

URS KINDHÄUSER
Profesor de Derecho Penal
Universidad de Bonn

TEORÍA DE LAS NORMAS Y SISTEMÁTICA DEL DELITO

REFLEXIONES DE TEORÍA DE LAS NORMAS ACERCA
DEL CONSENTIMIENTO EN EL DERECHO PENAL*



* Traducción de Juan Pablo Mañalich R.

I. Planteamiento del problema

1. De acuerdo con el principio *volenti non fit iniuria*¹, no realiza injusto penal alguno quien altera (negativamente) un bien jurídico individual con la aprobación previa de su titular. Dos vías se ofrecen para alcanzar dogmáticamente este resultado. De una parte, el menoscabo del bien jurídico efectuado con consentimiento del lesionado es visto como atípico, de modo tal que desde el principio el agente no contravendría prohibición de lesión alguna. Pero de otra parte el consentimiento también es conceptualizado como una permisión específica, que en el sentido de una causa de justificación excluiría entonces la prohibición general del menoscabo del bien correspondiente. Quienes defienden la primera vía entienden el consentimiento como un criterio que impide la imputación objetiva de la afectación del bien jurídico al tipo delictivo². Bajo esta interpretación, el consentimiento es un criterio de exclusión de la tipicidad³, y en cierta medida, por lo mismo, un elemento negativo del tipo. La posición contraria, dominante en la dogmática alemana⁴, favorece

¹ Así la tradicional formulación abreviada de la fórmula de ULPiano, *Nulla iniuria est, quae in volentem fiat*, (Digesto 47. 10. 1. 5).

² Así la formulación de ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, I, 4ª ed., 2006, § 11.

³ Así entre otros HORN, *Systematischer Kommentar*, 7ª, parcialmente 8ª ed., noviembre 2007, § 228 núm. marg. 2; KAUFMANN, *Festschrift für Klug*, t. 2, 1983, p. 277 (282); RÖNNAU, *Willensmängel bei der Einwilligung im Strafrecht*, 2001, pp. 92, 124; EL MISMO, *Jura*, 2002, p. 665 (666); ROXIN, *AT*, I, § 13/12 y ss.; RUDOLPHI, *ZStW* 86 (1974), pp. 68 (87 y s.); SCHLEHOFER, *Einwilligung und Einverständnis*, 1985, pp. 4 y ss.; WEIGEND, *ZStW*, 98 (1986), pp. 44 (60).

⁴ Así entre otros BGHSt 17, 359 (360); 23, 1 (3 y s); AMELUNG / EYMANN, *JuS*, 2001, p. 937 (938); BAUMANN / WEBER / MITSCH, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 1ª ed., 2003, § 17/93 y ss.; FISCHER, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 55ª ed., 2008, Vor § 32 núm. marg. 3c; GROPP, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3ª ed., 2005

la segunda vía enunciada y considera así la afectación de un bien jurídico efectuada con el consentimiento del afectado como en principio prohibida, y sólo excepcionalmente autorizada en razón del consentimiento.

La disputa acerca de la ordenación sistemática del consentimiento o bien como criterio de atipicidad o bien como causa de justificación a primera vista parece carecer de relevancia práctica en atención a la conclusión coincidente en cuanto a la ausencia de injusto⁵. La opción por una u otra vía parecería así ser nada más que una cuestión de estética dogmática. Esta impresión se ve reforzada en tanto uno, de conformidad con la así llamada teoría limitada de la culpabilidad, defendida por la jurisprudencia y la doctrina dominante, considera el error sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación como un error excluyente del dolo, con arreglo a lo cual un autor que realiza un tipo delictivo bajo la suposición errónea de contar con un consentimiento manifestado por la víctima a lo sumo puede ser sancionado a título de delito imprudente⁶.

En manifiesto contraste con esta impresión de la falta de relevancia práctica de la pregunta por la ordenación sistemática del consentimiento cabe constatar, sin embargo, la gran cantidad de aproximaciones pormenorizadas a la temática existentes en la bibliografía de la ciencia jurídico-penal, lo cual ciertamente vale para la literatura más reciente⁷. A este interés subyace una razón de peso. Pues

—como ha de mostrarse— si bien ambas vías de solución alcanzan el mismo resultado de una exclusión del injusto, ambas construcciones descansan respectivamente en fundamentos altamente dudosos. El problema de verdad no se encuentra tanto en la opción por una de los dos construcciones rivales, sino mucho más en encontrar una vía de solución que de hecho sea plausible.

2. La problemática se vuelve patente si uno considera dos preceptos del Código Penal alemán. De conformidad con el § 216, matar a otro también está prohibido si el autor ha sido determinado a ello «por requerimiento explícito y serio del occiso»; sólo el marco penal aplicable se ve significativamente reducido respecto de la pena correspondiente al tipo básico del homicidio del § 212. Y por su parte, el § 228 prevé que aquel que «efectúa una lesión corporal con el consentimiento de la persona lesionada» sólo actúa antijurídicamente «si a pesar del consentimiento el hecho atenta contra las buenas costumbres».

Con arreglo a esto, el principio *volenti non fit iniuria* deja de ser eficaz bajo los presupuestos de los §§ 212 y 218 del Código Penal alemán. Para los partidarios de la doctrina de la exclusión del tipo, estas dos restricciones de la posibilidad de un consentimiento traen consigo dificultades significativas. Pues los defensores de esta doctrina conciben los bienes individuales jurídico-penalmente protegidos como designación prototípica de las posibilidades del libre desarrollo de la personalidad y por ello niegan ya, en caso de un consentimiento, una afectación del bien jurídico respectivo. Una acción congruente con la disposición del titular del bien jurídico no menoscabaría su libre desenvolvimiento, sino que sería, por el contrario, expresión del mismo⁸. En relación con el delito de las lesiones corporales resulta entonces lo siguiente: si la intervención en la integridad corporal de

(AT), § 6/56; HEINRICH, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, I, 2005 núm. marg. 438; JESCHECK / WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, 5ª ed., 1996 (AT), § 34 I 3; KÖHLER, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 1997, pp. 245 y s.; KÜHL, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 5ª ed., 2005 (AT), § 9/22 y ss.; OTTO, *Jura*, 2004, p. 679 (680); PAEFFGEN, en KINDHÄUSER, NEUMANN, PAEFFGEN (Hrsg.), *Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 2ª ed., 2005 (NK), § 228 núm. marg. 8; STRATENWERTH / KÜHLEN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 5ª ed., 2004, § 9/9; WESSELS / BEULKE, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 37ª ed., 2007 (AT), núm. marg. 361, 370.

⁵ Véase también RÖNNAU, (nota 3), pp. 19 y s.

⁶ Más de cerca PUPPE, NK, § 16 núm. marg. 137 y ss., con argumentos ulteriores.

⁷ GÖBEL, *Die Einwilligung im Strafrecht als Ausprägung des Selbstbestimmungsrechts*, 1992, pp. 66 y ss.; INGELFINGER, *Grundlagen und*

Grenzbereiche des Tötungsverbots, 2004, pp. 196 y ss.; RINCK, *Der zweistufige Deliktsaufbau*, 2000, pp. 28 y ss.; STERNBERG-LIEBEN, *Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht*, 1997, pp. 57 y ss.; desde el punto de vista del derecho privado OHLY, «*Volenti non fit iniuria*» – *Die Einwilligung im Privatrecht*, 2002, pp. 124 y ss.; véase las ulteriores indicaciones en RÖNNAU (nota 3), p. 12 y ss.; ROXIN, AT, I, § 13.

