

Sobre la naturaleza jurídica del consentimiento:

¿Cuál teoría garantiza mejor la disponibilidad de los bienes jurídicos de titularidad individual?

María Fernanda Ovalle Donoso

Ignacio E. Ackermann Hormazábal

Profesor guía: José Luis Guzmán Dalbora

Valparaíso, Diciembre 2016.

Tesina de la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso

TABLA DE CONTENIDOS

Introducción.....	4
-------------------	---

CAPÍTULO I: GENERALIDADES SOBRE EL CONSENTIMIENTO

1. Conceptualización. Evolución terminológica y distinción entre acuerdo y consentimiento.....	5
2. Elementos del consentimiento	6
a) Capacidad para consentir.....	8
b) Manifestación.....	11
El consentimiento presunto.....	13
c) Momento.....	16
d) Revocabilidad.....	17
e) Voluntad consciente y libre.....	17
Engaño y error.....	18
Error a secas.....	20
Error sobre la concurrencia o no concurrencia del consentimiento; consecuencias.....	20
Coacción e intimidación.....	21
3. Ámbito de aplicación.....	21

CAPÍTULO II: EL CONSENTIMIENTO COMO PRESUPUESTO DE LA DISPONIBILIDAD DE LOS BIENES JURÍDICOS

1. Aproximación conceptual al problema.....	24
a) El bien jurídico.....	24
b) La disponibilidad.....	27
c) El objeto de la disponibilidad y los llamados bienes jurídicos indisponibles....	29
2. Fundamento de la disponibilidad.....	30
a) Principio de ofensividad y exclusiva protección de bienes jurídicos.....	30

b) La dignidad humana.....	33
c) La libertad individual.....	35
3. Importancia de la disponibilidad en el ordenamiento jurídico.....	39
4. Límites a la disponibilidad.....	43

CAPÍTULO III: CUÁL DE LAS TEORÍAS GARANTIZA MEJOR LA DISPONIBILIDAD DE LOS BIENES JURÍDICOS DE TITULARIDAD INDIVIDUAL

1. Comentarios preliminares.....	49
2. De qué hablamos cuando hablamos de garantizar <i>mejor</i> la disponibilidad.....	50
3. Ventajas y desventajas de ambas teorías.....	51
4. Bien jurídico y naturaleza jurídica del consentimiento.....	54
5. Requisitos del consentimiento a la luz de su fundamento.....	57
Conclusiones.....	60
Bibliografía.....	63

INTRODUCCIÓN

El consentimiento ha tenido efectos desincriminantes desde el Derecho romano, pese a que su ámbito de aplicación, en un comienzo muy restringido, ha variado con el desarrollo de la teoría del delito. Su naturaleza jurídica también ha sido muy debatida, tratándose en su origen únicamente como causa de justificación, lo que fue cuestionado con el desarrollo de la teoría de la tipicidad, tras la cual comenzó a perfilarse también como causa de atipicidad e incluso autores más avanzados en el tiempo han sostenido su exclusiva naturaleza excluyente del tipo.

Es esta discusión la que toma relevancia para el presente trabajo, desde que una revisión de los distintos requisitos y efectos propios de una teoría u otra demuestra que no es indiferente determinar su naturaleza jurídica para enfrentar la discusión sobre la mejor manera de garantizar la disponibilidad que es propia de los bienes jurídicos, consecuencia necesaria de un ordenamiento jurídico que demuestre respeto por valores fundamentales como la libertad, la dignidad y la autodeterminación del individuo.

Para ensayar una respuesta, en primer lugar analizaremos las distintas teorías acerca del consentimiento en razón de su naturaleza dualista o unitaria, examinando los distintos requisitos que se exigen para una u otra. Continuaremos con la conceptualización del bien jurídico desde su íntima vinculación con la disponibilidad, desarrollando tanto los fundamentos a los que obedece como su valor en el ordenamiento jurídico, para una correcta comprensión del rol que en éste debe haber al consentimiento como presupuesto de la disponibilidad. En el capítulo final se propondrá una respuesta a la pregunta inicial acerca de cuál teoría garantiza mejor la disponibilidad de bienes jurídicos de titularidad individual, analizando críticamente la configuración de los elementos del consentimiento a la luz de lo desarrollado.

CAPÍTULO I: GENERALIDADES SOBRE EL CONSENTIMIENTO

1. CONCEPTUALIZACIÓN. EVOLUCIÓN TERMINOLÓGICA Y DISTINCIÓN ENTRE ACUERDO Y CONSENTIMIENTO.

En el Derecho Romano se entendía que, frente al que lo acepta, no tiene lugar ningún injusto (*violenti non fit injuria*). Si bien es cierto que, como sintetiza JIMÉNEZ DE ASÚA, esta máxima romana no se aplicaba a modo general por poseer un alcance limitado precisamente por el concepto de *injuria*¹, lo cierto es que, cuando resultaba sostenible, negaba la existencia de conflicto si intervenía la propia voluntad del afectado² y de ella se desprende que lo esencial del consentimiento es su sustrato volitivo, independiente de la forma en que esté expresado. Dicha voluntad tiene un objeto muy preciso: aceptar la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico del que se es titular.

La conceptualización del consentimiento no está exenta de dificultades, pues si bien es indiscutido su objeto, su naturaleza es un punto latamente discutido por la doctrina. Así, los autores han sostenido que tendría una doble naturaleza, o más bien, que adopta una u otra según el caso de que se trate: causa de atipicidad, cuando la ausencia de la voluntad del titular del bien sea precisamente un elemento típico, como en el hurto –“*el que sin la voluntad de su dueño...*” (Artículo 432 del Código penal chileno), o causa de justificación, cuando no concurra el elemento expresamente, como en el caso del delito de daños. En los primeros casos, se denomina *acuerdo*, y en los segundos, *consentimiento* en sentido estricto³. La distinción radicaría en que, mientras que en el acuerdo se excluye de antemano

¹ El concepto de *iniuria* expresaba la “lesión jurídica intencional de la persona en su cuerpo, en su situación jurídica, en su honor”. Así, el consentimiento del afectado excluía el delito de injuria pero carecía de efecto desincriminante en otros delitos, como aquellos contra la comunidad o contra el Estado, entre los cuales, se encontraban delitos que afectan bienes jurídicos hoy considerados de titularidad individual, como el delito de homicidio. Ver JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho penal*, 7 vols., Losada, Buenos Aires, 1952, t. IV, p. 574.

² ZAFFARONI, Eugenio R., ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, *Derecho penal. Parte general*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2º edición, 2003, p. 498.

³ CANCIO, Manuel, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*, J. M. Bosch, Barcelona, 2001, pp. 146 y ss.

la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, el consentimiento implicaría una renuncia que tendría fuerza justificante⁴.

Voces más recientes rechazan la diferenciación bajo la idea que siempre excluye la tipicidad, negando su naturaleza diferenciada⁵. ZAFFARONI llega más lejos y distingue entre *acuerdo* y *consentimiento* dentro la teoría del tipo, agrupando ambos conceptos bajo el nombre de *aquiescencia*⁶.

Con todo, el concepto de consentimiento quedará supeditado a su naturaleza, pero es posible conceptualizarlo y delimitarlo en atención a su objeto y sus demás elementos. De manera preliminar, digamos que el consentimiento pertenece a la faz negativa del delito y que, en su virtud, el titular del bien jurídico acepta la lesión o puesta en peligro de éste antes o coetáneamente al acto, de manera expresa o tácita, siendo capaz de llevar a cabo dicha aceptación y siempre que ésta se conceda exenta de vicios.

2. ELEMENTOS DEL CONSENTIMIENTO

No resulta sencillo abordar de una forma general los requisitos que el consentimiento en materia penal debe cumplir para ser eficaz -requisitos que presentan particularidades propias de este ámbito, que los hacen diferir cualitativamente de aquellos que rigen para su configuración en el Derecho civil⁷-, pues ello demanda que, en primer lugar, prestemos atención a las distintas opiniones que sobre su naturaleza jurídica se han dado. Ello conduce inmediatamente a constatar la histórica falta de consenso que la doctrina ha demostrado a la hora de ubicar esta institución dentro de la estructura del delito. Para algunos autores, como CEREZO MIR, quien otorga al consentimiento un doble carácter,

⁴ ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Parte general, 2 vols., trad. 2º ed. alemana por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1997, t. I, cfr. pp. 512-513.

⁵ Ídem, cfr. p. 516.

⁶ ZAFFARONI, E. R., ALAGIA, A., SLOKAR, A., op. et ed. cits., cfr. p. 500.

⁷ En palabras de MAURACH, el consentimiento en la dogmática jurídico-penal es *más próximo a la realidad y menos formal*, en relación al ámbito civil. MAURACH, Reinhart, *Tratado de Derecho penal*, trad. de Juan Córdoba Roda, Ariel, Barcelona, 1962, p. 409.

sus requisitos como causa de atipicidad y de justificación son idénticos, en principio⁸. Para otros autores, como WESSELS⁹, son diferentes en cada uno. Asimismo, hay quienes otorgan al consentimiento un ámbito de aplicación único en todos los casos, ya sea como elemento excluyente del tipo¹⁰ o como causa de justificación¹¹, por lo que, al operar en campos diferentes, los requisitos necesarios son, asimismo, distintos.

En este apartado, se intentará sistematizar los elementos que han de operar para conferir eficacia al consentimiento, para lo cual, por razones prácticas, se adoptará la distinción entre *acuerdo* y *consentimiento*, es decir, en cuanto causa de atipicidad o en tanto causa de justificación, respectivamente¹².

