entre otros<sup>991</sup>. La exigencia de estas formalidades en determinadas áreas de actividad (como la médica) se explica en que el legislador busque garantizar la dignidad como límite de la libertad de disposición, asegurándose así que el ejercicio de la autonomía de la voluntad del sujeto pasivo no se desnaturalice.

## **5. Referencia al consentimiento presunto: Voluntad presunta como causa de justificación**

El consentimiento presunto se genera en los supuestos en los que el titular del bien jurídico se ve imposibilitado de consentir (manifestar su voluntad), presumiéndose su consentimiento en la hipótesis o ficción de que el mismo habría consentido, en caso de conocer el hecho y tener la ocasión para hacerlo. Ejemplos de ello ocurren: cuando una persona causa lesiones a quien está a punto de ahogarse para poder salvarle de una muerte inminente, cuando el médico decide ampliar el campo operatorio de una intervención ya iniciada sin que el paciente se dé cuenta por estar bajo los efectos de la anestesia, cuando alguien ingresa al huerto de otro para coger un fruto que por maduro ha caído del árbol, cuando alguien usa el móvil olvidado de su mejor amigo para realizar una breve llamada, entre otros.

El problema es que en estos casos, en la práctica, realmente no existe un consentimiento, sino una suposición de que el titular del bien jurídico, de conocer las circunstancias específicas, lo hubiese prestado; razón por la que no

---

<sup>991</sup> Respecto de las formalidades exigidas en el ámbito médico, ver: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA. El consentimiento en el derecho penal... op. cit., p30ss; GÓMEZ RIVERO. La responsabilidad penal del médico... op. cit., p82ss.

puede afirmarse que en estos supuestos el individuo haya hecho uso de su autonomía de la voluntad para tomar una decisión; siendo imposible alegar la concurrencia de una causa de atipicidad por consentimiento en la lesión del bien jurídico (el consentimiento nunca existió y no puede importar la no vulneración del bien protegido). En esta línea, Roxin señala: *"En efecto, mientras que el consentimiento es una expresión de la libertad de actuación del titular del bien jurídico y por tanto el que obra con consentimiento no lesiona los bienes jurídicos de aquél, quien invoca un consentimiento presunto se interfiere sin permiso, y por ello realizando el tipo delictivo, en los bienes jurídicos de otro, (...) el consentimiento presunto es una construcción normativa, mientras que el consentimiento efectivo es una manifestación de voluntad"*<sup>992</sup>.

## 5.1. Denominación

Por lo expuesto, y en la medida en que en el consentimiento presunto, en realidad, no existe consentimiento o disposición alguna (sino sólo una construcción normativa ficticia<sup>993</sup>); considero que el nombre utilizado para esta figura no es del todo acertado y puede dar lugar a confusión. En esta línea, Mezger considera preferible hablar de *"la presunción (judicial) del consentimiento"*<sup>994</sup>. En mi opinión, en estos casos, en tanto no existe un real consentimiento anterior a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, el uso de este término no resulta acertado, siendo preferible utilizar el término "Voluntad presunta", la misma que -a diferencia del consentimiento- no operaría como una causa de atipicidad, sino como una

---

<sup>992</sup> ROXIN. Derecho Penal, Parte General. Tomo I... op. cit., p765.

<sup>993</sup> En contra, Mezger, para quien el consentimiento presunto no es una construcción ficticia, sino *"(...) una interpretación de la dirección de la voluntad del supuestamente lesionado teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso"*. MEZGER. Tratado de Derecho Penal, Tomo I... op. cit., p433. Discrepo de lo expuesto por este autor, en tanto el hecho de que el fundamento del denominado consentimiento presunto se encuentra en la teoría de la dirección de la voluntad, no hace que el mismo deje de ser una figura ficticia que no se condice con la realidad (el titular del bien jurídico no brinda su disposición sobre éste, siendo que incluso, puede darse el caso que luego discrepe de lo presumido por quien efectuó la disposición).

<sup>994</sup> Ibid., p432, nota al pie 3.

causa de justificación autónoma<sup>995</sup>. En lo que sigue, entonces, se usará el término “voluntad presunta”, en lugar del denominado en la doctrina como “consentimiento presunto”.

## 5.2. Naturaleza jurídica

La voluntad presunta, en la medida en que no supone una disposición que elimine una lesión o puesta en peligro del bien jurídico y, por tanto, que convierta a la conducta en atípica (como sí ocurre con el consentimiento real), no puede considerarse una causa de atipicidad; constituyendo una causa de justificación extralegal.

En esta línea, se ha pronunciado un buen sector de la doctrina. Así, a título de ejemplo, se tiene a Jescheck y Weigend, quienes la consideran “(...) una causa de justificación **sui generis** que, no obstante, conecta con la posibilidad de prestación del consentimiento por parte del bien jurídico”<sup>996</sup>. Para Roxin, constituye una causa de justificación de Derecho consuetudinario, que se sitúa entre el consentimiento y el estado de necesidad justificante, estableciendo su carácter de causa de justificación autónoma y distinguiéndola de las figuras antes mencionadas<sup>997</sup>. Para Cerezo, si bien debe ser concebida como una causa de justificación independiente, por un tema de seguridad jurídica y por la posible existencia de abusos a los que la presunción del consentimiento podría dar lugar, no la considera necesaria; reconduciendo todos los supuestos a las otras causas de justificación existentes (estado de necesidad, obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho)<sup>998</sup>. Para Mezger, también debe ser reconocida como una causa de

---

<sup>995</sup> En similar línea, Frister hace uso del término “*voluntad hipotética*”, aunque mantiene el término “consentimiento presunto”. FRISTER. Derecho penal. Parte General... op. cit., p316-317.

<sup>996</sup> JESCHECK / WEIGEND. Tratado de Derecho Penal. Parte General... op. cit., p413-414.

<sup>997</sup> ROXIN. Derecho Penal, Parte General. Tomo I... op. cit., p765.

<sup>998</sup> CEREZO MIR. Curso de Derecho Penal Español. Parte General, II... op cit., p347.

justificación, aunque no esté prevista expresamente como tal de forma expresa en la ley<sup>999</sup>.

En torno a la naturaleza jurídica de la voluntad presunta, otro sector de la doctrina la considera como una causa de atipicidad, argumentando que en el caso de los bienes que considera disponibles, existe cierta equivalencia entre el consentimiento real y la presunción de voluntad; en esta línea, De la Mata señala *"Será entonces el conocimiento de esta voluntad basándose en criterios corroborables objetivamente el que permita en determinados casos hablar no ya de una conducta típica pero justificada, sino de una conducta atípica, precisamente porque no se realiza el hecho descrito en la prohibición penal"*<sup>1000</sup>.

No considero adecuada esta posición, en tanto no es posible efectuar equiparación alguna entre la voluntad presunta y el consentimiento real, debido a que en la primera no existe consentimiento alguno. Considerar a la voluntad presunta una causa de atipicidad supondría establecer que el bien jurídico nunca llegó a lesionarse, lo que no correspondería a la verdad, por no existir disposición real de parte del titular del bien (el consentimiento hipotético no puede equipararse a un consentimiento real)<sup>1001</sup>.

---

<sup>999</sup> MEZGER. Tratado de Derecho Penal, Tomo I... op. cit., p433-434.

<sup>1000</sup> DE LA MATA BARRANCO. El consentimiento presunto... op. cit., p402, nota al pie 60 y p403.

<sup>1001</sup> No me parece correcta la afirmación efectuada por Segura García, respecto de que Günther mantiene la naturaleza de causa de atipicidad del consentimiento presunto, SEGURA GARCÍA. El consentimiento del titular del bien jurídico en Derecho penal... op. cit., p155. En realidad este autor considera al consentimiento y al consentimiento presunto como causas de exclusión del injusto penal, por calificarlas como *"causas de justificación con eficacia justificante decreciente"*, GÜNTHER, Hans Ludwig. La clasificación de las causas de justificación en Derecho penal. Traducido por Diego Manuel Luzón Peña de la versión en alemán publicada en 1992. En: LUZÓN PEÑA, Diego Manuel y Santiago MIR PUIG (coordinadores). Causas de justificación y de atipicidad en Derecho penal, Aranzadi, Pamplona, 1995, p53 y p55.

En diferente línea, considerando a la voluntad presunta como una causa de inculpabilidad en los casos en los que la presunción no se condice con la voluntad del titular del bien jurídico, se han pronunciado Cobo del Rosal y Vives Antón, para quienes: *"(...) si a la presunción no correspondiera la realidad, entonces serían de aplicación las reglas del error: el consentimiento presunto no aparecería, por consiguiente, como causa de justificación, sino como una causa de inculpabilidad"*<sup>1002</sup>. Al respecto, considero que distinguir la naturaleza jurídica de la voluntad presunta, en función a si la presunción es o no confirmada por el titular del bien jurídico, no resulta lo más adecuado; en tanto en uno u otro caso, la misma sigue ostentado la naturaleza de causa de justificación; pudiendo variar el tratamiento del error sobre la misma, en tanto se trate de un error en el presupuesto de una causa de justificación (error de tipo) o de un error respecto a la existencia de la misma (error de prohibición).

Por otro lado, respecto a la naturaleza jurídica de la voluntad presunta, otro sector doctrinal, encontrándose de acuerdo en que la misma debe constituir una causa de justificación, pero en desacuerdo respecto de que deba ser una causa de justificación autónoma, ha buscado abarcarla a través del estado de necesidad. Así, Zaffaroni establece: *"(...) el problema debe resolverse como un supuesto de estado de necesidad justificante (...) lo fundamental es que se cause un mal para evitar otro mayor e inminente. Es altamente probable que tratándose de evitar un mal mayor, el titular del bien hubiese actuado de la misma manera. (...)"*<sup>1003</sup>.

Para Stratenwerth, incluso en el caso en que la decisión del autor, luego de ponderar todas las circunstancias, no coincida con la verdadera

---

<sup>1002</sup> COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN. Derecho Penal. Parte General... op. cit., quinta edición, p500.

<sup>1003</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Tomo III, Ediar, Buenos Aires, 1981, p526.

voluntad del lesionado, el mismo estaría exento de responsabilidad penal, *"(...) dado que el soporte de la justificación no se encuentra en la voluntad del titular del bien jurídico como tal sino en el estado de necesidad en el que se toma la decisión"*<sup>1004</sup>.

En similar línea, aunque distinguiendo según se trate de bienes jurídicos disponibles o no disponibles, Mir Puig señala: *"Cuando la intervención resulte necesaria para salvar un bien no disponible por su titular, como la vida, no hará falta acudir a la figura del consentimiento presunto, sino que bastará que el hecho resulte amparado por estado de necesidad (auxilio necesario). En cambio, si el bien en peligro es disponible por su titular, sólo es lícito intervenir si concurre consentimiento presunto, pues podría suceder que el titular prefiriese asumir la lesión del bien en peligro antes que la intervención lesiva necesaria para evitar aquélla"*<sup>1005</sup>.

También Romeo Casabona, para los casos de tratamientos curativos, establece: *"Las ventajas del estado de necesidad, una vez comprobada la imposibilidad de contar el agente con el consentimiento del interesado, es que sus requisitos aparecen claramente delimitados en el Código Penal (...), y por lo que se refiere al tratamiento curativo, si se da la imposibilidad de obtención del consentimiento, el facultativo podrá acudir al estado de necesidad siempre que exista un peligro grave e inmediato para la salud -o la vida- del paciente; y que el facultativo no intervenga más que en lo imprescindible o necesario hasta que pueda obtener el consentimiento correspondiente"*<sup>1006</sup>.

---

<sup>1004</sup> STRATENWERTH. Derecho Penal. Parte General I... op. cit., p135-136.

<sup>1005</sup> MIR PUIG. Derecho Penal, Parte General... op. cit., p533.

<sup>1006</sup> ROMEO CASABONA. El Médico y el Derecho Penal... op. cit., p366-367.

Al respecto, no considero acertado incorporar a la voluntad presunta dentro del estado de necesidad justificante, por tener ambas figuras fundamentos totalmente diferentes. Así, mientras que la voluntad presunta (denominada por la doctrina consentimiento presunto) tiene como fundamento la voluntad hipotética del titular del bien jurídico; el estado de necesidad justificante tiene como fundamento la realización de una ponderación de intereses que necesariamente supone la elección del mal menor, la que no siempre va a coincidir con la voluntad del titular del bien jurídico, es decir, con el bien elegido al amparo de la voluntad presunta. En esta línea, respecto a la voluntad presunta, Jescheck y Weigend señalan: "(...) *aquí lo importante es la voluntad aquiescente del titular del bien jurídico, tal y como se habría mostrado ante el análisis de la situación fáctica, incluso aunque el resultado de la ponderación de intereses estuviera en contra de tal voluntad*"<sup>1007</sup>.

De manera que, si bien en muchos supuestos puede ocurrir que la voluntad presunta coincida con lo que hubiera elegido el titular del bien jurídico<sup>1008</sup>, esto no ocurrirá en todos los casos, lo que legitima que la misma sea considerada como una causa de justificación autónoma a las

---

<sup>1007</sup> JESCHECK / WEIGEND. Tratado de Derecho Penal. Parte General... op. cit., 2002, p414, nota al pie 89. En igual línea, se encuentran: ROXIN. Derecho Penal, Parte General. Tomo I... op. cit., p766; BACIGALUPO, Enrique. El consentimiento del lesionado en el Derecho y en la dogmática penal españoles. En: ESER, Albin; GIMBERNAT, Enrique y Walter PERRÓN (editores). Justificación y exculpación en derecho penal (Coloquio Hispano-Alemán de Derecho Penal), Madrid, 1995, p121; CASAS BARQUERO. El consentimiento en el derecho penal... op. cit., p106; MEZGER. Tratado de Derecho Penal, Tomo I... op. cit., p432, quien precisa "*Se trata, por tanto -y en esto debe insistirse especialmente-, de determinar no lo que el supuesto ofendido hubiera razonablemente debido hacer en tal situación fáctica, sino cómo se hubiera comportado realmente (según toda previsión) con arreglo a su total dirección de voluntad personal*". En contra, Cuello y Borja señalan "*El consentimiento presunto requiere siempre una ponderación*", CUELLO CONTRERAS / BORJA MAPELLI. Curso de Derecho Penal. Parte General... op. cit., p92.

<sup>1008</sup> Al respecto, Roxin, reconociendo la naturaleza de causa de justificación autónoma en la voluntad presunta, afirma: "*De todos modos, el consentimiento presunto está próximo al estado de necesidad justificante en la medida en que la hipotética voluntad del sujeto en cuyos bienes se produce la ingerencia coincidirá en muchos casos con el resultado de una ponderación objetiva de intereses*". ROXIN. Derecho Penal, Parte General. Tomo I... op. cit., p766.

demás causas de justificación tradicionalmente recogidas por los ordenamientos jurídicos.

### **5.3. Diferencias respecto de la subrogación (representación)**

De lo dicho, la voluntad presunta operará como una causa de justificación autónoma, trayendo como efectos los mismos que son aplicados al resto de causas de justificación conocidas por la doctrina. Así, excluirá la responsabilidad penal del sujeto activo, por no llegarse a establecer la realización de una conducta antijurídica; generando la no sanción penal.

De esta manera, la voluntad presunta operará en los casos en los que el titular del bien jurídico no pueda manifestar su consentimiento y en los que, luego de analizadas las especiales circunstancias del caso concreto, el autor (quien lesiona o pone en peligro el bien jurídico) presuma que el mismo aceptaría la disposición.

Al respecto, debe precisarse que estos casos no deben ser confundidos con los supuestos en los que opera una subrogación del consentimiento por encontrarse imposibilitado o incapacitado para consentir el titular del bien jurídico (consentimiento brindado por el representante<sup>1009</sup>). Así, en los casos en los que exista un representante que pueda brindar el consentimiento por el titular del bien jurídico, no podrá decirse que exista una voluntad presunta; sino, por el contrario, habrá operado una subrogación que permitirá a dicho representante brindar un consentimiento expreso que excluirá la tipicidad de la conducta por la no lesión del bien jurídico protegido, es decir, habrá operado un consentimiento como causa de atipicidad. Esto ocurre, por ejemplo, en el

---

<sup>1009</sup> Ver supra, apartado 2.3.4. del segundo capítulo ("Consentimiento brindado por terceros ajenos al bien jurídico respecto del que se dispone").

caso de la operación de apéndice que tenga que practicarse a un menor de 5 años de edad, en este caso, sus padres (quienes ejercen la patria potestad) brindarán el consentimiento expreso para la lesión del bien jurídico salud de su menor hijo, no existiendo una voluntad presunta; sino, por el contrario, un consentimiento expreso que incluso llegará, en este caso en concreto, a ser escrito<sup>1010</sup>.

En tal sentido, en el consentimiento brindado por el representante (causa de atipicidad) siempre deberá cumplirse con la exteriorización de la voluntad (sea ya de forma expresa – tácita, o escrita – oral); mientras que en la voluntad presunta (causa de justificación autónoma) no existirá un consentimiento y operará una presunción respecto de que el titular del bien jurídico o su representante hubieran hecho de encontrarse en esa situación (un juicio hipotético sobre la base de criterios objetivos); operando, por ello, la voluntad presunta en los casos en los que el titular no pueda brindar su consentimiento y no exista tampoco un representante que válidamente pueda hacerlo por él.

En esta misma línea, sobre la voluntad presunta (aunque denominándola consentimiento presunto), Jescheck y Weigend señalan: "*Aquí nos encontramos ante un consentimiento que aunque de acuerdo con las circunstancias podría ser prestado eficazmente, sin embargo o no existe o no puede ser recabado a tiempo porque **el titular del bien jurídico o, en su caso, su representante legal, no está localizable o está***

---

<sup>1010</sup> A título de ejemplo, ver el formulario de información y consentimiento informado escrito para la apendicectomía (extirpación del apéndice cecal), usado en los Centros del sistema de sanidad pública de Andalucía, en el que se prevé el consentimiento del representante legal. Ver: «<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:OtHXzM29xPYJ:www.juntadeandalucia.es/salud/export/sites/csalud/galerias2/documentos/ci2/apendicectomia.doc+&cd=4&hl=es-419&ct=clnk&gl=es>», fecha de consulta: 26 de febrero del 2015.

*inconsciente y necesitado de un tratamiento médico urgente (...)" (el resultado es propio)<sup>1011</sup>.*

No obstante ello, en contra se ha pronunciado Queralt, para quien la voluntad presunta debe prevalecer incluso sobre la voluntad del representante: "*(...) para evitar posibles perjuicios posteriores, ha de prevalecer el consentimiento presunto a favor de la intervención; los representantes o los familiares podrán ayudar a formarse un criterio al médico, pero salvo aportación fehaciente de denegación explícita de consentimiento efectuada con anterioridad por el interesado, el facultativo está autorizado para intervenir. El posterior y eventual disgusto del interesado resulta irrelevante"*<sup>1012</sup>.

No considero adecuada la propuesta planteada por Queralt, en tanto desconoce que la autorrealización personal tiene como fundamento la autonomía de la voluntad; además, olvida que la voluntad presunta debe ser aplicada de forma excepcional y siempre prefiriéndose la voluntad expresa (consentimiento) del titular o el de su representante. Por ello, la voluntad presunta se aplicará únicamente cuando el titular o su representante no puedan brindar el consentimiento que convierte en atípica la lesión o puesta en peligro del bien jurídico. Sólo cuando no exista representación o cuando el titular no pueda consentir, tendrá sentido plantearse la posible existencia de esta causa de justificación autónoma.

#### **5.4. Requisitos**

A la voluntad presunta, en cuanto le sean aplicables, le son exigibles para su validez los requisitos establecidos para el consentimiento real<sup>1013</sup>. En

---

<sup>1011</sup> JESCHECK / WEIGEND. Tratado de Derecho Penal. Parte General... op. cit., p414.

<sup>1012</sup> QUERALT. Derecho Penal Español. Parte Especial... op. cit., p61-62.

<sup>1013</sup> En esta línea, por todos, ver: ROXIN. Derecho Penal, Parte General. Tomo I... op. cit., p766; JESCHECK / WEIGEND. Tratado de Derecho Penal. Parte General... op. cit., p417; MIR PUIG.

esta línea, quien invoque esta causa de justificación debe tener la capacidad de juicio necesaria para efectuar un juicio hipotético respecto de lo que habría querido el titular del bien jurídico; debe actuar de forma libre y espontánea, sin vicio de la voluntad alguno; debe referirse al momento del hecho a través de un juicio hipotético ex ante (es irrelevante la esperanza de una posterior aprobación), debe cumplir con los requisitos adicionales exigidos en el tipo (ejemplo, ausencia de precio o recompensa para la donación de órganos), entre otros<sup>1014</sup>.

Adicionalmente, la voluntad presunta debe ser aplicada de forma subsidiaria y excepcional, no pudiendo recurrirse a ella cuando sea posible recabar el consentimiento expreso del titular del bien jurídico o el de su representante<sup>1015</sup>; es decir, sólo debe recurrirse a esta figura cuando "(...) *no se puede aguardar la decisión que tomaría el titular del bien jurídico porque más tarde ya no tendría elección posible*"<sup>1016</sup>.

Asimismo, se rechaza la voluntad presunta como causa de justificación en los casos en los que pueda presumirse que el titular del bien jurídico o su representante hubieran consentido en contra, no pudiendo desconocerse la autodeterminación del sujeto<sup>1017</sup>. Con mayor razón se rechaza en los casos en los que de forma expresa el titular del bien jurídico o su

---

Derecho Penal. Parte General... op. cit., novena edición, p527; SEGURA GARCÍA. El consentimiento del titular del bien jurídico en Derecho penal... op. cit., p156.

<sup>1014</sup> Sobre este punto, cabe recordar que, en tanto considero que todos los bienes jurídicos individuales son disponibles (ver apartado 2.3.1. del segundo capítulo ("Disponibilidad de todos los bienes jurídicos individuales")), la voluntad presunta será una causa de justificación autónoma que podrá ser aplicable a todos delitos que protejan este tipo de bienes jurídicos.

<sup>1015</sup> En esta línea, por todos, ver: ROXIN. Derecho Penal, Parte General. Tomo I... op. cit., p769; CUELLO CONTRERAS / BORJA MAPELLI. Curso de Derecho Penal. Parte General... op. cit., p92. En contra, Tiedemann plantea la posibilidad de admitir la voluntad presunta para los casos de menoscabos insignificantes o transitorios, lo que es rechazado por Roxin en: ROXIN. Derecho Penal, Parte General. Tomo I... op. cit., p769.

<sup>1016</sup> STRATENWERTH. Derecho Penal. Parte General I... op. cit., p135.

<sup>1017</sup> "Por lo que, para que la justificación por consentimiento presunto pueda darse, no ha de infringirse la autodeterminación del sujeto". CASAS BARQUERO. El consentimiento en el derecho penal... op. cit., p104.

representante se hayan manifestado en contra de la disposición, sin importar lo irrazonable que ello parezca (en estos casos, podría plantearse la concurrencia de un estado de necesidad, pero no de la voluntad presunta)<sup>1018</sup>.

Respecto a esta opinión, en contra, se ha manifestado Mezger, quien afirma "*(...) el llamado consentimiento presunto puede a veces darse en contra de la voluntad expresamente declarada del titular del interés (...). La oposición del aparentemente lesionado puede tener su causa en una interpretación errónea del estado de hecho, en cuya hipótesis es indudable que si hubiera reconocido de modo exacto la situación (situación del consentimiento presunto), hubiera otorgado el consentimiento. El interés mismo del presunto ofendido determina que en tales supuestos prevalezca sobre su errónea declaración de voluntad su verdadera dirección de voluntad*"<sup>1019</sup>.

Considero que este planteamiento va en contra de la naturaleza jurídica de la voluntad presunta como causa de justificación, la que tiene como fundamento la supuesta voluntad del titular del bien jurídico (siendo este elemento el que la diferencia respecto de otras causas de justificación); por ello, definitivamente, cuando el titular del bien o su representante se hayan pronunciado manifiesta o tácitamente en contra de la disposición, no podrá justificarse esta conducta al amparo de la voluntad presunta,

---

<sup>1018</sup> STRATENWERTH. Derecho Penal. Parte General I... op. cit., p136. En similar línea, De la Mata señala: "*Y en ningún caso cabrá admitir el consentimiento presunto de constar la negativa expresa del titular a consentir la acción del autor del hecho o, incluso, datos razonables que permitan deducir dicha negativa a pesar de la ausencia de manifestación expresa del titular en ese sentido*". DE LA MATA BARRANCO. El consentimiento presunto... op. cit., p404. También Zaffaroni señala "*No obstante, esta presunción se destruye cuando hay indicios de voluntad en contrario del titular del bien jurídico en peligro*". ZAFFARONI. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Tomo III... op. cit., p526.

<sup>1019</sup> MEZGER. Tratado de Derecho Penal, Tomo I... op, cit., p433. Lo mismo, recogiendo a Mezger, ha sido recogido por RODRÍGUEZ DEVESA, José María y Alfonso SERRANO GÓMEZ. Derecho penal español. Parte general, décimo séptima edición, Dykinson, Madrid, 1994, p508.

teniendo que analizarse en el caso concreto si concurren los requisitos de alguna otra causa de justificación.

## **5.5. Supuestos de aplicación**

La doctrina distingue claramente dos grupos de casos en los que puede operar la voluntad presunta como una causa de justificación: las actuaciones en interés ajeno y las actuaciones en interés propio<sup>1020</sup>.

### **5.5.1. Actuaciones en interés ajeno**

En un primer grupo se encuentran las actuaciones en interés ajeno, es decir, los casos en los que el autor (quien lesiona o pone en peligro el bien jurídico) interviene o deja de intervenir en la esfera jurídica de otro, en favor de este último, disponiendo sobre su bien jurídico y confiando al hacerlo en la aprobación posterior de éste. Se comprenden aquí los conflictos internos de intereses y bienes en el ámbito de la vida del titular de los mismos, los que deben ser solucionados a partir de una intervención externa, dada la imposibilidad del mismo titular o de su representante para brindar su consentimiento.

Al respecto, considero acertada la clasificación efectuada por Roxin<sup>1021</sup> para establecer los diversos requisitos exigidos para la validez de la voluntad presunta, en función a las distintas situaciones y a las diversas decisiones que se presenten:

---

<sup>1020</sup> Sobre esta distinción, ver: JESCHECK / WEIGEND. Tratado de Derecho Penal. Parte General... op. cit., p415; ROXIN. Derecho Penal, Parte General. Tomo I... op. cit., p771-777; SEGURA GARCÍA. El consentimiento del titular del bien jurídico en Derecho penal... op. cit., p152; CASAS BARQUERO. El consentimiento en el derecho penal... op. cit., p105-106.

<sup>1021</sup> ROXIN. Derecho Penal, Parte General. Tomo I... op. cit., p773-776.

### **5.5.1.1. Decisiones vinculadas a la situación objetiva**

En este grupo se comprenden las decisiones vinculadas a una situación real (objetiva), en las que la intervención del auxiliador no afecta o sólo afecta marginalmente el ámbito de la configuración más personal de la vida, como por ejemplo puede ocurrir cuando un vecino ingresa a la casa de otro para apagar un incendio que observa desde su ventana, o cuando alguien salva de morir ahogada a otra persona, aún a sabiendas que en el proceso de salvamento puede generarle lesiones; o cuando el guardián de un edificio cubre el auto de un vecino que se encuentra a la intemperie, para que no sea dañado con la pintura que pueda salpicar del pintado de la fachada del edificio contiguo.

Para estos casos, Roxin<sup>1022</sup> propone como regla general la validez de la voluntad presunta como causa de justificación, siempre y cuando se favorezca el interés claramente preponderante (luego de efectuada una ponderación objetiva) del titular del bien jurídico, a no ser que el sujeto activo (quien lesiona o pone en peligro el bien) tenga conocimiento de circunstancias que sean indicio de la opinión opuesta del titular del bien jurídico; caso en el que la voluntad presunta no tendría validez como causa de justificación.

Pero, si no hubiese sido posible conocer nada más concreto sobre la postura del titular del bien jurídico, y el autor

---

<sup>1022</sup> Ibid., p773.

interviniera, por más que posteriormente resultase que el titular del bien o su representante no estuvieran de acuerdo con dicha intervención, igual la voluntad presunta tendría validez como causa de justificación.

#### **5.5.1.2. Decisiones vinculadas a la personalidad**

Conforme lo señala Roxin, se requerirá de este tipo de decisión "*(...) cuando no se puedan encontrar criterios generalizables sobre lo correcto en una determinada situación, sino que ello dependa de la opinión sumamente individual del titular del bien jurídico*"<sup>1023</sup>; es decir, cuando sea muy difícil determinar cuál habría sido la voluntad del titular del bien jurídico o de su representante, cobrando especial relevancia su voluntad hipotética.

Esto podría ocurrir, por ejemplo, si alguien leyera el mensaje por whatsapp que llegara al móvil olvidado por un amigo, con la finalidad de poder avisarle respecto a una comunicación urgente que sabía estaba esperando para confirmarle una reunión de negocios; en este caso, difícilmente se podrá saber qué es lo que hubiera preferido el amigo: llegar a tiempo a la cita de trabajo o evitar que sus amistades se enteren de sus negocios personales.

Para estos casos, Roxin propone como regla general la regla inversa a las decisiones vinculadas a una situación objetiva: "*el sujeto no puede partir del consentimiento presunto, a no ser que haya circunstancias especiales que hagan lógica la*

---

<sup>1023</sup> Ibid., loc. cit.

*suposición de que el titular del bien jurídico está de acuerdo con la intromisión*<sup>1024</sup>; exigiendo con ello, para la validez de la voluntad presunta como causa de justificación, que el sujeto (quien lesiona o pone en peligro el bien jurídico), antes de presumir su voluntad, conozca algo más exacto sobre la voluntad o postura del titular del bien o de su representante.

En el ejemplo propuesto, la voluntad presunta operaría como causa de justificación, si con anterioridad el dueño del teléfono hubiese pedido al autor que revisara sus whatsApp, o le hubiera manifestado expresamente no tener problema con que otros se enteren de sus negocios personales. De existir estos indicios sobre la voluntad del mismo, por más que el titular posteriormente se mostrara en desacuerdo con que su amigo hubiese leído el mensaje de whatsApp de su móvil, la voluntad presunta operaría como una causa de justificación. Si, por el contrario, no hubiese habido indicio alguno de la voluntad del titular y éste, con posterioridad, hubiera mostrado su disconformidad con el autor, éste debería responder por el tipo penal correspondiente.

También se pueden incluir en estos casos las decisiones vinculadas con la corrección de niños ajenos. Así, si los padres se ausentaran y autorizaran expresamente a la nana a castigar moderadamente a sus hijos, si en una segunda oportunidad volvieran a ausentarse y olvidaran autorizar el castigo;

---

<sup>1024</sup> Ibid., p774.

válidamente la nana, en caso de imponer alguno, podría justificarse al amparo de la voluntad presunta<sup>1025</sup>.

En contra de aplicar esta causa de justificación se han manifestado Jescheck y Weigend, para quienes *"Un derecho a la corrección de niños ajenos no puede ser apoyado sobre la idea del consentimiento presunto por parte de las personas facultadas para su educación; en el mejor de los casos puede plantearse la legítima defensa o una acción realizada en estado de necesidad"*<sup>1026</sup>, aunque admiten la posibilidad de plantear ciertas excepciones.

### **5.5.1.3. Decisiones existenciales**

Este rubro comprende las decisiones sobre la vida y la muerte, respecto de las que la voluntad presunta, por regla general, sí será considerada una causa de justificación válida. En este rubro incluyen también Cuello Contreras y Borja Mapelli las decisiones personales decisivas e irreversibles (ejemplo, intervención en accidente de víctima inconsciente)<sup>1027</sup>.

Según Roxin, el fundamento para ello radica en el hecho de que *"Cuando realmente está en juego la muerte, muchas personas revisan sus opiniones anteriores y quieren seguir viviendo; las decisiones existenciales de este tipo no se pueden anticipar ni siquiera por el propio afectado con reflexiones teóricas. Por ello, la mejor manera de servir a la autonomía del paciente es*

---

<sup>1025</sup> Al respecto, Roxin precisa que esto no sería válido para los castigos corporales, *"Pues el hecho de que los padres se reserven a sí mismos ese método educativo aún no es razón suficiente para suponer que también van a estar de acuerdo con que otros castiguen a sus hijos"*. Ibid., p775.

<sup>1026</sup> JESCHECK / WEIGEND. Tratado de Derecho Penal. Parte General... op. cit., p417, también ver nota al pie 107.

<sup>1027</sup> CUELLO CONTRERAS / BORJA MAPELLI. Curso de Derecho Penal. Parte General... op. cit., p92.

*permitir que se le salve la vida, lo que le deja abierta al mismo la decisión posterior –incluso la de morir-. En tal caso el consentimiento presunto justifica aunque posteriormente (sic) la persona salvada no esté de acuerdo con que se le haya salvado”<sup>1028</sup>*; con lo expuesto considera que, frente a una intervención médica en la que está en discusión la vida del paciente, siempre deberá preferirse salvarle la vida, aunque luego el titular no esté de acuerdo con ello, e incluso a pesar de que el mismo con anterioridad haya manifestado su consentimiento en contra (pues parte del supuesto que al último momento el titular puede cambiar de opinión).

Considero que fundamentar la voluntad presunta en el posible cambio de opinión del titular del bien, incluso en los casos en los que el mismo previamente había expresado su voluntad contraria, no es del todo acertado; ello, no porque la solución a la que se arriba no me parezca la correcta, sino porque la fundamentación de la misma responde más al fundamento del estado de necesidad justificante (ponderación entre dos males y elección del menor mal), que al fundamento que legitima la voluntad presunta como causa de justificación autónoma (voluntad del titular)<sup>1029</sup>.

---

<sup>1028</sup> ROXIN. Derecho Penal, Parte General. Tomo I... op. cit., p776.

<sup>1029</sup> En estos términos debe leerse el artículo 9.2 de la Ley 41/2002 (Ley de Autonomía del Paciente en España) y el artículo 8 del Convenio Europeo sobre los derechos humanos y la biomedicina; los que, respectivamente, señalan: "*Los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, en los siguientes casos: a) Cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley. (...); b) Cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él*"; y, "*Cuando, debido a una situación de urgencia, no pueda obtenerse el consentimiento adecuado, podrá procederse inmediatamente a cualquier intervención indispensable desde el punto de vista médico en favor de la salud de la persona afectada*".

En virtud de lo expuesto, en estos casos, a fin de desnaturalizar el fundamento que legitima la voluntad presunta como causa de justificación, para definir si el autor actuó bajo el amparo del estado de necesidad justificante o de la voluntad presunta del titular del bien jurídico, deberá atenderse a las razones que motivaron su actuación.

Así, por ejemplo, si un médico decidiera no efectuar a un paciente en estado de inconsciencia una transfusión sanguínea, por llevar éste una medalla en el pecho en la que se declarara Testigo de Jehová y expresamente afirmara preferir morir antes que recibir una transfusión, y el paciente falleciera; no podría sancionarse al médico por homicidio, por haber actuado al amparo de la causa de justificación voluntad presunta. Mientras que, si en el mismo caso, el médico procediera a efectuar la transfusión y, con ello, a salvarle la vida, alegando una ponderación de intereses, tampoco podría ser sancionado, pudiendo alegar la causa de justificación estado de necesidad<sup>1030</sup>.

### **5.5.2. Actuaciones en interés propio**

En este segundo grupo se encuentran los casos en los que el sujeto interviene o deja de intervenir en la esfera del titular del bien jurídico, en su propio interés; es decir, el sujeto dispone sobre los bienes

---

<sup>1030</sup> Para Gómez Rivero, incluso en estos casos debe darse prioridad al respeto a la voluntad del paciente, en tanto *"En el ámbito de los bienes disponibles, el estado de necesidad sólo puede encontrar acogida cuando con él se trata de salvaguardar un bien que su titular tiene interés en preservar, puesto que sólo cuando concurre esta premisa básica puede decirse que existe un interés digno de protección que pudiera entrar en colisión con el otro bien que finalmente se acaba lesionando"*. GÓMEZ RIVERO. La responsabilidad penal del médico... op. cit., p207.

jurídicos del titular, confiando al hacerlo en su aprobación posterior, sin que este último reciba beneficio o ventaja con dicha disposición.

Se comprenden aquí los supuestos en los que sea presumible la renuncia por parte del afectado a sus propios intereses, en beneficio del autor (quien lesiona o pone en peligro el bien jurídico) o de un tercero. Así, por ejemplo se encuentra el caso del niño que recoge la fruta caída bajo los árboles ajenos en un año de exceso de producción, o de quien usa el móvil de su mejor amigo para una breve llamada telefónica.

Para estos casos, Roxin propone aplicar como regla general la formulada para las decisiones vinculadas a la personalidad: *"habrá de rechazarse el consentimiento presunto cuando no existan circunstancias concretas del caso particular que permitan inferir que el titular del bien jurídico está de acuerdo"*<sup>1031</sup>; siendo que, de encontrarse indicios que evidencien que el titular sí daría su aprobación, operaría la voluntad presunta como causa de justificación.

En contra se ha pronunciado Jakobs, para quien resulta demasiado arriesgado dar validez a la voluntad presunta en los casos en los que el titular del bien jurídico ni siquiera obtendrá beneficio alguno; por lo que, para este autor, *"Siempre que en los supuestos de voluntad presunta en beneficio ajeno no concurra consentimiento -en su caso prestado de modo general o de modo concluyente-, aunque se trate de supuestos de injusto trivial, se realiza injusto"*<sup>1032</sup>.

---

<sup>1031</sup> ROXIN. Derecho Penal, Parte General. Tomo I... op. cit., p776.

<sup>1032</sup> JAKOBS. Derecho Penal. Parte General... op. cit., p544.

Considero adecuada la regla propuesta por Roxin en tanto, si bien la actuación realizada por el autor (quien lesiona o pone en peligro el bien jurídico) ni siquiera supone un beneficio para el titular del bien; sí resulta razonable validar la voluntad presunta en los casos en los que exista evidencia de que el titular del bien estaría de acuerdo<sup>1033</sup>. Sin embargo, no estoy de acuerdo con aceptar lo propuesto por Roxin respecto de la validez de esta causa de justificación, para los casos en los que el menoscabo de intereses del titular del bien sea irrelevante: *"La mera relación de personas muy conocidas y que se tienen simpatía sólo permitirá inferir el consentimiento presunto cuando el menoscabo de los intereses del titular del bien jurídico sea completamente irrelevante (como cuando se recoge la fruta que, si no, se va a corromper, o cuando se utiliza la bicicleta por un breve periodo de tiempo)"*<sup>1034</sup>. Considero que estos casos tampoco pueden quedar impunes a la luz de la voluntad presunta, dado que, por más insignificante que pueda resultar la lesión del bien menoscabado, en la medida en que no existe beneficio alguno para el titular del mismo y éste ni siquiera ha dado indicio alguno de su aceptación; nada justifica una intromisión en su esfera jurídica.

## **6. Tercera conclusión preliminar: Naturaleza jurídica, alcances y requisitos en torno al consentimiento**

Los bienes jurídico penales individuales no sólo protegen el sustrato material que los conforman (vida, integridad, patrimonio, entre otros), sino también la posibilidad de disposición (elección) por parte del individuo sobre los mismos, es

---

<sup>1033</sup> También a favor de esta solución, CUELLO CONTRERAS / BORJA MAPELLI. Curso de Derecho Penal. Parte General... op. cit., p92.

<sup>1034</sup> ROXIN. Derecho Penal, Parte General. Tomo I... op. cit., p776-777.

decir, la capacidad de disposición que permite la autodeterminación, que es presupuesto de la dignidad en un Estado constitucional moderno

Esta libertad de elección, que legitima al individuo a disponer de los bienes jurídicos que son protegidos para alcanzar su realización personal, lo que hace que el consentimiento sobre un bien jurídico individual constituya siempre una causa de exclusión del tipo (se defiende la teoría unitaria en torno a la naturaleza jurídica del consentimiento), es decir, una **causa de atipicidad**.

En esta línea, rechazo las teorías dualistas que pretenden distinguir entre los casos de acuerdo (asentimiento o conformidad) y los casos de consentimiento en sentido estricto; y que, con ello, conciben al consentimiento algunas veces como causa de atipicidad, y otras como causa de justificación, respectivamente. A mi parecer, y conforme he venido defendiendo en el presente trabajo, no es posible concebir al consentimiento como una causa de justificación, por implicar la disposición del titular del bien jurídico, la inexistencia de lesión o de puesta en peligro que si quiera pueda dar lugar al análisis de tipicidad: el consentimiento trae consigo la eliminación de cualquier posible desvalor de acción y/o desvalor de resultado que sustente la configuración de un delito.

En función a lo expuesto, en tanto causa de atipicidad, los errores en torno al consentimiento deben recibir el mismo tratamiento que los errores de tipo; por lo que, si el error resulta invencible, la consecuencia será la exclusión del dolo; mientras que, si el error resulta vencible, la consecuencia será la reconducción del tipo doloso hacia su modalidad imprudente (en caso de encontrarse tipificada esta última por el legislador penal).

Por esta razón, en los **delitos dolosos**, en la medida en que tanto desvalor de acción, cuanto desvalor de resultado, son indispensables para la configuración del tipo penal, el consentimiento que se realice respecto del bien jurídico deberá

abarcar ambos aspectos; es decir, deberá darse tanto respecto de la acción, cuanto respecto del resultado; debiendo precisarse que, de configurarse únicamente el desvalor de acción y no el desvalor de resultado, la conducta igual será sancionada a título de tentativa.

Por otro lado, en los **delitos imprudentes**, el desvalor de acción y el desvalor de resultado se encuentran plenamente vinculados, debido a que el segundo debe producirse a partir del primero, es decir, a partir de la vulneración del deber objetivo de cuidado; no siendo necesario considerar al injusto imprudente como sólo desvalor de acción para darle relevancia al consentimiento como causa de atipicidad. En este tipo de delitos, el consentimiento no será en la lesión del bien jurídico personal (resultado acaecido), sino en el riesgo de su lesión (acción de riesgo).

El **consentimiento en el riesgo** en los delitos imprudentes se legitima en la necesaria previsibilidad (conocimiento) del resultado que la vulneración del deber objetivo de cuidado (desvalor de acción) debe generar (razón por la que sólo puede darse en la imprudencia consciente, pero no en la inconsciente). Así, el consentimiento que brinda el titular del bien jurídico individual es realizado respecto de la acción peligrosa y tomando en cuenta que ésta puede generar cierto resultado, el mismo que debe ser de previsible atribución a la acción efectuada (la relación de causa-efecto entre el desvalor de acción y el desvalor de resultado debe ser previsible para quien otorga el consentimiento). Caso contrario, el consentimiento en la realización de dicha acción habrá sido efectuado sin la información debida, deviniendo en inválido por faltar uno de los requisitos mínimos para su otorgamiento.

El consentimiento en el riesgo también goza de importancia en los casos de riesgo permitido, en tanto el riesgo, para ser permitido, debe presuponer un análisis previo en torno al consentimiento; de manera que sólo será riesgo

permitido el previamente consentido. Ello no implica que el consentimiento sea tan sólo un mero componente del riesgo, ya que, incluso en los casos en los que no exista un resultado desvalorado (imputable objetivamente), su análisis igual será relevante para determinar la comisión de algún otro delito contra la libertad, como por ejemplo, el delito de coacción.

Así, el análisis del consentimiento es previo y distinto al de la imputación objetiva: en el primer caso se analiza si es posible establecer la existencia de un riesgo permitido -o incremento- consentido por el titular del bien jurídico que se pone en riesgo de lesión (análisis en torno al consentimiento); en el segundo caso, se analiza si el mismo excedió los alcances del consentimiento y si ello se concretizó en la producción de un resultado desvalorado (análisis de imputación objetiva).

Por lo expuesto, en los delitos imprudentes, en los que el resultado es azaroso y el titular del bien jurídico actúa con la expectativa o confianza en que el resultado no se va a producir, he preferido denominar al consentimiento en el riesgo, como "**consentimiento potencial**". Con ese término, hago alusión a los casos en los que el sujeto brinda su consentimiento para la realización de la acción desvalorada (desvalor de acción), con la esperanza de que no se concrete el resultado lesivo.

Este consentimiento abarcaría todos los casos de injustos imprudentes en los que el titular del bien jurídico se auto coloca en peligro (autopuesta en peligro dolosa de la víctima), vulnera el deber de cuidado (incrementa el riesgo permitido o realiza un riesgo prohibido), y todos los casos en los que el titular del bien jurídico consiente en que su propio bien jurídico sea puesto en peligro por un tercero (heteropuesta en peligro o puesta en peligro de un tercero aceptada por éste).

En esta línea, el consentimiento potencial no sólo servirá para dar respuesta a los casos en los que de por medio se encuentre la realización de una acción imprudente; sino también para los casos en los que el sujeto consiente respecto de los riesgos de la realización de una acción dolosa en la que el resultado no sea querido, pero sí visualizado y aceptado por el titular del bien jurídico.

Ahora bien, el consentimiento como causa de atipicidad en sede penal no cumple los mismos requisitos que se exigen respecto del consentimiento regulado en sede civil; así, por ejemplo, en el ámbito penal, es irrelevante la capacidad negocial del ofendido, dado que en determinadas situaciones y respecto de ciertos bienes jurídicos, quien no ostenta capacidad negocial, puede consentir (por ejemplo, en el caso de los menores de edad a los que se les reconoce libertad sexual). Es por ello, que los requisitos para la validez del consentimiento en sede penal, deben ser analizados tomando en cuenta la **teoría intermedia, mediadora o ecléctica**, que considera que el consentimiento en sede penal debe ser exteriorizado, pero no conforme con las reglas del negocio jurídico.

Para la validez del consentimiento, la falta de conocimiento por parte del autor (cuando el consentimiento sí existió de forma previa a la acción), no constituye un requisito. Ello, debido a que su ausencia, a lo más, nos puede conducir a supuestos de tentativa inidónea, los que no son sancionados por el Derecho penal. Así, el desconocimiento del sujeto activo no incide en la vulneración o no del bien jurídico protegido y no convierte a la acción en típica: en la medida en que el bien jurídico no se vulnera (existe la aceptación del titular del bien y, por tanto, se ejerce la libertad de disposición), no podrá decirse que se ha configurado tipo penal alguno.

No obstante ello, para la validez del consentimiento, sí es necesaria la verificación de otros requisitos respecto al titular del bien jurídico.

En primer lugar, quien dispone de un bien jurídico personal debe tener capacidad jurídica para consentir (capacidad natural de juicio). En caso que el legislador penal no la haya fijado, ésta se determinará en función a la madurez necesaria que el sujeto debe tener para comprender cómo su decisión afectará en su autorrealización personal, no siendo de mucha utilidad lo establecido en el ordenamiento civil. La capacidad para consentir tendrá que ser evaluada por el juez penal en cada caso concreto; teniendo la carga de la prueba, quien alegue el consentimiento como causal de atipicidad (es decir, el investigado).

Por regla general, puede consentir quien posee facultad para decidir respecto del mismo; no obstante ello, excepcionalmente, también puede consentir un tercero, cuando el titular no pueda hacerlo. En los supuestos de incapacidad en los que cabe representación, a fin de dar solución a los diversos casos que pueden surgir en la práctica, resulta útil distinguir entre los tipos de bienes jurídicos, así como tomar en cuenta la duración de la incapacidad que impide tomar la decisión (léase temporal o permanente); y, la restricción que, producto de dicha incapacidad, padece el titular del derecho en el ámbito en concreto.

Así, si bien la regla general frente a casos de incapacidad es que, además del titular del bien jurídico, pueda subrogarse su representante para consentir por éste en la disposición de determinado bien jurídico; resulta importante tomar en cuenta que existen excepciones en función a la naturaleza del derecho, la temporalidad de la incapacidad y el objeto materia de disposición en cada caso concreto. En esta línea, las reglas a seguir para la subrogación respecto de personas con incapacidad temporal no serán las mismas que para personas con incapacidad permanente; en igual sentido, las exigencias para disposiciones con efectos reversibles no podrán ser las mismas que para disposiciones con efectos irreversibles.

En segundo lugar, para que el consentimiento sea válido tiene que ser voluntario, libre y espontáneo; es decir, no puede encontrarse contaminado por ningún vicio en la voluntad, no pudiendo existir amenaza, violencia, engaño, error ni ningún otro elemento que pueda atentar contra la libre autodeterminación del ser humano. En tal sentido, en la medida en que la base de la autorrealización personal es la libertad para elegir lo que cada uno considera adecuado conforme con su ética personal, cualquier elección sustentada en un vicio de la voluntad tornará al consentimiento o disposición del bien jurídico en inválida a efectos penales.

Así, por ejemplo, las amenazas que revistan el desvalor de acción exigido para la configuración del delito de coacciones invalidarán el consentimiento efectuado por el titular del bien jurídico; al igual que los errores en los motivos que produzcan una falsa representación respecto a lo que el sujeto puede conseguir con dicho consentimiento para su autorrealización.

En tercer lugar, para ser válido y eficaz, el consentimiento debe ser previo o coetáneo a la realización de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico; no siendo posible que el mismo sea dado con posterioridad al hecho delictivo. En igual línea, en tanto es retractable y puede ser revocado en cualquier momento, debe mantenerse en el tiempo, a no ser que exista de por medio una relación contractual que impida su revocatoria, o que el titular del bien jurídico haya perdido la posibilidad de disposición.

En cuarto lugar, para su validez, el consentimiento también requiere ser exteriorizado. Puede ser otorgado de forma expresa o de forma tácita, de forma oral o de forma escrita; sin que, en principio, se exija el cumplimiento de una formalidad determinada, a no ser que ésta sea impuesta por el legislador como un mecanismo para garantizar la validez del consentimiento y reducir los problemas probatorios que puedan presentarse en torno al mismo.

En quinto y último lugar, para que el consentimiento opere válida y eficazmente, el sujeto pasivo debe estar perfectamente informado de los alcances y de las consecuencias futuras en torno a la disposición; debiendo –de ser el caso– cumplir la información con ciertas formalidades establecidas en la ley, como ser escrita, proporcionada de manera continuada, completa, entre otros. La exigencia de estas formalidades en determinadas áreas de actividad (como la médica) se explica en que el legislador busque garantizar la dignidad como límite de la libertad de disposición, asegurándose así que el ejercicio de la autonomía de la voluntad del sujeto pasivo no se desnaturalice.

Especial mención merece el denominado por la doctrina consentimiento presunto, el que considero no puede ser considerado una causa de atipicidad, por operar en este último una ficción y no existir un auténtico consentimiento real. Considero que, para evitar confusiones, es preferible utilizar para estos casos el término de **voluntad presunta**, la que sólo puede ser considerada una causa de justificación, pero nunca una causa de atipicidad: no supone una disposición que elimine una lesión o puesta en peligro del bien jurídico y, por tanto, que convierta a la conducta en atípica (como sí ocurre con el consentimiento real).

La voluntad presunta operará en los casos en los que el titular del bien jurídico no pueda manifestar su consentimiento y en los que, luego de analizadas las especiales circunstancias del caso concreto, el autor (quien lesiona o pone en peligro el bien jurídico) presuma que el mismo aceptaría la disposición. No obstante ello, no debe confundirse con los casos en los que el consentimiento es dado por el representante, debido a que en estos últimos sí se cumple con la exteriorización de la voluntad; lo que no ocurre con la voluntad presunta, en la que opera una presunción respecto de lo que el titular del bien jurídico o su

representante hubieran hecho de encontrarse en esa situación (juicio hipotético sobre la base de criterios objetivos).

Ahora bien, habiendo llegado a este punto en el que el desarrollado teórico ya ha sido abordado en su totalidad, considero que resulta de particular importancia ejemplificar con casos prácticos cómo se aplican los criterios dogmáticos establecidos hasta el momento. En ese sentido, el siguiente capítulo lo dedicaré al estudio de casos, con la finalidad de evidenciar la importancia que el consentimiento ostenta en el ámbito penal y la necesidad de aplicar los criterios dogmáticos propuestos en el presente trabajo, para dar solución a los diversos problemas.

## **CAPÍTULO CUARTO**

### **APLICACIÓN DE LOS POSTULADOS DOGMÁTICOS A DIVERSOS CASOS PRÁCTICOS**

En las próximas líneas, a la luz de los fundamentos dogmáticos expuestos en el presente trabajo, además de los supuestos prácticos que se han ido citando a lo largo del presente trabajo, se analizarán algunos de los casos cuya solución genera mayor dificultad y discusión en la doctrina. Debe tomarse en cuenta que los casos escogidos son una pequeña muestra de lo que ocurre en la realidad, siendo ésta mucho más compleja y extensa.

El análisis de cada caso se circunscribirá a los aspectos vinculados al consentimiento y que han sido objeto de estudio en los capítulos precedentes. No serán objeto del presente trabajo los otros problemas dogmáticos, de política criminal y de índole social que rodean a los casos seleccionados, por merecer dichas problemáticas un espacio exclusivo para un riguroso análisis.

Para sistematizar los casos seleccionados y facilitar la reflexión en torno a ellos, los he agrupado en función a algunos criterios dogmáticos propuestos a lo largo del presente trabajo. Nótese que esta clasificación es únicamente orientadora.

## **1. Casos en los que el consentimiento es dado por el mismo titular del bien jurídico**

Antes de empezar, se debe recordar que, como se ha señalado en los apartados 2.3.3 y 2.3.4 del segundo capítulo (“Consentimiento brindado por el titular del bien jurídico individual” y “Consentimiento brindado por terceros ajenos al bien jurídico respecto del que se dispone”), no sólo puede consentir el titular del bien jurídico protegido, sino también un tercero cuando operen los supuestos de subrogación y cuando se encuentre imposibilitado de consentir el propio titular; casos que serán estudiados más adelante.

En este primer grupo de casos, se analizarán los supuestos en los que el consentimiento es dado por el mismo titular del bien jurídico, distinguiendo los

casos en los que el titular consiente respecto de la lesión del bien jurídico, de los casos en los que el titular consiente respecto del riesgo de lesión (consentimiento potencial) sobre el mismo.

### **1.1. Consentimiento en la lesión al bien jurídico**

Como se ha señalado anteriormente, tomando en cuenta que el modelo de Estado constitucional moderno se legitima en la búsqueda de la autorrealización de sus miembros, resulta evidente que, a fin de alcanzar dicha realización personal, los titulares de los diversos bienes jurídicos protegidos penalmente, ostentan la posibilidad de consentir sobre los mismos, en función a su ética personal y a lo que consideran más adecuado conforme a su concepto de vida digna.

En esta línea, únicamente se admitirán medidas paternalistas que se encuentren orientadas a garantizar que el consentimiento sea dado conforme con todos los requisitos exigidos para su validez (como por ejemplo, el requisito de información suficiente), o en los que la disposición del titular pueda afectar la autorrealización de terceras personas; no siendo admitido un paternalismo radical que únicamente satisfaga la ética del legislador, y que no tome en cuenta lo que el mismo individuo considera adecuado para su propia realización.

Por ello, en el presente trabajo, se plantea la libertad de actuación y disposición (necesaria para la autorrealización) respecto de todos los bienes jurídicos individuales, por llevar los mismos, como componente intrínseco, la libertad de decisión de todo sujeto para garantizar que la elección realmente responda a lo que el titular considera necesario para su autorrealización. Con esta lógica, fundamentada a lo largo del presente trabajo, deberán analizarse los casos que a título de ejemplo se exponen:

### **1.1.1. Eutanasia: ¿Es la vida un bien jurídico disponible?**

#### **Caso A: Morir para renacer (Caso del Sirio)**

El 5 de julio de 1983, en Alemania, se condenó a un hombre que convenció a su novia (a quien previamente le contrató un seguro de vida que lo tenía a él como beneficiario) de matarse, haciéndole creer que inmediatamente se reencarnaría en otro cuerpo más hermoso y joven, que estaba preparado para ella en el lago de Ginebra, para que luego vivieran juntos en el planeta El Sirio, de dónde él supuestamente provenía<sup>1035</sup>.

#### **Caso B: Cooperación en el suicidio de su madre**

El 19 de abril del 2016, en Zaragoza, se condenó a un chico por el delito de auxilio al suicidio (artículo 143.3 del Código penal español), tras haber ayudado a matarse a su madre, quien padecía de una enfermedad que le provocaba paranoia con ideaciones persecutorias, fuertes dolores óseos en la espalda y una dolorosa úlcera de gran tamaño en una pierna -derivada de la diabetes- que ella misma se curaba con alcohol y que incrementaba su padecimiento. El chico le ayudó a la madre a colocarse en la cabeza una bolsa de autocierre, de manera que ésta pudiera morir asfixiada. La madre dejó una nota en la que escribió:

---

<sup>1035</sup> Un análisis más detallado de este caso es hecho por MUÑOZ CONDE, Francisco. Provocación al suicidio mediante engaño: un caso límite entre autoría mediata en asesinato e inducción y ayuda al suicidio. En: «<http://lawcenter.es/w/file/download/2856>», p312ss, fecha de consulta: 21 de diciembre del 2016. En este caso, el tribunal alemán condenó al hombre por el delito de asesinato intentado, alegando que la mujer no pensaba matarse, sino continuar viviendo, aunque transformada en un ser de otro planeta; se estableció que el hombre tenía el dominio del hecho y que la mujer fue un simple instrumento en sus manos (además, la muerte no llegó a producirse, a pesar de que la mujer llegó a poner en práctica los actos ejecutivos que el novio le dijo).

*"Por culpa de no estar legalizada en España, la eutanasia, he tenido que hacérmela yo, ¡qué triste y doloroso! El motivo es que no puedo aguantar más el dolor que me producen las extrañas heridas que tengo en la pierna derecha. ¡Ojalá los que me han hecho esto, lo pasen peor que yo!"<sup>1036</sup>.*

### **Caso C: Tumor inoperable en el rostro de Chantal Sébire**

El 19 de marzo del 2008, dos días luego de que la justicia francesa rechazara su petición de eutanasia activa, amaneció muerta en su casa Chantal Sébire, quien se suicidó tras considerar una "agonía indigna" la ley Leonetti (2005) que, si bien autorizaba a los enfermos en Francia a rechazar un tratamiento médico, no permitía la aplicación de la eutanasia; lo que en su caso hubiera significado dejar de alimentarla e inducirle un coma hasta su dolorosa muerte.

Chantal sufrió por 8 años de un tumor en el rostro no operable, que la deformaba y a la vez le causaba insoportables dolores, por lo que hizo de su enfermedad una lucha para acabar con la ley Leonetti. Chantal consideraba que esta norma generaba una situación hipócrita, por dejar al enfermo agonizar producto del no tratamiento, en lugar de acortar su sufrimiento con un suicidio medicamente asistido<sup>1037</sup>.

---

<sup>1036</sup> Mayor detalle del caso puede revisarse en la sentencia núm. 85/2016, emitida por la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 6ª) el 19 de abril de 2016 (ARP 2016/538).

<sup>1037</sup> Mayores detalles sobre este caso pueden ser vistos en las siguientes páginas web: «[http://sociedad.elpais.com/sociedad/2008/03/19/actualidad/1205881209\\_850215.html](http://sociedad.elpais.com/sociedad/2008/03/19/actualidad/1205881209_850215.html)», «[http://elpais.com/diario/2008/03/20/sociedad/1205967606\\_850215.html](http://elpais.com/diario/2008/03/20/sociedad/1205967606_850215.html)» y «<http://www.elmundo.es/elmundosalud/2008/03/27/medicina/1206622793.html>», fecha de consulta: 21 de diciembre del 2016.

### **Caso D: Sufrimiento psíquico de los gemelos Verbessem**

El 14 de diciembre del 2012, en el hospital Universitario de Bruselas de Jette se suministró a los gemelos belgas Marc y Eddy de 45 años, una inyección letal que acabó con sus vidas, luego de que se aprobara el pedido de eutanasia conjunta que realizaron por sufrimiento de orden psíquico. Ambos nacieron sordos, no padecían de ningún tipo de enfermedad terminal, ni mayor sufrimiento físico; salvo haberse enterado de que perderían la visión y quedarían ciegos (padecían de una enfermedad ocular degenerativa). Fundamentaron el pedido de eutanasia indicando que, ahora que estaban perdiendo la visión a la vez y que ya no podrían seguir viéndose, no podrían comunicarse entre ellos y no querrían vivir. Persuadieron a su familia de su deseo de morir, dado que para ellos era insoportable el no verse<sup>1038</sup>.

### **Caso E: Doble eutanasia de ancianos por amor**

En Bélgica, Francis (89 años) y Anne (86 años), a pesar de no encontrarse en fase de enfermedad terminal, solicitaron una eutanasia de pareja porque querían morir juntos y temían quedar solos si uno de los dos moría antes. La fecha fijada fue el 3 de febrero del 2015, la que coincidía con su 64 aniversario. Francis recibía desde hace 20 años tratamiento para un cáncer de próstata y no era capaz de pasar un día sin morfina, Anne era parcialmente ciega y casi totalmente sorda. Cuando se enteraron de que su pedido

---

<sup>1038</sup> Mayores detalles sobre este caso pueden ser vistos en las siguientes páginas: «<https://es-us.noticias.yahoo.com/blogs/blog-de-noticias/dos-gemelos-belgas-reciben-la-eutanasia-por-el-miedo-a-que-la-ceguera-les-impidiera-verse-173017186.html>», «<http://www.abc.es/sociedad/20130115/abci-gemelos-belgas-eutanasia-201301151849.html>», fecha de consulta: 22 de diciembre del 2016.

había sido aceptado, ambos declararon: "*Cuando nos confirmaron que podríamos morir así, nos sentimos en las nubes. Fue como si hubiese atravesado un túnel y de pronto hubiese vuelto la luz*".<sup>1039</sup>

Los casos extraídos de la realidad reflejan los problemas que se plantean en torno al suicidio y a la eutanasia y merecen una reflexión en torno a las siguientes preguntas: ¿la vida es un bien jurídico disponible?, ¿puede una persona disponer sobre su vida por considerar que la muerte es la mejor alternativa para su autorrealización?, ¿puede una persona valerse de la ayuda de otros para disponer de su vida y poner en práctica su decisión?, ¿existe algún límite que pueda ser impuesto por el Estado para la disposición de la vida por parte del titular de dicho bien jurídico?. A la luz de lo antes dicho sobre el consentimiento, buscaré responder estas interrogantes y dar una propuesta de solución a los diversos casos planteados.

#### **1.1.1.1. Disponibilidad de la vida con actos realizados por el mismo titular del bien jurídico**

Conforme se ha señalado a lo largo del presente trabajo, el hombre goza de dignidad por el solo hecho de ser persona, debiendo el Estado promover su autorrealización conforme con su libre elección dentro de una ética personal o propia. En este contexto, todos los bienes jurídicos individuales son disponibles,

---

<sup>1039</sup> Mayores detalles del caso en: «<http://peru.com/actualidad/internacionales/belgica-ancianos-piden-eutanasia-morir-juntos-noticia-288348>», «[http://www.telecinco.es/informativos/ancianos-eutanasia-belgica\\_0\\_1867425211.html](http://www.telecinco.es/informativos/ancianos-eutanasia-belgica_0_1867425211.html)», fecha de consulta: 22 de diciembre del 2016.

incluyendo a la vida; pudiendo restringirse dicha disponibilidad únicamente con medidas paternalistas justificadas que tengan como objetivo garantizar que la decisión responda a la real voluntad del titular de la vida (es decir, que exista un consentimiento válido), o evitar que se impida la autorrealización de terceros.

Ahora bien, la mayoría de ordenamientos jurídicos reconoce la disponibilidad del bien jurídico vida, siempre y cuando la acción que dé lugar al suicidio sea realizada por el mismo titular del bien jurídico<sup>1040</sup>. Así, no se castiga a quien intenta suicidarse, por lo que cualquier persona puede decidir libremente quitarse la vida, sin sufrir por ello sanción penal alguna. Esta disposición, conforme con lo hasta aquí planteado, constituye una expresión de la autodeterminación del individuo, quien en todo momento busca autorrealizarse en función a sus valores (ética personal) y a lo que considera más adecuado para su bienestar y para sí mismo.

Cuando se protege a la vida como bien jurídico penal, no solo se protege el sustrato de la misma (vida del ser humano), sino también la posibilidad de disposición respecto de ésta (libre autodeterminación). Esta última forma parte de todo bien jurídico de naturaleza individual, lo que hace que el consentimiento sobre un bien jurídico individual sea considerado

---

<sup>1040</sup> En palabras de Mendes de Carvalho (quien recoge la doctrina mayoritaria alemana) solo será admitido el consentimiento de la vida, en tanto el dominio o control de los actos de disposición se encuentren en todo momento en manos del titular del bien jurídico; no siendo considerada válida la disposición cuando el dominio del hecho se desplaza a manos de un tercero, como ocurre en el auxilio al suicidio. MENDES DE CARVALHO, Gisele. Suicidio, eutanasia y Derecho penal. Estudio del art. 143 del Código penal español y propuesta de lege ferenda, Comares, Granada, 2009, p214-215.

una causa de atipicidad que implique la no lesión del bien jurídico protegido<sup>1041</sup>.

Sancionar el suicidio e impedir al titular del bien jurídico disponer sobre su propia vida, implicaría desconocer la razón de ser del Estado (coadyuvar a que el individuo alcance su realización personal a través de una vida digna), e incurrir en el error de creer que el legislador se encuentra en la posibilidad de imponer al ciudadano una ética que no comparte y que arbitrariamente considera idónea para que todos los miembros del entorno social lleguen a la perfección o a la denominada "vida buena" (perfeccionismo)<sup>1042</sup>.

Por ello, en el **caso A ("Morir para renacer: caso del Sirio")**, en principio, la novia que se suicida para renacer no puede ser sancionada penalmente (incluso si hubiere fracasado en el intento), por encontrarse la disponibilidad de su propia vida totalmente respaldada en su derecho a la autodeterminación. El problema en este caso no gira en torno a la disponibilidad de la vida, sino en torno a la validez del consentimiento que la llevó a dicho acto de disposición.

En este caso, incluso imaginando que la novia sí se hubiere encontrado en plena capacidad para brindar su consentimiento (lo que es un tanto cuestionable si atendemos a la naturaleza del engaño del que fue víctima), debe tomarse en cuenta que lo

---

<sup>1041</sup> En igual línea, en el delito de homicidio, Bacigalupo señala que el bien jurídico protegido no sólo sería la vida (la que se protege en primera línea), sino también, la autodeterminación del sujeto pasivo para decidirse por ésta (la que se protege en segunda línea). BACIGALUPO, Enrique. Estudios sobre la parte especial del derecho penal, segunda edición, Akal, Madrid, 1994, p14.

<sup>1042</sup> Sobre un rechazo al perfeccionismo y al paternalismo injustificados, ver apartado 1.4. del segundo capítulo ("Dignidad y autonomía de la voluntad").

hizo en la creencia de que renacería en un nuevo cuerpo más bello y joven, para ir luego con su amado a vivir al planeta Sirio; lo que evidentemente era falso y dio lugar a un error en el motivo que invalidó el consentimiento respecto a la disposición de su bien jurídico vida<sup>1043</sup>.

Este error en el motivo generó en la víctima una creencia errónea respecto a que con su consentimiento conseguiría un determinado fin para su autorrealización (renacer en un cuerpo más bello para vivir con su amado en el planeta Sirio), lo que invalidó al mismo por haber sido dado con la finalidad de conseguir un objetivo de imposible y falsa realización. En este caso, existe un error en el motivo que llevó a la titular del bien jurídico vida a pretender alcanzar una finalidad que no era posible de conseguir con su consentimiento, y que, en lugar de contribuir con su realización personal, generó un obstáculo para la misma.

En esta línea, en tanto la disposición de bienes jurídicos tiene sentido en la medida en que el individuo busca con la misma alcanzar su autorrealización personal, resulta absurdo dar por válido un consentimiento efectuado sobre la base de un error que hará que el mismo no pueda contribuir para tal efecto.

En este caso, de ninguna forma el consentimiento podrá ser válido, dado que dolosamente se incurrió en un engaño para justamente lograr una disposición que, de otro modo, nunca se

---

<sup>1043</sup> Sobre las consecuencias que el error en el motivo y en el fin generan en la validez del consentimiento que brinda el titular del bien jurídico, ver apartado 4.2.2.2.1 del tercer capítulo ("Error en el motivo y en el fin").

hubiera conseguido y respecto de una finalidad que era de imposible y falsa realización. De lo expuesto se concluye que el error en los motivos que produzca una falsa representación respecto a lo que el sujeto puede conseguir con dicho consentimiento para su autorrealización, será relevante e invalidará los efectos del consentimiento, dando lugar a la aplicación del tipo penal que lesionó el bien jurídico, el que en el presente caso sería el tipo penal de homicidio.

En torno a este caso, no es posible alegar una mera instigación al suicidio, en tanto, la novia ingenuamente creía que reencarnaría en otro cuerpo, siendo que, en todo momento, fue utilizada por el novio como instrumento para su propia muerte; lo que descarta una mera instigación al suicidio y genera una imputación por el delito de homicidio en autoría mediata.

Ahora bien, algo distinto ocurre en el **caso B (“Cooperación en el suicidio de su madre”)**, en el que la titular del bien jurídico vida (madre) no se encuentra en capacidad de realizar por sí misma los actos de disposición, necesitando el apoyo o la colaboración de su hijo (tercero). En estos supuestos, la situación cambia, dado que, si bien la mayoría de ordenamientos jurídicos (incluyendo el español y el peruano) acepta la disponibilidad de la vida cuando el titular realiza por sí mismo los actos de disposición orientados al suicidio, no sancionando a quien falla en el intento; contradictoriamente, no admite la disponibilidad en los casos en los que un tercero realiza los actos para apoyarlo (supuestos de eutanasia activa), sancionando al tercero por cualquier acto de cooperación, a

pesar de amparar el mismo en el consentimiento dado por el titular de la vida. Esto será analizado en el siguiente apartado.

#### **1.1.1.2. Participación o apoyo de terceros en los actos realizados por el titular del bien jurídico para disponer de su vida**

El análisis en torno a la disponibilidad de la vida cambia cuando el titular del bien jurídico solicita a un tercero que coopere con él en la realización de las acciones que le permitan realizar el suicidio, debido a que, en estos casos, el legislador sí sanciona al tercero. Así, en la gran mayoría de ordenamientos, la postura del legislador respecto a la disponibilidad o no del bien jurídico vida, variará en función a que los actos de disposición sean realizados por el propio titular del bien jurídico, o a que un tercero participe cooperando con el titular para la disposición de su vida. Podría decirse, entonces, que la vida será disponible sólo en tanto un tercero no participe cooperando en los actos de disposición, dado que, en estos casos, dicho tercero sí será sancionado.

Esta opción legislativa resulta a todas luces contradictoria. Por un lado, acepta la disponibilidad de la vida permitiendo que el titular del bien jurídico disponga de la misma; mientras que, por otro lado, sanciona la disponibilidad impidiendo que, en los casos en los que no le sea posible al titular realizar por sí mismo los actos de disposición (léase, ostente una capacidad física disminuida que le impida movilizarse, como por ejemplo, tetraplejía), un tercero pueda cooperar para efectivizar dicho consentimiento.

Así las cosas, no queda claro por qué el legislador opta por un tratamiento distinto respecto de la disponibilidad de la vida, en función a que el titular requiera o no cooperación de un tercero para ejecutar su consentimiento; sobre todo cuando la impunidad respecto de la disposición efectuada por el mismo titular de la vida, automáticamente debiera implicar la impunidad en todo acto de cooperación por parte de un tercero, al ser que sólo tiene sentido establecer la protección penal del bien jurídico vida, cuando ésta es libremente querida por parte de su titular; caso contrario, se vulnerarían los principios que limitan la intervención del Derecho penal, como es el caso del principio de mínima intervención, de lesividad, de exclusiva protección de bienes jurídicos, entre otros.

A fin de graficar el tratamiento normativo que se brinda a este tema, resulta necesario distinguir entre las diversas clases de eutanasia:

- La **eutanasia pasiva**, referida a aquellos supuestos en los que el titular del bien jurídico renuncia a un tratamiento que le prolongue la vida o, encontrándose en terapia, renuncia a la continuación de la misma, interrumpiéndola y dando lugar al inicio de un proceso de muerte definitiva.

En muchos de estos casos, el paciente opta consiente y voluntariamente por la interrupción o no iniciación del tratamiento, debido a que durante el periodo en que se realice el mismo, no gozaría de condiciones mínimas de calidad vital.

Algunos casos de eutanasia pasiva pueden presentar complicaciones, debido a que implican la omisión de medidas orientadas a prolongar artificialmente la vida (ejemplo, desconexión del reanimador), lo que ha dado lugar a un debate en la doctrina en torno a la responsabilidad penal de un homicidio por omisión, el que ha sido resuelto a favor de la impunidad; por considerarse que no se crea un nuevo riesgo, sino que se abandona el control de un riesgo existente<sup>1044</sup>.

Los supuestos de eutanasia pasiva, per se, no se encuentran sancionados, por prevalecer la libre autodeterminación del paciente, no pudiéndose obligar a alguien, contra su voluntad, a recibir un tratamiento que no quiere y cuya negativa únicamente generará consecuencias en su propia salud y no repercutirá en la de terceros. Es más, las diversas legislaciones sanitarias suelen reconocer el derecho del paciente a rechazar un tratamiento médico, lo que también da lugar a que se elimine la posición de garante que el médico pudiera tener; y, por tanto, la posibilidad de imputarle al médico algún delito contra la vida o contra la salud en comisión por omisión.

- La **eutanasia activa indirecta (ortotanasia)**, que supone el suministro de analgésicos, paleativos o

---

<sup>1044</sup> CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (directora). Manual de Derecho Penal. Parte Especial, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p64. Sobre este debate y las diferentes soluciones propuestas en la doctrina, también puede verse: REY MARTÍNEZ, Fernando. Eutanasia y derechos fundamentales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Tribunal Constitucional, Madrid, 2008, p24ss.

terapéuticas que, si bien sirven para aliviar el dolor del paciente, colateralmente generan una alta probabilidad de anticipar la muerte del mismo.

Esta clase de eutanasia también es considerada impune en el ámbito penal, no existiendo cuestionamiento alguno respecto a que el acortamiento de la vida pueda suponer una vulneración del bien jurídico, por buscarse prioritariamente con el suministro de analgésicos el alivio del dolor y no la muerte en sí, la que igual se encuentra previsto que llegará.

Tal vez la impunidad incuestionable de este tipo de eutanasia se explica en lo señalado por el catecismo de la Iglesia Católica, el que –a diferencia de los otros tipos de eutanasia-, la acepta y alienta; así, en el párrafo 2279 del Catecismo se establece: *"Aunque la muerte se considere inminente, los cuidados ordinarios debidos a una persona enferma no pueden ser legítimamente interrumpidos. El uso de analgésicos para aliviar los sufrimientos del moribundo, incluso con riesgo de abreviar sus días, puede ser moralmente conforme a la dignidad humana si la muerte no es pretendida, ni como fin ni como medio, sino solamente prevista y tolerada como inevitable. Los cuidados paliativos constituyen una forma privilegiada de la caridad desinteresada. Por esta razón deben ser alentados"*<sup>1045</sup>.

---

<sup>1045</sup> «[http://www.vatican.va/archive/catechism\\_sp/index\\_sp.html](http://www.vatican.va/archive/catechism_sp/index_sp.html)», fecha de consulta: 17 de enero del 2017.