⁸ Véase sólo RÖNNAU (nota 3), p. 17; ROXIN, AT I, § 13 núm. marg. 12; WEIGEND, ZStW 98, 1986, p. 44 (61), con fundamentos ulteriores respectivamente.

una persona sólo realiza el tipo de las lesiones corporales bajo el presupuesto de que el hecho atente contra las buenas costumbres, entonces esta norma no puede proteger el libre desenvolvimiento del portador del bien jurídico, sino sólo las buenas costumbres. Pues entonces el atentado contra las buenas costumbres fundamenta exclusivamente el injusto. La prohibición de las lesiones corporales, sin embargo, difícilmente pueda servir al fin de proteger primariamente el bien colectivo de las buenas costumbres.

Dificultades similares para la doctrina de la exclusión del tipo se siguen de la punibilidad del homicidio a requerimiento. Si el dar muerte a otro puede no representar una lesión del bien jurídico «vida», el fundamento de la prohibición no podría encontrarse entonces en la protección de este bien jurídico. La salida de reformular la prohibición del homicidio a requerimiento como la prohibición de un delito de peligro abstracto para la protección frente a una eventual precipitación en el manejo de la propia vida, parece artificiosa y es poco convincente⁹. Que el tipo delictivo del precepto presuponga un requerimiento expreso y serio del occiso, muestra que el consentimiento típico desde el principio no puede tener el carácter de una decisión precipitada. Y además no hay controversia alguna acerca de que el dar muerte a otro también realiza el tipo si en el caso concreto no hay duda en cuanto a la seriedad de la voluntad de morir. Finalmente, la posición formal del § 216 en el respectivo sistema de delitos indica claramente que en este precepto se trata de un tipo privilegiado frente al homicidio simple¹⁰.

Con arreglo a la ordenación tradicional del consentimiento dentro de las causas de justificación, también los bienes jurídicos individuales habrían de ser protegidos con independencia de la voluntad de su titular, de modo tal que el consentimiento sería una razón especial que excepcionalmente autoriza la intervención en el bien¹¹. Esta

⁹ Así JAKOBS, *Festschrift für Arthur Kaufmann*, 1993, p. 459 (467 y s.).

¹⁰ Entre el tipo del homicidio menos grave del § 213 StGB y el tipo privilegiado (ya derogado) del infanticidio del § 217 StGB en su versión antigua.

¹¹ Acerca de las posiciones encontradas en el desarrollo histórico de la doctrina del consentimiento véase HONIG, *Die Einwilligung des Verletzten*, parte I, 1919, pp. 32 y ss., 46 y ss., 60 y ss.

razón es identificada a veces con la falta de interés de protección del titular del bien jurídico¹², a veces con el derecho a la autodeterminación del individuo¹³. Las consecuencias de esto, nuevamente de cara a las lesiones corporales, están lejos de ser más atractivas. ¿Puede efectivamente sostenerse que un médico que efectúa una intervención curativa por cirugía contraviene la prohibición de las lesiones corporales y sólo resulta justificado en virtud del consentimiento del paciente, tal como uno está justificado en una situación de legítima defensa o estado de necesidad?

Igualmente problemática es esta solución con la vista puesta en el tipo del homicidio a requerimiento. Si el consentimiento fuese una causa de justificación, entonces el mismo difícilmente podría reducir el injusto típico a modo de privilegio, resultando así incomprensible por qué el requerimiento expreso y serio aparece formulado como un elemento del tipo.

3. El problema que se esconde detrás de la ordenación sistemática del consentimiento parece ser el siguiente: de un lado, hay una ventaja formal en tratar el consentimiento como una causa de justificación, mientras que de otro parece materialmente más plausible, habiendo consentimiento, negar o en todo caso tener por reducido el injusto típico.

En lo que sigue ha de mostrarse que las dificultades que trae consigo la clasificación sistemática del consentimiento no son fortuitas. El consentimiento no es un elemento negativo del tipo cuya satisfacción conduzca a la exclusión del tipo, como tampoco una causa de justificación en el sentido tradicional. Se trata, antes bien, de una exclusión del injusto *sui generis*, y más precisamente: una razón que bajo deter-

¹² Véase BGHSt 17, p. 359 (360); AMELUNG, *Die Einwilligung in die Beeinträchtigung eines Grundrechtsgutes*, 1981, pp. 13, 26 y ss.; WESSELS / BEULKE, AT, núm. marg. 370; HONIG (nota 11), pp. 116 y ss.; KÜHL, AT, § 9 núm. marg. 23; LENCKNER, ZStW, 72, 1960, p. 446 (455); LISZT / SCHMIDT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 22ª ed., 1919, pp. 148 y s.; MEZGER, GS, 89, 1924, p. 207 (270 y ss.); WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11ª ed., 1969, p. 95.

¹³ Fundamental NOLL, ZStW, 77, 1965, p. 1 (14 y ss.); adicionalmente DÖLLING, GA, 1984, p. 71 (83 y s., 91); GEPPERT, ZStW, 83, 1971, p. 947 (952 y ss.); JESCHECK/WEIGEND, AT, § 34 II 3; KARGL, JZ, 1999, p. 72 (77); OTTO, *Festschrift für Geerds*, 1995, p. 603 (609).

minados presupuestos suprime la validez de la norma de prohibición respectiva. Para fundamentar esto habrá que examinar por de pronto la función de las causas de justificación. Esto exige echar un vistazo a la estructura de las normas jurídico-penales.

II. Colisiones de normas

1. El Derecho Penal conoce dos clases de normas: normas de sanción y normas de comportamiento. Las normas de sanción son directivas de conducta para el cuadro de funcionarios encargado de la persecución y jurisdicción penal. Ellas enuncian las condiciones bajo las cuales un comportamiento ha de ser sancionado penalmente¹⁴. El contenido de las normas de sanción penal se deja extraer de los tipos delictivos de la parte especial, de las reglas generales de imputación y de los presupuestos del proceso penal. Entre los presupuestos necesarios de cada norma de sanción figura la condición de que la persona a ser sancionada haya cometido un injusto, esto es, que a través de su comportamiento haya expresado no querer acatar las exigencias de comportamiento jurídicamente correcto.

Las exigencias de comportamiento jurídicamente correcto se obtienen de las normas de comportamiento dirigidas o bien a cualquier persona o bien sólo a personas especialmente obligadas. Estas normas de comportamiento, según su contenido respectivo, se dejan subdividir en cuatro clases: prohibiciones que proscriben un determinado comportamiento, mandatos que prescriben un determinado comportamiento, permisiones que autorizan un determinado comportamiento y exenciones que autorizan la omisión de un comportamiento. En este sentido, las permisiones son la contrapartida a las prohibiciones y las exenciones la contrapartida a los mandatos.

El contenido de las prohibiciones y mandatos jurídico-penales se deja extraer a modo de formulación contradictoria de los tipos delictivos de la parte especial. Así, si el tipo delictivo dice que el dar muerte a otro ser humano, satisfaciéndose los presupuestos adicionales de una norma de sanción penal, es punible, entonces la prohibición

¹⁴ En detalle acerca de la estructura de las normas de sanción jurídico-penal KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, 1989, pp. 29 y ss., 153 y ss., con fundamentos ulteriores.

dirigida a toda persona indica que está prohibido matar a otro ser humano. Las permisiones y exenciones se hallan, en parte, expresamente regladas en el código penal, como es el caso tratándose de la legítima defensa o el estado de necesidad. Pero ellas también pueden ser extraídas de la totalidad del ordenamiento jurídico. Regulaciones de derecho público o privado, pero también regulaciones no escrituradas que autorizan la ejecución de un comportamiento, por principio valen también como permisiones en Derecho Penal.