⁸ Sin embargo, hay delitos, como las lesiones corporales, en donde se exigen requisitos más rigurosos, dada la importancia del bien jurídico protegido y la trascendencia de su lesión: consentimiento expreso; mayoría de edad; exclusión de eficacia al consentimiento brindando por representante legal. Además, “únicamente excluye la antijuridicidad si el sujeto activo conoce su existencia y constituye, además, uno de los motivos que le impulsaron a actuar”. Ver CEREZO MIR, José, *Derecho penal*. Parte general, Editorial Tecnos, Montevideo-Buenos Aires, 2008, cfr. pp. 656 y 657.

⁹ WESSELS, Johannes, *Derecho penal*. Parte general, trad. 6° ed. alemana por Conrado A. Finzi, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1980, cfr. p. 99.

¹⁰ En la línea de opinión que atribuye al consentimiento eficacia siempre como causa de exclusión del tipo, mientras opere dentro de los límites fijados para su aplicación, puede encontrarse líneas argumentativas diversas, entre las cuales se destacan las posturas de ZAFFARONI y ROXIN. Para el primero, el consentimiento siempre surtirá sus efectos en el ámbito de la tipicidad, llamándole, en general, *aquiescencia*, mas distinguiendo entre acuerdo y consentimiento dentro de este “otro marco teórico” –en sus palabras–, según la tipicidad que queda excluida por cada cual. De esta forma, el *acuerdo* excluiría la tipicidad objetiva sistemática, eliminando un elemento normativo de recorte, mientras que el *consentimiento* actuaría sobre la tipicidad objetiva conglobante, aplicándose en los demás casos (ver ZAFFARONI, E. R., ALAGIA, A., SLOKAR, A., op. et ed. cit., cfr. pp. 500 y 501). ROXIN, por su parte, construye su teoría del consentimiento desde la base del rechazo categórico a la diferenciación entre consentimiento excluyente del tipo y excluyente de la antijuridicidad, tratando sus requisitos de forma unitaria, pero siempre desarrollando su tratamiento dentro de la exclusión del tipo (ver ROXIN, op. et vol. cit., p. 516).

¹¹ Sin perjuicio de aquellos casos en que la ausencia de consentimiento esté incluida expresamente como elemento del tipo, situación en la que evidentemente actúa como causa de atipicidad. Así, por ejemplo, MEZGER, para quien el consentimiento es tratado únicamente como causa de justificación y de hecho no aplicable a todos los casos, sino bajo importantes limitaciones. Ver MEZGER, Edmund, *Derecho penal*. Parte general, 2. vols., trad. 6° ed. alemana por Conrado A. Finzi, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1954, t. I, cfr. pp. 163 y ss.

¹² Esta forma de abordar los requisitos no constituye indicio alguno sobre la opinión de los autores. Antes bien se justifica únicamente en función de la necesidad de exponer un panorama general que permita identificar las diferentes exigencias que se coligen de estas concepciones.

a) Capacidad para consentir

La gran relevancia que se ha dado en el tratamiento dogmático del consentimiento al elemento referido a la capacidad se debe en gran parte a su íntima vinculación con el bien jurídico de que se dispone, toda vez que implica un conocimiento, más o menos acabado según las diversas posturas, pero siempre directo, que recae sobre su alcance y sobre las consecuencias que la renuncia a ese preciso objeto de protección implica.

Es quizá esta relevancia lo que explica la divergencia de opiniones en cuanto a determinar exactamente los presupuestos de la capacidad para consentir, discrepancias agudizadas además por las diferentes ubicaciones sistemáticas que se ha dado al consentimiento dentro de la teoría del delito.

En general, cuando se trata el consentimiento como causa de atipicidad, se sostiene que basta la *capacidad natural de juicio*¹³, la *voluntad natural*¹⁴ o, en palabras de WESSELS, “la *natural capacidad de querer*”, lo que deriva de su carácter “simplemente positivo”¹⁵.

Pese a que parecen no ser idénticos, sí es posible establecer una naturaleza común a estos conceptos. Por ejemplo, al hablar de *capacidad natural de juicio*, CEREZO MIR quiere significar “la capacidad para comprender el sentido y trascendencia de la resolución de voluntad en relación con el bien jurídico protegido”¹⁶, capacidad que también puede estar presente en personas con anomalías psíquicas y en menores, respecto de los cuales debe renunciarse a todo límite de edad, salvo que venga impuesto por la ley¹⁷. ROXIN, por su parte, tampoco niega la concurrencia de la *voluntad natural* cuando la víctima carezca de

¹³ CEREZO MIR, op. cit., p. 650.

¹⁴ ROXIN, op. et vol. cit. p. 513.

¹⁵ WESSELS, op. cit., cfr. p. 100.

¹⁶ CEREZO MIR, op. cit, p. 650.

¹⁷ *Ibidem*. Basándose en el Código penal español, explica que, por ejemplo, “en el delito de abusos sexuales carece de relevancia el consentimiento otorgado por un menor de trece años, aunque tuviera capacidad natural de juicio”. Esto es comparable a la imposibilidad de prestar consentimiento que afecta a los menores de 14 años en las relaciones sexuales, por la existencia de la violación impropia en el artículo 362 del Código penal chileno.

“la capacidad de comprensión por su edad juvenil o por una perturbación mental”¹⁸, aunque, respecto de la edad, es partidario de considerar por principio incapaces a los inimputables y a los adultos, en cambio, capaces, sin perjuicio de atender siempre a las particularidades del caso en concreto¹⁹⁻²⁰.

Estas denominaciones son ilustrativas de que la eficacia que se atribuye al consentimiento en el ámbito de la tipicidad no está supeditada a una exigencia especialmente intensa y que ello es lo que sustantivamente la distingue de aquella que operaría en el ámbito de la justificación. Sea cual fuere la denominación que se le dé, hay que tener presente que existe un rasgo genérico en común, dado por la *naturalidad* de esta capacidad, lo que parece indicar su exención de requisitos normativos que podrían exigirse adicionalmente a la mínima aptitud para comprender que se está disponiendo de un bien jurídico. Por ello, siguiendo en esto a ROXIN, consideramos que lo fundamental es simplemente que el disponente presente el juicio y equilibrio mental “necesarios para comprender el alcance de su manifestación y para sopesar razonablemente los pros y los contras”²¹.

Por otro lado, en el terreno de la exclusión de la antijuridicidad, el consentimiento para algunos autores exigiría la misma capacidad que el consentimiento como causa de atipicidad²². Sin embargo, para muchos autores que distinguen entre acuerdo y consentimiento, exige la justificación una capacidad diversa. WESSELS, por ejemplo, hace depender la eficacia del consentimiento de la *madurez de comprensión*, lo que significa

¹⁸ ROXIN, op. et vol. cit. p. 513.

¹⁹ Ídem, cfr. p. 539.

²⁰ Cabe mencionar que la relación entre alguna limitación etaria y la unidad del ordenamiento, en este campo, se ha discutido en la dogmática alemana, por existir alguna opinión que reclamó capacidad de obrar en el Derecho civil para otorgar eficacia al consentimiento, tratándose de delitos patrimoniales, fundándose en la unidad del ordenamiento jurídico. Sin embargo, rechazamos esta opinión, dado el enorme trecho por el que se ven separadas las funciones y objetivos que cumple, por una cuerda, el Derecho penal y, por otra, el Derecho civil. Ver WESSELS, op. cit., cfr. p. 102; CEREZO MIR, op. cit., p. 650.

²¹ ROXIN, op. ed vol. cits., pp. 513-514.

²² Así, por ejemplo, CEREZO MIR, op. cit., cfr. p. 656, que establece que estos requisitos son iguales para el consentimiento en tanto causa de atipicidad como de justificación, salvo en ciertos delitos, como las lesiones.

“estar en condiciones de reconocer y juzgar *debidamente*, con arreglo a su madurez intelectual y moral, la *significación* y la *trascendencia* de su renuncia al bien jurídico”²³, para lo que no es necesario ser mayor de una edad determinada ni ser capaz en el ámbito civil, algo en lo que, en general, se está de acuerdo²⁴. Es de toda lógica prescindir de la capacidad civil y de la edad como factores decisivos para reconocer o no aptitud para consentir válidamente, pues, como señala DARÍO JARQUE, “el día que separa cronológicamente la mayoría de la minoría de edad, no hace ciertamente la diferencia entre capacidad e incapacidad”²⁵.

JESCHECK, quien atribuye al consentimiento siempre una naturaleza justificante, circunscribe su eficacia únicamente a aquellos casos en que el disponente cuente con la *capacidad natural de comprensión y discernimiento*, lo que implica la aptitud para apreciar “la *importancia del abandono* del interés protegido y *el alcance del hecho*”²⁶. MAURACH, quien alude al conocimiento *suficiente* de la *esencia y alcance* de la renuncia, hace una precisión importante, según la cual habrá que determinar caso a caso la satisfacción de este

²³ WESSELS, op. cit., cfr. pp. 99 y 101.