- La **eutanasia activa directa**, referida a aquellos casos en los que se va más allá de la mera interrupción del tratamiento y se realizan actos directamente orientados a acabar con la vida del titular del bien jurídico, a partir de un pedido formulado por éste. Se genera así la producción intencionada de la muerte o la cooperación activa en ella, supuestos que son sancionados por la gran mayoría de ordenamientos jurídicos, con excepción de algunos que contemplan la despenalización de la eutanasia (Holanda, Bélgica, Suiza, algunos estados en Estados Unidos, entre otros).

A la luz del panorama expuesto, en España y Perú no se permite la cooperación de terceros en la disposición de la vida por parte de su titular y se sanciona el homicidio piadoso o la también denominada **eutanasia activa directa**, quedando impunes los casos de eutanasia pasiva y los casos de eutanasia activa indirecta. Así, se tienen las siguientes normas:

#### **Artículo 143 del Código Penal español.-**

1. (...)
2. *Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años al que coopere con actos necesarios al suicidio de una persona.*
3. *Será castigado con la pena de prisión de seis a diez años si la cooperación llegara hasta el punto de ejecutar la muerte.*
4. *El que causare o cooperare activamente con actos necesarios y directos a la muerte de otro, **por la petición expresa, seria e inequívoca de éste**, en el caso de que la víctima sufriera una enfermedad grave que conduciría necesariamente a su muerte, o que produjera graves*

*padecimientos permanentes y difíciles de soportar, será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a las señaladas en los números 2 y 3 de este artículo.*

**Artículos 112 y 113 del Código Penal peruano.-**

*"El que, por piedad, mata a un enfermo incurable que **le solicita de manera expresa y consciente** para poner fin a sus intolerables dolores, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años".*

*"El que instiga a otro al suicidio o lo **ayuda a cometerlo**, será reprimido, si el suicidio se ha consumado o intentado, con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años.*

En ambos ordenamientos, si bien el legislador permite que el titular del bien jurídico disponga de su vida (suicidio), sanciona cualquier conducta de un tercero que lo ayude a ello, sea ya a través de actos de cooperación o de actos de ejecución, no permitiendo la disposición cuando el mismo titular no sea quien realice exclusivamente los actos encaminados al suicidio.

Al respecto, un representativo sector de la doctrina va incluso más allá y señala que, en realidad, no es que el legislador considere disponible a la vida en los casos de actos de suicidio realizados por el mismo titular del bien jurídico; explicando la impunidad para estos supuestos en razones de política criminal y no en razones de disponibilidad del bien jurídico. Así, para Muñoz Conde, *"Esta impunidad del suicidio no significa indiferencia del Ordenamiento jurídico frente a tal acto. La vida es objeto de protección en el ámbito penal incluso frente a la*

*voluntad de su titular, que no tiene derecho a disponer sobre ella libremente (...) el legislador ha considerado con razón que no se puede castigar a quien atente contra su propia vida, bien porque si el suicidio se consuma no puede castigar a un muerto, bien porque si no se consuma carece de sentido, desde el punto de vista preventivo general y especial, imponer una sanción a quien ha demostrado con su intento el escaso interés que tiene en los asuntos terrenales*<sup>1046</sup>.

Lo cierto es que a nivel normativo sólo se sanciona a los terceros que cooperan o ejecutan el suicidio, pero no al mismo titular del bien jurídico vida, lo que genera un sin sentido a la luz del rol que el Estado debe cumplir respecto a la autorrealización de las personas; e implica desconocer que existen supuestos en los que el mismo titular no se encuentra en la capacidad física de realizar los actos orientados al suicidio, requiriendo la cooperación de terceros para ejecutar actos que son plenamente conformes con su voluntad y producto de un consentimiento válido y totalmente libre.

Es un despropósito que el derecho penal pretenda proteger la vida de quien no quiere seguir disfrutando de la misma. No tiene sentido establecer la existencia de un bien jurídico susceptible de protección en sede penal, cuando su titular renuncia al mismo y cuando dicha renuncia únicamente tendrá efectos en dicho titular, quedando fuera de afectación cualquier tercero.

---

<sup>1046</sup> MUÑOZ CONDE. Derecho Penal, Parte Especial... op. cit., p57.

En esta línea, (y discrepando de lo señalado por Muñoz Conde) así como a la luz de las funciones de prevención especial y general de la pena, no tiene sentido sancionar a quien intenta suicidarse; tampoco tiene sentido sancionar a los terceros que cooperen con quien voluntaria y válidamente opte por hacerlo. En definitiva, la apreciación de la vida de parte de cada sujeto no variará en función a que algunos individuos en concreto tomen la decisión de suicidarse; siendo que, por el contrario, lo que sí puede generar esta regulación contradictoria es un tratamiento desigualitario y discriminatorio entre quienes sí se encuentran en capacidad de ejecutar su suicidio y quienes (por algún impedimento físico) gozan de la misma capacidad para elegir, pero no cuentan con la capacidad física para hacerlo.

En definitiva, el consentimiento dado por quien no ostenta impedimentos físicos para ejecutar su propio suicidio debe ostentar el mismo peso que el consentimiento brindado por quien posee una capacidad física reducida; siendo injusto y desigualitario permitir, en el primer caso, que el suicidio pueda llevarse a cabo; e impedir, en el segundo caso, que quien desea suicidarse pueda recurrir a un tercero que lo ayude a compensar la deficiencia física que le impide hacerlo.

Desde mi punto de vista, a nivel normativo, no existen razones que puedan legitimar este trato desigualitario que impida que el titular de la vida que sufre de una discapacidad, pueda recurrir a un tercero que lo ayude en la ejecución de su decisión; máxime cuando las consecuencias de su decisión únicamente generan impacto en él mismo y son irrelevantes en cualquier otro miembro de la sociedad.

Por lo expuesto, no considero adecuado el criterio del “dominio del hecho” utilizado por un sector de la doctrina para determinar la validez o no de la disposición de la vida. Este criterio reserva la disponibilidad únicamente para los casos en los que el titular del bien jurídico mantiene el control o dominio sobre el mismo, sancionando a los terceros que cooperen o participen en las disposiciones en las que el titular del bien jurídico ya no ostente control<sup>1047</sup>. A mi parecer, este criterio no toma en cuenta la real voluntad del sujeto y su derecho a la libre autodeterminación, en tanto desconoce que existen situaciones en las que el sujeto desea realizar determinada acción, pero no puede hacerlo por encontrarse imposibilitado físicamente para ello. El hecho de que el sujeto se encuentre imposibilitado no significa que no pueda consentir o disponer válidamente: su capacidad física disminuida no tiene por qué reducir su capacidad para consentir; ello, como se ha señalado, implicaría un acto discriminatorio, por presumir que quien no se encuentra en perfecta capacidad física para realizar por sí mismo los actos orientados a su muerte, tiene por ello disminuida su capacidad psicológica y mental para decidir lo que realmente quiere.

Permitir al sujeto suicidarse, sólo si se encuentra en capacidad de hacerlo por sus propios medios, y prohibírselo para los casos en los que requiera la colaboración de terceros, es un despropósito que, como en el **Caso B (“Cooperación en el**

---

<sup>1047</sup> Por todos, ver Mendes de Carvalho, para quien es admisible la disposición de vida frente a terceros, “(...) siempre que el titular mantenga el control o dominio sobre el bien jurídico, es decir, sobre su propia vida”. MENDES DE CARVALHO. Suicidio, eutanasia y Derecho penal... op. cit., p213-214.

**suicidio de su madre)** puede terminar generando situaciones absurdas.

Así, la pena de prisión de dos años por actos de cooperación y ejecución del suicidio, impuesta por la Audiencia Provincial de Zaragoza al hijo que ayudó a su madre a suicidarse colocándole una bolsa con autocierre en la cabeza, luego de que ésta se lo pidiera y dejara una nota en la que así lo establecía; curiosamente no cumple una función de prevención especial o general, distorsionando, en dicho caso concreto, la función que debe cumplir el Derecho penal y los límites de la intervención del mismo. Resulta claro que, en este caso, la pena no supondrá algún tipo de resocialización o reeducación del condenado respecto del valor que debe darle a la vida; ni mucho menos producirá intimidación o generará desincentivos que impacten en la conducta de otros miembros de la sociedad, por lo que, en este marco, no se entiende cuál sería la función que se le asignaría a la pena en este caso concreto<sup>1048</sup>.

Algo peor ocurre en el **Caso C (“Tumor inoperable en el rostro de Chantal Sébire”)**, en el que queda en evidencia que la eutanasia pasiva (no punible por el legislador) incluso puede llegar a ser más criticable que la eutanasia activa directa (punible por el legislador). Con su lucha, Chantal buscó evidenciar lo cruel que resultaba el legislador por permitirle rechazar el tratamiento médico y morir larga y dolorosamente (ley Leonetti en Francia), pero no permitirle morir con la

---

<sup>1048</sup> Nótese que en la sentencia emitida por la Audiencia Provincial de Zaragoza no se cuestiona la capacidad de la madre para otorgar un consentimiento válido; siendo que, por el contrario, se resalta el hecho de que la misma ejercía una fuerte influencia sobre su hijo, quien le tenía cariño y sumisión.

asistencia de un médico que realizara actos orientados a una muerte que considerara digna; calificando de hipócrita la situación legislativa existente en su país.

Resulta evidente que en casos como el de Chantal Sebiré, es absurdo que el legislador le obligue a optar por una alternativa que le terminará generando mayor dolor y sufrimiento y que la obligará a atravesar por un periodo carente de condiciones mínimas de calidad vital. En estos casos, la prohibición del Estado no se justifica en una medida que contribuya con la autorrealización de las personas, configurándose una medida paternalista injustificada; que, en el caso de Chantal Sebiré, finalmente la obligó a suicidarse mediante una sobredosis del barbitúrico Pentobarbital, el que sólo puede adquirirse en veterinarias.

En esta línea, y en contra de una intervención estatal que no se legitima en la real protección de bienes jurídicos, Lemarca Pérez señala: *"Esta intervención coactiva del Estado responde, sin duda, a una concepción paternalista sobre sus funciones, que olvida que la ingerencia del poder estatal en la esfera de la libertad individual sólo puede legitimarse en la protección de los derechos de otras personas o de la colectividad" (...) "no creo tampoco que resulte posible imponer la obligación de vivir; la decisión de seguir o no viviendo creo que debe tomarse por cada individuo en ejercicio de su derecho de libertad personal y autonomía de la voluntad sin que, a mi juicio, ninguna forma de*

*poder político se halle legitimado para decidir en su nombre*<sup>1049</sup>.

Lamentablemente, de *lege lata*, como se verá más adelante, la mayoría de ordenamientos jurídicos no respeta esta regla y mantiene la vigencia de medidas paternalistas injustificadas, que terminan prohibiendo arbitrariamente la participación o cooperación de terceros en los actos de disposición de la vida consentidos por su titular; sin fundamentar dicha prohibición en criterios válidos que sean conformes con la función y los límites del *ius puniendi*.

#### **1.1.1.3. Especial referencia a la instigación al suicidio. Distinción con los supuestos de autoría mediata de homicidio**

Especial mención merecen los supuestos contemplados en los códigos penales español y peruano como instigación al suicidio, los que expresamente señalan:

##### **Artículo 143 del Código Penal español.-**

*1. El que induzca al suicidio de otro será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años.*

##### **Artículo 113 del Código Penal peruano.-**

*"El que instiga a otro al suicidio o lo ayuda a cometerlo, será reprimido, si el suicidio se ha consumado o intentado, con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años.*

---

<sup>1049</sup> LEMARCA PÉREZ, Carmen. Autonomía de la voluntad y protección coactiva de la vida. La Ley Penal, N°60, Sección Estudios, Mayo 2009 (base de datos on line).

En estos casos, a diferencia de los supuestos en los que el titular del bien jurídico vida le solicita a un tercero que coopere con él en actos orientados a su muerte; el tercero es quien convence o induce al titular de la vida para que se quite la misma, lo que en la mayoría de los ordenamientos -al igual que en el español y en el peruano- se encuentra sancionado en un tipo penal autónomo y distinto al del homicidio o al del asesinato<sup>1050</sup>.

Antes de preguntarnos si es conforme con las funciones del Derecho penal sancionar al tercero que induce al titular del bien jurídico vida a disponer del mismo, resulta necesario precisar que estas normas no son de aplicación para los casos en los que el titular del bien jurídico es convencido por un tercero y **no cuenta con capacidad suficiente** para brindar su consentimiento, por presentar algún supuesto de incapacidad o de capacidad disminuida. En estos casos, el consentimiento no podrá surtir los efectos de una causa de atipicidad, actuando el tercero como autor mediato de un delito de homicidio, y el titular del bien jurídico vida, como un instrumento para la realización del delito<sup>1051</sup>.

Así, en estos casos, por no ostentar el titular del bien jurídico vida la capacidad suficiente para realizar actos de

---

<sup>1050</sup> No se encuentran comprendidos en estos casos los supuestos en los que el titular del bien jurídico ya se encontraba predeterminado para quitarse la vida, en tanto aquí operaría la figura del *omni modo facturus*, no pudiendo instigarse a quien ya se encontraba predeterminado para realizar tal hecho.

<sup>1051</sup> En igual línea se encuentran: MUÑOZ CONDE. Derecho penal. Parte especial... op. cit., p59; CORCOY BIDASOLO (directora). Manual de Derecho Penal. Parte Especial... op. cit., p61; ALONSO DE ESCAMILLA, Avelina. Tema 1. Delitos contra la vida humana independiente: homicidio, asesinato y suicidio. En: LAMARCA PÉREZ, Carmen (Coordinadora). Delitos de la Parte Especial del Derecho Penal, tercera edición, Colex, Madrid, 2015, p66; entre otros.

disposición<sup>1052</sup>, no puede establecerse realmente la existencia de un suicidio, ni mucho menos de un consentimiento válido que surta los efectos de una causa de atipicidad; configurándose, más bien, un homicidio por autoría mediata, en el que el tercero se aprovechó de la capacidad disminuida del titular para utilizarlo y lograr que el mismo lesionara su propio bien jurídico.

En la práctica, considero de difícil aplicación el tipo de instigación al suicidio, en tanto, tomando en cuenta lo que el suicidarse implica, es muy probable que en la gran mayoría de casos en los que el tercero logre convencer al titular del bien jurídico vida; éste realmente presente un problema en la capacidad de disposición que invalide su consentimiento (ejemplo, presente un cuadro de depresión aguda que le impida actuar libre y conscientemente, o presente algún problema psiquiátrico que le impida interiorizar las consecuencias de su decisión, entre otros); lo que automáticamente convertirá al titular del bien jurídico en un instrumento y al instigador en un autor mediato que se valió de dicha discapacidad para perpetrar el homicidio o el asesinato.

En estos casos, considero que la carga de la prueba en torno a la capacidad del titular del bien jurídico para disponer del mismo, debe recaer en el tercero que lo convenció de suicidarse; de manera que, si éste no lograra acreditar la validez del consentimiento del titular del bien jurídico, tendría que responder por el delito de homicidio por autoría mediata,

---

<sup>1052</sup> Los requisitos para la validez del consentimiento han sido desarrollados a detalle en el apartado 4. del tercer capítulo ("Requisitos para la validez del consentimiento").

que normalmente se encuentra sancionado con una pena mayor que el de instigación al suicidio (así, por ejemplo, en el Perú, mientras la instigación al suicidio se sanciona con una pena máxima de 4 años, el homicidio simple se sanciona con una pena máxima de 20 años<sup>1053</sup>). La atribución de la carga de la prueba al tercero que alega la aplicación del tipo penal de instigación al suicidio y no de homicidio por autoría mediata, solucionaría también todas las discusiones teóricas que pudieran surgir en torno a si el titular del bien jurídico vida ostentaba o no capacidad para consentir; dado que, finalmente, siempre podrá ser discutible si una persona se encontraba psicológica o psiquiátricamente apta para consentir, siendo muy cuestionable emitir un pronunciamiento exacto e infalible respecto de dicha capacidad.

Similar razonamiento se aplicará para los casos en los que la disposición de la vida fue dada por un **error o engaño** que el tercero ejerció sobre el titular del bien jurídico; dado que en estos casos, tampoco se habrá cumplido con los requisitos de validez del consentimiento y, por tanto, éste no podrá operar como una causa de atipicidad. Aquí, también podrá imputarse la figura del homicidio o del asesinato por autoría mediata. Esto fue lo que aplicó el Tribunal alemán en el **Caso A (“Morir para renacer: caso del Sirio”)**, en el que imputó homicidio por autoría mediata en tentativa, al novio que engañó a su novia haciéndole creer que renacería en un cuerpo más joven y bello para ir a vivir con él al planeta Sirio (nótese que la mujer no

---

<sup>1053</sup> Ver artículos 113 y 106 del Código penal peruano.

llegó a morir a pesar de haber realizado todos los actos de ejecución indicados por el malévolo novio)<sup>1054</sup>.

Al respecto, Muñoz Conde considera que en algunos casos de engaño o error, también es posible castigar por "*cooperación al suicidio en comisión por omisión*". Esto ocurriría por ejemplo en el caso en que un médico engañara a su paciente indicándole que sufre de un mal incurable del que morirá en unos meses con horribles dolores, sin insinuarle la posibilidad del suicidio, pero presumiendo cuál sería su reacción por conocer la psicología de dicho paciente.

Como se aprecia, y sin entrar a analizar la validez de la inducción al suicidio como conducta que deba ser sancionada en un modelo de estado liberal, son muy pocos los supuestos en los que sería de aplicación este tipo penal. Ello, debido a que siempre exigiría para su configuración que el consentimiento dado por el titular del bien jurídico sea conforme con los requisitos para su validez, lo que a mi parecer tendría que ser probado por el supuesto inductor o instigador.

No obstante ello, la doctrina ha identificado algunos supuestos en los que sí podría aplicarse la instigación al suicidio, como por ejemplo los denominados "*dobles suicidios por amor*" o "*pactos suicidas*", en los que dos personas se inducen mutuamente a suicidarse<sup>1055</sup>. En estos casos, la doctrina señala que debe

---

<sup>1054</sup> Muñoz Conde considera que, en estos casos, el médico ostenta una posición de garante, tras haber creado la ficción de la enfermedad una situación de peligro para su paciente, lo que hace que se le castigue por una cooperación al suicidio en comisión por omisión y no por la autoría mediata de un homicidio. MUÑOZ CONDE. Derecho penal. Parte especial... op. cit., p59-60.

<sup>1055</sup> Por todos, ver: Ibid., p60.

castigarse al superviviente por la inducción al suicidio del otro<sup>1056</sup>, partiendo del supuesto de que ambas personas tenían plena capacidad para consentir y de que, por tanto, el consentimiento dado respecto de su bien jurídico vida, cumplía con todos los requisitos de validez (como se ha señalado, si el titular no tuviese capacidad para consentir, no podría hablarse de una inducción al suicidio, sino de un homicidio o asesinato en autoría mediata).

No considero acertada esta posición, dado que confunde supuestos en los que dos personas toman la decisión conjunta de suicidarse, con casos de mutua o recíproca instigación. En los casos de suicidio por amor, por lo general lo que ocurre es que ambas personas se encuentran resueltas a ejecutar el hecho, por lo que acuerdan en conjunto disponer de su propia vida; siendo muy cuestionable afirmar que una influya en la otra, y/o viceversa, para tomar dicha decisión. En el peor de los casos, lo máximo que podría existir es una cooperación psíquica, pero no una inducción; no siendo imputable el tipo penal de inducción al suicidio: *"Quien «en el fondo» está resuelto a ejecutar el hecho, pero aún tiene algunos reparos concretos, ya no es inducible; el hecho de disuadirle de sus reparos debe valorarse como cooperación psíquica"*<sup>1057</sup>.

De lo expuesto, no tiene sentido alguno sancionar al superviviente que, a diferencia de su pareja, falló en su intento de suicidio; sobre todo cuando la decisión de suicidarse fue

---

<sup>1056</sup> Ibid., loc. cit.

<sup>1057</sup> ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General, Tomo II. Especiales formas de aparición del delito. Traducido por Diego-Manuel Luzón Peña, José Manuel Paredes Castañón, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Thomson Reuters - Civitas, Pamplona, 2014, p229.

conjunta y, en el peor de los casos, como mucho, podría establecerse una cooperación o complicidad psíquica que nada tiene que ver con los supuestos de instigación<sup>1058</sup>.

Algo similar a estos supuestos es lo que ocurre en el **Caso E ("Doble eutanasia de ancianos por amor)**, en el que Francis y Anne solicitaron una eutanasia de pareja por ser su deseo morir juntos, a pesar de no padecer de una enfermedad en su fase terminal. En este caso, si bien no operó un suicidio (sino una eutanasia directa), puede apreciarse que la decisión de morir fue una decisión conjunta que en nada se condice con los supuestos necesarios para la configuración de la instigación; lo que evidencia la imposibilidad de aplicar el tipo penal de instigación al suicidio.

La pregunta que queda por responder es si, en los casos en los que el titular del bien jurídico dispone de su vida de forma válida (cumpliéndose con los requisitos para consentir), pero inducido por un tercero que le hace nacer la resolución suicida, se debe o no sancionar al mismo; y si dicha sanción es conforme o no con las funciones del Derecho penal.

Como ya se ha señalado, considero que el tipo penal de instigación al suicidio regulado en las legislaciones española, peruana y en la mayoría de países occidentales, no tiene mayor aplicación práctica, debiendo siempre presumirse que quien se deja persuadir respecto de su propio suicidio, no cumple con los

---

<sup>1058</sup> En los casos de cooperación o complicidad psíquica, el auxiliador no realiza aportaciones corporales (como sí ocurre en la cooperación física), sino sólo aportaciones espirituales o morales, influyendo sobre la psique del autor. Ver: Ibid., p281ss.

requisitos de capacidad exigidos para la validez de su consentimiento, debiendo reconducirse la sanción hacia un homicidio o asesinato por autoría mediata.

No obstante ello, para el resto de casos en los que el titular es inducido al suicidio y dispone sobre su vida válidamente (cumple con los requisitos exigidos para el consentimiento válido), se debe tomar en cuenta que no es posible afirmar que exista una vulneración de un bien jurídico que deba ser protegido a nivel penal, cuando su titular no desea dicha protección, y cuando esta última en nada coadyuva a la realización de dicha persona, la que es la principal función del Estado y del Derecho penal (una protección de estas dimensiones no se condice con los fines preventivos de la pena); por lo que, en principio, no tendría mucho sentido sancionar al tercero que induce a quien finalmente termina tomando libre y válidamente la decisión de consentir sobre su vida.

Sin embargo, a diferencia de los casos de cooperación al suicidio en los que el titular del bien jurídico (por presentar alguna imposibilidad física que se lo impida) le solicita a un tercero que lo ayude a disponer de su vida; en el caso de la inducción al suicidio, en tanto la idea no nace del mismo titular, sino de un tercero que incide en él, sí considero válida la incorporación de medidas estatales penales orientadas a garantizar que el consentimiento del titular de la vida responda realmente a su voluntad y no se encuentre siendo manipulado o viciado por la intervención de un tercero. Esto, sin perjuicio de que, como se ha explicado anteriormente, exista una presunción *iuris tantum* respecto a que quien logra ser instigado para

suicidarse, no cuenta con capacidad para emitir un consentimiento válido; teniendo la carga de la prueba el instigador, a efectos de no ser sancionado por homicidio en autoría mediata.

Por lo expuesto, en tanto la prohibición de la instigación al suicidio tiene como objeto asegurar que ningún tercero manipule el consentimiento o la real voluntad del titular del bien jurídico vida, garantizando al máximo que sus decisiones respondan a su libre elección y a lo que realmente considera necesario para su autorrealización; su regulación penal no me parece contraria con el fin que el Estado busca perseguir: coadyuvar a la realización de todos sus miembros; sino que se explica en el hecho de permitir al Estado, constituyendo una medida paternalista legítima y justificada.

Ahora bien, respecto a la instigación al suicidio, en caso de considerar el legislador que es necesaria su sanción como medida estatal paternalista orientada a garantizar el libre consentimiento en torno a la vida; conforme ha sido realizado en los códigos penales español y peruano, sí resultaría indispensable su regulación en un tipo penal autónomo. Ello, debido a que, en principio, el suicidio es impune; y sólo es posible imputar un tipo penal por inducción en tanto el hecho al que se ha de inducir constituya una acción típicamente antijurídica y dolosa<sup>1059</sup>, lo que no ocurriría en el presente caso en el que la disposición de la vida por parte del titular del bien jurídico -de lege lata- no se encuentra sancionada, y -de lege ferenda- tampoco podría serlo.

---

<sup>1059</sup> Ibid., p237.

#### **1.1.1.4. A manera de conclusión: Adopción de medidas paternalistas orientadas a garantizar la autorrealización del individuo y, con ello, una muerte digna**

Como se ha visto, las medidas paternalistas que el estado pueda implementar, únicamente serán legítimas en tanto tengan como razón de ser impedir un menoscabo y obstáculo para la autorrealización de terceros; o en tanto busquen garantizar que el consentimiento dado por el titular de un bien jurídico sea realmente válido.

En esta línea, es totalmente legítimo que el Estado imponga restricciones orientadas a garantizar que el consentimiento brindado por quien dispone de su propia vida sea realmente válido, en tanto ello sí se condice con un paternalismo justificado característico de un Estado moderno en el que la libre autodeterminación del individuo constituye uno de los pilares más importantes.

Lo que no es posible de acuerdo con su razón de ser, es que el Estado imponga restricciones para el consentimiento, que giren en torno a justificaciones meramente morales o ideológicas que no se condicen con lo que el ciudadano o el titular del bien jurídico -conforme con su ética personal- considera adecuado para su autorrealización: No es admisible que el legislador imponga al ciudadano una ética que no comparte, más aún cuando con ello ni siquiera se cumple la función para la que fue creado el Derecho penal, que es la protección de bienes

jurídicos para viabilizar la autorrealización de las personas, conforme con su ética propia.

La protección de la vida de actos de disposición que puedan ser realizados por su mismo titular, constituye una medida que deslegitima la intervención del ius puniendi, por no encontrar respuesta ni en la prevención especial, ni en la prevención general, ni en ninguna otra función atribuida a la pena en el marco de un modelo de Estado social y democrático de derecho. Resulta absurdo pretender que con la consideración de la vida como totalmente indisponible, se consiga impactar en la sociedad desincentivando suicidios; sobre todo cuando una intervención penal de esa naturaleza ni siquiera serviría para viabilizar la autorrealización de los demás miembros de la sociedad.

A la luz de lo expuesto, y a efectos de una modificación legislativa, de *lege ferenda*, en los casos en los que el titular del bien jurídico disponga válidamente de su vida, el Derecho penal no debería intervenir: ni para sancionar a quien realiza por sí mismo los actos suicidas, ni para sancionar a los terceros que, luego del pedido expreso, válido, claro, consciente y voluntario del titular que se ve imposibilitado de hacerlo, colaboren con él a efectos de que logre alcanzar lo que -conforme con su ética personal- considera más adecuado para su autorrealización.

Ahora bien, dada la importancia del bien jurídico vida, esto no significa que el Estado no pueda imponer ciertos requisitos o restricciones que busquen asegurar que la colaboración de los terceros realmente responda a la voluntad real del titular del

bien jurídico; es decir, a garantizar que el consentimiento sea totalmente válido o que haya sido emitido cumpliendo con todos sus requisitos.

A manera de ejemplo, esto es lo que ocurre en Holanda, donde se exige que el tercero que colabore sea necesariamente un médico que, previa comunicación al forense municipal, verifique el cumplimiento de los siguientes requisitos<sup>1060</sup>:

- Que la persona objeto de la eutanasia o auxilio al suicidio sea residente en Holanda.
- Que el médico esté convencido de que la petición: es voluntaria, está bien meditada y expresa los deseos del enfermo, es decir, que es plenamente capaz y se ha reiterado en su voluntad. Ésta puede haber sido manifestada en un documento de voluntades anticipadas.
- Que se constate un padecimiento insoportable y sin esperanzas de mejora.
- Que se haya informado al paciente de su situación y de las perspectivas de futuro.
- Que se haya consultado a otro facultativo y que éste haya corroborado el cumplimiento de los requisitos. En caso de sufrimiento psicológico se tienen que consultar dos médicos. Los médicos consultores tienen que ver al enfermo y elaborar un informe por escrito sobre la situación.

---

<sup>1060</sup> Ver artículos 293 y 294 del Código penal holandés, así como el artículo 2 de la ley holandesa de "Terminación de la vida a petición propia y del auxilio al suicidio", vigente desde el 1 de abril del 2002. En: «[http://www.eutanasia.ws/eutanasia\\_mundo.html](http://www.eutanasia.ws/eutanasia_mundo.html)», fecha de consulta: 17 de enero del 2017.

- Que la realización de la eutanasia o auxilio al suicidio se haga con el máximo cuidado y profesionalidad.

Posteriormente, el médico forense, si se dan los requisitos, envía la documentación a la Comisión Regional de Comprobación; y, si verifica que no se cumplen los mismos, remite los actuados a la fiscalía penal para que proceda conforme con sus atribuciones.

En igual sentido, en Bélgica, también se exige que el tercero que colabore sea necesariamente un médico, el que no cometería delito si es que se asegura de que<sup>1061</sup>:

- El paciente sea libre, capaz y consciente en el momento de su petición.
- La petición sea formulada de manera voluntaria, reflexionada y reiterada, así como que no sea resultado de una presión exterior.
- El paciente se encuentre en una situación médica sin salida y en un estado de sufrimiento físico o psicológico constante e insoportable que no puede ser aliviado y que sea resultado de una afección accidental o patológica grave e incurable
- Se respeten las condiciones y procedimientos prescritos por la ley.

---

<sup>1061</sup> Ver artículo 3 de la ley relativa a la eutanasia. «<http://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/spe/SPE-ISS-02-07.pdf>», fecha de consulta: 17 de enero del 2017.

Además del cumplimiento de estos requisitos, en Bélgica también se exige que el médico: informe al paciente sobre la existencia de cuidados paliativo; reitere el diálogo en los plazos de tiempo razonables; recabe un informe médico que sea redactado por otro médico independiente que deba visitar al paciente, en el que señale si está de acuerdo o en desacuerdo con las primeras valoraciones; recopile información del equipo cuidador si es que existe; procure que el enfermo consulte con otras personas de su entorno; y, deje pasar un mes entre la petición y la realización de la eutanasia<sup>1062</sup>.

Al igual que en Holanda, en Bélgica, luego de practicada la eutanasia, el médico también estará en la obligación de remitir la documentación completa que establece la ley a la Comisión Federal de Control y Evaluación, conformada a su vez por otros 8 médicos.

Como se observa, en estos países, sí se acepta que un tercero colabore e incluso participe en la ejecución de actos orientados a la muerte de una persona, siempre y cuando se cumplan ciertos requisitos que garanticen que el consentimiento brindado por quien solicita el apoyo, corresponda a su real voluntad y cumpla con todos los requisitos de validez exigidos para esta causa de atipicidad.

Considero acertada cualquier regulación o medida paternalista que busque garantizar la emisión de un consentimiento válido respecto a la disponibilidad de la vida, debiendo precisar que el límite para la emisión de este tipo de medidas es garantizar la

---

<sup>1062</sup> «[http://www.eutanasia.ws/eutanasia\\_mundo.html](http://www.eutanasia.ws/eutanasia_mundo.html)», fecha de consulta: 17 de enero del 2017.

autorrealización del individuo; rechazando por ello normas como las actualmente existentes en España y Perú en torno al homicidio piadoso, las que parten de considerar a la vida como indisponible en todos los casos en los que terceros colaboren con el titular del bien jurídico y se limitan únicamente a establecer requisitos para la atenuación de la sanción, pero que no aceptan su atipicidad.

Conforme se ha señalado, la vida -como todos los demás bienes jurídicos personalísimos- debe ser considerada siempre un bien jurídico disponible, debiendo limitarse dicha disposición únicamente a través de medidas paternalistas que tengan como objetivo evitar que se afecta la autorrealización de otras personas, o garantizar que la disposición efectuada por el titular sea válida y conforme con lo que el sujeto realmente desea para su autorrealización personal. En tal sentido, debe ser admitida la atipicidad de los actos de disposición de la vida realizados por el mismo titular del bien jurídico, así como la atipicidad de los actos de cooperación realizados por terceros en atención al pedido realizado por el titular de la vida que válidamente consiente respecto de ésta (lo que no implica, de ninguna manera y sin excepción, reconocer a dichos terceros algún tipo de derecho a cooperar en un suicidio).

Al respecto, a pesar de no ser objeto del presente trabajo establecer los requisitos normativos a ser exigidos para garantizar la validez del consentimiento, resulta importante hacer notar que no resulta del todo fácil su definición, siendo indispensable que el legislador comprenda que no puede imponer a los otros miembros del Estado su ética personal y

que debe evitar la creación de medidas legislativas que puedan convertirse en parte de un paternalismo injustificado. Ello puede apreciarse en el **caso D (“Sufrimiento psíquico de los gemelos Verbessem)**, en el que se aceptó el pedido de eutanasia activa directa conjunta presentado por los gemelos belgas Marc y Eddy, aplicándoles una inyección letal.

En este caso, los hermanos no sustentaron su pedido en el padecimiento de una enfermedad o de un gran sufrimiento físico, sino en el daño psicológico que les produciría el hecho de no poder verse (eran sordos y se les había diagnosticado la pérdida de la visión producto de una enfermedad ocular degenerativa). Ello nos hace reflexionar respecto a las razones que podrían fundamentar un pedido de eutanasia, así como la validez del establecimiento de requisitos que impidan a un tercero colaborar impunemente en la disposición de la vida de una persona, cuando dicha disposición se fundamente en una razón distinta al padecimiento de una grave enfermedad terminal o al padecimiento de insufribles dolores.

Algo similar ocurrió en el caso **Caso E (“Doble eutanasia de ancianos por amor”)**, en el que los ancianos belgas Francis y Anne solicitaron una eutanasia en pareja con la finalidad de morir juntos y evitar quedarse solos si uno de los dos moría antes. En este caso, el pedido de eutanasia tampoco se fundamentó en el padecimiento de una grave enfermedad terminal o en el padecimiento de insufribles dolores; sino en un deseo común que resulta trascendental para la realización persona de esta pareja de ancianos; razón por la que declararon: *“Cuando nos confirmaron que podríamos morir así,*

*nos sentimos en las nubes. Fue como si hubiese atravesado un túnel y de pronto hubiese vuelto la luz”.*

En definitiva, siempre generará críticas el hecho de aceptar que un tercero pueda colaborar impunemente con la muerte de otra persona (a pedido de esta última), cuando dicha muerte se fundamenta en razones que no son parte de nuestra propia ética personal. No obstante ello, se debe recordar que la función del Estado es garantizar la autorrealización de los individuos, respetando la distinta ética personal que cada uno pueda tener, y sin buscar imponer cuestionamientos morales, religiosos o ideológicos que no necesariamente comparten. En ello radica el reconocimiento de la dignidad humana, en el hecho de aceptar que todos somos iguales, en tanto todos podemos elegir autorrealizarnos conforme con nuestra propia forma de ver el mundo y conforme con lo que cada uno considera es lo mejor.

En esta línea, a efectos de una modificación normativa, cualquier restricción a la participación de terceros en los actos de disposición de la vida del titular del bien jurídico (norma penal) debe necesariamente respetar la ética personal de cada uno, quedando proscritas las restricciones que limiten la aplicación de la eutanasia únicamente para los casos de padecimientos de enfermedades terminales incurables o padecimientos de dolores insoportables, y pudiendo ampliarse la validez del consentimiento para supuestos distintos como por ejemplo el sufrimiento psicológico.

En otras palabras, no será admisible la creación de restricciones en función a los motivos, las creencias, las ideologías o las

diversas cosmovisiones de los titulares del bien jurídico vida, que fundamentan el pedido de eutanasia; debiendo limitarse toda medida paternalista a garantizar que la decisión del sujeto realmente corresponda a lo que desea para sí y a que se cumpla con todos los requisitos de validez del consentimiento analizados en extenso en el apartado 4. del tercer capítulo (“Requisitos para la validez del consentimiento”).

Ahora bien, la solución propuesta para los casos en los que el titular del bien jurídico solicita válidamente a un tercero (que no cuenta con la capacidad física para hacerlo) que coopere con él en actos orientados a su suicidio; no es del todo aplicable a los casos en los que un tercero instiga o hace nacer la resolución suicida al titular del bien jurídico vida. Como se ha señalado anteriormente, en estos casos, a efectos de garantizar que el consentimiento dado no se vea viciado o contaminado con la influencia del tercero, sí resulta legítimo que se sancionen en un tipo penal autónomo los actos de **instigación al suicidio**; buscando con ello eliminar cualquier posibilidad de vicio o de manipulación del consentimiento del titular del bien jurídico vida y sancionándose así al tercero que realiza los actos de instigación.

De lege ferenda, esto mismo también sería de aplicación para los casos de **cooperación psíquica**. En estos últimos, a diferencia de los casos de cooperación física en los que la aportación del tercero se limita a la entrega de un arma, de un instrumento o en otras actividades corporales; el tercero no

realiza aportaciones corporales, sino sólo aportaciones espirituales o morales que influyen sobre la psique del autor<sup>1063</sup>.

Considero que en estos casos, en tanto la cooperación psíquica del tercero podría generar algún vicio o confusión que no garanticen que la decisión del sujeto sobre la disponibilidad de su vida realmente responda a lo que desea para su autorrealización, sí es posible que se establezcan ciertos requisitos o prohibiciones por parte del Estado (medidas paternalistas justificadas). En esta línea, al igual que con la instigación al suicidio, soy de la opinión de que también devendría en válida una norma penal que sancione los refuerzos suicidas efectuados psicológicamente por un tercero sobre el titular del bien jurídico vida; disminuyendo con ello los riesgos de que el titular pueda tomar una decisión que realmente no se condiga con lo que desea para su autorrealización personal.

Por último, y a efectos de garantizar el cumplimiento de la real voluntad del titular del bien jurídico, considero que, de *lege ferenda*, no es posible aceptar supuestos de eutanasia aplicando la **voluntad presunta**; dado que, conforme con lo que se ha explicado en el apartado 5. del tercer capítulo ("Referencia al consentimiento presunto: Voluntad presunta como causa de justificación"), en realidad en estos casos no existe un real consentimiento, sino una mera presunción de lo que hubiera elegido el titular del titular del bien jurídico (no existe disposición por parte del mismo); razón por la que de ninguna

---

<sup>1063</sup> Sobre la distinción entre cooperación física y cooperación o complicidad psíquica, ver: ROXIN. Derecho Penal, Parte General, Tomo II... op. cit., p281.

manera pueden generarse los efectos de una causa de atipicidad penal.

### **1.1.2. Relaciones sexuales sadomasoquistas: ¿Es la salud un bien jurídico disponible?**

#### **Caso A: El consentimiento de Angélica**

Javier y Angélica, de común acuerdo, practicaron relaciones sexuales sadomasoquistas, utilizando métodos y objetos no concretados que terminaron causando lesiones a Angélica. Esto generó que tuviera que ser trasladada al Hospital Clínico, donde en efecto, se establecieron una serie de lesiones que, entre otros, le generaron 30 días de incapacidad laboral.

Producto de ello, inicialmente se condenó a Javier a dos años de prisión por el delito de lesiones, pena que fue reducida luego de que el Tribunal Supremo en lo Penal declarara haber lugar al recurso de casación presentado por su defensa, tras establecer que no se había aplicado el artículo 155 del Código penal español, que prevé una atenuación para los casos de lesiones en los que medie el consentimiento válido, indicando:

*"En el caso sometido a nuestra consideración casacional, el consentimiento prestado por persona mayor de edad y que se proyecta en el curso de unas relaciones sexuales con prácticas sadomasoquistas, cumple todos esos requisitos, aunque lo reprochable de tales lesiones con afectación física en la ofendida pueda tener incidencia en la dosificación penológica, que permite ajustar el propio art. 155 del Código Penal.*

*Dicho consentimiento tiene, pues, relevancia en la esfera del injusto penal, concediéndole la Ley una rebaja penológica, sin perjuicio de su aplicación siempre cautelosa por el intérprete penal, máxime en supuestos como el enjuiciado, enmarcado en relaciones sexuales con indudables componentes sádicos, aun contando con tal consentimiento (sin embargo, no viciado, según resulta del relato histórico sometido a nuestra consideración casacional).*

*(...) tales prácticas suponen una incidencia violenta e intensa sobre el cuerpo de otra persona en el curso de relaciones sexuales que se convierten de esa forma en fuente de (aparente o real) satisfacción, generalmente solicitada o consentida, con componentes sádicos, y que al producir lesiones resultan reprochables para el derecho penal, a pesar del consentimiento (en los términos anteriormente expuestos)<sup>1064</sup>.*

### **Caso B: Prácticas de *bondage***

Juan Luis y Dulce mantenían una relación de pareja y solían practicar relaciones sexuales de tipo *bondage*, en las que se busca el placer de mutuo acuerdo mediante prácticas de dominación, sumisión y masoquismo. Días después de terminar por segunda vez su relación, Dulce acudió a una cita al domicilio de Juan Luis, donde éste la cogió de las muñecas, le quitó las mallas sin romperlas y la penetró vaginalmente. Todo ello, a pesar de la negativa de Dulce y en la creencia de que ésta, una vez más, expresaba la resistencia

---

<sup>1064</sup> Sentencia núm. 1049/2002, emitida por el Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) el 05 de junio del 2002 (RJ 2002/8035).

acostumbrada dentro de las prácticas de bondage<sup>1065</sup>. La Audiencia Provincial de Alicante absolvió a Juan Luis de un delito contra la libertad sexual argumentando la existencia de un error de tipo, por haber actuado éste en la creencia de que Dulce dio su consentimiento<sup>1066</sup>.

### **Caso C: Ex reina de belleza**

En Bulgaria, la ex reina de belleza Anita Meyzer fue condenada a 3 años de prisión por el homicidio involuntario de su esposo Nikolai Dimov, con quien solía practicar relaciones sexuales sadomasoquistas. A fin de satisfacer la fantasía sexual de su esposo, y con el consentimiento válido de este último, Anita le amarró el cuello y las extremidades con lazos de plástico, lo que se salió de control y generó que muriera asfixiado<sup>1067</sup>.

Estos casos muestran la problemática existente en torno a las relaciones sexuales sadomasoquistas, dado que éstas implican de por sí una lesión al bien jurídico salud. A partir de estos se pueden plantear las siguientes interrogantes: ¿la salud es un bien jurídico de libre disposición?, ¿el consentimiento en la lesión del bien jurídico

---

<sup>1065</sup> Hasta la fecha en sus relaciones sexuales se habían producido forcejeos, insultos, vejaciones, golpes, fuerza y cierta demostración de violencia aceptada por ambos; habiendo aceptado Anita, antes del acto sexual, sacar un encendedor de entre los genitales de Juan Luis, luego de haberlo éste dejado caer el mismo de broma.

<sup>1066</sup> Mayor detalle del caso puede revisarse en la sentencia núm. 216/2016, emitida por la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 1ª) el 02 de mayo del 2016 (JUR 2016/211916).

<sup>1067</sup> Mayores detalles del caso pueden ser visto en las siguientes páginas web, que publicaron la noticia en enero del 2017: «<http://www.elgrafico.mx/sexo/08-01-2017/ex-reina-de-belleza-mata-su-esposo-durante-sexo>», «<https://www.laprensalibre.cr/Noticias/detalle/99331/exmodelo-mata-a-esposo-mientras-cumplia-fantasias-sexuales>», «<http://www.latribuna.hn/2017/01/05/exreina-belleza-mata-accidentalmente-esposo-ruda-sesion-sexual-video/>», fecha de consulta: 18 de enero del 2017.

salud implica necesariamente un consentimiento en el riesgo de afectación a la vida?, ¿puede el Estado impedir o imponer restricciones para que una persona disponga de su bien jurídico salud?. A la luz de lo antes dicho sobre el consentimiento, buscaré responder estas interrogantes y dar una propuesta de solución a los diversos casos planteados.

### **1.1.2.1. Disponibilidad del bien jurídico salud individual**

El bien jurídico salud individual se encuentra protegido por el delito de lesiones y abarca dos dimensiones: el objeto o sustrato material (la salud en sentido extenso -integridad corporal-) y la libertad de disposición del sujeto pasivo en torno al mismo (ejercicio de la autonomía de la voluntad que se traduce en la emisión de un consentimiento válido)<sup>1068</sup>.

Respecto a la primera dimensión, a fin de definir lo que debe entenderse por salud o integridad corporal, puede recurrirse a la definición brindada por la Organización Mundial de la Salud, la que entiende por salud: "*(...) un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades*"<sup>1069</sup>; de manera que no sólo supondrán una afectación al bien jurídico salud personal las lesiones físicas, sino también las lesiones psicológicas o el surgimiento de enfermedades que afectan las posibilidades de autorrealización del individuo.

---

<sup>1068</sup> Un desarrollo exhaustivo sobre el contenido del bien jurídico salud individual y sobre la defensa de una postura monista en torno al mismo puede verse en: CHANG KCOMT. Relevancia del consentimiento en el delito de lesiones del Código Penal Español... op. cit., p29ss.

<sup>1069</sup> En: «[http://www.who.int/governance/eb/who\\_constitution\\_sp.pdf](http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf)», fecha de consulta: 18 de enero del 2017.

En la segunda dimensión cobran especial importancia las posibilidades de participación y de realización personal, lo que hace que una lesión a este bien jurídico no sólo requiera de una afectación de la integridad corporal de su titular, sino también de una afectación de su capacidad de elegir lo que considera más adecuado de acuerdo con su ética personal. Por ello, sólo los ataques no consentidos a la integridad corporal, que afecten las posibilidades de realización del titular del bien jurídico, podrán ser protegidos por el Derecho Penal<sup>1070</sup> (principios constitucionales de mínima intervención, fragmentariedad, lesividad y exclusiva protección de bienes jurídicos).

De lo expuesto, no será posible configurar un delito de lesiones en los casos en los que, a pesar de existir una afectación a la integridad corporal del titular del bien jurídico, ésta haya sido consentida por el mismo para alcanzar su autorrealización. Así, por ejemplo, quien realiza un tatuaje a otro con su consentimiento, afecta su salud, pero no llega a configurar la lesión de dicho bien jurídico, por no haber afectado el segundo ámbito correspondiente a la libertad de decisión respecto del mismo.

En esta línea, y conforme se ha analizado a detalle en el apartado 2.3.1. del segundo capítulo ("Disponibilidad de todos los bienes jurídicos individuales"), el bien jurídico salud

---

<sup>1070</sup> "(...) la salud personal (...) constituye un presupuesto, una condición previa de participación en el sistema social. Es decir, la incolumidad de la salud personal condiciona las posibilidades de disfrutar plenamente del sistema social (...) -el presupuesto de participación en el sistema que es la salud personal- está constituido por la capacidad de disponer de la propia salud y el sustrato material de la misma". BERDUGO. El delito de lesiones... op. cit., p24.

individual –al igual que el bien jurídico vida- sí constituye uno de naturaleza disponible, que no podrá ser afectado en los casos en los que el titular del mismo otorgue su consentimiento válido. Por esta razón es totalmente legítimo que una persona capaz disponga del mismo y acepte mantener relaciones sexuales sadomasoquistas con otra persona, no pudiendo ser sancionadas las lesiones que puedan generarse a partir de ello y actuando en estos casos el consentimiento como una causa de atipicidad.

Lamentablemente, esto no fue lo que ocurrió en el **caso A (“El consentimiento de Angélica”)**, en el que, si bien el Tribunal Supremo Español anuló la sentencia que no valoró los alcances del consentimiento que Angélica había brindado para mantener relaciones sexuales sadomasoquistas con Javier, igual dispuso que se mantuviera la condena del mismo por el delito de lesiones, pero con una reducción de la sanción por considerar al consentimiento únicamente como atenuante (no como eximente de responsabilidad penal).

Es más, de forma expresa, el Tribunal Supremo estableció: *“(…) tales prácticas suponen una incidencia violenta e intensa sobre el cuerpo de otra persona en el curso de relaciones sexuales que se convierten de esa forma en fuente de (aparente o real) satisfacción, generalmente solicitada o consentida, con componentes sádicos, y que **al producir lesiones resultan reprochables para el derecho penal, a pesar del***

**consentimiento** (en los términos anteriormente expuestos)<sup>1071</sup>.

Lo expuesto por el Tribunal Supremo hace que sea necesario analizar la especial situación del delito de lesiones en el ordenamiento español, la que -a diferencia del ordenamiento peruano y de la mayoría de ordenamientos occidentales- no contempla una norma expresa que evite que el consentimiento ostente la condición de eximente de responsabilidad penal y que, por tanto, pueda ser considerado como causa de atipicidad penal.

#### **1.1.2.2. Especial referencia al delito de lesiones en España**

Respecto al consentimiento en el delito de lesiones, el Código penal español regula lo siguiente:

##### **Artículo 155 del Código penal español.-**

*"En los delitos de lesiones, si ha mediado el consentimiento válida, libre, espontánea y expresamente emitido del ofendido, se impondrá la **pena inferior** en uno o dos grados. No será válido el consentimiento otorgado por un menor de edad o un incapaz".*

##### **Artículo 156 del Código penal español.-**

*"No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el consentimiento válida, libre, consciente y expresamente emitido **exime** de responsabilidad penal en los supuestos de trasplante*

---

<sup>1071</sup> Sentencia núm. 1049/2002, emitida por el Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) el 05 de junio del 2002 (RJ 2002/8035).

*de órganos efectuado con arreglo a lo dispuesto en la ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo, salvo que el consentimiento se haya obtenido viciadamente, o mediante precio o recompensa, o el otorgante sea menor de edad o carezca absolutamente de aptitud para prestarlo, en cuyo caso no será válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales.*

*No será punible la esterilización acordada por órgano judicial en el caso de personas que de forma permanente no puedan prestar en modo alguno el consentimiento al que se refiere el párrafo anterior, siempre que se trate de supuestos excepcionales en los que se produzca grave conflicto de bienes jurídicos protegidos, a fin de salvaguardar el mayor interés del afectado, todo ello con arreglo a lo establecido en la legislación civil”.*

Como se observa, el ordenamiento español contempla de forma expresa -con excepción de ciertos supuestos de trasplante de órganos, esterilización y cirugía transexual-, que incluso en los casos en los que medie un consentimiento libre y conforme con todos los requisitos para su validez, no podrá establecerse la existencia de una eximente; otorgando al consentimiento únicamente los efectos de una atenuante para reducir la responsabilidad penal. Para el legislador español, en los casos en los que medie el consentimiento capaz, libre, informado, oportuno y, por tanto, válido, de igual manera deberá aplicarse el tipo penal de lesiones, aunque con una pena inferior en uno o dos grados.

Esto contrasta con lo regulado en el ordenamiento peruano, en el que el consentimiento es recogido de forma expresa como eximente en el artículo 20, numeral 10 de la parte general del Código Penal<sup>1072</sup>, y en el que no existe ninguna norma –al nivel del delito de lesiones- de la que se pueda deducir la indisponibilidad de dicho bien jurídico.

Por esta razón, en el **caso A (“El consentimiento de Angélica”)**, el Tribunal Supremo Español no le otorga calidad de eximente a la disposición realizada por Angélica y sanciona a Javier por las lesiones causadas con ocasión de las relaciones sexuales sadomasoquistas; considerando que, a pesar de la existencia de un consentimiento válido, resultaban reprochables para el Derecho Penal.

Al respecto, considero que una lectura literal del artículo 155 del Código penal español no es aceptable en el marco de un modelo de Estado liberal que tiene como objetivo coadyuvar a que todos sus miembros alcancen su realización personal, ni con un Derecho penal garantista que tiene como objeto intervenir únicamente frente a la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, frente a conductas que impiden u obstaculizan la autorrealización de las personas.

La autorrealización del individuo sólo es posible en un marco de derecho en el que se reconozca su capacidad de elegir los planes que considera coadyuven a la realización de su plan de vida, lo que implica un obligatorio reconocimiento de la

---

<sup>1072</sup> **Artículo 20 del Código penal peruano.**- *"Está exento de responsabilidad penal: (...) 10. El que actúa con el consentimiento válido del titular de un bien jurídico de libre disposición"*

relevancia del consentimiento para disponer de ciertos derechos que le son reconocidos y un rechazo del paternalismo y perfeccionismo injustificados.

La aceptación de una lesión de bienes jurídicos individuales (como en este caso ocurre con las relaciones sexuales sadomasoquistas y el delito de lesiones) no puede girar en torno a lo que el legislador considera es bueno o adecuado para el bienestar del titular del bien jurídico salud individual, debiendo respetar la libre autodeterminación del mismo y las decisiones que su ética personal le impulse a tomar; caso contrario "*(...) se arrogaría así el ordenamiento jurídico una sublimidad de juicio que no le corresponde y que conduciría además a insuperables dificultades de delimitación (...) sólo el que consiente puede decidir qué sirve a su verdadero bienestar*"<sup>1073</sup>.

Esto último también ha sido resaltado por Berdugo Gómez de la Torre, quien afirma "*El coartar la capacidad de disponer de este bien jurídico hasta el punto de «obligar a ser sano», es reflejo de una concepción no democrática en las relaciones Estado-ciudadano. Implica que el bien jurídico salud personal, sea un bien jurídico estático, un bien jurídico que hay que tener, del que no se puede disponer. Lo que, en general, choca directamente con los principios, que acerca de la idea de persona, corresponden al Estado social y democrático de Derecho que recoge nuestra Constitución y, en particular, contradice el libre desarrollo de la personalidad consagrado en el art. 10 del texto fundamental. La existencia de un artículo como el 428 [hoy artículo 155 del Código Penal] sólo se puede*

---

<sup>1073</sup> ROXIN. Derecho Penal, Parte General. Tomo I... op. cit., p520-521.

*sustentar si se mantiene en el plano constitucional la idea que el individuo está en función de la comunidad y no al revés, comunidad en función del individuo*"<sup>1074</sup>.

En este contexto, conforme al ordenamiento constitucional español vigente y a los principios de libertad y dignidad que sustentan el mismo, el bien jurídico protegido en el delito de lesiones debe entenderse como uno de naturaleza monista que abarca: el objeto o sustrato material (la salud -integridad corporal-) y la libertad de disposición del sujeto pasivo (ejercicio de la autonomía de la voluntad que se traduce en el consentimiento).

En tal sentido, sólo una conducta que suponga un ataque o puesta en peligro de ambas dimensiones, podrá configurar una acción o resultado desvalorado que den lugar a la configuración de un ilícito penal; no pudiendo, en caso alguno, afirmar la existencia de un delito cuando, en lugar de afectarse la autorrealización del individuo, se coadyuve al libre desarrollo de su personalidad.

Por ello, de *lege lata*, considero que el artículo 155 del Código Penal español debe ser aplicado conforme con los cánones constitucionales, el modelo de Estado constitucional moderno y la función asignada al Derecho penal; entendiéndose que el consentimiento (en tanto ejercicio de la libre autonomía de la voluntad) supone una exención de responsabilidad penal (causa de atipicidad), y sancionando con una atenuación de pena únicamente los casos que supongan un consentimiento que no

---

<sup>1074</sup> BERDUGO. El delito de lesiones... op. cit., p72.

sea conforme con los requisitos de validez para el otorgamiento del mismo y que, por ello, en lugar de propiciar la realización del individuo, la termine obstaculizando o impidiendo.

En el peor de los supuestos, y de no considerarse posible una reconducción del artículo 155 del Código Penal hacia los contornos del marco constitucional, considero del todo legítimo que, a efectos de respetar los alcances del consentimiento y de la libre autonomía del individuo, el órgano judicial español (en aplicación del artículo 163 de la Constitución española<sup>1075</sup>) plantee ante el Tribunal Constitucional una **cuestión de inconstitucionalidad** para la solución de un caso concreto<sup>1076,1077</sup>.

Sin perjuicio de ello, de *lege ferenda*, considero que dicho artículo debería ser modificado en los términos antes expuestos y tomando en consideración las dos dimensiones que ostenta el bien jurídico salud individual; el que, de ningún modo, podría verse afectado si existe un consentimiento válido del titular del mismo. Caso contrario, podría llegarse al absurdo de sancionar a quien realiza un tatuaje a otro, a pedido de este último; por

---

<sup>1075</sup> **Artículo 163 de la Constitución Española.**- "*Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos*".

<sup>1076</sup> Sobre las características, procedimiento y requisitos de la cuestión de inconstitucionalidad, ver: PÉREZ TREMP, Pablo y otros. Derecho Constitucional, Volumen II, novena edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p235ss

<sup>1077</sup> Recuérdese que el modelo constitucional español se aleja del modelo norteamericano que plantea la posibilidad de que un juez inaplique por control difuso una norma en concreto, modelo que sí es recogido en el ordenamiento peruano. Sobre las diferencias entre el modelo europeo y el modelo americanos, ver: PÉREZ ROYO. Curso de Derecho Constitucional... op. cit., p153-154.

considerar que, pese a su consentimiento, existió una lesión a la integridad corporal.

No obstante lo expuesto, cabe mencionar que el ordenamiento español sí otorga al consentimiento efectos de eximente de responsabilidad penal en otros delitos como, por ejemplo, ocurre en el caso de los delitos contra la libertad sexual. Así, en el **caso B: ("Prácticas de *bondage*")**, la Audiencia Provincial de Alicante absolvió a Juan Luis del delito contra la libertad sexual, argumentando la existencia de un error en torno al consentimiento que creyó que Dulce había brindado respecto a la práctica de relaciones sexuales de tipo *bondage*<sup>1078</sup>.

En esta línea, por tratarse de un error en una causa de atipicidad, consideró como consecuencia la exoneración de responsabilidad, con independencia de que se tratara de un error de tipo vencible, o de un error de tipo invencible; cuyas consecuencias en el ámbito penal son, respectivamente, la reconducción hacia la modalidad imprudente (la que no se encuentra tipificada por el legislador en los delitos sexuales), o la inexistencia de responsabilidad penal.

Esta misma lógica en torno al consentimiento en los delitos sexuales, deberá ser aplicada por el legislador español en torno al delito de lesiones, en el que el consentimiento válidamente emitido también deberá ostentar la calidad de eximente de

---

<sup>1078</sup> "El *bondage* es una práctica de dominación que consiste en acordonar a una persona –vestida o desnuda- de forma erótica. Estas ataduras pueden ser en una parte del cuerpo o en el cuerpo entero. Este tipo de práctica es considerada estética y erótica; forma parte del repertorio sexual sadomasoquistas". «<https://vidayestilo.terra.es/mujer/amor-y-sexo/bondage-juego-de-dominacion-guia-para-principiantes,1f94db0687789410VgnVCM20000099cceb0aRCRD.html>», fecha de Consulta: 19 de enero del 2017.

responsabilidad penal, máxime cuando -como se ha mencionado anteriormente- resulta innegable la disponibilidad de todos los bienes jurídicos individuales en el marco de un Estado liberal que apunta a la libre realización de todos sus miembros; lo que implica respetar su ética personal, sus ideas y sus elecciones en torno a lo que consideran su bienestar (postulados que se desprenden del reconocimiento de la dignidad como presupuesto de un Estado constitucional moderno).

### **1.1.2.3. Consentimiento en la lesión del bien jurídico salud y consentimiento en el riesgo de la afectación a la vida**

Ahora bien, existen supuestos en los que un inicial consentimiento en la lesión de un bien jurídico (ejemplo, salud individual), puede generar a su vez el riesgo de lesión de un bien jurídico distinto (ejemplo, vida). Esto es lo que ocurrió en el **Caso C (“Ex reina de belleza”)**, en el que el esposo de la ex reina de belleza Anita Meyzer consintió para que ésta le infringiera lesiones en el bien jurídico salud (lo atara con lazos de plástico en el cuello y en las extremidades), sin prever que las mismas le generarían un riesgo para su vida y, finalmente, lo llevarían a la muerte (al intentar desatarse, murió asfixiado).

En este caso, resulta indudable que, respecto a la inicial afectación del bien jurídico salud individual, el consentimiento operó como una causa de atipicidad; por haber dispuesto válidamente el titular del bien jurídico, para que su esposa le cumpla una fantasía sexual, ser atado con lazos de plástico, a pesar de conocer que esto le causaría una lesión a su integridad corporal. El problema se genera cuando dichas lesiones no sólo

generan una afectación a su integridad corporal (las que ya habían sido previstas), sino también una afectación a su vida.

Lo importante a determinar en este tipo de supuestos es si, con ocasión del consentimiento brindado para la afectación inicial a la salud, se previó también una potencial lesión del bien jurídico vida; es decir, si el titular, además de prever la lesión a su salud, también previó la posible lesión a su vida. En otras palabras, de lo que se trata es de determinar cuáles fueron los alcances exactos del consentimiento del titular del bien jurídico: sólo la inicial lesión a la salud, ó la inicial lesión a la salud más el posterior riesgo de lesión para la vida. En función a este análisis es que en estos casos se determinará si quien participó en el acto sexual sadomasoquista debe o no responder por un delito de homicidio<sup>1079</sup>.

Conforme se ha mencionado en el apartado 2.2.2.2.1. del tercer capítulo ("Previsibilidad (conocimiento) del posible resultado)", para que el consentimiento sobre el riesgo de lesión de la vida sea válido y, por tanto, sirva como causa de atipicidad para quien participó en el acto sexual; es indispensable que su titular se haya representado dicho riesgo (es decir, que haya conocido que no sólo su bien jurídico salud sería lesionado, sino también que existía un riesgo de lesión para su bien jurídico vida).

---

<sup>1079</sup> Al respecto, nótese que en caso que el resultado muerte no haya sido previsible ni por el titular del bien jurídico, ni por quien participó en el acto sexual sadomasoquista, no será posible imputar la comisión de un delito de homicidio. En estos supuestos nos encontraremos frente a un caso fortuito no punible en el Derecho penal: La muerte no era previsible y ninguna persona hubiese podido prever lo contrario.

Así, para los casos de consentimiento en el riesgo de lesión del bien jurídico, debe tomarse en cuenta que la disposición que brinda el titular del mismo debe ser realizada respecto de la acción peligrosa y tomando en cuenta que ésta puede generar cierto resultado negativo. De manera que, para la validez del consentimiento, dicho resultado desvalorado debe ser de previsible atribución a la acción efectuada (la relación de causa-efecto entre el desvalor de acción y el desvalor de resultado debe ser previsible para quien otorga el consentimiento).

En tal sentido, para que el consentimiento del titular del bien jurídico penal individual sea válido, esta previsibilidad sobre el riesgo de lesión de la vida, debe ser visualizada antes de la aceptación de la realización de la acción peligrosa (antes de la realización de las lesiones: en el caso concreto, antes de que el esposo sea amarrado por la ex reina de belleza). Caso contrario, el consentimiento en la realización de dicha acción habrá sido efectuado sin la información debida para el titular del bien jurídico, deviniendo en inválido por faltar uno de los requisitos mínimos para su otorgamiento.

En el **Caso C (“Ex reina de belleza”)**, aparentemente, cuando el esposo solicitó ser atado del cuello y de las extremidades, únicamente se representó la lesión en su bien jurídico salud; y no el riesgo de lesión sobre su bien jurídico vida (es más, ni la esposa se representó dicho riesgo). Ello hace que, en este caso concreto, habida cuenta de que el esposo no contaba con la información debida para disponer sobre el riesgo de lesión de su vida, no podría decirse que existió un consentimiento válido respecto de esta última; razón por la que

sí procedería una condena contra la ex reina de belleza por el delito de homicidio involuntario (imprudencia sin representación: no se representó que su esposo podía morir, a pesar de que debió hacerlo).

Prueba de lo señalado es la diversa publicidad existente en las redes sociales a efectos de que las personas interesadas puedan mantener relaciones sexuales sadomasoquistas de **manera segura y sin riesgo para su vida**, lo que deja en evidencia que quienes realizan este tipo de prácticas sexuales son plenamente conscientes de que su consentimiento únicamente abarca la afectación del bien jurídico salud, más no el riesgo de lesión del bien jurídico vida<sup>1080</sup>.

Esta falta de previsión respecto del bien jurídico vida, en un supuesto en el que es obligación de quienes participan en el acto sexual sadomasoquista moverse dentro de los márgenes del consentimiento del titular del bien jurídico salud, genera la responsabilidad de quien causó la muerte por imprudencia; la que podrá ser con representación o sin representación, según cada caso concreto. A mi parecer, el hecho de que el titular del bien jurídico tampoco haya previsto el riesgo de la muerte, no hace que quien participa con él en el acto sexual deje de tener responsabilidad penal, debiendo asumir las consecuencias de la falta de diligencia debida de sus actos.

---

<sup>1080</sup> Respecto a las publicidades en redes sociales en torno a las prácticas sexuales masoquistas, las prácticas de bondage y las prácticas BDSM ("Bondage y disciplina", "Dominación y Sumisión" y "Sadismo y Masoquismo") **seguras**, ver por todas: «<http://www.salud180.com/sexualidad/como-practicar-sadomasoquismo-de-manera-segura>», «<http://siempremujer.com/amor/practicar-sadomasoquismo-seguro/81515/>», «<http://ideasqueayudan.com/bdsm-divertirte-pareja-manera-segura/>», «<https://mazmorra.net/forums/tecnicas-y-precauciones/asfixias-hay-formas-seguras-de-practicarla>», fecha de consulta: 19 de enero del 2017.

Algo distinto ocurrirá en los casos de **autobondage** o de **autoasfixia erótica**, en los que, si bien el titular del bien jurídico salud no se representa el riesgo de lesión de su vida (y, por tanto, no consiente respecto de la misma); no existe ningún tercero que haya participado en la práctica sexual, la que resulta en un hecho auto-infringido.

Esto, por ejemplo, es lo que ocurrió en 1994, en el caso del diputado conservador británico Stephen Milligan; quien se mató involuntariamente en una sofisticada sesión de auto masturbación. Milligan se colocó un cable eléctrico ceñido al cuello, una bolsa de plástico sobre la cabeza, media naranja en la boca, ligas y medias, y murió de un paro cardiaco mientras se asfixiaba a sí mismo, sobre la mesa de la cocina, con el objetivo de obtener satisfacción sexual<sup>1081</sup>.

#### **1.1.2.4. A manera de conclusión: Límites para la adopción de medidas paternalistas que restrinjan la disposición sobre el bien jurídico salud individual**

El ser humano es capaz de elegir entre varias opciones conforme a su razón (ética personal) y decidir sobre sus planes de vida a efectos de alcanzar el libre desarrollo de su personalidad; de manera que, cualquier intervención del Estado será legítima, únicamente en tanto se implemente para coadyuvar a que los individuos consigan dicho objetivo.

---

<sup>1081</sup> Mayores detalles sobre este caso pueden ser vistos en las siguientes páginas: «[http://elpais.com/diario/1994/02/11/internacional/760921205\\_850215.html](http://elpais.com/diario/1994/02/11/internacional/760921205_850215.html)», «[http://news.bbc.co.uk/onthisday/hi/dates/stories/february/8/newsid\\_2538000/2538165.stm](http://news.bbc.co.uk/onthisday/hi/dates/stories/february/8/newsid_2538000/2538165.stm)», fecha de consulta: 19 de enero del 2017.

En esta línea, en tanto el bien jurídico salud es de naturaleza personal y disponible, por regla general, cualquier persona capaz y que cumpla con los requisitos para la emisión de un consentimiento válido, podrá consentir en sufrir lesiones con ocasión de prácticas sexuales sadomasoquistas, prácticas de *bondage* o cualquier otra práctica sexual similar que considere conforme con su ética personal y necesaria para su autorrealización; sin que ello suponga responsabilidad penal alguna ni para el titular, ni para el tercero que participó en el acto.

No obstante ello, las afectaciones que no se encuentren cubiertas por el consentimiento (léase: exceso en los actos de sadomasoquismo que no fueron consentidos por el titular y que causaron lesiones, o muertes que no eran previsibles y que no fueron previstas por el titular del bien jurídico vida), sí podrán dar lugar a responsabilidades penales para quien participó en las prácticas sexuales. Ello porque su actuación ya no se encontrará revestida o cubierta por los alcances del consentimiento como causa de atipicidad, debiendo determinarse en función a cada caso concreto las imputaciones penales aplicables.

Así, al igual que con el bien jurídico vida, cualquier restricción (medida paternalista) que el Estado quiera imponer en torno a la salud individual, debe estar justificada en la posible afectación de bienes jurídicos de terceros que no se encuentran involucrados en las prácticas sexuales sadomasoquistas; o

deben de tener como objetivo garantizar que la práctica sexual realmente es querida y consentida por el titular del bien jurídico.

Considero que estos lineamientos deben ser tomados en cuenta a efectos de una futura regulación normativa sobre esta materia, deviniendo en totalmente injustificada y arbitraria cualquier norma penal o medida estatal orientada a impedir al titular del bien jurídico decidir sobre su salud individual, sobre todo cuando las consecuencias de su decisión únicamente recaen en él y no afectan a ningún tercero.

### **1.1.3. Consumo de tabaco: ¿Debe el Estado intervenir para su prohibición?**

#### **Caso A: Fumador pasivo muere por trabajar en casino**

Farias Mercedes Matilde demandó a Prevención ART SA por la muerte de su esposo, causada por un cáncer de pulmón que se produjo por la exposición al humo de tabaco de las salas de juego en el casino en el que trabajó por 37 años (desde el 7 de abril de 1974 hasta el 2011), hasta que se jubiló.

La viuda indica que el cáncer de su esposo fue causado por haber trabajado éste en un ambiente estresante con mucha concentración de humo de tabaco y en el que los ventiladores de las puertas poco ayudaban a disiparlo. El informe pericial fundado en los estudios médicos, y no cuestionado por las partes del proceso, señaló: *"Hay una clara relación de causalidad entre la patología enfermedad profesional y el trabajo en un ambiente altamente contaminado por el humo del cigarrillo (...)"*.

El 7 de octubre del 2015, la Sala Unipersonal de la Primera Cámara del Trabajo de Mendoza (Argentina) condenó al casino al pago de una indemnización a favor de la viuda de aproximadamente 570,000 pesos (aproximadamente 35,000 dólares, por existir relación causal entre la incapacidad que le causó la muerte y el trabajo que desempeñó<sup>1082</sup>.

### **Caso B: Tabacalera responsable de muerte de fumador**

En el 2014, en los Estados Unidos de Norteamérica, Cynthia Robinson demandó a R.J. Reynolds Tobacco<sup>1083</sup>, el pago de una indemnización por la muerte de su esposo, fumador activo que falleció en 1996 (a los 36 años) producto de un cáncer de pulmón. La demanda se sustentó en que la empresa había conspirado para ocultar la naturaleza adictiva del tabaco y el peligro para la salud que generaba, y en que su esposo fumó de uno a tres paquetes de cigarrillos diarios por 20 años consecutivos.

Un jurado de Florida Sur declaró fundada su demanda y dispuso que la tabacalera pagase 23,600 millones de dólares a la viuda. Esta resolución se produjo luego de que el Tribunal Supremo de Florida rechazase en el 2006 una demanda colectiva por 145,000 millones de dólares, pero estableciese que, para acreditar daño, los fumadores y sus familias sólo necesitaban demostrar su adicción y que el consumo

---

<sup>1082</sup> La sentencia completa puede revisarse en: «<http://www.mendozapost.com/nota/54215-comenzo-el-traslado-de-los-restos-del-general-obrien-a-mendoza/>», fecha de consulta: 21 de enero del 2017.

<sup>1083</sup> Empresa fabricante de las marcas de cigarrillos Camel, More, Winston, Salem, entre otras.

de tabaco causó su enfermedad o muerte; lo que el juez consideró pudo ser demostrado por Cynthia Robinson<sup>1084</sup>.

Los casos expuestos reflejan los problemas existentes en torno a dos de las principales víctimas del tabaco en el mundo entero: los fumadores activos (quienes consumen cigarros) y los fumadores pasivos (quienes se ven expuestos a un ambiente donde existe humo de cigarro)<sup>1085</sup>.

Hasta el momento ha quedado en claro que la salud individual es un bien jurídico de naturaleza disponible que se encuentra conformado por dos dimensiones: sustrato material (salud o integridad corporal) y libertad de disposición sobre dicho sustrato. No obstante ello, en función de los casos planteados, surgen las siguientes interrogantes: ¿puede el fumador activo disponer sobre su bien jurídico y, con ello, lesionar la salud individual de terceros?, ¿ostenta el consentimiento algún valor en los casos de adicción al cigarro?, ¿puede el Estado prohibir la venta de cigarros?, ¿debe el Estado intervenir imponiendo medidas paternalistas orientadas a garantizar la salud individual de todos sus miembros?.

---

<sup>1084</sup> Para mayores detalles sobre este caso, ver: «<http://www.levante-emv.com/sociedad/2014/07/20/indemnizacion-millonaria-viuda-fumador-eeuu/1140201.html>», «<http://www.elmundo.es/internacional/2014/07/20/53caed5422601d5e1d8b457d.html>», «<http://web.eldia.es/sociedad/2014-07-21/4-RJ-Reynolds-debe-pagar-millones-viuda-fumador.htm>», fecha de consulta: 20 de enero del 2017.

<sup>1085</sup> No es objeto del presente trabajo establecer las razones que acreditan científicamente el impacto que el tabaco genera en la salud de las personas. No obstante ello, parto de la premisa de que éste es un hecho plenamente acreditado. Al respecto, ver: DUBRAVCIC LUKSIC, Antonio. Tabaco. Fumadores activos y fumadores pasivos. Revista Electrónica de Portales Médicos, En: «<http://www.portalesmedicos.com/publicaciones/articulos/6/1/Tabaco-Fumadores-activos-y-fumadores-pasivos.html>», fecha de publicación: 20 de enero del 2006, fecha de consulta: 21 de enero del 2017. También se puede ver la nota descriptiva N° 339 de julio del 2015 de la Organización Mundial de la Salud: «<http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs339/es/>», fecha de consulta: 21 de enero del 2017.

En los párrafos siguientes se abordarán estas interrogantes y, a partir de ello, se analizarán los casos expuestos:

**1.1.3.1. Límites para disponer sobre un bien jurídico individual:  
Necesidad de impedir consecuencias nefastas para los  
fumadores pasivos**

La libertad de elección es la que legitima al individuo a optar entre los bienes jurídicos que considera necesarios de protección para su autorrealización. En el caso de los bienes jurídico penales, como se ha señalado, ello incluso puede llevar al titular a renunciar, a través de la figura del consentimiento, a la protección que el legislador le otorga.

No obstante ello, dicha disposición siempre debe darse en el límite del entorno social que rodea al individuo, es decir, siempre y cuando no implique la afectación de un tercero. Este último también tiene derecho a optar por su autorrealización, a elegir conforme con su propia ética personal y a no verse perjudicado injustificadamente con las decisiones que otro pueda tomar, como ocurre en el caso de la exposición al humo con quienes -sin su consentimiento- terminan siendo fumadores pasivos.

En esta línea, cualquier decisión que sea tomada por el titular del bien jurídico salud individual, resultará totalmente conforme con los postulados de un Estado constitucional moderno, únicamente en tanto no perjudique a terceros y, mucho menos,

al entorno colectivo directo o indirecto en el que se desenvuelve el titular y toda la comunidad en su conjunto<sup>1086</sup>.

En el caso del cigarro (tabaco), si el mismo titular del bien jurídico toma válidamente la decisión de consumirlo, a pesar de conocer toda la información vinculada con los efectos negativos, con los efectos adictivos y con el impacto desastroso que puede generar en su salud individual; el Estado no puede impedirlo, a no ser que con ello se perjudique a un tercero (fumador pasivo) o, a no ser que existan dudas sobre la validez del consentimiento otorgado por el titular del bien jurídico salud (respecto que el consentimiento responde a su real voluntad).