2. Las exigencias de comportamiento jurídicamente correcto se obtienen de la conjunción de las normas de comportamiento que son relevantes para la evaluación de un caso concreto. En la medida en que sólo una determinada norma resulta aplicable a una situación, no se presenta problema alguno: sólo esta norma será entonces determinante. Así, quien lesiona corporalmente a otro contra su voluntad, sin contar con una permisión para ello, se comporta de modo objetivamente antijurídico en el sentido de la prohibición de las lesiones corporales. Lo mismo vale si varias normas de la misma clase resultan aplicables a una situación, así por ejemplo varias prohibiciones. En un caso tal, el comportamiento es antijurídico por diferentes razones. En cambio, si en la valoración de una determinada situación resultan aplicables normas de clases contrapuestas entre sí, entonces la valoración jurídica resulta contradictoria en ese mismo nivel lógico¹⁵. Éste es el caso, por ejemplo, cuando un comportamiento está simultáneamente permitido y prohibido, o bien simultáneamente prohibido y ordenado.

Puesto que todas las normas del derecho se hallan sujetas al principio de no-contradicción, la colisión entre normas ha de ser solucionada en un nivel lógicamente superior, abriéndose así dos posibilidades. De una parte, una de las normas puede prevalecer de modo irrestricto frente a la otra. Entonces sólo vale la norma prevalente. La prohibición de las lesiones corporales resulta completamente despla-

¹⁵ De colisiones de normas en que los contenidos de las directivas de conducta resultan conceptualmente incompatibles entre sí se diferencian las colisiones de deberes referidas a la incapacidad (física) del destinatario de la norma de seguir todas las directivas de conducta aplicables en el caso concreto. Las colisiones de deberes en este sentido no son de interés en este contexto.

zada, por ejemplo, por la permisón de la legítima defensa, si el agente sólo puede repeler una determinada agresión peligrosa para su vida lesionando corporalmente al agresor. De otra parte, puede ser que una norma sólo desplace a la otra de modo restringido. Éste es el caso por ejemplo, de acuerdo con el derecho alemán, si el que se defiende ha provocado la agresión; en una situación tal, él sólo puede defenderse lesionando corporalmente al agresor en caso de no poder retirarse o protegerse de otro modo¹⁶.

3. La alternativa de solucionar las colisiones de normas en un nivel lógicamente superior, recurriendo a reglas de colisión, resulta formalmente impuesta en cada sistema de normas que ha de ser aplicable bajo la máxima de proveer claras directivas de conducta para cada situación posible. Pero ciertamente –y ello es importante en nuestro contexto–, uno también puede evitar las colisiones sujetando la norma desde el principio a una cierta reserva. Así, podría prohibirse el dañar una cosa ajena siempre que así no haya de evitarse un menoscabo considerablemente mayor para otro bien jurídico. La prohibición del daño de cosas se encontraría entonces sujeta a la reserva del impedimento de un estado de necesidad. Célebremente, la así llamada teoría de los elementos negativos del tipo intenta integrar permisiones, bajo formulación invertida, en los tipos de prohibición¹⁷.

WELZEL opuso a la teoría de los elementos negativos del tipo el sugestivo argumento de que el matar un mosquito sería algo distinto de matar a un ser humano en legítima defensa¹⁸. Este argumento evidentemente falla en cuanto a la concreta exigencia de conducta. Pues de conformidad con el derecho, matar un mosquito está tan permitido como matar a un ser humano en legítima defensa. En el nivel de la concreta directiva de conducta, el juicio correspondiente reza en ambos casos: permitido.

¹⁶ BGHSt, 24, p. 356; 26, p. 143 (145 ff.); 39, p. 374 (379 y ss.); BGH NStZ 2002, p. 425 (426 y s.); ERB, *Münchener Kommentar*, t. 1, 2003, § 32 núm. marg. 199.

¹⁷ Fundamental MERKEL, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 1889, p. 82; véase también BAUMGARTEN, *Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 1913, pp. 217 y ss.; OTTO, *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre*, 7ª ed., 2004, § 5 núm. marg. 24 y ss.; RINCK (nota 7), pp. 309 y ss.

¹⁸ WELZEL (nota 12), p. 81; KAUFMANN, Armin, *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert*, 1982, p. 55.

Pero en cuanto a los presupuestos bajo los cuales se llega a la concreta exigencia de conducta, el argumento es correcto. Por falta de una prohibición correspondiente, no existe razón alguna en contra de matar un mosquito. Pero sí hay una razón en contra de dar muerte a un ser humano, y esta razón tiene un peso tal que la prohibición de matar pertenece a las normas elementales del sistema jurídico. Y para que la prohibición de matar no rija, tiene que haber razones contrapuestas cuyo peso sea extraordinariamente significativo. Lo cual quiere decir: también cuando la razón contra el dar muerte a un ser humano pueda eventualmente dejar de valer en atención a las razones contrapuestas que hablan a favor de la permisón de la legítima defensa, aquélla subsiste como razón para la acción. En cierta medida, esta razón para la acción es como la espada de Damocles que queda suspendida detrás de la permisón de la legítima defensa, y que al menor sobrepaso de los límites de la autorización cae y vuelve a convertir el comportamiento en prohibido¹⁹.

Tampoco el defensor de la teoría de los elementos negativos del tipo logra eludir el problema de tener que fundamentar precisamente la concreta directiva de conducta. Él también tiene que explicar exactamente en qué medida los elementos negativos del tipo limitan a los positivos y *vice versa*. Es decir, la teoría de los elementos negativos del tipo también tiene que resolver el problema material que se esconde detrás de las colisiones de normas, a saber: la concurrencia de razones contrapuestas para actuar. Y en tal medida es más claro y simple distinguir desde el principio entre las razones que hablan a favor de una prohibición y las razones que hablan a favor de una permisón²⁰.

4. Quien acepta esto, se ve expuesto al problema consiguiente de tener que proveer criterios para la diferenciación de los tipos delictivos y las causas de justificación. Pues el Derecho Penal sólo excepcionalmente protege bienes jurídicos en términos absolutos, como en el caso

¹⁹ Que la vía de fundamentación no se deja ignorar meramente por el resultado lo desconoce LESCH, en *Dona Scripta der Kanzlei RSDS*, 2000, p. 283 (298 y ss.).

²⁰ Esto vale en particular si uno considera que cada condición negativa del tipo se deja transformar sin más en una causa de justificación formulada positivamente, véase también HRUSCHKA, *Festschrift für Dreher*, 1977, p. 189.

de la prohibición de matar. En el caso normal, en cambio, el Derecho Penal prevé restricciones más o menos considerables. Así, por ejemplo, bajo el Derecho Penal alemán la prohibición de causar lesiones corporales no comprende el maltrato psíquico carente de efectos psicosomáticos²¹. O para dar otro ejemplo: la irrogación de un perjuicio patrimonial sólo se encuentra prohibida a título de estafa (§ 263 del Código Penal alemán) bajo el presupuesto de que el autor persiga la obtención de un beneficio. ¿Se trata aquí de restricciones constitutivas de elementos específicamente relevantes del tipo, o más bien de circunstancias que también podrían formularse como causas de justificación y que sólo están encubiertas como elementos negativos del tipo? Parece evidente que de la respuesta a esta pregunta también dependerá la respuesta a nuestra pregunta inicial acerca de la posición del consentimiento del lesionado en la construcción sistemática del hecho punible.