²⁴ Del mismo modo, STRATENWERTH, quien si bien entiende la capacidad como aquella necesaria para “enjuiciar el significado y el alcance de la injerencia típica”, es decir “que tenga edad suficiente para ello y que esté intelectualmente íntegro”, esencialmente la concibe como dependiente de factores individuales, desligados de la imputabilidad y de la capacidad civil (STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal*. Parte general I. El hecho punible, trad. 4º ed. alemana por Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti, Hammurabi, Buenos Aires, trad. 2008, cfr. p. 217). MEZGER, por su parte, alude al término *capacidad de juicio necesaria*, debiendo además determinarse si el consentimiento correspondía a la verdadera voluntad del sujeto, lo que debe hacerse caso a caso, sin consideración a la capacidad civil ni a la edad (ver MEZGER, *Derecho penal*, p. 165 y MEZGER, Edmund, *Tratado de Derecho penal*, 2 vols., Revista de Derecho Privado, Madrid, 2º ed., 1946, t. I, cfr. p. 401).

²⁵ DARÍO JARQUE, Gabriel, “La relevancia penal del consentimiento”, en *Derecho penal*, 2011. [disponible en: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20111108_01.pdf]

²⁶ JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho penal*. Parte general, trad. de José Luis Manzanares Samaniego, Comarés, Granada, 4º ed., 1993, p. 344. Del mismo modo en CASAS BARQUERO, Enrique, *El consentimiento en el Derecho penal*, Universidad de Córdoba, Córdoba, 1987, cfr. pp. 79 y 80, quien lo vincula a la capacidad para comprender el significado y consecuencias esenciales del acto que se consiente en relación al bien jurídico afectado.

requisito considerando específicamente el carácter del bien atacado y la especie del ataque²⁷.

Estas nociones importan la incorporación de *valoraciones* sobre la esencia e importancia de la disposición, que van más allá del simple *querer naturalmente*, requeridas por las nociones manejadas, en general, en las exigencias que versan sobre el acuerdo. En este ámbito, la exigencia, en el fondo, se relaciona fundamentalmente con determinar si el consentimiento expresa o no la *libertad personal de decisión*, que es lo único que interesaría al Derecho penal establecer²⁸, es decir, que se preste como un *acto de verdadera autodeterminación*²⁹.

b) Manifestación

La doctrina en este punto se debate entre dos fuertes posiciones. Por un lado, hay quienes adhieren a la *teoría de la declaración de voluntad*, vinculada a la teoría del *negocio jurídico*, fundada por ZITELMANN y proseguida por FRANK, la que se caracteriza por demandar que el consentimiento sea manifestado expresamente al agente. Esta concepción implica justificar solamente las conductas en las que el sujeto actúa en base a un consentimiento por él conocido. Se contrapone a ella la *teoría de la dirección de la voluntad* o de la *acción jurídica*, para la cual basta cualquier conducta en la que se pueda apreciar sin lugar a dudas el consentimiento como “abandono de intereses”, mas éste tiene eficacia objetiva y, por lo mismo, no toma en cuenta el conocimiento del autor³⁰.

La forma en que ha de manifestarse el acuerdo es mucho menos controvertida. Nos limitaremos a señalar que existe acuerdo en la doctrina en cuanto esta manifestación puede

²⁷ Similar a CEREZO MIR (ver *supra* nota 16), MAURACH ofrece como ejemplo los casos de ataques sexuales impropios, en donde el consentimiento es irrelevante, aun cuando el sujeto protegido haya tenido conocimiento requerido de la trascendencia de su conducta, en relación al bien jurídico. MAURACH, op. cit., cfr.p. 409.

²⁸ WESSELS, op. cit., cfr.p. 102.

²⁹ STRATENWERTH, op. cit., cfr.p. 217.

³⁰ MAURACH, op. cit., p. 410.

otorgarse por escrito o verbalmente y de forma expresa o tácita³¹, de lo que se deriva la irrelevancia de que se presente como concluyente³² y de que sea conocido por el sujeto activo³³. Esto lo explica el hecho de que el acuerdo se relaciona con la voluntad interna de quien asiente, dada su naturaleza fundada en hechos³⁴, debiendo en todo caso ser consciente, lo que es una exigencia impuesta antes por la capacidad que por los requisitos de la manifestación.

Por el contrario, en general se entiende que el consentimiento justificante debe ser expreso y concluyente³⁵, manifestándose a través de palabras o acciones³⁶, pero algunos autores para su eficacia exigen, además, que el agente haya determinado su conducta precisamente en función del conocimiento del consentimiento del afectado, es decir, que haya actuado *por causa o en razón* de él³⁷, siguiendo más la *teoría de la declaración de la voluntad*. Otros autores difieren en este punto y toman como base la *teoría de la dirección de la voluntad*. MEZGER, por ejemplo, ve en el efecto justificante una eficacia *objetiva*, en el sentido de que ésta prescinde totalmente del conocimiento o del deber de conocimiento de parte del autor, por referirse esta causa de justificación a la acción como tal³⁸. De esta forma, considera que el consentimiento no necesita ser declarado³⁹.

³¹ Ver CEREZO MIR, op. cit., p. 650; WESSELS, op. cit., p. 100; ROXIN, op. et vol. cits., p. 513; ZAFFARONI, E. R., ALAGIA, A., SLOKAR, A., op. et ed. cits., p. 501.

³² Ver WESSELS, op. cit., p. 100; ZAFFARONI, E. R., ALAGIA, A., SLOKAR, A., op. et ed. cits., p. 501.

³³ Ver CEREZO MIR, op. cit., p. 652; ZAFFARONI, E. R., ALAGIA, A., SLOKAR, A., op. et ed. cits., p. 501.

³⁴ WESSELS, op. cit., cfr. p. 100.

³⁵ WESSELS, op. cit., cfr. p. 100; ROXIN, op. et vol. cits., p. 513.

³⁶ ROXIN, op. et vol. cits., p. 513.

³⁷ Ver MAURACH, op. cit., cfr. p. 410-411; WESSELS, op. cit., p. 103; STRATENWERTH, op. cit., pp. 219-220; JESCHECK, op. et ed. cits., p. 345. Sobre el punto, CASAS BARQUERO en un primer momento entiende que este consentimiento ha de ser, al menos, conocido por el autor, por cualquier forma, pero debe ser reconocible y ha de estar exteriorizado de alguna manera, requiriéndose la constatación de una conducta concluyente. Mas luego estima necesario, también, que el agente haya obrado *en base* a él o con la voluntad de realizar una causa de justificación (CASAS BARQUERO, op. cit., cfr. pp. 60-61 y 75).

³⁸ MEZGER, *Derecho penal*, ed. et vol. cits., cfr. p. 165. MEZGER desarrolla el consentimiento del sujeto pasivo dentro de la teoría de la antijuridicidad, mas cabe hacer presente que el tratamiento que da a este requisito coincide más con aquel que la doctrina, en general, da al *acuerdo*, lo que implica prescindir de exigencias

- **Consentimiento presunto**

“No actúa antijurídicamente el que obra en circunstancias tales que, de conocer el lesionado la situación de hecho, habría consentido eficazmente en la acción”⁴⁰. En palabras de MEZGER, el consentimiento presunto supone un “juicio de probabilidad, objetivo, del Juez, que expresa que el supuesto lesionado, si hubiera poseído un completo conocimiento de la situación de hecho, hubiera, desde su punto de vista personal, consentido en la acción”, lo que supone que queda excluida la antijuridicidad.

No debe confundirse con una *creencia del autor* en un consentimiento inexistente o que no pueda objetivamente presumirse su existencia, lo que sólo influiría en la culpabilidad del agente. No se trata de una construcción ficticia sino de una interpretación de la dirección de la voluntad del supuesto lesionado, considerando las circunstancias concretas⁴¹. De esta manera, la expresión no es lingüísticamente correcta, por cuanto no supone una presunción de la admisión *subjetiva* del consentimiento por parte del autor, sino que ésta es más bien *objetiva*⁴², en el sentido de una *comprobación judicial* de que el lesionado habría consentido en la acción si hubiera conocido *exactamente*⁴³ la situación de hecho⁴⁴.

mayores a las que simplemente se satisfarían por la mera *existencia* del consentimiento. Del mismo modo en MEZGER, *Tratado de Derecho penal*, ed. et vol. cits., p. 399.

³⁹ MEZGER, *Tratado de Derecho penal*, ed. et vol. cits., p. 400.

⁴⁰ MEZGER, *Derecho penal*, ed. et vol. cits., p. 166.

⁴¹ MEZGER, *Tratado de Derecho penal*, ed. et vol. cits., p. 415.

⁴² En el mismo sentido, JESCHECK, op. et ed. cits., cfr. p. 347.

⁴³ Es relevante el conocimiento *exacto* de las circunstancias del hecho, pues ello implica que, en caso de una oposición del lesionado basada en una interpretación errónea del estado de hecho, el agente incluso pudiera actuar justificado por un consentimiento presunto *contra la voluntad expresamente declarada del titular del interés*, pues, en tal situación, prevalece su verdadera dirección de la voluntad por encima de su errónea declaración de voluntad, siempre y cuando el titular, de haber conocido de modo exacto la situación, hubiese otorgado el consentimiento. MEZGER, *Tratado de Derecho penal*, ed. et vol. cits., cfr. p. 416.

⁴⁴ MEZGER, *Derecho penal*, ed. et vol. cits., cfr. p. 167.

De esta forma, lo fundamental es la determinación de cómo se hubiera comportado *realmente* el titular del bien jurídico y no lo que *razonablemente* hubiera debido hacer, en la determinada situación de hecho⁴⁵, es decir, se exige el respeto de la “voluntad irracional” del titular del bien jurídico, por cuanto la “presunción” de consentimiento debe representar, ante todo, la libertad de decisión del otro, si ésta es conocida o puede serlo⁴⁶. Es decisivo para la eficacia eximente del consentimiento presunto la probabilidad *ex ante* de que el titular consentiría⁴⁷.