En estos supuestos, el Estado sí podrá intervenir, por legitimar su actuación en garantizar que la decisión del titular (fumador activo) realmente responda a un consentimiento informado y válido; y en evitar que terceros que no han consentido sobre su bien jurídico salud (fumadores pasivos) resulten innecesaria e indebidamente perjudicados. Lo expuesto, debido a que la decisión de un fumador activo no puede perjudicar a una persona (tercero o fumador pasivo) que no desea ver comprometida su salud: la ética personal del fumador activo no puede encontrarse por encima de la ética del tercero perjudicado, debiendo el Estado coadyuvar a que todos los individuos alcancen su autorrealización en el marco de la ética personal de cada uno.

---

<sup>1086</sup> Al respecto, recuérdese que, en caso de conflicto de derechos o de bienes jurídicos, será de aplicación lo ya establecido en el apartado 1.6. del segundo capítulo ("Proporcionalidad y ponderación: Conflicto de derechos y límites para su ejercicio").

En ello se explica el **Caso A (“Fumador pasivo muere por trabajar en casino”)**, en el que la Sala Unipersonal de la Primera Cámara del Trabajo de Mendoza (Argentina) dispuso que el casino en el que trabajada quien falleció de cáncer al pulmón, le pagara a su viuda aproximadamente 35,000 dólares; luego de verificar la existencia de una relación causal entre su muerte y el ambiente en el que trabajó por 37 años, en el que primaba una gran concentración de humo de tabaco y en el que hacía las veces de fumador pasivo.

Esta lógica aplicada por el Tribunal Laboral, podría ser válida también a nivel penal, en tanto, independientemente del tipo subjetivo: dolo o imprudencia), resulta claro que el trabajador no dispuso de su bien jurídico salud para ser afectado con el exceso de humo que imperaba en el ambiente; y que, en todo caso, cualquier disposición podría fácilmente haberse visto viciada por la necesidad de permanecer en su puesto de trabajo.

En esta línea, desde una perspectiva penal, los daños causados a un fumador pasivo, sin su consentimiento válido (sea ya porque no consintió expresamente o porque no conoció de las consecuencias negativas de ser un fumador pasivo), harán que dicho consentimiento no pueda ser considerado una causa de atipicidad penal; pudiendo existir responsabilidad penal por lesiones o por homicidio (según sea el caso), en el fumador activo que generó una afectación a su salud<sup>1087</sup>.

---

<sup>1087</sup> Ello, con independencia de la responsabilidad civil que puede existir entre el fumador activo, el fabricante de cigarrillos, el distribuido e incluso el vendedor; aspectos que no son objeto del presente trabajo.

### **1.1.3.2. Validez del consentimiento en la decisión que da inicio, por primera vez, al consumo de cigarros y los problemas de adicción que ésta genera**

Respecto al cigarro, considero que existen serias dudas respecto a si, cuando el fumador activo opta por su consumo, realmente conoce los alcances perniciosos del mismo; lo que, en principio, sí ameritaría una intervención estatal a efectos de garantizar la validez del consentimiento brindado por parte del titular del bien jurídico salud individual.

Ello, debido a que el negocio y los intereses económicos de las tabacaleras las hacen recurrir a campañas mediáticas contundentes, al uso de mercadotecnia y a una extraordinaria publicidad para confundir a los potenciales consumidores y promover el consumo de sus productos. Se pretende vender al cigarro como sinónimo de "status", de "distinción", de "adaptación a un círculo social", entre otros; invirtiendo las tabacaleras en costosas campañas de marketing para tal efecto<sup>1088</sup>, y generando con ello un consentimiento viciado que no responde a la real voluntad del titular.

Prueba de ello es lo ocurrido en el **caso A ("Tabacalera responsable de muerte de fumador")**, en el que el jurado

---

<sup>1088</sup> "Con 13,4 millones de euros, Altadis se pone a la cabeza en la lista de tabacaleras que más invierten en publicidad. Le siguen Philip Morris con un gasto publicitario de 10,19 millones de euros, la británica British American Tobacco con 7,1 millones de euros y Japan Tobacco International con 5,7 millones de euros. Entre las cuatro principales tabacaleras se suman 36,56 millones de euros en gasto publicitario". En: «<https://www.marketingdirecto.com/anunciantes-general/anunciantes/altadis-es-la-tabacalera-que-mas-gasta-en-publicidad>», fecha de publicación: 15 de marzo del 2006, fecha de consulta: 22 de enero del 2017.

de Florida Sur otorgó a favor de la viuda del fumador activo que falleció por cáncer de pulmón, la suma de 23,600 millones de dólares, por haberse demostrado que la empresa tabacalera R.J. Reynolds Tobacco había conspirado para ocultar la naturaleza adictiva del tabaco y el peligro que generaba para la salud.

En torno a estos supuestos, en tanto se logre demostrar que el sujeto, efectivamente tomó su decisión sin conocer todos los efectos nocivos que para su salud el consumo de cigarrillos podía generar, indefectiblemente nos encontraremos frente a un consentimiento que nunca podrá ser considerado eximente de responsabilidad penal, por no contar el titular del bien jurídico con toda la información necesaria para disponer sobre su salud.

En estos casos, soy de la opinión de que para considerar al consentimiento del titular como causa de atipicidad penal en un delito de lesiones o de homicidio producido por el consumo de cigarrillos; será indispensable que quienes fabrican, venden y/o distribuyen los productos (empresas tabacaleras) demuestren que cumplieron con brindar al afectado toda la información negativa relevante para su salud, recayendo en ellos la carga de la prueba; caso contrario, podrían responder penalmente por los desvalores de resultado causados.

Por ello, considero acertado el criterio establecido por el Tribunal Supremo de Florida en el **caso A ("Tabacalera responsable de muerte de fumador")**, el que ha establecido como elementos suficientes para acreditar el daño que el tabaco genera a una persona: la adicción al mismo y que su consumo haya causado su enfermedad o muerte. Estos criterios utilizados

en este caso civil, pueden también ser aplicados en el ámbito penal para determinar la existencia o no de un delito de lesiones o de homicidio, en los casos en los que el fumador activo se haya iniciado en el consumo de cigarrillos sin contar con la información suficiente respecto de todos los alcances negativos y adictivos que éste genera o sin contar (en la decisión de consumo inicial) con la capacidad suficiente para tomar dicha decisión, como por ejemplo ocurre con los menores de edad, quienes -en muchos casos- carecen de la madurez necesaria que les permita entender los efectos nocivos del cigarrillo.

En el **caso A ("Tabacalera responsable de muerte de fumador")**, probablemente las imputaciones de la viuda se circunscribieron al ámbito civil y no al penal, por haber fallecido su esposo aproximadamente 15 años antes de que ella decidiera acudir a los tribunales (plazo en el que podría tener relevancia la prescripción del delito).

Ahora bien, además de los problemas de falta de información necesaria para emitir un consentimiento válido para el consumo de cigarrillos (o de capacidad para la decisión inicial de consumo), también existen diversos cuestionamientos respecto a la real capacidad del titular del bien jurídico en el mantenimiento de su decisión. Esto último, debido a los efectos adictivos que se ha demostrado científicamente que el cigarrillo genera<sup>1089</sup>.

---

<sup>1089</sup> SÁNCHEZ MECA, Julio; OLIVARES RODRÍGUEZ, José y Ana Isabel ROSA ALCÁZAR. El problema de la adicción al tabaco: Meta-análisis de las intervenciones conductuales en España. Revista Psicothema, volumen 10, Nº 3, 1998, p535-549, en: «<http://www.psicothema.com/pdf/185.pdf>», fecha de consulta: 22 de enero del 2017.

En esta línea, el Instituto Nacional sobre el Abuso de Drogas de los Estados Unidos de Norteamérica<sup>1090</sup> señala que *"La mayoría de los fumadores cree que el tabaco es dañino y expresa un deseo de querer disminuir o dejar de consumirlo. Alrededor de 35 millones de fumadores intentan romper con el hábito cada año"*<sup>1091</sup>.

En estos casos, considero que no es posible considerar que exista un real consentimiento respecto del consumo de cigarros y de la lesión del bien jurídico salud, por existir un problema de capacidad que vicia la decisión del titular del bien jurídico de mantener el consumo de dicho producto: el fumador activo realmente desea dejar de consumir cigarros, pero no puede hacerlo por los efectos adictivos que éste genera.

Por ello, resulta fundamental establecer si la decisión de consumo de cigarros inicial fue dada o no mediante un consentimiento válido:

- a) En los casos en los que no se hayan cumplido todos los requisitos de validez para la emisión del consentimiento en la toma de decisión de consumo inicial (no existió información suficiente respecto a la calidad adictiva, existió información engañosa, el sujeto no contaba con la capacidad de entender los efectos adictivos que generaría, entre otros), siempre podrá establecerse la existencia de un delito de

---

<sup>1090</sup> El Instituto Nacional sobre el Abuso de Drogas es uno de los 27 institutos y centros que forman parte de los Institutos Nacionales de la Salud (NIH), del Departamento de Salud y Servicios Humanos de los Estados Unidos. Ver: «<https://www.drugabuse.gov/es/acerca-del-nida>», fecha de consulta: 22 de enero del 2017.

<sup>1091</sup> «<https://www.drugabuse.gov/es/publicaciones/serie-de-reportes/adiccion-al-tabaco/es-adictiva-la-nicotina>», fecha de consulta: 22 de enero del 2017.

lesiones o de homicidio, independientemente de que, una vez generada la adicción, el titular del bien jurídico haya sido informado de los efectos adversos que el cigarro puede generar y decida continuar el consumo.

- b) En los casos en los que el sujeto haya consentido válidamente en la decisión inicial de consumir cigarrillos, incluso a pesar de conocer de las consecuencias adictivas que este producto le generarían a futuro, dicho consentimiento inicial abarcará también un consentimiento respecto de la adicción; lo que hará que el consentimiento sí pueda operar como causa de atipicidad respecto de cualquiera de las futuras lesiones o muerte de la que pueda padecer el titular del bien jurídico: al dar su consentimiento sobre el consumo inicial, consintió también válidamente sobre los riesgos de caer en una adicción, auto poniéndose en peligro con pleno conocimiento y en pleno ejercicio de su libertad de elección, conforme con su ética personal.

De lo expuesto, y tomando en cuenta las dificultades existentes en torno a la validez del consentimiento para la toma de decisión inicial respecto al consumo del cigarro, y los problemas de adicción que el mismo genera, resulta indispensable que el Estado adopte ciertas medidas paternalistas que garanticen la validez en la emisión del consentimiento como eximente de responsabilidad penal; sin que ello implique una total prohibición que, en definitiva, sí afectaría la libertad de elección -conforme con una ética propia- de algunos ciudadanos.

Así, si bien en un Estado que respeta la libertad de elección de las personas no es posible prohibir del todo la venta de cigarrillos; ello no impide que se puedan imponer determinadas restricciones orientadas a desincentivar su consumo y a hacer que la decisión del individuo resulte en una decisión válida y reflexionada.

### **1.1.3.3. A manera de conclusión: Medidas que buscan garantizar un consentimiento válido en los fumadores activos y a evitar daños para quienes se exponen al humo del tabaco (fumadores pasivos)**

Con el "Convenio marco de la Organización Mundial de Salud para el Control del tabaco", del que la mayoría de países es parte<sup>1092</sup>, los diversos Estados (incluyendo España y Perú) se han comprometido a incorporar en su normativa interna una serie de medidas orientadas a limitar la difusión mundial del tabaco; lo que también implica garantizar que la elección de los consumidores respecto a su consumo inicial sea una decisión plenamente consciente y conforme con los requisitos de validez exigidos para que el consentimiento sea considerado una causa de atipicidad penal.

En el artículo 4, el referido Convenio establece, como uno de los principios básicos que guiará a las partes, que: "***Todos deben estar informados de las consecuencias sanitarias, la naturaleza adictiva y la amenaza mortal del consumo de tabaco y de la exposición al humo de tabaco y se deben contemplar en***

---

<sup>1092</sup> El listado de países parte y la fecha en la que entró en vigencia este convenio en los mismos, puede verse en: «[http://www.who.int/fctc/signatories\\_parties/es/](http://www.who.int/fctc/signatories_parties/es/)», fecha de publicación: 10 de enero del 2017, fecha de consulta: 22 de enero del 2017.

*el nivel gubernamental apropiado medidas legislativas, ejecutivas, administrativas u otras medidas para proteger a todas las personas del humo de tabaco”.*

Este principio es fundamental porque garantiza que el consentimiento que el ciudadano brinde respecto al consumo del tabaco sea plenamente informado y porque también garantiza que quien acepta exponerse al humo generado por el cigarro, lo haga con pleno conocimiento del impacto que ello puede generar en su salud. Por esta razón, se ha convertido en una guía orientadora para la introducción de medidas legislativas paternalistas (legítimas) en los Estados parte, las que buscan informar claramente a la población sobre los efectos negativos del cigarro y, con ello, desincentivar su consumo.

En el artículo 6, el Convenio también establece una serie de medidas relacionadas con los **precios e impuestos**, orientadas a reducir la demanda del tabaco sobre todo en los jóvenes; grupo en el que normalmente se encuentran los vicios de consentimiento respecto a la decisión inicial de consumo de cigarros.

Respecto a la **exposición al humo** y los riesgos a la salud de los **fumadores pasivos**, el artículo 8, numeral 2 señala: *"Cada Parte adoptará y aplicará, en áreas de la jurisdicción nacional existente y conforme determine la legislación nacional, medidas legislativas, ejecutivas, administrativas y/u otras medidas eficaces de protección contra la exposición al humo de tabaco en lugares de trabajo interiores, medios de transporte público, lugares públicos cerrados y, según proceda, otros lugares*

*públicos, y promoverá activamente la adopción y aplicación de esas medidas en otros niveles jurisdiccionales”.*

Esta medida se encuentra orientada a garantizar que quienes no son fumadores activos no se vean expuestos, sin su consentimiento, al humo que el cigarro genera. Es por ello que, en la gran mayoría de países parte, se han recogido normas que prohíben el consumo de cigarros en lugares públicos, lo que constituye un gran avance respecto a la protección de la salud individual que el Estado debe garantizar a todos sus miembros. Hoy en día, quien desea asistir a un bar o a una discoteca, ya no tiene que verse obligado a respirar las grandes concentraciones de humo de cigarro que otros asistentes (fumados activos) generan en el lugar; así como tampoco tienen que hacerlo quienes trabajan en un casino o en un lugar público cerrado (como ocurrió en el **caso A**), garantizándose así su derecho al trabajo y a su salud individual.

No obstante lo expuesto, considero que, en torno a la protección de quienes se ven expuestos al humo del cigarro, aún queda mucho por hacer. Soy de la opinión que, de *lege ferenda*, la regla normativa general debe orientarse a la prohibición total del cigarro, presumiéndose que ningún ciudadano otorga su consentimiento para ser fumador pasivo; y promoviéndose normas que, sólo por excepción y siempre y cuando se garantice que no se perjudicará a ningún tercero, permitan a los fumadores activos fumar en ciertos lugares determinados por la ley.

Así, me parece un sin sentido que se prohíba fumar dentro de un lugar público, pero que se permita fumar en los exteriores

del mismo, debido a que, por las características del cigarro, es inevitable que el humo ingrese al local y/o que perjudique a los transeúntes que circulan por los exteriores del lugar: la exigencia de fumar al aire libre no elimina los riesgos para la salud individual de terceros, que hacen las veces de fumadores pasivos. También me parece un despropósito que en ciertos lugares públicos, dentro de un mismo inmueble, se coloquen ambientes para fumadores y para no fumadores: este tipo de disposiciones se encuentran muy lejos de garantizar una interferencia ilegítima y no consentida en la salud individual de todos los miembros del Estado.

Por otro lado, con la finalidad de garantizar que en el consumo inicial del cigarro (primera vez), el consentimiento del titular del bien jurídico salud realmente responda a lo que busca alcanzar para su realización; la Convención también ha establecido una serie de disposiciones orientadas a la difusión de la información necesaria y relevante para consentir. Así, establece disposiciones en torno a:

- El etiquetado y empaquetado de los productos de tabaco, los que no sólo deben contener la información relativa a los efectos nocivos y adictivos para la salud, sino también abstenerse de promocionar el producto de manera falsa, equívoca o engañosa (artículo 11 de la Convención).
- La prohibición de toda forma de publicidad, promoción y patrocinio del tabaco o, en su defecto, la creación de restricciones a todo tipo de publicidad (artículo 13 de la Convención).

- La prohibición de venta a menores de 18 años (artículo 16 de la Convención).
- Entre otras que buscan desincentivar el consumo del tabaco y garantizar el derecho a la salud de todos los miembros del Estado.

Las recomendaciones establecidas en el Convenio han sido recogidas por los Estados español y peruano mediante la creación de normas en su legislación interna:

Así, por ejemplo, en España se encuentra la Ley 28/2005 del 26 de diciembre del 2005, que tiene por objeto regular las operaciones al por menor, en la venta, suministro y consumo de los productos del tabaco, así como la publicidad, promoción y patrocinio de dichos productos, con la finalidad de proteger la salud de la población, y promover los mecanismos necesarios para la prevención y control del tabaquismo. En esta norma se recogen varios de los compromisos asumidos en el Convenio marco para el Control del tabaco, como las referidas a la publicidad, a la prohibición de venta a menores, al suministro de información respecto a los efectos negativos y adictivos del tabaco, entre otras.

En Perú, se encuentra la Ley 28705 – Ley General para la Prevención y Control de los riesgos del Consumo del tabaco, que fue modificada por la Ley 29517 de abril del 2010, con la finalidad de proteger a los individuos de la exposición al humo del tabaco y mejorar las advertencias sobre el daño a la salud que produce el fumar, en cumplimiento del Convenio Marco para el Control del Tabaco. En esta norma también se recogen

las disposiciones establecidas en el Convenio, incorporándose, entre ellas, la obligatoriedad de colocar un cartel en todos los lugares en los que se encuentra prohibido fumar, que diga textualmente lo siguiente: *"Está prohibido fumar en lugares públicos por ser dañino para la salud. Ambiente 100% libre de humo de tabaco"*<sup>1093</sup>.

Conforme se ha señalado, si bien considero que con la introducción de los acuerdos establecidos en el Convenio se ha avanzado en cuanto a la adopción de medidas paternalistas justificadas, orientadas a garantizar la validez del consentimiento y a evitar la lesión de la salud de terceros (fumadores pasivos); de *lege ferenda* es indispensable cambiar la lógica en torno a la permisión del consumo de cigarros.

Como ejemplo, puede verse lo regulado en el artículo 6 (Limitaciones al consumo de los productos del tabaco) de la norma española (Ley 28/2005), la que establece: *"El consumo de productos del tabaco deberá hacerse exclusivamente en aquellos lugares o espacios **en los que no esté prohibido**"*. Considero que, a la luz de los efectos perniciosos que el tabaco, sin su consentimiento, puede generar en fumadores pasivos; la norma no debería permitir el consumo del tabaco en los lugares en los que **no esté prohibido**, sino únicamente, en los lugares en **los que esté permitido por ley**; cambiando con ello la lógica de permisión y garantizando aún más la no afectación de terceros (fumadores pasivos) con el humo que es generado por los fumadores activos: sólo se podría consumir tabaco en los

---

<sup>1093</sup> Artículo 4 de la Ley 29517.

lugares indicados por el legislador, lo que reduciría las posibilidades de afectación a la salud de los terceros.

Por último, respecto a los menores o personas que no cuentan con capacidad para consentir sobre exponerse o no al humo del cigarro, conforme se ha señalado para el caso de todos los fumadores pasivos, considero que -a efectos de una regulación futura- **debe presumirse la inexistencia de consentimiento**, sin que aquí pueda valerse el consentimiento de su representante: no es posible la subrogación de un tercero para la toma de una decisión que, además de no beneficiar en nada al titular del bien jurídico incapacitado para consentir, lo perjudica.

Soy de la opinión que, en un modelo de Estado constitucional moderno, estos lineamientos serán de utilidad para una futura modificación normativa en la materia, que permita viabilizar la autorrealización de todos sus miembros.

## **1.2. Consentimiento en el riesgo de lesión de un bien jurídico: Consentimiento potencial**

Como se ha detallado en el apartado 2.2.2.2.3. del tercer capítulo ("Consentimiento potencial"), existen supuestos en los que el titular del bien jurídico no consiente en la lesión de un bien jurídico, sino, únicamente, en el riesgo potencial que supone la realización de un determinado desvalor de acción; otorgando un **consentimiento potencial** respecto de un resultado que no desea, pero que prevé que pueda ocurrir.

En estos casos, el sujeto actúa con la esperanza de que no se concrete el resultado lesivo, pero brindando un consentimiento respecto del riesgo de que ocurra: el titular no consiente en la lesión, pero sí en el riesgo de lesión.

El consentimiento potencial será de utilidad para dar respuesta a todos los casos en los que de por medio se encuentre la realización de un **injusto imprudente**, en los que la disposición gira en torno al consentimiento en la vulneración de un deber objetivo de cuidado (actuación antijurídica o que implica la vulneración de un deber de garante); así como todos los casos en los que el sujeto consienta respecto de las consecuencias (riesgos) que se puedan producir de la realización de una **actuación dolosa** (no necesariamente antijurídica), en el que el resultado lesivo no es querido, pero sí visualizado y aceptado por el titular del bien jurídico como un riesgo potencial (**consentimiento en una actuación dolosa que generará un riesgo de lesión**).

### **1.2.1. Consentimiento potencial en los injustos imprudentes: Accidentes de tránsito**

El consentimiento en los injustos imprudentes presupone que el titular del bien jurídico consienta en la realización de una acción contraria a derecho, es decir, en la vulneración de un deber objetivo de cuidado que se materialice en la producción de un resultado desvalorado.

En esta línea, abarca todos los casos en los que el titular del bien jurídico brinda su consentimiento para auto colocarse en riesgo o vulnera el deber objetivo de cuidado generando con ello un riesgo para su propio bien jurídico (la denominada por Roxin, al nivel de la

imputación objetiva, autopuesta en peligro dolosa de la víctima); así como todos los casos en los que el titular del bien jurídico consiente en que su bien jurídico sea puesto en peligro por un tercero, a través de la vulneración de un deber objetivo de cuidado (la denominada por Roxin, heteropuesta en peligro o puesta en peligro de un tercero aceptada por éste)<sup>1094</sup>.

En función a estos criterios, fundamentados a lo largo del presente trabajo, se analizarán los siguientes casos que a título de ejemplo se exponen:

### **Caso A: Niño muere por jugar a esquivar autos**

En la autopista Presidente Dutra que conecta a Sao Paulo con Río de Janeiro (Brasil), un pequeño de 12 años jugaba con un grupo de niños a esquivar a los autos que transitaban a gran velocidad (velocidad máxima permitida 110 km/h<sup>1095</sup>), para luego lanzarse a una pequeña laguna ubicada al lado de la autopista.

Como se aprecia en el video registrado por un testigo, los menores atravesaban repentinamente la autopista de lado a lado con el objetivo de esquivar los autos, los que se sorprendían, tocaban desesperadamente las bocinas y trataban de hacer maniobras para evadirlos. Lamentablemente, un auto de color rojo, no pudo evadir a

---

<sup>1094</sup> Ver apartado 2.2.2.3. del tercer capítulo ("Casos de autopuesta y heteropuesta en peligro (criterios de imputación objetiva) que son solucionados a partir del consentimiento potencial").

<sup>1095</sup> «<http://www.novadutra.com.br/resources/files/faq/RADARES%20RODOVIA%20PRESIDENTE%20DUTRA.pdf>», fecha de consulta: 24 de enero del 2017.

uno de ellos, quien con tan solo 12 años fue embestido y lanzado por los aires. El menor terminó en estado de coma<sup>1096</sup>.

### **Caso B: Adulto muere por no usar puente peatonal**

En la madrugada del 26 de diciembre del 2016, en Rímac (Lima – Perú), Raúl (23 años) murió atropellado por una minivan, tras intentar cruzar la vía de Evitamiento (vía de rápida circulación), por una abertura de la malla de seguridad que impide que circulen peatones, y sin utilizar el puente peatonal que se encontraba a unos escasos metros del lugar<sup>1097</sup>.

### **Caso C: Muerte en piques de carrera**

Dos muertos y un herido grave fue el resultado de la carrera de piques en la que participaron 3 amigos (24 y 26 años), la madrugada del 30 de mayo del 2016, en la ciudad de México. El sobreviviente (18 años), quien iba sentado en la parte trasera del auto, registró las imágenes con su celular. En ellas se aprecia el interior del auto, las siluetas del piloto y copiloto, y la pista iluminada sobre la que el vehículo aceleró para rebasar a los dos autos que competían a su lado y que eran conducidos por otros jóvenes.

---

<sup>1096</sup> Mayores detalles sobre este caso y el video al que se hace referencia pueden ser vistos en: «<http://larepublica.pe/mundo/744296-conmocion-en-youtube-por-nino-que-fue-atropellado-en-autopista-de-la-muerte-video>», fecha de publicación: 27 de febrero del 2016, fecha de consulta: 24 de enero del 2017.

<sup>1097</sup> Mayores detalles sobre este caso pueden ser vistos en las siguientes páginas: «<http://rpp.pe/lima/accidentes/video-joven-muere-atropellado-en-la-via-evitamiento-en-el-rimac-noticia-1019108>», «<http://www.americatv.com.pe/noticias/actualidad/rimac-joven-murio-atropellado-no-usar-puente-peatonal-via-evitamiento-n259068>», fecha de consulta: 24 de enero del 2017.

En el video se logra escuchar los ánimos que entre los 3 amigos se daban para acelerar y rebasar a sus competidores, a través de palabras como "*Dale, dale*"<sup>1098</sup>.

A partir de los casos planteados, surgen las siguientes interrogantes vinculadas con accidentes de tránsito en los injustos imprudentes: ¿sobre qué aspecto debe recaer el consentimiento para ser considerado como eximente de responsabilidad penal en los injustos imprudentes producidos por accidentes de tránsito?, ¿se debe sancionar penalmente a quien atropella al que realizó una acción contraria a Derecho y colocó a su propio bien jurídico en peligro?, ¿es relevante que quien coloca a su propio bien jurídico en peligro tenga capacidad para consentir?, ¿debe responder penalmente quien lesiona un bien jurídico, luego de que el titular del mismo diera su consentimiento para que se realizara la acción riesgosa?, ¿tiene el consentimiento relevancia en estos casos?

En los párrafos siguientes buscaré responder estas interrogantes y dar una propuesta de solución a los casos planteados:

#### **1.2.1.1. Objeto del consentimiento potencial en los accidentes de tránsito. Requisitos para su validez como causa de atipicidad**

Como se ha señalado en el apartado 2.2.1.4. del tercer capítulo ("Toma de posición: El injusto imprudente entendido como

---

<sup>1098</sup> Mayores detalles sobre este caso y el video al que se hace referencia pueden ser vistos en las siguientes páginas: «<http://rpp.pe/virales/youtube/jovenes-graban-su-muerte-en-carrera-de-piques-en-mexico-noticia-968417>», «[http://internacional.elpais.com/internacional/2016/06/04/mexico/1465070216\\_852076.html](http://internacional.elpais.com/internacional/2016/06/04/mexico/1465070216_852076.html)», fecha de consulta: 23 de enero del 2017.

desvalor de acción y desvalor de resultado”), los injustos imprudentes suponen la realización de una acción que vulnere el deber objetivo de cuidado y que se materialice en la producción de un resultado desvalorado por el Derecho penal. Por ello, en los delitos imprudentes, el objeto del consentimiento no girará en torno al resultado acontecido (en la lesión del bien jurídico), sino en la acción de riesgo que supone la vulneración del deber objetivo de cuidado (en el riesgo de lesión del bien jurídico).

En la línea de lo expuesto, en tanto en los delitos imprudentes, el resultado que se exige para la configuración del injusto debe haberse producido a partir de la vulneración del deber objetivo de cuidado (desvalor de acción), resulta indispensable -para que el consentimiento sea válido- que el mismo recaiga sobre la vulneración del deber objetivo de cuidado en sí, es decir, sobre la acción de riesgo para el bien jurídico; lo cual implica, a su vez, que el titular del bien jurídico conozca plenamente que se realizará un acto contrario al deber objetivo de cuidado, así como que con dicho acto se pondrá en riesgo su bien jurídico (requisito de información suficiente necesario para la validez del consentimiento<sup>1099</sup>).

De esta manera, para que el consentimiento pueda ser válidamente considerado como una causa de atipicidad penal en los injustos vinculados con los accidentes de tránsito, el titular del bien jurídico, que realiza, o acepta que se realice la acción que infringe el deber objetivo de cuidado; debe ser plenamente

---

<sup>1099</sup> Ver apartado 4.2.5. del tercer capítulo (“Información suficiente: Especial referencia al ámbito sanitario”).

consciente y encontrarse en plena capacidad de entender en qué consiste dicha actuación y de cuáles son los riesgos que se pueden derivar a partir de la misma; caso contrario, su consentimiento no podrá ser válido, por no haber sido emitido conforme con todos los requisitos de validez (ejemplo, por no encontrarse en capacidad de entender que infringía un deber de cuidado).

Así, por ejemplo, en el **caso A (“Niño muere por jugar a esquivar autos”)**, quien realizó la acción que vulneró el deber objetivo de cuidado fue un menor de 12 años, que claramente no ostentaba capacidad para consentir de forma válida<sup>1100</sup>, por no encontrarse en condiciones de comprender en qué consistía la vulneración del deber objetivo de cuidado, ni tampoco de visualizar los riesgos que dicha acción podía generar para su bien jurídico vida. Por ello, en este caso, no será posible apreciar la existencia de un consentimiento válido que sirva para establecer que el menor dispuso sobre su bien jurídico salud/vida; no siendo el consentimiento, en estos supuestos, útil para la determinación de la responsabilidad o no responsabilidad penal de quien atropelló al menor.

No obstante ello, en estos supuestos, tampoco será de utilidad el criterio de autopuesta en peligro dolosa de la víctima (criterio de imputación objetiva) propuesto por Roxin<sup>1101</sup>, habida cuenta de que sólo tendrá sentido analizar la imputación objetiva de un

---

<sup>1100</sup> Ver apartado 4.2.1. del tercer capítulo (“Titularidad del bien jurídico, capacidad jurídica para consentir y representación”).

<sup>1101</sup> Para este autor, es preferible recurrir al criterio de autopuesta en peligro dolosa de la víctima (criterio de imputación objetiva) para resolver los problemas vinculados con los injustos imprudentes, y no al consentimiento. ROXIN. Derecho Penal, Parte General. Tomo I... op. cit., p1034.

determinado resultado imprudente, causado por el incremento de un riesgo permitido; si, previo a ello, se logra determinar la existencia del consentimiento respecto de la realización del riesgo permitido en sí, lo que en el **caso A** no será posible, por no encontrarnos frente a un sujeto capacitado para entender los riesgos de su disposición (niño de 12 años).

Así, quien no tiene capacidad para entender en qué consiste el riesgo, ni los alcances de la vulneración de la norma de cuidado, tampoco puede válidamente auto ponerse en peligro (no puedo colocarme en peligro respecto de algo que no tengo capacidad para entender); sobre todo, cuando respecto a la cooperación en una autopuesta en peligro dolosa, el mismo Roxin señala: *"Pero en cambio, en la medida en que la víctima no sea consciente de las posibles consecuencias de su conducta negligente, no es posible la exclusión de la imputación desde el punto de vista de la autopuesta en peligro dolosa. En tanto en cuanto, sólo se podrá exonerar al autor si se asigna las consecuencias al ámbito de responsabilidad de la víctima"*<sup>1102</sup>.

En la línea de lo expuesto, debe recordarse lo señalado en el tercer capítulo. El consentimiento respecto del riesgo permitido (análisis sobre el consentimiento) y la aceptación del incremento del mismo (análisis de imputación objetiva), son dos aspectos distintos que no pueden ser confundidos, y que son analizados en dos momentos diferentes: el análisis del segundo presupone, previamente el análisis respecto del primero.

---

<sup>1102</sup> Ibid., p393.

Por ello, la solución al **caso A (“Niño muere por jugar a esquivar autos”)**, en el que el menor no era consciente de la dimensión de sus actos, no pasa ni por la aplicación del consentimiento como causa de atipicidad, ni por la aplicación de criterios de riesgo a partir de una autopuesta en peligro dolosa de la víctima; sino, por la aplicación de otros criterios de imputación objetiva, como es, por ejemplo, el –también planteado por Roxin- principio de confianza; el que, en este caso, nos llevaría a la exoneración de responsabilidad por parte del conductor y a la calificación del hecho como atípico<sup>1103</sup>.

Distintos serán los casos en los que, quien dispone de su bien jurídico, sí es plenamente consciente y capaz de darse cuenta de los riesgos que se generarán con la realización de la conducta en la que consiente (infracción de la norma de cuidado o desvalor de acción en el injusto imprudente); y, pese a ello, acepta la realización de la misma y de sus riesgos.

#### **1.2.1.2. Vulneración de normas de tránsito y efectos del consentimiento potencial sobre los riesgos: exoneración de responsabilidad del tercero**

En los casos en los que el titular del bien jurídico se encuentre conforme con la vulneración del deber objetivo de cuidado (normas de tránsito) y consienta respecto de las posibles consecuencias (riesgos) que se puedan derivar de ello, el consentimiento potencial cobrará especial relevancia y

---

<sup>1103</sup> El principio de confianza, "En su forma más general afirma que quien se comporta debidamente en la circulación puede confiar en que otros también lo hagan, siempre y cuando no existan indicios concretos para suponer lo contrario". Ibid., p1004.

exonerará de responsabilidad al tercero que cooperó o que puso en riesgo al titular del bien jurídico.

En esta línea, el consentimiento potencial generará los efectos de una causa de atipicidad cuando, a pesar de conocer los riesgos que se producirán con la infracción de la regla de tránsito:

- a) El titular del bien jurídico acepte válidamente la realización de la acción contraria al deber objetivo de cuidado, realizando el mismo dicha infracción (en la que el tercero participa cooperando); y,
- b) El titular del bien jurídico autorice o pida a un tercero que realice la acción contraria al deber objetivo de cuidado, asumiendo los riesgos de dicha infracción.

En ambos supuestos, por haberse cumplido con todos los requisitos exigibles para la validez del consentimiento potencial, éste se tornará en una causa de atipicidad penal que hará que, en caso de concretizarse los riesgos en un resultado desvalorado; se exima de responsabilidad penal al tercero que participó, cooperó o realizó el desvalor de acción (vulneración de la norma de cuidado).

En estos casos, la exoneración de responsabilidad del tercero estará sujeta a que el titular del bien jurídico consienta voluntaria y válidamente la realización de la conducta que puede generar el resultado lesivo (riesgo), y es justamente

desde dicha aceptación (consentimiento potencial), que el tercero no tendrá responsabilidad penal.

En el **caso B (“Adulto muere por no usar puente peatonal”)**, resulta evidente que Raúl era consciente de los riesgos que se generarían a partir de la infracción de la norma de cuidado (desvalor de acción en el injusto imprudente), consintiendo con sus actos no sólo en la realización de las mismas, sino también en los riesgos que éstas podían generar para su bien jurídico salud/vida.

Así, Raúl: cruzó una vía de rápida circulación por la que no existía cruce peatonal, no utilizó el puente peatonal que había sido construido para tal efecto e, incluso, aprovechó la existencia de una abertura en la malla de seguridad construida a los lados de la vía para impedir que los peatones crucen sin utilizar el puente. Todo ello, con plena capacidad para consentir, conforme con todos los requisitos exigibles para la validez del consentimiento; y, como parte de la vulneración de normas de cuidado en la que el mismo incurrió.

Por esta razón, por haber vulnerado Raúl las reglas de tránsito (el deber objetivo de cuidado) y, por tanto, consentido en los riesgos que sus acciones podían generar; no podría establecer responsabilidad penal alguna en el conductor que lo atropelló, cuya conducta devendrá en atípica gracias al consentimiento potencial de Raúl sobre el riesgo de lesión a su bien jurídico. Esto, sin perjuicio de que aquí también pueda ser de aplicación el principio de confianza planteado por Roxin; el que, además

del consentimiento potencial, también puede ser de aplicación para la solución de los injustos imprudentes.

Algo similar ocurre en el **caso C (“Muerte en piques de carrera”)**, en el que el sobreviviente que filmó el pique de autos y que se ubicó en el asiento de atrás, falleció producto del descontrol del vehículo por parte del conductor del mismo. En este caso, incluso si el conductor hubiera sobrevivido al accidente, no podría responder penalmente por las graves lesiones que le fueron causadas al amigo que iba en el asiento de atrás, por haber aceptado válidamente este último que el conductor vulnerara las normas de tránsito (normas de cuidado) y, con ello, emitido un consentimiento potencial respecto de los riesgos para su vida y/o salud; máxime cuando, conforme se puede apreciar del audio del video, él mismo incentivaba al conductor a aumentar la velocidad, a través de frases como “¡Dale, dale!”.

Así, en este supuesto, en el que quien iba en el asiento de atrás (titular del bien jurídico) consintió en que su bien jurídico sea puesto en peligro con la infracción de las reglas de tránsito por parte del conductor del coche (tercero), no podría establecerse responsabilidad penal alguna para ese último, operando el consentimiento potencial como causa de atipicidad penal.

Por último, también con ocasión del **caso C (“Muerte en piques de carrera”)**, respecto de la muerte del piloto y del copiloto del auto que se estrelló y de las lesiones de quien iba en el asiento de atrás, tampoco podría plantearse la responsabilidad penal de los conductores de los otros dos autos

que participaban en la carrera. Ello, debido a que cualquier posible cooperación en una auto puesta en riesgo de parte de los titulares de dichos bienes jurídicos, también habría sido realizada a partir de un consentimiento potencial válido otorgado por los mismos, el que recibe el tratamiento de causa de atipicidad penal.

#### **1.2.1.3. A manera de conclusión: Relevancia del consentimiento potencial en los accidentes de tránsito**

En torno a los injustos imprudentes, en los que el titular del bien jurídico acepta que se vulnere la norma de tránsito (norma de cuidado) y, con ello, brinda un consentimiento potencial válido respecto de los riesgos de lesión del bien jurídico; dicho consentimiento ostentará la naturaleza de una causa de atipicidad, dando lugar a la exoneración de responsabilidad penal de parte de cualquier tercero que haya colaborado o apoyado al titular a infringir la norma de tránsito, o haya -a su pedido o con su aceptación- realizado dicha vulneración; no pudiendo imputarle el desvalor de resultado que haya sido concretado con ocasión del desvalor de acción (infracción de regla de tránsito).

En esta línea, considero al consentimiento potencial como el mecanismo idóneo para resolver la problemática del tercero en los injustos imprudentes en los que el titular del bien jurídico conoce del potencial resultado que se generará con el desvalor de acción; insistiendo, pese a ello, en la realización de dicha conducta.

De lo expuesto, es la disponibilidad de todos los bienes jurídicos individuales aquí defendida, junto con el respeto a la dignidad de cada uno y la necesidad de que toda persona se autorrealice conforme con su ética propia, lo que legitima que el ser humano pueda elegir (consentir) en que se realice una acción que puede generar un resultado riesgoso, sin que ello implique una lesión a su bien jurídico que amerite la determinación de la responsabilidad penal del tercero que cooperó.

### **1.2.2. Consentimiento potencial de los riesgos derivados de una acción que es aceptada por el Derecho**

En estos casos, el sujeto consiente respecto de las consecuencias riesgosas de la realización de una acción que no supone la vulneración de un deber de cuidado y que, por el contrario, es aceptada por el Derecho (conforme con el ordenamiento jurídico). En estos supuestos, el posible resultado de lesión no es querido, pero sí visualizado y aceptado por el titular del bien jurídico como un riesgo que potencialmente puede materializarse en un resultado desvalorado, lo que hace que el consentimiento ostente plenos efectos de causa de atipicidad penal.

En función a este criterio pueden distinguirse los siguientes casos que se expondrán a título de ejemplo:

#### **1.2.2.1. Lesiones en los deportes**

##### **Caso A: Muerte por nocaut en cuadrilátero de box**

En setiembre del 2015, Davey Browne Jr., de 28 años, falleció en Sídney (Australia) a consecuencia de las graves heridas sufridas en un combate contra el filipino Carlo Magali, con quien disputaba el título regional de los superpluma de la Federación Internacional de Boxeo (FIB). Davey fue noqueado a 30 segundos de que concluyera el 12º round. Inicialmente recuperó la conciencia, pero luego se desplomó y fue llevado en estado crítico al Hospital, donde murió 3 días después producto de la lesión cerebral sufrida<sup>1104</sup>.

### **Caso B: Lesión tolerada en el fútbol**

El 23 de noviembre de 1969, a sus 26 años, Javier Clemente vio truncada su carrera futbolística, por una lesión que en un partido le produjo el jugador Sabadell Marañón, luego de una dura entrada que le ocasionó una rotura de tibia y peroné. Clemente controlaba el balón y Marañón entró por detrás ocasionándole las lesiones señaladas. Clemente declaró para el diario El País:

*"Fue Marañón, jugador del Sabadell, al que no culpo de nada. Fue una entrada muy dura, pero como ésa hay muchas. El partido había sido muy tenso, y estábamos todos un poco picados. Quedaba un minuto para el final cuando yo controlaba un balón; él me entró por detrás y se me rompió la pierna. (...)*

---

<sup>1104</sup> Mayores detalles sobre este caso también pueden ser vistos en las siguientes páginas: «<http://www.mundodeportivo.com/boxeo/20150914/201693300779/daveny-browne-el-pugil-fallece-tras-quedar-ko-en-un-combate.html>», «<http://mundod.lavoz.com.ar/y-mas/davey-browne-jr-el-boxeador-que-murio-tras-recibir-un-duro-nocaut>», fecha de consulta: 25 de enero del 2017.

*"Yo no me acuerdo con rencor de Marañón, ni mucho menos. El me pudo entrar duro, como hacen tantos otros, pero porque se consiente. Yo culpo a los árbitros de no atacar ese tipo de juego"<sup>1105</sup>.*

### **Caso C: Lesión no consentida en partido de Fútbol-sala**

La Audiencia Provincial de Madrid confirmó la sentencia que condenó a Ramón a 6 meses de prisión, por las lesiones que le generó a Alexander en un encuentro de Fútbol-Sala. Llegado el minuto 13 de la segunda parte del juego, y con motivo de un lance en el que Alexander logró arrebatarse el balón, Ramón se lanzó contra él, cuando este último se encontraba de espaldas y ya no tenía el balón en su poder; golpeándolo fuertemente en la pierna izquierda con los dos pies, y causándole serias lesiones.

El acta extendida por el árbitro del partido recoge expresamente: *"Ramón se dirigió al jugador contrario que tenía el balón y que se encontraba de espaldas y se lanza con fuerza y con los dos pies a los pies del otro jugador, sin intención ni posibilidad de jugar el balón e impacta en la pierna izquierda del jugador contrario Alexander y le produce una tremenda lesión"*<sup>1106</sup>.

### **Caso D: Mordida de oreja de Tyson**

---

<sup>1105</sup> Mayores detalles sobre este caso pueden ser vistos en las siguientes páginas: «[http://elpais.com/diario/1977/01/28/deportes/223254017\\_850215.html](http://elpais.com/diario/1977/01/28/deportes/223254017_850215.html)», fecha de publicación: 28 de enero de 1977 (edición impresa), «<http://www.quecrack.com/2015/02/lesiones-que-truncaron-la-carrera-de-futbolistas/2/>», «<http://fameceleste.blogspot.com.es/2013/02/maranon-el-hombre-que-acabo-con-la.html>», fecha de consulta: 23 de enero del 2017.

<sup>1106</sup> Mayor detalle del caso puede revisarse en la sentencia núm. 449/2008, emitida por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 17ª) el 13 de mayo del 2008 (JUR/2008/177283).

El 28 de junio de 1997, en la pelea de revancha de box en la que Mike Tyson intentó que el Título de Peso Completo volviera a su cintura, luego de haberle mordido ambas orejas a su contrincante Evander Holyfield, Tyson le arrancó de un mordisco un pedazo de aproximadamente dos centímetros de la oreja derecha. Producto de ello, se le quitó a Tyson la licencia de boxeo y se le multó con el pago de 3 millones de dólares (10% de la bolsa de 30 millones que correspondía a Tyson)<sup>1107</sup>.

En todos estos casos, a fin de practicar determinado deporte, el jugador y titular del bien jurídico acepta someterse a ciertas reglas de juego (actuaciones conformes con el Derecho) que suponen la creación de riesgos, brindando así un consentimiento potencial sobre los mismos.

No obstante ello, a partir de los casos planteados, surgen las siguientes interrogantes: ¿sobre qué consiente un deportista cuando acepta competir en un juego?, ¿para la validez del consentimiento es relevante el cumplimiento de las reglas de juego?, ¿se debe sancionar toda lesión que se cause a un deportista en un juego?, ¿cuándo el consentimiento potencial puede operar como causa de atipicidad en el deporte?

En los párrafos siguientes buscaré responder estas interrogantes y dar una propuesta de solución a los casos planteados:

---

<sup>1107</sup> Mayores detalles sobre este caso pueden ser vistos en las siguientes páginas: «<http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-635162>», «<http://elcomercio.pe/deporte-total/polideportivo/evander-holyfield-18-anos-mordida-mike-tyson-lo-he-perdonado-noticia-1805220>», fecha de consulta: 23 de enero del 2017.

#### **1.2.2.1.1. Objeto del consentimiento potencial: Importancia de las reglas de juego**

En los deportes, el conocimiento y cumplimiento de las reglas de juego o de competición serán de vital importancia para determinar la validez o no del consentimiento como causa de atipicidad. Ello, debido a que las mismas tienen como función: describir el objetivo del juego, explicar el procedimiento que debe seguirse para su consecución, organizar a los jugadores, determinar las medidas aceptadas que supongan lesión o riesgo para la vida del competidor, determinar las sanciones a imponer frente al incumplimiento de las reglas y, en general, asegurar el correcto funcionamiento del juego.

La importancia de las reglas de juego para su adecuado desenvolvimiento es tal que, en función del deporte que se trate, su cumplimiento es supervisado por uno o más árbitros (jueces), quienes tienen como principal función la de velar por el desarrollo correcto del juego, así como porque los jugadores cumplan a cabalidad con las reglas pre establecidas, encontrándose en la obligación de imponer las sanciones previstas en el reglamento, en caso de incumplimiento.

En esta línea, cuando los competidores aceptan participar en determinado deporte, aceptan hacerlo conforme con las reglas de juego y con los reglamentos preestablecidos y aprobados para tal efecto; brindado con ello su aceptación

respecto de todas las acciones permitidas que, además, son consideradas conformes con el ordenamiento jurídico. Con esto último, a su vez, brindan su consentimiento potencial respecto de todos los riesgos que dichas acciones permitidas puedan generar para su vida o su salud personal<sup>1108</sup>, las que, de ocurrir, serán consideradas atípicas en el ámbito penal.

Por lo expuesto, todo lo autorizado por las reglas de juego debe quedar impune en el ámbito administrativo y en el ámbito penal, por suponer la realización de acciones jurídicas que son consideradas conformes con el Derecho y con las reglas preestablecidas para determinada disciplina; concentrándose los supuestos problemáticos en torno a los casos en los que los competidores vulneran dolosa o imprudentemente una regla de juego y, con ello, generan una lesión al bien jurídico de otra persona que participa en la competición.

Así, por ejemplo, en el **caso A (“Muerte por nocaut en cuadrilátero de box”)** los golpes recibidos por el boxeador Davey Browne Jr. se encontraban totalmente amparadas y permitidas en las reglas de juego del box; habiendo consentido Browne en el riesgo de que las mismas le causaran la muerte. Este consentimiento

---

<sup>1108</sup> *“Es decir, que el riesgo para estos bienes jurídicos que puede originarse en la práctica del concreto evento deportivo no va a poder sobrepasar en ningún caso el riesgo socialmente asumido que es aquel incorporado en la elaboración y aprobación de los reglamentos deportivos por los órganos administrativos y legislativos propios del Estado social y democrático de Derecho”.* BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio Francisco. Imprudencia en la práctica del deporte e imprudencia jurídico-penal. Necesidad de delimitar un ámbito específico del derecho disciplinario deportivo. En: MORILLAS CUEVA, Lorenzo y Ferrando MANTOVANI. Estudios sobre Derecho y Deporte, Dykinson, Madrid, 2008, p52-53.

potencial en el riesgo de muerte, hace que su rival, el filipino Carlo Magali no pueda responder penalmente por la misma, operando el consentimiento en este caso como una causa de atipicidad penal.

#### **1.2.2.1.2. Infracciones de reglas de juego que, por excepción, generan riesgos de lesión amparados en el consentimiento potencial**

Ahora bien, nótese que, en tanto las reglas de competición comprenden también la imposición de sanciones frente a su vulneración, resulta evidente que el diseño y la estructura de cada deporte supone el reconocimiento y la aceptación de que dichas reglas puedan ser vulneradas por los competidores<sup>1109</sup>.

Sobre este punto, considero que, para verificar respecto de qué faltas a las reglas de competición el jugador brinda o no su consentimiento, resulta importante distinguir entre los casos en los que el jugador participa en la jugada, de los casos en los que el jugador no participa de la misma.

Así, no toda lesión debe ser tolerada por un jugador bajo la excusa de que en el reglamento se encuentra prevista una determinada sanción, siendo que dicha tolerancia y el consentimiento potencial sobre los riesgos derivados a

---

<sup>1109</sup> Así, por ejemplo, la regla 12 del fútbol de las "Reglas de Juego" de la Federación Internacional de Fútbol Asociado (FIFA), denominada "faltas e incorrecciones", prevé las sanciones a imponer frente a las infracciones a las reglas de juego cometidas por los jugadores. Ver: «[http://es.fifa.com/mm/Document/FootballDevelopment/Refereeing/02/36/01/11/LawsofthegamewebES\\_Spanish.pdf](http://es.fifa.com/mm/Document/FootballDevelopment/Refereeing/02/36/01/11/LawsofthegamewebES_Spanish.pdf)», fecha de consulta: 25 de enero del 2017.

partir de la falta en cuestión, únicamente podrán darse en los supuestos en los que la lesión haya sido producida cuando el jugador agraviado se encontraba **participando en la jugada**, y siempre y cuando la falta no haya respondido a un hecho lesivo doloso realizado con la clara intención de agredir al competidor contrario, con la más absoluta independencia de lo establecido en las reglas de juego.

Caso contrario, las lesiones o daños a los bienes jurídicos que se causen no estarán amparadas por la figura del consentimiento; debiendo responder el rival que incurrió en la infracción de la regla de juego, por las afectaciones causadas a su competidor en el ámbito penal.

Esta distinción puede apreciarse del contraste de los casos B y C. Así, en el **caso B (“Lesión tolerada en el fútbol”)**, Javier Clemente sufrió lesiones luego de que su rival Sabadell Marañón, en un momento en que el primero controlaba el balón, entrará por detrás con la finalidad de quitárselo y le rompiera la tibia y el peroné. En este caso, prueba de que se trató de una infracción a la regla de juego (no intencionada), y de que Clemente participaba en la jugada, es lo declarado por este último, quien afirmó *"Fue una entrada muy dura, pero como ésa hay muchas; (...) El me pudo entrar duro, como hacen tantos otros, pero porque se consiente. (...)";* es decir, para Clemente, la infracción por la que fue amonestado en el partido Sabadell Marañón fue realizada en el marco del juego y cuando se encontraba participando en la jugada (tenía el

balón en su poder), lo que hace que el consentimiento potencial sobre el riesgo de la lesión, que finalmente se concretizó, sí exima de responsabilidad penal al rival.

Algo distinto ocurre en el **caso C (“Lesión no consentida en partido de Fútbol-sala”)**, en el que se condenó a Ramón por las lesiones causadas a Alexander, luego de que, con motivo de un lance en el que Alexander logró arrebatarse el balón, se lanzara contra este último cuando se encontraba de espaldas, a pesar de que ya no tenía el balón en su poder. En este caso, en tanto el árbitro estableció en el acta correspondiente que Ramón se lanzó *“sin intención ni posibilidad de jugar el balón”*, fue evidente que el mismo infringió las reglas de juego cuando el agraviado ni siquiera se encontraba participando de la jugada; razón por la que el consentimiento no surtió efectos como causa de atipicidad penal y Ramón fue condenado.

En resumen, en principio, sólo las puestas en peligro o afectaciones a un bien jurídico, que sean parte de las reglas de juego (es decir, las que sean conforme con el juego), podrán dar lugar a un consentimiento potencial respecto de los riesgos que puedan generar; no pudiendo ser abarcadas por el consentimiento las afectaciones al bien jurídico (intencionadas) que se produzcan con ocasión de una infracción a la regla de juego que haya sido realizada cuando el jugador no se encontraba participando en la jugada, con la única intención de agredir y con independencia de las reglas de juego.

### **1.2.2.1.3. Tratamiento del consentimiento en función a los diferentes tipos de deportes**

Como se ha señalado, el consentimiento potencial que brinda el titular del bien jurídico individual es dado respecto de los riesgos que se generen a partir de una acción peligrosa que sea ejecutada en el marco y con ocasión del juego; excluyéndose los casos en los que el agresor haya actuado al margen de las reglas de juego y con la única finalidad de perjudicar a su rival.

No obstante lo expuesto, a fin de verificar si la infracción a la regla de juego fue ejecutada o no en el marco y con ocasión del mismo, resulta necesario precisar que existen diferentes tipos de deportes y que, en función a las características de cada uno, estos pueden implicar una mayor o un menor riesgo de afectación para el bien jurídico de deportista.

Así, el análisis en torno al consentimiento variará en función a que se trate de un deporte que no requiera contacto alguno, de un deporte de contacto o de un deporte de confrontación<sup>1110</sup>.

---

<sup>1110</sup> Se ha recogido la clasificación propuesta por Paredes Castañón, elaborada en función al grado de peligrosidad para el bien jurídico que normalmente generan las actuaciones de práctica de un determinado deporte; no obstante ello, existen otras clasificaciones. Ver: PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. Consentimiento y riesgo en las actividades deportivas. Algunas cuestiones jurídico penales. En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo XLIII, fascículo II, 1990, p639.

En el caso de los **deportes que no suponen contacto**, generalmente no se producen lesiones o afectaciones del bien jurídico del rival o contrincante; debido a que, incluso la violación de las reglas de juego, difícilmente podría generar una afectación a la salud o la vida del rival. Así, difícilmente podría pensarse la generación de riesgos de lesión del bien jurídico de un tercero en el tenis o en el atletismo, en tanto el nulo nivel de contacto entre los atletas, prácticamente elimina los riesgos de lesión respecto de los que consienten los participantes.

No obstante ello, incluso en estos deportes, también existen excepciones, como es el caso de las carreras automovilísticas, en las que si bien no existe contacto entre los pilotos que participan en la competición, la mala maniobra de uno, puede generar serias lesiones en los otros o en terceros espectadores. En estos casos, si la maniobra fue realizada en el marco de las reglas de juego (maniobra arriesgada, pero permitida) pero, a pesar de ello, generó lesiones en otro conductor; el competidor causante no responderá penalmente por las mismas, por haber consentido el lesionado en la lesión potencial que podría generar su participación en este tipo de competiciones. Pero, si el conductor realizara una maniobra temeraria, fuera de las reglas de la competición, con la única finalidad de perjudicar a su rival, sí respondería por las afectaciones a los bienes jurídicos de terceros, causados por encontrarse dichos riesgos fuera de los alcances del consentimiento potencial.

En el caso de los deportes de contacto, como el fútbol o el básquet, por requerir la práctica del mismo un gran nivel de contacto entre los rivales, los jugadores asumirán la posible realización de mayores riesgos derivados de la práctica deportiva, como por ejemplo ocurrió en el **caso B (“Lesión tolerada en el fútbol”)**, en el que Javier Clemente vio truncada su carrera futbolística por una lesión generada por Sabadell Marañón, con ocasión de la práctica del juego.

Este también es el caso del brasilero Ronaldo, quien se retiró a los 34 años lastrado por las lesiones<sup>1111</sup> y de los basquetbolistas Brandon Roy (norteamericano) y Yao Ming (chino), quienes tuvieron que retirarse producto de lesiones en la rodilla que les imposibilitaron continuar jugando<sup>1112</sup>.

Distinto tratamiento recibirán los casos en los que el competidor actúe fuera de las reglas de juego y con la única finalidad de perjudicar a su rival, como por ejemplo ocurrió en el **caso C (“Lesión no consentida en partido de Fútbol-sala”)**, en el que Ramón fue condenado por el delito de lesiones, tras haber pateado a Alexander, cuando se encontraba de espaldas y sin el balón en su poder.

---

<sup>1111</sup> En: «<http://www.taringa.net/posts/deportes/13555891/Futbolistas-que-murieron-o-que-se-retiraron-en-el-2011.html>», fecha de consulta: 20 de febrero de 2013.

<sup>1112</sup> En: «<http://www.spainsn.com/las-malditas-lesiones>», fecha de consulta: 20 de febrero de 2013.

Distinto será el caso de los **deportes confrontativos** como el boxeo, el taekwondo, la lucha libre, las artes marciales, etc; en los que, a diferencia de los deportes de contacto, las potenciales afectaciones a los competidores no se dan con ocasión de la práctica del deporte, sino por la práctica del deporte en sí.

Esto, por ejemplo, ocurre en el boxeo, en el que el competidor acepta que recaigan sobre él acciones que, si bien son consideradas peligrosas o lesionan su bien jurídico, no son consideradas antijurídicas en el ordenamiento (es decir, son conforme con el Derecho). Ello, incluso a pesar de conocer que con las mismas no sólo se generarán daños a su salud personal, sino también un eventual riesgo de muerte.

En esta línea, los boxeadores aceptan ser lesionados y que sobre ellos recaigan golpes, incluso sabiendo que los mismos ponen en grave riesgo su bien jurídico vida. Esto, en efecto, ocurrió en el **caso A ("Muerte por nocaut en cuadrilátero de box")**, en el que uno de los competidores no sólo fue lesionado en su salud individual, sino que terminó muriendo por nocaut. En este supuesto, el boxeador consintió en el riesgo potencial de muerte, razón por la que no puede atribuirse responsabilidad penal alguna al contrincante que ganó la pelea, máxime cuando todos los golpes fueron dados conforme con las reglas de juego.

Algo distinto ocurre en el **caso D (“Mordida de oreja de Tyson”)**, en el que Mike Tyson luego de saber que se encontraba perdiendo la pelea, le arrancó de un mordisco un pedazo de oreja a su rival, lo que generó que la pelea fuera detenida. En este supuesto, resulta claro que el consentimiento brindado por su competidor, no abarca riesgos que pudieran generarse fuera del marco del juego: la actuación de Tyson no se amparó en la práctica del deporte (boxeo), sino que tuvo como único fin agredir a su contrincante Evander Holyfield para evitar perder la pelea, lo que, además, fue realizado totalmente al margen de las reglas de juego. El consentimiento en el riesgo de lesión no abarca este tipo de situaciones, en las que sí cabrá imputar un delito doloso de lesión o, de ser el caso, de homicidio.

En la línea de lo expuesto, en los casos en los que el titular del bien jurídico acepte una lesión conforme a derecho que pueda traer consigo un riesgo para el bien jurídico vida (muerte), si el riesgo llega a concretizarse en la producción de un resultado desvalorado, este último será sancionado en la medida en que la actuación del deportista no se encuentre enmarcada dentro de las reglas de juego, o en la medida en que el mismo se haya producido de forma dolosa, con la única finalidad de agredir al rival.

#### **1.2.2.1.4. A manera de conclusión: Alcances del consentimiento en los deportes**

Cuando los jugadores participan en un juego, dan su conformidad respecto de todas las reglas de juego, por lo que todo lo autorizado por las mismas debe quedar impune. Así, lo permitido dentro de las reglas de juego constituirán las actuaciones conformes a derecho aceptadas por el titular del bien jurídico, dando el mismo su consentimiento respecto de todos los riesgos que puedan derivarse del cumplimiento de las mismas. Por ejemplo, en el boxeo, si la regla supone "golpear", los riesgos a la salud o la vida que puedan producirse con ocasión de dichos golpes, deben quedar abarcados por el consentimiento potencial, deviniendo en atípicos.

No obstante ello, si quien produce la afectación al bien jurídico de un jugador, lo hace luego de haber infringido las reglas de juego, totalmente al margen de las mismas y con la única finalidad de generar daños o perjudicar al rival; sí deberán aplicarse las sanciones penales previstas para dicha vulneración, por tratarse de resultados que no se encuentran abarcados dentro de los alcances del consentimiento del titular del bien jurídico.

#### **1.2.2.2. Intervenciones médico-curativas: Importancia de la voluntad del paciente**

##### **Caso A: Olvidan tijeras en el cuerpo**

En el 2008, en el Hospital Beneficencia Portuguesa, en la ciudad brasileña de Araraquara, un médico dejó olvidada en el cuerpo

de una paciente una tijera de 18 centímetros, luego de que le realizara una operación para extirparle un ovario.

Dos años después, frente a los continuos dolores reportados por la paciente, a través de una radiografía, los médicos detectaron la presencia de las tijeras en su cuerpo; por lo que se le tuvo que volver a intervenir para retirar el instrumento y, además, extraerle el ovario y parte del intestino que habían sido dañados por la presencia del cuerpo extraño metálico<sup>1113</sup>.

### **Caso B: Cesárea, extirpación de tumor y quimioterapia**

A Marina Sánchez (36 años), cuando se encontraba con 15 semanas de embarazo, le detectaron un cáncer de ovario, una enfermedad oncológica poco frecuente en periodo de gestación. Le aplicaron ciclos de quimioterapia compatible con el embarazo, y en el tercer ciclo, comprobaron que el cáncer se estaba reproduciendo otra vez.

Con 7 meses de embarazo, los médicos del Hospital Reina Sofía (Córdoba, España) le propusieron someterse a 2 operaciones por separado: una primera de cesárea y, una semana después, una segunda para extirpar los tumores aplicar quimioterapia de forma intraoperatoria.

Marina indicó a los médicos no sentir que resistiría 2 operaciones por lo que les pidió que hicieran todo en una única

---

<sup>1113</sup> Mayores detalles sobre este caso pueden verse en la siguiente página web: «<http://www.planetacurioso.com/2011/04/06/cirujanos-olvidan-unas-tijeras-en-el-estomago-de-una-mujer-por-2-anos/>», fecha de publicación: 6 de abril del 2011, fecha de consulta: 29 de enero del 2017.

operación, brindando su consentimiento para ello y asumiendo el riesgo que implicaba realizar las 2 operaciones juntas. El 20 de julio del 2016 se realizó la intervención única, siendo el primer caso registrado de una embarazada con carcinomatosis peritoneal que haya podido completar su embarazo, dar a luz, ser operada y tratada con quimioterapia de su enfermedad, a la vez. La intervención fue exitosa<sup>1114</sup>.

### **Caso C: Amputan pierna equivocada**

En enero del 2010, dos médicos del hospital Sabogal de Essalud (Lima, Perú) le amputaron la pierna equivocada a un paciente de 86 años; quien, además, indica que cuando lo estaban preparando para la operación les hizo notar que la que debían intervenir era la pierna izquierda y no la derecha, repitiendo lo mismo una y otra vez, hasta quedar inconsciente por los efectos de la anestesia. Al día siguiente, le tuvieron que operar la otra pierna, debido a que la tenía gangrenada producto de la diabetes y se requería la amputación para evitar mayores riesgos para su salud.

Los médicos indicaron en su defensa que no se trató de un error, y que minutos antes de realizar la operación decidieron en una junta médica practicarle una amputación bilateral, es decir, de las dos piernas; pero que no le manifestaron nada de esto a la familia porque ésta no estaba y peligraba la vida del anciano. Alegan que en el consentimiento informado se indica

---

<sup>1114</sup> Mayores detalles sobre este caso pueden verse en: JOSÉ RAYA, María. Reportaje: "En Córdoba se produjo el milagro", publicado el 27 de enero del 2017 en: «[http://www.diariocordoba.com/noticias/temadia/cordoba-produjo-milagro\\_1117839.html](http://www.diariocordoba.com/noticias/temadia/cordoba-produjo-milagro_1117839.html)», fecha de consulta: 27 de enero del 2017.

que se realizará una amputación supracondílea (por encima de la rodilla), sin especificar pierna izquierda o derecha, lo que hacía que el consentimiento abarcara a ambas piernas<sup>1115</sup>.

#### **Caso D: Esterilización forzada no consentida**

El 7 de setiembre de 1998, la señora R.A.E. (22 años, 2 embarazos y 1 hijo) ingresó a la sala de partos del Hospital Departamental de Huancavelica (Perú) para que se le practicara una cesárea. Había sido diagnosticada de un cuadro de pre eclampsia severa, por lo que ingresó al hospital en mal estado, con confusión y somnolencia.

La señora R.A.E. indica que cuando estaba en trabajo de parto, sin decirle de lo que se trataba, le hicieron firmar una hoja de consentimiento informado para anticoncepción quirúrgica, practicándole una ligadura de trompas. Esto coincide con la anotación efectuada en la parte posterior de la hoja de emergencia por el médico responsable de la operación, quien registró "(...) *Camino a la sala de operaciones, la paciente y su esposo solicitaron la esterilización quirúrgica*".

El referido médico manifestó que en ese momento explicó a los padres que el feto por nacer tenía poca oportunidad de

---

<sup>1115</sup> Mayores detalles del caso en los siguientes reportajes periodísticos: ZULOETA, Cecilia. Reportaje titulado: "Le amputan pierna sana por equivocación en Hospital del Callao", América Noticias, en: «<https://www.youtube.com/watch?v=CZ7KM6QKgwQ>»; "Sentencian a cuatro años de prisión a médicos que amputaron pierna equivocada" – Entrevista a médicos que amputaron por error pierna a anciano (Parte 1), Primera Noticia, ATC, en: «<https://www.youtube.com/watch?v=S7bsLj2MBIQ>»; Entrevista a Carmen Villanueva, hija de anciano al que le amputaron la pierna en el hospital Sabogal, América Noticias, en: «[https://www.youtube.com/watch?v=Yo-KBoLew\\_o](https://www.youtube.com/watch?v=Yo-KBoLew_o)», fecha de publicación: 16 de agosto del 2012, fecha de consulta: 27 de enero del 2017.

sobrevivir, pese a lo cual supuestamente estos se ratificaron en su decisión. Lamentablemente, el bebé falleció en la cesárea, pese a lo cual igual le practicaron la ligadura de trompas<sup>1116</sup>.

Las intervenciones médico-curativas son realizadas con una finalidad paliativa o curativa, es decir, buscan mejorar la salud del paciente; quien, sin recibir el tratamiento médico, incluso podría morir. Esto es lo que se aprecia en los casos citados, en los que las actuaciones médicas estuvieron orientadas a mejorar la salud del paciente o a evitar que la misma siguiera deteriorándose o corriendo riesgos a futuro.

No obstante ello, lamentablemente, los médicos no siempre consiguen el objetivo propuesto, lo que hace que surjan las siguientes interrogantes: ¿toda intervención médico-curativa supone una lesión al bien jurídico salud?, ¿el médico debe responder penalmente cuando el resultado conseguido con la intervención no implique mejora en la salud del paciente?, ¿sobre qué consiente el paciente en una intervención médico-curativa?, ¿qué requisitos se deben de cumplir para que el consentimiento en una intervención médico-curativa sea válido?

#### **1.2.2.2.1. Relevancia del consentimiento en las intervenciones médico-curativas**

---

<sup>1116</sup> Mayores detalles del caso pueden revisarse en el Informe N° 27, elaborado por la Defensoría del Pueblo del Perú: La aplicación de la anticoncepción quirúrgica y los derechos reproductivos II. Casos investigados por la Defensoría del Pueblo, capítulo IV, apartado 1.1.1, Series Informes Defensoriales, agosto 1999, Lima, p6-7. El informe se encuentra publicado en la siguiente página web: «[http://www.defensoria.gob.pe/modules/Downloads/informes/defensoriales/informe\\_27.pdf](http://www.defensoria.gob.pe/modules/Downloads/informes/defensoriales/informe_27.pdf)», fecha de consulta: 27 de enero del 2017.

Como ya se ha señalado, en un Estado constitucional moderno, todos los bienes jurídicos penales individuales, incluyendo a la salud personal, son disponibles; protegiéndose no sólo el sustrato material que los conforma (vida, salud, propiedad, etc), sino también la posibilidad de disposición del mismo (libertad de elección).

De esta manera, en torno al bien jurídico salud puede afirmarse que el Derecho penal sólo podrá intervenir para su protección cuando se afecte tanto su sustrato material (salud), cuanto la posibilidad de disposición respecto del mismo. Así, en todos los casos en los que medie un consentimiento válido, es decir, en los que el titular del bien jurídico disponga del sustrato material salud, dicho consentimiento constituirá una causa de atipicidad que supondrá la inexistencia de lesión o puesta en peligro del bien jurídico salud individual, por no haberse afectado uno de sus componentes: la libre elección sobre el sustrato material<sup>1117</sup>.

No obstante lo expuesto, debe tomarse en cuenta que cuando el titular del bien jurídico salud otorga su consentimiento para la realización de la intervención médico-curativa y, con ello, respecto de los riesgos que supone esta última, lo hace presuponiendo que el médico o el equipo médico que tenga a su cargo la intervención, realizará sus funciones conforme con los protocolos

---

<sup>1117</sup> Conforme lo he señalado en el apartado 1.1.2.2. del presente capítulo ("Especial referencia al delito de lesiones en España"), no considero posible realizar una lectura literal del artículo 155 del Código penal español en el marco de un modelo de Estado liberal.

médicos establecidos, la diligencia debida, las reglas de la *lex artis* y cumpliendo con todas las obligaciones que siempre le son exigibles en una intervención; de manera que, el consentimiento que brinda el paciente no es un mero consentimiento en la realización de una intervención orientada a beneficiar a su salud, sino en la realización de una intervención médico-curativa conforme con las reglas de cuidado preestablecida en el ámbito sanitario.

Así, la sola existencia de un documento que acredite que el paciente brindó un consentimiento informado válido, no será suficiente para eximir automáticamente de responsabilidad penal al médico o al equipo médico que participó en una intervención; en tanto, la validez del consentimiento como causa de atipicidad en las operaciones médico-curativas siempre estará supeditada a que el profesional de la salud haya actuado con los mínimos exigidos para el ejercicio de su profesión.

En efecto, el consentimiento potencial surtirá los efectos de una causa de atipicidad, cuando la intervención médica se haya realizado dentro de los márgenes del riesgo permitido, por constituir el resultado desvalorado un caso fortuito derivado de los riesgos inherentes a la operación, que fueron previamente aceptados por el paciente a partir del consentimiento informado. En estos supuestos no será posible establecer la existencia de responsabilidad penal, por no existir una vulneración del deber de cuidado (injusto imprudente), ni la realización de una acción u

omisión (injusto doloso), orientada a perjudicar el bien jurídico del titular.

Mientras que, el consentimiento potencial sobre el riesgo a la salud carecerá de relevancia penal cuando el profesional sanitario haya incrementado el riesgo permitido o haya creado un riesgo prohibido y no autorizado en el consentimiento brindado con ocasión de la intervención; supuestos en los que el médico tendrá que responder penalmente por los resultados desvalorados causados al paciente.

Por ejemplo, en el **caso A: (“Olvidan tijeras en el cuerpo”)**, la paciente brindó un consentimiento potencial respecto de los riesgos que se generarían con ocasión de la intervención médico-curativa en la que se le extirparía un ovario, en el entendido de que la misma sería realizada conforme con la diligencia debida propia de una operación médica de este tipo; lo que, lamentablemente, no ocurrió debido al olvido del médico encargado, de una tijera de 18 centímetros dentro de su cuerpo.

Por ello, en este caso, no sería posible afirmar que las lesiones que durante dos años le causó el cuerpo metálico extraño a la referida paciente (tuvieron que extirparle el otro ovario y parte del intestino) fueron consentidas por el consentimiento que inicialmente brindó y firmó para que le extraigan el primer ovario; en tanto dicho consentimiento no se dio para la mera extirpación de un ovario, sino para

la extirpación del mismo conforme con las reglas de la *lex artis* y la diligencia debida.

Por lo expuesto, en el **caso A: ("Olvidan tijeras en el cuerpo")**, el médico y el equipo médico responsable de la vulneración de la regla de cuidado, deberán responder por las lesiones causadas a la paciente (extirpación del otro ovario y de parte del intestino); atribuyéndose al o a los responsables el delito de lesiones en su modalidad imprudente.

Recuérdese que el consentimiento potencial únicamente abarca los riesgos derivados de la intervención médica, pero no los riesgos añadidos por la falta de diligencia debida por parte del médico o del personal médico encargada de su ejecución.

Ahora bien, también existen casos en los que la vulneración de las reglas de cuidado (*lex artis*) es autorizada por el mismo paciente, quien consiente respecto de la creación del riesgo prohibido o respecto del incremento del riesgo permitido. Ello, ocurre, por ejemplo, en el caso en que un paciente "(...) *prefiere ser operado en un lugar que le resulte más cómodo por razones de proximidad geográfica pese a que el centro en cuestión no cuente con todas las condiciones necesarias para el tipo de operación de que se trate, o el supuesto en el que el sujeto desea ser intervenido por un médico que no está cualificado para la intervención pero que, sin embargo, le*

*merece tanto confianza al paciente que quiere que sea él quien le intervenga*<sup>1118</sup>.

En estos casos, el consentimiento del paciente abarca no sólo los riesgos inherentes a la intervención médica, sino también otros riesgos que suponen la vulneración de las reglas de cuidado propias de la intervención. De ser este el supuesto, y de haberse producido un resultado desvalorado, el consentimiento podrá operar como causa de atipicidad penal, únicamente en tanto haya sido brindado respecto de los peligros inherentes a la operación y respecto de los peligros adicionales generados con el incremento del riesgo introducido por el propio paciente.

Ello, siempre y cuando no quede duda alguna respecto a que el paciente, antes de brindar su aceptación, estaba en capacidad de conocer, entender y asumir los riesgos adicionales derivados del incremento del riesgo en el que consintió.

No obstante ello, considero que en estos casos, de producirse un resultado negativo (lesión/muerte) e iniciarse una investigación penal, quien tendrá la obligación de acreditar que actuó amparado en el consentimiento válido brindado por el titular del bien jurídico, deberá ser el personal médico sanitario que asumió la responsabilidad de la operación.

---

<sup>1118</sup> Ejemplos propuestos por Gómez Rivero, en: GÓMEZ RIVERO. La responsabilidad penal del médico... op. cit., p311-312.

Este último es quien deberá acreditar que el consentimiento fue válido y que abarcó no sólo los riesgos inherentes a la intervención médico-curativa, sino también, los riesgos adicionales generados con la aceptación por parte del paciente de la vulneración de ciertas reglas de *lex artis*: la carga de la prueba recae en el médico encargado de la intervención.

De no poder acreditar el médico que el paciente consintió de forma válida con toda la información necesaria y vinculada con los riesgos de la intervención; deberá responder por la vulneración del bien jurídico, no pudiendo ser considerado el consentimiento potencial como una causa de atipicidad penal.

Ahora bien, en este tipo de supuestos, en ningún caso, considero que tenga cabida la voluntad presunta, la que, dependiendo del caso, únicamente podrá operar como causa de justificación extralegal, pero nunca como causa de atipicidad, por no existir en la misma un real consentimiento por parte del paciente, sino una presunción respecto del mismo<sup>1119</sup>.