Si una norma prevé restricciones inmanentes, esto cuenta como indicio de que esta norma es el producto de una concurrencia de diversas razones contrapuestas, esto es, que ella tiene carácter de solución de compromiso. Esto se hace particularmente claro en el ámbito de la protección jurídico-penal del patrimonio, donde los antagonismos relevantes son igualmente fáciles de reconocer. El patrimonio no es protegido absolutamente respecto de cualquier menoscabo, sino sólo frente a determinadas formas de ataque –tales como la sustracción, la coacción, el engaño o el aprovechamiento de una posición especial de confianza. En esta medida, las normas jurídico-penales que protegen el patrimonio pueden ser entendidas como coordinaciones de intereses contrapuestos. De un lado se encuentra la libertad general de acción de un participante en el tráfico negocial y del otro el patrimonio como el conjunto de las posibilidades objetuales del libre desarrollo de la personalidad. La norma jurídico-penal de comportamiento interviene en este libre juego de fuerzas, designando las condiciones bajo las cuales la libertad general de acción del destinatario de la norma es restringida a favor de la protección del patrimonio ajeno: aquél debe abstenerse de menoscabar un patrimonio ajeno

²¹ BGH StV 1998, p. 76; NK-Paeffgen, § 223 núm. marg. 3, con fundamentos ulteriores.

mediante sustracción, coacción, engaño o aprovechamiento de una posición especial de confianza.

Este modelo de la coordinación de la libertad general de acción del destinatario de una norma y determinados intereses protegidos vale para cada norma de comportamiento del Derecho Penal. Y aquí ha de observarse que la libertad general de acción es en sí misma un bien constitucionalmente protegido²², el cual sólo puede ser restringido en atención a intereses de protección particularmente importantes²³. Y a esto se agrega que en el Derecho Penal la restricción de la libertad general de acción aparece sometida a una intervención particularmente intensa representada por la conminación legal de la pena. Aquí se halla una de las razones fundamentales para el así llamado carácter fragmentario del Derecho Penal.

De lo que se trata en las normas de comportamiento del Derecho Penal es de una coordinación del bien de la libertad general de acción del destinatario de la norma con los bienes jurídicos respectivamente protegidos, esto es, el patrimonio, la integridad corporal, la libertad de desenvolvimiento sexual, el honor, etcétera. Una norma jurídico-penal de comportamiento concierne así, en el caso normal²⁴, sólo dos intereses contrapuestos que han de ser coordinados de modo tal que sean identificadas las condiciones bajo las cuales la libertad general de acción claramente ceda frente al respectivo interés protegido. Esta coordinación

²² Véase Art. 2 Ap. 1 de la Ley Fundamental; sobre esto JARASS / Pieroth, GG-Kommentar, 9ª ed. 2007, Art. 2 núm. marg. 3; SACHS / MURSWIEK, GG-Kommentar, 4ª ed., 2007, Art. 2 núm. marg. 10, 42 y ss.

²³ Acerca de la «referencia constitucional» de la protección jurídico-penal de bienes jurídicos véase también FIGUEIREDO DIAS, *Festschrift für Roxin*, 2001, p. 531 (539 y s.).

²⁴ Se entiende por sí mismo que varias coordinaciones de intereses pueden ser conjuntamente formuladas en una misma norma. Así por ejemplo, la norma que subyace al delito de puesta en peligro del tráfico vehicular (§ 315c del Código Penal alemán) protege la salud corporal, la vida y cosas de valor significativo. La cuestión de si uno aquí combina tres coordinaciones de intereses (alternativas) en una norma o formula tres normas de comportamiento independientes, es una mera pregunta formal de técnica legislativa. Eventualmente, recién a partir de la combinación cumulativa de varios intereses de protección puede que resulte una razón suficiente para restringir, en el sentido de una norma de comportamiento, la libertad general de acción.

es abstracta en dos sentidos distintos. Ella hace abstracción, primero, del concreto titular del bien jurídico protegido y así también de la pregunta de si una determinada persona en una determinada situación tiene efectivamente interés en que el bien jurídico que se le adscribe permanezca salvaguardado. Y la coordinación de los intereses hace abstracción, en segundo término, de razones ulteriores que pudieran jugar un rol en la evaluación de un conflicto dado.

5. A continuación ha de considerarse más de cerca la segunda forma de abstracción, que consiste en obviar razones ulteriores que pudieran tener relevancia para la valoración jurídico-penal de una concreta situación de conflicto. Esta abstracción resulta necesaria ya por consideraciones prácticas, dado que resulta completamente imposible formular por adelantado exigencias de conducta concretas para toda situación vital imaginable. Sólo se dejan establecer reglas de decisión con carácter de principios, con ayuda de las cuales pueda obtenerse entonces, a través de una ponderación de los intereses contrapuestos, la exigencia de conducta para el caso concreto.

Con arreglo a este modelo, en el Derecho Penal pueden juzgarse los conflictos relevantes en tres pasos sucesivos. Primero ha de probarse si un suceso cae bajo un tipo delictivo. De afirmarse esto, entonces ya se ha establecido que un comportamiento está prohibido de acuerdo con la coordinación general de la libertad de acción del autor como destinatario de la norma con respecto al bien jurídico protegido. En un segundo paso se indaga en posibles razones que pudieran hablar a favor de una valoración diferente del hecho, preguntándose si han de considerarse ulteriores intereses eventualmente merecedores de protección. Éstos pueden ser intereses del autor, intereses de la víctima o intereses de la generalidad. Identificándose tales intereses—por ejemplo en atención a una situación de legítima defensa o a un estado de necesidad—, entonces ha de preguntarse, en un tercer paso, cuál de las razones contrapuestas desplaza, y en qué medida, a las demás. El resultado de este triple paso es el concreto enunciado normativo acerca de la conformidad o contrariedad a derecho del comportamiento evaluado.

Si se traslada este procedimiento de valoración jurídico-penal de formas de comportamiento a la diferenciación entre tipos delictivos y causas de justificación, lo que se obtiene es una respuesta simple a la

pregunta de qué elementos han de asignarse al tipo y cuáles a una determinada causa de justificación: elementos de un tipo delictivo son todas aquellas circunstancias de importancia para la coordinación abstracta de la libertad general de acción del destinatario de la norma y el objeto de protección relevante. A una causa de justificación pertenecen, en cambio, todas aquellas circunstancias que traen en consideración ulteriores intereses merecedores de protección, así por ejemplo, en el estado de necesidad, el peligro para un bien que claramente prepondera sobre el valor del bien afectado; o en la legítima defensa, la conservación del bien agredido así como el valor colectivo de la validez de la norma que es desautorizada por la agresión en cuestión.

De acuerdo con esto, el consentimiento del lesionado no puede constituir una causa de justificación. Pues el mismo concierne exclusivamente la relación entre autor y víctima referida al estado del bien jurídico protegido. Esto vale tanto para la concepción del consentimiento como renuncia a la protección jurídica²⁵ como para la concepción que lo entiende como expresión de una facultad de disposición del titular que tendría rango superior frente al bien jurídico respectivo²⁶. En todo caso, con la referencia al consentimiento del lesionado no es traído a colación interés alguno que tenga que ser considerado más allá de la norma prohibitiva correspondiente. Antes bien, se trata exclusivamente de la pregunta de si en el caso concreto también pueden reclamar pertinencia las razones que en general hablan a favor de la validez de esta norma.