La aplicación del consentimiento presunto normalmente no se produce respecto de colisiones entre intereses del afectado y del agente, sino que, por lo general, surgirá en las situaciones de conflicto de intereses cuya titularidad recae en el mismo sujeto⁴⁸.

Para que una conducta pueda ser justificada en base al consentimiento presunto, es necesario, como presupuesto básico, que no haya posibilidad alguna de obtener la opinión o consentimiento expreso por parte del titular⁴⁹ y, por supuesto, que sea urgente tomar una decisión instantánea⁵⁰. Opera, en el fondo, sólo cuando el consentimiento no existe y no puede ser recabado a tiempo⁵¹.

Se ha establecido tres criterios que han de considerarse para determinar la eficacia del consentimiento presunto, a saber: (1) realización de la ponderación de intereses desde la

⁴⁵ MEZGER, *Tratado de Derecho penal*, ed. et vol. cits., p. 414; CASAS BARQUERO, op. cit., p. 105.

⁴⁶ JESCHECK, op. et ed. cits., cfr. pp. 348 y 349.

⁴⁷ CASAS BARQUERO, op. cit., p. 105; JESCHECK, op. et ed. cits., cfr. p. 347.

⁴⁸ CASAS BARQUERO, op. cit., cfr. pp. 106. Las situaciones en que el consentimiento presunto puede aplicarse, generalmente se dividen en dos grupos. El primero de éstos agrupa aquellos casos en que hay una colisión interna entre bienes o intereses en la esfera vital del lesionado, lo que ha de resolverse por un tercero. Esto se asemeja mucho a un estado de necesidad justificante, con la diferencia de que, en este caso, los intereses en juego corresponden a la misma persona, la cual está imposibilitada de manifestar la decisión propia. En el segundo grupo están aquellas situaciones en que se requiere la renuncia de intereses propios al afectado, pero esta vez en beneficio del autor o de un tercero. Así en CASAS BARQUERO, op. cit., cfr. pp. 105 y 106 y JESCHECK, op. et ed. cits. cfr., p. 347 y 348.

⁴⁹ CASAS BARQUERO, op. cit., p. 104.

⁵⁰ STRATENWERTH, op. cit., p. 222.

⁵¹ JESCHECK, op. et ed. cits., cfr. p. 347.

perspectiva del titular del bien jurídico; (2) presunción o suposición objetiva de cuál sería o habría sido la declaración de voluntad o decisión que se pudiera esperar del titular, en el caso de que conociera la situación, y; (3) la referencia a la idea del *riesgo permitido*, de lo que se desprende el deber de un examen escrupuloso⁵².

“Como particularidad, es de destacar que quien actúa sólo puede realizar el hecho tras una *cuidadosa comprobación*⁵³ de todas las circunstancias, puesto que no es seguro que la intervención corresponda a la verdadera voluntad del legitimado”⁵⁴. Para CASAS BARQUERO, no basta con que el autor consiga casualmente con su acción el objeto de la presunta voluntad del individuo titular del bien jurídico, sino que el agente en el caso concreto debe haber presumido esa voluntad y adaptado a ella su actuar⁵⁵. Por su parte, para JESCHECK, en los casos en que tal comprobación no se realice pero de todas formas el autor acierte respecto de la voluntad del afectado, se estaría actuando conforme a Derecho, al defenderse los intereses y la voluntad del afectado. Por otro lado, si pese a haberse realizado una exhaustiva ponderación de las circunstancias, la decisión no se corresponde con la verdadera voluntad del afectado una vez que se constata *ex post*, se excluye el ilícito por cuanto lo que lo justifica es la necesidad de tomar la decisión y no la voluntad del afectado⁵⁶.

Sobre los requisitos en particular del consentimiento presunto, en general se sostiene que deben ser idénticos a aquellos que exige el consentimiento por su titular⁵⁷, puesto que la idea básica de este instituto, en definitiva, implicaría que decae la vulneración de la

⁵² JESCHECK, op. et ed. cits., cfr. p. 348. En el mismo sentido, CASAS BARQUERO, op. cit., p. 105.

⁵³ En palabras de WESSELS, debe realizarse una *debida investigación*. WESSELS, op. cit., p. 104.

⁵⁴ CASAS BARQUERO, op. cit., pp. 107 y 108; JESCHECK, op. et ed. cits., p. 349.

⁵⁵ CASAS BARQUERO, op. cit., pp. 107 y 108.

⁵⁶ STRATENWERTH, op. cit., p. 222.

⁵⁷ Así, por ejemplo, la presunción debe referirse al momento del hecho y el titular del bien jurídico ha de poseer la capacidad natural de entendimiento y discernimiento. CASAS BARQUERO, op. cit., p. 107; JESCHECK, op. et ed. cits. cfr. p. 349.

autodeterminación ajena y, con ello, el ilícito⁵⁸. De esta manera, el consentimiento presunto sustituye a un consentimiento realmente pronunciado, pues en él, el agente actúa *en lugar* del afectado⁵⁹.

c) Momento

Este elemento no presenta mayores problemas, ni siquiera aquellos derivados de su naturaleza como causa de exclusión del tipo o de la antijuridicidad, siendo pacífico en la doctrina que sólo carece de validez el acuerdo *posterior* a la realización de la acción o a la omisión⁶⁰, lo que implica que puede prestarse *antes* o *durante*⁶¹ ese momento⁶².

⁵⁸ Sobre la idea básica del instituto hay dos posturas. En primer lugar, aquella que sostiene que lo fundamental es que la intervención sea materialmente en interés del afectado, lo que implica, en palabras de STRATENWERTH, “un paternalismo intolerable”, pues el hecho de que se salvaguarden sus intereses no justifica en modo alguno la vulneración de su autodeterminación. Por otro lado, se fundamenta la idea básica, tal como se expone aquí, sobre la equiparación de la situación concreta a un consentimiento realmente otorgado, lo que no permite concluir vulneración alguna a la autodeterminación, sino por el contrario, ejercerla en lugar de otro, como si él lo hubiese hecho (ver STRATENWERTH, op. cit., p. 221). En la primera postura, WELZEL, para quien el fundamento preponderante es el actuar positivo en interés del afectado, resguardando solamente impedir una preocupación excesiva de terceros (WELZEL, Hans, *Derecho penal*. Parte general, trad. de Carlos Fontán Balestra, Roque Depalma, Buenos Aires, 1956, cfr. p. 102).

⁵⁹ STRATENWERTH, op. cit., cfr. p. 221. En igual sentido, MEZGER, *Derecho penal*. Parte general, p. 167 y WELZEL, op. cit., p. 100.

⁶⁰ Así también MAURACH, op. cit., p. 409; MEZGER, *Derecho penal*., p. 165; MEZGER, *Tratado de Derecho penal*, p. 403; y JESCHECK, op. et ed. cits., p. 343. Por otra parte, CEREZO MIR no lo circunscribe únicamente a la posibilidad de manifestarlo *antes*, sino que también incluye la posibilidad de prestarlo *durante* la omisión o la ejecución de la acción (ver CEREZO MIR, op. cit., p. 650). Opinión similar en WESSELS, para quien importa únicamente que exista ya el acuerdo *cuando la ejecución comienza* (Ver WESSELS, op. cit., p. 100). Del mismo modo ZAFFARONI, quien entiende que, en general, debe prestarse antes del comienzo del hecho, pero no excluye la posibilidad otorgarlo durante el acto, cuando la afectación haya sido insignificante (Ver ZAFFARONI, op. cit., p. 501-501).

⁶¹ Al respecto, CASAS BARQUERO rechaza la posibilidad de prestar el consentimiento *durante* la acción, pues, en su opinión, éste debe estar presente *antes* de su ejecución y prevalecer hasta el momento de iniciarse la acción. CASAS BARQUERO, op. cit., cfr. p. 83.

⁶² ROXIN explica la carencia de validez del consentimiento prestado con posterioridad a ese momento, puesto que “de lo contrario, el perjudicado podría decidir sobre la pretensión penal estatal, lo que va en contra del principio de oficialidad”. Sin embargo, en aquellos de acción penal privada o mixta, “un posterior acuerdo de la víctima puede tener a menudo alguna influencia sobre la decisión de los órganos encargados del proceso penal”, pero ello no tiene que ver con la naturaleza del consentimiento sino con cuestiones meramente procesales (Ver ROXIN, op. et vol. cits., p. 535).

d) Revocabilidad

Parece haber acuerdo respecto de que el consentimiento en materia penal, en general, es siempre libremente revocable, claro está, únicamente hasta el momento de la comisión del hecho⁶³, en el sentido de que la facultad de revocar se mantiene hasta antes de la consumación del hecho, pues, como explica CASAS BARQUERO, una vez que el agente ha comenzado a proceder contando con el consentimiento del ofendido, éste puede revocarlo durante la ejecución, de modo que el agente no podrá continuar lícitamente⁶⁴. Justamente por ese motivo, es importante señalar que, a diferencia de lo que ocurre con la manifestación, aquí no es suficiente sólo un cambio interno de voluntad para revocar el consentimiento, sino que “debe exigirse su manifestación al exterior”⁶⁵.

f) Voluntad consciente y libre

La doctrina mayoritaria está conteste en que, para que el *consentimiento* en sentido estricto sea eficaz, debe estar exento de vicios, particularmente de engaño, error, coacciones y amenazas. Esto es expreso en los ordenamientos que regulan el consentimiento, como es el caso colombiano⁶⁶. Lo anterior va referido al consentimiento en sentido estricto, según la doctrina imperante, pues en el *acuerdo* no se comportan de la misma manera los vicios de la voluntad.