Por otro lado, en los casos en los que un médico, sin el consentimiento del paciente, hubiese realizado una intervención que hubiere generado resultados positivos

---

<sup>1119</sup> Recuérdese que la voluntad presunta es una figura distinta al consentimiento como manifestación de voluntad, y que cobra relevancia únicamente en los supuestos en los que el titular del bien jurídico se ve imposibilitado de consentir (manifestar su voluntad), presumiéndose su consentimiento en la hipótesis o ficción de que el mismo habría consentido en caso de conocer el hecho y tener la ocasión para hacerlo. Un mayor detalle puede verse en el apartado 5. del tercer capítulo ("Referencia al consentimiento presunto: Voluntad presunta como causa de justificación").

para su salud, tampoco podría afirmarse la existencia de un delito de lesiones; dado que, como se ha señalado anteriormente, el bien jurídico salud se encuentra conformado por dos aspectos (sustrato material y capacidad de disposición de dicho sustrato), siendo necesario para su lesión que se vulneren ambos aspectos del bien jurídico.

Por ello, si no existió una lesión al sustrato material del bien jurídico, lo único que podrá configurarse es una lesión a la libertad de disposición que, como mucho, podría llegar a configurar un delito de coacción (delito contra la libertad)<sup>1120</sup>; el que, dependiendo del caso, podría llegar a estar justificado a través de un estado de necesidad justificante<sup>1121</sup>.

#### **1.2.2.2.2. Consentimiento potencial sobre los riesgos derivados de la intervención: Importancia de la información clara y suficiente para el paciente**

Las intervenciones médico-curativas constituyen obligaciones de medios y no obligaciones de resultado, razón por la que el médico, en ningún caso, garantiza que la intervención termine con un resultado favorable para la salud (ejemplo, curar al enfermo). Por el contrario, a lo

---

<sup>1120</sup> En el mismo sentido, Muñoz Conde señala: "*Sin embargo, el que una intervención médica se lleve a cabo sin el consentimiento válidamente emitido por el paciente no determina automáticamente la existencia de un delito de lesiones, sino, en todo caso, de un delito contra la libertad (coacciones)*". MUÑOZ CONDE. Derecho penal. Parte especial... op. cit., p112.

<sup>1121</sup> En igual línea se encuentra Gómez Rivero, para quien "*Ciertamente, la no concurrencia del consentimiento en una actividad permitida va a tener consecuencias penales, pero no en el ámbito de las lesiones, sino a la hora de apreciar, en su caso, un atentado a la libertad del enfermo*". GÓMEZ RIVERO. La responsabilidad penal del médico... op. cit., p270.

que el médico se compromete no es a un resultado exitoso, sino, únicamente, a que seguirá todas las reglas de la *lex artis* para conseguir el mismo (ejemplo, se compromete a realizar todas las acciones médicas orientadas a su curación)<sup>1122 y 1123</sup>.

Ello implica que, cuando el paciente brinda su consentimiento, debe hacerlo teniendo en claro que existen una serie de riesgos y complicaciones que pueden hacer que no se produzca el resultado favorable deseado, sino más bien, uno negativo que podría, según sea el caso, llevarlo a la muerte; siendo obligación del médico interviniente garantizar que esos riesgos sean de conocimiento del titular del bien jurídico<sup>1124</sup>.

De ello se deduce que el consentimiento que brinda el paciente no es un consentimiento respecto del resultado desfavorable, es decir, respecto de la lesión de su bien jurídico; sino, respecto de los riesgos y complicaciones que puedan surgir con ocasión de la intervención médica, la que no necesariamente generará el resultado exitoso esperado y, por el contrario, puede llevar a la muerte: el

---

<sup>1122</sup> Respecto a la diferencia entre obligación de medios y obligación de resultados en el ámbito médico, por todos puede verse: DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón. La responsabilidad derivada de la cirugía estética en la jurisprudencia actual de obligación de resultado a obligación de medios): Consideraciones críticas. En: Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial, N°36, enero-abril del 2015, p95-101.

<sup>1123</sup> La vinculación de la intervención médico-curativa con un contrato de arrendamiento de servicios y con una obligación de medios, puede verse en: SEIJAS QUINTANA, José Antonio. Responsabilidad civil médica: ¿Obligación de medios, obligación de resultados?. En: Revista Jueces para la Democracia. Información y Debate, N° 59, julio 2007, p8ss

<sup>1124</sup> Un mayor análisis sobre el requisito de "Información suficiente" necesario para la validez del consentimiento ha sido desarrollado en el apartado 4.2.5. del tercer capítulo ("Información suficiente: Especial referencia al ámbito sanitario").

paciente brinda un consentimiento potencial sobre los riesgos y sobre la eventual lesión a su bien jurídico vida.

En este contexto, cobra especial relevancia la calidad de información que sea brindada al paciente antes de que brinde su consentimiento y de que se realice la intervención médico-curativa. Ello, en tanto es imposible decidir sobre lo que no se conoce: no es posible ejercer la libre autodeterminación sin contar con la clara y debida información.

En esta línea, para la validez del consentimiento como causa de atipicidad penal en las intervenciones médico-curativas que generen un resultado desfavorable para el paciente, es indispensable que este último haya contado con toda la información necesaria para tomar la decisión, lo que implica: conocer los riesgos inherentes a la operación o al tratamiento al que se someterá, conocer opciones alternativas existentes para su problema de salud, conocer las complicaciones operatorias y post operatorias que pueden generarse, entre otros datos relevantes y necesarios para que la decisión sea brindada en el marco de un consentimiento válido.

La información debe versar sobre los riesgos que debe atravesar el paciente, lo que hace que el consentimiento informado tenga que ser claro y expreso respecto de los riesgos que se quieren asumir. En el ámbito penal, la falta de información necesaria para la eficacia del consentimiento puede conllevar a un error referido al bien

jurídico e imputable al médico, sea ya a través de un delito contra la salud o la vida, doloso o imprudente. Esto hace que la relevancia de la exactitud de la información devenga en fundamental antes de una intervención médico-curativa.

Así, por ejemplo, en el **caso B: ("Cesárea, extirpación de tumor y quimioterapia")**, la paciente sabía de los riesgos que podían generarse con la practica de dos operaciones en una, brindando su consentimiento incluso a pesar de conocer toda la información necesaria respecto a los riesgos y complicaciones derivadas. Por esta razón, incluso aunque en este caso no se hubiera conseguido un resultado positivo y, por el contrario, se hubiera generado un resultado desvalorado, los médicos no responderían penalmente por haber dispuesto válidamente la paciente sobre su bien jurídico salud y, con ello, haber brindado un consentimiento potencial respecto de los riesgos que podían generarse con la conjunción de operaciones.

Algo distinto ocurre en el **caso C: ("Amputan pierna equivocada")**, en el que se amputó al paciente la pierna derecha y no la izquierda. En este caso, los médicos argumentaron que, minutos antes de realizar la operación, celebraron una junta médica en la que decidieron que era urgente amputar ambas piernas, lo que ellos consideran les estaba permitido por haber firmado el paciente y su familia un consentimiento informado para que se practicara una amputación supracondílea (por encima de la rodilla), sin que en éste se especificara si se hacía

referencia a la pierna izquierda, a la pierna derecha o a ambas.

Para los referidos médicos, el hecho de que el documento firmado con el consentimiento del paciente no detallase la pierna que debía ser amputada, los legitimaba a actuar; lo que constituye un sin sentido a la luz del requisito de información suficiente exigido para la validez del consentimiento como causa de atipicidad penal.

Al respecto, debe recordarse que para que el consentimiento sea válido, se debe proporcionar al paciente información clara y precisa respecto de todo lo que supone la intervención médico-curativa; no siendo aceptable la emisión de un consentimiento amplio y general, que abarque supuestos que no son de conocimiento del paciente.

Por ello, definitivamente en este caso, las argumentaciones planteadas por los médicos para justificar por qué se le amputó al paciente una pierna distinta a la que inicialmente se le había indicado que se le amputaría, no son válidas para afirmar la existencia de un consentimiento en sede penal, debiendo responder los mismos por una lesión imprudente a la salud del paciente afectado.

En torno a este caso, debe recordarse también que el paciente ostentaba el derecho a abstenerse a recibir un determinado tratamiento (aspecto que también se encuentra abarcado por el bien jurídico salud individual),

opción que nunca tuvo debido a la actuación precipitada de los médicos a cargo; quienes, al proceder a la amputación de sus dos piernas, le recortaron la posibilidad de elegir entre la amputación de sus extremidades y la no realización de la cirugía<sup>1125</sup>.

Ahora bien, existen situaciones concretas en las que el paciente desea no ser informado de los riesgos de la intervención médico-curativa recomendada por el profesional sanitario<sup>1126</sup>. En estos casos, considero que, habida cuenta de la renuncia libre y voluntaria del paciente, el consentimiento seguirá teniendo validez como causa de atipicidad penal, teniendo siempre el profesional sanitario la carga de la prueba respecto a la renuncia que haya efectuado el titular del bien jurídico. En estos supuestos, la hoja de consentimiento deberá hacer alusión expresa a la renuncia del paciente a conocer los riesgos de la intervención y a que, pese a ello, consiente en que se ejecute la misma y en los posibles resultados desvalorados para su salud o su vida.

#### **1.2.2.2.3. A manera de conclusión: Existencia de vicios que invalidan el consentimiento en una intervención médico-curativa**

---

<sup>1125</sup> Si bien en supuestos similares, es discutible la existencia de un estado de necesidad justificante que exima de responsabilidad penal al médico, no considero que ello sea aplicable a este caso, dado que -de lo que se muestra en las diversas entrevistas periodísticas efectuadas a ambas partes- no resulta claro que la pierna amputada por error realmente comprometiera la salud del paciente.

<sup>1126</sup> Este supuesto se encuentra recogido en los artículos 4 y 9 de la Ley 41/2002 (Ley de Autonomía del Paciente en España). Mayor detalle puede verse en el apartado 4.2.5. del tercer capítulo ("Información suficiente: Especial referencia al ámbito sanitario").

Conforme con lo indicado, el consentimiento válidamente emitido respecto de los riesgos derivados de una intervención médico-curativa, constituye una causa de atipicidad penal.

Ello no será de aplicación para los casos en los que el médico responsable cree un riesgo prohibido o incremente un riesgo permitido, realizando la intervención sin respetar las reglas de la *lex artis*. En estos casos, el médico tendrá que responder, a título de imprudencia, por los resultados desvalorados que se puedan producir en el paciente, por no encontrarse dichas infracciones al deber de cuidado abarcadas por el consentimiento brindado.

Ahora bien, además de los supuestos ya analizados, existen casos en los que el consentimiento es obtenido a partir de un error o de un vicio de la voluntad inducido en el paciente por el médico tratante. Cuando esto ocurre y el médico actúa con la única finalidad de obtener una prueba documental que lo exonere de responsabilidad penal y que le permita realizar la intervención, es evidente que el consentimiento no podrá operar como causa de atipicidad, debiendo responder el profesional sanitario por los resultados desvalorados que se produzcan en la salud o en la vida del paciente. En estos casos, por lo general, ya no se configurará un injusto imprudente, sino un injusto doloso (lesiones u homicidio doloso), que se configurará con independencia de los atentados a la fe pública o a otros bienes jurídicos a los que haya lugar.

Un ejemplo de ello se encuentra en el **caso D: (“Esterilización forzada no consentida”)**, en el que se consiguió que la paciente firmara el documento, a sabiendas de que no se encontraba en capacidad de siquiera leer el mismo (ingresó al hospital en mal estado, con confusión y somnolencia, y estaba siendo conducida a la sala de emergencias con ocasión del parto); lo que es reconocido por el médico responsable de la operación, al haber éste anotado en la parte posterior de la hoja de emergencia *“(…) Camino a la sala de operaciones, la paciente y su esposo solicitaron la esterilización quirúrgica”*.

Es más, en este caso concreto, la paciente señala que cuando estaba en trabajo de parto, sin decirle de lo que se trataba, le hicieron firmar un documento, el que posteriormente tomaría conocimiento que correspondía a un consentimiento informado para anticoncepción quirúrgica (ligadura de trompas); lo que revelaría una actuación intencionada de parte del médico responsable; quien, además, actuaba en el marco de una política gubernamental de control de natalidad establecida en el Perú, que imponía incentivos y sanciones para los médicos en función a un determinado número de esterilizaciones que debían practicar al mes<sup>1127</sup>.

---

<sup>1127</sup> "De acuerdo con informaciones obtenidas en documentos de órganos gubernamentales que investigaron los casos, los médicos responsables de los procedimientos tenían que cumplir metas y recibían, además de incentivos para eso, amenazas de sanciones si no cumplían tales metas". En: « <http://ftp.kaosenlared.net/territorios/80974-per%C3%BA-siguen-sin-castigo-los-responsables-de-esterilizaciones-forzadas>», fecha de consulta: 29 de enero del 2017.

En este caso, el supuesto consentimiento brindado por la paciente, en un contexto en el que evidentemente no gozaba de capacidad para consentir, hace que el mismo no ostente valor alguno; debiendo responder el médico a cargo de la esterilización por las lesiones dolosas causadas a la misma.

### **1.2.2.3. Intervenciones estéticas: ¿Existe algún límite para su práctica?**

#### **Caso A: Deformidad generada con operación de senos**

El 12 de noviembre del 2008, en la clínica Quirón (España), el médico don Adriano intervino a la paciente María Rosario con la finalidad de mejorar la apariencia de sus senos, realizándole una mamoplastia de aumento. Tras el post-operatorio se pudo observar una complicación estética no deseada consistente en una deformidad conocida como doble burbuja, y el consiguiente empeoramiento estético, muy visible y notorio de sus senos.

Para dar solución a esa deformidad, el médico le propuso a la paciente someterse a una nueva intervención, la que se realizó el 20 de marzo del 2009 sin poder subsanarse completamente la deformación; por lo que la paciente demandó al médico para el pago de una indemnización.

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda, pero la Audiencia Provincial de Valencia estimó parcialmente la impugnación, disponiendo el pago de una indemnización, por considerar que en la medicina estética, a diferencia de la

curativa, lo que se pretende alcanzar es un resultado concreto que el médico oferta al cliente; no respondiendo la intervención a una necesidad de salud del enfermo, sino a una mejora corporal, estética o funcional del propio cuerpo.

El Tribunal Supremo español rechazó lo señalado en la segunda instancia, dispuso se mantenga la sentencia de primera instancia e indicó que la cirugía estética no conlleva la garantía del resultado, no pudiendo atribuirse el fracaso de la misma al médico por el simple resultado; habiéndose acreditado en este caso que el médico actuó en todo momento de forma ajustada a la *lex artis*<sup>1128</sup>.

### **Caso B: Cirugía plástica afecta capacidad respiratoria**

En Argentina, el 29 de setiembre del 2016, la Quinta Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba dispuso que un médico indemnizara con aproximadamente 30,000 pesos, a una paciente a quien le practicó dos cirugías de nariz, por haber generado dichas operaciones estéticas una afectación a su capacidad respiratoria.

Entre sus fundamentos, la resolución establece que el formulario pre-impreso de consentimiento informado señala que: *“las complicaciones que pueden originarse en intervenciones quirúrgicas de cirugía plástica, reparadora y/o estética, son similares a las de cualquier otra operación y podrán ser tales como: inflamación, decolorización de la piel,*

---

<sup>1128</sup> Mayor detalle del caso puede revisarse en la sentencia núm. 250/2016, emitida por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo Español (Sección 1ª) el 13 de abril del 2016 (RJ 2016/1495).

*hematoma, seroma, trastornos de la conducción nerviosa periférica, tejido cicatrizal anormal, infección, necrosis, hiperpigmentación, hemorragias, fistulas; otras....., etc.; así como las complicaciones propias de la anestesia*”; pero no cumple con precisar los riesgos concretos al sistema respiratorio que implicaban las operaciones, a pesar de haber informado la paciente que ya contaba con estas dificultades, antes de realizarse la primera y la segunda operación (esta última se hizo por no haber quedado satisfecha la paciente con la primera operación).

La resolución indica que no era suficiente la firma de un formulario preimpreso con un consentimiento general y que debieron completarse los puntos suspensivos donde debían incluirse los riesgos específicos al sistema respiratorio y una constancia expresa de la posibilidad de un agravamiento de su insuficiencia respiratoria<sup>1129</sup>.

### **Caso C: Adicción a la cirugía estética**

Fulvia Pellegrino (57 años) se ha sometido a innumerables operaciones para conseguir su apariencia física actual, incluyendo más de 150 operaciones de labios y pómulos rellenos, 4 implantes mamarios y 2 rondas de liposucción; está obsesionada por parecerse a Allannah Starr, una estrella porno transexual estadounidense.

---

<sup>1129</sup> Mayor detalle del caso puede revisarse en la sentencia núm. 159, emitida por la Quinta Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba (Argentina), el 29 de setiembre del 2016, con ocasión del expediente 1558981/36. En: [www.justiciacordoba.gob.ar/justiciacordoba/fileAdjunto.aspx?id=911](http://www.justiciacordoba.gob.ar/justiciacordoba/fileAdjunto.aspx?id=911), fecha de consulta: 27 de enero del 2017.

Hace aproximadamente 17 años, resolvió realizar una transición y dejar de ser hombre para transformarse en mujer, y desde allí no ha parado de someterse a continuas operaciones, para lo que ha vendido sus coches, armas y hasta incluso una casa en Francia. Su esposa (se casó con ella antes de la transformación) la apoya en su decisión y son como hermanas.

Fulvia ha declarado expresamente: *"La cirugía plástica no es una droga, pero es algo que la gente como yo necesita. No estoy contenta con mi cara y otras partes de mi cuerpo. No voy a parar aquí, quiero seguir adelante, porque no es perfecto. Si llego a la perfección tal vez pare"*<sup>1130</sup>.

Las intervenciones estéticas, o también llamadas "intervenciones voluntarias", a diferencia de las médico-curativas, no buscan lograr la curación del paciente; sino más bien un determinado resultado en su cuerpo (una nariz determinada, un específico tamaño de pecho, una cintura más estrecha, entre otros), lo que motiva al titular del bien jurídico salud a, pese a los riesgos, otorgar su consentimiento para la intervención.

En los casos citados se aprecia que la razón de ser del consentimiento de los pacientes es su mejora estética, lo que hace que surjan las siguientes interrogantes: ¿el consentimiento

---

<sup>1130</sup> Mayor detalle de este caso puede verse en: «<http://circoviral.net/esta-mujer-transgenero-ha-gastado-mas-de-50-mil-dolares-por-su-obsesion-por-el-cuerpo-perfecto/>», fecha de publicación: 6 de enero del 2016, fecha de consulta: 27 de enero del 2017.

dado por el paciente obliga al médico a conseguir con la operación un determinado resultado en la estética del mismo?, ¿el médico debe responder penalmente cuando el resultado estético conseguido con la intervención no sea el buscado por el paciente?, ¿qué requisitos se deben de cumplir para que el consentimiento en una intervención estética sea válido?, ¿existe algún límite que impida al cirujano estético intervenir a un paciente?

En las próximas líneas se buscará reflexionar en torno a los casos propuestos y dar respuesta a las preguntas formuladas:

#### **1.2.2.3.1. El consentimiento del paciente y la obligación que asume el médico en una intervención estética**

Respecto a la obligación que asume el médico en una intervención estética (no curativa), en el ámbito civil se ha debatido ampliamente en la jurisprudencia española si la misma es una obligación de medios (vinculable a los caracteres de un contrato de arrendamiento de servicios), o una obligación de resultados (vinculable a los caracteres de un contrato de obra)<sup>1131</sup>. Esta discusión también ha sido replicada en otros ordenamientos jurídicos<sup>1132</sup>.

Inicialmente, el Tribunal Supremo Español consideraba a ésta una obligación de resultado, marcando esta

---

<sup>1131</sup> Respecto al debate jurisprudencial, por todos ver: DE VERDA Y BEAMONTE. La responsabilidad derivada de la cirugía estética... op. cit., p105ss.

<sup>1132</sup> Por todos, ver: ARBELAEZ RODRIGUEZ, Daniel. La cirugía plástica en Colombia: ¿Una obligación de medios o de resultado?. En: « <http://docplayer.es/6395551-La-cirugia-plastica-en-colombia-una-obligacion-de-medios-o-de-resultado-presentado-por-daniel-arbelaez-rodriguez-universidad-ces.html>», fecha de consulta: 30 de enero del 2017.

orientación jurisprudencial la sentencia del 21 de marzo de 1950<sup>1133</sup>, la que expresamente señaló: "*(...) el convenio que celebraron era de una operación de cirugía estética con el propósito de rectificar defectos corporales de forma, con lo que tiene más aspecto de contrato de obra que de arrendamiento de servicios y no dio el fin de embellecimiento que se perseguía (...)*"<sup>1134</sup>.

No obstante ello, incluso ya en esa sentencia, el Tribunal distinguía entre lo que en el ámbito civil se conoce como "juicio de cumplimiento" y "juicio de responsabilidad", estableciendo en dicho caso concreto que, pese a tratarse de una obligación de resultado, no existía responsabilidad en los médicos demandados por no haberse logrado desvirtuar que la operación fue correctamente ejecutada, y por no haberse logrado conseguir el resultado deseado a causa de una infección en la paciente que no podía ser atribuida a los demandados<sup>1135</sup>.

Con este antecedente jurisprudencial puede apreciarse que desde 1950 estaba claro que, a nivel civil, el mero incumplimiento no generaba responsabilidad si no iba acompañado de la culpa del demandante; lo que, llevado al ámbito penal, podría permitirnos afirmar la inexistencia de responsabilidad penal cuando el médico haya realizado

---

<sup>1133</sup> Sentencia recogida como antecedente por: DE VERDA Y BEAMONTE. La responsabilidad derivada de la cirugía estética... op. cit., p105.

<sup>1134</sup> Sentencia emitida por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo español el 21 de marzo de 1950 (RJ 1980/394).

<sup>1135</sup> "*(...) la operación fue correctamente ejecutada, y si no se produjo el resultado apetecido, fue por una infección que no puede atribuirse a descuido de los demandados (...)*". Sentencia emitida por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo español el 21 de marzo de 1950 (RJ 1980/394).

la intervención médica conforme con el deber objetivo de cuidado y sin incrementar indebidamente el riesgo permitido con la vulneración de alguna regla de *lex artis*.

No obstante ello, sí se concebía a las intervenciones estéticas como obligaciones de resultado en las que el médico se comprometía a la generación de un determinado resultado estético en sí, y no a la realización de todas las acciones conformes con el deber de cuidado para conseguirlo.

Como se aprecia, en el **caso A (“Deformidad generada con operación de senos”)**, ésta fue la línea inicialmente seguida por la Audiencia Provincial de Valencia, la que dispuso que el médico indemnice a la paciente tras señalar expresamente: *“(…) en estos supuestos la relación participa en gran medida del arrendamiento de obra, pues sin perder por completo su identidad jurídica de arrendamiento de servicios, se aproxima a dicho arrendamiento al presentarse como protagonista el resultado a lograr, lo que propicia la exigencia de una mayor garantía en la consecución del mismo, pues si así no sucediera, es obvio que el interesado no acudiría al facultativo para lograr la finalidad buscada (...) ha existido un resultado prometido y ofertado que no se ha conseguido en la forma satisfactoria y adecuada que la demandante esperaba (...)”*<sup>1136</sup>.

---

<sup>1136</sup> Sentencia número 283/2014, emitida por la Audiencia Provincial de Valencia (sección 8ª), el 7 de julio del 2014 (AC 2014/1834).

Esto fue rechazado por el Tribunal Supremo español, habida cuenta del cambio que desde aproximadamente el año 2007 ha sostenido en torno a las intervenciones estéticas<sup>1137</sup>. Así, en la sentencia del 22 de noviembre del 2007 se apartó de la doctrina seguida hasta ese momento, estableciendo que los actos de medicina estética no suponían la garantía de un resultado, salvo que este último haya sido asegurado por el profesional sanitario; e indicando: "*En el caso enjuiciado debe descartarse que haya existido un aseguramiento del resultado por el médico a la paciente, pues esta circunstancia no resulta de la narración fáctica de la resolución recurrida, y, (...), no puede deducirse del simple hecho de que nos hallemos ante un supuesto de cirugía estética*"<sup>1138</sup>.

Esta misma lógica fue aplicada por el Tribunal Supremo en el **caso A ("Deformidad generada con operación de senos")**, en el que rechazó lo indicado por la Audiencia Provincia por desconocer los pronunciamientos emitidos con anterioridad en torno a la materia, los que uniformemente señalan: "*(...) los actos de medicina voluntaria o satisfactiva no comportan por sí la garantía del resultado perseguido, por lo que sólo se tomará en consideración la existencia de un aseguramiento del*

---

<sup>1137</sup> Al respecto, mayor detalle en: DE VERDA Y BEAMONTE. La responsabilidad derivada de la cirugía estética... op. cit., p115-118.

<sup>1138</sup> Sentencia número 1194/2007, emitida por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (sección 1ª), el 22 de noviembre del 2007 (RJ 2007/8651).

*resultado por el médico a la paciente cuando resulte de la narración fáctica de la resolución recurrida*<sup>1139</sup>.

De lo expuesto, se evidencia que los conceptos recogidos por la jurisprudencia civil pueden también resultar valiosos en el ámbito penal<sup>1140</sup>, en tanto dejan en claro que, independientemente de que se considere la intervención realizada por el cirujano estético una obligación de resultados o una obligación de medios, no se le pueden atribuir responsabilidades si su actuación se dio dentro del marco de las normas de cuidado, de los protocolos médicos y de las reglas de la *lex artis*; a no ser que, hubiese pactado expresamente la garantía del resultado.

En estos casos, es decir, cuando el médico hubiese expresamente asegurado el resultado al paciente (ejemplo, una mamoplastia que no presente deformación alguna y conforme con lo previsto por el paciente), la consecuencia en el ámbito civil será distinta a la que se genere en el ámbito penal:

En el primero, se generará un incumplimiento de lo pactado en el contrato (el médico se obligó a un resultado determinado, y no a la mera prestación de un servicio),

---

<sup>1139</sup> Sentencia núm. 250/2016, emitida por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo Español (Sección 1ª) el 13 de abril del 2016 (RJ 2016/1495).

<sup>1140</sup> Recuérdese tesis ecléctica sobre la autonomía del derecho penal respecto del derecho civil. Ver apartado 3 del tercer capítulo ("Validez del consentimiento en el ámbito penal. Diferencia respecto del consentimiento en el ámbito civil").

correspondiendo por ello una indemnización económica al paciente<sup>1141</sup>.

Mientras que, en el ámbito penal, el consentimiento brindado por el paciente se habrá dado en el entendido de que el médico garantizaría el resultado exitoso de la operación; el que, si no se da, daría lugar a un vicio en su validez, por haber consentido el titular del bien jurídico sobre la base de un engaño (error en el motivo y en el fin<sup>1142</sup>). Ello, debido a que, de no haber el médico garantizado el éxito en la operación estética, probablemente el paciente no hubiere brindado su consentimiento, lo que hace que el mismo haya sido dado a partir de un vicio en la voluntad y que, por tanto, no pueda servir como causa de atipicidad, configurándose, en este caso, un delito de lesiones o de homicidio.

Respecto al tipo subjetivo, deberá apreciarse en el caso concreto si el médico garantizó el resultado confiando en que lograría conseguir el resultado o en un exceso de confianza que lo llevó a asegurarlo, supuesto en el que se le imputaría un injusto imprudente (culpa consciente); o si, por el contrario, garantizó el resultado incluso a pesar de saber que no lo conseguiría, asumiendo su producción, y con la única finalidad de convencer al paciente de aceptar la intervención médica, supuesto en el que se le imputaría

---

<sup>1141</sup> Respecto a la indemnización de daños y perjuicio en sede civil puede verse: DOMÍNGUEZ MARTÍN, Almudena. La cirugía estética como obligación de resultados. En: Lex Nova: La revista, N° 52, abril – junio del 2008, p38.

<sup>1142</sup> Este punto fue desarrollado en el apartado 4.2.2.2.1. del tercer capítulo (“Error en el motivo y en el fin”).

un injusto doloso (dolo eventual) y en el que, cabría analizarse la configuración de algún delito contra el patrimonio (léase, estafa).

De lo dicho se puede concluir que el consentimiento dado por el paciente no obliga al médico a que consiga un determinado resultado estético con la operación. El compromiso del profesional sanitario (al igual que en las intervenciones médico-curativas) únicamente gira en torno a que se realice la operación conforme con la diligencia debida, los protocolos médicos y las reglas de *lex artis* establecidas para la realización de dicha operación, no pudiendo atribuírsele responsabilidad cuando haya actuado dentro de los márgenes del riesgo permitido y consentido por el titular del bien jurídico salud/vida.

Por ello, con acierto, el Tribunal Supremo español, con ocasión del **caso A ("Deformidad generada con operación de senos")**, manifestó: *"La cirugía estética o plástica no conlleva la garantía del resultado y si bien es cierto que su obtención es el principal objetivo de toda intervención médica, voluntaria o no, y la que la demandante esperaba, el fracaso no es imputable al facultativo por el simple resultado, como aquí se ha hecho, prescindiendo de la idea subjetiva de culpa, a la que no atiende la sentencia que pone a cargo del profesional médico una responsabilidad objetiva contraria a la jurisprudencia de esta Sala"*<sup>1143</sup>.

---

<sup>1143</sup> Sentencia núm. 250/2016, emitida por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo Español (Sección 1ª) el 13 de abril del 2016 (RJ 2016/1495).

En tal sentido, el médico únicamente responderá por los resultados desvalorados producidos en una intervención estética cuando haya actuado vulnerando las reglas de la *lex artis*, debido a que dicha falta de diligencia no fue consentida por el paciente; o cuando, habiendo asegurado al paciente la obtención de un resultado exitoso, éste no se haya producido y el médico haya recurrido a un engaño que vicie el consentimiento del titular del bien jurídico (es decir, haya obtenido el consentimiento haciéndole creer al paciente que la operación sería exitosa), configurando con ello un injusto imprudente (imprudencia consciente) o un injusto doloso (dolo eventual).

#### **1.2.2.3.2. Exigencia del deber de "Información suficiente" para la validez del consentimiento en las intervenciones estéticas**

Al igual que en las operaciones con finalidad curativa, la validez del consentimiento en las operaciones estéticas también requiere que el paciente, antes de aceptar someterse a la intervención, conozca de todos los riesgos operatorios, post operatorios y complicaciones que se pueden presentar durante o con ocasión de la intervención. Con ello se garantiza que su consentimiento será informado y producto de una elección válida que implicará la selección de una alternativa.

A diferencia de las intervenciones médico-curativas, en las intervenciones estéticas, lo que principalmente se busca no

es mejorar la salud del paciente, sino conseguir una modificación estética y un resultado concreto. Por ello, si bien el cirujano plástico no se compromete a conseguir el resultado imaginado por el paciente, debe tomar en cuenta lo que éste quiere; quedando condicionado por determinadas exigencias del titular del bien jurídico. Así, por ejemplo, en una mamoplastia, el médico no podría colocar un implante anatómico de 500cc cuando la paciente consintió en que le pusiera unos de 250cc.

Esto hace que en las intervenciones estéticas se acreciente el deber de información que tienen los médicos. Así, por ser una intervención totalmente voluntaria e innecesaria para la salud corporal del paciente, éste goza de un mayor margen de elección respecto a la realización o no de la misma, pudiendo elegir válidamente y, sin repercusiones para su salud, en optar por el rechazo de la intervención.

Este mayor margen de elección incrementa el nivel de información con el que debe contar el paciente antes de elegir, de manera que su consentimiento abarque no sólo los riesgos y probabilidades respecto del cambio en su estética, sino también las posibles complicaciones que se generen y que impliquen un menoscabo futuro para su salud; razón por la que, de ninguna manera podrán aceptarse consentimientos generales que “den por entendido” riesgos que no se encuentren expresamente detallados en el consentimiento; pudiendo dicha omisión

dar lugar a la invalidez del consentimiento en sede penal<sup>1144</sup>.

Esto mismo fue establecido por el Tribunal Supremo español en el **caso A (“Deformidad generada con operación de senos”)**, en el que indicó: *“(…) Estamos ante un supuesto de medicina satisfactiva o voluntaria en el que se acentúa la obligación de informar sobre los riesgos y pormenores de una intervención que permita al interesado conocer los eventuales riesgos para poderlos valorar y con base en tal información prestar su consentimiento o desistir de la operación, habida cuenta la innecesidad de la misma, y ello, sin duda, como precisa la Sentencia de 21 de octubre de 2005, obliga a mantener un criterio más riguroso a la hora de valorar la información, más que la que se ofrece en la medicina asistencial, porque la relatividad de la necesidad podría dar lugar en algunos casos a un silenciamiento de los riesgos excepcionales a fin de evitar una retracción de los pacientes a someterse a la intervención, y esta información no fue proporcionada debidamente”*<sup>1145</sup>.

En igual línea, en el **caso B (“Cirugía plástica afecta capacidad respiratoria”)**, el Tribunal argentino rechazó la validez de un consentimiento estándar en el que no se

---

<sup>1144</sup> "En el caso de la cirugía estética, la información no sólo debe comprender las posibilidades de fracaso de la intervención, es decir, el pronóstico sobre la probabilidad del resultado, sino que también se debe advertir de cualesquiera secuelas, riesgos, complicaciones o resultados adversos se puedan producir, sea de carácter permanente o temporal, y con independencia de su frecuencia y de que la intervención se desarrolle con plena corrección técnica". DOMÍNGUEZ MARTÍN. La cirugía estética como obligación de resultados... op. cit., p37.

<sup>1145</sup> Sentencia núm. 250/2016, emitida por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo Español (Sección 1ª) el 13 de abril del 2016 (RJ 2016/1495).

consignara expresamente el riesgo de disminución de la capacidad respiratoria que las cirugías a la nariz realizadas por el médico podían generar; máxime cuando, en el formato pre impreso, la médico ni siquiera había cumplido con completar los puntos suspensivos en los que, supuestamente, debió consignar los riesgos que no se encontraran detallados en el formulario estándar<sup>1146</sup>.

*Así, la Corte señaló "En el presente caso no era suficiente un consentimiento informado estándar, sino que era necesario que el mismo incluyera la indicación del riesgo al sistema respiratorio que importaba la práctica de un afinamiento de alas nasales con la precondición de la dificultad respiratoria y la liberación de responsabilidad para la médica por tales consecuencias. La demandada alude que dichos riesgos le fueron claramente explicados; sin embargo no surgen precisa y puntualmente detallados en el consentimiento informado suscripto"<sup>1147</sup>.*

En atención a lo expuesto, las exigencias de información en las intervenciones estéticas será mucho mayor respecto de las curativas, por ser prescindibles; lo que genera grandes posibilidades de rechazo para el titular del bien

---

<sup>1146</sup> "Nótese que el propio formulario preimpreso que utiliza la demandada y que fuera suscripto por la actora, contiene una parte con puntos suspensivos donde debían incluirse los riesgos específicos de la intervención a practicarse en función de la dolencia previa denunciada por la actora". Sentencia núm. 159, emitida por la Quinta Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba (Argentina), el 29 de setiembre del 2016, con ocasión del expediente 1558981/36. En: [www.justiciacordoba.gob.ar/justiciacordoba/fileAdjunto.aspx?id=911](http://www.justiciacordoba.gob.ar/justiciacordoba/fileAdjunto.aspx?id=911), fecha de consulta: 27 de enero del 2017.

<sup>1147</sup> Sentencia núm. 159, emitida por la Quinta Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba (Argentina), el 29 de setiembre del 2016, con ocasión del expediente 1558981/36. En: [www.justiciacordoba.gob.ar/justiciacordoba/fileAdjunto.aspx?id=911](http://www.justiciacordoba.gob.ar/justiciacordoba/fileAdjunto.aspx?id=911), fecha de consulta: 27 de enero del 2017.

jurídico. El incumplimiento de este requisito nos llevará a un supuesto de error, que tendrá que ser resuelto conforme con las reglas establecidas en el apartado 1.4. del tercer capítulo (“Relevancia práctica de la determinación de la naturaleza jurídica del consentimiento a la luz de los supuestos de error”). Dicho error impedirá que el consentimiento, como causa de atipicidad, pueda ser aplicado con todos sus efectos.

#### **1.2.2.3.3. Límites para la realización de una cirugía estética: Adicción a la cirugía que invalida la capacidad para consentir**

Actualmente, profesionales sanitarios vienen planteando el surgimiento de una adicción distinta a las tradicionalmente conocidas (drogas, alcohol, sustancias tóxico-dependientes, entre otras): hoy en día se plantea una “adicción a la cirugía estética”.

Al respecto, cirujanos plásticos afirman: *“A diferencia de los drogadictos, que sufren una adicción química, los adictos a la cirugía plástica experimentan una obsesión mental que les empuja a modificar sus cuerpos y sus aspectos faciales hasta la deformación. Normalmente, proviene de inseguridades subyacentes y de deseos por conseguir un aspecto determinado para adaptarse a un ideal de belleza autoimpuesto y que suele alejarse de los cánones estéticos definidos. Estas personas utilizan la cirugía para superar problemas psicológicos mucho más*

*profundos, a los que difícilmente se puede hacer frente con un bisturí*<sup>1148</sup>.

Así, si bien los médicos deben desempeñar su profesión conforme con las pautas éticas, lamentablemente no existe regulación jurídica alguna que limite la cantidad de intervenciones consecutivas a las que puede someterse una misma persona; la que, en muchos casos, únicamente requiere contar con los recursos económicos necesarios para cubrir los costos y gastos que se generen con ocasión de las mismas.

Esto, por ejemplo, es lo que ocurre en el **caso C (“Adicción a la cirugía estética”)** con Fulvia Pellegrino, quien se ha sometido a más de 150 intervenciones y considera que aún no ha conseguido la imagen perfecta. Al respecto, este personaje ha declarado expresamente: *“La cirugía plástica no es una droga, pero es algo que la gente como yo necesita. No estoy contenta con mi cara y otras partes de mi cuerpo. No voy a parar aquí, quiero seguir adelante, porque no es perfecto. Si llego a la perfección tal vez pare”*.

Como se observa, en sus declaraciones, la misma Fulvia compara la cirugía plástica con una droga, indicando que - si bien no es lo mismo- es algo que “personas como ella” necesitan. De sus palabras existe un claro reconocimiento

---

<sup>1148</sup> Por todos, ver: TERRÉN, Julio. ¿En qué consiste la adicción a la cirugía plástica?. En: NCYT. Noticias de la Ciencia y la Tecnología, en: <<http://noticiasdela ciencia.com/not/21686/-en-que-consiste-la-adiccion-a-la-cirugia-plastica-/>>, fecha de publicación: 1 de noviembre del 2016, fecha de consulta: 30 de enero del 2017.

a una dependencia a la cirugía, la que la ha llevado incluso a vender sus bienes personales, como es el caso de sus autos y de una casa en Francia.

Lo curioso es que Fulvia nunca queda satisfecha y señala sentir que se encuentra cerca de la imagen que quiere para sí, pero que aún se someterá a muchas cirugías más. En un contexto como éste, resulta cuestionable que el consentimiento que Fulvia haya brindado a los cirujanos plásticos que participaron en sus intervenciones, realmente responda a lo que ella desea para su realización personal, dado que, es muy probable que se encuentre tomando decisiones, sin realmente saber qué es lo que desea para sí mismas.

En igual línea, en España también se encuentran personas con adicción a la cirugía plástica; a las mujeres que padecen de ello se les ha denominado "polirretocadas": *"Son personas que sufren una desvalorización de sí mismas tan grave, que ponen en riesgo sus vidas, y hasta pierden sus rasgos de identidad, porque quieren parecerse a las famosas. Si la autoestima está en el subsuelo, una cirugía no la sacará de allí"*<sup>149</sup>.

En estos y otros casos<sup>150</sup>, resulta evidente la presencia de problemas psicológicos y de autoestima que invalidan el

---

<sup>149</sup> GURAIEB, Adriana. Citada en: «[http://www.clarin.com/entremujeres/belleza/estetica/creciente-adiccion-cirugias-esteticas\\_0\\_rkYS3x5PXg.html](http://www.clarin.com/entremujeres/belleza/estetica/creciente-adiccion-cirugias-esteticas_0_rkYS3x5PXg.html)», fecha de publicación: 26 de octubre del 2011, fecha de consulta: 30 de enero del 2017.

<sup>150</sup> Gigiboom (joven que se operó para parecerse a Ken y Barbie a la vez), en: «<https://www.youtube.com/watch?v=HwXMqMmYn-M>»; Nefertiti (mujer que se operó 51 veces el

consentimiento por falta de capacidad en el titular del bien jurídico. Quien padece de una desvalorización de sí mismo no se encuentra en capacidad de reflexionar ni valorar los riesgos y menoscabos que las continuas operaciones pueden generar a su bien jurídico salud; sobre todo cuando las mismas implican un cambio estético que, muchas veces, empeora la situación.

Por ello, en estos supuestos, sobre la base de los lineamientos propuestos, considero que sí es viable y necesaria la creación de normas (medidas paternalistas justificadas) orientadas a garantizar que el consentimiento que brinde el paciente/cliente realmente responda a lo que el individuo desea para su realización personal. No me parece adecuado dejar únicamente a la ética profesional del médico, la decisión de realizar una intervención, cuando en la práctica se aprecia que algunos no presentan mayor reserva en la realización de una operación y el cobro de una retribución a la paciente a cambio de ello.

Así, por ejemplo, como medida orientada a garantizar la capacidad del titular del bien jurídico para consentir, se podría exigir la evaluación del paciente/cliente, previa a la intervención, por uno o más profesionales en la salud (léase psiquiatra, psicólogo, etc) que pudieran determinar la real capacidad con la que cuenta la persona que se somete a las consecutivas intervenciones; de manera que,

---

rostro para parecerse a Nefertiti), Jessica Rabbit (mujer que se operó para parecerse a este personaje ficticio), Barbie (mujer que se operó más de 100 veces para parecerse la barbie), etc, en: «<http://www.losmasraros.com/index.php/ciencia/111-10-locas-cirugias-plasticas-para-parecerse-a-alguien>», fecha de consulta: 30 de enero del 2017.

antes de someterse a la operación, el titular del bien jurídico salud tuviera la oportunidad de notar que la cirugía no solucionará los problemas de autoestima que pudiera presentar (aspecto que no siempre es mencionado por el cirujano estético). Si, pese a ello, la persona insiste en la operación, por lo menos el Estado habrá garantizado que realmente es consciente del problema psicológico por el que atraviesa y que, entre varias opciones, elige la cirugía estética.

Asimismo, para evitar situaciones como lo ocurrido en el **caso B ("Cirugía plástica afecta capacidad respiratoria")**, también considero que se pueden implementar medidas que garanticen que el paciente/cliente disponga de toda la información necesaria para disponer. Así, al igual que con la medida anterior, podría exigirse a los médicos cirujanos que, de forma obligatoria, antes de la intervención, exigieran al paciente/cliente contar con un informe médico de la especialidad vinculada a la parte del cuerpo que sería afectada con la intervención estética (por ejemplo, en una mamoplastia, de un ginecólogo), que diera cuenta de los riesgos que pueden existir a su salud con la realización de dicha operación estética. Si, pese a ello, el paciente/cliente insistiera, por lo menos se habría garantizado que tomó una decisión informada<sup>1151</sup>.

En resumen, si bien el Estado no puede prohibir al individuo disponer de su bien jurídico salud o vida, para

---

<sup>1151</sup> Esto, además, reduciría los casos de negligencia médica en las cirugías estéticas.

alcanzar los objetivos que considerada necesarios para su realización personal; de *lege ferenda*, sí puede garantizar que dicha disposición (consentimiento) responda a su real voluntad y sea brindado luego de contar con toda la información necesaria y relevante para la elección: en esta línea resulta totalmente válido y legítimo que el Estado imponga medidas paternalistas, la que además estarán plenamente justificadas en la consecución de la autorrealización de sus miembros.

## **2. Casos en los que el consentimiento es dado por terceros (subrogación)**

Como se ha señalado en el apartado 2.3.4. del segundo capítulo ("Consentimiento brindado por terceros ajenos al bien jurídico respecto del que se dispone"), no sólo puede consentir el titular del bien jurídico protegido, sino también un tercero cuando operen los supuestos de subrogación y cuando se encuentre imposibilitado de consentir el propio titular. En este apartado será analizado este segundo grupo de casos, el que, con fines meramente didácticos, se divide en dos grupos: casos en los que el titular del bien jurídico, de momento no puede consentir válidamente, pero en un futuro gozará de dicha posibilidad (**incapacidad temporal**); y, casos en los que el titular del bien jurídico nunca tendrá la posibilidad de consentir, por padecer de una **incapacidad permanente** que siempre le impedirá hacerlo.

### **2.1. Consentimiento en supuestos de incapacidad temporal: Especial referencia a menores de edad**

Como se ha señalado anteriormente, para que el consentimiento sea válido es indispensable que quien consienta cuente con capacidad para hacerlo.

Lamentablemente, existen situaciones en las que el titular del bien jurídico no se encuentra en capacidad de decidir qué es lo que más le conviene para su autorrealización personal, como por ejemplo ocurre con los menores de edad, a quienes el legislador considera que no se encuentran en capacidad de brindar un consentimiento válido, teniendo que hacerlo por ellos un tercero que normalmente ostenta la patria potestad (padre, tutor, curador).

En estos casos, en el marco de un Estado liberal que tiene como objetivo promover la autorrealización de sus miembros, resulta admisible un paternalismo excepcional que sólo será legítimo, en la medida en que se justifique en la incapacidad temporal del menor para autodeterminarse y elegir lo que considera necesario para su autorrealización (es decir, por su incapacidad para brindar un consentimiento válido), y en tanto busque garantizar su real bienestar; debiendo tomarse en cuenta que la mayoría de edad civil no es necesariamente un criterio que pueda ser de utilidad para determinar la validez del consentimiento de un menor otorgado en el ámbito penal<sup>1152</sup>.

Con esta lógica, fundamentada a lo largo del presente trabajo<sup>1153</sup>, se analizarán los casos que a título de ejemplo se exponen:

### **2.1.1. Operaciones de cambio de sexo en menores**

#### **Caso A: Adolescente intersexual que quiere redefinir su sexo**

---

<sup>1152</sup> Al respecto, ver apartado 3. del tercer capítulo ("Validez del consentimiento en el ámbito penal. Diferencia respecto del consentimiento en el ámbito civil").

<sup>1153</sup> Ver apartado 2.3.4. del segundo capítulo ("Consentimiento brindado por terceros ajenos al bien jurídico respecto del que se dispone") y apartado 4.2.1. del tercer capítulo ("Titularidad del bien jurídico, capacidad para consentir y representación").

M.C. nació el 20 de noviembre del 2004 en un hospital de Greenville, Carolina del Sur (Estados Unidos), con genitales externos que incluían un pene de 2 centímetros, una pequeña abertura vaginal, un testículo sin descender en su lado izquierdo, ambos ovarios y tejido testicular en su lado derecho, además de un nivel de testosterona en la sangre considerado normal en bebés masculinos.

Sus padres biológicos y los médicos del Hospital decidieron someter a M.C. a una cirugía de asignación de género, otorgándole el sexo femenino<sup>1154</sup>; pero, a los 6 años, sus padres adoptivos empezaron a notar que M.C. exteriorizaba conductas que evidenciaba su inclinación al sexo masculino: cambió su vestimenta femenina por jeans y camisas, siempre quería ser parte del equipo de niños en los deportes, quería cortarse el pelo como su padre adoptivo, entre otros.

Un especialista en hormonas decidirá cuándo y si es conveniente comenzar a bloquear el desarrollo femenino que M.C. no desea, probablemente se recurrirá a una terapia de hormonas para compensar la testosterona que su cuerpo ya no genera. Sus padres adoptivos presentaron diversas demandas contra los hospitales y tutores estatales que decidieron que su hijo tuviera una cirugía de asignación de género ante los tribunales norteamericanos, indicando: *"Odiarnos que se tomaron decisiones que podrían haber tenido un*

---

<sup>1154</sup> "Mi parcialidad en ese momento fue hacia el género femenino, aunque manifesté la posibilidad (...) de que podrían existir niveles de testosterona suficientes como para poner en duda su identidad de género", escribió en sus anotaciones del 27 de febrero de 2006 el doctor Ian Aaronson, cirujano pediatra que terminó operando a M.C.". En: GHORAYSHI, Qué pasa cuando los bebés nacen con genitales ambiguos. En: «[https://www.buzzfeed.com/azeenghorayshi/intersexo?utm\\_term=.nd43oWY3e2#.wb1rBv2rjA](https://www.buzzfeed.com/azeenghorayshi/intersexo?utm_term=.nd43oWY3e2#.wb1rBv2rjA)», fecha de publicación: 14 de setiembre del 2015, fecha de consulta: 31 de enero del 2017.

*impacto significativo en su capacidad de ser hombre*<sup>1155</sup>. A inicios del 2015, cuando M.C. tenía 11 años, aún no existía un pronunciamiento firme definitivo<sup>1156</sup>.

### **Caso B: Hugo, ahora es Sara. Transexualidad infantil**

Desde muy pequeño (aproximadamente 3 años), Hugo dejaba en claro a sus padres que no se sentía a gusto ni con su cuerpo, ni con su nombre: huía de la ropa de niño, se colocaba una toalla en la cabeza a modo de melena, prefería a las muñecas, escondía sus genitales, cuando creciera deseaba ser mujer y pedía a sus padres le cortaran sus genitales<sup>1157</sup>.

Vivió una doble vida (niña en casa y niño en la escuela) hasta los 8 años, momento en el que sus padres decidieron realizar un “tránsito social” y permitir a Hugo ser Sara en casa y en el colegio<sup>1158</sup>; con ello, Sara se convirtió en la primera niña transexual de Galicia (España).

---

<sup>1155</sup> En: GHORAYSHI, Azeen. Qué pasa cuando los bebés nacen con genitales ambiguos. En: «[https://www.buzzfeed.com/azeenghorayshi/intersexo?utm\\_term=.nd43oWY3e2#.wb1rBv2rjA](https://www.buzzfeed.com/azeenghorayshi/intersexo?utm_term=.nd43oWY3e2#.wb1rBv2rjA)», fecha de publicación: 14 de setiembre del 2015, fecha de consulta: 31 de enero del 2017.

<sup>1156</sup> LARGENT, Emily. M.C. v. Aaronson – Update, en: «<http://blogs.harvard.edu/billofhealth/2015/03/05/m-c-v-aaronson-update/>», fecha de publicación : 5 de marzo del 2015, fecha de consulta: 31 de enero del 2017.

<sup>1157</sup> Presentaba una disforia de género o de identidad de género (también llamada transexualidad): “(...) es un deseo fuerte y persistente identificación con el sexo opuesto en lugar de hacerlo con el sexo biológico o anatómico dado”. MANDAL, Ananya. Síntomas de disforia de género, en: «[http://www.news-medical.net/health/Symptoms-of-Gender-Dysphoria-\(Spanish\).aspx](http://www.news-medical.net/health/Symptoms-of-Gender-Dysphoria-(Spanish).aspx)», fecha de publicación: 25 de junio del 2012, fecha de consulta: 3 de febrero del 2017.

<sup>1158</sup> El “tránsito social” es un largo proceso que puede empezar a los 3 años y terminar con la mayoría de edad. En una primera etapa (que es en la que se encuentra Sara) se busca externalizar lo que es habitual puertas afuera, respetando la forma de ser y el derecho a elegir del menor. Ver: «<http://chrysalis.org.es/galicia-se-vuelca-en-la-historia-de-sara/>», fecha de publicación: 10 de enero del 2015, fecha de consulta: 31 de enero del 2017.

A la fecha, luego de una lucha legal, la menor se encuentra inscrita en los registros como Sara y, según refieren sus padres, es una persona feliz. Lo próximo es iniciar un tratamiento hormonal que eventualmente puede requerir una operación de cambio de sexo, esto es algo que los padres tienen planificado como próximos pasos a seguir con el debido asesoramiento médico, el que piden les sea dado por Estado<sup>1159</sup>.

### **Caso C: Cambio de sexo contra voluntad de menor**

En 21 de abril de 1981, según indicaron los padres, luego de que una perra le cercenara a su bebé de 6 meses el pene y los testículos, se le sometió a una meatotomía en el Hospital Universitario San Vicente de Paúl de Medellín (Colombia)<sup>1160 y 1161</sup>.

Se informó a los padres que no había recurso médico posible para reconstruir los órganos genitales externos, que su bebé no podría producir a futuro hormonas masculinas y que había que tomar una decisión sobre su sexo para que no estuviera condenado a ser una persona con ambigüedad sexual. Con ello se les hizo firmar un consentimiento en el que autorizaban "*cualquier tipo de tratamiento*

---

<sup>1159</sup> Mayor detalle sobre este caso puede verse en las siguientes páginas web: «<http://chrysalis.org.es/galicia-se-vuelca-en-la-historia-de-sara/>», «[https://es.scribd.com/document/252235126/El-progreso-1#fullscreen&from\\_embed](https://es.scribd.com/document/252235126/El-progreso-1#fullscreen&from_embed)», «[https://es.scribd.com/document/252235119/El-progreso-2#fullscreen&from\\_embed](https://es.scribd.com/document/252235119/El-progreso-2#fullscreen&from_embed)», fecha de publicación: 10 de enero del 2015, fecha de consulta: 31 de enero del 2017.

<sup>1160</sup> Los padres, campesinos semi-analfabetos que habitaban en una zona alejada y subdesarrollada en Colombia, indicaron que dejaron al bebé encerrado con una perra pequeña a la que "*apenas le estaban naciendo los dientes*", lo que generó el terrible suceso para su hijo.

<sup>1161</sup> La meatotomía "*Es una forma de modificación del pene en la cual el lado inferior del glande es dividido*". AMADOR HERNÁNDEZ, Enmanuel. Meatotomía Uretal. En: «<http://es.slideshare.net/guancihernandez/meatotomia-uretal>», fecha de consulta: 31 de enero del 2017.

*(incluyendo el cambio de sexo) que conlleve a mejorar la situación actual de nuestro hijo”.*

El menor dejó de vivir con sus padres y permaneció en diversos hogares sustitutos para facilitar su tratamiento. Luego de percibirse su rechazo a ser niña, en 1986 se le inició un tratamiento médico-siquiátrico para acondicionar su conciencia y permitir que se adaptara como mujer. Un año después, con aproximadamente 6 años, se le practicó una segunda operación de “remodelación de genitales externos femeninos”; para ésta, los padres biológicos no firmaron ningún otro documento, habiéndose dado por válido el consentimiento firmado en 1981.

Con los años, el menor empezó a rebelarse contra el rol de mujer impuesto, evidenciando una identidad sexual masculina definida. Ello llevó a que un personero de Santa Fe de Antioquia, vista la negativa del menor de continuar con el tratamiento de reasignación de sexo, presentara un pedido de tutela a su favor. Con ocasión del proceso, el menor ha afirmado:

*"A mí me operaron cuando estaba pequeñito, me operaron la vagina dizque para ponerme mujer, pero uno grande ya tiene más pensamiento y decide. Yo decidí ser un hombre, porque hombre era yo desde chiquitico. Yo decidí ser hombre, porque uno es hombre como nació. (...) Por qué no esperaron a que yo estuviera grande para yo saber lo que me iban a hacer y hasta poder escoger, pero como uno estaba chiquito, hacían lo que querían con uno”.*

*"Yo quiero ser un hombre, si uno hubiera sido mujer cuando nació, como mujer se comportaría, pero yo nací hombre". "Cuando yo era chiquito me daba miedo hablar y decir lo que pensaba, pero ahora que soy grande y pienso: Yo quiero ser hombre". "Uno ya puede decidir, cuando uno es chiquito los otros deciden por uno, es muy duro estar así sin "eso" pero "Yo soy un hombre y qué puedo hacer"<sup>1162</sup>.*

El pedido de tutela fue rechazado en primera instancia, pero aceptado en segunda por la Corte Constitucional de Colombia, amparando los derechos y garantías a favor del adolescente y en contra de los padres, los médicos intervinientes, el Hospital y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar<sup>1163</sup>.

#### **Caso D: Gemelo canadiense operado por error en circuncisión**

En 1960, en Canadá, los gemelos Bruce y Brian Reimer, con 7 meses de edad, fueron sometidos a una circuncisión por presentar problemas al orinar. Lamentablemente, en el Hospital, quemaron por completo el pene de Bruce (usaron una aguja cauterizadora en lugar de un bisturí, y el equipo eléctrico tuvo un problema que provocó un aumento en la corriente).

---

<sup>1162</sup> Frases señaladas por el menor según la sicóloga Lucila Amparo Céspedes, recogidas en el capítulo 5.2.4. de la sentencia emitida por la Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional de Colombia, el 23 de octubre de 1995, con ocasión del expediente T-65087. El texto de la sentencia puede verse en: «<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/t-477-95.htm>», fecha de consulta: 31 de enero del 2017.

<sup>1163</sup> Sentencia emitida por la Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional de Colombia, el 23 de octubre de 1995, con ocasión del expediente T-65087. El texto de la sentencia puede verse en: «<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/t-477-95.htm>», fecha de consulta: 31 de enero del 2017.

Meses más tarde, los padres conocieron al psicólogo especializado en cambios de género, John Money, quien creía que lo que determinaba que una persona fuese hombre o mujer no era la biología, sino la forma como dicha persona era criada. Éste les propuso a los padres que Bruce sea criado como mujer, por lo que a los 17 meses Bruce fue transformado en Brenda, indicándoles el sicólogo que esto debía ser ocultado a ambos menores, a fin de que el cambio de género funcionara.

Lamentablemente, a los 13 años Brenda no se hallaba como mujer, empezando a presentar problemas suicidas. Frente a ello, los padres optaron por contarle la verdad; fecha a partir de la cual Brenda empezó a entender por qué se sentía hombre y no mujer. Brenda eligió volverse David y se sometió a una cirugía reconstructiva, casándose más adelante.

El sicólogo John Money, curiosamente, utilizó este caso (con el nombre "John/Joan") para fundamentar su teoría, publicando el libro "Transsexualism and Sex Reassignment", en el que indicó que la reasignación de sexo había sido todo un éxito, lo que le valió varias críticas años más tarde<sup>1164</sup>.

En todos estos casos, por tratarse de menores que no cuentan con capacidad jurídica para consentir, la disposición ha sido efectuada por un representante (padre/tutor), lo que hace que surjan las siguientes

---

<sup>1164</sup> Mayores detalles del caso, en: CAREY, Benedict. John William Money, 84, Sexual Identity Researcher, Dies. En: «<http://www.nytimes.com/2006/07/11/us/11money.html>», fecha de publicación: 11 de julio del 2006, fecha de consulta: 3 de febrero del 2017; y, en: «[http://www.bbc.com/mundo/noticias/2010/11/101125\\_cambio\\_genero\\_sexualidad\\_men.shtml](http://www.bbc.com/mundo/noticias/2010/11/101125_cambio_genero_sexualidad_men.shtml)», fecha de publicación: 27 de noviembre del 2010, fecha de consulta: 3 de febrero del 2017.

interrogantes: ¿el representante puede consentir por el menor sobre un cambio de sexo?, ¿cuáles son los límites para que el representante pueda consentir en sustitución de un menor?, ¿debe tomarse en cuenta la voluntad del menor para la elección de su identidad sexual?, ¿en los casos en los que el menor no se encuentra en capacidad de elegir, siempre debe optarse por una operación de cambio de sexo?, ¿el Estado debe intervenir en la decisión que se tome por el menor o pueden los padres hacerlo sin control estatal alguno?

En las próximas líneas, a partir de los casos reales propuestos, abordaremos estas preguntas, buscando establecer directrices que sean de aplicación para los diversos supuestos.

#### **2.1.1.1. Aspectos sobre los que un representante puede consentir en subrogación de un menor**

En los casos de incapacidad temporal en los que el titular de derechos se ve incapacitado por un período breve de tiempo, considero que la subrogación para consentir no será la regla general y únicamente podrá darse en la medida en que sea indispensable disponer sobre bienes o derechos del titular que contribuyan con su recuperación.

Esta es la misma regla que debe ser aplicada para el caso de menores de edad, en la medida en que estos alcanzarán en un determinado momento futuro la capacidad exigida para consentir respecto de sus propios bienes jurídicos; de manera que, en estos casos, la representación también debe ser entendida de forma restrictiva y sólo podrá darse en la medida

en que sea indispensable disponer sobre bienes o derechos del menor que contribuyan con su bienestar y con su realización personal futura.

Esto nos obliga a distinguir, recogiendo la distinción propuesta por López Frías<sup>1165</sup>, 3 ámbitos en torno a los derechos personales: los **derechos patrimoniales** (propiedad, posesión, herencia, etc) , los **derechos personales** respecto de los que cabe representación cuando el sujeto carece totalmente de capacidad natural y la actuación es objetivamente beneficiosa o la pasividad claramente desaconsejable para su bienestar (nacionalidad, educación, etc); y, los **derechos personalísimos** respecto de los que no cabe representación, ni siquiera en los casos de falta total y absoluta de capacidad, por tratarse de derechos que constituyen la esencia misma de la persona, como ocurre con la identidad sexual (el honor, la vida, la salud, la libertad, etc).

Como se ha señalado en el capítulo anterior, en el caso de menores, en principio, la subrogación que el representante (léase padres o tutores) realice podrá recaer únicamente en los dos primeros ámbitos (derechos patrimoniales y derechos personales), y siempre deberá tener como objetivo el bienestar del menor, tomando en cuenta que en un futuro tendrá la capacidad para decidir y consentir -conforme con su ética personal- respecto de lo que le parezca mejor para su autorrealización.

---

<sup>1165</sup> LÓPEZ FRÍAS. El ejercicio de los derechos personalísimos... op. cit., p299. Este punto también fue desarrollado en el apartado 4.2.1.2. del tercer capítulo ("Personas con incapacidad permanente: Consentimiento con efectos reversibles e irreversibles").

Respecto a los derechos personalísimos, por estar tan íntimamente unidos a la persona, el representante no podrá consentir, a no ser que dicha disposición sea urgente e indispensable para la autorrealización futura del menor (verbigracia, una operación que ponga en riesgo su vida, pero sin la cual definitivamente no podría sobrevivir) y, como lo he expuesto anteriormente con amplitud, previa aprobación judicial<sup>1166</sup>.

Al respecto, el representante y el juez deberán tomar en cuenta que el daño causado debe ser menor que el daño que se causaría de no existir representación para consentir sobre el bien jurídico; caso contrario, de ninguna manera el consentimiento dado por el representante, incluidos los padres, podría ser considerado válido como causa de atipicidad penal.

En el caso de las operaciones de cambio de sexo, por tratarse de disposiciones irreversibles y encontrarse vinculadas con la afectación de un derecho personalísimo (el sexo es parte de la esencia y de la identidad sexual de toda persona), la regla general debe ser la indisponibilidad por parte del representante. Así, por ejemplo, sería absurdo pensar que, una vez nacido un bebé, sus padres pudieran decidir su sexo indicándole al médico que, si es niño, le corten los genitales y le realicen una operación de reasignación de sexo, con la única finalidad de

---

<sup>1166</sup> Una lógica similar es la seguida por el legislador español en el artículo 162 del Código Civil, el que establece: *"Los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados. Se exceptúan: 1. Los actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo. No obstante, los responsables parentales intervendrán en estos casos en virtud de sus deberes de cuidado y asistencia. (...)"*.

cumplir su sueño de tener una niña: recuérdese que la autorrealización personal tiene como límite la realización personal de los terceros, debiendo resolver cualquier conflicto conforme con las reglas de ponderación de derechos y de proporcionalidad ya expuestas<sup>1167</sup>.

Así, en principio, una operación de cambio de sexo sólo podría ser realizada con el consentimiento del mismo titular del bien jurídico, a no ser que su realización sea necesaria, urgente e indispensable para evitar generar un mayor daño a la salud o a la vida del menor; supuesto en el que, excepcionalmente, tomando en cuenta la capacidad natural de juicio del menor (léase, su voluntad), y previo pronunciamiento judicial, su consentimiento podría subrogarse.

#### **2.1.1.2. Respeto de la voluntad del menor: Límite infranqueable para operaciones de cambio de sexo**

Como ya se ha mencionado en el apartado 3 del tercer capítulo (“Validez del consentimiento en el ámbito penal. Diferencia respecto del consentimiento en el ámbito civil”), si bien el consentimiento siempre supone que quien disponga comprenda el alcance y significado de sus actos, lo que se entiende por capacidad para disponer en sede penal no es lo mismo que se entiende por capacidad para disponer en otras áreas del Derecho. Así, por ejemplo, las edades para determinar la capacidad en el ámbito penal y en el ámbito civil no son las

---

<sup>1167</sup> Ver apartado 1.6. del segundo capítulo (“Proporcionalidad y ponderación: Conflicto de derechos y límites para su ejercicio”).

mismas, y los requisitos para considerar a alguien incapaz tampoco lo son.

Por ello, en el ámbito penal, respecto a la capacidad para disponer, considero que debe tomarse en cuenta no la edad jurídica establecida por el ordenamiento civil o por otras áreas del Derecho; sino la edad a partir de la cual una persona ostenta capacidad natural de juicio, es decir, capacidad para tomar una decisión orientada a alcanzar su autorrealización personal, en función a cada bien jurídico respecto del que es titular.

En tal sentido, para determinar la capacidad para consentir, en función a cada caso concreto, y en la medida en que el legislador no lo haya establecido expresamente en la ley penal, se atenderá a la madurez necesaria para que el menor comprenda cómo dicha decisión afectará en su autorrealización personal; debiendo el representante recabar la voluntad del menor para poder emitir un consentimiento por subrogación que ostente relevancia en el ámbito penal y constituya una causa de atipicidad<sup>1168</sup>.

Por ello, en los casos en los que el menor cuente con capacidad natural de juicio, deberá escuchársele y valorar su voluntad, no pudiendo el representante disponer de un derecho

---

<sup>1168</sup> En similar línea se encuentra lo establecido en el artículo 9.3. de la Ley 41/2002 (Ley de Autonomía del Paciente en España), modificado por la disposición final 2 de la ley 26/2015, que señala: "*Se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos: (...) c) Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor, **después de haber escuchado su opinión**, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor*".

personalísimo (como es el caso de la salud y la identidad sexual), con efectos irreversibles, sin antes haber valorado lo que el menor considera la mejor alternativa para su autorrealización, y sin haber elevado dicho pedido al juez.

De igual manera, de lege ferenda, en los casos en los que el menor no cuente con capacidad natural de juicio (por ejemplo, tenga meses de nacido) y no pueda manifestar su voluntad, el representante no podrá por sí mismo disponer, debiendo siempre acudir al juez para sea finalmente quien decida tomando en cuenta el bienestar del menor y la real urgencia y necesidad de la operación de cambio de sexo para su salud y/o vida.

De lo expuesto, respecto de las operaciones de cambio de sexo en menores, cuando no exista premura en la toma de decisión y no se pueda identificar la voluntad del menor, el juez deberá desestimar el pedido del representante y disponer que se espere a que el menor cuente con capacidad natural de juicio para expresar su voluntad, evitando así tomar una decisión que luego suponga un obstáculo para la realización del menor.

En la línea de lo señalado, como se desarrollará más adelante, por tratarse de un derecho personalísimo, considero que, para garantizar que la decisión realmente responda al bienestar del menor y se respete la capacidad natural de juicio y la voluntad de este último, de lege ferenda, la subrogación del consentimiento del menor en una operación de cambio de sexo siempre deberá quedar sujeta a una autorización judicial; no siendo posible de realizar en un menor (léase bebé) que no

cuenta con capacidad natural de juicio para manifestar su voluntad. Así, si la demora en la decisión no supone un peligro para la vida o la salud del menor, la mejor opción siempre será retrasar la operación de cambio de sexo y esperar a que el menor tenga la posibilidad de manifestar su voluntad y optar a la luz de su autorrealización.

Lamentablemente, como de lege lata en la mayoría de ordenamientos jurídicos no se encuentra contemplada la obligación de acudir ante el juez para que evalúe la necesidad y urgencia del pedido de subrogación, esto no fue respetado en el **caso A ("Adolescente intersexual que quiere redefinir su sexo")**, en el que los padres biológicos y los médicos de un menor de meses de nacido decidieron someterlo a una cirugía de reasignación de género, otorgándole el sexo femenino.

Las consecuencias de no haber esperado a que el menor contara con capacidad natural de juicio se apreciaron cuando a los 6 años le manifestó a sus padres adoptivos que se sentía hombre y no mujer. Esto ha generado una dura batalla legal ante los tribunales norteamericanos, en los que los padres vienen cuestionando que *"(...) se tomaron decisiones que podrían haber tenido un impacto significativo en su capacidad de ser hombre"*.

Algo similar ha ocurrido en el caso de otro bebé en Argentina, que nació con útero, vagina, pene y testículos, y al que sometieron a una operación en la que se decidió su sexo, sin considerar necesario postergar la misma hasta que se pudiera conocer la voluntad o las inclinaciones sexuales del menor, y

decidiendo por su identidad sexual. La intervención fue realizada a pesar de no ser necesaria, urgente o indispensable para la salud/vida del recién nacido, lo que considero una intromisión indebida en la autorrealización de dicho ser humano.

Este caso contrasta con el mencionado en la misma entrevista periodística<sup>1169</sup>, en la que se hace referencia a otro bebé que nació en iguales condiciones, pero al que los padres decidieron no operar a fin de que sea el mismo quien -cuando adquiera capacidad natural de juicio- tenga la oportunidad de optar por su identidad sexual.

Algo distinto ocurrió en el **caso B (“Hugo, ahora es Sara. Transexualidad infantil”)**, en el que los padres de la hoy Sara dejaron que la misma expresara su voluntad (ejerciera su capacidad natural de juicio) y manifestara libremente su identidad sexual, optando por ser niña. El caso de Sara es un caso de transexualismo<sup>1170</sup> en el que los padres han optado por apoyar la transición social de la menor, quien ahora se viste y comporta conforme con el sexo que considera le corresponde: mujer; contribuyendo con ello a una realización personal de Sara, que es fruto de su capacidad natural de juicio. Los padres son conscientes de que uno de los próximos pasos a seguir es un tratamiento de hormonas y una operación de cambio de

---

<sup>1169</sup> GOTLIB, Marcela. C5N – Salud: Operan a bebe que tiene dos sexos. El video de la entrevista puede ser visto en: «[https://www.youtube.com/watch?v=Bjpr\\_3LASRI](https://www.youtube.com/watch?v=Bjpr_3LASRI)», fecha de publicación: 18 de febrero del 2013, fecha de consulta: 02 de febrero del 2013.

<sup>1170</sup> "La transexualidad es definida como una manifestación persistente de discordancia personal entre el sexo asignado al nacimiento (genético, gonadal, genital y morfológico) y sexo/género sentido". HURTADO-MURILLO, Felipe. Disforia de género en infancia y adolescencia: Guía de práctica clínica. Rev Esp Endocrinol Pediatr 2015; 6 (Suppl), en: «<http://www.endocrinologiapediatrica.org/revistas/P1-E12/P1-E12-S510-A283.pdf>», fecha de consulta: 02 de febrero del 2017.

sexo, para lo que -en su momento- también valorarán la voluntad expresada por Sara.

Este contraste en la solución de los casos planteados se explica en la falta de regulación normativa respecto a la subrogación del consentimiento en los actos de disposición de menores, lo que permite intromisiones indebidas en la esfera más íntima de una persona, como ocurre con su identidad sexual.

### **2.1.1.3. Especial referencia a la norma española que prohíbe las cirugías transexuales en menores**

Lo señalado respecto a la posibilidad de que en determinadas situaciones se pueda realizar una operación de cambio de sexo a un menor de edad, contrasta con lo regulado en el primer párrafo del artículo 156 del Código Penal Español, en el que se establece: *"No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el consentimiento válida, libre, consciente y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de trasplante de órganos efectuado con arreglo a lo dispuesto en la ley, esterilizaciones y **cirugía transexual** realizadas por facultativo, salvo que el consentimiento se haya obtenido viciadamente, o mediante precio o recompensa, o el **otorgante sea menor de edad** o carezca absolutamente de aptitud para prestarlo, en cuyo caso no será válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales"<sup>171</sup>.*

---

<sup>171</sup> En igual línea, el último párrafo del artículo 155 del Código Penal español, respecto al delito de lesiones, establece: *"No será válido el consentimiento otorgado por **un menor de edad** o un incapaz"*.

Como se aprecia, el legislador español otorga relevancia al consentimiento como eximente penal en los casos de trasplante de órganos, esterilizaciones y cirugía transexual, excluyendo expresamente el caso en que el consentimiento sea otorgado por un menor de edad; supuesto en el que, además, indica que no se considerará válido, ni el prestado por el menor, ni el prestado por su representante.

Como lo he señalado en repetidas oportunidades, no considero viable en un Estado constitucional moderno prohibir de forma absoluta la disposición respecto de cualquier bien jurídico. Un modelo de Estado liberal puede imponer medidas paternalistas orientadas a garantizar que el consentimiento responda a la real voluntad del titular del bien jurídico, pero no puede pretender imponer a sus miembros una ética personal que no considera adecuada para su autorrealización, prohibiendo cualquier tipo de consentimiento.

Por ello, considero que no es posible efectuar una lectura literal del artículo 156, debiendo interpretar el mismo conforme con la Constitución y entender que, en el caso de menores, no es posible consentir en una cirugía transexual sólo cuando la misma, en lugar de beneficiar su salud, la perjudique. De esta manera, sí deberán considerarse permitidas las cirugías transexuales en los casos en los que sean indispensables para la vida o la salud del menor, y siempre y cuando el mismo cuente con capacidad natural de juicio para decidir y dar a conocer lo que quiere para su realización personal. En estos supuestos, el representante podrá consentir, constituyendo dicha disposición una eximente de responsabilidad penal.

La interpretación propuesta se condice con lo establecido por otras normas del ordenamiento español, las que, con independencia de lo señalado en el Código Penal, de lege lata, contemplan una serie de disposiciones a favor de las cirugías de cambio de sexo en transexuales e intersexuales. Así, se tiene:

- Ley 14/2012 del 28 de junio de 2012 (Ley de derechos de las personas transexuales del País Vasco), que regula la atención sanitaria a través del Servicio Vasco de Salud y, en el artículo 8.1, contempla la asistencia en intervenciones plástico-quirúrgicas<sup>1172</sup>. Respecto a los menores, en el artículo 11 (Atención de menores transexuales) señala:

*"Las personas transexuales menores de edad tienen pleno derecho a recibir el oportuno diagnóstico y tratamiento médico relativo a su transexualidad, especialmente la terapia hormonal (...)".*

- Ley 2/2014 del 8 de julio de 2014 (Integral para la no discriminación por motivos de identidad de género y reconocimiento de los derechos de las personas transexuales de Andalucía), la que, si bien acepta la cirugía transexual sólo en adultos<sup>1173</sup>, en el artículo 19 hace una

---

<sup>1172</sup> "Osakidetza-Servicio Vasco de Salud proporcionará, en el marco de las prestaciones gratuitas de la sanidad pública, los diagnósticos, los tratamientos hormonales y **las intervenciones plástico-quirúrgicas**, así como aquellos tratamientos que, en desarrollo de esta ley, se determinen para dar solución a los problemas derivados de un desarrollo corporal que se ha producido en contra del correspondiente al género sentido por la persona".