III. El consentimiento como causa de justificación extra-sistemática

Según HRUSCHKA, el consentimiento del lesionado pertenece a las así llamadas causas de justificación extra-sistemáticas²⁷. Como una tal causa de justificación ha de entenderse una condición bajo la cual decae el deber de seguir las normas de un sistema normativo. Puesto que esta condición vale tratándose de toda norma, de acuerdo con su naturaleza lógica ella representa una meta-regla respecto del sistema de normas respectivo, independientemente de que ella también

²⁵ Véase las indicaciones en la nota 12.

²⁶ Véase las indicaciones en la nota 13.

²⁷ HRUSCHKA, *Festschrift für Dreher*, pp. 189 y ss.

pueda ser (declarativamente) formulada al interior de ese sistema, explícitamente, como causa de justificación.

HRUSCHKA fundamenta el carácter extra-sistemático del consentimiento con el argumento de que del concepto de deber se seguiría lógicamente que su cumplimiento siempre se adeudaría a alguien²⁸. Dado que aquel a quien el cumplimiento del deber se adeuda puede exonerar al obligado de su deber, con el consentimiento, interpretado como liberación de deber, se excluiría la posibilidad de una infracción de deber. Quien consiente jamás podría –de conformidad con el principio *volenti non fit iniuria*– sufrir un injusto.

Esta conclusión es tan plausible en abstracto –por ser formalmente correcta– como poco plausible su aplicación concreta a la institución del consentimiento en el Derecho Penal. Ciertamente es efectiva la fuerza liberadora de deber de un consentimiento en relaciones jurídicas (particularmente obligacionales) bilaterales. El acreedor puede liberar a su deudor de su respectivo deber de prestación, de modo tal que por ausencia de deber ya no sea concebible una infracción de deber. Sin embargo, las normas del Derecho Penal tienen carácter de normas de derecho público, de manera tal que aquel a quien el destinatario de la norma adeuda su seguimiento sólo puede ser el Estado²⁹. El paralelo con la exoneración del deudor de un deber de prestación en derecho privado sería por ejemplo la cancelación de la norma a través de los órganos legislativos del Estado. O bien se podría pensar en ver las licencias autorizaciones justificantes emitidas por funcionarios estatales como un «consentimiento» en el sentido de una causa de justificación extra-sistemática. Pero en ningún caso es el titular del bien jurídico individual jurídico-penalmente protegido el «acreedor» del deber de prestación jurídico-penal, de modo tal que a él tampoco puede reconocerse *per se* la posibilidad jurídica de una exoneración autónoma del destinatario de la norma respecto de su obligación.

La salida de atribuir a las normas jurídico-penales una doble función, a saber, considerando el deber de prestación como deuda tanto frente al títu-

²⁸ HRUSCHKA, *Festschrift für Dreher*, p. 189 (197 y s.).

²⁹ Esto vale con total independencia de si los bienes protegidos mediante la norma se conciben estatal o personalmente; a quién sirve el deber y a quién se adeuda su cumplimiento, son preguntas diferentes.

lar del bien jurídico como frente a la «sociedad»³⁰, resulta –con fundamento en la *lex lata*– excluida. Pues no sólo sería inconducente traer a colación la «sociedad» como un acreedor, que como tal no es capaz de articulación y por lo mismo no puede extender consentimientos –por ejemplo en el sentido de autorizaciones o licencias. Antes bien y sobre todo, las normas jurídico-penales no fundamentan inmediatamente derechos subjetivos de los titulares de los bienes jurídicos afectados frente al autor. Para las relaciones de coordinación de los ciudadanos entre sí es el derecho civil la materia jurídica pertinente, que en el § 823, apartado 1º, del Código Civil³¹ concede directamente pretensiones indemnizatorias resultantes del menoscabo delictivo de derechos absolutos y que también mediatamente, a través del § 823, apartado 2º³², reconoce la vulneración de leyes de protección como fundamento de pretensiones indemnizatorias del lesionado. La disposición del § 823 apartado 2º sería superflua si ya el Derecho Penal concediese un derecho subjetivo absoluto frente a cualquiera.

Las normas de comportamiento del Derecho Penal son fundamentos de obligaciones, cuyo seguimiento por parte de sus destinatarios es exigido categóricamente por el Estado en tanto «acreedor». Esto no excluye en modo alguno que el interés protegido, que bajo las condiciones típicamente enunciadas prevalece sobre la libertad general de acción, pueda tener la estructura de un derecho subjetivo. Ejemplos de tales intereses protegidos son el derecho a la vida, a la integridad corporal, a la libertad de desplazamiento o bien la propiedad. Así, quien lesiona corporalmente a otro infringe en doble medida un deber: de una parte el deber de respetar el derecho absoluto a la integridad corporal de la víctima en el sentido del § 823 apartado 1º del

³⁰ Así empero HRUSCHKA, *Festschrift für Dreher*, p. 189 (198), en referencia ilustrativa al § 216 del Código Penal alemán.

³¹ El § 823 Ap. 1 del Código Civil alemán reza: «Quien dolosa o imprudentemente lesione la vida, el cuerpo, la salud, la propiedad o algún derecho de otro de modo contrario a derecho, está obligado frente al otro a compensar el daño de ello resultante».

³² El § 823 Ap. 2 del Código Civil alemán reza: «La misma obligación recae sobre aquel que contraviene una ley que persigue la protección de otro. Siendo posible, de acuerdo con el contenido de la ley, una contravención de ésta aun sin infracción culpable, el deber compensatorio sólo se origina en caso de infracción culpable».

Código Civil, y de otra el deber de observar la prohibición de lesiones corporales del § 223 del Código Penal.

De esto se sigue que el consentimiento del lesionado en el Derecho Penal vigente –y aquí sólo se trata de éste– no puede constituir una causa de justificación extra-sistemática. Puesto que el destinatario de la norma y el titular del bien jurídico individual protegido no se encuentran en relación de coordinación (como en el derecho civil), pero tampoco en relación de subordinación (como en la relación Estado-ciudadano), el consentimiento del lesionado *per se*, esto es: como mero *factum*, no puede tener efectos jurídico-penalmente relevantes. Pues en el Derecho Penal sólo se encuentran directamente enfrentados el ciudadano como destinatario de la norma y el Estado como emisor de la norma. Ciertamente, esto no excluye que el Estado pueda hacer (total o parcialmente) dependiente el deber de seguir la norma de los intereses concretos de conservación del lesionado. El deber de seguir la norma se encuentra entonces sujeto a la condición negativa de que el lesionado no haya manifestado, bajo determinados presupuestos, un interés faltante en la conservación del bien. Pero antes de desarrollar pormenorizadamente esta idea, ha de ponerse la mirada sobre la doctrina que concibe el consentimiento como un elemento negativo de los tipos delictivos que protegen bienes individuales.

IV. El consentimiento como elemento negativo del tipo

1. No pudiendo clasificarse el consentimiento del lesionado como una causa de justificación, podría plantearse su ordenación como un elemento negativo del tipo. A favor de esta solución se ofrecen dos puntos de partida. De una parte sería posible sostener que la alteración de un bien jurídico efectuada con el consentimiento de su titular no ha de valorarse como un menoscabo. De otra sería posible argumentar que no hay diferencia alguna en si el lesionado mismo menoscaba atípicamente su bien o si en cambio deja que otro efectúe el menoscabo por él.