⁶³ Si bien autores como CEREZO MIR (ver op. cit., p. 650) o ROXIN (op. et vol. cits., p. 535) no se detienen en la precisión de que esto es así únicamente *hasta la ejecución del hecho*, sí lo hacen, por ejemplo, WESSELS (op. cit., p. 103) o MEZGER (*Derecho penal*, ed. et vol. cits., p. 165) y lo hacemos también aquí, pues parece importante dejar establecido que una revocación posterior del consentimiento implicaría abandonar en manos del sujeto pasivo la decisión sobre la tipicidad o antijuridicidad de la conducta una vez ya consumado el hecho y, por tanto, ya calibradas las circunstancias por parte del agente, lo que no sólo genera evidentes problemas culpabilidad, sino que también vulnera directamente el principio de legalidad en su precipitado técnico, es decir, en relación a la tipicidad.

⁶⁴ CASAS BARQUERO, op. cit., cfr. pp. 83 y 84.

⁶⁵ ROXIN, op. et vol. cits., p. 535.

⁶⁶ “Artículo 32. Ausencia de responsabilidad. No habrá lugar a responsabilidad penal cuando: 2. Se actúe con el consentimiento válidamente emitido por parte del titular del bien jurídico, en los casos en que se puede disponer del mismo”. La exigencia de que el consentimiento esté exento de vicios estaría ínsita en la voz *válidamente* emitido. (VELÁSQUEZ V., Fernando. *Derecho penal*. Parte general, 2 vols., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2011, t. II, p. 759).

Las consecuencias jurídicas derivadas de la concurrencia de vicios de la voluntad en sede penal no son las mismas que en el Derecho civil⁶⁷, fundamentalmente porque en sede civil los actos que adolecen de vicios son válidos hasta que se declare su nulidad, lo que queda a la libre voluntad de su manifestante –en el caso de la nulidad relativa, cuando el vicio es subsanable–, mientras que en sede penal se exige que el consentimiento sea eficaz en el momento del acto (si constituye delito). Por tanto, la consecuencia de la configuración de un vicio dependerá del vicio de que se trate y de su entidad, aunque, en general, tornan ineficaz el consentimiento, lo que no obsta que el sujeto activo pueda invocar error de tipo cuando la ausencia de voluntad del agente sea elemento típico del delito que se trate⁶⁸.

Engaño y error

Tradicionalmente se ha entendido que el error convierte el consentimiento en ineficaz⁶⁹, no obstante existan voces restrictivas, que señalan que sólo el engaño provoca la ineficacia de éste y sólo cuando conduce a un error referido al bien jurídico⁷⁰. La restricción no está justificada, pues, como distingue ROXIN, habrá que ver caso a caso si el error tiene la entidad suficiente para configurar el consentimiento, especialmente en atención a su fundamento: la libertad de acción⁷¹.

En este sentido, el error en el bien jurídico siempre tornarí­a ineficaz al consentimiento, independientemente si fue consecuencia de un engaño; no así el error en la contraprestación de quien lleva a cabo el acto, pues queda intacta la libertad de actuación del titular del bien jurídico. Por ejemplo, si el agente mediante engaño obtiene el consentimiento del paciente para tomar una cosa que le pertenece a éste, pero toma otra distinta, se configura un vicio en el consentimiento prestado que lo torna ineficaz. Pero si la razón que invoca el paciente para otorgar su consentimiento no se cumple o yerra sobre ésta, persiste intacta la libertad de acción del interesado, de manera que el efecto del

⁶⁷ ROXIN, op. et vol. cits., cfr. p. 544; JIMÉNEZ DE ASÚA, op. et vol. cits., p. 596.

⁶⁸ VELÁSQUEZ V., op. cit., p. 759.

⁶⁹ ROXIN, op. et vol. cits., cfr. p. 544.

⁷⁰ Ídem., cfr. p. 545.

⁷¹ Ídem., p. 544.

consentimiento será justificante o derivará en la atipicidad del acto, según la teoría a la que se adscriba y del delito que se trate. Sobre el particular, ROXIN toma como ejemplo de lo anterior el caso de error respecto al éxito curativo general de un tratamiento médico y no a la intervención inmediata: habría un error referido al bien jurídico que hace que el consentimiento carezca de efecto desincriminante.

Por su parte, el error en las circunstancias que acompañan el hecho podrían derivar en la ineficacia del consentimiento, cuando sea relevante –en atención a parámetros objetivos, es decir, estrictamente jurídicos-. En caso contrario, cuando verse sobre elementos menos significativos, no derivará en su ineficacia. Por ejemplo, cuando el paciente cree que está frente a un verdadero médico, pero resulta ser tan solo un ayudante⁷².

Una hipótesis latamente discutida, sobre todo en Alemania, es el error en los motivos. Para WESSELS, siguiendo la jurisprudencia alemana clásica sobre el particular, simple error en el motivo no afecta la validez del consentimiento⁷³. En este sentido, en el caso que el paciente preste su consentimiento *v. gr.*, disponiendo de su vida, por mero error, no viciaría el consentimiento por dicho fundamento⁷⁴. Pero WESSELS no entrega muchas razones, resultando más convincente la idea de ROXIN, quien, siendo más minucioso en su análisis, señala que el error en el motivo torna ineficaz el consentimiento cuando dicho motivo es decisivo para el otorgamiento. Propone el caso de la madre que dona su córnea para salvar al hijo, pensando que ello era indispensable para salvar su visión y, sin embargo, no era necesaria para lograr el fin esperado. En estos casos, no hay error referido al bien jurídico –pues el interesado sabe *qué* entrega-, pero falta el fundamento, que es la libertad de acción y ROXIN insiste en que, cuando ésta se presenta, no se configura el vicio.

⁷² La razón de lo anterior es que hay consentimiento respecto del resultado y, si bien hay más peligro en este caso que si se llevase a cabo la intervención por un verdadero médico, dicho peligro no se concreta, es insignificante según parámetros jurídicos. Ahora, en los casos en que el error recae sobre el éxito curativo en general y no la intervención inmediata, también constituye un error referido al bien jurídico.

⁷³ WESSELS, *op. cit.*, p. 102. En este mismo sentido, MEZGER, *Derecho penal*, *op.*, ed. et vol. *cits.*, p. 166.

⁷⁴ Distinto es el caso en que el agente mediante engaño obtenga el consentimiento del paciente, como ocurrió en el caso *Sirius*: si media engaño que mueve a error al titular del bien jurídico, el consentimiento será ineficaz.

Error a secas

Según señalamos anteriormente, el error torna ineficaz el consentimiento, aunque no haya sido causado por engaño. Es decir, si éste tiene origen únicamente en la persona que consiente, no se presenta válidamente. ROXIN propone el caso del propietario que escribe una carta a su vecino con la intención de rechazar una solicitud para talar un árbol y olvida poner la palabra “no”. La protección del interesado es que, hasta el momento del acto, el consentimiento es revocable.

Ahora bien, los errores no debidos a engaño no son lo mismo que aquellos casos en que el agente tiene la obligación de sacar de error al titular, por ejemplo, en el deber de explicación en las intervenciones médicas que tienen los profesionales de la salud. El error en este caso no sería imputable al disponente, sino al médico, quien responderá por el delito correspondiente.

Error sobre la concurrencia o no concurrencia del consentimiento; consecuencias

Cuando el error recae en la concurrencia de consentimiento o en la esfera jurídica a la que se accede, hay error de tipo, según ROXIN, pues el autor ubica sistemáticamente el consentimiento en la faz negativa de la tipicidad; excluiría sin excepción el dolo, permitiendo, en el peor de los casos, un castigo a título de imprudencia, atendida la regulación del Código penal alemán⁷⁵. Si el autor obra sin saber que hay consentimiento, su acto no sería punible a la luz del ordenamiento chileno, aunque sí lo sería en otros, como el alemán, donde podría castigarse como tentativa inidónea⁷⁶ o el portugués, que impone la pena que correspondería al delito tentado⁷⁷.

⁷⁵ Ello se desprende del párrafo 18, que reza “§16. *Error sobre las circunstancias del hecho (1) Quien en la comisión de un hecho no conoce una circunstancia que pertenece al tipo legal, no actúa dolosamente. La punibilidad por la comisión culposa permanece intacta*”. WELZEL decía “*la antijuridicidad es siempre la desaprobación de un hecho referido a un autor determinado. Lo injusto es injusto de la acción referido al autor, es injusto personal*” (WELZEL, H., *Derecho Penal alemán*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 11° ed., 1976, p. 92).

⁷⁶ Esta solución propone ROXIN a la luz de la teoría del injusto subjetivo (Ver ROXIN, *Derecho penal*, op. et. vol. cit., cfr. p. 553. Sin embargo, ella no es aplicable en Chile, por no ser punible la tentativa inidónea (ETCHEBERRY, CURY, POLITOFF, este último en “*Los Actos Preparatorios del Delito. Tentativa y Frustración*”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999, págs. 133-139). En todo caso, conviene tener

Coacción e intimidación

Cuando concurre amenaza o violencia, generalmente el consentimiento se torna ineficaz. Éstas deben tener la entidad suficiente para que falte el fundamento del consentimiento: la libertad de acción⁷⁸. La entidad de la amenaza o las coacciones será suficiente si son o no constitutivas de delito.

3. ÁMBITO DE APLICACIÓN

El consentimiento del interesado tiene un ámbito de aplicación muy limitado, según veremos, circunscribiéndose sólo a los bienes jurídicos de titularidad individual.