<sup>1173</sup> El artículo 10.6 establece que "La fase de reasignación quirúrgica será prestada para personas mayores de edad, dentro del marco del proceso asistencial establecido".

especial referencia al caso de menores de edad, estableciendo:

*"1. Los menores de edad incluidos en el ámbito de aplicación de esta Ley tienen derecho a recibir de la Comunidad Autónoma de Andalucía la protección y la atención necesarias para promover su desarrollo integral, mediante actuaciones eficaces para su integración familiar y social.*

*(...)*

*3. Se reconoce el derecho de los menores con disconformidad de su identidad de género a desarrollarse física, mental y socialmente en forma saludable y plena, así como en condiciones de libertad y dignidad. Ello incluye la determinación y el desarrollo evolutivo de su propia identidad de género y el derecho a utilizar libremente el nombre que hayan elegido.*

*4. A los efectos previstos en el apartado anterior, sus padres, tutores o representantes legales, con la expresa conformidad de los menores, que serán oídos teniendo en cuenta los principios de aptitud y capacidad progresiva, y de acuerdo con lo estipulado en la legislación nacional y autonómica en vigor, facilitarán y colaborarán con la Administración autonómica a fin de garantizar los derechos de los menores establecidos en los artículos 9 y 15 de la presente Ley.*

*(...)*

*6. Los menores incluidos en el ámbito de aplicación de la presente Ley tienen pleno derecho a recibir la atención sanitaria necesaria para garantizar el desarrollo equilibrado y saludable de su identidad de género, con especial atención en la etapa de la pubertad, de conformidad con las recomendaciones médicas internacionales en materia de transexualidad, (...)”.*

- Ley 2/2016 del 29 de marzo del 2016 (Ley de identidad y expresión de género e igualdad social y no discriminación en Madrid), que en el artículo 13.2 contempla la asistencia en intervenciones plástico-quirúrgicas<sup>1174</sup> y, respecto a los menores, establece:

*Artículo 14. Atención sanitaria de menores trans*

*1. Las personas trans menores de edad tienen derecho a recibir tratamiento médico relativo a su transexualidad proporcionado por profesionales pediátricos.*

*2. Los menores trans tendrán derecho:*

*a) A recibir tratamiento para el bloqueo hormonal al inicio de la pubertad (...).*

*b) Y a recibir tratamiento hormonal cruzado en el momento adecuado de la pubertad para favorecer que su desarrollo corporal se corresponda con el de las personas de su edad, a fin de propiciar el*

---

<sup>1174</sup> "(...) b) Proporcionará el proceso quirúrgico genital, aumento de pecho y masculinización de tórax, siendo la gestión de las listas de espera ajustada a la máxima transparencia, agilidad y eficacia”.

*desarrollo de caracteres sexuales secundarios deseados.*

*Dicho tratamiento se producirá bajo la autorización de quienes posean la tutela de la persona menor de edad o por autorización del juez que los sustituya.*

*(...)*

*4. A los efectos de que conste la posición o el consentimiento del menor en el procedimiento y de conformidad con la legislación en materia de los derechos de los pacientes y de protección de los menores, **el menor deberá ser oído en atención a su desarrollo y madurez, siempre si supera los 12 años de edad y su consentimiento deberá ser recabado de manera clara e inequívoca si supera los 16 años de edad**".*

Como se observa de las normas citadas, resulta claro que no es posible efectuar una interpretación de los artículos 155 (último párrafo) y 156 (primer párrafo) del Código Penal, por resultar claro que sí es posible que un menor exprese una voluntad válida, cuando ostenta capacidad natural de juicio. En esta línea, la Ley 2/2014 contempla que el menor deba ser oído tomando en cuenta su capacidad o madurez, mientras que la Ley 2/2016 exige que ello se realice a partir de los 12 años y agrega la obligación de recabar un consentimiento firmado a partir de los 16 años.

En España, este contraste entre una lectura literal del artículo 156 del Código Penal, las normas citadas y la realidad, incluso llevó al Partido Popular, a través de su portadora Soraya Sáez

de Santamaría, a solicitar públicamente la creación de un marco legal que aclare la edad a la que un menor puede someterse a una cirugía de cambio de sexo, ello debido a que, como lo señaló, no en todas las comunidades autonómicas se siguen las mismas reglas sobre este punto<sup>1175</sup>.

Lo cierto es que los menores transexuales, intersexuales y con disforia de género son una realidad en todo el mundo, lo que automáticamente obliga al Estado a garantizar su identidad sexual y, con ello, posibilitar su autorrealización. Por esta razón, no es viable efectuar interpretaciones literales del artículo 156 del Código Penal español y prohibir la posibilidad de consentir respecto a intervenciones quirúrgicas que pueden contribuir con la realización futura del menor; lo que no implica, como se verá a continuación, que sea posible, de lege ferenda, la introducción de medidas paternalistas justificadas, orientadas a garantizar que, por tratarse de un derecho personalísimo, la decisión que se tome sea la más conveniente para el menor y con la que él se encuentra de acuerdo.

#### **2.1.1.4. A manera de conclusión: Adopción de medidas paternalistas orientadas a garantizar la identidad sexual del menor**

Como se ha señalado, la negativa absoluta respecto a la posibilidad de consentir para determinadas personas y sobre ciertos bienes jurídicos, además de ser una medida paternalista

---

<sup>1175</sup> Ver «[www.lavanguardia.com/vida/20100112/53868521943/el-pp-pide-crear-un-marco-legal-que-aclare-la-edad-a-la-que-un-menor-puede-hacer-un-cambio-de-sexo.html](http://www.lavanguardia.com/vida/20100112/53868521943/el-pp-pide-crear-un-marco-legal-que-aclare-la-edad-a-la-que-un-menor-puede-hacer-un-cambio-de-sexo.html)», fecha de última publicación: 12 de enero de 2010 a las 11:00 horas, fecha de consulta: 18 de febrero de 2015.

injustificada, normalmente termina convirtiéndose en un mecanismo que deslegitima y resta fuerza al derecho: la prohibición legislativa como regla general, en el caso del consentimiento efectuado por un tercero, atenta contra las posibilidades de realización del representado, siendo preferible - frente a supuestos problemáticos en los que se pone en duda que la decisión del representante favorezca al menor o al incapaz-, optar por la introducción de medidas estatales justificadas, como es la regulación de un proceso judicial, en el que luego de analizar el caso concreto se emita la mejor decisión que respete la capacidad natural de juicio del menor.

Esto es lo que, de *lege ferenda*, considero lo más acertado para el caso de los tratamientos hormonales y las intervenciones quirúrgicas de cambio de sexo en menores de edad. Con ello, se garantizará que la decisión tomada corresponda a la voluntad del menor y se evitará que los representantes (padres/tutores) se precipiten en la decisión y afecten la identidad sexual de sus representados. De esta manera, con la necesaria aprobación judicial del tratamiento médico y/o quirúrgico se garantizará que el juez verifique que el menor cuente con capacidad natural de juicio para elegir; y, de no ser el caso, que la intervención que se efectúe realmente sea necesaria y urgente de realizar para su vida o salud, evitando que los daños que se puedan generar sean mayores a los beneficios que se puedan conseguir a partir de la disposición.

Esta garantía de aprobación judicial evitará que se afecten los derechos de identidad sexual del menor, con una decisión sobre un bien jurídico personalísimo (identidad sexual) que

irreversiblemente generará modificaciones y consecuencias en su cuerpo. Con ello, se apuntará a evitar supuestos como el ocurrido en el **caso C (“Cambio de sexo contra voluntad de menor”)**, en el que se inició un proceso de cambio de sexo a un bebé de 6 meses cuyos genitales fueron cercenados por una perra, por descuido de sus padres.

En este caso, el médico les informó a los padres que recomendaba una reasignación de sexo, debido a que era imposible reconstruir el pene de su pequeño, razón por la que firmaron un consentimiento en el que autorizaban *“cualquier tipo de tratamiento (incluyendo el cambio de sexo) que conlleve a mejorar la situación actual de nuestro hijo”*. Es decir, se pretendió solucionar un descuido recurriendo a un cambio de sexo, sin que se le diagnosticara ser intersexual, transexual y sin que se evidenciara disforia de género.

Como resulta evidente, el hecho de que el bebé hubiese perdido el pene y los testículos no implicaba que perdiese su condición de hombre, razón por la que, ni bien tuvo consciencia, manifestó su clara identidad sexual masculina. Así, con ocasión del proceso de tutela, el menor refirió: *“Yo decidí ser un hombre, porque hombre era yo desde chiquitico. Yo decidí ser hombre, porque uno es hombre como nació. (...) Por qué no esperaron a que yo estuviera grande para yo saber lo que me iban a hacer y hasta poder escoger, pero como uno estaba chiquito, hacían lo que querían con uno”*.

Lamentablemente, esto fue desconocido en el caso del menor, a quien se le practicó la intervención quirúrgica sin esperar que

contara con capacidad natural de juicio y/o pudiera expresar su voluntad. Por esta razón, la Corte Constitucional de Colombia amparó el pedido de tutela presentado a favor del menor, indicando:

*"NO es posible la "readecuación de sexo," sin la autorización directa del paciente, por las siguientes razones:*

*13.1. Los niños no son propiedad de nadie: ni son propiedad de sus padres, ni son propiedad de la sociedad. Su vida y su libertad son de su exclusiva autonomía. (...) El sexo constituye un elemento inmodificable de la **IDENTIDAD** de determinada persona y sólo ella, con pleno conocimiento y debidamente informada puede consentir en una readecuación de sexo y aún de "género" (...) En conclusión, los padres no pueden permitir que se altere la IDENTIDAD (EN LO SEXUAL) DE SU HIJO. Y los médicos no podían basarse en esa autorización paterna para hacer el tratamiento."<sup>1176</sup>*

Si bien la Corte Colombiana consideró que en ningún supuesto podía un representante consentir por un menor respecto a una operación de cambio de sexo (postura cercana a una lectura literal del artículo 156 del Código Penal español que ya ha sido criticada), fue bastante clara en señalar que la identidad sexual constituye un derecho personalísimo respecto del que no se

---

<sup>1176</sup> Sentencia emitida por la Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional de Colombia, el 23 de octubre de 1995, con ocasión del expediente T-65087. El texto de la sentencia puede verse en: «<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/t-477-95.htm>», fecha de consulta: 31 de enero del 2017.

puede consentir, menos aún sin escuchar la voluntad del directamente intervenido, y sin existir una urgencia en la realización para la vida del menor.

Un supuesto similar ocurrió en el **Caso D (“Gemelo canadiense operado por error en circuncisión”)**, en el que, con ocasión de una circuncisión practicada a los gemelos Bruce y Brian Reimer (7 meses) se le quemó el pene al primero. A propuesta del psicólogo John Money (quien deseaba probar sus teorías en torno a la asignación del sexo), se convirtió a Bruce en Brenda, instruyendo el médico a los padres para que nunca les informaran a sus hijos del cambio.

Cumplidos los 13 años, la identidad sexual masculina de Brenda salió a la luz (no se sentía como mujer), lo que obligó a sus padres a decirle la verdad. Años más tarde se transformó nuevamente en hombre.

En este caso, resulta evidente que se dejó de lado por completo la capacidad natural de juicio del menor, a quien incluso se le ocultó la información hasta la adolescencia. De haber estado vigente una medida paternalista como la planteada (garantía de revisión judicial), el experimento efectuado por Money no hubiera prosperado, por no haber correspondido aceptar el cambio de sexo en un menor que no contaba con capacidad natural de juicio y respecto de que dicha operación no era urgente ni indispensable para su vida o salud.

Por lo expuesto, de *lege ferenda*, considero que, frente a disposiciones irreversibles, respecto de bienes personalísimos

(identidad sexual) de un menor de edad, la regla debe ser la no subrogación del representante (léase, padres o tutores). No obstante ello, en estos casos, el juez sí podrá autorizar la disposición, siempre que un tercero (ejemplo, el médico tratante) o el representante le eleven la consulta.

En estos casos, el juez deberá evaluar si se trata o no de un supuesto en el que el menor ostenta capacidad natural de juicio, es decir, si puede o no expresar su voluntad; de manera que:

- a) Si el menor no cuenta con capacidad natural de juicio (ejemplo, es un bebe de apenas meses), el juez deberá rechazar el pedido de disposición, a no ser que la realización de la intervención de cambio de sexo sea indispensable para salvar la vida del menor y/o evitar un empeoramiento en su salud; lo que tendrá que ser acreditado por quien elevó el pedido de subrogación ante el juez.
- b) Si el menor cuenta con capacidad natural de juicio, el juez deberá verificar, en el caso concreto, el grado de madurez del menor para tomar la decisión que afectará a su salud y a su identidad sexual.
  - i. De encontrar que el menor cuenta con la madurez y capacidad suficientes para decidir su identidad sexual, deberá permitirle tomar una opción y autorizar la intervención hormonal y quirúrgica de acuerdo con su voluntad.
  - ii. De encontrar que el menor no se encuentra aún en capacidad de comprender los efectos de su decisión (no cuenta con la madurez y capacidad suficientes), y no ser urgente la intervención, deberá disponer se

postergue la decisión hasta que el menor alcance la madurez suficiente; fijando, de ser posible un nuevo plazo para la revisión del pedido formulado por el representante.

Sobre la base de estos lineamientos propuestos considero que, de *lege ferenda*, puede trabajarse en una modificación normativa que garantice una decisión en beneficio de la realización personal del menor; no siendo posible, salvo riesgo para la salud o vida del mismo (en cuyo caso se recurrirá a las reglas de ponderación), disponer sobre su identidad sexual, sin tomar en cuenta lo que él desea para sí, habida cuenta de la importancia que tiene esa elección para su personalidad futura.

## **2.1.2. Intervenciones y tratamientos estéticos en menores de edad**

### **Caso A: Inyectan botox a niña para concurso de belleza**

Kerry Campbell inyectó botox en las mejillas del rostro a su hija Britney de tan solo 8 años, para que participe en un concurso de belleza de niñas. Kerry dice que buscaba evitar la aparición de arrugas en el rostro de su hija y justificó su actuación afirmando en una entrevista para la cadena ABC: *"Al principio la niña se quejaba de que era doloroso, pero ahora está encantada", "Todas las madres deberían hacer lo mismo", "Lo que estoy haciendo por ella, porque le va a ayudar a ser una estrella. Sé que un día va a ser modelo, actriz o cantante, y hacer estos tratamientos de belleza ahora va a asegurar que se mantenga fresca y con cara de bebe"*<sup>1177, 1178</sup>.

---

<sup>1177</sup> Mayores detalles sobre este caso pueden verse en: «[http://www.clarin.com/belleza/inyecta-botox-hija-anos-bien-ninos-nina-gran\\_bretana\\_0\\_Sktjhg9vmx.html](http://www.clarin.com/belleza/inyecta-botox-hija-anos-bien-ninos-nina-gran_bretana_0_Sktjhg9vmx.html)», fecha de publicación: 4 de

Tras perder la custodia de su hija, y a pesar de haber aparecido en una imagen inyectándole botox a su hija, Kerry ha señalado que la cadena ABC le pagó diez mil dólares para inventar la historia<sup>1179</sup>.

### **Caso B: Botox en niños que sufren babeo incontrolado**

El doctor Arthur Scheffer y otros médicos de la Universidad de Radbound (Holanda) han demostrado que la aplicación de la toxina botulínica (botox) es eficaz para tratar la hipersalivación que afecta a un gran número de niños y adolescentes con enfermedades neurológicas no progresivas, como la parálisis cerebral<sup>1180</sup>.

En el 2010 se aplicó a niños desde los 3 años con extraordinarios resultados<sup>1181</sup>.

### **Caso C: Liposucción a menor de 16 años**

En una entrevista dada al Diario El País el 10 de abril del 2015, el cirujano plástico del Centro Médico Imbanaco (Colombia), doctor

---

noviembre del 2017; y, en: «<https://quivo.co/35174-madre-le-dio-inyecciones-de-botox-a-su-hija-de-8-anos-y-le-depilo-las-pierna.html>», fecha de consulta: 3 de febrero del 2017.

<sup>1178</sup> Éste y otros casos similares en el video reportaje "Concurso de belleza para niñas desata ola de críticas en Estados Unidos: «<https://www.youtube.com/watch?v=ueuAWR8Wvlo>», fecha de publicación: 12 de setiembre del 2012, fecha de consulta: 4 de febrero del 2017.

<sup>1179</sup> SCARPELLINI, Pablo. La madre que inyectó botox a su hija dice que se inventó la historia, Ver: «[http://www.elmundo.es/america/2011/05/20/estados\\_unidos/1305913063.html](http://www.elmundo.es/america/2011/05/20/estados_unidos/1305913063.html)», fecha de publicación: 21 de mayo del 2011, fecha de consulta: 3 de febrero del 2017.

<sup>1180</sup> SCHEFFER, Arthur R.T. y otros. Efficacy and Duration of Botulinum Toxin Treatment for Drooling in 131 Children. Arch Otolaryngol Head Neck Surg, volume 131, N° 9, September 2010, p873-877. El archivo de este artículo se puede encontrar, en versión "PDF", en la siguiente página web: «<http://jamanetwork.com/journals/jamaotolaryngology/fullarticle/496744?resultClick=1>», fecha de consulta: 4 de febrero del 2017.

<sup>1181</sup> La noticia fue difundida en una nota periodista elaborada para "El Mundo" por MATEY, Patricia. Bótox para reducir el babeo incontrolado en niños. En: «<http://www.elmundo.es/elmundosalud/2010/09/21/neurociencia/1285096118.html>», fecha de publicación: 21 de setiembre del 2010, fecha de consulta: 4 de febrero del 2017.

Alfonso Riascos, declaró: *"Una niña de 16 años llegó al consultorio diciendo que quería hacerse una liposucción. Pero ella no se veía segura, entonces se remitió a atención psicológica, allí descubrieron que la mamá era quien la estaba presionando. Aunque aquí no la atendimos, nos enteramos que, en efecto, a la niña le hicieron la lipo"*<sup>1182</sup>.

Todos estos casos involucran menores de edad a quienes sus representantes desean realizar intervenciones y/o modificaciones estéticas, con la finalidad de cambiar su apariencia física; de lo que surgen las siguientes interrogantes: ¿Puede un padre autorizar que se realice cualquier modificación estética a su hijo(a) menor de edad?, ¿existe una edad a partir de la cual un menor pueda consentir por sí mismo que se le realice una modificación estética?, ¿existe algún caso en el que una modificación estética pueda ser realizada en contra de la voluntad del menor?, ¿la intervención o modificación estética en un menor requiere de la aprobación de un juez?

En las próximas líneas, a partir de los casos indicados, se buscará dar respuesta a las interrogantes planteadas:

#### **2.1.2.1. Inexistencia de capacidad natural de juicio: Imposibilidad de subrogar el consentimiento en una intervención o modificación estética**

---

<sup>1182</sup> La entrevista puede verse en: «<http://www.elpais.com.co/elpais/california/noticias/boom-cirugias-esteticas-toca-adolescentes-calenos>», fecha de publicación: 10 de abril del 2015, fecha de consulta: 2 de febrero del 2017.

Como se ha señalado anteriormente<sup>1183</sup>, en lo que se refiere a menores, el representante (léase padre o tutor) únicamente puede subrogar el consentimiento de su representado cuando la disposición gire en torno a derechos patrimoniales y personales, y siempre que dicha disposición implique un beneficio para el menor.

Lo mismo no ocurre respecto de los derechos personalísimos, en los que, por encontrarse directamente vinculados con la identidad y la esencia del menor (recuérdese lo señalado en torno a las operaciones de cambio de sexo y la identidad sexual del menor), por regla general, no es posible subrogar el consentimiento del menor a través de un representante.

Esta misma lógica debe ser aplicada en las intervenciones y/o tratamientos estéticos, los que suponen un cambio en el físico del menor que incide directamente en su personalidad y en su identidad, implicando la afectación de un derecho personalísimo. Así, una modificación estética no sólo podría afectar la salud del menor, sino también su imagen, su personalidad y su esencia; lo que traería claras repercusiones con efectos irreversibles a futuro, que podrían impedir que su autorrealización sea realizada conforme con su voluntad y con la ética propia que desarrolle durante su crecimiento y madurez.

Por esta razón, por regla general, al igual que con las operaciones de cambio de sexo, toda operación o transformación estética debe ser realizada con el

---

<sup>1183</sup> Ver apartado 2.1.1.1. del cuarto capítulo (“Aspectos sobre los que un representante puede consentir en subrogación de un menor”).

consentimiento del titular del bien jurídico, no siendo posible subrogar el consentimiento de un menor y, con ello, desconocer su voluntad y afectar su realización personal futura.

En esta línea, en los casos en los que el menor no ostente capacidad natural de juicio (voluntad propia) y no sea capaz de entender los alcances ni las consecuencias que la intervención y/o el tratamiento estético generarán en él, y **estos no sean necesarios para su salud**; en definitiva, no será válido el consentimiento brindado por el representante. En estos casos, este último no podrá ser utilizado como eximente de responsabilidad penal de un delito de lesiones o de un delito contra la vida, debiendo responder el representante y la persona a cargo de la modificación (léase cosmetóloga, médico, especialista en la belleza, etc).

Por esta razón, en el **caso A (“Inyectan botox a niña para concurso de belleza”)**, el consentimiento por subrogación dado por la madre de Britney (8 años) para aplicarle botox en el rostro y prepararla para participar en un concurso de belleza, no es válido como eximente de responsabilidad penal; debiendo responder la madre por la falta o el delito de lesiones que pueda haber generado en la salud de la menor (sin perjuicio de las acciones a nivel de familia y civiles que pudiesen existir en torno al caso: en efecto, la madre perdió la tutela de Britney).

En este caso, el tratamiento estético aplicado por la misma madre, no era necesario ni urgente para el bienestar o la salud de la menor; sino una actuación que su madre realizaba porque quería que a futuro su hija sea modelo, actriz o cantante (“*Sé*

*que un día va a ser modelo, actriz o cantante, y hacer estos tratamientos de belleza ahora va a asegurar que se mantenga fresca y con cara de bebe”).* Es decir, el consentimiento dado por la madre en subrogación de la menor, no reflejaba un deseo de autorrealización de la niña (quien no tenía capacidad natural de juicio ni capacidad para saber lo que quería), sino un deseo de autorrealización para la madre; quien, probablemente, proyectaba sus propias metas de autorrealización en su hija menor de edad.

Recuérdese que todas las personas tienen derecho a autorrealizarse conforme con su ética personal, no siendo posible que otros dispongan sobre derechos personalísimos que, sin su voluntad (el menor no cuenta con capacidad natural de juicio), afectarán aspectos de su esencia o de su identidad que no serán reversibles a futuro. Ello implicaría una intromisión indebida en la autorrealización del menor, lo que es obligación del Estado evitar.

Los padres no pueden utilizar a sus hijos, a través de modificaciones irreversibles que afecten su esencia (imagen corporal), para alcanzar metas de autorrealización propias; los menores también tienen derecho a elegir y autorrealizarse a futuro conforme con su ética personal, lo que quedarían imposibilitados de hacer si sobre su identidad corporal recayeran modificaciones irreversibles que les impedirían tomar decisiones a futuro.

Ahora bien, distintos serán los casos en los que la intervención y/o tratamiento estético se encuentre justificado en el

mantenimiento o la mejora de la salud del menor. Estos supuestos constituirán una excepción a la regla general que prohíbe la subrogación del consentimiento del menor cuando éste no cuente con capacidad natural de juicio; habida cuenta de la necesidad y la urgencia de la modificación estética para la recuperación de su salud (la que, a mi parecer, en muchos casos, dejará de ser una intervención meramente estética, para pasar a convertirse en un tratamiento médico-curativo indispensable para la vida o salud del menor).

Esto, por ejemplo, es lo que ocurre en el **caso B (“Botox en niños que sufren babeo incontrolado”)**, en el que se aplica la toxina botulínica (botox) como tratamiento eficaz para tratar los problemas de hipersalivación que existen en niños con enfermedades neurológicas no progresivas. En este caso, se aplicó botox a menores desde los 3 años, obteniendo resultados favorables para su salud y permitiendo con ello una mejora en su bienestar, con miras a viabilizar su realización personal futura. Esto mismo ocurre en el caso de niños con parálisis facial, a los que se les aplicó la toxina botulínica (botox) para mejorar significativamente la simetría del labio inferior<sup>1184</sup>.

Indudablemente, en estos casos, la intervención o tratamiento estético debe estar respaldado por un informe médico que acredite su necesidad para la mejora en la salud del menor; en tanto, esta excepción se justifica en la medida en que no

---

<sup>1184</sup> HAYKAL, Siba y otros. The Role of Botulinum Toxin A in the Establishment of Symmetry in Pediatric Paralysis of the Lower Lip. JAMA Facial Plastic Surgery, Volume 17, N°3, May/june 2015, p174-178. El archivo de este artículo se puede encontrar, en versión “PDF”, en la siguiente página web: «<http://jamanetwork.com/journals/jamafacialplasticsurgery/fullarticle/2173799>», fecha de consulta: 5 de febrero del 2017.

responde a una mera modificación estética, sino en la contribución y mejora del bienestar y la salud del menor como mecanismos para que a futuro logre alcanzar su autorrealización personal.

En resumen, en los casos en los que el menor no cuente con capacidad natural de juicio, de lege ferenda, la intervención o el tratamiento estético no puede ser realizado, siendo la única excepción, el caso en que dicha modificación estética sea necesaria para mantener la salud del menor, supuestos en los que quien realice la intervención o el tratamiento estético deberá recabar un informe médico que acredite la urgencia y la necesidad para su salud. Caso contrario, se deberá considerar que no existió consentimiento válido que pueda servir como causa de atipicidad penal, debiendo responder el representante y quien realizó la modificación estética, por los delitos o faltas a las que hubiere lugar.

#### **2.1.2.2. Relevancia de la capacidad natural de juicio del menor para una intervención o modificación estética**

Como se ha indicado, en los casos en los que el menor no cuenta con capacidad natural de juicio, por regla general, no es viable la subrogación de su consentimiento para una intervención y/o tratamiento estético. No obstante ello, la situación cambia cuando dicho menor sí es capaz de darse cuenta de los alcances y riesgos de su decisión, es decir, cuando cuenta con capacidad natural de juicio para decidir sobre un aspecto de su imagen, al que considera un obstáculo para su autorrealización personal.

En estos casos, tampoco cabrá subrogación del consentimiento por su representante, habida cuenta de la capacidad natural de juicio de la que goza el menor; pero sí será necesario garantizar que dicha capacidad sea suficiente para comprender los riesgos y alcances de su decisión, asegurando que ésta realmente responda a la voluntad del menor; así como que con la intervención estética se logre alcanzar lo realmente deseado por éste.

Ahora bien, respecto a las intervenciones estéticas, resulta necesario distinguir entre: las realizadas para procurar restaurar o mejorar la función o el aspecto físico de las lesiones causadas por accidentes, enfermedades, quemaduras, tumores, entre otros (cirugía plástica reparadora); y, las realizadas en pacientes sanos con la finalidad de obtener una mayor armonía facial y corporal (cirugía plástica estética)<sup>1185</sup>.

Respecto a las primeras, como ya lo he señalado con ocasión de las intervenciones médico-curativas<sup>1186</sup>, resulta fundamental la información sobre los riesgos y consecuencias para el paciente; no obstante ello, por conllevar a una mejora en el bienestar y en la salud del menor que, por tanto, coadyuvará a su realización personal futura, al igual que con el supuesto de excepción visto en el punto anterior (intervención para el mantenimiento o la mejora en la salud del menor), bastará con

---

<sup>1185</sup> La distinción puede verse en: BARTOLOMÉ TUTOR. Los derechos de la personalidad del menor... op. cit., p238.

<sup>1186</sup> Recuérdese lo señalado en el apartado 1.2.2.2.2. del cuarto capítulo ("Consentimiento potencial sobre los riesgos derivados de la intervención: Importancia de la información clara y suficiente para el paciente").

un informe médico que acredite la necesidad de la intervención, para que pueda darse la subrogación del consentimiento del menor por parte de sus representantes.

Respecto a las segundas (intervenciones plásticas estéticas), como ya lo he señalado con ocasión de las intervenciones de cambio de sexo en menores<sup>1187</sup>, considero que, a fin de garantizar la validez del consentimiento del menor, y en tanto la intervención estética no sea urgente ni indispensable para salvaguardar su salud, el pedido debe ser presentado ante un juez, a fin de que el mismo garantice que se cumpla lo realmente deseado por el menor; y, con ello, se garantice que dicha modificación realmente responda a uno de los objetivos necesarios para su autorrealización personal. Para dicha decisión, de lege ferenda, el juez deberá tomar todas las medidas necesarias para salvaguardar la voluntad del menor, lo que incluye recabar un informe psicológico en el que se de cuenta de si el menor, en el caso concreto, cuenta con la madurez suficiente para tomar la decisión.

Lo expuesto conseguiría evitar situaciones como la ocurrida en el **caso C (“Liposucción a menor de 16 años”)**, en el que una adolescente de 16 años, por presión de su madre, acudió a solicitar una liposucción. La presión que su madre ejercía sobre ella fue advertida en un informe psicológico que fue recabado por el cirujano plástico antes de la operación (lo que no es obligatorio en la ley colombiana, ni en la mayoría de ordenamientos). A pesar de que dicho médico no aceptó operar

---

<sup>1187</sup> Recuérdese lo señalado en el apartado 2.1.1.2. del cuarto capítulo (“Respecto de la voluntad del menor: Límite infranqueable para operaciones de cambio de sexo”).

a la menor, se tiene conocimiento que la adolescente fue operada por otro médico que sí accedió.

Como se observa del caso expuesto, la exigencia de acudir al juez para sea quien analice el caso concreto y recabe los informes psicológicos y médicos correspondientes, resulta fundamental para garantizar la real voluntad del menor, es decir, para garantizar que su consentimiento realmente responda a lo que desea para su realización personal futura.

Esto mismo ha sido señalado por la Corte Constitucional de Colombia con ocasión de una operación de cambio de sexo de un menor, indicando: *"(...) no sería admisible constitucionalmente que un padre forzara a su hijo, que está a punto de cumplir la mayoría de edad, a someterse a una intervención médica que afecta profundamente su autonomía, y que no es urgente o necesaria en términos de salud, como una operación de cirugía plástica por mera razones estéticas. En efecto, en este caso el padre está usurpando la autonomía de su hijo y modelando su vida, pues le está imponiendo, de manera agobiante y permanente, unos criterios estéticos que el menor no comparte. En este caso, la medida deja de ser "paternalista" para convertirse en lo que la filosofía ética denomina "perfeccionismo", esto es, en la imposición coactiva a los individuos de modelos de vida y de virtud contrarios a los que ellos profesan, lo cual obviamente contradice la autonomía, la dignidad y el libre desarrollo de la persona, fundamentos esenciales de nuestro ordenamiento jurídico"*<sup>1188</sup>.

---

<sup>1188</sup> Sentencia emitida por la Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional de Colombia, el 23 de octubre de 1995, con ocasión del expediente T-65087. El texto de la sentencia puede verse en:

En resumen, los representantes de un menor (padres, tutores) no pueden decidir sobre aspectos personalísimos que afectarán el futuro desarrollo de su personalidad, a no ser que de dicha decisión sea impostergable e indubitablemente necesaria para el mantenimiento de su salud o de su vida; momento en el que, previo análisis médico, tendrá que hacerse una ponderación en los términos de proporcionalidad que ya han sido abordados en el presente trabajo<sup>1189</sup>.

Para las operaciones de cirugía plástica estética, necesariamente, tendrá que existir una autorización judicial y un procedimiento en el que se verifique que, en efecto, el menor cuenta con capacidad natural de juicio para decidir, no siendo posible, bajo ningún caso, autorizar la intervención plástica estética solicitada por el representante de un menor, cuando ésta no contribuya en nada con su salud y cuando éste no desee que dicha intervención se realice.

### **2.1.2.3. A manera de conclusión: Propuestas normativas para regular el consentimiento en intervenciones o modificaciones estéticas de menores**

De lege lata, la necesidad de garantizar que la intervención estética realizada en menores con capacidad natural de juicio para comprender los alcances de su decisión, sea efectuada tomando en cuenta su voluntad, ha sido también resaltada por

---

«<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/t-477-95.htm>», fecha de consulta: 31 de enero del 2017.

<sup>1189</sup> Ver apartado 1.6. del segundo capítulo (“Proporcionalidad y ponderación: Conflicto de derechos y límites para su ejercicio”).

el Decreto 49/2009 del 3 de marzo, que regula la "Protección de las personas menores de edad que se someten a intervenciones de cirugía estética en Andalucía y creación del Registro de datos sobre intervenciones de cirugía estética realizadas a personas menores de edad en Andalucía".

Así, la parte expositiva de dicha norma señala: "(...) *la Administración Sanitaria Pública de Andalucía debe velar porque la población menor de edad que se someta a una intervención de cirugía estética conozca efectivamente los riesgos que conlleva la citada intervención y las posibles diferencias que pudiera haber en función de su sexo en cuanto a riesgos y consecuencias, asegurando que disponen de suficiente madurez mental para su correcta valoración y garantizando que la información que reciben es completa, objetiva y adaptada a sus necesidades y desarrollo madurativo y que la relación entre el riesgo y beneficio es razonable, incorporando de manera transversal la perspectiva de género*".

Esta medida paternalista emitida en Andalucía es plenamente legítima y está orientada a garantizar que el menor cuente con la madurez mental suficiente para comprender los riesgos y consecuencias de la intervención estética a la que se desea someter, es decir, a garantizar la validez de su consentimiento.

Así, si bien no exige un pronunciamiento judicial previo a la intervención estética del menor, sí fija una edad a partir de la cual éste debe necesariamente dar su consentimiento para la realización de dicha intervención. En esta línea, el artículo 6.2.a), establece: "*a) Cuando se trate de una persona menor de*

*edad con **dieciséis años cumplidos o emancipada**, se estará a lo que ésta decida y podrá otorgar el consentimiento informado. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, y de conformidad con el artículo 9.3.c) de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, los padres o tutores serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente”.*

En adición, esta misma norma exige que, previo a la cirugía estética, se le practique al menor un examen psicológico que determine su madurez psicológica para la realización de la intervención; exigiendo que dicho informe sea realizado por un profesional de psicología que no tenga ninguna vinculación laboral o contractual, ni con el centro o servicio sanitario, ni con la persona facultativa responsable de la intervención de cirugía estética. Así, establece:

#### **Artículo 5. Examen psicológico e informe de madurez**

*"1. Con carácter previo a la intervención de cirugía estética, se practicará a la persona menor de edad un examen psicológico, de acuerdo con el protocolo de valoración psicológica (...).*

*2. El examen psicológico previo respetará la intimidad y los derechos de la persona menor de edad y servirá a los únicos y exclusivos efectos de la determinación de la madurez psicológica para la realización de la intervención de cirugía estética.*

*3. El profesional de la Psicología que realice el examen psicológico no tendrá vinculación laboral o contractual de*

*ningún tipo, ni con el centro o servicio sanitario, ni con la persona facultativa responsable de la intervención de cirugía estética, siendo requisito indispensable que dicho profesional esté incorporado al colegio correspondiente, (...).*

*4. Si el padre o la madre, o las personas tutoras de la persona menor de edad emancipada o con dieciséis años cumplidos, se opusieran a que a ésta se le practicara la intervención de cirugía estética, deberán ser oídos por el profesional de la Psicología que vaya a realizar el examen psicológico previo.*

*5. Finalizado el examen, el profesional de la Psicología emitirá un informe de madurez psicológica que deberá ser incorporado a la historia clínica del paciente, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 15 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre (...).*

*6. El informe de madurez psicológica será valorado por la persona facultativa responsable que vaya a realizar la intervención, quien determinará la pertinencia de la intervención y la idoneidad de la persona menor de edad con relación a la práctica de la intervención de cirugía estética.*

Como se observa, el decreto andaluz busca garantizar la validez del consentimiento dado por los menores a partir de los 16 años, exigiendo que el encargado de la intervención estética valore el informe de madurez psicológica antes de realizar la misma. No obstante ello, no sigue la misma lógica para los menores de 16, en cuya caso sí permite la subrogación del consentimiento por sus representantes, sin tomar en cuenta

situaciones como la ocurrida en el **caso A ("Inyectan botox a niña para concurso de belleza")**; es decir, sin considerar que muchas veces el consentimiento firmado por los padres no es suficiente para garantizar que la intervención sea realmente querida por el menor y beneficiosa para su realización personal futura<sup>1190, 1191</sup>.

Esto mismo se repite para el caso de menores de 12 años, en los que el legislador andaluz sí permite la subrogación del consentimiento del menor a efectos de intervenciones estéticas, sin distinguir si las mismas son reparadoras o plásticas. Así, en el artículo 6.2.b), establece: *"b) Cuando se trate de una persona menor con doce años cumplidos, el consentimiento informado será otorgado por su padre o madre o quienes tengan la tutela o representación legal, después de que la persona facultativa responsable escuche la opinión del menor, según dispone la Ley 41/2002, de 14 de noviembre"*.

No comparto lo establecido por el legislador andaluz en este último punto, dado que, como se ha señalado, el representante de un menor de 12 años, que no cuenta con capacidad natural de juicio, no puede decidir sobre aspectos personalísimos que afectarán el futuro desarrollo de su personalidad; a no ser que dicha decisión sea impostergable e indubitadamente necesaria para el mantenimiento de su salud o de su vida, en cuyo caso sí

---

<sup>1190</sup> Artículo 6 del Decreto 49/2009: Otorgamiento del consentimiento informado.- *"1. El otorgamiento de consentimiento informado, libre y voluntario por la persona menor de edad, o sus padres, o representantes legales, será un requisito ineludible para la práctica de la intervención de cirugía estética. (...)"*

<sup>1191</sup> Esta norma sigue la lógica del artículo 9.4 de la Ley 41/2002 (Ley de autonomía del paciente), el que establece: *"4. Cuando se trate de menores emancipados o mayores de 16 años que no se encuentren en los supuestos b) y c) del apartado anterior, no cabe prestar el consentimiento por representación. (...)"*.

cabrá subrogación del consentimiento del menor como excepción, y previo informe médico que establezca la urgencia y necesidad para el mantenimiento de su salud, aspecto que bajo ningún concepto es objeto de una cirugía plástica estética.

Más acertada me parece la solución propuesta por el Código de Derecho Foral de Aragón (Decreto Legislativo 1/2011), del 22 de marzo del 2011, el que establece reglas claras que regulan la intromisión de terceros en los derechos de la personalidad del menor, distinguiendo entre menores de 14 años y menores que sean mayores a los 14 años. Así, en el artículo 20 y 24, respectivamente, señalan:

Artículo 20. Intromisión de terceros en los derechos de la personalidad

*"1. Siempre que con arreglo a las leyes la voluntad del sujeto decida sobre la intromisión en sus derechos de la personalidad, la intromisión en los del **menor de catorce años** se regirá por las siguientes reglas:*

*a) Si tiene suficiente juicio, requerirá su consentimiento y la autorización conjunta de los titulares de la autoridad familiar o del tutor; en caso de negativa de alguno de ellos, su autorización podrá ser suplida por el Juez.*

*b) Contra su voluntad solo será posible la intromisión con autorización judicial en interés del menor.*

*c) Si no tiene suficiente juicio, solo será posible la intromisión cuando lo exija el interés del menor, apreciado conjuntamente por los titulares de la autoridad familiar o el tutor y, subsidiariamente, por el Juez.*

*(...)"*

*Artículo 24. Intromisión de terceros en los derechos de la personalidad*

*"1. Siempre que con arreglo a las leyes la voluntad del sujeto decida sobre la intromisión en sus derechos de la personalidad, la intromisión en los del menor **mayor de catorce años** dependerá de su exclusiva voluntad, con las salvedades siguientes:*

*a) Si su decisión entraña un grave riesgo para su vida o integridad física o psíquica, necesitará la asistencia prevista en el artículo anterior.*

*b) Contra su voluntad solo será posible la intromisión con autorización judicial en interés del menor.*

*2. Si el menor no está en condiciones de decidir sobre ella, solo será posible la intromisión cuando lo exija el interés del menor apreciado por uno de los titulares de la autoridad familiar o por el tutor y, subsidiariamente, por el Juez".*

En ambos casos, cuando la voluntad del menor esté en contra, sólo prevé la disposición de un bien personalísimo (ejemplo, la imagen, la salud, etc) mediante pronunciamiento judicial, siendo el juez quien debe evaluar en el caso concreto si el pedido de disposición realizado por el representante realmente se justifica en el bienestar del menor (no supone un mal mayor que el que se quiere evitar).

En igual línea, exige que siempre se respete la voluntad del menor, el que debe ser escuchado cuando cuente con capacidad natural de juicio; y exige que cualquier intervención

siempre se haga en beneficio del menor. Frente a cualquier duda o incompatibilidad entre lo decidido por el menor y por sus representantes, deja al juez la decisión de manera subsidiaria.

No obstante lo recogido en estas normas, de *lege ferenda*, en función a los lineamientos propuestos, considero que la mejor alternativa normativa para garantizar el libre desarrollo y la realización personal del menor es que, frente a disposiciones irreversibles que afectarán la esencia del individuo (consentimiento respecto de su apariencia física y respecto de la realización de una intervención estética), debe girar en torno a las siguientes premisas:

- a) Por regla general, cuando un menor no cuente con capacidad natural de juicio, su representante no puede subrogar su consentimiento y decidir por éste respecto a la realización de intervenciones estéticas, que únicamente tengan como finalidad modificar la apariencia física del menor, sin que con ello se acredite médicamente la existencia de algún beneficio para la salud del mismo.
- b) La única excepción a esta regla se dará en los supuestos en los que sea urgente y necesario para el mantenimiento de la salud del menor efectuar la intervención estética plástica o la intervención estética reparadora; la que, en realidad, en estos casos, tendrá más que nada la calidad de intervención médico-curativa. En estos supuestos, se requerirá, previo a la intervención, un informe médico que establezca la urgencia y necesidad de la intervención estética para el bienestar del menor que no cuenta con capacidad natural de juicio.

- c) En los casos en los que un menor cuente con capacidad natural de juicio, y desee someterse a una intervención estética reparadora, el representante podrá consentir por el menor, tomando en cuenta su opinión y la necesidad de la intervención para su bienestar personal; para ello, también será necesario un informe médico previo que avale la subrogación del consentimiento del menor.
- d) En los casos en los que un menor cuente con capacidad natural de juicio y desee someterse a una intervención estética plástica, no será posible que su consentimiento sea subrogado a través de un representante; debiendo este último elevar una solicitud al juez a fin de que sea éste quien analice, en cada caso concreto, lo siguiente:
  - i. Si el menor realmente cuenta o no con capacidad natural de juicio, es decir, si es capaz de tomar una decisión informada y válida respecto a lo que desea para su autorrealización personal. Para ello, el juez deberá requerir un informe psicológico de madurez, en el que se de cuenta del grado de capacidad para consentir del menor.
  - ii. Si es menor ha sido debidamente informado de todos los riesgos inherentes a la intervención y de las repercusiones que ello puede generar a su salud.

En caso que el juez determinara, a partir del informe psicológico y de los informes emitidos por los médicos especialistas, que la intervención estética plástica puede generar detrimentos a la salud o a la vida del menor, que no han sido debidamente valorados por el mismo por no contar con el suficiente grado de madurez mental; podrá rechazar el pedido del menor y disponer su postergación hasta que el

menor alcance la madurez psicológica suficiente. Esto mismo deberá resolver el juez cuando aprecie que la intervención estética plástica generará mayores perjuicios que beneficios para la salud del menor; debiendo, en todo caso, esperar el mismo hasta cumplir la mayoría de edad para poder elegir.

Con estos lineamientos normativos propuestos, de *lege ferenda*, considero que se garantizará que el menor tome una decisión en beneficio de su realización personal; y se evitarán decisiones prematuras que no respondan a una voluntad real y a una adecuada valoración de los riesgos inherentes a una intervención o tratamiento estético. Estas medidas paternalistas se encontrarán plenamente justificadas por evitar que el consentimiento del menor se encuentre viciado o influido por presiones sociales o cánones de belleza que no necesariamente, a futuro, serán compartidos por éste cuando alcance plena madurez psicológica.

## **2.2. Consentimiento en supuestos de incapacidad permanente: Especial referencia a las esterilizaciones**

### **Caso A: Inmaculada está de acuerdo con esterilización**

Inmaculada nació el 8 de octubre de 1961 y fue declarada judicialmente “incapaz total” el 21 de julio de 1999, por presentar retraso mental y trastorno de personalidad, lo que le impide –según el informe del médico forense- regir por sí misma su vida o sus intereses. Vive con sus padres, que son sus representantes y acude a un taller ocupacional en la localidad de Vilafranca del Penedés (España).

Presenta una libido ligeramente aumentada, se encuentra en edad fértil y ha mantenido alguna vez relación sentimental con cierta estabilidad, aunque no es capaz de mantener un control sobre su capacidad reproductora para impedir un embarazo; razón por la que sus padres han solicitado una autorización judicial para que se le practique una esterilización quirúrgica.

Inmaculada se manifiesta consciente de su situación de minusvalía y dice comprender lo que supone la maternidad y las funciones que conlleva, indicando que **no quiere tener hijos**, por lo que **no le importaría** que le hicieran una operación de esterilización.

La Audiencia Provincial de Barcelona revocó parcialmente el auto de primera instancia y autorizó la esterilización alegando: "*(...) la declarada incapaz está en condiciones de emitir su opinión y lo hace en el sentido de solicitar la intervención quirúrgica, coincidiendo con el criterio médico y con el de las personas que ostentan la potestad sobre ella y que indudablemente son quienes mejor la conocen por lo que procede estimar el recurso y autorización la intervención*"<sup>1192</sup>.

### **Caso B: Esterilización por grave riesgo para bienestar de Marina**

Según lo señalado por diversos médicos especialistas, Marina tiene un grado de incapacidad del 81%, pero no rechaza la relación con terceras personas, definiéndola algunos de sus compañeros como "*impulsiva, cariñosa y dócil*". Sus padres solicitaron una esterilización quirúrgica, a lo que el Ministerio Fiscal español se opuso.

---

<sup>1192</sup> Mayor detalle del caso puede revisarse en el auto emitido por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18ª) el 14 de marzo del 2002 (AC 2002/988).

La especialista en obstetricia y ginecología ha señalado que su déficit congénito *"tiene un riesgo importante de transmitirse a sus futuros hijos con problemas similares a los que ella presenta"*, y, ha precisado que *"(...) un embarazo para su situación psiquiátrica supondría un serio descontrol que llegó a calificar como de alto riesgo, no presentando ninguno, pese a suponer una intervención, la esterilización"*; asimismo, ha indicado que los otros mecanismos alternativos a la ligadura de trompas tubárica no son adecuados para Marina, dado que *"(...) alteran el sangrado menstrual, lo que puede producir ansiedad y desasosiego en una paciente con problema psiquiátricos de base"*. Algo similar ha sido indicado por la médico forense, quien además agregó que un embarazo para ella sería *"mortal"*.

El médico psiquiatra ha indicado respecto a Marina que *"(...) si cualquier ruptura de su rutina supone serios problemas para su situación psiquiátrica, un embarazo podría tener repercusiones desestructurantes hasta extremos inauditos y la posible interrupción en el tratamiento que sigue y que es imprescindible, al ser contraindicado como consecuencia del embarazo, conduciría a una situación que calificó literalmente como "tremenda"."*

Al amparo de lo señalado por los médicos, la Audiencia Provincial de Asturias revocó la sentencia de primera instancia y autorizó a que se proceda con la intervención quirúrgica mediante el procedimiento de ligadura tubárica<sup>1193</sup>.

### **Caso C: Rechazan pedido de esterilización presentado por tutora**

---

<sup>1193</sup> Mayor detalle del caso puede revisarse en la sentencia número 80/2015, emitida por la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 1ª) el 26 de marzo del 2015 (AC 2015/476).

La tutora de Vicenta, quien es incapaz, solicitó se autorice que se le practique una esterilización quirúrgica, argumentando que la operación no generaría mayores riesgos para su salud.

El pedido fue rechazado por el Juzgado de Primera Instancia de Oviedo (España), el que valoró lo indicado por la médico forense respecto a que Vicenta rechazaba cualquier tipo de relación con otras personas, lo que hacía que evitara el contacto visual con los demás, habiendo perdido un nivel afectivo que ni siquiera las terapias de ocio y ocupacionales le habían permitido recuperar; todo lo cual le hacía advertir que no era posible esperar que a futuro, Vicenta sea capaz de mantener voluntaria o libremente relaciones sexuales con terceros, agregando que cualquier riesgo de embarazo en Vicenta únicamente podía venir dado por la comisión de un abuso sexual.

Este hecho fue corroborado en segunda instancia por los miembros del Tribunal a cargo, a quienes también les fue imposible entablar comunicación alguna con Vicenta; razón por la que desestimaron el pedido de la madre y confirmaron lo resuelto en primera instancia. Destacaron que por el tipo de vida que llevaba Vicenta, no se advertía la existencia de un especial riesgo de que pudiera ser víctima de una agresión sexual; por el contrario, su rechazo a las personas disminuía dicha posibilidad<sup>1194</sup>.

Como se aprecia, en todos estos casos no es posible que el titular del bien jurídico emita un consentimiento válido, por presentar un cuadro de incapacidad permanente. Es decir, a diferencia del punto anterior, en estos casos, la persona no es un menor de edad que a futuro logrará ostentar

---

<sup>1194</sup> Mayor detalle del caso puede revisarse en el auto número 158/2009, emitido por la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 1ª) el 14 de diciembre del 2009 (AC 2010/309).

capacidad para decidir, debiendo siempre requerir del apoyo de un representante que pueda velar por su bienestar.

En este marco, a partir de los casos formulados, surgen las siguientes interrogantes que buscarán ser resueltas en las próximas líneas: ¿Es relevante el grado de incapacidad que presenta la persona a quien se quiere esterilizar?, ¿la opinión de quien presenta capacidad disminuida debe ser tomada en cuenta para decidir sobre su esterilización quirúrgica?, ¿en qué casos es viable la esterilización en personas con incapacidad permanente?, ¿debe el Estado tomar alguna medida para garantizar la realización de las personas con incapacidad permanente cuyos representantes solicitan una esterilización?

### **2.2.1. Esterilización de personas con incapacidad permanente: La existencia de voluntad mínima impide la subrogación**

Conforme se ha señalado en el apartado 4.2.1.2. del tercer capítulo ("Personas con incapacidad permanente: Consentimiento con efectos reversibles e irreversibles"), en los casos en los que el titular de derechos presente una incapacidad permanente, la regla general será la subrogación de un tercero para consentir, por no ostentar el titular del bien jurídico capacidad para emitir un consentimiento válido. Esta regla será aplicable en la medida en que con dicha subrogación se busque obtener el bienestar del titular del bien jurídico, y podrá recaer tanto respecto de derechos patrimoniales como la propiedad y la posesión, cuanto respecto de derechos personales como la educación y la nacionalidad.

Regla distinta se aplicará a los derechos personalísimos, es decir, a los que corresponden a la esencia del ser humano, a su personalidad,

a su identidad, como ocurre con la imagen, el honor, la libertad, la libertad sexual, la salud, la vida, entre otros. Estos bienes jurídicos no serán disponibles, a no ser que con dicha disposición se garantice que se contribuirá con la realización personal del incapaz y que el daño causado será menor que el daño que se causaría de no efectuarse la disposición. En estos casos, el representante no podrá subrogar el consentimiento del titular incapaz, sino únicamente elevar un pedido de autorización judicial al juez, para que éste sea quien por fin decida si la disposición resulta o no conveniente para el titular; y, por tanto, disponga o no la disposición sobre el bien jurídico<sup>1195</sup>.

En el caso de las esterilizaciones quirúrgicas, por afectar bienes jurídicos vinculados con la personalidad del ser humano, como es el caso de la salud y la libertad reproductiva, recaen directamente en el ámbito de los derechos personalísimos. Por esta razón, no será posible que el consentimiento de la persona incapacitada sea subrogado por un tercero que haga las veces de representante; a no ser que -conforme con lo ya señalado- la misma sea indispensable para la salud y la libertad sexual del incapacitado para consentir, supuesto en el que representante tampoco podrá subrogar el consentimiento del incapaz, pero sí podrá acudir al órgano jurisdiccional para que decida sobre la conveniencia o no de la disposición solicitada por el representante, a la luz del bienestar del incapacitado.

Ahora bien, respecto a las esterilizaciones quirúrgicas (sea ya que se trate de una intromisión reversible o irreversible en la personalidad

---

<sup>1195</sup> Sobre los 3 mecanismos de subrogación planteados en el presente trabajo, puede verse en el apartado 2.3.4.3. del segundo capítulo ("Mecanismos de subrogación del consentimiento").

del titular del bien jurídico<sup>1196</sup>), debe tomarse en cuenta que la subrogación efectuada por el órgano jurisdiccional sólo puede darse en los casos en los que el titular del bien jurídico no sea capaz de entender los alcances de la maternidad/paternidad, es decir, no sea capaz de expresar una opinión válida en torno a su futuro reproductivo; caso contrario, ni un representante, ni un órgano jurisdiccional podrán consentir por dicha persona en este extremo, debiendo hacerlo el mismo titular del bien jurídico.

En esta línea también se ha pronunciado la doctrina española, la que establece: *"De manera que una persona incapacitada o afectada por una deficiencia mental que pueda comprender mínimamente el significado de la maternidad/paternidad y de las prácticas esterilizadoras y no quiera ser esterilizada, no podrá ser esterilizada (...) su consentimiento no podrá ser suplido ni tal práctica autorizada en modo alguno (...) dicha persona podrá consentir válidamente tal práctica y su esterilización quedará fuera del ámbito de lo penalmente relevante"*<sup>1197</sup>.

No obstante lo expuesto, en el **caso A ("Inmaculada está de acuerdo con esterilización")**, la Audiencia Provincial de Barcelona se subrogó en el consentimiento de Inmaculada, a pesar de afirmar textualmente lo siguiente: *"Estos son los hechos a los que ha de sumarse que explorada judicialmente la incapaz, se manifiesta*

---

<sup>1196</sup> A la fecha se han desarrollado técnicas para revertir quirúrgicamente la esterilización tubárica, aunque existen casos en los que no es posible la reversión, ver: «<https://es.trochefertility.com/reversion-de-la-esterilizacion.html>», fecha de consulta: 7 de febrero del 2017.

<sup>1197</sup> Por todos, GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora. Evolución penal de la admisibilidad de la esterilización de los incapaces y su reforma en el proyecto de Ley Orgánica de 20 de setiembre de 2013, por el que se modificaría a la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. En: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, número 16-13, 2014, p13:29; en: «<http://criminet.ugr.es/recpc/16/recpc16-13.pdf>», fecha de consulta: 6 de febrero del 2017.

*consciente de su situación de minusvalía, dijo comprender lo que supone la maternidad y sus funciones propias, y que no quiere tener hijos por lo que no le importaría que le hicieran una operación de esterilización*<sup>1198</sup>; autorizando la esterilización sobre la base de que *"(...) la declarada incapaz está en condiciones de emitir su opinión y lo hace en el sentido de solicitar la intervención quirúrgica, (...)"*.

No comparto lo resuelto por el órgano jurisdiccional en este caso por considerar que, una vez advertida la capacidad de Inmaculada para entender los alcances de la maternidad y lo que implicaba ser madre, lo más propio hubiera sido indicar que no procede autorizar la esterilización vía procedimiento judicial; sino en virtud del consentimiento válido de la misma titular del bien jurídico. Si bien el resultado no hubiese cambiado (ejecución de la esterilización quirúrgica en Inmaculada), el fundamento sí deviene en importante en virtud de la validez del consentimiento como causa de atipicidad penal en el marco de un Estado Constitucional moderno; y del precedente que se pueda generar para otros casos.

Por ello, frente a los pedidos de autorización judicial de disposición del bien jurídico del incapaz (consentimiento para realizar una esterilización quirúrgica), antes de emitir un pronunciamiento, el juzgador se encuentra en la obligación de evaluar la capacidad del titular del bien jurídico respecto a los alcances de la maternidad y de sus derechos reproductivos; recurriendo, de ser necesario, a informes médicos y psicológicos que establezcan el grado de capacidad en materia reproductiva. Ello, en la medida en que sólo será posible la autorización judicial cuando se haya descartado la imposibilidad de

---

<sup>1198</sup> Segundo fundamento de derecho del auto emitido por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18ª) el 14 de marzo del 2002 (AC 2002/988).

consentir en ese extremo por parte del titular del bien jurídico, debiendo recordar que la incapacidad civil no necesariamente inhabilita al sujeto a disponer sobre bienes jurídico-penales de naturaleza personalísima.

### **2.2.2. Razones que legitiman la autorización judicial en una esterilización de persona incapacitada para consentir**

En los casos en los que, luego del pedido de esterilización presentado por los representantes del incapaz al juzgador, éste estableciera la incapacidad permanente del titular del bien jurídico para consentir en materia reproductiva, resulta indispensable que el juez realice las consultas médicas y psicológicas necesarias para determinar los riesgos y consecuencias que el pedido de esterilización quirúrgica generará respecto del bienestar del incapaz.

Ello, debido a que, la única razón que puede legitimar la autorización judicial en esta materia es el bienestar del incapacitado, el que debe entenderse como el mantenimiento o la mejora de su salud física y/o mental. En tal sentido, el beneficio a conseguir con la esterilización debe ser mayor que el daño que se genere con la misma; caso contrario, a la luz de una ponderación de intereses, no tendría sentido realizarla y generar un detrimento a la realización de la persona incapacitada.

Por lo expuesto, bajo ningún concepto, la decisión del juzgador podrá sustentarse en criterios alejados del bienestar del incapacitado, como podrían ser razones eugenésicas o políticas de esterilización de deficientes: la única razón que puede legitimar la autorización judicial

de la disposición del bien jurídico del incapaz es su propio bienestar<sup>1199</sup>.

Esta fue la lógica que siguió la jurisprudencia española en el **caso B (“Esterilización por grave riesgo para bienestar de Marina”)**, en el que la Audiencia Provincial de Asturias autorizó a que se proceda con la esterilización quirúrgica, luego de verificar que un embarazo hubiera podido traer consecuencias nocivas para la salud y el bienestar de Marina; quien presentaba problemas psiquiátricos de base y debía tomar medicamentos que se encontraban contraindicados en un potencial embarazo.

En este contexto, y tomando en cuenta que, a pesar de la incapacidad de Marina, ésta sí socializaba con otras personas, y que otros mecanismos de anticoncepción no resultaban recomendables en su caso; el órgano jurisdiccional efectuó una ponderación entre dos derechos, optando por permitir la esterilización. En esta línea, señaló: *"(...) cualquier posibilidad de embarazo produciría en Marina unas consecuencias altamente perjudiciales y lesivas para su salud, evitándose de este modo la mera posibilidad de que vaya a sufrirlas. No es, en definitiva, un criterio genérico de eugenesia de deficientes el que explica la presente autorización, aspecto que -puede verse- queda al margen de la argumentación expuesta a lo largo de los fundamentos que se han dado. Se ha tratado de la toma en consideración del interés de la incapacitada que se protege con*

---

<sup>1199</sup> *"(...) de modo que se vino a consagrar como principio orientador de la autorización el del bienestar de la persona disminuida, por lo que deberán considerarse absolutamente ilícita toda esterilización basada en razones eugenésicas, como las imperantes en la época del positivismo científico, o de política demográfica".* TAMARIT SUMALLA, Josep María. Libro II: Título III (Art. 156 bis). En: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (director). Comentarios al Código Penal Español, Tomo I (Artículos 1 a 233), séptima edición, Aranzadi, Pamplona, 2016, p1070-1071.

*defensa de su dignidad, posibilitando el ejercicio conjunto de sus derechos fundamentales (...)*<sup>1200</sup>.

De igual manera, tomando en cuenta el bienestar de la persona incapacitada como razón esencial por la que se puede subrogar judicialmente el consentimiento de un incapaz permanente; en el **caso C (“Rechazan pedido de esterilización presentado por tutora”)**, la Audiencia Provincial de Asturias rechazó el pedido de esterilización presentado por la tutora de Vicenta, por haber padecido la misma un acontecimiento traumático que le impedía mantener cualquier relación con terceros; lo que ponía en evidencia la inexistencia de riesgo alguno de que Vicenta quedara embarazada, no apreciándose con la esterilización mayor beneficio para su bienestar.

De lo expuesto, resulta claro que cualquier autorización judicial de disposición del bien jurídico de una persona con incapacidad, siempre deberá tomar en cuenta el beneficio del incapaz; no siendo válida ninguna disposición que no tenga como objetivo su bienestar o la mejora o mantenimiento de su salud. Cualquier disposición que sea hecha en contra de la mejora o bienestar del incapaz, no podría servir como eximente de responsabilidad penal; debiendo optarse por la esterilización quirúrgica como último mecanismo a seguir en beneficio del incapacitado.

### **2.2.3. Especial referencia al ordenamiento español: Artículo 156 del Código Penal**

---

<sup>1200</sup> Último párrafo del fundamento jurídico cuarto de la sentencia número 80/2015, emitida por la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 1ª) el 26 de marzo del 2015 (AC 2015/476).

A diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos como el peruano, el actual segundo párrafo del artículo 156 del Código Penal español sí regula la esterilización de personas con incapacidad permanente, estableciendo: *"No será punible la esterilización acordada por órgano judicial en el caso de personas que de forma permanente no puedan prestar en modo alguno el consentimiento al que se refiere el párrafo anterior, siempre que se trate de supuestos excepcionales en los que se produzca grave conflicto de bienes jurídicos protegidos, a fin de salvaguardar el mayor interés del afectado, todo ello con arreglo a lo establecido en la legislación civil"*<sup>1201</sup>, agregando la disposición adicional primera de la Ley Orgánica 1/2015, lo siguiente: *"La esterilización a que se refiere el párrafo segundo del artículo 156 del Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) deberá ser autorizada por un juez en el procedimiento de modificación de la capacidad o en un procedimiento contradictorio posterior, a instancias del representante legal de la persona sobre cuya esterilización se resuelve, oído el dictamen de dos especialistas y el Ministerio Fiscal, y previo examen por el juez de la persona afectada que carezca de capacidad para prestar su consentimiento"*.

Como se observa, el actual segundo párrafo del artículo 156 contempla la autorización judicial para casos excepcionales de incapacidad permanente en los que se produzca un grave conflicto de

---

<sup>1201</sup> Redacción vigente desde el 1 de julio del 2015 (Art. 84 de la Ley Orgánica 1/2015). La redacción anterior establecía: *"(...) Sin embargo, no será punible la esterilización de persona incapacitada que adolezca de grave deficiencia psíquica cuando aquélla, tomándose como criterio rector el del mayor interés del incapaz, haya sido autorizada por el Juez, bien en el mismo procedimiento de incapacitación, bien en un expediente de jurisdicción voluntaria, tramitado con posterioridad al mismo, a petición del representante legal del incapaz, oído el dictamen de dos especialistas, el Ministerio Fiscal y previa exploración del incapaz"*.

bienes jurídicos protegidos y siempre y cuando la finalidad sea salvaguardar el mayor interés del afectado.

En su oportunidad, con ocasión del artículo 428 del Código Penal, vigente hasta mayo de 1996<sup>1202</sup>, el Tribunal Constitucional estableció su constitucionalidad al señalar que la sustitución del consentimiento de un incapaz por una autorización judicial "(...) *no conlleva la vulneración de la interdicción contenida en el art. 15, ya que la esterilización ni se acuerda con la finalidad de vejar o envilecer ni su práctica médica supone trato inhumano o degradante alguno*", agregando que las garantías exigidas en la ley impedían una intromisión indebida de los poderes públicos y viabilizaban que se velara por el interés del incapaz y la mejora de sus condiciones de vida: "*El problema de la sustitución del consentimiento en los casos de inidoneidad del sujeto para emitirlo, atendida su situación de grave deficiencia psíquica, se convierte, por tanto, en el de la justificación y proporcionalidad de la acción interventora sobre su integridad corporal; una justificación que únicamente ha de residir, siempre en interés del incapaz, en la concurrencia de derechos y valores constitucionalmente reconocidos cuya protección legitime la limitación del derecho fundamental a la integridad física que la intervención entraña*"<sup>1203</sup>.

A diferencia de la norma vigente, en ese momento el legislador hacía referencia a la subrogación del consentimiento de personas

---

<sup>1202</sup> Este artículo fue introducido en 1989, con la Ley Orgánica 3/1989 del 21 de junio de 1989, que agregó el siguiente párrafo al entonces vigente artículo 428 del Código Penal: "*Sin embargo, no será punible la esterilización de persona incapaz que adolezca de grave deficiencia psíquica cuando aquélla haya sido autorizada por el Juez a petición del representante legal del incapaz, oído el dictamen de dos especialistas, el Ministerio Fiscal y previa exploración del incapaz*".

<sup>1203</sup> Sentencia número 215/1994, emitida por el Pleno del Tribunal Constitucional el 14 de julio de 1994 (RTC 1994/215).

incapacitadas que adolecieran de grave deficiencia psíquica; a la fecha, se hace mención a personas que de forma permanente no puedan prestar en modo alguno su consentimiento. Considero un acierto este cambio normativo, habida cuenta de las complicaciones prácticas que podía generar restringir la autorización judicial únicamente a los casos de personas que adolecieran de grave deficiencia psíquica, sobre todo cuando la misma no necesariamente implica incapacidad para consentir respecto de los derechos reproductivos, cuando no toda incapacidad psíquica es irreversible, y cuando pueden existir otros supuestos de incapacidad permanente que impiden consentir sobre derechos reproductivos y que no están asociados a una incapacidad psíquica<sup>1204</sup>.

Por otro lado, la normativa española vigente también hace referencia a supuestos excepcionales en los que se produzca un grave conflicto de bienes jurídicos protegidos, y en los que la subrogación tenga como finalidad la de salvaguardar el mayor interés del afectado.

García Álvarez critica la vinculación de la excepcionalidad con la existencia de un conflicto entre dos bienes jurídicos, por considerar complicado determinar cuál o cuáles son dichos bienes jurídicos en conflicto; lo que, incorrectamente, pareciera introducir la figura del estado de necesidad, el que en realidad no es de aplicación al caso. Así, señala: *"Lo que nos traslada nuevamente a la problemática de dilucidar cuál es ese otro bien jurídico con el que la capacidad reproductiva de la persona cuya esterilización está en juego, entraría en colisión: ¿política demográfica del Estado, derecho al sexo, imposibilidad de ejercer una paternidad/maternidad responsable,*

---

<sup>1204</sup> Un mayor detalle sobre este punto puede verse en: GARCÍA ÁLVAREZ. Evolución penal de la admisibilidad... op. cit., p13:16ss.

*inconvenientes de una posible descendencia, posibilidad de que los descendientes hereden la deficiencia del afectado?"; para esta autora ninguno de estos son bienes jurídico a proteger por el Derecho penal y, aunque lo fueran, "(...) no pueden ser defendidos a costa de sacrificar la capacidad procreadora de una persona sin contar con su consentimiento si con ello no se salvaguarda el mayor interés de dicha persona, con lo que no se daría la relación de adecuación entre el mal causado y el mal evitado que exige la apreciación del estado de necesidad como causa de justificación"<sup>1205</sup>.*

Al respecto, no considero que el legislador haya buscado hacer referencia a un conflicto entre la capacidad reproductora del titular del bien jurídico y otro bien jurídico o valor externo al mismo (como los mencionados por la autora citada); sino, más bien, a un conflicto entre dos bienes jurídicos que corresponden al mismo titular con incapacidad permanente, como por ejemplo ocurre con la capacidad reproductora, la libertad sexual, la salud, la vida, entre otros. En esta línea, únicamente tendrá sentido plantear la esterilización quirúrgica, en los casos en los que esta última se sustente en la existencia de algún otro derecho que también desee ser ejercido por la persona con incapacidad permanente. Recuérdese que la incapacidad no necesariamente se da en todos los aspectos de la vida de la persona, pudiendo, a nivel penal, suponer la invalidez del consentimiento en algunos ámbitos, pero no en todos.

Esto, por ejemplo, ocurre en el caso de quien cuenta con capacidad para decidir tener una pareja y mantener una relación sentimental y sexual con la misma; pero, a su vez, presenta una incapacidad para comprender los alcances de la maternidad y decidir válidamente

---

<sup>1205</sup> Ibid., p13:30-13:31, p13:33-13:34.

sobre su capacidad reproductiva; en este caso, claramente existe un conflicto de derechos que excepcionalmente requiere ser dilucidado por el órgano jurisdiccional, habida cuenta del derecho del titular del bien jurídico de autorrealizarse sexualmente. Este conflicto deberá ser resuelto ponderando entre dos derechos del titular del bien jurídico y eligiendo de manera que se salvaguarde el mayor interés del afectado.

Distinto sería si, en el ejemplo propuesto, la esterilización supondría para el titular del bien jurídico, riesgos en la operación que podrían ocasionar su muerte; en este caso, nuevamente el juez -luego de realizar una ponderación- tendría que elegir de manera que se salvaguarde el mayor interés del afectado que, en este caso, sería su vida.

Algo similar ocurrió en el **caso C (“Rechazan pedido de esterilización presentado por tutora”)**, en el que el juzgador rechazó el pedido de esterilización por no apreciar un supuesto excepcional en que existiera un conflicto de derechos entre dos bienes jurídicos de Vicenta. Si bien su tutora alegaba un conflicto entre su capacidad reproductiva y los riesgos que a su salud podía generar un embarazo, el juzgador determinó que no existía conflicto, dado el rechazo por parte de Vicenta de cualquier tipo de relación con otras personas, lo que eliminaba un posible riesgo a su bien jurídico salud.

No obstante lo expuesto, lo que queda claro es que la decisión del juez, conforme se ha señalado en el punto anterior, únicamente puede legitimarse en el mayor interés del afectado, no siendo posible una autorización judicial de disposición del bien jurídico del titular en

supuestos en los que el bien causado al incapacitado sea menor que el daño generado para su bienestar.

#### **2.2.4. A manera de conclusión: medidas paternalistas que garantizan el bienestar y la realización de quienes presentan incapacidad permanente**

Como se ha señalado, por implicar una esterilización quirúrgica la afectación de un derecho personalísimo respecto del que el titular no puede consentir, es legítimo y necesario que el Estado garantice que ésta sólo sea autorizada en la medida en que procurará y generará el bienestar del incapaz; lo que hace necesaria la introducción vía normativa de una autorización judicial.

En estos casos, a fin de garantizar que el pedido sea efectuado con la finalidad de propiciar el bienestar del titular del bien jurídico incapacitado, considero adecuado que quienes tengan legitimidad para formular la petición ante el juez sean los representantes del incapaz (léase sus padres o tutores), y no cualquier persona ajena al mismo que pudiera formular el pedido motivado en razones distintas a su bienestar.

Una vez recibido el pedido, el juez deberá primero verificar si el titular del bien jurídico presenta una incapacidad total o si cuenta con capacidad para disponer los alcances de una esterilización; para lo que el juzgador podrá recurrir al apoyo de médicos y sicólogos forenses que le permitan determinar el grado de incapacidad del sujeto, respecto de su capacidad reproductiva y de las consecuencias derivadas de la maternidad o paternidad:

- a) Si el juez determinara que el titular del bien jurídico se encontrara en capacidad de consentir respecto de la esterilización, dispondrá la misma al amparo del consentimiento válidamente dado por el mismo. En este caso, el procedimiento jurisdiccional no habrá operado a efectos de subrogar el consentimiento del incapacitado, sino para dar validez en calidad de causa de atipicidad penal, al consentimiento válidamente dado por el titular del bien jurídico que sí cuenta con capacidad para disponer sobre ese extremo (recuérdese que la incapacidad civil, no necesariamente supone una incapacidad para consentir a nivel penal respecto de todos los bienes jurídicos respecto de los que el sujeto es titular).
- b) Si el juez determinara que el titular del bien jurídico no cuenta con capacidad para consentir respecto de la esterilización, deberá solicitar la opinión de psicólogos y médicos especialistas, a fin de valorar el caso concreto y tomar la decisión que redunde en el mayor interés del afectado. En estos casos la esterilización se realizará al amparo de la autorización judicial.

Estas son las pautas o criterios normativos que, de *lege ferenda*, considero que todos los ordenamientos constitucionales deben tomar en cuenta para regular los procedimientos de esterilización en personas que presenten incapacidad permanente.

No se aplicará lo mismo respecto de quienes padezcan de incapacidad temporal, en cuyo caso, lo más recomendable será esperar que el titular del bien jurídico recupere su capacidad de disposición.

### **3. Consentimiento de quienes tienen restringido algún derecho y se encuentran al cuidado de un tercero: Reclusos penitenciarios**

Conforme se ha señalado en el literal d) del apartado 2.3.4.2. del segundo capítulo ("Supuestos de subrogación del titular del bien jurídico en la toma de decisión. Requisitos y límites"), existen personas que no cuentan con total capacidad para disponer sobre sus bienes jurídicos, por haberseles restringido algún derecho o encontrarse bajo la protección y cuidado de un tercero.

Esto es lo que ocurre con quienes se encuentran internados en un centro penitenciario, en un centro psiquiátrico o en cualquier entidad en la que permanezcan en una relación de dependencia; situación que hace que se encuentren bajo el cuidado de un tercero obligado a velar por su bienestar, y que limita sus posibilidades de consentir respecto de sus bienes jurídicos individuales.

En el presente apartado, a modo de ejemplo, se analizará lo correspondiente al consentimiento de quienes, contra su voluntad, se encuentran internados en un centro penitenciario:

#### **Caso A: Huelga de hambre en Guantánamo**

El 7 de febrero del 2013, se llevó a cabo una disputa en la prisión estadounidense de Guantánamo (Cuba), por el registro del Corán en las celdas y las condiciones en que se mantiene a los reclusos en la prisión. Ello dio lugar a que más de cien reclusos iniciaran una huelga de hambre, disponiendo el Estado que a muchos se les alimentase a la fuerza. Esta es la declaración del argelino Nabil Nadjarab:

*"El 22 de marzo me alimentaron a la fuerza por primera vez. Desde entonces, he sido alimentado a la fuerza dos veces al día, todos los días. Este método no es natural y me provoca la sensación de que mi cuerpo no*

*es natural. Te ponen en una silla —que me recuerda a una silla de ejecución— y te atan las piernas, los brazos y los hombros con correas. Si te niegas a que te pongan el tubo, te echan la cabeza hacia atrás... lo cual es peligroso, porque si el tubo se inserta por el conducto equivocado, el líquido puede entrar en los pulmones. Sé de algunos que han desarrollado infecciones en la nariz. Ahora deben llevar los tubos en la nariz de forma permanente<sup>1206</sup>.*

Por su parte, el argelino Ahmed Belbacha, también preso en Guantánamo, ha señalado:

*"Cada día es un sacrificio. El proceso duele muchísimo, particularmente porque yo tengo una operación previa de nariz y los nervios en esa zona están muy sensibles. Es a la vez doloroso y peligroso para mí ser alimentado a la fuerza.*

*Los médicos parecen hacerlo incluso más difícil, por inexperiencia o indiferencia. Solían usar mi orificio nasal izquierdo, pero ya no funciona, creo que porque se inflamó. Pedí una cánula tamaño 8 (la habitual es tamaño 10) y rechazaron el pedido. "¿Que no te gusta el tamaño 10? ¡Pues come entonces! (...)"<sup>1207</sup>.*

### **Caso B: Fumador pasivo interno en centro penitenciario**

Jon Koldo Aparicio Benito, encarcelado en el centro penitenciario "La Moraleja" en Palencia (España), demandó al Estado español ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por obligarlo a convivir con un centenar de presos

---

<sup>1206</sup> OLAH, Nathalie. Huelga de hambre en Guantánamo, en: «<https://www.vice.com/es/article/huelga-de-hambre-en-guantanamo-587>», fecha de publicación: 22 de mayo del 2013, fecha de consulta: 8 de febrero del 2017.