2. El primer argumento mencionado pareciera contar con una alta plausibilidad para casos típicos de la vida cotidiana. ¿Por qué habría que considerar la realización de un tatuaje en el brazo como un menoscabo de la integridad corporal si su portador está feliz con ello? ¿O por qué debería constituir un daño de cosa que alguien quita que la vieja cerca de su jardín sea desmantelada y reemplazada

por una nueva? ¿No debería uno dejar que sea exclusivamente el titular del bien quien responda la pregunta de si su alteración ha de verse como favorable, neutral o perjudicial? Uno podría dar todavía un paso más y declarar la libertad de disposición sobre un determinado bien como bien jurídico en sí mismo. Entonces ya no sería la integridad corporal, sino la libertad de un ser humano de poder disponer sobre el estado de su cuerpo, lo que sería protegido a través de la prohibición de las lesiones corporales. Una concepción tal parecería ser aun más atractiva cuando uno define los bienes jurídicos como propiedades de personas, cosas e instituciones que sirven al libre desenvolvimiento del individuo en una sociedad constituida como Estado social y democrático de derecho³³.

Sin embargo, existe un argumento concluyente en contra de la negación de un menoscabo típico habiendo consentimiento del titular del bien jurídico. Si la alteración de un bien efectuada con el consentimiento del titular *per se* no pudiera representar un menoscabo, entonces sería conceptualmente imposible asociar consecuencias jurídicas a alteraciones perjudiciales de bienes que han sido consentidas por su titular. Así, mátese que una persona que se encuentra en peligro de muerte sólo puede ser salvada si una cosa perteneciente a un tercero es destruida para ello. No sólo sería contrario al lenguaje ordinario no reconocer la destrucción de la cosa como un daño por el hecho de que el tercero esté de acuerdo con ello para el fin del salvamento de la vida de la persona en peligro. Sino que el tercero tampoco podría, por inexistencia de perjuicio, hacer valer una pretensión de resarcimiento en contra de la persona salvada. El derecho civil ve el asunto de manera ciertamente distinta, en tanto diferencia la exclusión de la antijuridicidad del daño de cosas en estado de necesidad, de una parte, y la pretensión de resarcimiento respecto de la cosa dañada, de otra.³⁴

De ello se sigue: si tiene sentido distinguir entre un menoscabo y la aceptación voluntaria de este menoscabo, entonces el Derecho Penal

³³ Véase FIGUEIREDO DIAS, *Festschrift für Roxin*, p. 531 (540); KINDHÄUSER, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3ª ed. 2008, § 2 núm. marg. 6, con fundamentos ulteriores; acerca de una correspondiente norma fundamental del ordenamiento jurídico véase también FIGUEIREDO DIAS, *ZStW*, 95, 1983, p. 220 (225).

³⁴ Véase el § 904 del Código Civil alemán.

tendría que aferrarse a esta diferenciación. Aceptar menoscabos de bienes para así impedir un menoscabo más intenso de otros bienes se corresponde con situaciones cotidianas de decisión. Un tratamiento dental doloroso no deja de representar una reducción del bienestar corporal porque uno se someta a él para impedir así un menoscabo corporal más severo. En esta medida, concebir el consentimiento como elemento negativo del tipo no debería augurar ventaja dogmática alguna.

3. Podría pensarse, sin embargo, en la posibilidad de interpretar el consentimiento como autolesión atípica. En este sentido, que alguien produjera una alteración de un bien jurídico con el consentimiento de su titular tendría que ser visto como si el titular mismo hubiese efectuado la alteración³⁵. Considerado dogmáticamente, el consentimiento conduciría –análogamente a la autoría mediata o a la coautoría– a una imputación del comportamiento del autor al titular del bien jurídico; la acción sería vista, normativamente, como un actuar del propio titular del bien jurídico. Esta solución parece sin más plausible. Que en un arrebato de alegría alguien lance una copa de cristal de su propiedad contra la pared o que pida a otro que lo haga por él, no parece una diferencia axiológicamente significativa.

Pero se plantea la pregunta de por qué en el caso del ejemplo no hay diferencia relevante si el titular del bien jurídico daña por sí mismo la copa o deja que un tercero la dañe. Pues para ello podría haber dos razones diferentes. De una parte, la irrelevancia de la diferencia podría encontrarse en que, en virtud del consentimiento, la responsabilidad por la destrucción de la copa se traspasara completamente desde el tercero hacia el titular del bien jurídico.³⁶ Pero de otra parte, la diferencia pudiera ser más bien irrelevante por el hecho de que el consentimiento autorice al tercero a dañar la copa. En este caso, la equiparación normativa del daño a la copa por parte del tercero con su daño por parte del propio titular se fundaría exclusivamente en que la primera acción está tan permitida por el derecho como la segunda.

Ahora bien, hay mejores razones para conceptualizar el consentimiento, en el sentido de la segunda variante, como una razón para

una permisión y no ya –yendo bastante lejos– como una razón para una regla de imputación que transfiriera completamente la responsabilidad por un comportamiento de una persona a otra. Pues si bien el Derecho Penal ciertamente prevé la posibilidad de responsabilidad por un comportamiento ajeno, no conoce un principio con arreglo al cual una responsabilidad ya fundamentada pueda ser transferida, a modo de exoneración, a una persona ulterior. En tal medida, en la coautoría cada interviniente se hace competente por el comportamiento de los demás intervinientes como actuar propio; pero ninguno pierde la responsabilidad por su propio actuar. Antes bien, cada coautor permanece plenamente responsable por su propio comportamiento. El principio de que una responsabilidad ya fundamentada no puede ser transferida, con efecto de exoneración, a terceros, sirve a la protección de la víctima: ha de impedirse que un interviniente sea exonerado de responsabilidad, mediante una transferencia de responsabilidad, a costa de la víctima. Que en cambio –como en la coautoría– dos o más personas tengan que responder por un determinado comportamiento, incrementa la protección de la víctima y por lo mismo no es problemático en Derecho Penal.

Sólo en la autoría mediata tenemos el caso de que el hombre de atrás cargue solo con la responsabilidad por el comportamiento del instrumento. Esto tiene lugar, no obstante, bajo el presupuesto específico de que el instrumento de antemano no sea responsable (por una razón imputable al hombre de atrás³⁷) por el comportamiento delictivo en cuestión. Una situación análoga a esta última no se da en el consentimiento. En consecuencia, según los principios generales ha de asumirse que el tercero no pierde la responsabilidad por su comportamiento en virtud del consentimiento del titular. Pues formalmente su comportamiento sigue siendo típicamente relevante: él lesiona corporalmente a otro, mata a otro o daña una cosa ajena.

4. Como resultado provisional puede sostenerse entonces que el consentimiento deja intacta la realización del tipo delictivo correspon-

³⁵ En este sentido todavía KINDHÄUSER, *Festschrift für Rudolphi*, 2004, p. 135 (140 y ss.).

³⁶ Una convincente crítica de este planteamiento se encuentra en MANALICH, *Nötigung und Verantwortung*, Diss. Bonn, 2008, pp. 128 y ss.

³⁷ La subsistencia de una forma más débil de responsabilidad del instrumento es enteramente posible. Así, a consecuencia de un error de tipo el agente puede ser instrumento de un delito doloso del hombre de atrás, pero al mismo tiempo cargar responsabilidad por su comportamiento bajo los presupuestos de la imprudencia.

diente. No hay posibilidad alguna de integrar plausiblemente el consentimiento como elemento negativo en el tipo de un delito de lesión. Pero dado que también sería asistemático considerar el consentimiento como una causa de justificación, ninguna de las propuestas de solución actuales alcanza a producir una ordenación del consentimiento en la construcción del hecho punible que sea convincente.