Tal y como enseña ZAFFARONI et. al., resultan indisponibles los bienes jurídicos de titularidad colectiva, mientras que aquellos de titularidad individual, en atención al concepto de bien jurídico⁷⁹, son disponibles. El fundamento de lo anterior es de corte liberal, en contra de la *confiscación o estatización* de todos los bienes jurídicos del Estado: cuando el poder punitivo no reconoce la relevancia eximente del consentimiento de bienes jurídicos de titularidad individual “desconoce a la víctima o sólo la admite con un signo que habilita la confiscación”⁸⁰.

Con todo, el efecto desincriminante del consentimiento sólo tiene cabida respecto de aquellos delitos que protegen bienes jurídicos de titularidad individual⁸¹. En este sentido,

presente la distinción de MAÑALICH, entre casos de peligrosidad *ex ante* y de peligrosidad *ex post*, pues según el autor, hay casos en que supuestos de tentativa absolutamente inidónea *ex ante*, pueden ser considerados peligrosos *ex post*. MAÑALICH R., Juan Pablo, en “*Revista de Estudios de la Justicia*”, N° 4, Santiago, 2004, p. 148-150.

⁷⁷ El Código portugués dispone, en el número 4 de su artículo 38 que, si el consentimiento no fuera conocido por el agente, se castigará con la pena aplicable a la tentativa.

⁷⁸ ROXIN, op. et vol. cits., p. 551.

⁷⁹ ZAFFARONI, E. R., ALAGIA, A., SLOKAR, A., op. et ed. cits., pp. 498-499. “Cuando se pretende separar al bien jurídico de su titular, no se hace otra cosa que negar el concepto mismo de bien jurídico”, puesto que su esencia es la relación de disponibilidad.

⁸⁰ ZAFFARONI, E. R., ALAGIA, A., SLOKAR, A., op. et ed. cits., p. 499.

⁸¹ STRATENWERTH, op. cit., p 215-217.

cabe precisar con exactitud sus límites, en consideración a la naturaleza del bien jurídico, el tipo subjetivo y las particularidades de cada ordenamiento.

Respecto a la naturaleza del bien jurídico, extendida es la opinión que sostiene que son indisponibles los bienes jurídicos vida y salud e integridad corporal, reconociéndose, a lo más, un efecto atenuante de la pena. Sobre este punto nos referiremos en el capítulo dos, pero anticipemos que hoy lo anterior es controvertido, sobre todo con la creciente regulación de la eutanasia en los distintos ordenamientos y las disposiciones propias de la actividad curativa.

En relación al tipo subjetivo, el consentimiento en sentido estricto puede configurarse tanto en los delitos dolosos, comisivos u omisivos. Las particularidades se presentan en los delitos que se castigan a título de imprudencia, aunque en general hay acuerdo en que el consentimiento actúa con efecto justificante⁸². JIMÉNEZ DE ASÚA enseña que, en primer lugar, hay que verificar en el caso en concreto la acción en su *ámbito total* y si ésta es consentida en su conjunto por el interesado, el acto estaría justificado⁸³. En este sentido, es fundamental que el paciente acepte el resultado.

Finalmente, hay que atender a las particularidades de cada ordenamiento. El Código penal colombiano, por ejemplo, regula el consentimiento en la Parte general, en el artículo 32, reconociéndose como eximente de la responsabilidad penal con carácter general. Lo mismo ocurre en Italia⁸⁴. Otros Códigos, como el español o el alemán, lo regulan como

⁸² WESSELS, op. cit., p. 103.

⁸³ JIMÉNEZ DE ASÚA, op. et vol. cit., p. 597.

⁸⁴ El artículo 50 del Código penal italiano establece que “No es punible quien lesiona o pone en peligro un derecho, con el consentimiento de la persona que puede disponer válidamente de él”. Sobre esto, autores como BETTIOL y ANTOLISEI, explican que la *disposición válida* de tal derecho implica que ese consentimiento debe referirse a un objeto *válido*, esto es, a un *derecho disponible*, concepto que genera evidentes problemas por cuanto la ley no lo define ni otorga los parámetros o criterios para determinar su contenido. Pero independiente del hecho de que exista tal dificultad, aparece claro que en algún ámbito puede surgir una restricción similar a la observada en ordenamientos como el alemán o el austríaco, referida a las buenas costumbres o al orden público. Ello sucede en el caso de las lesiones, donde pese a no existir tal limitación en la ley penal, ésta se extrae de la normativa civil, la que restringe la esfera de eficacia del mentado artículo 50. BETTIOL, Giuseppe, *Derecho penal: Parte general*, Editorial Temis, José León Pagano (trad.), Bogotá, 4º ed., 1965, pp. 306-308 y ANTOLISEI, *Manual de Derecho penal: Parte general*, Editorial Temis, Traducción de Jorge Guerrero y Marino Ayerra Redín, Bogotá, 8º ed., 1988, pp. 202 y 204.

eximente de responsabilidad⁸⁵, o bien, le otorga un efecto atenuante⁸⁶, esta vez en la Parte especial. Códigos más anticuados, como el chileno, no lo regulan expresamente, aunque se encuentran muy anticuadas aproximaciones en delitos como el auxilio al suicidio.

⁸⁵ El parágrafo 228 del Código penal alemán dice: “Consentimiento. Quien efectúe una lesión personal con consentimiento del lesionado, entonces solo actúa antijurídicamente, cuando el hecho a pesar del consentimiento vaya en contra de las buenas costumbres”. La misma línea sigue el Código penal austríaco, en su parágrafo 90, sobre lesiones, otorgando efecto desincriminante al consentimiento y poniendo como límite, en definitiva, la decencia pública.

⁸⁶ A diferencia de Alemania y Austria, el Código penal español es un ejemplo de este caso, en el artículo 155, “En los delitos de lesiones, si ha mediado el consentimiento válida, libre, espontánea y expresamente emitido del ofendido, se impondrá la pena inferior en uno o dos grados”.

CAPÍTULO II: EL CONSENTIMIENTO COMO PRESUPUESTO DE LA DISPONIBILIDAD DE LOS BIENES JURÍDICOS

1. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL AL PROBLEMA

La pregunta acerca de cuál de las teorías del consentimiento garantiza mejor la disponibilidad de los bienes jurídicos de titularidad individual está condicionada por una determinada concepción que es, ante todo, de orden político⁸⁷. Un Derecho penal liberal tenderá a otorgar relevancia al consentimiento del individuo, mientras que un Derecho de corte paternalista tendrá tendencia a limitar su alcance⁸⁸.

La pregunta es, en realidad, sobre la legitimidad de la protección estatal de bienes jurídicos individuales en contra de la voluntad del interesado, lo que a su vez exige resolver cuál es la esencia de los bienes jurídicos de titularidad individual. Sin adelantarnos demasiado, advertimos que el papel que asignamos a la disponibilidad para responder a tal interrogante es fundamental, por lo que se hace absolutamente necesario dedicar a ella el siguiente acápite.

a) El bien jurídico

Parece evidente que la disponibilidad no puede tratarse separadamente de su objeto, es decir, que se habla de disponibilidad en función de aquello de lo que se dispone.

En general, la doctrina no ha entendido el objeto de la disposición de manera uniforme, pues, de una parte, se ha planteado que sería el bien jurídico el objeto de aquella

⁸⁷ La estrecha relación que existe entre el Derecho político y el Derecho penal, por constituir el primero la concepción a la que responde, da sustento y anima al segundo, a su vez responde a las diversas y sucesivas concepciones omnicomprensivas del mundo y de la vida y a la respectiva concepción del hombre. Una completa y precisa exposición sobre el punto puede encontrarse en RIVACOBÁ, Manuel de, “Orden político y orden penal”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 22, N°2, 1995, pp. 201-212. Las cuestiones que están tras la delimitación del ámbito de lo punitivo son consideraciones políticas e igual naturaleza posee la discusión acerca del consentimiento, que gran relevancia adquiere en la fijación de tales límites.

⁸⁸ CURBELO SOLARI, Ignacio. “Problemática sobre la disponibilidad de los Bienes Jurídicos Individuales y Responsabilidades Emergentes”, en *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 32, Montevideo, 2012, pp. 89-90; Del mismo modo, explica MEZGER que “[e]n las épocas en que se sigue una orientación individualista, se extiende, por lo general, el ámbito del consentimiento eficaz, y, en cambio, en aquellas otras en que se destaca el valor de la colectividad, se tiende a restringirlo” (MEZGER, Edmund, *Derecho penal*. Libro de Estudio. Parte general, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1958, p. 163).

disposición, de una forma más o menos clara⁸⁹. De otra parte, se ha visto en el consentimiento una renuncia a la “protección jurídica” que asiste a un bien⁹⁰. Desde otra perspectiva, también se ha dicho que la disposición se referiría al ejercicio del bien jurídico de una de las múltiples formas en que es posible al titular ejercerlo, lo que entre otras cosas implicaría que la alteración negativa de un bien no necesariamente debe interpretarse como un menoscabo, sino que es el propio titular quien decide cómo utilizar ese objeto.

Por último, existe otra opinión que no ve en el consentimiento facultad de disposición de cosa alguna, sino antes una situación que, bajo determinados presupuestos, suprimiría la validez de la norma de prohibición respectiva⁹¹, lo que implicaría conceptualmente comprenderlo como una causa de exclusión del injusto *sui generis*, que sin embargo deja subsistente la lesión del bien jurídico⁹². Así, de alguna u otra manera, se ve una relación directa entre la disponibilidad y el concepto de bien jurídico.