<sup>1207</sup> PERASSO, Valeria. ¿Es ético forzar a alimentarse a un preso en huelga de hambre?, BBC Mundo: «[http://www.bbc.com/mundo/noticias/2013/07/130709\\_guantanamo\\_huelga\\_de\\_hambre\\_dilemas\\_vp](http://www.bbc.com/mundo/noticias/2013/07/130709_guantanamo_huelga_de_hambre_dilemas_vp)», fecha de publicación: 11 de julio del 2013, fecha de consulta: 8 de febrero del 2017.

fumadores activos y, principalmente, por tener que compartir con ellos espacios comunes, (como la sala de televisión), sin contar en estos ambientes con espacios para no fumadores; todo lo que lo convertía en un fumador pasivo y lo obligaba a asumir, sin su consentimiento, graves riesgos para su salud.

El Estado español respondió la demanda indicando que las prisiones españolas estaban organizadas en función de la naturaleza del delito cometido y no en función de si los internos eran o no fumadores, por lo que consideraba que solicitar a un Estado que creara prisiones exclusivamente para no fumadores o que modificara su sistema de organización, constituía una exigencia desmesurada que iba más allá de las obligaciones positivas que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos podía imponer a un Estado.

En efecto, el 13 de noviembre del 2006 fue declarada inadmisibile la demanda, indicando el Tribunal que, habida cuenta de la ausencia de una uniformidad de opiniones entre los Estados miembros, respecto al tabaquismo y la regulación del derecho a fumar en los centros penitenciarios, no le correspondía imponer a los Estados un comportamiento preciso a cumplir en cada sector de la sociedad<sup>1208</sup>.

### **Caso C: Condenado por violación pide eutanasia**

En 1989, Frank Van den Bleeken fue condenado por varias violaciones y el asesinato de una adolescente, estableciéndose que sufre de patologías mentales. El juez lo consideró "insano", un "enfermo mental", pero no responsable del crimen que cometió. Luego de 7 años en prisión bajo custodia psicológica fue puesto en libertad, pero unas cuantas semanas después volvió a agredir a una niña de 11 años, a una joven de 17 años y a una mujer de 29 años; por lo que fue nuevamente condenado a permanecer indefinidamente

---

1208 Mayor detalle del caso puede revisarse en la decisión emitida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 5ª: Caso Jon Koldo Aparicio Benito contra España), el 13 de noviembre del 2006 (JUR/2011/154588).

internado en una celda. En el 2001, declaró para un documental: *"Con razón, nunca seré libre. Fuera de estas paredes, habría un gran peligro de que volviera a cometer graves errores de nuevo"*.

Ya lleva aproximadamente 30 años en prisión y en el 2011 solicitó al gobierno belga que le fuera aplicada la Eutanasia argumentando que *"ya no podía vivir con su conciencia"*. El interno se considera a sí mismo una *"amenaza para la sociedad"* y afirma estar pasando por *"una angustia psicológica incontrolable"* que le impide contener sus necesidades sexuales.

En setiembre del 2014 se aceptó el pedido formulado por Frank, pero 5 días antes de que se ejecutara, en enero del 2015, el Ministerio de Justicia belga revocó la autorización y dispuso, conforme con uno de los pedidos formulados con anterioridad por el abogado de Frank, que sea trasladado al Centro de Psiquiatría Legal de Gante, donde se espera sí pueda recibir un adecuado tratamiento psiquiátrico.

Después de que se aprobó la solicitud de Van den Bleeken para la eutanasia en septiembre del 2014, otros 15 reclusos también hicieron solicitudes<sup>1209</sup>.

Como se aprecia, en todos estos casos, las personas han sufrido una restricción a su derecho a la libertad, lo que, inevitablemente, genera también consecuencias respecto a la libre disposición que puedan efectuar de sus bienes jurídicos individuales. En esta línea, con ocasión de los casos expuestos, surgen las siguientes interrogantes: ¿la dependencia existente entre el recluso y el

---

<sup>1209</sup> Mayor detalle del caso puede verse en las siguientes páginas web: «[http://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/01/150109\\_sociedad\\_belgica\\_eutanasia\\_presos\\_van\\_bleeken\\_ng](http://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/01/150109_sociedad_belgica_eutanasia_presos_van_bleeken_ng)», fecha de publicación: 10 de enero del 2015; «[http://politica.elpais.com/politica/2015/01/06/actualidad/1420579605\\_759158.html](http://politica.elpais.com/politica/2015/01/06/actualidad/1420579605_759158.html)», fecha de publicación: 6 de enero del 2015; «[http://www.milenio.com/internacional/Frank\\_Van\\_Den\\_Bleeken-eutanasia-suicidio-milenio\\_dominical\\_0\\_446955450.html](http://www.milenio.com/internacional/Frank_Van_Den_Bleeken-eutanasia-suicidio-milenio_dominical_0_446955450.html)», fecha de publicación: 18 de enero del 2015, fecha de consulta: 7 de febrero del 2017.

Estado obliga a este último a velar por el bienestar del primero?, ¿cuáles son las obligaciones que el Estado debe asumir a la luz de esta relación de dependencia que surge por la restricción de los derechos del recluso?, ¿puede el recluso disponer sobre sus bienes jurídicos individuales?, ¿cuáles son los límites para dicha disposición?, ¿puede el Estado actuar contra la voluntad del recluso?

En las próximas líneas, a partir de los casos indicados, se buscará dar respuesta a las interrogantes planteadas:

### **3.1. Relación jurídica entre el recluso y el Estado: Posición de garante**

El ingreso del recluso al centro penitenciario genera automáticamente una relación jurídica entre el interno y la Administración Pública, lo que ha dado lugar al planteamiento de diversas posturas en torno a la naturaleza jurídica de dicha relación.

A la fecha, existe un gran debate en torno a considerarla o no como una relación de especial sujeción: quienes se oponen, argumentan que dicha posición supone una tutela limitada de los derechos fundamentales de los internos, lo que se corresponde con una visión retributiva de los fines de la pena, no aceptable en un derecho penal garantista; mientras que, quienes se encuentran a favor, alegan que existe una inserción efectiva y permanente del administrado a la administración al ofrecer la Administración penitenciaria prestaciones al resto de ciudadanos (vela por la seguridad colectiva) y al propio interno (respecto de quien ejerce una función regeneradora y educativa)<sup>1210</sup>.

---

<sup>1210</sup> En torno a este debate, puede verse, entre otros: PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. Los derechos y deberes de los internos, en: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. Lecciones y materiales de estudio para el Derecho Penal, Derecho Penitenciario, Tomo VI, Iustel, Madrid, 2010, p69-72; TAMARIT SUMALLA, Josep-María y otros. Curso de Derecho Penitenciario, segunda edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p76-81; BENITO LÓPEZ, Raquel. La relación jurídica penitenciaria, p61ss,

Lo cierto es que, independientemente del debate en torno a la existencia o no de una denominada "relación jurídica de especial sujeción"<sup>1211</sup> a nivel administrativo, lo que sí resulta innegable es que entre el interno y el centro penitenciario, a partir de la restricción del derecho a la libertad que supone la imposición de una pena privativa de libertad, se crea un vínculo que no puede ser disuelto hasta el cumplimiento de la condena o hasta la liberación del interno con una sentencia judicial, un indulto u otro mecanismo previsto por el ordenamiento jurídico para su excarcelación.

Así, la imposición de la pena privativa de libertad genera una relación recíproca que, a su vez, supone el surgimiento de derechos y deberes recíprocos para ambas partes (interno y funcionario penitenciario), entre los que se encuentra el deber de la Administración Pública de velar por el bienestar, la vida y la salud del interno, a efectos de su reeducación, resocialización y reinserción social.

En la línea de lo expuesto, la obligación de velar por la integridad y el bienestar del interno se legitima en el hecho de que, con posterioridad, a su salida del centro penitenciario una vez cumplidos los fines resocializadores y reeducadores de la pena, el interno pueda continuar con su proyecto de realización personal, lo que es objeto de un Estado Constitucional moderno<sup>1212</sup>.

---

en: «[https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/4578/30547\\_A3.pdf?sequence=1](https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/4578/30547_A3.pdf?sequence=1)», fecha de consulta: 9 de febrero del 2017.

<sup>1211</sup> La que no pretende ser abordada en el presente trabajo.

<sup>1212</sup> En igual línea, Nistal Burón señala: "*El internamiento en un centro penitenciario genera una especial relación jurídica, que origina un entramado de derechos y deberes recíprocos entre la Administración y el interno, entre los que destaca, como hemos referido, el esencial deber de la primera de velar por la vida, la integridad y la salud del segundo, valores constitucionalmente declarados y reconocidos como derechos fundamentales, que las personas privadas de libertad siguen ostentando en la peculiar situación en la que se encuentran*". NISTAL BURÓN, Javier. Las muertes por enfermedad en prisión. Los elementos esenciales definidores de la responsabilidad de la Administración penitenciaria. (A propósito de la condena del Comité de Derechos Humanos de la

De esta relación existente entre el interno y el centro penitenciario, y de la imposición al primero de una pena privativa de libertad, es que surge un deber de garante para la Administración Pública: *"(...) la posición de garante en el ámbito penitenciario tiene que partir de la definición de la naturaleza propia de la pena de privación de libertad como acto de violencia institucional sobre un sujeto que por causa de esta privación deviene incapaz para atender autónomamente lo necesario para su subsistencia y que, en consecuencia, genera un deber de la Administración de velar por su vida y su salud"*<sup>1213</sup>.

El surgimiento de esta posición de garante por parte de los funcionarios del centro penitenciario es lo que hace que los mismos respondan en comisión por omisión por los atentados dolosos o imprudentes que puedan menoscabar la vida, la salud, la integridad o cualquier bien jurídico del interno; en tanto, el hecho su reclusión, de modo alguno puede implicar desconocer el respeto por los derechos que no hayan sido afectados con la imposición de la condena: el internamiento del recluso de ningún modo puede suponer la pérdida total de sus derechos ni, mucho menos, de su condición de persona digna que busca su autorrealización.

### **3.2. Obligaciones del funcionario penitenciario que surgen a partir de la posición de garante**

La Administración Pública, a través del funcionario penitenciario, se encuentra en la obligación de cumplir con los fines asignados por la

---

ONU a España por la muerte de un recluso por SIDA). Diario La Ley, Nº 7215, Sección Tribuna, Año XXX, 10 de Julio de 2009, Ref. D-250, Editorial LA LEY. Consultado en la página web de la base de datos de: «<http://diariolaley.laley.es/Content/Inicio.aspx>», fecha de consulta: 8 de febrero del 2017.

<sup>1213</sup> TAMARIT SUMALLA. Curso de Derecho Penitenciario... op. cit., p82.

Constitución a la sanción penal, como son la resocialización, reeducación y reinserción del reo a la sociedad. Esta es la premisa que debe orientar la potestad sancionadora de cualquier Estado Constitucional moderno, el que debe rechazar una función meramente retributiva de la sanción penal.

En esta línea, por ejemplo, en el ordenamiento español se tienen las siguientes normas:

- ✓ Artículo 25.2 de la Constitución española: "*Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la **reeducación y reinserción social** y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. (...)*".
- ✓ Artículo 1 de la Ley Orgánica 1/1979 (Ley General Penitenciaria): "*Las Instituciones penitenciarias reguladas en la presente Ley tienen como fin primordial la reeducación y la reinserción social de los sentenciados a penas y medidas penales privativas de libertad, así como la retención y custodia de detenidos, presos y penados. (...)*".
- ✓ Artículo 1.4 de la Ley Orgánica 1/1979 (Ley General Penitenciaria): "*La actividad penitenciaria se ejercerá respetando, en todo caso, la personalidad humana de los reclusos y los derechos e intereses jurídicos de los mismos no afectados por la condena, sin establecerse diferencia alguna por razón de raza, opiniones políticas, creencias religiosas, condición social o cualesquiera otras circunstancias de análoga naturaleza. En consecuencia: (...) 4. La Administración*

*penitenciaria* **velará por la vida, integridad y salud de los internos.**  
(...)”.

Como se observa, la función constitucional asignada a la pena marca el derrotero a seguir por la Administración Penitenciaria, la que tiene como fin primordial la reeducación y la reinserción social del recluso. Con ello, surge la obligación, entre otras, de velar por la vida, integridad y salud del interno; y, a su vez, una posición de garante del funcionario penitenciario respecto de la protección de dichos bienes jurídicos, a efectos de su posterior resocialización<sup>1214</sup>.

De lo expuesto, queda en claro que es obligación del funcionario penitenciario velar por el bienestar del interno, y coadyuvar con su resocialización a través de programas y medidas que le permitan conseguir dicho objetivo; debiendo, en todo momento, velar porque el recluso goce de todos los derechos que no hayan sido restringidos por su condena.

Ahora bien, esta obligación que corresponde a la Administración penitenciaria, así como la existencia de una sentencia condenatoria que impone restricciones a los derechos del interno, hacen que este último no pueda disponer sin limitación alguna de todos sus bienes jurídicos individuales, quedando restringida su disposición por los deberes que el funcionario penitenciario tiene para con él, como por ejemplo ocurre con el deber de velar por su vida, integridad y salud a la luz de una posterior resocialización.

---

<sup>1214</sup> Una situación muy similar es la prevista en el ordenamiento peruano, en el que el artículo 139.22 de la Constitución de 1993 señala: “*Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) 22. El principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad*”.

Así, el interno no podrá disponer libremente (como si no recayese sobre él sentencia condenatoria que lo prive de libertad) de su vida o de su salud, por contraponerse dicha disposición con las obligaciones correspondientes al funcionario penitenciario: la disposición del reo tendrá como límite las obligaciones correspondientes a la Administración Penitenciaria que, como se ha señalado, ostenta una posición de garante respecto del mismo.

Esto último, como se desarrollará a continuación, puede generar conflictos y supuestos problemáticos:

### **3.2.1. Obligaciones del funcionario penitenciario en torno a la huelga de hambre**

La huelga de hambre se define como la abstinencia total de alimentos realizada por una persona con la finalidad de conseguir un determinado objetivo, como puede ser una reivindicación social, política, religiosa, laboral, entre otras. En principio, es una medida voluntaria y transitoria, aunque, llevada hasta sus últimas consecuencias, puede producir la muerte por autofagia<sup>1215</sup>.

Así, por ejemplo, en el **caso A (“Huelga de hambre en Guantánamo”)**, los reclusos iniciaron la huelga para mostrar su desacuerdo con las condiciones que se mantenían en la prisión y con el registro que los funcionarios penitenciarios realizaron en sus celdas, que según afirman dio lugar a la incautación y maltrato del Corán, libro religioso que para ellos impone respeto.

---

<sup>1215</sup> La definición sobre la huelga de hambre puede verse en: CRIADO GÁMEZ, Juan Manuel. Huelga de hambre y alimentación forzosa, Derecho y Salud, volumen 21, N° extra 1 (Ejemplar dedicado a XIX Congreso “Derecho y Salud”), 2011, p126, disponible en la siguiente página web: «<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3436909>», fecha de consulta: 9 de febrero del 2017.

En este caso, al igual que en todas las huelgas de hambre realizadas en los diferentes centros penitenciarios del mundo<sup>1216</sup>, el problema se genera por una contraposición entre el derecho a la libre disposición de la vida y la salud del interno, y la obligación del funcionario penitenciario de velar por la vida, la salud y la integridad del recluso; lo que hace que se discuta si el Estado debe alimentar forzosamente a los internos (contra su voluntad), o si, por el contrario, debe permitir que los mismos mueran producto de la huelga voluntariamente iniciada.

Al respecto, considero necesario precisar que no es posible equiparar una huelga de hambre reivindicativa, con una acción suicida, debido a que cuando un interno inicia la huelga, no lo hace para morirse, sino para conseguir los objetivos que dieron lugar a la misma (léase, mejores condiciones carcelarias, reagrupación con personas afines, etc); utilizándola como un mecanismo de presión y chantaje para obtener algo que le parece conveniente a sus intereses<sup>1217</sup>.

Por esta razón, bajo ningún concepto puede afirmarse que el inicio de una huelga conlleve automáticamente a una disposición del interno respecto de su propia vida y, menos aún, a equipararlo con un suicidio; siendo prueba de ello el que, de concederle el Estado las exigencias que dieron lugar a la huelga, el interno volvería a comer.

---

<sup>1216</sup> Verbigracia: huelga de hambre de presos de los Grupos de Resistencia Antifascista Primero de Octubre (GRAPO) en España, huelga de hambre de presos de los grupos terroristas Sendero Luminoso y MRTA en Perú, huelga de hambre en diversos penales en rechazo a la reforma de la Ley Nacional 24.660 de Ejecución Penal en Argentina, huelga de hambre de presos del IRA en Inglaterra, entre otros.

<sup>1217</sup> En igual línea, Muñoz Conde señala: "*En el caso del huelguista, cuando su voluntad no pueda ser ya manifestada o no se pueda conocer si ha cambiado de opinión, tampoco puede hablarse en rigor de suicidio, porque realmente nunca quiso morir, sino conseguir sus reivindicaciones*". MUÑOZ CONDE. Derecho penal. Parte especial... op. cit., p63.

Si el interno realmente quisiera suicidarse o disponer de su vida, acudiría a otros mecanismos más efectivos para ello y, difícilmente, a una dolorosa y tortuosa huelga de hambre; lo que descarta cualquier tipo de equiparación<sup>1218</sup>.

Por ello, a la luz del consentimiento como causa de atipicidad penal, no puede decirse que el inicio de una huelga de hambre suponga el consentimiento del interno respecto de la lesión de su bien jurídico vida; sino, en el mejor de los casos, únicamente un consentimiento respecto del riesgo de muerte; la que espera que no acontezca gracias a la concesión de los beneficios que solicita a la Administración Pública.

En esta línea, el inicio de una huelga de hambre no puede ser considerada como la emisión de un consentimiento válido respecto de la vida por parte del titular de ese bien jurídico (interno). Afirmar lo contrario, podría llevar a situaciones absurdas, como que un interno pierda la conciencia el mismo día, pero minutos antes de que le concedieran las medidas solicitadas que dieron inicio a la huelga; y que, pese a ello, el funcionario penitenciario no lo alimentase para informarle del éxito de su medida y lo dejase morir, alegando que el consentimiento sobre la vida que supuestamente otorgó el interno con el inicio de la huelga es válido y constituye una expresión de su libre autonomía, que no puede ser obstaculizada por el Estado.

---

<sup>1218</sup> "(...) **no es suicidio**: a) Cuando la muerte es un resultado no directamente perseguido por el sujeto, sino consecuencia necesaria o eventual de su actitud o convicciones: huelgas de hambre (...)": CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. Artículo 143. En: CORCOY BIDASOLO, Mirentxu y Santiago MIR PUIG (directores). Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, p512.

En este supuesto, claramente, el funcionario penitenciario estaría actuando contra su deber de velar por la vida, la salud, la integridad y el bienestar del interno; el que considero no puede ser dejado de lado por una supuesta autonomía de la voluntad del interno que, en el caso de la huelga de hambre, tampoco constituye o da lugar a un consentimiento sobre su bien jurídico vida (sobre su muerte).

No obstante lo expuesto, un sector de la doctrina y la jurisprudencia aboga por dar prioridad a la libertad de decisión del interno, afirmando que, en cualquier supuesto en el que la propia víctima decida libremente morir, no existen en el Derecho motivos para oponerse a dicha decisión<sup>1219</sup>. En igual línea, aunque en un voto singular, en la jurisprudencia española se ha señalado: *"No estando en juego derechos fundamentales de terceras personas, ni bienes o valores constitucionales que sea necesario preservar a toda costa, ninguna relación de supremacía especial -tampoco la penitenciaria- puede justificar una coacción como la que ahora se denuncia que, aun cuando dirigida a cuidar la salud o a salvar la vida de quienes la soportan, afecta el núcleo esencial de la libertad personal y de la autonomía de la voluntad del individuo, consistente en tomar por sí solo las decisiones que mejor convengan a uno mismo, sin daño o menoscabo de los demás (...) este deber de velar por la salud y la integridad física de los reclusos termina frente a la renuncia del*

---

<sup>1219</sup> Por todos, ver Lemarca, quien señala: *"A mi juicio, sin embargo, en estos casos, como en cualquier supuesto en que la propia víctima, sin afectar derechos de tercero, es quien decide libremente morir, creo que no existe en nuestro derecho, de acuerdo con los derechos y valores proclamados en la Constitución, motivos para oponerse a su decisión"*, LEMARCA. Autonomía de la voluntad... op. cit.

*recluso enfermo a su derecho a recibir protección y cuidados médicos. (...)*<sup>1220</sup>.

No concuerdo con lo señalado, en tanto el inicio de la huelga de hambre no supone una disposición o consentimiento sobre la vida (el interno no desea morir, lo que desea es que se atiendan sus demandas). Además, este sector de la doctrina y la jurisprudencia olvida que, a diferencia de los ciudadanos que no tienen restringido derecho alguno, los reclusos sí poseen restricciones, las mismas que vienen delimitadas por la sentencia condenatoria que les fue impuesta. En el caso de la libertad, éste es uno de los derechos cuyo ejercicio la condena restringe; razón por la que no puede decirse que un recluso goce de total autonomía para decidir sobre aspectos que se encuentran en contra de las funciones impuestas a la administración penitenciaria y que, en el fondo, contravienen los fines resocializadores de la pena establecidos en la Constitución.

Por ello, al amparo de la posición de garante que el funcionario penitenciario ostenta y que surge a partir de su obligación de velar por el bienestar del interno con miras a su resocialización, reeducación y futura reinserción en la sociedad; puede afirmarse que la administración penitenciaria tiene el deber de alimentarlo, contra su voluntad, y de realizar todas las acciones necesarias para evitar su muerte.

Así, incluso en el caso en que el interno dejara por escrito su deseo de iniciar una huelga de hambre y de culminar la misma con su

---

<sup>1220</sup> Voto singular emitido por el magistrado Jesús Leguina Villa el 2 de julio de 1990, con ocasión de la sentencia número 120/1990, del 27 de junio de 1990, emitida por el Pleno del Tribunal Constitucional (RTC 1190/120).

muerte (es decir, consintiera no solo en el riesgo de muerte, sino en el resultado muerte), en tanto su derecho a la libertad se encuentra restringido por la imposición de la condena y el funcionario penitenciario tiene la obligación de velar por su vida y su salud; tendría que ser alimentado para evitar su muerte, prevaleciendo la obligación de la Administración penitenciaria respecto de la libre autonomía (restringida por la condena) del recluso.

Caso contrario, habida cuenta de la posición de garante que ostenta el funcionario penitenciario respecto de la vida del recluso, tendría que responder, en comisión por omisión, por el homicidio o las lesiones que puedan generarse en el interno, con ocasión de la huelga de hambre, sea ya a título doloso o a título imprudente, según sea el caso<sup>1221</sup>.

Ahora bien, a lo expuesto podría objetarse la imposibilidad de valorar los fines resocializadores y reeducadores de la pena en los casos de cadena perpetua, situaciones en las que, por ser imposible conseguir la reinserción social, no tendría sentido que el deber de la administración penitenciaria prevaleciera respecto de la autonomía del interno.

No considero que ésta sea una razón suficiente para legitimar la preeminencia de la autonomía del interno por las siguientes razones: a) la cadena perpetua, *per se*, es contraria a un Estado constitucional moderno orientado a un derecho penal garantista, por lo que su regulación constituye una situación irregular que poco puede servir

---

<sup>1221</sup> Como se ha señalado, no cabe imputar al funcionario penitenciario una cooperación al suicidio, por no ser éste equiparable con el inicio de una huelga de hambre. Así, la responsabilidad penal girará, en comisión por omisión, en torno a los delitos de lesiones o de homicidio.

de base para legitimar la prevalencia de la autonomía del interno; y, b) habida cuenta de la afrenta que la cadena perpetua y la pena de muerte suponen para el Estado Social y Democrático de Derecho, incluso los ordenamientos jurídicos que la contemplan, exigen una revisión de su vigencia luego de un periodo de tiempo, como por ejemplo ocurre en el Perú, en donde, a fin de salvaguardar las contradicciones que la cadena perpetua genera con el fin resocializador de la pena, se ha previsto la revisión de la misma a partir de los 35 años<sup>1222</sup>, aspecto que el Tribunal Constitucional peruano considera ha salvado la inconstitucionalidad de esta medida, la que hoy no es necesariamente perpetua<sup>1223</sup>.

Por otro lado, a favor de la alimentación forzosa también se ha pronunciado el Pleno del Tribunal Constitucional español en 1990, con ocasión de un recurso de amparo interpuesto por miembros del colectivo GRAPO (Grupos de Resistencia Antifascista Primero de Octubre), quienes se encontraban internos en huelga de hambre y se oponían a ser alimentados forzosamente por la administración penitenciaria. En dicha oportunidad, el tribunal español arribó a conclusiones similares a la que expongo en el presente trabajo (confirmó la legalidad de la medida de alimentación forzosa de los internos en huelga de hambre reivindicativa), aunque fundamentado su decisión sobre la base de la existencia de una relación de sujeción especial, con la que un gran sector de la doctrina discrepa<sup>1224</sup>:

---

<sup>1222</sup> Artículo 1 del Decreto Legislativo 921: "*La pena de cadena perpetua será revisada cuando el condenado haya cumplido 35 años de privación de libertad y se realizará conforme a lo dispuesto en el Código de Ejecución Penal*".

<sup>1223</sup> Un análisis sobre este punto puede verse en: AGUIRRE ABARCA, Silvia Elena. La cadena perpetua en el Perú, tesis optar por el grado de magister en ciencias penales en la Universidad Mayor de San Marcos, Lima, 2011, p251ss, consultada en: «[http://cybertesis.unmsm.edu.pe/xmlui/bitstream/handle/cybertesis/1189/Aguirre\\_as\(1\).pdf?sequence=1](http://cybertesis.unmsm.edu.pe/xmlui/bitstream/handle/cybertesis/1189/Aguirre_as(1).pdf?sequence=1)», fecha de consulta: 10 de febrero del 2017.

<sup>1224</sup> Por todos, ver: PÉREZ CEPEDA. Los derechos y deberes de los internos... op. cit., p69-72.

*"(...) la asistencia médica se impone en el marco de la relación de sujeción especial que vincula a los solicitantes de amparo con la Administración penitenciaria y que ésta, en virtud de tal situación especial, viene obligada a velar por la vida y la salud de los internos sometidos a su custodia; deber que le viene impuesto por el art. 3.4 de la LOGP, que es la Ley a la que se remite el art. 25.2 de la Constitución como la habilitada para establecer limitaciones a los derechos fundamentales de los reclusos, y que tiene por finalidad, en el caso debatido, proteger bienes constitucionalmente consagrados, como son la vida y la salud de las personas".<sup>1225</sup>*

De lo expuesto, resulta evidente que la administración penitenciaria sí debe intervenir y velar por la vida, la salud, la integridad y el bienestar de los internos a efectos de su resocialización; disponiendo las medidas necesarias para su alimentación forzosa.

Esto genera el interrogante respecto al momento en el que debe darse dicha intervención. Al respecto, debe tomarse en cuenta que la intervención de la administración penitenciaria debe darse con la única finalidad de velar por la vida del interno, y sin olvidar que debe respetar los derechos que no hayan sido restringidos con la condena, como pueden ser la libertad de opinión, la libertad de expresión, el derecho de petición, entre otros; y siempre y cuando el ejercicio de dichos derechos no impida el cumplimiento de los deberes por parte del funcionario penitenciario.

---

<sup>1225</sup> Fundamento jurídico octavo de la sentencia número 120/1990, del 27 de junio de 1990, emitida por el Pleno del Tribunal Constitucional (RTC 1190/120).

En esta línea, considero que la intervención únicamente puede darse cuando la alimentación forzosa sea, según indicación médica, indispensable para evitar que el interno sufra un daño irreversible para su salud o corra peligro de muerte<sup>1226</sup>.

Esto mismo ha sido señalado por el pleno del Tribunal Constitucional Español, el que expresamente ha manifestado: "*Siendo indudable que el ayuno voluntario llevado hasta sus últimas consecuencias genera necesariamente, en un momento determinado, peligro de muerte, la asistencia médica obligatoria para evitar ese peligro se manifiesta como un medio imprescindible necesario para evitar la pérdida del bien de la vida de los internos, que el Estado tiene obligación legal de proteger acudiendo, en último término, a dicho medio coactivo, al menos si se trata de presos declarados en huelga de hambre reivindicativa cuya finalidad no es la pérdida de la vida*"<sup>1227</sup>.

Complementando lo dispuesto por el citado tribunal, Muñoz Conde ha esquematizado 4 requisitos para determinar cuándo la ayuda médica resulta innegable para evitar la responsabilidad penal del funcionario penitenciario por un delito de homicidio o de lesiones en comisión por omisión. Así, establece como necesarios: 1. Peligro inminente de muerte, 2. Propósito eventual del huelguista de llegar hasta el fin, 3. Una posición de garante que se deriva de la relación existente entre el huelguista y la Administración penitenciaria, cuyos funcionarios son los únicos en condiciones de prestarle ayuda; y, 4. Pérdida

---

<sup>1226</sup> Esto mismo ha sido establecido por el Tribunal Constitucional español, le que indicó: "*En todo caso, tal intervención de alimentación forzosa no podrá administrarse sino cuando, según indicación médica, el recluso corra grave y cierto peligro de muerte o de entrar en una situación irreversible*". Fundamento jurídico séptimo de la sentencia número 137/1990, emitida por el Pleno del Tribunal Constitucional el 19 de julio de 1990 (RTC 1990/137).

<sup>1227</sup> Ibid., fundamento jurídico sexto.

permanente de consciencia o debilitamiento de ésta, hasta el punto en que el huelguista no esté ya en condiciones de decidir libremente o, por lo menos, con una voluntad jurídicamente relevante<sup>1228</sup>.

Como se observa, este autor agrega un cuarto y último requisito: la pérdida de consciencia o debilitamiento de ésta hasta el punto en que el interno no pueda decidir con una voluntad jurídicamente relevante. Al respecto, considero que este último requisito debe ser entendido no como una pérdida o debilitamiento de consciencia que impida al interno expresar su voluntad: exigir esto último podría conllevar a una tardía intervención médica y, por tanto, a un incumplimiento de las funciones de la administración penitenciaria.

Respecto a este punto, discrepo con lo indicado por Muñoz Conde y considero que este requisito debe quedar supeditado a lo que indique el médico a cargo respecto al peligro inminente de muerte para el interno, no pudiéndose esperar a que el recluso pierda la capacidad de expresar su voluntad. Por ello, estoy de acuerdo con lo resuelto por la Audiencia Nacional en el caso "De Juana Chaos", supuesto en el que dispuso la alimentación forzosa incluso a pesar de que el interno mantenía sus facultades mentales y conscientemente rechazaba la alimentación; así, en esa oportunidad, se dispuso que se le mantuviera en el centro hospitalario y se reiniciara la administración de nutrición enteral por sonda nasogástrica, por ser ésta la única forma de, con el menor riesgo, preservar la vida del recluso<sup>1229</sup>.

---

<sup>1228</sup> MUÑOZ CONDE. Derecho penal. Parte especial... op. cit., p62.

<sup>1229</sup> Al respecto, puede verse el auto emitido por el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional el 25 de enero del 2007 (JUR 2007/37022). También se puede ver en: «<http://www.elcorreo.com/apoyos/documentos/auto-audiencia-dejuana.pdf>», fecha de consulta: 10 de febrero del 2017.

En contraste con lo expuesto, Muñoz Conde, en este caso, llama la atención respecto de la alimentación forzosa dispuesta por la Audiencia Nacional "(...) *con el diagnóstico médico de que el huelguista estaba en peligro de muerte, **aunque éste la rechazaba conscientemente*** [resaltado efectuado por el autor citado]"<sup>1230</sup>, de lo que se deduce que no está de acuerdo con que se haya dispuesto la alimentación forzada cuando el interno podía conscientemente expresar válidamente su voluntad.

No obstante lo expuesto, en los casos en los que el interno haya perdido la consciencia o se encuentre debilitado al punto tal que no le sea posible expresar su voluntad, con mayor razón la atención y alimentación que brinde la administración penitenciaria será del todo legítima y necesaria, por no existir un consentimiento que cumpla con los requisitos de validez necesarios para exonerar de responsabilidad penal, habida cuenta de la falta de capacidad del interno para, en el estado de debilitamiento físico y mental en el que se encuentra, tomar una decisión válida sobre su vida y/o su salud. De manera que, de no presar el funcionario penitenciario la alimentación al interno, deberá responder en comisión por omisión de los delitos contra la vida o la salud a los que hubiere lugar.

En resumen, respecto a este punto, considero que el deber de alimentación forzosa de la Administración penitenciaria deberá darse únicamente cuando resulte indispensable para salvaguardar la vida y/o salud del interno, y siempre y cuando el interno ya no se encuentre en condiciones de continuar válida y conscientemente con

---

<sup>1230</sup> MUÑOZ CONDE. Derecho penal. Parte especial... op. cit., p63.

la huelga (lo que, en caso de no existir inconsciencia en el recluso, puede ser establecido por los médicos a cargo).

Por esta razón, en el **caso A (“Huelga de hambre en Guantánamo”)**, considero que la intervención de la administración penitenciaria estadounidense resulta a todas luces indebida y vulneradora de derechos que no habían sido restringidos con la sentencia condenatoria<sup>1231</sup>. Así, en estos casos, la alimentación forzada se dio sin existir un diagnóstico respecto del peligro a la vida que sufrían los internos, y con la única finalidad de impedir que pudieran expresar su opinión a través del inicio de la huelga de hambre. Prueba de ello es que tenían que amarrar sus brazos, sus hombros y sus piernas para impedir que se opusieran a la alimentación forzosa, lo que evidenciaba que no se encontraban en una situación de debilidad o de menoscabo de su salud, que implicara de forma real y tangible un peligro de muerte (el análisis debe hacerse en cada caso concreto, no siendo suficiente establecer, de forma general, que una huelga de hambre puede generar un potencial peligro de muerte para quien la practique).

Peor aún, en este caso, la administración penitenciaria no sólo adelantó indebidamente su intervención, sino que, además, recurrió a métodos de alimentación que abiertamente vulneraban derechos de los internos que no habían sido restringidos en la condena. Muchos de ellos vieron afectada su salud, desarrollando infecciones en la nariz que les obligaban a llevar permanentemente los tubos con los que les suministraban la comida.

---

<sup>1231</sup> Aunque en este caso debe precisarse que muchas personas se encontraban detenidas sin una sentencia, y a pesar de existir una orden de liberación a su favor. Esta era la situación de los argelinos Nabil Nadjarab y Ahmed Belbacha cuyo testimonio se cita.

Al respecto, debe recordarse que el funcionario penitenciario tiene el deber de velar por la salud, la vida, la integridad y el bienestar del interno, lo que también supone el deber de buscar el mecanismo menos lesivo y vejatorio para conseguir dicho objetivo. Por ello, en caso de ser necesaria la alimentación forzada, debe tomarse en cuenta que dicha medida se justifica en aras de que, a futuro, el interno pueda vivir y alcanzar una futura resocialización y reinserción social; la que no se conseguirá vulnerando su dignidad y esencia como ser humano: el objetivo de una medida de alimentación forzada es velar por la vida y la salud del interno, no hacerlo sufrir para que desista en su voluntad de llevar a cabo la huelga de hambre.

En esta línea, el Pleno del Tribunal Constitucional español también ha señalado:

*"(...) Que para efectuar dicha intervención se permita el empleo de medios coercitivos no es aquí determinante, pues, según se ha visto, no es la coercitividad de trato más allá de lo proporcionado, sino su desmedida severidad, su innecesario rigor y su carácter vejatorio lo que a los efectos de la prohibición constitucional resulta relevante. (...)*

*Dicho tratamiento habrá de ser como señala la Audiencia Provincial, el que, con arreglo a la lex artis, resulte más adecuado al fin que justifica constitucionalmente la intervención coactiva, esto es, la preservación de la vida de los internos, teniendo en cuenta, además a la hora de elegir los*

*medios, la necesidad de utilizar aquel que en menor medida limite los derechos fundamentales de su destinatario"* <sup>1232</sup>.

En el **caso A ("Huelga de hambre en Guantánamo")** resulta evidente que los mecanismos utilizados por los funcionarios penitenciarios estadounidenses no tenían como objetivo central velar por la vida y la salud de los internos, sino hacerlos desistir de su voluntad de mantener la huelga de hambre, utilizando para ello instrumentos que producían mayor dolor del necesario (cánulas grandes) y obviando las condiciones personales de cada persona, como es el caso del argelino Ahmed Belbacha, quien tenía una operación previa de la nariz que hacía que la introducción de cánulas le provocara un profundo dolor.

Estas actuaciones evidencian un olvido de la esencia del ser humano y, a mi parecer, se encuentran más cercanas a supuestos de tortura que no son admitidos en ningún estado que se preste de ser Social y Democrático de Derecho. Utilizar la huelga de hambre como excusa para minar la autoestima personal y la esencia del ser humano es inaceptable en un Estado constitucional moderno.

En resumen, la intervención de la administración penitencia siempre debe legitimarse en su deber de velar por la vida, la salud, la integridad y el bienestar del interno, a quien se busca resocializar, reeducar y reinsertar a la sociedad. En esta línea, el deber de la administración deberá de primar respecto de la autonomía de la voluntad y la libertad que ha sido restringida con la imposición de la condena. En el caso de la huelga de hambre, deberá intervenir

---

<sup>1232</sup> Fundamento jurídico sétimo de la sentencia número 137/1990, emitida por el Pleno del Tribunal Constitucional el 19 de julio de 1990 (RTC 1990/137).

únicamente cuando el diagnóstico médico determine la urgencia de la medida de alimentación para evitar un daño irreversible a la salud o a la vida; utilizando para ello mecanismos orientados a tal fin y evitando cualquier menoscabo innecesario de los derechos y garantías del interno.

### **3.2.2. Obligaciones del funcionario penitenciario en torno al consumo de cigarros**

Como se ha señalado en el punto anterior, es deber de la administración penitenciaria velar por la vida, salud, integridad y bienestar del interno, con miras a su reinserción social, lo que implica garantizar un ambiente adecuado en el que pueda trabajar en su resocialización. En tal sentido, el hecho de encontrarse privado de su libertad, no implica que el recluso no pueda contar con otros derechos que no han sido restringidos en la sentencia, como ocurre con el derecho a la salud.

En el **caso B (“Fumador pasivo interno en centro penitenciario”)**, lo que cuestiona el interno es que se le obligue a convivir con un centenar de presos fumadores activos, cuando se ha demostrado que el cigarro perjudica la salud de los fumadores pasivos que se ven expuestos al humo del cigarro. En esta línea, si bien los fumadores activos tienen derecho a disponer libremente de su bien jurídico salud<sup>1233</sup>, ello puede darse al interior de un centro penitenciario, en la medida en que no se perjudique con ello la salud de los otros internos (terceros), que no desean verse expuestos al humo del cigarro.

---

<sup>1233</sup> Aspecto que ha sido analizado en el apartado 1.1.3. del presente capítulo (“Consumo de tabaco: ¿Debe el Estado intervenir para su prohibición?”).

En el caso propuesto, el interno sustentó su demanda en el hecho de que existiesen ambientes al interior del penal en los que no se distinguiera entre fumadores y no fumadores, como venía ocurriendo con la sala de televisión. En su momento, el Estado español respondió la demanda planteada ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, indicando que los centros penitenciarios estaban organizados en función al tipo de delito, y no en función a la calidad de fumador o no del interno, considerando una exigencia desmesurada que el Tribunal le exigiese cambiar su organización. Este argumento, de alguna manera, fue aceptado por el Tribunal, al declarar inadmisibile la demanda por considerar que la ausencia de una uniformidad de opiniones entre los Estados miembros respecto al tabaquismo y a la regulación del derecho a fumar en los centros penitenciarios, hacía que no pudiese imponer a los Estados un determinado comportamiento.

Lo cierto es que, con posterioridad a la demanda, el Estado español sí valoró los aspectos cuestionados por el interno, los que claramente contravenían las funciones que la administración penitenciaria debe cumplir y la posición de garante que se deriva de ella en torno a la salud de los internos<sup>1234</sup>.

Es más, a partir del 2005, se generó en España un cambio en torno a la política seguida frente al tabaquismo, lo que llevó a la aprobación de la Ley 28/2005 del 26 de diciembre del 2005 (Ley de medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el

---

<sup>1234</sup> Hasta esa fecha, al amparo de la salud y la vida del interno, era curioso el contraste existente entre la alimentación forzosa para los casos huelga de hambre y la permisión con la que se manejaba el tratamiento del tabaco en los centros penitenciarios, supuestos estos últimos en los que evidente e impunemente se afectada la salud de los internos fumadores pasivos.

suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco), la que -entre otros aspectos- en su artículo 5.a) prohíbe la venta y suministro de productos del tabaco en los centros y dependencias de las Administraciones públicas y entidades de Derecho público; contemplando en la disposición adicional sexta un régimen especial para los establecimientos penitenciarios, que establece: “(...) *En los establecimientos penitenciarios se permite fumar a los internos en las zonas exteriores de sus edificios al aire libre, o en las salas cerradas habilitadas al efecto, que deberán estar debida y visiblemente señalizadas y contar con ventilación independiente o con otros dispositivos para la eliminación de humos*<sup>1235</sup>”.

En igual línea, en el año 2011, la Instrucción del 14 de abril de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias contempló una serie de medidas orientadas a garantizar la salud de los internos que no fuman, como es la existencia de celdas libres de humo (Instrucción segunda), la prohibición de fumar en celdas donde convivan madres con hijos (instrucción cuarta), la habilitación de salas o habitaciones de comunicaciones familiares para fumadores en los centros penitenciarios en los que existiesen varios ambientes destinados a tal efecto (instrucción quinta), entre otras medidas.

Estas normas han modificado radicalmente el tratamiento que se da al consumo de tabaco en los centros penitenciarios, permitiendo garantizar la salud de los internos que se veían expuestos, contra su voluntad, al humo de los fumadores activos. Lamentablemente, esta no es la situación en el resto de ordenamientos jurídicos, en los que

---

<sup>1235</sup> La redacción de esta norma fue establecida por el artículo 21 de la Ley 42/2010 del 30 de diciembre y entró en vigencia a partir del 2 de enero del 2011. La norma derogada establecía: “*En los establecimientos penitenciarios se permite habilitar zonas para fumar*” (esta norma estuvo vigente desde el 1 de enero del 2006 hasta el 1 de enero del 2011).

(como antes se hacía en España) se argumentan razones de infraestructura y de presupuesto para justificar la omisión en el cuidado de la salud de los internos.

En todo caso, frente a estas dificultades, soy de la opinión de que la regla general no debe ser la permisión del tabaco, sino, más bien, su total prohibición en los centros penitenciarios; garantizándose así la salud de quienes no desean verse expuestos al humo del cigarro. Lo expuesto, sin perjuicio de que, en el caso de los fumadores activos que demuestren padecer de una adicción que les impida dejar el cigarrillo, la administración penitenciaria pueda brindar un tratamiento médico que supla la falta de nicotina (léase parches u otros mecanismos que existan para tal efecto) y que les permita no verse expuestos a los efectos colaterales de una abstinencia. En estos supuestos, el interno incluso tendrá la posibilidad de elegir entre mantener su adicción o luchar contra ella mediante la reducción paulatina de las dosis de nicotina, lo que eventualmente contribuirá con su resocialización.

Esta solución permitirá coherencia respecto a lo inicialmente planteado en torno al consentimiento: el titular de un bien jurídico individual puede consentir sobre el mismo en aras de su realización personal, siempre y cuando ello no suponga la afectación del bien jurídico de un tercero que también tiene derecho a autorrealizarse conforme con su propia ética personal; no estando obligado ningún individuo a compartir la ética que legitima el comportamiento de otro.

### **3.2.3. Obligaciones del funcionario penitenciario en torno a la solicitud de eutanasia de un interno:**

Como se ha señalado al inicio del apartado 3.2. del presente capítulo (“Obligaciones del funcionario penitenciario que surgen a partir de la posición de garante”), el interno podrá disponer libremente de su bien jurídico vida, en tanto ello no suponga que el funcionario penitenciario tenga que incumplir con sus obligaciones vinculadas a su resocialización; debiendo tomarse en cuenta que, al amparo de la relación sostenida entre la administración penitenciaria y el recluso, el funcionario ostenta una posición de garante respecto de su vida, su salud, su integridad y su bienestar, que se legitima y explica en la función resocializadora de la pena (premisa de un Estado constitucional moderno).

El interno se encuentra recluso para ser reeducado y resocializado, objetivo que legitima la posición de garante que ostenta el funcionario penitenciario respecto del mismo; por lo que cualquier disposición de un bien jurídico individual que el interno desee hacer no puede contravenir la misión resocializadora que el Estado ha depositado en la administración penitenciaria: he allí el límite para la disposición que el recluso pueda hacer sobre sus propios bienes jurídicos.

Por ello, respecto al pedido de eutanasia de un recluso que se encuentra cumpliendo una pena privativa de libertad, considero que podemos distinguir dos casos concretos: a) Un primer supuesto en el que el recluso padece de un mal que convierte en nulas las posibilidades de reinsertarlo en la sociedad; y, b) Un segundo supuesto en el que el recluso, pese a existir posibilidades para su resocialización, formula el pedido de eutanasia como una alternativa distinta a la pena privativa de libertad que le fue impuesta en la sentencia condenatoria.

En el **primer supuesto** se encontrarán abarcados todos los supuestos en los que el interno padeciese de una enfermedad o de un mal incurable que inevitablemente le llevará a una muerte cercana, justificando el pedido de eutanasia en razones humanitarias que buscan evitarle el padecimiento de dolores que considera innecesarios. Esto, por ejemplo, puede ocurrir en un interno con una enfermedad terminal incurable que, en pleno ejercicio de sus capacidades, y siendo inviable su reinserción social futura, solicita la eutanasia.

En estos casos, en tanto no será posible su resocialización, su pedido no se opondrá a las funciones que desempeña la administración penitenciaria; la que, en dicho caso concreto, no podrá cumplir con los fines que fundamentan la relación jurídica que sostiene con el interno, siendo de aplicación en este punto -previa aprobación del juez de ejecución penitenciaria a cargo del caso, a quien la administración debe reportar- todo lo señalado en el apartado 1.1.1. del presente capítulo ("Eutanasia: ¿Es la vida un bien jurídico disponible?"). De manera que, en estos supuestos considero que el juez deberá acceder al pedido de eutanasia presentado por el interno, en virtud de la libre disposición del titular del bien jurídico vida, y de las nulas posibilidades de resocialización perseguidas con la imposición de la condena.

Considero que esta misma solución debe aplicarse a los casos de internos que padecen de una enfermedad y que, por razones religiosas y/o culturales se niegan a recibir el tratamiento médico. En estos casos, en la medida en que dichas razones son parte indispensable de su ética personal, desconocerlas implicará anular

sus posibilidades de autorrealización personal futura y, por tanto, sus posibilidades de reinserción social; lo que justifica que en estos supuestos el pedido de eutanasia pasiva deba ser aprobado por el juez penal.

Nótese que para que dicho razonamiento sea válido<sup>1236</sup>, será necesario que el rechazo del tratamiento médico sea indispensable para la identidad cultural y/o religiosa del interno; caso contrario, la eutanasia no deberá proceder. Así, por ejemplo, en el caso de los testigos de Jehová que rechacen una transfusión sanguínea, su derecho a la libertad de religión no se opondrá a los deberes resocializadores de la administración, por constituir el rechazo al tratamiento una acción indispensable para su autorrealización (recibir la transfusión imposibilitará su autorrealización personal y, con ello, su reinserción social, incluso luego de haber cumplido su condena).

Ahora bien, no ocurre lo mismo con el **segundo supuesto que motiva un pedido de eutanasia**. En estos casos, el recluso, pese a existir posibilidades para su resocialización, solicita la eutanasia como una alternativa diferente al cumplimiento de la pena privativa de libertad que le fue impuesta con la condena; sea ya porque considera a la muerte una mejor alternativa o sea ya porque padece de una enfermedad física o psicológica de la que considera no podrá recuperarse.

En estos casos, en tanto existen posibilidades de reeducar o resocializar al interno, considero que el pedido de eutanasia debe ser rechazado por el juez. Ello, debido a que la libre disposición del

---

<sup>1236</sup> Como se verá en el apartado 4. del presente capítulo ("Consentimiento vinculado con razones culturales y/o religiosas").

derecho a la vida del interno (titular del bien jurídico) se opone a las funciones que la administración penitenciaria debe cumplir a efectos de su reinserción social. De manera que, cada vez que existan posibilidades de que la pena cumpla con su función resocializadora, independientemente de la duración de la misma, el pedido de eutanasia no podrá acogerse, debiendo primar las funciones de la administración penitenciaria respecto de la autonomía de la voluntad del recluso que, además, se encuentra restringida por la sentencia condenatoria.

Esto será de aplicación incluso para los casos en los que el interno afirme expresamente por escrito que no desea ser resocializado (léase, rechace participar en todo programa orientado a su reinserción social), en tanto su negativa no puede suponer, de modo alguno, una renuncia de parte del funcionario penitenciario respecto del cumplimiento de los deberes constitucionales vinculados con la resocialización<sup>1237</sup>.

Ahora, a partir de esta clasificación, se analizará lo ocurrido en el **caso C ("Condenado por violación pide eutanasia")**. Aquí, el interno Frank Van den Bleeken ha manifestado ya no poder vivir con su conciencia, se considera a sí mismo peligroso para la sociedad y afirma no poder contener sus necesidades sexuales y vivir en una permanente "*angustia psicológica incontrolable*". Inicialmente, solicitó al gobierno belga que se le permitiese acudir a un centro de atención psicológica especializado en el que pudieran apoyarlo con sus

---

<sup>1237</sup> Esta misma lógica tendría que ser aplicada si un funcionario penitenciario encontrase a un interno inmediatamente luego de haber realizado los actos tendentes a su suicidio. En este caso, en tanto existen posibilidades para su resocialización, el funcionario (quien ostenta posición de garante) se encuentra en la obligación de ayudar al interno y frustrar el suicidio; debiendo responder, en caso de no hacerlo, por su homicidio en comisión por omisión.

problemas, solicitando la eutanasia luego de que, sintiéndose desesperado, le negaran esta petición.

Por lo que se observa, es evidente que el interno no cuenta con todas las facultades mentales para decidir válidamente sobre su vida, recurriendo a la eutanasia como una posible solución a los trastornos psicológicos que padece y que requieren de un apoyo especializado que nunca le pudo ser proporcionado en el penal. Por ello, este caso se enmarca en el segundo de los supuestos descritos, es decir, consiste en una petición de eutanasia en la que la libertad de disposición del interno sobre su vida, no puede anteponerse al cumplimiento de las funciones resocializadoras de la administración penitenciaria; máxime cuando, como se aprecia, los trastornos que padece el interno hacen dudar respecto de su capacidad para emitir un consentimiento válido sobre su salud, lo que, *per se*, invalida cualquier disposición e imposibilita que el pedido de eutanasia sea aceptado por un juez.

En efecto, en este caso, si bien inicialmente el pedido de eutanasia había sido aceptado, fue modificado por el envío del interno al Centro de Psiquiatría Legal de Gante, a efectos de que pudiese recibir un adecuado tratamiento psiquiátrico orientado a su reinserción social o a una autorrealización que no suponga vulnerar el bien jurídico de terceros; lo que evidencia la prevalencia del deber correspondiente a la administración penitenciaria respecto de la libertad de disposición del interno.

Ahora bien, a lo aquí defendido, alguien podría cuestionar que, bajo este razonamiento, el pedido de eutanasia de quienes se encuentran cumpliendo cadena perpetua siempre debería ser aceptado por el

juez de ejecución penitenciaria, por no ser posible, en este caso, que la pena cumpla fin resocializar alguno (el interno nunca se reinsertará en la sociedad). Este cuestionamiento, conforme lo he señalado en el apartado 3.2.1. del presente capítulo ("Obligaciones del funcionario penitenciario en torno a la huelga de hambre"), no resulta válido por constituir la cadena perpetua una situación irregular en un Estado Constitucional moderno que, además, acepta ser sometido a revisión; convirtiéndose, a partir de ello, en una sanción temporal muy alejada de la perpetuidad.

### **3.3. A manera de conclusión: Límite para la disposición del recluso y ámbito respecto del que puede consentir**

El vínculo existente entre el interno y la administración penitenciaria se crea a partir de la sentencia condenatoria que restringe derechos al primero. En este marco, el objetivo fundamental del funcionario penitenciario será buscar que se cumpla con la función resocializadora y reeducadora asignada a la pena en el marco constitucional; que es la que, finalmente, legitima y justifica su rol.

En esta línea, si bien ésta debe respetar los derechos del interno que no hayan sido restringidos por la sentencia condenatoria (ámbito respecto del que el interno puede consentir directamente o, en el caso de los derechos personales y patrimoniales, a través de un representante); ello no implica que entre el funcionario penitenciario y el interno deje de existir una posición de garante que obligue al primero a velar por el bienestar del segundo, a quien debe buscar reinsertar en la sociedad luego de cumplida su sanción.

Esta obligación que corresponde a la Administración penitenciaria, así como la existencia de una sentencia condenatoria que impone restricciones a los derechos del interno, hacen que éste se vea imposibilitado de disponer, sin limitación alguna, de todos sus bienes jurídicos individuales; quedando restringida su disposición por los deberes que el funcionario penitenciario tiene para con él, como por ejemplo ocurre con el deber de velar por su vida, integridad y salud, a la luz de una posterior resocialización.

De esta manera, el interno no podrá disponer libremente (como si no recayese sobre él sentencia condenatoria que lo prive de libertad) de su vida o de su salud, por contraponerse dicha disposición con las obligaciones correspondientes al funcionario penitenciario; debiendo prevalecer el deber de la administración penitenciaria, sobre la libre autonomía del interno.

Por ello, en el caso de la huelga de hambre, la administración deberá intervenir únicamente cuando el diagnóstico médico determine la urgencia de la medida de alimentación para evitar un daño irreversible a la salud o a la vida; utilizando para ello mecanismos orientados a tal fin y evitando cualquier menoscabo innecesario de los derechos y garantías del interno que, con posterioridad, obstaculicen o dificulten su reinserción social; mientras que, respecto del consumo de tabaco en las prisiones, se encontrará en la obligación de velar por la salud de quienes no brindan su consentimiento para exponerse al humo del cigarro, creando ambientes adecuados para tal fin o, en su defecto, acompañando la prohibición del consumo con tratamientos para los casos de adicción.

Este mismo razonamiento será de aplicación respecto de los pedidos de eutanasia que puedan ser presentados por un interno, de *lege ferenda*, los

mismos sólo podrán ser aprobados por el juez de ejecución penitenciaria, en la medida en que sea imposible conseguir en el interno algún efecto resocializador; debiendo denegarse, *contrariu sensu*, en los casos en los que dicha resocialización se vislumbre como posible.

Considero que estos lineamientos deben ser tomados en cuenta a efectos de una propuesta normativa acorde con los fines constitucionales asignados a la pena en un Estado Social y Democrático de Derecho. Proponer algo distinto (léase, priorizar la libre disposición del interno respecto de sus bienes jurídicos) implicaría renunciar a la resocialización como fin primordial de la pena, e imponer un sistema retributivo que poco se condice con los fines de un Estado que se precie de ser garantista.

#### **4. Consentimiento vinculado con razones culturales y/o religiosas**

La validez del consentimiento también está muy vinculada con el contexto, el que finalmente determina la ética personal de cada persona. Así, la capacidad de toma de decisiones siempre se realiza en un determinado contexto social e histórico, y en torno a determinadas concepciones culturales de lo que cada uno entiende que consiste la autorrealización personal.

El sólo hecho de que cada uno sepa que puede desarrollarse conforme con su propia ética personal, ya de por sí contribuye con su autorrealización (pues, sería imposible alcanzar la autorrealización conforme con un parámetro cultural que no se comparte). Así, por ejemplo, para la realización personal de un cristiano resulta irrelevante haber sido o no objeto de transfusiones sanguíneas, mientras que para un testigo de Jehová, como se verá más adelante, una transfusión sanguínea le impediría autorrealizarse en su fe religiosa.

Éste y otros ejemplos serán expuestos a modo orientador en el presente apartado, a fin de reflexionar respecto a la validez del consentimiento vinculado con razones culturales y/o religiosas:

### **Caso A: Suicidio colectivo**

El 26 de marzo de 1997, 39 miembros del grupo Heaven's Gate (Puerta del Cielo), incluyendo su líder Marshall Applewhite, se suicidaron en California. Tomaron zumos cítricos para limpiar su cuerpo, se ajustaron bolsas de plástico en la cabeza para provocarse asfixia y, luego, ingirieron un cóctel letal de fenobarbital (barbitúrico) mezclado con vodka. Uno de los miembros, justo antes de beber el cóctel letal, declaró ante las cámaras que filmaban el acto: *"Cómo me gustaría que pudierais estar aquí y ser tan afortunados como nosotros"*.

Todos y todas vestían de la misma forma, incluyendo un brazalete en el que podía leerse *"Heaven's Gate Away Team"* (equipo visitante de Heaven's Gate). Al parecer, la fecha y hora del suicidio masivo coincidía con la llegada de la Semana Santa y con la posición más cercana a la Tierra del cometa, al que consideraban una señal celestial<sup>1238</sup>.

Heaven's Gate fue fundada por Marshall Applewhite y Bonnie Nettles a mediados de los años setenta. El grupo creía que un suicidio colectivo, realizado en el momento oportuno, les permitiría abandonar sus continentes (cuerpos), generando que su alma hibernara hasta ser replantada en otro continente (cuerpo) y, finalmente, injertada en un representante del nivel sobre humano,

---

<sup>1238</sup> El video "Last chance To Evacuate Planet Earth (Before it is Recycled)", difundido en redes sociales el 29 de setiembre de 1996, mediante el cual el líder del grupo, Marshall Applewhite, convocó a sus seguidores al suicidio colectivo, puede verse en: «<https://www.youtube.com/watch?v=m74KOFZYOWM>», fecha de publicación: 9 de abril del 2013, fecha de consulta: 13 de febrero del 2017.

quien sería el encargado de pilotear una nave espacial como la que creían se escondía tras el planeta Hale-Bopp<sup>1239</sup>.

### **Caso B: Tatúan "666" a niño por secta religiosa**

En Cuba, una pareja de esposos obligó a su hijo menor de 6 años a hacerse un tatuaje en el brazo derecho. En el video, difundido en redes, se observa al menor llorando y a la madre intentando consolarlo por el dolor que el tatuador le generaba.

Según lo indicado en medios periodísticos, el tatuaje corresponde al número "666". Se sospecha que los padres pertenecen a la secta "Creciendo en Gracia", creada por un puertorriqueño que se autodenomina como "El Anticristo", la que identifica a sus miembros pidiéndoles que se tatúen el "666" en el cuerpo. Los padres habrían dispuesto hacer el tatuaje al menor para que con ello se integrara a los rituales de su ideología<sup>1240</sup>.

### **Caso C: Transfusión sanguínea a menor de 13 años**

El 3 de setiembre de 1994, Marcos tuvo una caída con su bicicleta que le produjo una situación con alto riesgo hemorrágico que requería para neutralizarla de una transfusión de seis centímetros cúbicos de plaquetas. Los padres indicaron que su religión y la de su hijo no permitía la aceptación de una transfusión de sangre, por lo que solicitaron la aplicación de un tratamiento

---

<sup>1239</sup> Mayores detalles sobre esta noticia pueden ser vistos en las siguientes páginas web: «[http://elpais.com/diario/1997/03/30/internacional/859676411\\_850215.html](http://elpais.com/diario/1997/03/30/internacional/859676411_850215.html)», fecha de publicación: 30 de marzo de 1997; «<http://infocatolica.com/blog/infories.php/1503301027-se-cumplen-18-anos-del-suicid>», fecha de publicación: 30 de marzo del 2015, fecha de consulta: 13 de febrero del 2017.

<sup>1240</sup> Mayores detalles sobre este caso pueden verse en: «<http://sipse.com/mundo/tatuan-a-su-hijo-de-tres-anos-12786.html>», fecha de publicación: 29 de enero del 2013. El video en el que se aprecia el momento en el que se realiza el tatuaje al menor puede verse en: «<https://www.youtube.com/watch?v=UkZ-xFYCM0s>», fecha de consulta: 4 de febrero del 2017.

alternativo. Al explicarles que no conocían de uno, pidieron el alta del menor, lo que fue denegado por el centro hospitalario por considerar que con ello peligraba su vida.

Los médicos solicitaron al juzgado se les autorizara a realizar la transfusión, lo que les fue concedido, pero no pudo ser realizado por el rechazo con auténtico terror que produjo al menor, quien reaccionó agitada y violentamente en un estado de gran excitación que los médicos estimaron podría precipitar una hemorragia cerebral. Los médicos pidieron a los padres que convenciera al menor, a lo que ellos se negaron por considerarlo pecado y contrario a lo que le habían enseñado por 13 años.

El centro hospitalario dio de alta al menor, quien fue llevado por sus padres hasta a dos centros médicos más, los que, de igual modo, indicaron que el único tratamiento era la transfusión sanguínea. Finalmente, el juzgado dispuso se ingresara a la casa de los padres para ejecutar el tratamiento, lo que se hizo pero tardíamente, falleciendo el menor.

Los padres nunca se opusieron a cumplir lo dispuesto por el juez. No obstante ello, fueron condenados por el Tribunal Supremo Español (quien revocó la absolución de la Audiencia Provincial de Huesca) por el homicidio de su hijo, tras resaltar la irrelevancia de la voluntad del menor, así como la exigencia a los padres de una acción disuasoria frente a la oposición de su hijo.

Posteriormente, el Pleno del Tribunal Constitucional español declaró nula la resolución del Tribunal Supremo por considerar que se vulneró el derecho a la libertad religiosa de los padres<sup>1241</sup>.

---

<sup>1241</sup> Sentencia número 154/2002, emitida por el Pleno del Tribunal Constitucional el 18 de julio del 2002 (RTC 2002/154).

## **Caso D: Servinakuy en comunidades andinas peruanas**

El servinakuy (o serviciña en Aymara) es una costumbre practicada, entre otras, por las comunidades andinas Quechua y Aymara en el Perú. Consiste en un matrimonio a prueba por el cual un adulto mayor de 18 años contrae una unión de hecho con una menor de aproximadamente 12 años, por un determinado lapso de tiempo; periodo de prueba tras el cual la pareja decide si continúa o no viviendo junta para siempre.

Esta práctica es realizada con el consentimiento de la familia de ambos convivientes y de la mujer menor de edad (la que normalmente se pone de acuerdo con el varón), lo que hace que, por lo general, la pareja supere el periodo de prueba y termine junta para siempre<sup>1242</sup>. No obstante ello, en torno al servinakuy se discute la validez del consentimiento de la menor, quien goza de indemnidad, pero no de libertad sexual; y respecto de quien, en la legislación peruana, se comete un delito de violación sexual que se sanciona con una pena no menor de 30 años de cárcel<sup>1243</sup>.

En todos estos casos, el contexto en el que se desenvuelve el individuo determina lo que considera indispensable o no para su realización personal y, por tanto, determina ciertos cánones culturales y religiosos que forman parte de

---

<sup>1242</sup> Respecto al Servinakuy, puede verse: ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Los principios contenidos en el título preliminar del Código Civil peruano de 1984. Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial, segunda edición, Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2005, p103; y, PEÑA JUMPA, Antonio. Derechos fundamentales y justicia comunal: la aplicación del artículo 149 y el artículo 2, inciso 19 de la Constitución Política del Perú. En: Revista Ius Et Veritas, revista editada por alumnos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, volumen 19, número 39, 2009, p276-277.

<sup>1243</sup> **Artículo 173.2 del Código penal peruano.**- *"El que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de edad, será reprimido con las siguientes penas privativas de libertad: (...) 2. Si la víctima tiene entre diez años de edad, y menos de catorce, la pena será no menor de treinta, ni mayor de treinta y cinco años. (...)"*

su ética personal. El problema surge cuando dichos cánones son contrarios a la ética del legislador o a la ética de la mayoría de miembros de un Estado.

De este contraste surgen las siguientes preguntas: ¿El contexto cultural y religioso incide en la ética y en las elecciones de un individuo?, ¿puede el titular de un bien jurídico disponer sobre éste al amparo de sus creencias religiosas y culturales?, ¿puede el representante, en función a sus propias consideraciones culturales, disponer por el titular de un bien jurídico?, ¿el legislador debe tomar en cuenta la existencia de un contexto cultural diverso a efectos de determinar la responsabilidad penal por la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico?

En las próximas líneas, a partir de los casos indicados, se buscará dar respuesta a las interrogantes planteadas:

#### **4.1. Incidencia de los cánones religiosos y culturales en el consentimiento: Disposición en función a la ética personal**

Conforme se ha señalado en el apartado 1.4. del segundo capítulo ("Dignidad y autonomía de la voluntad"), la dignidad es el fundamento de todo derecho y libertad humana. Constituye el presupuesto para que el individuo se realice plenamente en los ámbitos en los que se desarrolla la personalidad, lo que implica reconocerle capacidad en la toma de decisiones (libre albedrío).

Esta capacidad de decisión (que además es conforme con un Estado constitucional liberal moderno) se realiza en un determinado contexto social y en torno a determinados parámetros culturales de lo que cada individuo entiende que consiste la autorrealización personal, lo que hace que la dignidad constituya un concepto único e integrador, que tiene como elemento común la posibilidad de elección (autonomía de la voluntad) en

función a la ética personal de cada individuo. Por ello, puede decirse que el concepto de dignidad es un concepto flexible que hace que todos los individuos sean iguales (cuenten con libre autodeterminación), pero a la vez diferentes (elijan conforme con su propia ética personal).

Esto hace que, conforme lo señala Berdugo Gómez de la Torre, en un Estado que se precie de ser democrático, coexistan distintos órdenes éticos, y que, en algunas ocasiones, estos entren en conflicto con lo establecido por el legislador penal y con las interpretaciones realizadas por el aplicador del Derecho, quienes -indefectiblemente- también actúan guiados por su propia ética; he aquí, para Berdugo, donde cobra importancia la referencia legitimadora del bien jurídico: impide que la ética retorne como justificante del carácter delictivo de un comportamiento<sup>1244</sup>.

Además de lo expuesto, debe tomarse en cuenta que la ética de cada individuo varía en función a los diversos contextos históricos y sociales por los que atraviese, los que también pueden ir cambiando el ideal del Estado y las regulaciones normativas existentes en cada época. Lamentablemente, dichos cambios no siempre se dan de forma paralela, produciéndose enfrentamientos a partir de la protección penal de valores éticos que no revisten la condición de bienes jurídico-penales. Ejemplo de ello, como lo pone en evidencia Berdugo Gómez de la Torre, es lo señalado por el Tribunal Constitucional alemán y por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos respecto a la constitucionalidad de la criminalización del incesto en Alemania<sup>1245</sup>.

Este caso fue llevado al Tribunal Europeo por Patrick Stübing, a quien se le condenó por mantener relaciones sexuales con su hermana biológica y,

---

<sup>1244</sup> BERDUGO. Viejo y Nuevo Derecho Penal... op. cit., p241-243.

<sup>1245</sup> Ejemplo citado por Berdugo en: Ibid., p242-243, nota al pie 261.

producto de ello, tener a 4 hijos. Stübing nació en 1976, a los 3 años fue llevado a un orfanato y vivió bajo el cuidado de padres de acogida. Conoció a su hermana (8 años menor que él) en el 2000, y a partir de esa fecha inició con ella una relación de convivencia que terminó en la condena por el delito de incesto.

Stübing demandó al Estado Alemán indicando que la norma que criminalizaba al incesto violaba su derecho a la autodeterminación sexual, le discriminaba y resultaba desproporcionado. No obstante ello, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos respaldó lo señalado por el Tribunal Constitucional alemán respecto a la constitucionalidad de la norma<sup>1246</sup>; limitándose a concluir que, en tanto no existía consenso entre los Estados miembros sobre si debían o no ser sancionadas penalmente las relaciones sexuales consentidas entre hermanos adultos, "*(...) los tribunales nacionales aplicaron su margen de apreciación al condenar al demandante por incesto*"<sup>1247</sup>.

A la luz de lo hasta aquí expuesto, resulta claro que todos los seres humanos buscan su autorrealización personal, conforme con su ética propia y en función a cada contexto social y cultural que la define; lo que hace que sus elecciones en torno a la disposición o no de un bien jurídico personal se vean finalmente determinadas por sus parámetros culturales y

---

<sup>1246</sup> El Tribunal alemán respaldó la criminalización del incesto resaltando su importancia para la protección del matrimonio y la familia. No obstante ello, el juez Hassemer mantuvo una opinión disidente, en la que estableció "*(...), la prohibición del incesto entre hermanos no estaba justificada por la protección del matrimonio y la familia, ya que sólo prohíbe el acto de las relaciones sexuales, pero no prohibía cualquier otro acto sexual entre hermanos o relaciones sexuales entre hermanos del mismo sexo o entre parientes sin lazos de sangre. (...) Las pruebas parecen indicar que la disposición tal como estaba establecida, no protegía ningún derecho específico, sino que estaba dirigida únicamente a concepciones morales. Sin embargo, no era un objetivo legítimo para una disposición penal el construir o mantener normas morales comunes*". Resumen elaborado en la sentencia emitida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos el 12 de abril del 2012, con ocasión del caso Stübing contra Alemania (TEDH 2012/36), fundamento jurídico 23.

<sup>1247</sup> Ibid., fundamentos jurídicos 61 y 66.

religiosos, no siendo posible alcanzar la autorrealización personal conforme con un parámetro que no se comparte.

Esta libertad de elección propia de un Estado liberal moderno y necesaria para la autorrealización, en el caso de los bienes jurídico penales, puede llevar al individuo a renunciar a la protección que el legislador les da, a través de la figura del consentimiento, el que -si se configuran los requisitos de validez- constituirá una eximente de responsabilidad penal. Esta eximente operará siempre y cuando la disposición del bien jurídico no implique la afectación de un tercero que también tiene derecho a optar por su autorrealización, ni la afectación del entorno colectivo directo o indirecto en el que se desenvuelve el individuo: el límite para la disposición de un bien jurídico individual se encuentra en la autorrealización a la que también tienen derecho los terceros.

#### **4.2. Consentimiento del titular del bien jurídico al amparo de sus creencias culturales y religiosas**

En la línea de lo señalado, en el marco de un Estado constitucional moderno, todos los bienes jurídicos individuales son de naturaleza disponible, lo que implica que respecto de todos se pueda consentir al amparo de la ética de cada individuo, la que estará conformada por todas las creencias culturales y religiosas que hayan sido forjadas en el contexto en el que se desenvuelve<sup>1248</sup>.

Ahora bien, la diversidad de éticas coexistentes en un Estado democrático, a la que se ha hecho mención en el punto anterior, puede generar que, en algunas ocasiones, un determinado individuo efectúe una disposición o

---

<sup>1248</sup> Este punto fue desarrollado en extenso en el apartado 2.3. del segundo capítulo ("El consentimiento en los bienes jurídicos individuales").

tome una elección con la que otros se encuentren en total desacuerdo. No obstante ello, esta discrepancia en nada deberá invalida el consentimiento brindado por el titular del bien jurídico, éste seguirá teniendo relevancia penal en tanto no afecte las posibilidades de realización de un tercero, ni el entorno colectivo directo o indirecto en el que se desenvuelve el individuo.

Así, en tanto el consentimiento brindado por el titular del bien jurídico individual sea dado conforme con los requisitos de validez desarrollados a detalle en el apartado 4. del tercer capítulo ("Requisitos para la validez del consentimiento"), el mismo no podrá ser considerado irrelevante a efectos penales, debiendo actuar como causa de atipicidad penal.

En el **caso A ("Suicidio colectivo")**, los miembros del grupo "Heaven's Gate" decidieron disponer de su bien jurídico vida, a través de un suicidio colectivo, en la creencia de que el planeta tierra se extinguiría y que su muerte les permitiría abandonar sus cuerpos, generando que su alma hibernara hasta ser replantada en otro cuerpo y, finalmente, injertada en un representante del nivel sobre humano, quien sería el encargado de pilotear una nave espacial como la que creían se escondía tras el planeta Hale-Bopp.

Es decir, las 39 personas del grupo, incluyendo su líder, realmente creían y estaban convencidas de que renacerían en el cuerpo de un representante del nivel sobre humano que sería el encargado de salvar a la humanidad, concibiendo al cuerpo humano sólo como un vehículo pensado para ayudar a realizar tal travesía. Esta creencia determinó que tomaran la decisión de disponer de su vida, hasta el punto de haber declarado uno de sus miembros, minutos antes de tomar el barbitúrico mortal: *"Cómo me gustaría que pudierais estar aquí y ser tan afortunados como nosotros"*.

En este caso, el problema no gira en torno a la disponibilidad o no del bien jurídico vida, respecto del que ya he establecido su naturaleza de disponible<sup>1249</sup>, sino más bien en torno a la validez o no del consentimiento como causa de atipicidad penal. Esta discusión podría devenir en relevante en la medida en que el líder del grupo (quien inspiró y convenció a todos los miembros de sus ideales) hubiese sobrevivido.

Si esto último se hubiese dado, podría discutirse la validez del consentimiento dado por las personas que se suicidaron colectivamente y, por tanto, la responsabilidad penal del líder por la vida de sus seguidores. Así, si Marshall Applewhite hubiese sobrevivido, quienes considerasen de imposible realización lo profesado (es decir, que no es posible renacer en el cuerpo de un representante del nivel sobre humano), eventualmente podrían establecer la invalidez del consentimiento brindado por sus seguidores, por existir un error en el motivo que invalidó su disposición sobre la vida.

Este error habría generado en los seguidores una creencia errónea respecto a que con su consentimiento conseguirían un determinado fin para su autorrealización (renacer en otro cuerpo), lo que invalidaría la disposición por haber sido dada con la finalidad de conseguir un objetivo que se considera de imposible y falsa realización.

Si bien en este supuesto podría establecerse la existencia de un vicio del consentimiento que le impediría operar como eximente de responsabilidad penal y, por tanto, que establecería la configuración de una conducta típica contra la vida; lo cierto es que, incluso en este caso concreto, considero

---

<sup>1249</sup> Ver apartado 1.1.1.1. del cuarto capítulo ("Disponibilidad de la vida con actos realizados por el mismo titular del bien jurídico").

difícil establecer que el líder de la agrupación realmente fuese capaz de ser reprochado penalmente por actos en los que cree firmemente; por lo que, en el peor de los casos (considerar inválido el consentimiento), de haber sobrevivido, probablemente igual se le hubiese considerado sujeto no responsable a partir de un análisis al nivel de la culpabilidad.

Distinto sería el caso de un líder que hiciera que sus seguidores se quitasen la vida, sin compartir con ellos dicho destino, en tanto, el sólo hecho de no haber corrido la misma suerte, evidencia que realmente no creía en las ideas que predicaba (normalmente, en estos casos, muchos de los miembros de la agrupación no sólo suelen ser encaminados en su fe, sino también en la donación de todos sus bienes al líder de la agrupación).