V. El consentimiento como razón de cancelación de la norma

1. A pesar de que el consentimiento no se deja entender como un elemento negativo del tipo, él se encuentra en todo caso referido a la coordinación de intereses entre el autor y el titular del bien jurídico. Mas el consentimiento no concierne las condiciones típicas bajo las cuales, según la ponderación general de intereses, el interés de protección prevalece genéricamente sobre la libertad de acción del destinatario de la norma. ¿Qué rol puede desempeñar el consentimiento entonces, si de acuerdo con el principio general del *volenti non fit iniuria* el mismo hace desaparecer el injusto de un hecho?

Las normas de comportamiento del Derecho Penal, como ya fuera explicado, representan coordinaciones generalizadas de intereses. Esto requiere una valoración abstracta de los bienes en conflicto. A los bienes de la vida, la integridad corporal, el honor, la autodeterminación sexual, el patrimonio, etcétera, se adscribe un valor, el cual puede, con mayor o menor exactitud, reflejar el valor posicional que el bien respectivo ocupa en la sociedad y su ordenamiento valorativo constitucional. Se entiende por sí mismo que esta valoración puede diferir decisivamente de las preferencias del ciudadano individual. De esta posibilidad de que el valor abstracto de un bien difiera considerablemente de las preferencias de los concretamente afectados por una norma, se sigue el siguiente dilema. De un lado, el derecho tiene que establecer, de modo generalmente vinculante, cómo han de ser valorados y en qué relación se encuentran los intereses que colisionan recíprocamente en determinados conflictos sociales, y sobre todo en qué medida el valor del bien jurídico protegido debería tener prioridad sobre la libertad general de acción del autor. Por otro lado, sin embargo, el bien prioritario no es protegido por mor de su valor abstracto, sino como medio para el libre desarrollo personal de su titular.

Para la solución del problema se ofrece la idea, ya mencionada, de que la validez de una norma, la cual expresa una valoración gene-

ralizada de bienes, puede sujetarse a la condición de que esta valoración no contradiga las preferencias (expresamente declaradas) del titular del bien concretamente afectado. Así, la coordinación abstracta de intereses sólo vale bajo el presupuesto de que en el caso concreto el titular del bien protegido no haya renunciado declaradamente al interés en su conservación inalterada. Así visto, con el consentimiento decae la razón para seguir la norma abstracta en el caso concreto. Puesto que el interés protegido constituye el fundamento de la norma jurídico-penal de comportamiento, con el consentimiento resulta cancelado el fundamento de validez de la norma en referencia al caso³⁸.

2. La interpretación del consentimiento como razón de cancelación de la norma se diferencia de la construcción de una exclusión del tipo en particular por el hecho de que el actuar con el consentimiento del lesionado ha de seguir viéndose como típico: una lesión corporal sigue siendo, a pesar del consentimiento, una lesión corporal en el sentido del tipo respectivo, así como un daño de cosa sigue siendo, a pesar del consentimiento, un daño de cosa. Lo que decae es más bien la razón para omitir, por mor del seguimiento de la norma, el actuar correspondiente. En esta medida, el efecto jurídico de la cancelación de la norma se corresponde con el de una justificación en razón de una permisión que desplaza a la prohibición.

Pero el consentimiento se diferencia de una causa de justificación por el hecho de que el mismo no trae a colación interés alguno que colisione con la prohibición respectiva. No es que el agente se comporte de modo en sí prohibido y sólo excepcionalmente tenga una razón que hace admisible el comportamiento. Antes bien, desde el principio no hay razón alguna que hable en contra de su comportamiento. La diferencia se hace patente sobre todo en atención a los casos de intervención médica curativa. Según la concepción tradicional, la intervención salvadora, a pesar de corresponderse plena e íntegramente con los intereses del paciente, es «propiamente» antijurídica y sólo excepcionalmente autorizada. Pero si el consentimiento se entiende como una razón de cancelación de la norma, entonces el

³⁸ La concepción del consentimiento como razón de cancelación (cancellation condition) de una norma de comportamiento en el sentido de RAZ, *Praktische Gründe und Normen*, 2006, pp. 31 y s. y *passim*, se encuentra desarrollada en MANALICH (nota 36), pp. 78 y ss.

médico se mueve siempre en terreno lícito, dado que la prohibición correspondiente sólo vale bajo la condición de que la intervención corporal tenga lugar sin el consentimiento del paciente. Desde el punto de vista del derecho, en contra de la intervención curativa efectuada con el consentimiento del paciente existen tan pocas razones como, para quedarnos con el ejemplo de WELZEL, contra el dar muerte a una mosca, y más precisamente: de hecho sólo se presenta una razón de peso a favor del comportamiento en cuestión, en tanto éste sirve a la conservación y al mejoramiento del bien jurídico afectado. Viéndose en el consentimiento una razón para la cancelación de la norma, resulta tan innecesario recurrir al argumento, inverosímil frente al lenguaje cotidiano, de que una intervención con tendencia curativa no sería una «lesión», como caer en la senda normativamente torcida de tener que caracterizar la intervención médica curativa como un comportamiento que desde el punto de vista del fundamento de la prohibición respectiva ha de tenerse por prohibido.

3. Ahora bien, si el consentimiento deja intacto el contenido de la norma y por ende el tipo delictivo correspondiente, y sólo cancela la validez de la norma en el caso concreto, entonces también se dejan explicar sin dificultad la exclusión y la limitación del consentimiento en los casos de homicidio a requerimiento y de lesiones corporales contrarias a las buenas costumbres. Aquí puede ser útil echar un vistazo a la diferencia entre obligaciones contractuales y obligaciones jurídico-penales. La diferencia se encuentra en que los deberes contractuales emanan de la autonomía privada. Es asunto exclusivo de las partes de un contrato cómo ellas configuran sus deberes de prestaciones recíprocas y si ellas se atienen al cumplimiento de estos deberes.

Es cierto que los deberes jurídico-penales de conducta, en el ámbito de los bienes jurídicos individuales, sirven a los intereses de protección del respectivo titular del bien jurídico. Pero el cumplimiento de estos deberes es exigido, al mismo tiempo, en interés de la generalidad. Pues las normas de comportamiento del Derecho Penal han de ser, precisamente, estándares generalizados de comportamiento jurídicamente correcto. De ello se sigue: si va en interés de la generalidad que el titular del bien jurídico pueda decidir con pleno alcance acerca de la validez de una norma de comportamiento, entonces puede reconocerse al titular del bien jurídico respectivo la posibilidad irrestricta de un consentimiento. Un ejemplo de esto es el daño de

cosas. Puesto que la propiedad representa un poder de plena disposición sobre cosas según el propio arbitrio, aquí no se justifican limitaciones al consentimiento en interés general.

Tratándose de los bienes de la integridad corporal y la vida, el asunto se presenta de manera distinta. Ciertamente, no hay razón alguna para imponer restricciones al individuo en el manejo de su cuerpo y su vida a través de su propio comportamiento. En tal medida falta ya desde el principio una contradicción generalizable entre la libertad general de acción y un interés de protección específico; antes bien, libertad de acción e interés de protección caen del mismo lado habiendo identidad de la persona afectada. Pero en el ámbito de la protección de la vida puede ir en interés de la generalidad declarar irrestrictamente vinculante el estándar generalizado del tabú de matar a otro. De modo más débil, esto también vale para las lesiones corporales contrarias a las buenas costumbres, y precisamente si el atentado a las buenas costumbres se funda en la gravedad de la afectación corporal respectiva, por ejemplo en caso de la pérdida del oído o de la capacidad visual en un ojo³⁹.