No siendo objeto del presente referir la evolución histórica del bien jurídico ni analizar las controversias existentes al respecto, nos limitaremos a sentar la discusión sobre la base de lo que estos autores estiman una correcta comprensión del concepto. Como punto de partida, creemos fundamental tomar en consideración la caracterización que ZAFFARONI

⁸⁹ Así, MAURACH y ZIPF tratan el consentimiento claramente como “renuncia a un bien jurídico” bajo el epígrafe titulado, de similar manera, como “La renuncia a un bien jurídico (“consentimiento)”, en MAURACH, R., ZIPF, H., *Derecho Penal*. Parte general, trad. 7° ed. por Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson, Astrea, Buenos Aires, 1994, pp. 287. Pero esta consideración podría estar presente también, aunque con menor claridad, tras los razonamientos utilizados al enfrentar el problema del ámbito de aplicación del consentimiento. Es común que los autores hagan depender la eficacia del consentimiento de la clasificación del bien jurídico según su titular, entre individuales, colectivos o estatales, entendiéndose que sólo podrán ser disponibles los *bienes jurídicos* individuales –y no en todos los casos–, indicando que lo disponible o indisponible, es decir, el objeto de la disponibilidad, sería el bien jurídico. Así, MEZGER señala que éste tendría efectos sólo en el ámbito de los bienes jurídicos de los cuales se pueda disponer (MEZGER, op. cit., cfr. p. 164). Del mismo modo, JESCHECK, al referir que “el consentimiento sólo puede entrar en consideración en relación a los bienes jurídicos individuales”. (JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal*. Parte general, 2 vols., trad. S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, Bosch, Barcelona, 1981, t. I, cfr. p. 517).

⁹⁰ Así, WELZEL, Hans, *Derecho Penal alemán*, cfr. p. 139 y JAKOBS, Günther, *Derecho Penal*. Parte general, Fundamentos y teoría de la imputación, 2° ed., trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 523 y ss.

⁹¹ KINDHÄUSER, Urs, *Teoría de las normas y sistemática del delito*, Ara editores, Lima, 2008, p. 17.

⁹² Ídem, p. 17 y 18.

hace del bien jurídico, por cuanto demuestra la íntima vinculación existente entre éste y la disponibilidad, concibiéndolo como la “relación de disponibilidad de un sujeto con un objeto (...)”. La esencia del bien jurídico, en rigor, no sería el objeto mismo de protección jurídico-penal, sino precisamente la relación de disponibilidad que su titular tiene con aquél⁹³.

El núcleo fundamental del concepto de bien jurídico es, entonces, la relación de disponibilidad entre un objeto y su titular. El objeto que constituye parte de tal concepto de bien jurídico está conformado por aquellos derechos e intereses que la sociedad y el ordenamiento estiman como valiosos y dignos de tutela. Pero el bien jurídico es algo más, en tanto éste no puede configurarse atendiendo exclusivamente al objeto desvinculado de su relación con el individuo -relación de disposición-, sino que dicha relación de disponibilidad es precisamente lo que transforma al objeto en bien jurídico y, con ello, lo que el ordenamiento efectivamente tutela, por lo que éste se verá lesionado o puesto en peligro exclusivamente cuando se atente contra dicha relación. Dicho así, la salud de un particular como objeto penalmente relevante no constituye bien jurídico por sí misma sino en función de la relación de disposición que tal sujeto tiene con el objeto. En esta línea, ROXIN, adhiriendo al argumento formulado por RUDOLPHI, señala que “bien jurídico y poder de disposición sobre el bien jurídico forman no sólo una unidad, sino que objeto de disposición y facultad de disposición son, en su relación mutua, de por sí, el bien jurídico protegido en el tipo”⁹⁴.

Es de suma importancia tener claro lo anterior, puesto que, tal como apunta ZAFFARONI, si lo protegido fuese el mero objeto sin relación con su titular, el Estado estaría imponiendo a los individuos la forma de utilizar sus bienes jurídicos en un sentido ordenado y no como éstos estimen conveniente, anulando el concepto mismo de bien jurídico⁹⁵. En síntesis, el objeto de la disponibilidad debe ser el objeto del bien jurídico y no el bien jurídico mismo pues operan en categorías diferentes.

⁹³ ZAFFARONI, E. R., ALAGIA, A., SLOKAR, A., op. et ed. cits., p. 489.

⁹⁴ ROXIN, op. et vol. cits., p. 518.

⁹⁵ ZAFFARONI, E. R., ALAGIA, A., SLOKAR, A., op. et ed. cits., p. 499.

Sin embargo, podría alguien pensar que el bien jurídico caracterizado desde tal perspectiva se volvería un concepto estéril o vacío de contenido, por cuanto su esencia, es decir, la relación de disponibilidad, desaparecería en aquellos casos en que éste sea de aquellos tradicionalmente calificados como indisponibles, según la clasificación que atiende al sujeto titular del objeto, a saber, el individuo, la comunidad o el Estado, siendo disponibles únicamente los del individuo y no en todos los casos, resultando absolutamente indisponibles los demás. Sin embargo, lo que ocurre con los bienes jurídicos llamados indisponibles es que, por razones prácticas, es verdaderamente difícil determinar cómo ha de llevarse a cabo la manifestación de la voluntad, mas debe mantenerse el mismo razonamiento lógico sobre la esencia del bien jurídico en orden a que aquel sujeto vinculado con el objeto penalmente relevante puede perfectamente disponer de él, allende de si particularmente se trata de una colectividad, un ente como el Estado o bien un individuo. En otras palabras, una objeción tal erraría al confundir la posibilidad teórica de disponer con la efectiva disposición. Al respecto, debe tenerse presente que el concepto de bien jurídico no puede depender de la efectiva protección penal que se le dé en un ordenamiento determinado ni del alcance con que éste le permita al titular disponer de él; siguiendo a BACIGALUPO, de ello no es posible derivar ningún argumento contra el concepto de bien jurídico⁹⁶. Por supuesto, esta perspectiva obliga a confesar que las limitaciones -que pueden ser, por cierto, legítimas y muy justificadas- a la disponibilidad relativa a ciertos bienes jurídicos, tales como aquellos que no son necesariamente individuales, obedece a razones de orden político-criminal o de seguridad jurídica antes que a la naturaleza esencial del bien jurídico, tema que por motivos metodológicos desarrollaremos más adelante.

b) La disponibilidad

La disponibilidad es un concepto cuya importancia no se ve reflejada por el grado de desarrollo que ha tenido en la doctrina penal, la que, en general, la ha tratado a partir del consentimiento.

Sin embargo, la disponibilidad actúa también fuera del ámbito del consentimiento. Para comprender esto es útil echar mano a la distinción alemana que utiliza CANCIO MELIÁ,

⁹⁶ BACIGALUPO, Enrique. *Hacia el nuevo Derecho penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2008, p. 357.

entre los llamados casos de heterolesión o hétero puesta en peligro y de autolesión o auto puesta en peligro⁹⁷. En los primeros casos, vale decir, cuando la lesión o puesta en peligro es llevada a cabo por un tercero con la concurrencia de la voluntad del titular del bien jurídico, la disponibilidad adopta la forma de consentimiento, mientras que cuando en la lesión o puesta en peligro no existe intervención de terceros, la disponibilidad sería un acto de mera renuncia al objeto del bien jurídico por parte de su titular.

Por otra parte, para explicar rigurosamente qué es la disponibilidad, también debe aclararse qué es lo que ésta designa, pues existe alguna opinión que pretende diferenciar la acepción que la relaciona con la posibilidad de disfrutar del bien jurídico -es decir, tenerlo a disposición y aprovecharlo- de aquella que la vincula a la facultad o capacidad para renunciar a ellos o ponerlos en manos de un tercero, por nuestra voluntad o consentimiento⁹⁸. Por nuestra parte, sin embargo, consideramos que tal distinción es artificiosa, toda vez que, no pudiéndose obligar al individuo a disfrutar o ejercer el bien del que es titular, no cabe hablar de facultad de disfrutar o gozar del objeto sin considerar, también, la facultad de disponer de él. En otras palabras, es imposible escindir la disponibilidad pues ésta, para ser tal, necesariamente ha de reunir ambas facultades, tanto la de renunciar como la de gozar de aquello de lo que se dispone. Siendo así, cabe hacer presente que aquello en lo que ZAFFARONI hace descansar la esencia del bien jurídico no es, bajo ningún supuesto, incompatible con la renuncia a la protección jurídico-penal del objeto, sino más bien el ejercicio mismo del bien jurídico. En otras palabras, la disponibilidad “no puede ser *renuncia* sino ejercicio del derecho que la ley protege, o sea, no es precisamente renuncia a la protección, sino actuación a su amparo”⁹⁹. De este modo,

⁹⁷ CANCIO MELIÁ, Manuel. *Conducta de la Víctima e Imputación objetiva en el Derecho penal*, Editorial J. M. Bosch, Madrid, 1º ed., 1998, p. 46. Ahora bien, recordemos que el presente examen está referido al concepto de disponibilidad y no al concepto de consentimiento, que no deben confundirse. Lo anterior, puesto que en Alemania autores como ROXIN y JAKOBS distinguen entre consentimiento del riesgo y consentimiento de la lesión, distinción que es rechazada por algunos autores, según apunta ZAFFARONI en ZAFFARONI, E. R., ALAGIA, A., SLOKAR, A., op. et ed. cit., p. 500.