En este caso, no sólo el consentimiento sería inválido por haber existido un error en el motivo causado por el líder, sino que, además, éste sería plenamente culpable (la prueba del reproche de su actuación es que no optó por el suicidio que tanto pregonaba como necesario para la autorrealización de los miembros del grupo), debiendo responder por el homicidio de sus seguidores<sup>1250</sup>. Aquí, de ninguna forma el consentimiento podrá ser válido, dado que dolosamente se incurrió en un engaño para justamente lograr una disposición que, de otro modo, nunca se hubiera conseguido y respecto de una finalidad que era de imposible y falsa realización.

---

<sup>1250</sup> Un ejemplo en el que el líder no compartió la misma muerte que la sufrida por sus seguidores, ocurrió en el suicidio colectivo realizado en 1978 en Guyana, en el que 918 personas seguidoras de la agrupación religiosa "Templo del Pueblo", liderada por Jim Jones, ingirieron cianuro. Durante un tiempo se divulgó la noticia de que Jones estaba vivo, lo que posteriormente el FBI negó al analizar sus huellas dactilares. Lo curioso es que no se le encontró muerto por el cianuro, sino por el disparo de una escopeta (el que aparentemente le fue dado luego de que sus seguidores se suicidaran). Debe resaltarse que incluso antes de este suicidio colectivo, los seguidores de Jones ya habían realizado actos lesivos, como el que dio lugar a la muerte del congresista Ryan. Ver: «<http://www.lavanguardia.com/hemeroteca/20111118/54238245061/templo-del-pueblo-guyana-sectas-matanzas-suicidios-colectivos-asesinatos-en-masa-enigmas-jim-jones.html>», fecha de actualización: 18 de diciembre del 2013, fecha de consulta: 14 de febrero del 2017.

Ahora bien, independientemente de lo expuesto, nótese que partir de la premisa de que las ideas de la agrupación "Heaven's Gate" son falsas, supone analizar el caso con parámetros culturales propios, lo que genera cierto sesgo inherente a una ética personal (es decir, implica rechazar de plano, a la luz de ideas propias, que sea posible renacer en un cuerpo superior). Al respecto, debe tomarse en cuenta que, a pesar de que no sea conforme con nuestros cánones culturales, no se puede descartar que lo planteado por el líder del grupo "Heaven's Gate" pudiese ser cierto, como en su momento lo fue lo señalado por quienes planteaban que la tierra era redonda<sup>1251</sup>. Esto evidencia que la discrepancia que se pueda tener con la ética de un individuo que, al amparo de la misma, dispone de su bien jurídico, no puede fundamentar *per se* la invalidez del consentimiento como causa de atipicidad penal; plantear ello sería totalmente contrario a las premisas de un Estado democrático.

En resumen, el consentimiento del titular del bien jurídico al amparo de sus creencias culturales y religiosas, por regla general, siempre será considerado eximente de responsabilidad penal; a no ser que se evidencie que no cumple con los requisitos necesarios para su validez.

#### **4.3. Subrogación del consentimiento en el marco de la ética personal del representante: Relevancia de la voluntad del representado. Especial referencia a los testigos de Jehová**

Existen supuestos en los que el titular del bien jurídico se ve imposibilitado de disponer (no cuenta con capacidad jurídica) y en los que la figura del

---

<sup>1251</sup> De no haber Cristóbal Colón tenido la razón, y haber muerto sus seguidores ingeridos por monstruos marinos, mal podría habersele atribuido la muerte de su tripulación, por haber ésta dispuesto válida y voluntariamente respecto de su vida.

representante cobra especial relevancia. La pregunta es si, en estos casos, este último debe hacerlo conforme con su propia ética o conforme con la ética del representado.

Evidentemente, en los casos de subrogación, el consentimiento brindado por el representante debe ser efectuado de cara al bienestar y la realización personal del representado; razón por la que no es posible que la disposición efectuada por el representante sea realizada al amparo de sus creencias culturales y religiosas personales, y en contra de la ética del representado<sup>1252</sup>.

Tolerar ello, implicaría permitir que el representante, egoístamente, disponga sobre el bien jurídico del representado en contra del bienestar de este último, lesionando o poniendo en peligro su bien jurídico sin un respaldo en su realización personal. En estos casos, el consentimiento brindado por el representante no operará como causa de atipicidad penal, debiendo responder el representante y los terceros que participaron en la lesión o puesta en peligro del titular del bien jurídico.

En la misma línea, en los casos en los que el consentimiento del titular del bien jurídico sea subrogado por un tercero, éste no podrá ejercer la subrogación sobre la base de su propia ética personal, debiendo, en todo momento, respetar y tomar en cuenta la ética personal del titular del bien jurídico a quien representa: disponer contra las creencias y la ética del titular del bien jurídico supone realizar actos contrarios a su realización

---

<sup>1252</sup> Por ello, considero que, de *lege ferenda*, debe prohibirse la subrogación del consentimiento de un menor que no cuente con capacidad natural de juicio, respecto de cirugías plásticas estéticas innecesarias para su salud, dado que éstas no están pensadas en su bienestar, sino en satisfacer el ideal de belleza del representante del menor. Mayor desarrollo en el apartado 2.1.2. del cuarto capítulo (“Intervenciones y tratamientos estéticos en menores de edad”).

personal, lo que no puede ser avalado por el Estado que tiene como fin primordial viabilizar la autorrealización de todos sus miembros.

Por ello, en el **caso B ("Tatúan "666" a niño por secta religiosa")**, en el que, al amparo de sus creencias religiosas, los padres de un menor de 6 años hicieron que se le tatuara en el brazo derecho el número "666", para con ello integrarlo a los rituales de su ideología; el consentimiento dado por los padres en representación del menor no puede ser considerado una eximente de responsabilidad penal. Así, cuando los padres, optaron por realizarle el tatuaje, lo hicieron sobre la base de sus propias creencias culturales (ética de los padres), pero no sobre la base de las creencias del menor (ética del menor), quien aún no posee ni siquiera capacidad natural de juicio para saber si desea o no compartir las creencias religiosas de los padres.

Esta disposición realizada por un tercero, en representación de quien no cuenta con capacidad natural de juicio, bajo ningún concepto puede ser aceptada en el ámbito penal; dado que implica recortar la elección que el menor pueda tener a efectos de su propia realización futura. Máxime, cuando la inscripción del "666" en el brazo ni siquiera es urgente, necesaria o indispensable para la identidad cultural del menor; pudiendo éste elegir, cuando alcance la madurez suficiente y en función a su propio contexto cultural, si desea o no hacer suyas las creencias de sus padres.

Distinto será el caso en el que la decisión respecto de la disposición del bien jurídico del menor sea urgente y determinante para su identidad cultural y realización personal futuras. Esto, por ejemplo, puede ocurrir en el caso de un bebé que requiera una transfusión sanguínea y cuyos padres profesen una religión que considere a la misma un pecado (Testigos de Jehová).

En estos casos, si bien no será posible obligar a los padres a actuar contra sus creencias religiosas y consentir por el menor para que se practique una transfusión sanguínea, tampoco será posible que los mismos pretendan disponer de la vida del menor al amparo de creencias religiosas que no necesariamente éste compartirá a futuro; y, por tanto, priorizar su ética personal (creencia religiosa) por sobre la vida de su representado: el representante no puede consentir por subrogación tomando en cuenta sólo su ética personal y desconociendo la de su representado, pero tampoco puede ser obligado a desconocer sus propias creencias para disponer por el representando sobre la base de una cultura que no comparte.

En esta línea, Romeo Casabona señala: *"Es unánime la opinión de que el ejercicio de la patria potestad no faculta a los padres para tomar una decisiones irreversibles que puedan poner en serio peligro la vida de sus hijos menores al dar prioridad a otros intereses, incluso aunque sean relevantes y pretendidamente en favor del menor; por ejemplo, mantenerse tanto los padres como al hijo, fieles al credo religioso profesado por aquéllos y en el que previsiblemente habría sido -o estaría siendo- educado su hijo"*<sup>1253</sup>.

De esta manera, en la medida en que las creencias culturales y personales del representante (ética del representante) no pueden sustentar una disposición que contravenga las posibilidades de autorrealización futura del representado, cada vez que exista un conflicto de deberes (deber de los padres de salvar la vida del menor y deber de los padres de respetar su creencia religiosa) en torno a un bien jurídico personalísimo, y el

---

<sup>1253</sup> ROMEO CASABONA, Carlos María. ¿Límites de la posición de garante de los padres respecto al hijo menor?. En: Revista de Derecho Penal y Criminología, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2da época, Nº 2, julio 1998, p328-329.

representado no cuente con capacidad natural de juicio para consentir; considero que, de *lege ferenda*, deberá recurrirse a la autorización judicial, debiendo el juzgador ponderar y elegir lo que considera más adecuado para la futura realización personal del menor<sup>1254</sup>.

Lo cierto es que, si bien el juzgador es a la vez un ciudadano que no puede separarse del todo de sus prejuicios y de sus creencias, sí constituye una persona objetiva que resolverá el conflicto imparcialmente, pensando exclusivamente en el bienestar, el beneficio y la realización personal futura del menor, y sin proyectar sus expectativas personales en este último, lo que no siempre es posible de hacer para los padres. Sin perjuicio de lo expuesto, cualquier conflicto debe ser resuelto por el juzgador aplicando los criterios de proporcionalidad y ponderación de intereses a los que ya se ha hecho referencia<sup>1255</sup>.

Ahora bien, a mi modo de ver, esta solución cambia si el menor cuenta con capacidad natural de juicio para consentir; y, por tanto, se encuentra en condiciones de manifestar lo que considera adecuado para su autorrealización personal. Esto es lo que se discute en el **caso C (“Transfusión sanguínea a menor de 13 años”)**, en el que un menor de 13 años falleció por no haber recibido a tiempo una transfusión de sangre, luego de que sus padres se negaran a consentir la misma, el juzgado la autorizara, pero el menor se negara agitada y violentamente a aceptarla.

---

<sup>1254</sup> Para los casos en los que la urgencia de la intervención haga imposible acudir al órgano jurisdiccional, por excepción, al igual que Romeo Casabona, considero que el médico debe optar por salvar la vida del paciente, no pudiendo ser sancionado penalmente por ello. *Ibid.*, p330. No obstante lo expuesto, discrepo con este autor respecto a que, en estos casos, los padres siempre deban responder en comisión por omisión por la lesión o muerte del menor que se haya podido producir por su inicial negativa a consentir sobre la intervención médica; dado que, a mi parecer, frente a una colisión de deberes, no es posible obligarles a actuar contra uno de ellos.

<sup>1255</sup> Ver apartado 1.6. del segundo capítulo (“Proporcionalidad y ponderación: Conflicto de derechos y límites para su ejercicio”).

En este caso, los padres no consintieron por presentar un conflicto de deberes, ni aceptaron el pedido de los médicos respecto a que convencieran a su menor hijo de que acepte la transfusión; pero sí aceptaron, sin poner obstáculo alguno, lo dispuesto por la autoridad judicial. No obstante ello, la transfusión no pudo realizarse por decisión del menor, quien manifestó su voluntad a través de una acérrima oposición que finalmente le impidió a los médicos realizar transfusión alguna para salvarle la vida.

De una primera lectura podría decirse que la radical oposición realizada por el menor de 13 años evidenciaba que el mismo sí contaba con capacidad natural de juicio, por lo que debía respetarse su voluntad; aunque el Tribunal Constitucional español, repitiendo lo indicado en este extremo por la sentencia impugnada, señaló: *"(...) no hay datos suficientes de los que pueda concluirse con certeza –y así lo entienden las Sentencias ahora impugnadas– que el menor fallecido, hijo de los recurrentes en amparo, de trece años de edad, tuviera la madurez de juicio necesaria para asumir una decisión vital, como la que nos ocupa. Así pues, la decisión del menor no vinculaba a los padres respecto de la decisión que ellos, a los efectos ahora considerados, habían de adoptar"*<sup>1256</sup>.

En esta línea, de haber sido el caso que el menor no contara con capacidad natural de juicio y madurez para decidir (lo que no fue establecido en sentido positivo o negativo por los médicos a cargo), al igual que en el supuesto del **caso B ("Tatúan "666" a niño por secta religiosa")**, tampoco cabría subrogación por parte de los padres, siendo necesaria la autorización judicial de la disposición del bien jurídico del

---

<sup>1256</sup> Sentencia número 154/2002, emitida por el Pleno del Tribunal Constitucional el 18 de julio del 2002 (RTC 2002/154), fundamento jurídico décimo.

menor (recuérdese que se trata de una disposición con efectos irreversibles)<sup>1257</sup>.

De esta manera, concuerdo con lo resuelto por el Tribunal Constitucional, respecto a que no sea posible determinar responsabilidad penal de los padres, en comisión por omisión, por el homicidio del menor; por encontrarse estos en un conflicto de deberes respecto del que no les es exigible tomar una decisión en contra de sus creencias religiosas, sobre todo cuando en ningún momento obstaculizaron el cumplimiento de la autorización judicial respecto de la transfusión.

Así, en el **caso C (“Transfusión sanguínea a menor de 13 años”)**, la transfusión sanguínea no pudo darse por la oposición del menor, pero no por la obstaculización de los padres, lo que hace que no les pueda ser atribuida responsabilidad alguna ni a los padres, ni a los médicos que se vieron impedidos de realizar la transfusión.

Algo similar a lo expuesto, pero en sentido opuesto, ocurrió en Colombia con Alfonso Cáceres Rojas (16 años), quien fue criado en un hogar de influencia católica, pero que autónomamente decidió abandonar esa religión e ingresar a la de los Testigos de Jehová. Frente a un cáncer severo en la rodilla, y con la oposición de sus padres, Alfonso se negó a que se le efectuaran transfusiones sanguíneas, indicando que ello era contrario a sus creencias religiosas, y firmando para tal efecto un documento que denominó “Directriz de exoneración médica por anticipado”.

---

<sup>1257</sup> Sobre las dificultades para establecer una edad fija a partir de la cual se establezca que un menor goza de capacidad natural de juicio o suficiente madurez, puede verse: ROMEO CASABONA. ¿Límites de la posición de garante de los padres respecto al hijo menor?... op. cit., p336.

La negativa de Alfonso llevó a su padre a plantear una acción de tutela contra su propio hijo, a fin de que se autorizara judicialmente la transfusión sanguínea y se le salvara la vida; lo que fue resuelto por la Octava Sala de Revisión de la Corte Constitucional de Colombia<sup>1258</sup>.

En este caso, la actuación de la Corte también se centró en determinar que el joven de 16 años contara realmente con la madurez suficiente para entender los alcances que su decisión tendría en su realización, así como el impacto en su derecho a la vida. Ello, sobre todo, en tanto los padres alegaban que el documento denominado "Directriz de exoneración médica por anticipado", había sido firmado por su hijo, con la presión de los miembros de su grupo religioso.

Así, en efecto, en este caso, la Corte concluyó que era muy difícil establecer que un menor de 16 años contara con la madurez necesaria para ponderar entre su derecho a la libertad religiosa y su derecho a la vida; razón por la que terminó dándole la razón al padre, indicando que en los casos en los que la decisión del menor adulto (16 años) comprometiese su integridad física y moral, siempre debía prevalecer la decisión de sus padres. En esta línea, en el caso que se menciona, la corte colombiana indicó expresamente: *"La situación que afronta el menor para el cual se solicita protección, no permite concluir que éste se encuentre en condiciones de asumir de manera objetiva su enfermedad y mucho menos que se encuentre en capacidad y disposición de tomar decisiones originadas en un libre y autónomo ejercicio de reflexión dirigido por su propio entendimiento; su condición lo hace vulnerable, por lo que más que nunca necesita de la orientación de sus padres y de su participación en la*

---

<sup>1258</sup> Resolución emitida el 25 de setiembre de 1996, con ocasión del expediente N° T-100472, por la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional de Colombia. El texto completo de la resolución puede verse en: «<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/t-474-96.htm>», fecha de consulta: 15 de febrero del 2017.

*toma de decisiones que comprometen el más fundamental de sus derechos: el derecho a la vida”.*

*Y más adelante, agregó: "(...) al menor adulto para el que se solicita protección, próximo a cumplir los dieciocho años, cuyas actuaciones reflejan un desarrollo acorde con su edad y condiciones de vida, se le debe permitir, como ya se hizo cuando se le recomendó la amputación de la pierna, o cuando él con la anuencia de su madre decidió retirarse voluntariamente de la clínica, participar en las decisiones que lo afecten directamente, mucho más si ellas tienen relación con sus derechos fundamentales a la vida y a la libertad religiosa, propendiendo siempre por lograr la coexistencia plena de todos sus derechos. Sin embargo, si tal participación implica que se presente contradicción insuperable entre sus decisiones y las que adopten sus padres, prevalecerán aquellas que en mayor medida garanticen la protección a su derecho fundamental a la vida, en éste caso las del padre”<sup>1259</sup>.*

Esta también ha sido la línea seguida en España por la Ley 41/2002 (Ley de Autonomía del Paciente), la que en el artículo 9.4 señala: *"4. Cuando se trate de menores emancipados o mayores de 16 años que no se encuentren en los supuestos b) y c) del apartado anterior, no cabe prestar el consentimiento por representación. No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando se trate de una actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor, según el criterio del facultativo, el consentimiento lo prestará el representante legal del menor, una vez oída y tenida en cuenta la opinión del mismo”<sup>1260</sup>.*

---

<sup>1259</sup> Ibid., fundamento jurídico 4.4.

<sup>1260</sup> Lo establecido en la Ley 41/2002 se encuentra en concordancia con lo señalado en el Convenio de Oviedo, relativo a los Derechos Humanos y a la Biomedicina (en vigor en España desde el 1 de enero de 2000). En igual línea se encuentra la circular 1/2012 emitida por la Fiscalía General del

Ahora bien, en los casos en los que el menor sí contase con capacidad natural de juicio y esto fuese verificado por el juez ante quien se elevara el conflicto existente entre su voluntad y la de sus padres; el análisis sería similar al establecido en los apartados 2.1.2.2. y 2.1.2.3. del presente capítulo (“Relevancia de la capacidad natural de juicio del menor para una intervención o modificación estética” y “A manera de conclusión: Propuestas normativas para regular el consentimiento en intervenciones o modificaciones estéticas de menores”).

En estos supuestos, por tratarse de la afectación de un derecho personalísimo y de una modificación irreversible, tampoco cabría subrogación del consentimiento por su representante, siendo igual necesaria una autorización judicial que tenga por objetivo, ya no decidir por el menor, sino garantizar que cuente con capacidad suficiente para comprender los riesgos y alcances de su decisión, asegurando que ésta realmente responda a su voluntad y a lo que espera conseguir para su realización personal.<sup>1261</sup>

En resumen, cuando el titular del bien jurídico no cuente con capacidad natural de juicio para decidir respecto de lo que considera más adecuado para su autorrealización, y no sea urgente y/o indispensable para su realización futura, la disposición de su bien jurídico personalísimo; el representante no podrá subrogar su consentimiento y decidir sobre sus propias creencias culturales y/o religiosas. Debiéndose tomar en cuenta, de *lege ferenda*, lo siguiente:

---

Estado español “Sobre el tratamiento sustantivo y procesal de los conflictos ante transfusiones de sangre y otras intervenciones médicas sobre menores de edad en caso de riesgo grave”.

<sup>1261</sup> No obstante ello, al igual que en los casos en los que el menor no cuente con capacidad natural de juicio, si el riesgo para la vida requiriese de una intervención inmediata y urgente que no pudiese esperar la autorización judicial, y el médico efectuara la transfusión sanguínea; este último no respondería penalmente al amparo de un estado de necesidad frente a un mal inminente.

- Si la disposición no es urgente y necesaria para la identidad cultural del titular del bien jurídico, se deberá esperar a que el mismo se encuentre en capacidad de consentir.
- Si, de cara a la salud del menor, no es posible esperar a que el mismo se encuentre en capacidad de consentir, y exista un conflicto de deberes en sus representantes (ejemplo, deber de velar por la vida del menor y deber de cumplir con sus creencias religiosas), la decisión deberá ser tomada por un juez, a través de una autorización judicial de disposición del bien jurídico del menor que no cuenta con capacidad natural de juicio.
- Si, en este último supuesto, se requiriese tomar una decisión urgente que, para salvar la vida del menor, no pudiera esperar a un pronunciamiento judicial; incluso, sin el consentimiento de los representantes, el médico podría intervenir. En estos casos, el consentimiento no operará como causa de atipicidad, pero el médico igual quedará exonerado de responsabilidad a través de otra eximente de responsabilidad penal, como podría ser el estado de necesidad justificado en la inminencia de un mal<sup>1262</sup>.

Por otro lado, en los casos en los que el menor sí cuente con capacidad natural de juicio, también se requerirá una autorización judicial en la que se garantice que cuenta con capacidad suficiente para comprender los riesgos y alcances de su decisión, asegurando que ésta realmente responda a su voluntad y a lo que espera conseguir para su realización personal.

---

<sup>1262</sup> También considera que en estos casos es de aplicación el estado de necesidad, ALONSO DE ESCAMILLA. Tema 1. Delitos contra la vida humana independiente... op. cit., p71.

#### **4.4. Voluntad de quien no puede consentir, respecto de bienes jurídicos sobre los que no cabe subrogación: El valor cultural como eximente de responsabilidad penal**

En los casos en los que el titular del bien jurídico posea la capacidad jurídica necesaria para brindar su consentimiento en torno al mismo, en la línea de lo señalado a lo largo del presente trabajo, resulta evidente que debe considerarse válida cualquier disposición que sea realizada al amparo de sus creencias personales y culturales. Éstas son parte de la ética personal que impulsa sus elecciones, las que siempre se encuentran orientadas a la obtención de su realización personal. Así, en tanto sus elecciones no obstaculicen ni perjudiquen la realización de terceros, el consentimiento en estos casos siempre tendrá la calidad de causa de atipicidad penal y, por tanto, constituirá una eximente de responsabilidad; debiendo considerarse, de *lege ferenda*, a todos los bienes jurídicos individuales como disponibles.

Algo distinto ocurre con los casos en los que el titular del bien jurídico no posee la capacidad jurídica necesaria (y establecida por el legislador) para que su consentimiento revista de validez jurídica. En esta línea, conforme se estableció en el apartado 2.3.4.3. del segundo capítulo (“Mecanismos de subrogación del consentimiento”), existen supuestos en los que, con la finalidad de garantizar y propiciar la autorrealización de la persona que se encuentra en incapacidad de consentir, el legislador introduce normativamente requisitos para que el consentimiento del titular de un bien jurídico personalísimo (respecto del que no cabe representación) pueda ser considerado válido.

Esto, por ejemplo, ocurre en el caso del delito de violación sexual de menores de edad, en donde los legisladores de cada Estado establecen

diversas edades a partir de las cuales recién aceptan como válido el consentimiento para sostener relaciones sexuales con otra persona. Así, la disposición realizada por el titular del bien jurídico, antes de cumplir con la edad fijada por el legislador, es considerada irrelevante a efectos penales, debiendo responder la pareja por el delito de violación sexual de un menor de edad; y no pudiendo consentir por este último ni siquiera sus representantes legales (padres o tutores), por tratarse de un derecho personalísimo.<sup>1263</sup>

No obstante lo expuesto, existen situaciones en las que las normas fijadas por el legislador para propiciar la realización de las personas, en lugar de conseguir dicho objetivo, terminan obstaculizándolo. Esto, por ejemplo, es lo que ocurre en el **caso D (“Servinakuy en comunidades andinas peruanas”)**, en el que se describe una práctica cultural realizada por ciertas comunidades de la sierra del Perú. En estas zonas se practica el matrimonio a prueba (servinakuy), que supone que una menor de aproximadamente 12 años (incluso menos) forme con un hombre adulto de la comunidad, una unión de hecho por un tiempo determinado, periodo tras el cual, la pareja puede decidir permanecer junta o separarse. Esta práctica se lleva a cabo con el consentimiento de la familia de la pareja, siendo que, en el caso de la menor de edad, quienes autorizan que la misma pueda convivir con el hombre adulto, son sus padres.

El problema se genera cuando alguna de las menores queda embarazada y es atendida en algún centro de salud en el que, tras advertir que no cumple con la edad establecida por el legislador como requisito de validez de su consentimiento, da cuenta a las autoridades policiales y fiscales de la comisión del delito de violación sexual de un menor de edad, tipificado en

---

<sup>1263</sup> A modo de ejemplo, en España, el legislador ha establecido la edad de 16 años (artículo 183 del Código Penal español).

el artículo 173.2 del Código penal peruano, el que señala: *"El que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de edad, será reprimido con las siguientes penas privativas de libertad: (...) 2. Si la víctima tiene **entre diez años de edad, y menos de catorce**, la pena será no menor de treinta, ni mayor de treinta y cinco años. (...)"*.

En estos casos, resulta evidente que la disposición sobre la libertad sexual brindada por la menor de 12 años (con conocimiento y aceptación de sus padres) no cumple con los requisitos de validez establecidos por el legislador peruano para considerar al consentimiento como causa de atipicidad penal; lo que, en principio, a la luz de la normativa vigente en el país, sí configuraría el delito de violación sexual.

No obstante ello, aplicar esta norma e imponer la pena privativa correspondiente a la pareja de la menor, implicaría afectar las posibilidades de autorrealización personal de ambos y desconocer lo necesaria e importante que dicha costumbre (servinakuy) es para la identidad cultural de los mismos.

Como se observa en este caso, la coexistencia de distintos órdenes éticos y el pluralismo propio de ciertas sociedades hacen que, en determinados supuestos, las normas creadas por el legislador para garantizar la validez del consentimiento y, con ello, la autorrealización de las personas; terminen obstaculizando e impidiendo la consecución de dicho objetivo; deviniendo en absurdo que, en un Estado democrático, quien practique costumbres orientadas a su autorrealización y necesarias para la formación de su identidad cultural, termine siendo condenado a un mínimo de treinta años de prisión.

En esta línea, coincido con lo planteado por Berdugo Gómez de la Torre, quien establece: *"El Derecho en una sociedad es único, dirigido a todos sus integrantes, pero, en cambio, la sociedad que corresponde a un Estado democrático, tiene que garantizar la posibilidad de coexistencia de diversos órdenes éticos, manifestación del pluralismo propio de las sociedades democráticas. El Derecho y es importante este rasgo, debe servir de marco para la coexistencia de diversos órdenes éticos, aunque alcanzar este objetivo no esté exento de dificultades"*<sup>1264</sup>.

En lo que respecta al Servinakuy, ésta constituye una práctica que es indispensable para la identidad cultural de sus miembros y que, por tanto, no puede ser desconocida por el legislador ni por el Estado; pero que, evidentemente, no puede ser salvaguardada únicamente recurriendo al criterio del consentimiento como causa de atipicidad penal, por no servir éste como herramienta para eximir de responsabilidad en los casos en los que existan consideraciones culturales de fondo, pero en los que, evidentemente, el titular del bien jurídico no ostente capacidad alguna para emitir un consentimiento que cumpla con los requisitos de validez.

Otro ejemplo se aprecia en el caso de las mujeres Padaung o mujeres de cuello largo de la etnia Kayan (etnia Birmana), a quienes desde muy pequeñas empiezan a colocarles anillos de latón en el cuello, incrementando poco a poco la cantidad de anillos, con la finalidad de que el cuello sea lo más largo posible<sup>1265</sup>. Esto, es indispensable para la identidad cultural de las mujeres Padaung, e implica una disposición irreversible en la integridad física que, para lograr efectuarse, tiene que

---

<sup>1264</sup> BERDUGO. Viejo y Nuevo Derecho Penal... op. cit., p234.

<sup>1265</sup> El detalle sobre las mujeres padaung puede verse en el video elaborado por la National Geographic, titulado "Brass Shackles". En «<https://www.youtube.com/watch?v=BL8ARB5FmsA>», fecha de publicación: 26 de setiembre del 2008, fecha de consulta: 16 de febrero del 2017.

iniciarse en los primeros años de vida de una niña, momento en el que su cuello es más flexible.

Resulta evidente que cuando inicia la transformación, las menores no cuentan con capacidad natural de juicio para consentir, lo que, sumado al hecho de que la integridad constituya un bien jurídico personalísimo, hace que no sea viable ni el consentimiento del titular incapaz, ni la subrogación del mismo por un representante. Considero que en estos casos, el consentimiento -en los términos expuestos en el presente trabajo- no sería en sí mismo suficiente para argumentar la atipicidad penal de las transformaciones físicas causadas a la menor, incluso a pesar de que, de adulta, ésta aceptara con alegría su cambio (el consentimiento debe ser dado ex ante); razón por la que, considero necesario introducir una figura especial que contemple la ausencia de responsabilidad penal en los casos en los que razones culturales impidan el cumplimiento de la norma prevista por el legislador.

En este contexto, y consciente de la pluralidad cultural que caracteriza al Estado peruano, el legislador introdujo el artículo 15 en el código penal, el que expresamente establece: *"El que **por su cultura o costumbres** comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión, será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuida, se atenuará la pena".*

Con la introducción de esta norma se buscó dejar abierta la posibilidad de que en actuaciones contrarias a la norma penal, en las que no cabe disposición alguna por parte del titular del bien jurídico protegido (como el caso del servinakuy), no se sancionara penalmente al responsable, por

existir una razón cultural que, en dicho caso concreto, hiciera imposible el acatamiento de la norma<sup>1266</sup>.

No obstante lo expuesto, esta disposición, si bien constituye un avance significativo en torno a lo que implica un Estado democrático, ha sido también objeto de críticas en la doctrina peruana. Así, por ejemplo, se critica que su redacción pueda ser de utilidad para comunidades andinas que se encuentran alejadas, pero no para miembros de esas comunidades que hayan emigrado o vivan en las barriadas de la capital<sup>1267</sup>.

Sin perjuicio de las críticas que puedan hacerse a lo regulado por el legislador peruano en el artículo 15 del Código Penal<sup>1268</sup>, lo que sí resulta claro es que reconoce la coexistencia de éticas distintas y la necesidad de tomar en cuenta las mismas para la consecución de la realización personal de todos los miembros del Estado; lo que constituye un reconocimiento importantísimo para los casos que no pueden ser resueltos a partir del consentimiento como causa de atipicidad penal.

Esta solución cobra especial importancia en la medida en que, en estos casos, resultaría inviable la solución aquí propuesta para los supuestos de disposiciones irreversibles de bienes jurídicos personalísimos correspondientes a personas que no se encuentran en capacidad de

---

<sup>1266</sup> Lamentablemente, el legislador recogió como *nomen iuris* para el artículo el de "error de comprensión culturalmente condicionado", lo que considero un desacierto por tratar como "error", lo que en realidad debería ser el reconocimiento de una cultura y costumbre distinta a la prevista por el legislador.

<sup>1267</sup> Ver: HURTADO POZO, José. Derecho penal y diferencias culturales: perspectiva general sobre la situación en el Perú. En: Anuario de Derecho Penal, Sistema de control penal y diferencias culturales, 2010, p158. El artículo completo en formato "pdf" se puede ver en: «<http://www.cervantesvirtual.com/obra/derecho-penal-y-diferencias-culturales-perspectiva-general-sobre-la-situacion-en-el-peru/>», fecha de consulta: 16 de febrero del 2017.

<sup>1268</sup> Lo que no es objeto del presente trabajo.

consentir<sup>1269</sup>; por no existir normalmente, en estas zonas, jueces a los que pueda preguntárseles por lo que consideran más conveniente para la realización de la persona con capacidad disminuida, lo que convertiría a esta solución en impracticable<sup>1270</sup>.

Por ello, de *lege ferenda*, considero indispensable que todo Estado constitucional moderno incorpore normas que reconozcan la diversidad cultural existente hoy en día, la que se agudiza día a día con el fenómeno migratorio presente en todas las sociedades actuales; el que refuerza la coexistencia de diversas éticas que en algunos casos llegan a ser opuestas, y que pueden dar lugar al surgimiento de problemáticas que, como se ha visto, no pueden ser solucionadas a partir del consentimiento en el ámbito penal.

---

<sup>1269</sup> Ver literal d) del apartado 2.1.2.3. del cuarto capítulo ("A manera de conclusión: Propuestas normativas para regular el consentimiento en intervenciones o modificaciones estéticas de menores").

<sup>1270</sup> En el caso peruano, recurrir a una autorización judicial no sólo es inviable por los lugares alejados en los que normalmente se ubican estas comunidades andinas, sino también por no conocer sus miembros, en muchos casos, que se encuentran frente a un acto de disposición que no es avalado por el Derecho. Por ello, para algunos, la solución para estos casos se encuentra en el error de prohibición.

## CONCLUSIONES

### **Primero: El bien jurídico penal es un concepto legitimador**

1. El fin legitimador de un Estado constitucional moderno es viabilizar la convivencia pacífica y el libre desarrollo (autorrealización) de las personas, razón por la que la restricción a la libertad mediante la imposición de una pena únicamente se legitima en tanto se afecta dicha finalidad esencial que fundamenta la existencia del Estado, la misma que explica y limita la creación de normas por parte del legislador penal.

En este contexto, la noción de bien jurídico resulta trascendental, por configurarse como un límite que conecta al Derecho penal con los fines del Estado en el marco de un plan de política criminal. Actúa como una garantía que legitima la injerencia del Derecho penal en la libertad de las personas y tiene un referente directo o indirecto en la Constitución, que legitima su protección.

2. El bien jurídico no es un concepto estático, sino una creación dinámica que va cambiando en función al contexto histórico y social de cada sociedad, es decir, a lo que el individuo considera necesario para su autorrealización. Lo que siempre permanecerá inmutable es el fundamento que legitima la intervención y uso del Derecho Penal en un Estado constitucional moderno, es decir, la selección de bienes jurídico penales en torno a la garantía de autorrealización

de las personas: en torno a la garantía de una vida digna conforme con la ética personal de cada individuo.

**Segundo: La dignidad y la libertad de elección son presupuestos de todo bien jurídico en un Estado constitucional moderno**

3. La dignidad es el presupuesto para la autorrealización del individuo en todos los ámbitos en los que se desarrolla la personalidad, por lo que constituye el fundamento de todo derecho y libertad humana, es decir, de todo bien jurídico. Se erige como límite positivo y, a la vez, supra positivo para la actuación del legislador, distinguiéndose en ella no sólo una forma de ser, sino también el atributo que se le concede a una persona por el mero hecho de ser tal, y que la determina para tomar decisiones tendentes hacia su autorrealización (ejercer su autonomía).
4. Cada individuo ejerce su autonomía dentro de un determinado contexto social y según las concepciones culturales que lo definen (ética propia), lo que hace que la dignidad no sólo sea un concepto que permita alcanzar el libre desarrollo personal, sino que, además, constituya un concepto que lo presuponga.

De ello, se evidencia en la dignidad cierta flexibilidad que la hace ser un concepto universal, pero, a la vez, singular para cada caso concreto: Mantiene para todos los casos la autorrealización como premisa fundamental y, a la vez, permite, para cada caso en particular, una autorrealización distinta, conforme con una ética propia y según el contexto social, histórico y cultural de cada persona.

En este contexto, la esencia del concepto de dignidad se encuentra en la libertad de elección que ejerce el individuo en la búsqueda de su autorrealización, razón por la que, en el marco de un Estado Social y

Democrático de Derecho, no es posible proteger a un bien jurídico penal cuando dicha protección constituirá un obstáculo para la autorrealización (la autonomía es presupuesto para alcanzar una vida digna).

**Tercero: Todos los bienes jurídicos penales individuales son disponibles a través del consentimiento**

5. En tanto los bienes jurídicos penales individuales tienen por objeto viabilizar la autorrealización del individuo, se encuentran estrechamente vinculados con el libre ejercicio de la autonomía de la voluntad. Por ello, en un Estado constitucional moderno, que tiene como objetivo viabilizar la realización personal de sus miembros, resulta inviable plantear la existencia de bienes jurídicos personales indisponibles.

Ello, porque los bienes jurídico penales individuales no sólo protegen el sustrato material que los conforman (léase la vida, la integridad, el patrimonio, entre otros); sino también la posibilidad de disposición (elección) por parte del individuo, es decir, la capacidad de disposición que permite la autodeterminación que es presupuesto de la dignidad. Esto nos lleva a la conclusión de que todos los bienes jurídicos individuales deben ser considerados, sin excepción, bienes jurídicos disponibles; pudiendo el individuo renunciar a la protección penal cuando considere que ésta impide el desarrollo de su ética personal y, por ende, de su autorrealización.

La calidad de disponibles no alcanza a los bienes jurídicos colectivos, respecto de los que no cabe disposición por pertenecer a toda la colectividad y no a un único titular de derechos.

6. Reconocer al individuo como capaz de autodeterminarse en aras de conseguir su autorrealización personal supondrá reconocerlo como un ser plenamente

legitimado para disponer o no de los bienes jurídicos individuales protegidos por el Derecho Penal, lo que es conforme con los objetivos de un Estado social y democrático de Derecho, y es materializado a través de la figura del consentimiento.

El consentimiento constituye una herramienta para que los individuos materialicen sus decisiones en torno a lo que consideran adecuado o no para su autorrealización personal, eliminando con ello la posibilidad de que el Derecho penal se convierta en un estorbo que obstruya su desarrollo.

**Cuarto: Las medidas paternalistas sólo pueden aceptarse si garantizan la validez del consentimiento y la autorrealización de todos los miembros del Estado**

7. Un modelo de Estado liberal, social y democrático de derecho, no puede impedir que el individuo decida lo que considera más acertado para su autorrealización, por lo que cualquier restricción normativa debe respetar la dignidad y la autodeterminación propia de cada individuo.

Por ello, en los casos de personas plenamente capacitadas para ejercer su libertad, el Estado deberá circunscribir su intervención a permitir que dicha persona se autodetermine conforme con sus convicciones, evitando colocar obstáculos sobre la base de postulados que considera correctos o buenos (ética común o ética del legislador), que no pueden ser impuestos a todas las personas.

En esta línea se rechaza cualquier perfeccionismo y/o paternalismo que parta de una ética universal que el legislador considere debe ser compartida por todos los individuos. La ética personal de cada individuo puede ser influenciada por el entorno social, pero no determinada o impuesta por el mismo: El Estado

siempre deberá limitar su actuación a la búsqueda de la autorrealización personal de sus miembros, respetando la ética de cada individuo.

8. Las medidas paternalistas únicamente se considerarán justificadas cuando impongan el cumplimiento de ciertos requisitos orientados a que el individuo se encuentre en mejores condiciones para elegir y conseguir su autorrealización personal; es decir, a garantizar que el consentimiento emitido cumpla con los requisitos de validez; o a evitar que la disposición realizada por un individuo perjudique la autorrealización de terceros ajenos, lo que explica, por ejemplo, la validez de la imposición de medidas sanitarias orientadas a evitar la expansión de una epidemia.

En esta línea, debe tomarse en cuenta que el consentimiento debe ser ejercido en el límite del entorno social que rodea al titular del bien jurídico, es decir, siempre y cuando la disposición no implique la afectación de un tercero que también tiene derecho a optar por su autorrealización, ni la afectación del entorno colectivo directo o indirecto en el que el individuo se desenvuelve.

La creación de medidas paternalistas deberá hacerse conforme con los criterios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad.

**Quinto: Cuando el titular de un bien jurídico no pueda consentir, es posible la subrogación de su voluntad por un tercero**

9. Entre los grupos de personas que no cuentan con capacidad para consentir se encuentran: a) Quienes brindan su consentimiento actuando bajo compulsión, b) Quienes tienen las facultades mentales temporal o permanentemente reducidas, c) Quienes no se encuentran en condiciones de tomar decisiones propias por encontrarse con alguna deficiencia o enfermedad física que se los

impida, d) A quienes se les ha restringido algún derecho y se encuentren bajo la protección y cuidado de un tercero; y, e) Los menores de edad.

En estos casos, el consentimiento del titular del bien jurídico penal es susceptible de subrogación, recayendo en un tercero la responsabilidad de elegir lo que resulta más conveniente para la autorrealización personal de quien se encuentra incapacitado.

10. De *lege ferenda*, considero válidos 3 mecanismos de subrogación: a) Que la elección sea realizada por quien ostenta la representación del incapacitado, b) Que la elección sea realizada por el legislador a través de una norma que busca dar solución a todos los casos similares que se presenten respecto de un determinado ámbito en el que la persona no se encuentre en capacidad de consentir; y, c) Que la elección sea autorizada por el juzgador en un procedimiento judicial que es iniciado por quien asume el cuidado de la persona incapacitada y luego de recabada la información pertinente en el caso concreto.

La selección de una u otra posibilidad dependerá del caso concreto (léase, la naturaleza del bien jurídico, la temporalidad de la incapacidad y el objeto materia de disposición), y será establecida por el legislador en el marco de un paternalismo justificado y orientado a garantizar la autorrealización de todos los individuos.

11. De *lege ferenda*, no considero viable la subrogación cuando se trate de disposiciones irreversibles de derechos personalísimos inherentes a la identidad cultural y a la esencia del individuo. En estos casos, como primera opción, la disposición deberá esperar a que el titular del bien jurídico se encuentre en capacidad de consentir; y, como segunda opción, en los casos en los que no sea posible la espera, el representante deberá solicitar una autorización judicial a partir de la cual se garantice que la disposición redundará en beneficio de la

persona incapacitada para consentir. Frente a situaciones de mal inminente en detrimento del incapaz, siempre será posible aplicar el estado de necesidad.

**Sexto: La naturaleza jurídica del consentimiento siempre es la de una causa de atipicidad penal, lo que genera diversas implicancias prácticas**

12. La libertad de elección, que legitima al individuo a disponer de los bienes jurídicos que son protegidos para alcanzar su realización personal, hace que el consentimiento sobre un bien jurídico individual constituya siempre una causa de exclusión del tipo (se defiende la teoría unitaria en torno a la naturaleza jurídica del consentimiento), es decir, una **causa de atipicidad**.

En esta línea, rechazo las teorías dualistas que pretenden distinguir entre los casos de acuerdo (asentimiento o conformidad) y los casos de consentimiento en sentido estricto; y que, con ello, conciben al consentimiento algunas veces como causa de atipicidad, y otras como causa de justificación, respectivamente.

A mi parecer, no es posible concebir al consentimiento como una causa de justificación, por implicar la disposición del titular del bien jurídico, la inexistencia de lesión o de puesta en peligro que si quiera pueda dar lugar al análisis de tipicidad: el consentimiento trae consigo la eliminación de cualquier posible desvalor de acción y/o desvalor de resultado que sustente la configuración de un delito.

13. En tanto causa de atipicidad penal, los errores en torno al consentimiento reciben el mismo tratamiento que los errores de tipo; por lo que, si el error resulta invencible, la consecuencia será la exclusión del dolo; mientras que, si el error resulta vencible, la consecuencia será la reconducción del tipo doloso hacia su modalidad imprudente (en caso de encontrarse tipificada esta última por el legislador penal).

14. En los **delitos dolosos**, en la medida en que tanto disvalor de acción, cuanto disvalor de resultado, son indispensables para la configuración del tipo penal, el consentimiento deberá abarcar ambos aspectos. De configurarse únicamente el disvalor de acción y no el disvalor de resultado, la conducta igual será sancionada a título de tentativa.

**Sétimo: El consentimiento en el riesgo debe entenderse como un "consentimiento potencial" respecto de un resultado azaroso**

15. En los **delitos imprudentes**, el desvalor de acción y el desvalor de resultado se encuentran plenamente vinculados (el segundo se produce a partir de la vulneración del deber objetivo de cuidado), por lo que el consentimiento no será en la lesión (resultado acaecido), sino en el riesgo de lesión (acción de riesgo).

16. El **consentimiento en el riesgo** en los delitos imprudentes se legitima en la necesaria previsibilidad (conocimiento) del resultado que la vulneración del deber objetivo de cuidado (desvalor de acción) debe generar (razón por la que sólo puede darse en la imprudencia consciente, pero no en la inconsciente).

El consentimiento en el riesgo goza de importancia en los casos de riesgo permitido, en tanto el riesgo, para ser permitido, debe presuponer un análisis previo en torno al consentimiento; de manera que sólo será riesgo permitido el previamente consentido. Ello no implica que deba considerarse al consentimiento un mero componente del riesgo, ya que, incluso en los casos en los que no exista un resultado desvalorado (imputable objetivamente), su análisis igual será relevante para determinar la comisión de algún otro delito contra la libertad, como por ejemplo, el delito de coacción.

17. El análisis del consentimiento es previo y distinto al de la imputación objetiva:

En el primer caso se analiza si es posible establecer la existencia de un riesgo permitido -o incremento- consentido por el titular del bien jurídico que se pone en riesgo de lesión (análisis en torno al consentimiento); en el segundo caso, se analiza si el mismo excedió los alcances del consentimiento y si ello se concretizó en la producción de un resultado desvalorado (análisis de imputación objetiva). De esta manera, sólo tendrá sentido analizar la imputación objetiva de un determinado resultado imprudente, causado por el incremento de un riesgo permitido; si, previo a ello, se logra determinar la existencia del consentimiento respecto de la realización del riesgo permitido en sí.

18. En los delitos imprudentes, en los que el resultado es azaroso y el titular del bien jurídico actúa con la expectativa o confianza en que el resultado no se va a producir, considero que un mejor término para denominar al consentimiento en el riesgo, es el de "**consentimiento potencial**". Éste abarca todos los casos en los que el sujeto brinda su consentimiento para la realización de la acción desvalorada (desvalor de acción), con la esperanza de que no se concrete el resultado lesivo.

Este consentimiento abarcaría todos los casos de injustos imprudentes en los que el titular del bien jurídico se auto coloca en peligro, vulnera el deber de cuidado (incrementa el riesgo permitido o realiza un riesgo prohibido), y todos los casos en los que el titular del bien jurídico consiente en que su propio bien jurídico sea puesto en peligro por un tercero.

El consentimiento potencial no sólo servirá para dar respuesta a los casos en los que de por medio se encuentre la realización de una acción imprudente, sino también para los casos en los que el sujeto consienta respecto de los riesgos de la realización de una acción dolosa en la que el resultado no sea querido, pero sí visualizado y aceptado por el titular del bien jurídico.

**Octavo: Para ser considerado causa de atipicidad penal, el consentimiento debe cumplir con ciertos requisitos de validez**

19.El consentimiento como causa de atipicidad en sede penal no cumple los mismos requisitos que se exigen respecto del consentimiento regulado en sede civil, por lo que considero adecuado recurrir en este punto a una **teoría intermedia, mediadora o ecléctica**, que considera que el consentimiento en sede penal debe ser exteriorizado, pero no conforme con las reglas del negocio jurídico. No requiere de una previsión normativa expresa para tener validez como causa de atipicidad penal.

20.La falta de conocimiento por parte del autor (cuando el consentimiento sí existió de forma previa a la acción) no incide en la vulneración o no del bien jurídico protegido y, por tanto, no convierte a la acción en típica; por lo que no constituye un requisito para la validez del consentimiento. Su ausencia, a lo sumo, puede conducir a supuestos de tentativa inidónea que no son sancionados por el Derecho penal.

21.Para la validez del consentimiento es necesaria la verificación de otros requisitos respecto al titular del bien jurídico:

- i. Quien dispone de un bien jurídico personal debe tener capacidad jurídica para consentir (capacidad natural de juicio). En caso que el legislador penal no la haya fijado, ésta se determinará en función a la madurez necesaria que el sujeto debe tener para comprender cómo su decisión afectará en su autorrealización personal, no siendo de mucha utilidad lo establecido en el ordenamiento civil. La capacidad para consentir tendrá que ser evaluada por el juez penal en cada caso concreto; teniendo la

carga de la prueba, quien alegue el consentimiento como causal de atipicidad (es decir, el investigado).

- ii. Debe ser voluntario, libre y espontáneo, es decir, no puede encontrarse contaminado por ningún vicio en la voluntad, no pudiendo existir amenaza, violencia, engaño, error ni ningún otro elemento que pueda atentar contra la libre autodeterminación. En este punto, deberá prestarse especial atención a los errores en el motivo, en el fin, en la contraprestación patrimonial, en la declaración, así como a los supuestos de persistencia en el error.
- iii. Debe ser previo o coetáneo a la realización de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, no es válido el consentimiento dado con posterioridad al hecho delictivo. Asimismo debe mantenerse en el tiempo, a no ser que exista de por medio una relación contractual que impida su revocatoria, o que el titular del bien jurídico haya perdido la posibilidad de disposición.
- iv. Requiere ser exteriorizado. Puede ser otorgado de forma expresa o de forma tácita, de forma oral o de forma escrita; sin que, en principio, se exija el cumplimiento de una formalidad determinada, a no ser que ésta sea impuesta por el legislador como un mecanismo para garantizar su validez y reducir los problemas probatorios que puedan presentarse en torno al mismo.
- v. El sujeto pasivo debe estar perfectamente informado de los alcances y de las consecuencias futuras en torno a la disposición, debiendo –de ser el caso- cumplirse con las formalidades establecidas en la ley, como ser escrito, proporcionado de manera continuada, completo, entre otros. La exigencia de estas formalidades en determinadas áreas de actividad (como la médica) se explica en que el legislador busque garantizar la dignidad

como límite de la libertad de disposición, asegurándose así que el ejercicio de la autonomía de la voluntad del sujeto pasivo no se desnaturalice.

**Noveno: El mal llamado "consentimiento presunto" no es una causa de atipicidad, sino una causa de justificación a la que es preferible denominar "voluntad presunta"**

22. El denominado por la doctrina "consentimiento presunto" constituye una ficción en la que no existe un auténtico consentimiento real, por lo que no debe ser considerado una causa de atipicidad. Para evitar confusiones, considero preferible utilizar para estos casos el término de "**voluntad presunta**", la que sólo puede ser considerada una causa de justificación, pero nunca una causa de atipicidad: no supone una disposición que elimine una lesión o puesta en peligro del bien jurídico y, por tanto, que convierta a la conducta en atípica (como sí ocurre con el consentimiento real).

La voluntad presunta operará en los casos en los que el titular del bien jurídico no pueda manifestar su consentimiento y en los que, luego de analizadas las especiales circunstancias del caso concreto, el autor (quien lesiona o pone en peligro el bien jurídico) presuma que el mismo aceptaría la disposición.

No obstante ello, no debe confundirse con los casos en los que el consentimiento es dado por el representante, debido a que, en estos últimos, sí se cumple con la exteriorización de la voluntad; lo que no ocurre con la voluntad presunta, en la que opera una presunción respecto de lo que el titular del bien jurídico o su representante hubieran hecho de encontrarse en esa situación (juicio hipotético sobre la base de criterios objetivos).

**Décimo: Los criterios dogmáticos expuestos en torno al consentimiento solucionan diversos casos prácticos en los que se discute la disposición**

**de un bien jurídico penal, y permiten plantear, de *lege ferenda*, propuestas normativas concretas que llenen los vacíos existentes en cada caso concreto.**

23. Por ser la vida y la salud, al igual que todos los bienes jurídicos individuales, disponibles, considero que, de *lege ferenda*, en los casos en los que el mismo titular del bien jurídico disponga válidamente de los mismos, el Derecho penal únicamente puede intervenir para garantizar que el consentimiento dado sea válido y responsa a los objetivos de realización personal; pero, bajo ningún concepto, prohibiendo de forma absoluta los actos de disposición. Por ello:

- i. Respecto a la eutanasia, el Derecho Penal no debe intervenir ni para sancionar a quien realiza por sí mismo los actos suicidas, ni para sancionar a los terceros que, luego del pedido expreso, válido, claro, consciente y voluntario del titular del bien jurídico que se ve imposibilitado de hacerlo, cooperen con él para que logre alcanzar lo que -conforme con su ética personal- considera más adecuado para su autorrealización. Esto conlleva a una despenalización del homicidio piadoso.

Lo expuesto no es aplicable a los casos de instigación al suicidio, que considero sí deben ser sancionados en un tipo penal autónomo por suponer una influencia en la voluntad del titular del bien jurídico que invalida su consentimiento.

- ii. Respecto a las relaciones sexuales sadomasoquistas en las que media consentimiento del titular del bien jurídico salud, las mismas deben ser consideradas impunes. Para estos efectos, de *lege ferenda*, urge una modificación del artículo 155 del Código penal español que se enmarque en los alcances de un Estado Constitucional moderno.

Las afectaciones que no se encuentren cubiertas por el consentimiento (verbigracia, exceso en los actos de sadomasoquismo que no fueron consentidos por el titular y que causaron lesiones, o muertes que no eran previsibles y que no fueron previstas por el titular del bien jurídico vida), sí podrán dar lugar a responsabilidades penales para quien participó en las prácticas sexuales.

- iii. Respecto al consumo de tabaco, el consentimiento únicamente podrá operar como causa de atipicidad penal de un delito de lesiones o de homicidio, en caso que quienes fabrican, venden y/o distribuyen los productos (empresas tabacaleras) demuestren que cumplieron con brindar al afectado toda la información negativa relevante para su salud, recayendo en ellos la carga de la prueba.

En torno a la protección de quienes se ven expuestos al humo del cigarro considero que, de *lege ferenda*, debe regir la presunción *iuris tantum* respecto a que ningún ciudadano otorga su consentimiento para ser fumador pasivo, y promoverse normas que, sólo por excepción y siempre y cuando se garantice que no se perjudicará a ningún tercero, permitan a los fumadores activos fumar en ciertos lugares determinados por la ley.

Opino que la norma que “permite el consumo de tabaco en los lugares en los que **no esté prohibido**”, debe ser modificada por una que “permita el consumo de tabaco únicamente en los lugares en **los que esté permitido**”; cambiando con ello la lógica de permisión y garantizando aún más la no afectación de terceros (fumadores pasivos) con el humo que es generado por los fumadores activos.

- iv. Respecto al consentimiento del riesgo de lesión en los accidentes de tránsito, considero al consentimiento potencial como el mecanismo idóneo

para resolver la problemática del tercero en los injustos imprudentes, en los que el titular del bien jurídico conoce del potencial resultado que se generará con el desvalor de acción; insistiendo, pese a ello, en la realización de dicha conducta.

- v. Respecto a las lesiones en los deportes, toda lesión ocasionada en cumplimiento de las reglas de juego quedará amparada por el consentimiento potencial, deviniendo en atípica. No obstante ello, si quien produce la afectación al bien jurídico de un jugador, lo hace luego de haber infringido las reglas de juego, totalmente al margen de las mismas y con la única finalidad de generar daños o perjudicar al rival; sí deberán aplicarse las sanciones penales previstas para dicha vulneración, por tratarse de resultados que no se encuentran abarcados dentro de los alcances del consentimiento del titular del bien jurídico.
  
- vi. Respecto a las intervenciones médico-curativas, el consentimiento válidamente emitido respecto de los riesgos derivados de la intervención médico-curativa, constituirá una causa de atipicidad penal. Ello no será de aplicación para los casos en los que el médico responsable cree un riesgo prohibido o incremente un riesgo permitido, realizando la intervención sin respetar las reglas de la *lex artis*; supuestos en los que, en función al caso concreto, tendrá que responder por la comisión de un delito imprudente o doloso (homicidio o lesiones).
  
- vii. Respecto a las intervenciones estéticas, tomando en cuenta la existencia de casos de "adicción a la cirugía plástica", de *lege ferenda*, considero necesaria la introducción de disposiciones normativas orientadas a garantizar que el consentimiento del titular del bien jurídico realmente responda a lo que desea para su autorrealización, es decir, cumpla con los requisitos necesarios para su validez.

24. En los casos en los que el titular del bien jurídico sea menor de edad y no cuente con capacidad para disponer sobre sus bienes jurídicos, de *lege ferenda*, considero que el Estado debe garantizar a través de medidas paternalistas justificadas que la subrogación de la voluntad que pueda realizar un representante, realmente responda al bienestar del menor. Por ello:

- i. Respecto a las operaciones de cambio de sexo en menores, por tratarse de disposiciones irreversibles, respecto de bienes jurídicos personalísimos (identidad sexual), considero que, de *lege ferenda*, la regla debe ser la no subrogación del representante; exigiéndose siempre, como requisito de validez, una autorización judicial. Con ello se asegurará que el juez evalúe, si el menor cuenta o no con capacidad natural de juicio para decidir sobre sí mismo.

Si contase, dispondrá que el menor brinde su consentimiento y disponga sobre su bien jurídico y, si no contase, dispondrá se postergue la decisión; o, en caso de ser la operación indispensable para la vida o la salud del menor, tendrá que autorizar la misma al amparo de la existencia de un mal inminente.

- ii. Respecto a las intervenciones y tratamientos estéticos en menores de edad, por tratarse de disposiciones irreversibles que afectarán la esencia del individuo, por regla general, cuando un menor no cuente con capacidad natural de juicio, su voluntad no será subrogable, no pudiendo el representante decidir por éste respecto a la realización de intervenciones estéticas, que únicamente tengan como finalidad modificar la apariencia física del menor, sin que con ello se acredite médicamente la existencia de algún beneficio para la salud del mismo.

En los casos en los que el menor cuente con capacidad natural de juicio, y desee someterse a una intervención estética reparadora, el representante podrá consentir por el menor, tomando en cuenta su opinión y la necesidad de la intervención para su bienestar personal; para ello, también será necesario, de *lege ferenda*, un informe médico previo que avale la subrogación del consentimiento del menor. Si la intervención es plástica, la subrogación del consentimiento deberá ser efectuada una vez que el juez verifique que realmente el menor cuenta con capacidad para consentir y que ha sido informado de todos los riesgos y alcances de la intervención.

- iii. Respecto a la esterilización de personal con incapacidad permanente, a fin de garantizar el bienestar del titular del bien jurídico, y por tratarse de una disposición irreversible sobre un bien jurídico personalísimo, será indispensable contar con la debida autorización judicial. De *lege ferenda*, considero que el juez, en primer lugar, deberá verificar si el titular presenta una incapacidad total o si cuenta con capacidad para comprender los alcances de una esterilización; para ello podrá recurrir al apoyo de médicos y sicólogos forenses que le permitan determinar el grado de incapacidad respecto de su capacidad reproductiva y de las consecuencias derivadas de la maternidad o paternidad.

Si determinara que el titular se encontrase en capacidad de consentir respecto de la esterilización, dispondrá la misma al amparo del consentimiento válidamente dado por el mismo; pero si, determinara que no cuenta con capacidad, deberá solicitar la opinión de psicólogos y médicos especialistas, a fin de valorar el caso concreto y tomar la decisión que redunde en el mayor interés del afectado.

25. En los casos en los que el titular del bien jurídico tenga restringido algún derecho y se encuentre al cuidado de un tercero, como por ejemplo ocurre con

los reclusos penitenciarios, estos no podrán disponer libremente de su vida o de su salud, por contraponerse dicha disposición con las obligaciones correspondientes al funcionario penitenciario; debiendo prevalecer el deber de la administración penitenciaria, sobre la libre autonomía del interno.

Por ello, en el caso de la huelga de hambre, de *lege ferenda* la administración deberá intervenir únicamente cuando el diagnóstico médico determine la urgencia de la medida de alimentación para evitar un daño irreversible a la salud o a la vida; utilizando para ello mecanismos orientados a tal fin y evitando cualquier menoscabo innecesario de los derechos y garantías del interno que, con posterioridad, obstaculicen o dificulten su reinserción social; mientras que, respecto del consumo de tabaco en las prisiones, la administración se encontrará en la obligación de velar por la salud de quienes no brindan su consentimiento para exponerse al humo del cigarro, creando ambientes adecuados para tal fin o, en su defecto, acompañando la prohibición del consumo con tratamientos para los casos de adicción.

Este mismo razonamiento será de aplicación respecto de los pedidos de eutanasia que puedan ser presentados por un interno, de *lege ferenda*, los mismos sólo podrán ser aprobados por el juez de ejecución penitenciaria, en la medida en que sea imposible conseguir en el interno algún efecto resocializador; debiendo denegarse, *contrariu sensu*, en los casos en los que dicha resocialización se vislumbre como posible.

26. Por último, en los casos en los que el consentimiento se encuentre vinculado con razones culturales y/o religiosas, de *lege ferenda*, considero conveniente la introducción de una norma que reconozca la diversidad cultural existente al interior de todo Estado y que contemple la ausencia de responsabilidad penal en los casos en los que razones culturales impidan al individuo la realización de la acción que el legislador penal considera conforme con el derecho.

## **Bibliografía**

### **Libros y artículos**

AGUADO CORREA, Teresa. El Principio de Proporcionalidad en Derecho Penal, Edersa, Madrid, 1999.

AGUADO CORREA, Teresa. El principio de proporcionalidad en el Derecho Penal peruano. En: CARBONELL, Miguel y Pedro GRÁNDEZ CASTRO (coordinadores). El principio de proporcionalidad en el derecho contemporáneo, Palestra, Lima, 2010, p257-296.

AGUIAR DE LUQUE, Luis y Ricardo BLANCO CANALES. Constitución Española 1978-1988, I, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988.

AGUIRRE ABARCA, Silvia Elena. La cadena perpetua en el Perú, tesis optar por el grado de magister en ciencias penales en la Universidad Mayor de San Marcos, Lima, 2011, consultada en: «[http://cybertesis.unmsm.edu.pe/xmlui/bitstream/handle/cybertesis/1189/Aguirre\\_as\(1\).pdf?sequence=1](http://cybertesis.unmsm.edu.pe/xmlui/bitstream/handle/cybertesis/1189/Aguirre_as(1).pdf?sequence=1)».

ALCÁCER GIRAÓ, Rafael. La tentativa inidónea. Fundamento de punición y configuración del injusto, Marcial Pons, Buenos Aires, 2013.

ALCÓCER POVIS, Eduardo Giancarlos. La inclusión del enemigo en el derecho penal, Reforma, Lima, 2009.

ALEMANY, Macario. El paternalismo jurídico, Iustel, Madrid, 2006.

ALEXY, Robert. El concepto y la validez del derecho. Traducido por Jorge M. Seña, Gedisa, Barcelona, 1994.

ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Traducido por Carlos Bernal Pulido, segunda edición, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.

ALONSO ÁLAMO, Mercedes. Derecho Penal mínimo de los bienes colectivos (Derecho Penal mínimo máximo). En: Revista Penal, Nº 32, Tirant lo Blanch, Julio 2013, p23-40.

ALONSO ÁLAMO, Mercedes. Derecho penal y dignidad humana. De la no intervención contraria a la dignidad a los delitos contra la dignidad. En: Revista General de Derecho Constitucional Nº12, Iustel, 2011 (versión electrónica).

ALONSO DE ESCAMILLA, Avelina. Tema 1. Delitos contra la vida humana independiente: homicidio, asesinato y suicidio. En: LAMARCA PÉREZ, Carmen (Coordinadora). Delitos de la Parte Especial del Derecho Penal, tercera edición, Colex, Madrid, 2015, p49-74.

AMADOR HERNÁNDEZ, Enmanuel. Meatotomía Uretal. En: «<http://es.slideshare.net/guancihernandez/meatotomia-uretal>».

ANSTÖTZ, Christoph. Una comparación entre los seres humanos con discapacidad intelectual profunda y los grandes simios. En: CAVALIERI, Paola y Carmen GONZÁLEZ (editoras). El proyecto «Gran Simio». La igualdad más allá de la humanidad. Traducido por Carlos Martín y Carmen González, Trotta, Madrid, 1998, p201-217.

ANTÓN ONECA, José. Derecho Penal. Parte General, Tomo I, Madrid, 1949.

ARAGÓN REYES, Manuel. Constitución y democracia, Tecnos, Madrid, 1990.

ARBELAEZ RODRIGUEZ, Daniel. La cirugía plástica en Colombia: ¿Una obligación de medios o de resultado?. En: « <http://docplayer.es/6395551-La-cirugia-plastica-en-colombia-una-obligacion-de-medios-o-de-resultado-presentado-por-daniel-arbelaez-rodriquez-universidad-ces.html> ».

ARROYO JIMÉNEZ, Luis. Ponderación, proporcionalidad y Derecho administrativo. En: ORTEGA, Luis y Susana DE LA SIERRA. Ponderación y Derecho administrativo, Marcial Pons, Madrid, 2009, p19-49.

ARROYO ZAPATERO, Luis. Prohibición del aborto y Constitución. En Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, monográfico N°3, Madrid, 1980, p195-222.

ATIENZA, Manuel. Paternalismo y consenso. En: PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio (director). El fundamento de los derechos humanos, Debate, Madrid, 1989, p81-86.

ATIENZA, Manuel. Sobre el concepto de dignidad humana. En: CASADO, María (coord.). Sobre la dignidad y los principios. Análisis de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos UNESCO, Civitas, Pamplona, 2009, p73-93.

BACIGALUPO, Enrique. El consentimiento del lesionado en el Derecho y en la dogmática penal españoles. En: ESER, Albin; GIMBERNAT, Enrique y Walter PERRÓN (editores). Justificación y exculpación en derecho penal (Coloquio Hispano-Alemán de Derecho Penal), Madrid, 1995, p109-123.

BACIGALUPO, Enrique. Estudios sobre la parte especial del derecho penal, segunda edición, Akal, Madrid, 1994.

BACIGALUPO, Enrique. Principios de Derecho Penal. Parte General, cuarta edición, Akal, Madrid, 1997.

BACIGALUPO, Mariano. La aplicación de la doctrina de los «límites inmanentes» a los derechos fundamentales sometidos a reserva de limitación legal (a propósito de la sentencia del Tribunal Administrativo Federal alemán de 18 de octubre de 1990). En: Revista Española de Derecho Constitucional, Año 13, número 38, mayo-agosto 1993, p297-315.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel y Carlos SUÁREZ GONZÁLEZ. Capítulo XVI. Derecho penal económico: concepto, contenido y cuestiones comunes. En: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; PÉREZ MANZANO, Mercedes y Carlos SUÁREZ GONZÁLEZ. Manual de Derecho Penal. Parte especial. Delitos patrimoniales y económicos, segunda edición, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1993, p558-593.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. Manual de Derecho penal. Parte especial (Delitos contra las Personas), segunda edición, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1991.

BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. El Estado Social y Democrático de Derecho. Significado, alcance y vinculación de la cláusula del Estado Social. En: MONEREO PÉREZ, José Luis (director) y otros. Comentario a la Constitución Socio-Económica de España, Comares, Granada, 2002, p89-114.

BARATTA, Alessandro. El Estado de Derecho. Historia del concepto y problemática actual. Traducido por Marino Barbero Santos. En: Sistema. Revista de Ciencias Sociales, Nº 17-18, Madrid, abril 1977, p11-24.

BARREIRO, Agustín Jorge. La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica, Tecnos, Madrid, 1990.

BARREIRO, Agustín Jorge. La relevancia jurídico-penal del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico. En: Cuadernos de Política Criminal Nº 16, Edersa, Madrid, 1982, p5-34.

BARTOLOMÉ TUTOR, Aránzazu. Los derechos de la personalidad del menor. Su ejercicio en el ámbito sanitario y en las nuevas tecnologías de la información y comunicación, Aranzadi, Pamplona, 2015.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Bem jurídico-penal, Quartier Latin do Brasil, São Paulo, 2014.

BECK, Ulrich. La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad. Traducido por Jorge Navarro y otros, Paidós, Barcelona, 1998.

BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio Francisco. Imprudencia en la práctica del deporte e imprudencia jurídico-penal. Necesidad de delimitar un ámbito específico del derecho disciplinario deportivo. En: MORILLAS CUEVA, Lorenzo y Ferrando MANTOVANI. Estudios sobre Derecho y Deporte, Dykinson, Madrid, 2008, p45-77.

BENITO LÓPEZ, Raquel. La relación jurídica penitenciaria, en: «[https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/4578/30547\\_A3.pdf?sequence=1](https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/4578/30547_A3.pdf?sequence=1)».

BERAÚN SÁNCHEZ, David. El Bien Jurídico en el Derecho Penal. En: Revista Peruana de Ciencias Penales, Número 9, Año V, Gráfica Horizonte, Lima, 643-678.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y Ana PÉREZ CEPEDA. Derechos Humanos y Derecho Penal. Validez de las viejas respuestas frente a las nuevas cuestiones. En: HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. Estudios de Derecho Penal. En memoria del Prof. Juan José Bustos Ramírez, Ubijus, México D.F., 2011, p843-890.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y otros. Curso de Derecho Penal. Parte General, Ediciones Experiencia, Barcelona, 2004.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y otros. Lecciones de Derecho Penal. Parte General, segunda edición, La Ley, Barcelona, 1999.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. El consentimiento en las lesiones. En: Cuadernos de Política Criminal N° 14, Edersa, Madrid, 1981, p203-221.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. El Delito de Lesiones, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1982.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. Honor y Libertad de Expresión. Las causas de justificación en los delitos contra el honor, Tecnos, Madrid, 1987.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. Nota bibliográfica efectuada al libro de BUSTOS RAMÍREZ y VALENZUELA BEJAS: Derecho Penal Latinoamericano comparado. T. I. Parte General, Depalma, Buenos Aires, 1981. En: Cuadernos de Política Criminal, N° 20, Edersa, Madrid, 1983, p615-622.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. Reflexiones sobre la problemática del bien jurídico. En: Temas de Derecho Penal, Editorial Cuzco, Lima, 1993.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. Revisión del contenido del bien jurídico honor. En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo XXXVII, fascículo II, Mayo-Agosto 1984, p305-320.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. Viejo y Nuevo Derecho Penal. Principios y desafíos del Derecho penal de hoy, Iustel, Madrid, 2012.

BERGALLI, Roberto. La recaída en el delito: Modos de reaccionar contra ella. La perspectiva histórico-penal en la República Argentina y su análisis según el enfoque del etiquetamiento –“labelling approach”-, Sertesa, Barcelona, 1980.

- BERISTAIN, Antonio. Cuestiones penales y criminológicas, Reus, Madrid, 1979.
- BERLIN, Isaiah. Cuatro ensayos sobre la libertad, Alianza Editorial, Madrid, 1988.
- BERNAL PULIDO, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, tercera edición, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.
- BERNAL PULIDO, Carlos. La racionalidad de la ponderación. En: CARBONELL, Miguel y Pedro GRÁNDEZ CASTRO (coord.) El principio de proporcionalidad en el derecho contemporáneo, Palestra, Lima, 2010, p37-57.
- BOBBIO, Norberto. El tiempo de los derechos, Sistema, Madrid, 1991.
- BOBBIO, Norberto. Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política. Traducido por José F. Fernández Santillán, Fondo de Cultura Económica, México, 1989.
- BOROWSKI, Martin. La restricción de los derechos fundamentales. En: Revista Española de Derecho Constitucional, Año 20, número 59, mayo-agosto 2000, p29-56.
- BRAMONT-ARIAS, Luis A. y Luis A. BRAMONT-ARIAS TORRES. Código Penal Anotado, cuarta edición, San Marcos, Lima, 2001.
- BRICOLA, Franco. Teoría General del Delito. Traducido por Diana Restrepo Rodríguez, Editorial IB de F, Montevideo-Buenos Aires, 2012.
- BUENO ARÚS, Francisco. II. El consentimiento del paciente. En: MARTÍNEZ-CALCERRADA, Luis. Derecho Médico. Volumen I, Tecnos, Madrid, 1986, p273-296.
- BUISÁN ESPELETA, Lydia. Artículo 6. Consentimiento. En: CASADO, María (coord.). Sobre la dignidad y los principios. Análisis de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos UNESCO, Civitas, Pamplona, 2009, p207-215.
- BUNZEL, Michael. La fuerza del principio constitucional de proporcionalidad como límite de la protección de bienes jurídicos en la sociedad de la información. Traducido por María Gutiérrez Rodríguez. En: HEFENDEHL, Roland (ed.). La teoría

del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007, p147-178.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. y Hernán HORMAZÁBAL MALARÉE. Lecciones de derecho penal, volumen I, Trotta, Madrid, 1997.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Control social y sistema penal, PPU, Barcelona, 1987.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. II. Criminología y evolución de las ideas sociales. En: BERGALLI, Roberto; BUSTOS RAMÍREZ, Juan y Teresa MIRALLES. El pensamiento criminológico I. Un análisis crítico, Ediciones Península, Barcelona, 1983, p27-48.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Los bienes jurídicos colectivos. En: Estudios de derecho penal en homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa, monográfico 11, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, junio 1986, p147-164.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Manual de Derecho Penal. Parte General, cuarta edición, PPU, Barcelona, 1994.

CALHAU, Lélío Braga. Víctima e Direito penal, Mandamento, Belo Horizonte, 2002.

CÁMARA VILLAR, Gregorio. Capítulo XVI: El sistema de los derechos y las libertades fundamentales en la Constitución española. En: BALAGUER CALLEJÓN, Francisco (coord.) Manual de Derecho Constitucional, volumen II, quinta edición, Tecnos, Madrid, 2010, p33-86.

CANCIO MELIÁ, Manuel. Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas, segunda edición, Bosch, Barcelona, 2001.

CANTERO MARTÍNEZ, Josefa. La autonomía del paciente: Del consentimiento informado al testamento vital, Bomarzo, Albacete, 2005.

CARAÑA, Julio y Emilio LAMO DE ESPINOSA. Resumen y valoración crítica del interaccionismo simbólico. En: JIMÉNEZ BLANCO, José y Carlos MOYA VALGAÑÓN (dir). Teoría Sociológica Contemporánea, Tecnos, Madrid, 1978, p277-321.

CARO CORIA, Carlos. La protección penal del ambiente. Serie tesis seleccionadas N°2, Benites, Mercado & Ugaz Abogados, Lima, 1995.

CARO CORIA, Dino Carlos. El Derecho Penal del Ambiente –Delitos y Técnicas de Tipificación–, Gráfica Horizonte, Lima, 1999.

CARO JOHN, José Antonio. Normativismo e imputación jurídico-penal: Estudios de derecho penal funcionalista, Ara, Lima, 2010.

CASAS BARQUERO, Enrique. El consentimiento en el derecho penal, Universidad de Córdoba, Córdoba, 1987.

CASTILLO CÓRDOVA, Luis. Hacia una reformulación del principio de proporcionalidad. En: CARBONELL, Miguel y Pedro GRÁNDEZ CASTRO (coord.) El principio de proporcionalidad en el derecho contemporáneo, Palestra, Lima, 2010, p297-319.

CEREZO MIR, José. Curso de Derecho Penal Español. Parte General, II. Teoría Jurídica del Delito, sexta edición, Tecnos, Madrid, 1998.

CEREZO MIR, José. El consentimiento como causa de exclusión del tipo y como causa de justificación. En: Estudios de Derecho Penal y Criminología I. En homenaje al profesor José María Rodríguez Devesa, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1989, p201-238.

CEREZO MIR, José. La polémica en torno a la doctrina de la acción finalista en la ciencia del Derecho penal española. En: Nuevo Pensamiento Penal. Revista de Derecho y Ciencias Penales, Año 1, Nro 2, Astrea, Buenos Aires, 1972, p217-246.

CHANG KCOMT, Romy Alexandra. ¿Qué queda de la polémica entre el positivismo y el iusnaturalismo?. Reflexiones acerca de esa aparente contradicción. En: Revista Ius Et Veritas, Volumen 15, N° 31, 2008, revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, p169-185.

CHANG KCOMT, Romy Alexandra. Derivaciones Civiles y Penales a partir del tratamiento del objeto de protección propiedad privada, de cara a la legislación penal. Tesis para obtener el título de licenciada en Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2006.

CHANG KCOMT, Romy Alexandra. Dolo eventual e imprudencia consciente: reflexiones en torno a su delimitación. En: Revista Derecho & Sociedad, Año 22, N°36 (julio 2011), p255-266.

CHANG KCOMT, Romy Alexandra. Relevancia del consentimiento en el delito de lesiones del Código Penal Español: Determinación del bien jurídico protegido. Tesis elaborada para la obtención del título de Máster en Derecho Penal en la Universidad de Salamanca, 2011.