A esta restricción no subyace un «paternalismo» propiamente tal. Sería paternalista, por ejemplo, que por protección de la propia persona se declarara punible el quitarse la vida o la auto-mutilación. Pero éste no es el caso. Y puesto que las autolesiones de este tipo no son desvaloradas penalmente, tampoco está prohibida la participación de terceros en ellas – por ejemplo, a modo de complicidad. Pero prohibir a alguien poner fin a la vida de otro no resulta paternalista, ni siquiera allí donde quien quiere morir lo solicita enérgicamente. A quien está harto de vivir no se prohíbe quitarse la vida, sino sólo se prohíbe que esa muerte sea causada por mano ajena. Que en el caso concreto ésta pueda ser la única posibilidad de encontrar la muerte para quien está harto de vivir, puede fácticamente tener el efecto de una tutela paternalista. Mas en la fundamentación de normas y su validez no se trata de dar cuenta de situaciones fácticas específicas, sino que de establecer coordinaciones generalizadas de bienes en conflicto en interés general.

³⁹ Así una concepción cada vez más reconocida, véase con diferencias de detalle ARZT, *Willensmängel bei der Einwilligung*, 1970, pp. 36 y ss.; JAKOBS, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1991, 14/9; OTTO, *Festschrift für Geerds*, p. 603 (618 y ss.); RUDOLPH, *ZStW*, 86, 1974, p. 68 (86); WEIGEND, *ZStW*, 98, 1986, p. 44 (64 y s.).

VI. Demarcaciones

1. Si el consentimiento es entendido como una razón que cancela la validez de la norma de prohibición, entonces podría postularse una construcción correspondiente para el así llamado consentimiento presunto, de modo tal de no concebirlo, como es usual, como una causa de justificación. A favor de esta equiparación entre consentimiento y consentimiento presunto podría recurrirse a la proposición doctrinaria de que los presupuestos de la eficacia de un consentimiento presunto se corresponderían con los del consentimiento, con la sola excepción de que el titular del bien jurídico no puede, en las condiciones dadas —por ej., por estar ausente—, emitir un consentimiento expreso⁴⁰.

A pesar de que esta proposición doctrinaria expresa adecuadamente los presupuestos del consentimiento presunto, sería erróneo ver en el consentimiento presunto nada más que un consentimiento que el titular (con toda probabilidad) habría dado en caso de haber estado en posición para ello bajo las condiciones dadas. Pues en contraposición al consentimiento, el consentimiento presunto requiere necesariamente de una fundamentación adicional. El mero hecho de que pueda presumirse un consentimiento no basta para un actuar conforme a derecho en virtud de un consentimiento presunto. El siguiente ejemplo puede ser ilustrativo: Incluso si A puede contar con que su vecino V estaría complacido en caso de cortarse un árbol enraizado en su terreno, A no está autorizado para cortar el árbol durante una larga ausencia de V. Pues sólo a V compete decidir y ejecutar la decisión de cortar el árbol. Aun siendo correcta la suposición de que V se alegraría con el corte del árbol, mediante su proceder unilateral A interviene, no obstante, en la autonomía de V.

Aquí se encuentra la diferencia entre consentimiento y consentimiento presunto: mientras que el consentimiento es expresión de autonomía, quien actúa cubierto por un consentimiento presunto interviene en autonomía ajena y requiere de una justificación especial para ello. El carácter justificante del consentimiento presunto no se sigue del resultado deseado, sino de una razón especial que haga permisible producir este resultado mediante una intervención en

autonomía ajena. Como una razón tal viene en consideración, por ejemplo, una puesta en peligro de un bien del afectado. Para mantenernos en el caso del ejemplo: durante una tormenta el árbol amenaza con desplomarse y dañar la vivienda. Ahora sí se da una situación en la cual V tendría que decidirse a cortar el árbol, de poder hacerlo, de modo tal que va en interés de V que A tome esta decisión por él. La intervención en la autonomía se ve compensada por la supresión de la situación de necesidad en interés del titular del bien jurídico.

Este ejemplo vuelve claro, al mismo tiempo, por qué las reglas generales del estado de necesidad (agresivo) justificante aquí no pueden ser inmediatamente pertinentes. Pues estas reglas parten de la base de una colisión de bienes de diferentes titulares, que han de ser sopesados con arreglo a estándares valorativos supra-individuales. Encontrándose en cambio diferentes bienes de un solo titular en peligro, entonces no puede irse más allá de sus preferencias autónomas⁴¹. La decisión ha de alcanzarse, antes bien, de conformidad con los propios estándares del titular, ya que de otro modo no podría justificarse la intervención en su autonomía, independientemente de que estos estándares puedan aparecer como irracionales según una valoración general. Por esta razón se obtiene una cierta congruencia formal entre consentimiento y consentimiento presunto. Pero materialmente descansan estas dos razones de exclusión del injusto en fundamentos diferentes.

2. Otro criterio de exclusión del injusto que presenta una cierta proximidad formal (y terminológica) con el consentimiento, pero que al mismo tiempo se diferencia de éste, se corresponde con el así llamado acuerdo. La coincidencia entre consentimiento y acuerdo se encuentra en que en ambos casos la exclusión del injusto se sigue de que el autor actúa con (o en todo caso sin contrariar) la voluntad de la persona protegida por la norma. Mientras que el consentimiento se refiere a la razón de validez de la norma y por lo mismo se halla fuera del contenido de la norma, el acuerdo representa la contracara de un determinado elemento del tipo. Así por ejemplo, el elemento típico del penetrar en la morada ajena en la violación de domicilio (§ 123 del Código Penal alemán) exige un ingreso al espacio en cuestión en contra de la

⁴⁰ Véase sólo NK-Paeffgen, Vor § 32 núm. marg. 160, con argumentos ulteriores.

⁴¹ Más de cerca NK-Paeffgen, Vor § 32 núm. marg. 158, con fundamentos ulteriores.

voluntad del titular del derecho de habitación. Y el elemento de la sustracción en el hurto (§ 242 del Código Penal alemán) se define como la supresión del dominio fáctico sobre el objeto del hecho en contra de la voluntad del poseedor anterior. En tanto en ambos casos el titular esté de acuerdo con el actuar del autor, el respectivo elemento típico no resulta satisfecho.

Si de la diferente ubicación del consentimiento y del acuerdo se siguen diferencias materiales en cuanto a los presupuestos de eficacia respectivos, puede quedar pendiente en este contexto⁴². Una peculiaridad que distingue al acuerdo del consentimiento, sin embargo, es la circunstancia de que el titular nunca puede realizar el elemento típico respectivo como instrumento de un tercero en el sentido de la autoría mediata. No es posible determinar a otro mediante engaño o coacción a que sustraiga una cosa de sí mismo o a que penetre en su propia morada. En cambio, el hecho de que es sin más posible ser determinado mediante engaño o coacción a una autolesión corporal o al daño de una cosa propia, constituye un argumento de peso en contra de la interpretación del consentimiento como elemento negativo del tipo.

⁴² Sobre esto KINDHÄUSER, *Festschrift für Rudolphi*, p. 135 (148 y s.).