COBO DEL ROSAL, Manuel y Tomás S. VIVES ANTÓN. Derecho Penal. Parte General, cuarta edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996, cuarta edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996.

COMBELLAS, Ricardo. La idea del Estado de Derecho en la obra de Manuel García-Pelayo, en El nuevo derecho constitucional latinoamericano, volumen I, Panapo, Venezuela, 1996.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (directora). Manual de Derecho Penal. Parte Especial, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. Artículo 143. En: CORCOY BIDASOLO, Mirentxu y Santiago MIR PUIG (directores). Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado, PPU, Barcelona, 1989.

CRIADO GÁMEZ, Juan Manuel. Huelga de hambre y alimentación forzosa, Derecho y Salud, volumen 21, N° extra 1 (Ejemplar dedicado a XIX Congreso "Derecho y Salud"), 2011, disponible en la siguiente página web: «<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3436909>».

CUADRADO RUIZ, María Ángeles. ¿Hacia la erradicación del principio "societas delinquere non potest"? En: MUÑOZ CONDE, Francisco (dir.). Problemas actuales del Derecho penal y de la criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p537-562.

CUELLO CONTRERAS, Joaquín y Caffarena BORJA MAPELLI. Curso de Derecho Penal. Parte General, Tecnos, segunda edición, Madrid, 2014.

DE ASIS ROIG, Rafael. Algunas notas para una fundamentación de los derechos humanos. En: PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio (director). El fundamento de los derechos humanos, Debate, Madrid, 1989, p67-80.

DE ASIS ROIG, Rafael. La apertura constitucional: La «dignidad de la persona» y «el libre desarrollo de la personalidad» como fundamentos del orden político y de la paz social. En: MONEREO PÉREZ, Luis; MOLINA NAVARRETE, Cristóbal y María Nieves MORENO VIDA (directores). Comentario a la Constitución socio-económica de España, Comares, Granada, 2002, p153-176.

DE CARRERAS SERRA, Francesc. El Estado de Derecho como sistema, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996.

DE LA GANDARA VALLEJO, Beatriz. Consentimiento, bien jurídico e imputación objetiva, Colex, Madrid, 1995.

DE LA MATA BARRANCO, Norberto J. e Ignacio DE LA MATA BARRANCO. La figura de la autorización en la lesión de bienes jurídico-penales de carácter supra individual. En: Dogmática y ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo, Tomo I, Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004, p483-504.

DE LA MATA BARRANCO, Norberto J. El consentimiento presunto ante comportamientos realizados en interés propio. En: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (editor). Política criminal y nuevo derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin, Bosch, Barcelona, 1997, p387-406.

DE LA MATA BARRANCO, Norberto. Protección penal del ambiente y accesoriadad administrativa. Tratamiento penal de comportamientos perjudiciales para el ambiente amparados en una autorización administrativa ilícita, Cedecs, Barcelona, 1996.

DE PÁRAMO, Juan Ramón. Bienestar, derechos y autonomía. En: PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio (director). El fundamento de los derechos humanos, Debate, Madrid, 1989, p251-264.

DE UNAMUNO, Miguel. La dignidad humana. En: Obras completas, tomo I: Paisajes y Ensayos, Escelicer, Madrid, 1966.

DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón. La responsabilidad derivada de la cirugía estética en la jurisprudencia actual de obligación de resultado a obligación de medios): Consideraciones críticas. En: Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial, N°36, enero-abril del 2015, p93-126.

DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario. El principio de legalidad penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito Penal. Parte Geral. Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime. Tomo I, segunda edición, Coimbra, 2007

DIAS, Jorge de Figueiredo. Temas Básicos da Doutrina Penal. Sobre os fundamentos da doutrina penal sobre a doutrina geral do crime, Coimbra editora, Coimbra, 2001.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel y José Manuel PAREDES CASTAÑÓN. Segundo comentario. En: DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel y José Manuel PAREDES CASTAÑÓN (coordinadores). Relevancia de la actuación de la víctima para la responsabilidad penal del autor: (a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 1999, ponente, Excmo. Sr. D. Enrique Bacigalupo Zapater), Universidad de León, León, 2004, p45-86.

DÍAZ, Elías. Estado de Derecho y Sociedad Democrática, octava edición, Taurus Ediciones, Madrid, 1981.

DÍAZ, Elías. Notas («concretas») sobre legitimidad y justicia. En: PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio (director). El fundamento de los derechos humanos, Debate, Madrid, 1989, p145-154.

DIETERLEN, Paulette. Paternalismo y Estado de Bienestar. En: Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, N° 5, Centro de Estudios Constitucionales y Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, Alicante, 1988, p175-194.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. Capítulo III. De las coacciones. Art. 172. En: DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis y Luis GRACIA MARTÍN (coord.). Comentarios al Código

Penal. Parte Especial, I, Títulos I a VI y faltas correspondientes, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997, p815-843.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. La categoría de la antijuricidad en el Derecho Penal. En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo XLIV, fascículo III, Setiembre-Diciembre 1991, p715-790.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. La huelga de hambre en el ámbito penitenciario. Política Criminal y Derecho Penal, segunda edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. La racionalidad de las leyes penales. Práctica y teoría, Trotta, Madrid, 2003.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. Los delitos de lesiones, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. Título VIII. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. En: DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis y Carlos María ROMEO CASABONA (coordinadores). Comentarios al Código Penal. Parte Especial, volumen II. Títulos VII-XII y faltas correspondientes, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, p209-269.

DÍEZ-PICAZO, Luis María. Sistema de derechos fundamentales, tercera edición, Civitas, Pamplona, 2008.

DOMÍNGUEZ MARTÍN, Almudena. La cirugía estética como obligación de resultados. En: Lex Nova: La revista, N° 52, abril – junio del 2008, p36-39.

DONINI, Massimo. Un Derecho Penal fundado en la carta constitucional: razones y límites. La experiencia italiana. Traducido por Cristina Méndez Rodríguez. En: Revista Penal, N° 8, La Ley, Julio 2001, p24-38.

DOTTI, René Ariel. Curso de Direito Penal. Parte Geral, tercera edición, Editorial Revista Dos Tribunais, São Paulo, 2010.

DUBRAVCIC LUKSIC, Antonio. Tabaco. Fumadores activos y fumadores pasivos. Revista Electrónica de Portales Médicos, En: «<http://www.portalesmedicos.com/publicaciones/articles/6/1/Tabaco-Fumadores-activos-y-fumadores-pasivos.html>».

DUCASSE, C. J. Determinism, freedom, and responsibility. En: HOOK, Sidney (editor). *Determinism and Freedom in the Age of Modern Science*, Collier Books – Collier Macmillan Publishers, New York – London, 1961, p160-169.

DWORKIN, Gerald. El paternalismo. Traducido por Jorge F. Malem Seña. En: BETEGÓN, Jerónimo y Juan Ramón DE PÁRAMO (dir.). *Derecho y moral. Ensayos analíticos*, Ariel, Barcelona, 1990, p147-162.

DWORKIN, Ronald. Los derechos en serio. Traducido por Marta Guastavino, Ariel, Barcelona, 1984.

EICHENBERGER, Kurt. El Estado de derecho como sistema garante de los derechos humanos. En: THESING, Josef (compilador). *Estado de Derecho y Democracia*, segunda edición, Konrad-Adenauer-Stiftung-Ciedla, Buenos Aires, 1999, p159-170.

ESCARTÍN GUAL, Montserrat. Otra dignidad: la cuestión de los animales. En: CASADO, María (coord.). *Sobre la dignidad y los principios. Análisis de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos UNESCO*, Civitas, Pamplona, 2009, p155-179.

ESER, Albin. Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima. Traducido por Manuel Cancio Meliá. Cuadernos de conferencias y artículo N° 18, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998.

ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Los principios contenidos en el título preliminar del Código Civil peruano de 1984. Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial, segunda edición, Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2005.

FARRÉ TREPAT, Elena. *La tentativa de delito*, segunda edición, Edisofer, Buenos Aires, 2011.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico español y como fuente de todos los derechos. En: *Jus. Rivista di Scienze Giuridiche*, Anno L, Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano, Maggio-Agosto 2003, p201-233.

FERNÁNDEZ, Gonzalo D. Bien Jurídico y Sistema del Delito. Un ensayo de fundamentación dogmática, B de F Ltda., Buenos Aires, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal, traducido por Perfecto Andrés Ibáñez y otros, Trotta, Madrid, 1995.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania. Traducido de la décimo cuarta edición alemana por Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer, Hammurabi, Buenos Aires, 1989.

FRISCH, Wolfgang. Tipo penal e imputación objetiva. Traducido por Manuel Cancio Meliá y otros, Colex, Madrid, 1995.

FRISTER, Helmut. Derecho penal. Parte General, traducido de la cuarta edición por Marcelo A. Sancinetti, Hammurabi, Buenos Aires, 2011.

GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora. Evolución penal de la admisibilidad de la esterilización de los incapaces y su reforma en el proyecto de Ley Orgánica de 20 de setiembre de 2013, por el que se modificaría a la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. En: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, número 16-13, 2014; en: «<http://criminet.ugr.es/recpc/16/recpc16-13.pdf>».

GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora. La puesta en peligro de la vida y/o integridad física asumida voluntariamente por su titular, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

GARCÍA CAVERO, Percy. Algunas consideraciones sobre el funcionalismo en el Derecho penal. En: JAÉN VALLEJO, Manuel (director). Sistemas Penales Iberoamericanos. Libro Homenaje al Profesor Dr. D. Enrique Bacigalupo en su 65 Aniversario, Ara, Lima, 2003, p157-172.

GARCÍA CAVERO, Percy. Derecho Penal Económico. Parte General, Ara editores, Lima, 2003.

GARCÍA CAVERO, Percy. Derecho Penal. Parte General, segunda edición, Jurista editores, Lima, 2012.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional, 4 edición, Thomson-Civitas, Navarra.

GARCÍA MANRIQUE, Ricardo. La dignidad y sus menciones en la Declaración. En: CASADO, María (coord.). Sobre la dignidad y los principios. Análisis de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos UNESCO, Civitas, Pamplona, 2009, p43-64.

GARCÍA RIVAS, Nicolás. El Poder Punitivo en el Estado Democrático, Ediciones de la Universidad Castilla-La Mancha, Cuenca, 1996.

GARRIDO FALLA, Fernando (director). Comentarios a la Constitución, segunda edición, Civitas, Madrid, 1985.

GARRIDO FALLA, Fernando. Comentarios a la Constitución, Civitas, Madrid, 1980.

GARZÓN VALDÉS, Ernesto. ¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?. En: Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Nº 5, Centro de Estudios Constitucionales y Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, Alicante, 1988, p155-174.

GAY MONTALVO, Eugeni. Discurso de ingreso. En: La lucha por la dignidad. La dignidad humana (presupuesto necesario del ordenamiento jurídico), Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya, Barcelona, 22 de mayo de 2008.

GETE-ALONSO Y CALERA, Ma. Del Carmen. Capítulo 2. Capacidad – Incapacitación. En: GETE-ALONSO Y CALERA, Ma. Del Carmen (dir.). La protección civil de las personas sometidas a manipulación mental, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p29-68.

GHORAYSHI. Qué pasa cuando los bebés nacen con genitales ambiguos. En: «[https://www.buzzfeed.com/azeenghorayshi/intersexo?utm\\_term=.nd43oWY3e2#.wb1rBv2rjA](https://www.buzzfeed.com/azeenghorayshi/intersexo?utm_term=.nd43oWY3e2#.wb1rBv2rjA)».

GOMES, Luiz Flávio. Norma e bem jurídico no direito penal. Série as ciencias criminais no século XXI, volumen 5, Editora Revista Dos Tribunais, São Paulo, 2002.

GÓMEZ BENITEZ, José Manuel. Teoría Jurídica del Delito. Derecho Penal. Parte General, Civitas, Madrid, 1984.

GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. La responsabilidad penal del médico, segunda edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008.

GONZÁLES OJEDA, Magdiel. El Estado Social y Democrático de Derecho y el Estado Peruano. En: Revista Derecho & Sociedad, Año XV, N° 23, editada por estudiante de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2004, p144-159.

GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, Jesús. Autonomía, dignidad y ciudadanía. Una teoría de los derechos humanos, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004.

GONZÁLEZ MERINO, Beatriz. El Estado Social. Naturaleza Jurídica y Estructura de los Derechos Sociales, Civitas, Madrid, 2002.

GONZÁLEZ MUCHASTEGUI, Jesús. Autonomía, dignidad y ciudadanía. Una teoría de los derechos humanos, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. La dignidad de la persona, Civitas, Madrid, 1986.

GONZÁLEZ RUS, Juan José. Bien jurídico y Constitución (Bases para una teoría), Fundación Juan March, Serie Universitaria, 201, 1980.

GRÁNDEZ CASTRO, Pedro. El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del TC peruano. En: CARBONELL, Miguel y Pedro GRÁNDEZ CASTRO (coord.) El principio de proporcionalidad en el derecho contemporáneo, Palestra, Lima, 2010, p337-376.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. Parte Geral, Volume I, quinta edición, Impetus, Niterói-Río de Janeiro, 2005.

GUALLART Y DE VIALA, Alfonso. Significación en los delitos culposos en el Derecho penal español. En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo XXXII, fascículo III, Setiembre-Diciembre 1979, p617-644.

GUERRERO ZAPLANA, José. El consentimiento informado. Su valoración en la jurisprudencia, Lex Nova, Valladolid, 2004.

GÜNTHER, Hans Ludwig. La clasificación de las causas de justificación en Derecho penal. Traducido por Diego Manuel Luzón Peña de la versión en alemán publicada

en 1992. En: LUZÓN PEÑA, Diego Manuel y Santiago MIR PUIG (coordinadores). Causas de justificación y de atipicidad en Derecho penal, Aranzadi, Pamplona, 1995, p45-66.

GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES, Pablo. La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: colectivos y difusos, Aranzadi, Navarra, 1999.

HÄBERLE, Peter. La dignidad del hombre como fundamento de la comunidad estatal. Traducido por Alberto Oehling de los Reyes. En: FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco (Coordinador). Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional, Dykinson, Madrid, 2008, p175-237.

HABERMAS, Jürgen. Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derechos en términos de teoría del discurso. Traducido por Manuel Jiménez Redondo, cuarta edición, Trotta, Valladolid, 1998.

HASSEMER, Winfried. ¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?. Traducido por Beatriz Spínola Tártalo. En: HEFENDEHL, Roland (ed.). La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007, p95-104.

HASSEMER, Winfried. Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. Traducido por Elena Larrauri. En: Pena y Estado, Editorial Jurídica Conasur, Santiago, 1995, p23-36. En: «[http://www.juareztavares.com/textos/hassemer\\_bem\\_juridico.pdf](http://www.juareztavares.com/textos/hassemer_bem_juridico.pdf)».

HASSEMER, Winfried. Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico. En: Doctrina Penal, Año 112, N° 45 a 48, Depalma, Buenos Aires, 1989, p274-285.

HAYKAL, Siba y otros. The Role of Botulinum Toxin A in the Establishment of Symmetry in Pediatric Paralysis of the Lower Lip. JAMA Facial Plastic Surgery, Volume 17, N°3, May/june 2015. El archivo de este artículo se puede encontrar, en versión "PDF", en la siguiente página web: «<http://jamanetwork.com/journals/jamafacialplasticsurgery/fullarticle/2173799>».

HÄYRY, Heta y Matti HÄYRY. ¿Quién es como nosotros?. En: CAVALIERI, Paola y Carmen GONZÁLEZ (editoras). El proyecto «Gran Simio». La igualdad más allá de la humanidad. Traducido por Carlos Martín y Carmen González, Trotta, Madrid, 1998, p218-229.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. Principios de la Filosofía del Derecho o Derecho Natural y Ciencia Política. Traducido por Juan Luis Vermal, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1975, p125, §95; p130-131, §100.

HERZOG, Roman. Elementos que definen un Estado de derecho: el Estado servidor del ciudadano. En: THESING, Josef (compilador). Estado de Derecho y Democracia, segunda edición, Konrad-Adenauer-Stiftung-Ciedla, Buenos Aires, 1999, p21-26.

HESSE, Konrad. Escritos de Derecho Constitucional, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983.

HESSE, Conrado. Cap. III. Significado de los derechos fundamentales. En: BENDA, Ernesto y otros. Manual de Derecho constitucional. Traducido por Antonio LÓPEZ PINA, Marcial Pons, Madrid, 1996, p83-115.

HIRSCH, Hans Joachim. Acerca del estado actual de la discusión sobre el concepto de bien jurídico. Traducido por Daniel R. Pastor. En: Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2001, p371-388.

HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho (El objeto protegido por la norma penal), PPU, Barcelona, 1991.

HORN, Wolfgang. Estado de derecho y Estado social. En: THESING, Josef (compilador). Estado de Derecho y Democracia, segunda edición, Konrad-Adenauer-Stiftung-Ciedla, Buenos Aires, 1999, p173-180.

HUERTA TOCILDO, Susana. Sobre el contenido de la antijuricidad, Tecnos, España, 1984.

HURTADO POZO, José y PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Manual de Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Cuarta edición, Idemsa, 2011, Lima.

HURTADO POZO, José. Derecho penal y diferencias culturales: perspectiva general sobre la situación en el Perú. En: Anuario de Derecho Penal, Sistema de control penal y diferencias culturales, 2010. El artículo completo en formato "pdf" se

puede ver en: «<http://www.cervantesvirtual.com/obra/derecho-penal-y-diferencias-culturales-perspectiva-general-sobre-la-situacion-en-el-peru/>».

HURTADO POZO, José. Manual de Derecho Penal, Parte General I, Tercera edición, Grijley, 2005, Lima.

HURTADO-MURILLO, Felipe. Disforia de género en infancia y adolescencia: Guía de práctica clínica. Rev Esp Endocrinol Pediatr 2015; 6 (Suppl), en: «<http://www.endocrinologiapediatrica.org/revistas/P1-E12/P1-E12-S510-A283.pdf>».

JAKOBS, Günther. Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional. Traducido por Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez, Civitas, Madrid, 1996.

JAKOBS, Günther. ¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?. En: El Funcionalismo en Derecho Penal. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p39-56.

JAKOBS, Günther. Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. Traducido por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzáles de Murillo, segunda edición, Marcial Pons, Madrid, 1997.

JAKOBS, Günther. Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal. Traducido por Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez, Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004.

JAKOBS, Günther. Sociedad, Norma y Persona en una Teoría de un Derecho Penal Funcional. Bases para una Teoría Funcional del Derecho Penal, traducido por Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez, Palestra Editores, Lima, 2000.

JESCHECK, Hans-Heinrich y Thomas WEIGEND. Tratado de Derecho Penal. Parte General, traducido por Miguel Olmedo Cardenete, quinta edición, Comares, Granada, 2002.

JIMÉNEZ CAMPO, Javier. Artículo 10.1. En: CASAS BAAMONDE, María Emilia y Miguel RODRÍGUEZ-PIÑEIRO Y BRAVO FERRER. Comentarios a la Constitución Española, XXX Aniversario, Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2008.

JIMÉNEZ CAMPO, Javier. Derechos fundamentales. Concepto y garantías, Trotta, Valladolid, 1999.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Tratado de Derecho Penal. El Delito. Segunda Parte: Las causas de justificación. Tomo IV, Losada, Buenos Aires, 1952.

KANT, Immanuel. Fundamentación de la metafísica de las costumbres con los comentarios de H.J. Paton. Traducido por Manuel García Morente y Carmen García Trevijano, Tecnos, Madrid, 2005.

KAUFMANN, Armin. Teoría de las Normas. Fundamentos de la dogmática penal moderna. Traducido por Enrique Bacigalupo y Ernesto Garzón Valdés, Depalma, Buenos Aires, 1977.

KELSEN, Hans. Teoría Pura del Derecho, traducido por Moisés Nilve, decimoctava edición, Arequipa (Perú), 1991.

KELSEN, Hans. Teoría pura del derecho. Introducción a la ciencia del derecho. Traducido por Moisés Nilve (Théorie pure du droit. Introduction a la science du droit. Editions de la Baconnière, Neuchâtel, 1953), vigésimo primera edición, Eudeba, Buenos Aires, 1985.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida y Nora LLOVERAS. Artículo 7. Personas carentes de la capacidad de dar su consentimiento. En: CASADO, María (coord.). Sobre la dignidad y los principios. Análisis de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos UNESCO, Civitas, Pamplona, 2009, p219-239.

LACRUZ LÓPEZ, Juan Manuel. Lección 1. Conceptos básicos del Derecho penal. En: GIL GIL, Alicia; LACRUZ LÓPEZ, Juan Manuel; MELENDO PARDOS, Mariano y José NÚÑEZ FERNÁNDEZ. Curso de Derecho Penal. Parte General, Dykinson, Madrid, 2011, p3-33.

LAGODNY, Otto. El derecho penal sustantivo como piedra de toque de la dogmática constitucional. Traducido por Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno. HEFENDEHL, Roland (ed.). La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007, p129-136.

LAGUNA DE PAZ, José Carlos. La autorización administrativa, Civitas, 2006.

LANDA ARROYO, César. Dignidad de la persona humana. En: Cuestiones Constitucionales: Revista Mexicana de Derecho Constitucional, N°7, julio-diciembre, 2002.  
«<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/cconst/cont/7/ard/ard4.pdf>».

LARENZ, Karl. Metodología de la ciencia del derecho. Traducido por Marcelino Rodríguez Molinero, Ariel, Barcelona, 1994.

LEMARCA PÉREZ, Carmen. Autonomía de la voluntad y protección coactiva de la vida. La Ley Penal, N°60, Sección Estudios, Mayo 2009 (base de datos on line).

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo y José Miguel ZUGALDÍA ESPINAR (coordinadores). Dogmática y ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo, Tomo I, Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2004.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. El consentimiento en el derecho penal, Dykinson, Madrid, 1999.

LÓPEZ CALERA, Nicolás María. Teoría crítica y derechos humanos. ¿Por qué no se realizan plenamente los derechos humanos?. En: PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio (director). El fundamento de los derechos humanos, Debate, Madrid, 1989, p209-214.

LÓPEZ FRÍAS, María Jesús. El ejercicio de los derechos personalísimos de los enfermos psíquicos. En: Revista de Derecho Privado, abril, 1999, p296-320.

LOPEZ PINA, Antonio (director). La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia, Civitas, Madrid, 1991.

LUCAS VERDÚ, Pablo. Artículo 1º. Estado social y democrático de Derecho. En: ALZAGA VILLAAMIL, Oscar (Director). Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución Española de 1978, Tomo I. Preámbulo y Artículos 1 a 9, Edersa, 1983, p37-104.

LUNA CASTRO, José Nieves. La concepción funcionalista y de unidad sistémica de la seguridad jurídica, como justificación para unificar la legislación penal mexicana.

En: Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia, N° 12, julio-diciembre 2008, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, «<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/refjud/cont/12/cle/cle12.htm>».

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Curso de Derecho Penal. Parte General I, Universitas, Madrid, 1996.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. El consentimiento en Derecho penal: causa de atipicidad, de justificación o de exclusión sólo de la tipicidad penal. En: Revista General de Derecho Penal N° 18, año 2012, Iustel (versión electrónica).

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito. En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo XLVI, Fascículo I, Enero-Abril, Madrid, 1993, p21-34.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Lecciones de Derecho Penal. Parte General, segunda edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Problemas de la transmisión y prevención del sida en el Derecho penal español. En: MIR PUIG, Santiago. Problemas jurídico penales del Sida, Bosch, Barcelona, 1993, p11-23.

MACCORMICK, Neil D. Estado de Derecho y Rule of Law. En: THESING, Josef (compilador). Estado de Derecho y Democracia, segunda edición, Konrad-Adenauer-Stiftung-Ciedla, Buenos Aires, 1999, p101-118.

MAIHOFER, Werner. Estado de Derecho y Dignidad Humana. Traducido por José Luis Guzmán Dalbora, IB de F, Montevideo-Buenos Aires, 2008.

MAIWALD, Manfred. El consentimiento del lesionado en el Derecho y en la dogmática penal alemanes, traducido por Mariano Bacigalupo. En: ESER, Albin; GIMBERNAT, Enrique y Walter PERRÓN (editores). Justificación y exculpación en derecho penal (Coloquio Hispano-Alemán de Derecho Penal), Madrid, 1995, p125-137.

MANDAL, Ananya. Síntomas de disforia de género, en: «[http://www.news-medical.net/health/Symptoms-of-Gender-Dysphoria-\(Spanish\).aspx](http://www.news-medical.net/health/Symptoms-of-Gender-Dysphoria-(Spanish).aspx)».

MATA BARRANCO, Norberto J. De La. Tutela Penal de la Propiedad y Delitos de Apropiación (El dinero como objeto material de los delitos de hurto y apropiación indebida), PPU, Barcelona, 1994.

MAURACH, Reinhart. Derecho Penal, Parte General. Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible. Tomo I. Traducido de la Séptima edición alemana por Jorge Bofia Genzsch y Enrique Aimone Gibson, Astrea, Buenos Aires, 1994.

MEINI MÉNDEZ, Iván. Lecciones de Derecho Penal – Parte General. Teoría Jurídica del delito, Fondo editorial PUCP, Lima, 2014.

MENDES DE CARVALHO, Gisele. Suicidio, eutanasia y Derecho penal. Estudio del art. 143 del Código penal español y propuesta de lege ferenda, Comares, Granada, 2009.

MENDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. Los Delitos de Peligro y sus Técnicas de Tipificación, Servicio de Publicaciones de la FUC/CEJ del Ministerio de Justicia, Madrid, 1993.

MEZGER, Edmundo. Criminología. Traducido por Conrado Finzi, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1942.

MEZGER, Edmundo. Tratado de Derecho Penal, Tomo I. Traducido por José Arturo Rodríguez Muñoz, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955.

MIR PUIG, Santiago. Bases constitucionales del Derecho penal, Iustel, Madrid, 2011.

MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal, Parte General, décima edición, Reppertor, Barcelona, 2016.

MIR PUIG, Santiago. El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho, Ariel, Barcelona, 1994.

MIR PUIG, Santiago. Introducción a las bases del Derecho Penal. Concepto y Método, Bosch, Barcelona, 1976.

MONTANO Y GÓMEZ DE ALÍA, Pedro J. La dignidad humana como bien jurídico tutelado por el derecho penal, p8. El texto de este artículo puede revisarse en: «[http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a\\_20080526\\_36.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080526_36.pdf)». También publicado en la Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo-Uruguay, Año II, N°3, 2003.

MORENO GARCÍA, María. El Estado Social y Democrático de Derecho (art. 1.1 CE). En: ARAGÓN REYES, Manuel y Julián MARTÍNEZ-SIMANCAS. La Constitución y la práctica del derecho, Tomo II, Aranzadi, Pamplona, 1998, p539-556.

MORESO, José Juan. Alexy y la aritmética de la ponderación. En: GARCÍA MANRIQUE, Ricardo (editor). Robert Alexy. Derechos sociales y ponderación, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2007, p223-248.

MÜNCH, Ingo von. La dignidad del hombre en el derecho constitucional alemán. Traducido por Alberto Oehling de los Reyes. En: Foro: Revista de ciencias jurídicas y sociales, nueva época, N°9, 2009. «<http://revistas.ucm.es/index.php/FORO/article/view/FORO0909120107A>».

MÜNCH, Ingo von. La dignidad del hombre en el derecho constitucional. En: Revista Española de Derecho Constitucional, Año 2, número 5, mayo-agosto 1982, p9-34.

MUÑAGORRI LAGUÍA, Ignacio. Eutanasia y Derecho Penal, Ministerio de Justicia e Interior, Centro de Publicaciones, Madrid, 1994.

MUÑOZ CONDE, Francisco y Mercedes GARCÍA ARÁN. Derecho Penal. Parte General, octava edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Capítulo XXIII. Protección de bienes jurídicos como límite constitucional del Derecho penal. En: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo y Fermín MORALES PRATS (coordinadores). El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz, Aranzadi, Navarra, 2001, p561-574.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho Penal, Parte Especial, vigésima edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Edmund Mezger y el Derecho Penal de su Tiempo. Estudios sobre el derecho penal en el nacionalsocialismo, cuarta edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Provocación al suicidio mediante engaño: un caso límite entre autoría mediata en asesinato e inducción y ayuda al suicidio. En: «<http://lawcenter.es/w/file/download/2856>».

MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan. Los delitos contra la integridad moral, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999.

NARANJO DE LA CRUZ, Rafael. Capítulo XVII. El sistema de derechos constitucionales y sus garantías. En: AGUDO ZAMORA, Miguel y otros. Manual de Derecho constitucional, segunda edición, Tecnos, Madrid, 2011.

NINO, Carlos Santiago. Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación, Ariel, Barcelona, 1989.

NIÑO, Luis Fernando. El bien jurídico como referencia garantista, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2008.

NISTAL BURÓN, Javier. Las muertes por enfermedad en prisión. Los elementos esenciales definidores de la responsabilidad de la Administración penitenciaria. (A propósito de la condena del Comité de Derechos Humanos de la ONU a España por la muerte de un recluso por SIDA). Diario La Ley, Nº 7215, Sección Tribuna, Año XXX, 10 de Julio de 2009, Ref. D-250, Editorial LA LEY. Consultado en la página web de la base de datos de: «<http://diariolaley.laley.es/Content/Inicio.aspx>».

NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado, décima edición, Editora Revista Dos Tribunais, Sao Paulo, 2010.

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio. Sobre el concepto del Derecho penal, Sección de publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad de Madrid, Madrid, 1981.

OLAH, Nathalie. Huelga de hambre en Guantánamo, en: «<https://www.vice.com/es/article/huelga-de-hambre-en-guantanamo-587>».

ORTS BERENGUER, Enrique y José L. GONZÁLEZ CUSSAC. Compendio de Derecho Penal (Parte General), quinta edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

PALAZZO, Francesco. Estado constitucional de derecho y derecho penal (Consideraciones comparadas a propósito de la reforma constitucional argentina de 1994), en: Revista Penal Nº2, Praxis en colaboración con las universidades de Huelva, Salamanca y Castilla-La Mancha, Barcelona, 1998, p49-60.

PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. Consentimiento y riesgo en las actividades deportivas. Algunas cuestiones jurídico penales. En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo XLIII, fascículo II, 1990, p633-656.

PARIONA ARANA, Raúl. El Derecho penal "moderno". Sobre la necesaria legitimidad de las intervenciones penales. En: MAIER, Julio B.J. y Gabriela E. CÓRDOBA. ¿Tiene un futuro el Derecho penal?, Ad Hoc, Buenos Aires, 2009, p175-199.

PASTOR MUÑOZ, Nuria. La Determinación del Engaño Típico en el Delito de Estafa, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, 2004.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho, segunda edición, Cuadernos Bartolomé de las Casas Nº 26, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 2003.

PELAYO GONZÁLES-TORRE, Ángel. El derecho a la autonomía del paciente en la relación médica. El tratamiento jurisprudencial del consentimiento informado, Comares, Granada, 2009.

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Curso Elemental de Derecho Penal. Parte General, Ediciones Legales, cuarta edición, Lima, 2013.

PEÑA CABRERA, Raúl. Tratado de Derecho Penal, Parte Especial, Tomo II-A. Delitos Contra el Patrimonio, Ediciones Jurídicas, Lima, 1995.

PEÑA JUMPA, Antonio. Derechos fundamentales y justicia comunal: la aplicación del artículo 149 y el artículo 2, inciso 19 de la Constitución Política del Perú. En: Revista Ius Et Veritas, revista editada por alumnos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, volumen 19, número 39, 2009, p276-285.

PERASSO, Valeria. ¿Es ético forzar a alimentarse a un preso en huelga de hambre?, BBC Mundo: «[http://www.bbc.com/mundo/noticias/2013/07/130709\\_guantanamo\\_huelga\\_de\\_hambre\\_dilemas\\_vp](http://www.bbc.com/mundo/noticias/2013/07/130709_guantanamo_huelga_de_hambre_dilemas_vp)».

PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. Los derechos y deberes de los internos, en: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. Lecciones y materiales de estudio para el Derecho Penal, Derecho Penitenciario, Tomo VI, Iustel, Madrid, 2010, p69-90.

PEREZ LUÑO, Antonio E. Los Derechos fundamentales, octava edición, Tecnos, Madrid, 2004.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución, séptima edición, Tecnos, Madrid, 1984.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. Sobre los valores fundamentadores de los derechos humanos. En: PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio (director). El fundamento de los derechos humanos, Debate, Madrid, 1989, p279-288.

PÉREZ ROYO, Javier. Curso de Derecho Constitucional, décima edición, Marcial Pons, Madrid, 2005.

PÉREZ TREMPES, Pablo y otros. Derecho Constitucional, Volumen II, novena edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.

PLANAS SILVA, Pedro. El Estado Moderno. Apuntes para una nueva biografía del Estado Social de Derecho, Desco, Centro de Estudios y Promoción del Desarrollo, Lima, 1993.

PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. Tratamiento dogmático-penal de los supuestos de puesta en peligro imprudente por un tercero con aceptación por la víctima de la situación de riesgo. En: Cuadernos de Política Criminal, N° 45, Edersa, Madrid, 1991, p695-738.

PRADO, Luiz Regis. Bem Jurídico-Penal e Constituição, Editora Revista Dos Tribunais, São Paulo, 2011.

PRATS CANUT, Josep Miguel y Gonzalo QUINTERO OLIVARES. Capítulo II. De las amenazas, artículo 169. En: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (director). Comentarios al nuevo Código penal, cuarta edición, Aranzadi, Navarra, 2005, p889-910.

QUERALT JIMÉNEZ, Joan J. Derecho Penal Español. Parte Especial. Delitos contra los intereses individuales y colectivos, tercera edición, Bosch, Barcelona, 1996.

QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio. Relevancia del consentimiento de la víctima en materia penal. En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1950, p321-344.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. Manual de Derecho Penal. Parte General, tercera edición, Aranzadi, Navarra, 2002.

RADCLIFFE-BROWN, A.R. On the concept of function in social science, p397. En: American Anthropologist, volume 37, Issue 3, «<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1525/aa.1935.37.3.02a00030/pdf>».

REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. Tratado de Derecho Penal. Parte general, volumen 1, Ediciones Legales, Lima, 2016.

RECASENS SICHES, Luis. Introducción al Estudio del Derecho, quinta edición, Porrúa, México, 1979.

REDMOND, Walter. El albedrío. Proyección del tema de la libertad desde el Siglo de Oro español, Cuadernos de Pensamiento Español, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, Pamplona, 2007.

REY MARTÍNEZ, Fernando. Eutanasia y derechos fundamentales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Tribunal Constitucional, Madrid, 2008.

REY PÉREZ, José Luis. El discurso de los derechos. Una introducción a los derechos humanos, Comillas, Madrid, 2011.

ROBBERS, Gerhard. El Estado de derecho y sus bases éticas. En: THESING, Josef (compilador). Estado de Derecho y Democracia, segunda edición, Konrad-Adenauer-Stiftung-Ciedla, Buenos Aires, 1999, p29-48.

RODRÍGUEZ DEVESA, José María y Alfonso SERRANO GÓMEZ. Derecho penal español. Parte general, décimo séptima edición, Dykinson, Madrid, 1994.

RODRÍGUEZ RAMOS, Luis. El "resultado" en la teoría jurídica del delito. En: Cuadernos de Política Criminal N°1, Madrid, 1977, p49-62.

ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos contra el Patrimonio, Volumen I, Grijley, Lima, 2000.

ROMEO CASABONA, Carlos María. ¿Límites de la posición de garante de los padres respecto al hijo menor?. En: Revista de Derecho Penal y Criminología, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2da época, N° 2, julio 1998, p327-358.

ROMEO CASABONA, Carlos María. El consentimiento en las lesiones, en el proyecto de Código Penal de 1980. En: Cuadernos de Política Criminal N° 17, Edersa, Madrid, 1982, p263-296.

ROMEO CASABONA, Carlos María. El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994.

ROMEO CASABONA, Carlos María. El Médico y el Derecho Penal. I. La actividad curativa (licitud y responsabilidad penal), Bosch, Barcelona, 1981.

ROMEO CASABONA, Carlos María. Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética, Comares, Granada, 2004.

ROXIN, Claus. Causas de justificación, causas de inculpabilidad y otras causas de exclusión de la pena. Traducido por Miguel Polaino-Navarrete. En: Cuadernos de Política Criminal N° 46, Edersa, Madrid, 1992, p169-194.

ROXIN, Claus. Derecho Penal, Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Tomo I. Traducido de la segunda edición alemana por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1997.

ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General, Tomo II. Especiales formas de aparición del delito. Traducido por Diego-Manuel Luzón Peña, José Manuel Paredes Castañón, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Thomson Reuters - Civitas, Pamplona, 2014.

ROXIN, Claus. El injusto penal en el campo de tensión entre protección de bienes jurídicos y libertad individual. Traducido por Raúl Pariona Arana. En: MAIER, Julio B. y Gabriela E. CÓRDOBA. ¿Tiene un futuro el Derecho penal?, Ad Hoc, Buenos Aires, 2009, p73-90.

ROXIN, Claus. Franz von Liszt y la concepción políticocriminal del Proyecto Alternativo. Problemas Básicos del Derecho Penal. Traducido por Diego-Manuel Luzón Peña, Reus, Madrid, 1976.

ROXIN, Claus. Iniciación al Derecho Penal de Hoy. Traducido por Francisco Muñoz Conde y Diego-Manuel Luzón Peña, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1981.

ROXIN, Claus. Otras causas de justificación y exculpación. En: ESER, Albin; GIMBERNAT, Enrique y Walter PERRÓN (editores). Justificación y exculpación en derecho penal (Coloquio Hispano-Alemán de Derecho Penal), Madrid, 1995, p219-235.

ROXIN, Claus. Sentido y límites de la pena estatal. Problemas Básicos del Derecho Penal, traducido por Diego-Manuel Luzón Peña, Reus, Madrid, 1976.

RUBIO CORREA, Marcial. Estudio de la Constitución Política de 1993. Tomo I, Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999.

RUDOLPHI, Hans Joachim. Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico. En: Nuevo Pensamiento Penal. Revista de Derecho y Ciencias Penales, Año 4, Depalma, Buenos Aires, 1975, p329-347.

RUIZ-GIMÉNEZ CORTÉS, Joaquín. Artículo 10. Derechos fundamentales de la persona. En: ALZAGA VILLAAMIL, Oscar (Director). Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución Española de 1978, Tomo II. Artículos 10 a 23, Edersa, 1984, p45-155.

SÁNCHEZ AGESTA, Luis. El Sistema Político de la Constitución Española de 1978. Ensayo de un sistema (Diez lecciones sobre la Constitución de 1978), Editora Nacional, Madrid, 1980.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Santiago. Derechos y deberes fundamentales. Comentario introductorio al título primero. En: ALZAGA VILLAAMIL, Oscar (Director).

Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución Española de 1978, Tomo II. Artículos 10 a 23, Edersa, 1984, p17-44.

SÁNCHEZ MECA, Julio; OLIVARES RODRÍGUEZ, José y Ana Isabel ROSA ALCÁZAR. El problema de la adicción al tabaco: Meta-análisis de las intervenciones conductuales en España. Revista Psicothema, volumen 10, Nº 3, 1998, p535-549, en: «<http://www.psicothema.com/pdf/185.pdf>».

SÁNCHEZ TOMÁS, José Miguel. Introducción a los Delitos contra el Patrimonio, en: RODRÍGUEZ RAMOS, Luis y otros. Derecho Penal, Parte Especial, Tomo II, Servicio de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1997, p85-97.

SANTANA VEGA, Dulce María. La protección penal de los bienes jurídicos colectivos, Dykinson, Madrid, 2000.

SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal. Parte Geral, cuarta edición, Conceito editorial, São José, 2010.

SCHEFFER, Arthur R.T. y otros. Efficacy and Duration of Botulinum Toxin Treatment for Drooling in 131 Children. Arch Otolaryngol Head Neck Surg, volume 131, Nº 9, September 2010. El archivo de este artículo se puede encontrar, en versión "PDF", en la siguiente página web: «<http://jamanetwork.com/journals/jamaotolaryngology/fullarticle/496744?resultClick=1>».

SCHÜNEMANN, Bernd. El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación. Traducido por María Martín Lorenzo y Mirja Feldmann. En: HEFENDEHL, Roland (ed.). La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007, p197-226.

SEGURA GARCÍA, María José. El consentimiento del titular del bien jurídico en Derecho penal, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.

SEIJAS QUINTANA, José Antonio. Responsabilidad civil médica: ¿Obligación de medios, obligación de resultados?. En: Revista Jueces para la Democracia. Información y Debate, Nº 59, julio 2007, p8-16.

SERRANO GÓMEZ, Alfonso. Derecho Penal. Parte Especial, Décimo sexta edición, Dykinson, Madrid, 2011.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. La esterilización de disminuidos psíquicos (Un informe de Derecho penal comparado), PPU, Barcelona, 1988.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo, Bosch Editor, Barcelona, 1992.

SIMON, Helmut. Los derechos fundamentales en el Estado democrático y social de derecho. En: THESING, Josef (compilador). Estado de Derecho y Democracia, segunda edición, Konrad-Adenauer-Stiftung-Ciedla, Buenos Aires, 1999, p181-204.

SIMÓN, Pablo. El consentimiento informado, Triacastela, Madrid, 2000.

SIMÓN, Pablo. El consentimiento informado. Historia, teoría y práctica. Triacastela, Madrid, 2000.

SOTO NAVARRO, Susana. Concreción y lesión de los bienes jurídicos colectivos. El ejemplo de los delitos ambientales y urbanísticos. En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo LVIII, Madrid, 2005, p887-918.

SOTO NAVARRO, Susana. La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna, Comares, Granada, 2003.

STARCK, Christian. La dignidad del hombre como garantía constitucional, en especial, en el derecho alemán. Traducido por Alberto Oehling de los Reyes. En: FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco (Coordinador). Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional, Dykinson, Madrid, 2008, p239-302.

STRATENWERTH, Günter. Derecho Penal. Parte General I. El Hecho Punible. Traducido de la segunda edición alemana (1976) por Gladys Romero, Edersa, Madrid, 1982.

STRATENWERTH, Günter. La criminalización en los delitos contra bienes jurídicos colectivos. Traducido por Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno y Margarita Valle Mariscal de Gante. En: HEFENDEHL, Roland (ed.). La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007, p365-372.

SUAREZ MONTES, Rodrigo Fabio. Consideraciones críticas en torno a la doctrina de la antijuricidad y el finalismo, Estudio General de Navarra, Pamplona, 1963.

TAIAR, Rogerio. A Dignidade da Pessoa Humana e o Direito Penal. A Tutela Penal dos Direitos Fundamentais, SRS editora, São Paulo, 2008.

TAMARIT SUMALLA, Josep María. Libro II: Título III (Art. 156 bis). En: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (director). Comentarios al Código Penal Español, Tomo I (Artículos 1 a 233), séptima edición, Aranzadi, Pamplona, 2016, p1021-1082.

TAMARIT SUMALLA, Josep María. Título III. De las Lesiones. En: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.). Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal, octava edición, Aranzadi, Pamplona, 2009, p101-144.

TAMARIT SUMALLA, Josep-María y otros. Curso de Derecho Penitenciario, segunda edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

TAVARES, Juarez Estevam Xavier. Teoría del injusto penal. Traducido de la segunda edición por Mario Pereira, Editorial IB de F, Montevideo-Buenos Aires, 2010.

TERRADILLOS BASOCO, Juan. La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal. En: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, N°63, 1981, p123-150.

TERRADILLOS BASOCO, Juan. Sistema Penal y Estado de Derecho. Ensayos sobre Derecho Penal, Ara, Lima, 2010.

TERRAGNI, Marco Antonio. Participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida. En: GARCÍA VALDÉS, Carlos y otros (coordinadores). Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat, Tomo II, Edisofer, Madrid, 2008, p1671-1676.

TERRÉN, Julio. ¿En qué consiste la adicción a la cirugía plástica?. En: NCYT. Noticias de la Ciencia y la Tecnología, en: «<http://noticiadelaciencia.com/not/21686/-en-que-consiste-la-adiccion-a-la-cirurgia-plastica-/>».

TIEDEMANN, Klaus. Derecho penal económico. Introducción y parte general, Grijley, Lima, 2009.

TIEDEMANN, Klaus. Lecciones de Derecho Penal Económico (comunitario, español, alemán), PPU, Barcelona, 1993.

TORIO LÓPEZ, Angel. La estructura típica del delito de coacción. En: Homenaje a Emilio Gómez Orbaneja, Editorial Moneda y Crédito, Madrid, 1977.

URQUIZO OLAECHEA, José. ¿Bien Jurídico?. En: JAÉN VALLEJO, Manuel (director). Sistemas Penales Iberoamericanos. Libro Homenaje al Profesor Dr. D. Enrique Bacigalupo en su 65 Aniversario, Ara, Lima, 2003, p283-301.

VALDÉS DE LA VEGA, Berta. Capítulo II. Requisitos para la obtención de la autorización administrativa. En: MOLERO MARAÑÓN, María Luisa y Fernando VALDÉS DAL-RE (directores). Comentarios a la ley de empresas de trabajo temporal, La Ley, Madrid, 2009, p77-108.

VALLE MUÑIZ, José Manuel. El Bien Jurídico Protegido en la Estafa. En: La Falsedad Documental. La Estafa. Estudios de Derecho Penal Especial, Editora Jurídica de Colombia, Bogotá, 1992.

VÁSQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, Fernando. El consentimiento del ofendido en los delitos contra la Administración Pública (sobre el bien jurídico protegido en los delitos "del cargo"). En: Estudios Penales y Criminológicos, número XXII, Universidad Santiago de Compostela, 2000. También en: Revista Electrónica del Ciencia Penal y Criminología RECPC 03-02, 2001, «[http://criminet.ugr.es/recpc/recpc\\_03-02.html#id](http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_03-02.html#id)».

VÁZQUEZ, Rodolfo. Autonomía y responsabilidad individual. En: CASADO, María (coord.). Sobre la dignidad y los principios. Análisis de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos UNESCO, Civitas, Pamplona, 2009, p197-206.

VELÁSQUEZ JORDANA, José Luis. Dignidad, Derechos Humanos y Bioética. En: CASADO, María (coord.). Sobre la dignidad y los principios. Análisis de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos UNESCO, Civitas, Pamplona, 2009, p103-112.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Manual de Derecho Penal. Parte General, cuarta edición, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, Bogotá, 2010.

VIEHWEG, Theodor. Tópica y jurisprudencia. Traducido por Luis Diez-Picazo Ponce de León, Taurus, Madrid, 1964.

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Derecho Penal. Parte General, Grijley, Lima, 2006.

VON LISZT, Franz. Tratado de Derecho Penal, Tomo II, Traducido de la vigésima edición alemana por Luis Jiménez de Asúa, Segunda edición, Reus, Madrid, 1927.

WELZEL, Hans. Derecho Penal. Parte General, traducido del alemán por Carlos Fontán Balestra, Depalma, Buenos Aires, 1995.

WELZEL, Hans. El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista, traducido por José Cerezo Mir, Editoria IB de F, Montevideo – Buenos Aires, 1964.

WESSELS, Johannes. Derecho Penal. Parte General, traducido de la sexta edición alemana por Conrado A. Finzi, sexta edición alemana (1976), Depalma, Buenos Aires, 1980.

WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, Ernst. Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia, traducido por Rafael de Agapito Serrano, Trotta, Madrid, 2000.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Ensayo Preliminar: Anselm v. Feuerbach: Perspectiva actual de su antropología jurídica. En: FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania. Traducido de la décimo cuarta edición alemana por Zaffaroni, Eugenio Raúl e Irma Hagemeyer, Hammurabi, Buenos Aires, 1989.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Tomo III, Ediar, Buenos Aires, 1981.

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. Fundamentos de Derecho Penal (Parte General). Las teorías de la pena y de la ley penal, Universidad de Granada, Granada, 1990.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. Política Criminal, Colex, Madrid, 2001.

## **Páginas web consultadas:**

- Noticia sobre lesiones en los deportes. Tomada de:  
«<http://www.taringa.net/posts/deportes/13555891/Futbolistas-que-murieron-o-que-se-retiraron-en-el-2011.html>»
- Noticias sobre la práctica llamada "lanzamiento de enanos". Tomadas de:  
«<https://www.youtube.com/watch?v=gFSeJwuPdcM>»  
«[http://es.wikipedia.org/wiki/Lanzamiento\\_de\\_enano](http://es.wikipedia.org/wiki/Lanzamiento_de_enano)»  
«[http://www.elmundo.es/america/2011/10/06/estados\\_unidos/1317937404.html](http://www.elmundo.es/america/2011/10/06/estados_unidos/1317937404.html)»
- Noticias sobre el rito Sati en la India. Tomadas de:  
«<http://sobreindia.com/2009/07/21/el-sati-en-la-india-estigma-de-las-viudas/>»  
«<http://www.elmundo.es/elmundo/2006/08/23/internacional/1156330827.html>»
- Noticias sobre la pena de muerte en el Perú. Tomada de:  
«<http://elcomercio.pe/politica/gobierno/keiko-fujimori-propone-pena-muerte-violadores-ninos-noticia-722178>»
- Noticia sobre el pueblo asháninka. Tomada de:  
«<http://bdpi.cultura.gob.pe/pueblo/ashaninka>»
- Entrevista realizada a Keith Wiggins. Tomada de:  
«<http://puntoedu.pucp.edu.pe/entrevistas/necesario-victimas-sentir-seres-humanos-devolverles-dignidad/>»
- Noticia sobre el Síndrome de Cotard. Tomada de:  
«[http://medicina.ufm.edu/index.php/S%C3%ADndrome\\_de\\_Cotard](http://medicina.ufm.edu/index.php/S%C3%ADndrome_de_Cotard)»
- Modelos de formularios de información y consentimiento. Tomados de:  
«<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:OtHXzM29xPYJ:www.junta.deandalucia.es/salud/export/sites/csalud/galerias2/documentos/ci2/apendicectomia.doc+&cd=4&hl=es-419&ct=clnk&gl=es>»
- Noticias sobre el caso "Tumor inoperable en el rostro de Chantal Sébire". Tomadas de:  
«[http://sociedad.elpais.com/sociedad/2008/03/19/actualidad/1205881209\\_850215.html](http://sociedad.elpais.com/sociedad/2008/03/19/actualidad/1205881209_850215.html)»

- «[http://elpais.com/diario/2008/03/20/sociedad/1205967606\\_850215.html](http://elpais.com/diario/2008/03/20/sociedad/1205967606_850215.html)»  
 «<http://www.elmundo.es/elmundosalud/2008/03/27/medicina/1206622793.html>»
- Noticias sobre el caso “Sufrimiento psíquico de los gemelos Verbessem”. Tomadas de:  
 «<https://es-us.noticias.yahoo.com/blogs/blog-de-noticias/dos-gemelos-belgas-reciben-la-eutanasia-por-el-miedo-a-que-la-ceguera-les-impidiera-verse-173017186.html>»  
 «<http://www.abc.es/sociedad/20130115/abci-gemelos-belgas-eutanasia-201301151849.html>»
  - Noticias sobre el caso “Doble eutanasia de ancianos por amor”. Tomadas de:  
 «<http://peru.com/actualidad/internacionales/belgica-ancianos-piden-eutanasia-morir-juntos-noticia-288348>»  
 «[http://www.telecinco.es/informativos/ancianos-eutanasia-belgica\\_0\\_1867425211.html](http://www.telecinco.es/informativos/ancianos-eutanasia-belgica_0_1867425211.html)»
  - Texto del Catecismo de la Iglesia Católica. Tomado de:  
 «[http://www.vatican.va/archive/catechism\\_sp/index\\_sp.html](http://www.vatican.va/archive/catechism_sp/index_sp.html)»
  - Comentarios a la ley relativa a la eutanasia en Bélgica. Tomados de:  
 «<http://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/spe/SPE-ISS-02-07.pdf>»  
 «[http://www.eutanasia.ws/eutanasia\\_mundo.html](http://www.eutanasia.ws/eutanasia_mundo.html)»
  - Noticias sobre el caso de la “ex reina de belleza Anita Meyzer”. Tomadas de:  
 «<http://www.elgrafico.mx/sexo/08-01-2017/ex-reina-de-belleza-mata-su-esposo-durante-sexo>»  
 «<https://www.laprensalibre.cr/Noticias/detalle/99331/exmodelo-mata-a-esposo-mientras-cumplia-fantasias-sexuales>»  
 «<http://www.latribuna.hn/2017/01/05/exreina-belleza-mata-accidentalmente-esposo-ruda-sesion-sexual-video/>»
  - Definición de la salud brindada por la Organización Mundial de la Salud. Tomada de:  
 «[http://www.who.int/governance/eb/who\\_constitution\\_sp.pdf](http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf)»
  - Noticias sobre la prácticas sexuales sadomasoquistas. Tomadas de:  
 «<https://vidayestilo.terra.es/mujer/amor-y-sexo/bondage-juego-de-dominacion-guia-para-principiantes,1f94db0687789410VgnVCM20000099cceb0aRCRD.html>»  
 «<http://www.salud180.com/sexualidad/como-practicar-sadomasoquismo-de-manera-segura>»  
 «<http://siempremujer.com/amor/practicar-sadomasoquismo-seguro/81515/>»

- «<http://ideasqueayudan.com/bdsm-divertirte-pareja-manera-segura/>»  
 «<https://mazmorra.net/forums/tecnicas-y-precauciones/asfixias-hay-formas-seguras-de-practicarla>»
- Noticias sobre el caso del diputado conservador británico Stephen Milligan. Tomadas de:  
 «[http://elpais.com/diario/1994/02/11/internacional/760921205\\_850215.html](http://elpais.com/diario/1994/02/11/internacional/760921205_850215.html)»  
 «[http://news.bbc.co.uk/onthisday/hi/dates/stories/february/8/newsid\\_2538000/2538165.stm](http://news.bbc.co.uk/onthisday/hi/dates/stories/february/8/newsid_2538000/2538165.stm)»
  - Noticias sobre el caso de la "Tabacalera responsable de muerte de fumador". Tomadas de:  
 «<http://www.levante-emv.com/sociedad/2014/07/20/indemnizacion-millonaria-viuda-fumador-eeuu/1140201.html>»  
 «<http://www.elmundo.es/internacional/2014/07/20/53caed5422601d5e1d8b457d.html>»  
 «<http://web.eldia.es/sociedad/2014-07-21/4-RJ-Reynolds-debe-pagar-millones-viuda-fumador.htm>»
  - Noticias sobre el tabaco. Tomadas de:  
 «<https://www.marketingdirecto.com/anunciantes-general/anunciantes/altadis-es-la-tabacalera-que-mas-gasta-en-publicidad>»  
 «<https://www.drugabuse.gov/es/acerca-del-nida>»  
 «<https://www.drugabuse.gov/es/publicaciones/serie-de-reportes/adiccion-al-tabaco/es-adictiva-la-nicotina>»
  - Países parte del "Convenio marco de la Organización Mundial de Salud para el Control del tabaco". Tomado de:  
 «[http://www.who.int/fctc/signatories\\_parties/es/](http://www.who.int/fctc/signatories_parties/es/)»
  - Noticias sobre el caso del "Niño que murió por jugar a esquivar autos". Tomadas de:  
 «<http://www.novadutra.com.br/resources/files/faq/RADARES%20RODOVIA%20PRESIDENTE%20DUTRA.pdf>»  
 «<http://larepublica.pe/mundo/744296-conmocion-en-youtube-por-nino-que-fue-atropellado-en-autopista-de-la-muerte-video>»
  - Noticias sobre el caso del "Adulto que murió por no usar el puente peatonal". Tomadas de:  
 «<http://rpp.pe/lima/accidentes/video-joven-muere-atropellado-en-la-via-avoidamiento-en-el-rimac-noticia-1019108>»

- «<http://www.americatv.com.pe/noticias/actualidad/rimac-joven-murio-atropellado-no-usar-puente-peatonal-via-evitamiento-n259068>»
- Noticias del caso en el que "mueren en piques de carrera". Tomadas de:  
«<http://rpp.pe/virales/youtube/jovenes-graban-su-muerte-en-carrera-de-piques-en-mexico-noticia-968417>»  
«[http://internacional.elpais.com/internacional/2016/06/04/mexico/1465070216\\_852076.html](http://internacional.elpais.com/internacional/2016/06/04/mexico/1465070216_852076.html)»
  - Noticias sobre caso "Muerte por nocaut en cuadrilátero de box". Tomadas de:  
«<http://www.mundodeportivo.com/boxeo/20150914/201693300779/daveny-browne-el-pugil-fallece-tras-quedar-ko-en-un-combate.html>»  
«<http://mundod.lavoz.com.ar/y-mas/davey-browne-jr-el-boxeador-que-murio-tras-recibir-un-duro-nocaut>»
  - Noticias sobre caso "Lesión tolerada en el fútbol". Tomadas de:  
«[http://elpais.com/diario/1977/01/28/deportes/223254017\\_850215.html](http://elpais.com/diario/1977/01/28/deportes/223254017_850215.html)»  
«<http://www.quecrack.com/2015/02/lesiones-que-truncaron-la-carrera-de-futbolistas/2/>»  
«<http://fameceleste.blogspot.com.es/2013/02/maranon-el-hombre-que-acabo-con-la.html>»
  - Noticias sobre caso "Mordida de oreja de Tyson". Tomadas de:  
«<http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-635162>»  
«<http://elcomercio.pe/deporte-total/polideportivo/evander-holyfield-18-anos-mordida-mike-tyson-lo-he-perdonado-noticia-1805220>»
  - Noticias sobre lesiones a futbolistas. Tomadas de:  
«<http://www.taringa.net/posts/deportes/13555891/Futbolistas-que-murieron-o-que-se-retiraron-en-el-2011.html>»  
«<http://www.spainsn.com/las-malditas-lesiones>»
  - Noticia sobre el caso "Olvidan tijeras en el cuerpo". Tomada de:  
«<http://www.planetacurioso.com/2011/04/06/cirujanos-olvidan-unas-tijeras-en-el-estomago-de-una-mujer-por-2-anos/>»
  - Reportaje de María JOSÉ RAYA, titulado "En Córdoba se produjo el milagro", respecto al caso "Extirpación de tumor y quimioterapia". Tomado de:  
«[http://www.diariocordoba.com/noticias/temadia/cordoba-produjo-milagro\\_1117839.html](http://www.diariocordoba.com/noticias/temadia/cordoba-produjo-milagro_1117839.html)»

- Reportaje de Cecilia ZULOETA, titulado "Le amputan pierna sana por equivocación en Hospital del Callao" y otros reportajes sobre el caso "Amputan pierna equivocada". Tomados de:  
 «<https://www.youtube.com/watch?v=CZ7KM6QKgwQ>»  
 «<https://www.youtube.com/watch?v=S7bsLj2MBIQ>»  
 «[https://www.youtube.com/watch?v=Yo-KBoLew\\_o](https://www.youtube.com/watch?v=Yo-KBoLew_o)»
  
- Noticias y casos de "Esterilización forzada no consentida". Tomados de:  
 «[http://www.defensoria.gob.pe/modules/Downloads/informes/defensoriales/informe\\_27.pdf](http://www.defensoria.gob.pe/modules/Downloads/informes/defensoriales/informe_27.pdf)»  
 «<http://ftp.kaosenlared.net/territorios/80974-per%C3%BA-siguen-sin-castigo-los-responsables-de-esterilizaciones-forzadas>»
  
- Noticias sobre casos de "Adicción a la cirugía estética". Tomadas de:  
 «<http://circoviral.net/esta-mujer-transgenero-ha-gastado-mas-de-50-mil-dolares-por-su-obsesion-por-el-cuerpo-perfecto/>»  
 «[http://www.clarin.com/entremujeres/belleza/estetica/creciente-adiccion-cirugias-esteticas\\_0\\_rkYS3x5PXg.html](http://www.clarin.com/entremujeres/belleza/estetica/creciente-adiccion-cirugias-esteticas_0_rkYS3x5PXg.html)»  
 «<https://www.youtube.com/watch?v=HwXMqMmYn-M>»  
 «<http://www.losmasraros.com/index.php/ciencia/111-10-locas-cirugias-plasticas-para-parecerse-a-alguien>»
  
- Noticia sobre caso de "Adolescente intersexual que quiere redefinir su sexo". Tomadas de:  
 «<http://blogs.harvard.edu/billofhealth/2015/03/05/m-c-v-aaronson-update/>»
  
- Noticias sobre un caso de "Transexualidad infantil". Tomadas de:  
 «<http://chrysalis.org.es/galicia-se-vuelca-en-la-historia-de-sara/>»  
 «<http://chrysalis.org.es/galicia-se-vuelca-en-la-historia-de-sara/>»  
 «[https://es.scribd.com/document/252235126/El-progreso-1#fullscreen&from\\_embed](https://es.scribd.com/document/252235126/El-progreso-1#fullscreen&from_embed)»  
 «[https://es.scribd.com/document/252235119/El-progreso-2#fullscreen&from\\_embed](https://es.scribd.com/document/252235119/El-progreso-2#fullscreen&from_embed)»
  
- Noticias sobre el caso del "Gemelo canadiense operado por error en circuncisión". Tomadas de:  
 CAREY, Benedict. John William Money, 84, Sexual Identity Researcher, Dies. En:  
 «<http://www.nytimes.com/2006/07/11/us/11money.html>»  
 «[http://www.bbc.com/mundo/noticias/2010/11/101125\\_cambio\\_genero\\_sexualidad\\_men.shtml](http://www.bbc.com/mundo/noticias/2010/11/101125_cambio_genero_sexualidad_men.shtml)»

- Entrevista realizada por Marcela Gotlib para C5N – Salud, sobre operación a bebe que tiene dos sexos y otras noticias sobre operaciones de cambio de sexo a menores. Tomadas de:
  - «[https://www.youtube.com/watch?v=Bjpr\\_3LASRI](https://www.youtube.com/watch?v=Bjpr_3LASRI)»
  - «[www.lavanguardia.com/vida/20100112/53868521943/el-pp-pide-crear-un-marco-legal-que-aclare-la-edad-a-la-que-un-menor-puede-hacer-un-cambio-de-sexo.html](http://www.lavanguardia.com/vida/20100112/53868521943/el-pp-pide-crear-un-marco-legal-que-aclare-la-edad-a-la-que-un-menor-puede-hacer-un-cambio-de-sexo.html)»
  
- Noticias sobre el caso en que “Inyectan botox a niña para concurso de belleza” y de otros casos similares. Tomadas de:
  - «[http://www.clarin.com/belleza/inyecta-botox-hija-anos-bien-ninos-nina-gran\\_bretana\\_0\\_Sktjhg9vmx.html](http://www.clarin.com/belleza/inyecta-botox-hija-anos-bien-ninos-nina-gran_bretana_0_Sktjhg9vmx.html)»
  - «<https://quivo.co/35174-madre-le-dio-inyecciones-de-botox-a-su-hija-de-8-anos-y-le-depilo-las-pierna.html>»
  - «<https://www.youtube.com/watch?v=ueuAWR8Wvlo>»
  - «[http://www.elmundo.es/america/2011/05/20/estados\\_unidos/1305913063.html](http://www.elmundo.es/america/2011/05/20/estados_unidos/1305913063.html)»
  
- Noticia sobre caso en el que inyectan “Botox en niños que sufren babeo incontrolado”. Tomada de:
  - «<http://www.elmundo.es/elmundosalud/2010/09/21/neurociencia/1285096118.html>»
  
- Noticia sobre un caso de “Liposucción a menor de 16 años”. Tomada de:
  - «<http://www.elpais.com.co/elpais/cali/noticias/boom-cirugias-esteticas-toca-adolescentes-calenos>»
  
- Noticia sobre las técnicas para revertir quirúrgicamente la esterilización tubárica. Tomada de:
  - «<https://es.trochefertility.com/reversion-de-la-esterilizacion.html>»
  
- Noticia sobre solicitudes de eutanasia planteadas por reclusos penitenciarios. Tomadas de:
  - «[http://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/01/150109\\_sociedad\\_belgica\\_eutanasia\\_presos\\_van\\_bleeken\\_ng](http://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/01/150109_sociedad_belgica_eutanasia_presos_van_bleeken_ng)»
  - «[http://politica.elpais.com/politica/2015/01/06/actualidad/1420579605\\_759158.html](http://politica.elpais.com/politica/2015/01/06/actualidad/1420579605_759158.html)»
  - «[http://www.milenio.com/internacional/Frank\\_Van\\_Den\\_Bleeken-eutanasia-suicidio-milenio\\_dominical\\_0\\_446955450.html](http://www.milenio.com/internacional/Frank_Van_Den_Bleeken-eutanasia-suicidio-milenio_dominical_0_446955450.html)»
  
- Noticias y videos sobre el suicidio colectivo del grupo Puerta del Cielo. Tomados de:
  - «<https://www.youtube.com/watch?v=m74KOFZYOWM>»
  - «[http://elpais.com/diario/1997/03/30/internacional/859676411\\_850215.html](http://elpais.com/diario/1997/03/30/internacional/859676411_850215.html)»

«<http://infocatolica.com/blog/infories.php/1503301027-se-cumplen-18-anos-del-suicid>»

- Noticias y videos sobre el caso "Tatúan "666" a niño por secta religiosa". Tomados de:  
«<http://sipse.com/mundo/tatuan-a-su-hjo-de-tres-anos-12786.html>»  
«<https://www.youtube.com/watch?v=UkZ-xFYCM0s>»
- Noticia sobre un suicidio colectivo en Guyana. Tomada de:  
«<http://www.lavanguardia.com/hemeroteca/20111118/54238245061/templo-del-pueblo-guyana-sectas-matanzas-suicidios-colectivos-asesinatos-en-masa-enigmas-jim-jones.html>»
- Reportaje sobre las mujeres padaung. Tomada de:  
«<https://www.youtube.com/watch?v=BL8ARB5FmsA>»
- Diccionario de la lengua española, Real Academia Española, vigésima segunda edición. Tomada de:  
« <http://dle.rae.es/> »

### **Jurisprudencia y dictámenes**

- Sentencia del 21 de marzo de 1950, emitida por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo Español (RJ 1980/394).
- Resolución del 2 de febrero de 1981, emitida por el Pleno del Tribunal Constitucional Español (RTC 1981/4).
- Sentencia del 11 de abril de 1985, emitida por el Pleno del Tribunal Constitucional Español (RTC 1985/53).
- Sentencia del 4 de junio de 1990, emitida por la Sala Penal del Tribunal Supremo Español (RJ 1990/5115).
- Sentencia número 120/1990, del 27 de junio de 1990, emitida por el Pleno del Tribunal Constitucional Español (RTC 1190/120).
- Sentencia número 137/1990, del 19 de julio de 1990, emitida por el Pleno del Tribunal Constitucional Español (RTC 1990/137).

- Sentencia número 215/1994, del 14 de julio de 1994, emitida por el Pleno del Tribunal Constitucional Español (RTC 1994/215).
- Resolución del 28 de noviembre de 1994, emitida por la Primera Sala del Tribunal Constitucional Español (RTC 1994/320).
- Sentencia del 23 de octubre de 1995, emitida por la Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional de Colombia, con ocasión del expediente T-65087. El texto completo de la sentencia puede verse en: «<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/t-477-95.htm>».
- Resolución del 28 de marzo de 1996, emitida por el Pleno del Tribunal Constitucional Español (RTC 1996/55).
- Resolución emitida el 25 de setiembre de 1996, con ocasión del expediente N° T-100472, por la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional de Colombia. El texto completo de la resolución puede verse en: «<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/t-474-96.htm>».
- Resolución del 16 de diciembre de 1996, emitida por la Primera Sala del Tribunal Constitucional Español (RTC 1996/207).
- Sentencia del 21 de junio de 1999, emitida por la Sala Penal del Tribunal Supremo Español (RJ 1999/5663).
- Auto emitido el 14 de marzo del 2002, por la Sección 18ª Audiencia Provincial de Barcelona (AC 2002/988).
- Sentencia número 1049/2002, del 05 de junio del 2002, emitida por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Español (RJ 2002/8035).
- Sentencia número 154/2002, del 18 de julio del 2002, emitida por el Pleno del Tribunal Constitucional Español (RTC 2002/154).
- Dictamen del 10 de octubre de 2002, recibido en el departamento de trámite y estadística procesal del Congreso de la República del Perú, recaído en los Proyectos de Ley Nros. 938/2001-CR, 1052/2001-CR, 1685/2001-CR, 3270/2001-CR, 3420/2002-CR, 3573/2002-CR y 4054/2002-CR, que proponen la derogación del Artículo 374º del Código Penal. El texto completo se puede ver en:

«[http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/TraDoc\\_condoc\\_2001.nsf/d99575da99ebf305256f2e006d1cf0/ecef413782aca463052575010061223d/\\$FILE/00938DCMAY101002.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/TraDoc_condoc_2001.nsf/d99575da99ebf305256f2e006d1cf0/ecef413782aca463052575010061223d/$FILE/00938DCMAY101002.pdf)».

- Sentencia del 6 de noviembre de 2002, emitida por la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Sevilla (JUR 2003/91167).
- Resolución emitida en el expediente N° 0008-2003-AI/TC, el 11 de noviembre de 2003, por el Tribunal Constitucional Peruano, con ocasión de la acción de inconstitucionalidad interpuesta contra el artículo 4º del Decreto de Urgencia N.º 140-2001. El texto completo de la resolución puede verse en: «[http://www.tc.gob.pe/tc\\_jurisprudencia\\_ant.php](http://www.tc.gob.pe/tc_jurisprudencia_ant.php)».
- HC 85237, Relator Ministro Celso de Mello, julgamento em 17 de marzo del 2005, Plenário, Publicação: Dj 29/04/2005 (sinopsis). En: «<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC+85237+RELATOR+MINISTRO+CELSO+DE+MELLO%29%28PLENO%2ESES%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/jp4fjw5>».
- Sentencia en el Expediente N° 2273-2005-PHC/TC, del 20 de abril de 2006, emitida por el Tribunal Constitucional Peruano.
- Decisión del 13 de noviembre del 2006, emitida por la Sección 5ª del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con ocasión del caso Jon Koldo Aparicio Benito contra España (JUR/2011/154588).
- Sentencia en el Expediente N° 12-2006-PI/TC, del 15 de diciembre de 2006, emitida por el Tribunal Constitucional Peruano, con ocasión de la Acción de Inconstitucionalidad planteada por la Decana del Colegio de Abogados de Lima contra determinadas normas del Decreto Legislativo N° 961, Código de Justicia Militar Policial.
- Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de España, emitido el 25 de enero del 2007 (JUR 2007/37022).
- Sentencia número 1194/2007, del 22 de noviembre del 2007 emitida por la Sección 1ª de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo Español (RJ 2007/8651).
- Sentencia número 449/2008, del 13 de mayo del 2008, emitida por la Sección 17ª de la Audiencia Provincial de Madrid (JUR/2008/177283).

- HC 94408, Relator Ministro Eros Grau, julgamento em 10 de febrero del 2009, Segunda Turma, Publicação: Dje-059 27/03/2009 (sinopsis). En: «<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC+94408%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/hmwwpxn>».
- Auto número 158/2009, del 14 de diciembre del 2009, emitido por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Asturias (AC 2010/309).
- Resolución del 28 de marzo de 2011, emitida por la Sala Segunda del Tribunal Constitucional Español, publicada en el Boletín Oficial del Estado número 101 del 28 de abril de 2011.
- Sentencia del 12 de abril del 2012, emitida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con ocasión del caso Stübing contra Alemania (TEDH 2012/36).
- Sentencia en el Expediente N° 8-2012-PI/TC, del 12 de diciembre de 2012, emitida por el Tribunal Constitucional Peruano, con ocasión de la Acción de Inconstitucionalidad planteada por 10,609 ciudadanos contra el artículo 173.3 del Código Penal.
- RE 627432 RG (Repercussão geral no recurso extraordinário Brasil), Relator Ministro Dias Toffoli, julgamento em 6 de março del 2014, Publicação: Dje-056, 21/03/2014 (sinopsis). En: «<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE+627432+RG%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/jjeu63s>».
- ADI 5136 MC, Relator Gilmar Mendes, julgamento em 1 de julho del 2014, Tribunal Pleno, Publicação: Dje-213, 30/10/2014. En: «<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI+5136+MC+RELATOR+GILMAR+MENDES%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/z4ngw6k>».
- Sentencia número 283/2014, del 7 de julio del 2014, emitida por la Sección 8ª de la Audiencia Provincial de Valencia (AC 2014/1834).
- Sentencia número 80/2015, del 26 de marzo del 2015 emitida por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Asturias (AC 2015/476).

- Sentencia del 7 de octubre del 2015, emitida por la Sala Unipersonal de la Primera Cámara del Trabajo de Mendoza (Argentina). La sentencia completa puede revisarse en: «<http://www.mendozapost.com/nota/54215-comenzo-el-traslado-de-los-restos-del-general-obrien-a-mendoza/>».
- Sentencia número 250/2016, del 13 de abril del 2016, emitida por la Sección 1ª de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo Español (RJ 2016/1495).
- Sentencia número 85/2016, del 19 de abril de 2016, emitida por la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza (ARP 2016/538).
- Sentencia número 216/2016, del 02 de mayo del 2016, emitida por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Alicante (JUR 2016/211916).
- Sentencia número 159, del 29 de setiembre del 2016, emitida por la Quinta Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba (Argentina), con ocasión del expediente 1558981/36. El texto completo de la sentencia se puede ver en: «[www.justiciacordoba.gob.ar/justiciacordoba/fileAdjunto.aspx?id=911](http://www.justiciacordoba.gob.ar/justiciacordoba/fileAdjunto.aspx?id=911)».

## **Normas jurídicas**

### **En España:**

- Constitución española
- Código Penal español
- Código Civil español
- Ley Orgánica 3/1989, Ley de actualización del Código Penal Ley 41/2002. Ley de Autonomía del Paciente
- Decreto 49/2009. Decreto que regula la Protección de las personas menores de edad que se someten a intervenciones de cirugía estética en Andalucía y creación del Registro de datos sobre intervenciones de cirugía estética realizadas a personas menores de edad en Andalucía
- Ley Orgánica 2/2010. Ley de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo
- Ley 42/2010. Ley por la que se modifica la Ley 28/2005, del 26 de diciembre, de medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco
- Decreto Legislativo 1/2011. Código de Derecho Foral de Aragón

- Ley Orgánica 1/2015. Ley por la que se modifica el Código Penal

**En Perú:**

- Constitución Política de 1979 del Perú
- Constitución Política de 1993 del Perú
- Código Penal peruano
- Código Procesal Penal peruano
- Código de Procedimientos Penales peruano
- Código de Niños y Adolescentes peruano
- Código Civil peruano
- Código Procesal Civil peruano
- Ley 27975. Ley que deroga el delito de desacato (Perú).
- Decreto Legislativo 921. Decreto Legislativo que establece el régimen jurídico de la cadena perpetua en la legislación nacional y el límite máximo de la pena para los delitos previstos en los artículos 2, 3, incisos b y c, 4, 5 y 9 del Decreto Ley N° 25475 (Perú)

**Otras normas:**

- Constitución de la República Federal Alemana
- Código Penal holandés
- Constitución de la República Federativa del Brasil
- Código Civil brasileiro
- Convenio Europeo sobre los derechos humanos y la biomedicina.
- Nota descriptiva N° 339 de julio del 2015 de la Organización Mundial de la Salud
- Reglas de Juego de la Federación Internacional de Fútbol Asociado (FIFA)
- Catecismo de la Iglesia Católica