⁹⁸ CURBELO SOLARI, op. cit., pp. 89-90.

⁹⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Tratado de Derecho penal*. Parte general, 4 vols., Ediar, Buenos Aires, 1981, t. III, p. 519.

con la disposición evidentemente puede verse afectado el objeto del bien jurídico, pero ésta importa de entrada excluir la afectación al bien jurídico mismo.

c) El objeto de la disponibilidad y los llamados bienes jurídicos indisponibles

Del anterior análisis, quedó sentado que el objeto de la disponibilidad es el objeto del bien jurídico como elemento de éste. Pues bien, el objeto de la disponibilidad está conformado por aquellos derechos o intereses valiosos para la sociedad y cuya relación de disponibilidad con su titular es tutelada penalmente, tales como la vida, salud e integridad corporal, el ambiente, la Administración de Justicia, etc., todo ello con entera independencia de quien sea el titular del bien jurídico.

La propuesta hasta aquí desarrollada que permite afirmar que todos los bienes jurídicos son disponibles por ser, en esencia, una relación de disponibilidad, arremete directamente contra la aceptada y difundida distinción entre bienes jurídicos disponibles e indisponibles¹⁰⁰, teniendo presente la clasificación tripartita de los bienes jurídicos entre bienes jurídicos individuales, de la colectividad y estatales, cuyo criterio clasificador es el sujeto titular del bien. El conflicto se presenta por la ausencia de distinción entre objeto del bien jurídico y la disponibilidad de su titular. Todos los bienes jurídicos son disponibles, con independencia de quién sea su titular, lo que ocurre es que la disponibilidad estará a sujeta a distintos límites, fácticos o jurídicos.

La crisis de la distinción entre bienes jurídicos disponibles e indisponibles fue evidenciada por ZAFFARONI, al momento de establecer como concepto de bien jurídico la relación de disponibilidad de un objeto con su titular, puesto que si eso es así, sería un absurdo terminológico hablar de “bienes jurídicos indisponibles”. En este sentido, los bienes jurídicos pertenecientes a la colectividad o al Estado no pueden recibir dicha etiqueta, son disponibles, pero lógicamente la disponibilidad se concretaría de modo distinto según el caso y sujeto de que se trate. En definitiva, la distinción entre bienes jurídicos disponibles e indisponibles incurre en el error de determinar la naturaleza del bien según el sujeto que es su titular.

¹⁰⁰ CURBELO SOLARI, op. cit., pp. 89-90.

2. FUNDAMENTO DE LA DISPONIBILIDAD

El consentimiento ha de tener relevancia en los hechos punibles contra el individuo pues, en este ámbito, un ordenamiento liberal permite a cada cual adoptar sus decisiones según sus propias representaciones valorativas y los fines por él seguidos¹⁰¹. La interferencia del Estado en la esfera de valoraciones y decisiones que efectúa una persona en función de la autodeterminación que le corresponde es lógicamente incompatible con un Derecho penal respetuoso de la dignidad del ser humano. Dado que la disponibilidad de los bienes jurídicos ha de fundarse sobre presupuestos funcionales a un ordenamiento liberal, no debe dejarse de considerar que el desarrollo de los siguientes puntos no puede -ni pretende- ser un análisis neutral.

a) Principios de ofensividad y exclusiva protección de bienes jurídicos

La política criminal de un Estado democrático de Derecho debiese estar siempre orientada por principios como los de ofensividad y de exclusiva protección de bienes jurídicos, como expresión del planteamiento general de intervención mínima. Desde allí que se exija al Derecho penal limitar su actividad únicamente a *ciertos* ataques contra *bienes jurídicos*, por lo que estos principios ocupan un lugar destacado entre los límites impuestos al poder punitivo del Estado¹⁰².

Como sabemos, para que una conducta sea delictiva, además de ser un comportamiento externo descrito en una ley formal previa, debe dañar u ofender el bien específicamente protegido por la norma¹⁰³. De esta manera, cuando no hay ofensa a un bien jurídico, falta un presupuesto para configurar una conducta delictiva.

¹⁰¹ JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal*, vol. cit., cfr. p. 517.

¹⁰² MIR PUIG, Santiago, *El Derecho penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994, cfr. p. 159.

¹⁰³ CURBELO SOLARI, op. cit., p. 91. En realidad, CURBELO SOLARI toma las palabras de FERNÁNDEZ en FERNÁNDEZ, Gonzalo, *Bien Jurídico y Sistema del Delito*, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2004, p. 8., quien plantea que “la tipicidad no significa solamente la exacta correspondencia entre la conducta histórica y la descripción literal abstracta del tipo legal, sino que a ello debe adicionársele, como segundo elemento de la tipicidad, la afectación del bien jurídico protegido”.

Señala ROXIN que un sector importante de la doctrina considera que el consentimiento hace desaparecer el objeto de tutela, que consistiría en la libertad de disposición del sujeto sobre determinado objeto o sobre el valor que dicho objeto tiene para su titular¹⁰⁴. ZAFFARONI, por su parte, sostiene que la disposición implicaría el ejercicio de un derecho subjetivo y esto demostraría que con ella no habría afectación del bien jurídico¹⁰⁵⁻¹⁰⁶. De manera que, cuando el titular del bien jurídico ha brindado su consentimiento disponiendo del objeto de protección, no puede configurarse lesión alguna al bien jurídico.

Si bien es cierto que el consentimiento no podría excluir la posibilidad de afectación del objeto del bien jurídico, el bien jurídico entendido como relación de disponibilidad se mantiene incólume, pues queda a salvo la posibilidad de disponer del objeto de protección como el titular libremente determine. Diremos, por tanto, que el consentimiento implica la aceptación de un menoscabo al objeto del bien jurídico y que, al otorgarlo, se excluye la posibilidad de afectación del bien jurídico como tal. De esta forma, en consideración al principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, la conducta del agente mal podría ser castigada. Si el propio titular de un objeto decide disponer de él, cumpliendo con los requisitos que el consentimiento exige, no estaría lesionando su bien jurídico, sino más bien ejerciendo la autonomía que le corresponde¹⁰⁷.

Si la intervención penal encuentra un límite importante en estos principios, cabe concluir que el ejercicio del *ius puniendi* por parte del Estado pierde legitimidad al verter su peso sobre conductas que no son en modo algunas lesivas para un bien jurídico por ser

¹⁰⁴ ROXIN, op. et vol. cit., cfr. p. 517.

¹⁰⁵ ZAFFARONI, *Tratado de Derecho penal*, vol. cit., p. 519.

¹⁰⁶ En la posición contraria, KINDHÄUSER plantea que no puede dejar de considerarse como un menoscabo la alteración negativa del bien, por cuanto si aceptásemos que la alteración de un bien podría no representar un menoscabo, sería conceptualmente imposible asociar consecuencias jurídicas a alteraciones perjudiciales consentidas por el titular (Véase, KINDHÄUSER, op. cit., p. 29). En nuestra opinión, este razonamiento yerra en tanto confunde el fundamento de las consecuencias jurídicas que ha de producir una alteración consentida por el titular del bien jurídico, pues la razón que subyace a la producción de tales consecuencias no es la ilicitud del hecho sino más bien una institución diferente, que es la prohibición del enriquecimiento sin causa.

¹⁰⁷ CANCIO MELIÁ, M. y PÉREZ MANZANO, M., “Principios del Derecho penal”, en LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. (coord.), *Introducción al Derecho penal*, Civitas, Navarra, 2º ed., 2015, p. 101.

necesaria, como se ha dicho, la existencia de tal lesión. En última instancia, si el Derecho penal debe proteger aquella relación de disponibilidad que un sujeto tiene con aquellos derechos e intereses jurídicamente relevantes, no puede llamarse “protección” a la intervención estatal en contra de la voluntad del titular del bien jurídico, pues ello constituye más bien un atentado contra el libre ejercicio del bien jurídico o, si se quiere, un ataque a éste¹⁰⁸. En otras palabras, el Estado protege al bien jurídico cuando castiga al agente que obra en contra o sin la voluntad del interesado, pero no lo protege cuando ordena a los sujetos usar el bien jurídico en un sentido, puesto que el castigo de la conducta que el interesado ha consentido implica el castigo de una conducta que no vulnera al individuo, sino la voluntad estatal, situación que implica un atentado contra el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos.

Esta concepción parece compatible con la antigua teoría de la ausencia de interés, en base a la que MEZGER ya fundaba la eficacia del consentimiento, explicando que es la lesión de intereses el contenido de todo injusto, por lo cual una justificación con arreglo al principio de ausencia de interés aparece cuando la voluntad, que normalmente se entiende lesionada por la realización típica, no existe en el caso concreto; luego, el consentimiento supone el abandono consciente de intereses por parte del que legítimamente tiene la facultad de disposición sobre el bien jurídico¹⁰⁹. Siendo así, la eficacia del consentimiento se debe precisamente a que la renuncia que realiza el titular del bien jurídico mediante el otorgamiento de su consentimiento hace desaparecer el interés que, en otro caso, hubiera sido lesionado por el injusto, por lo que la acción queda plenamente justificada¹¹⁰. Es decir, esa facultad de disposición es precisamente la que se ejerce al consentir. Por lo demás, es

¹⁰⁸ Por ello, con razón ZAFFARONI expresa que “cuando se pretende separar al bien jurídico de su titular, no se hace otra cosa que destruir o negar el concepto mismo de bien jurídico (...) Cualquier intervención punitiva alcanza un grado intolerable de irracionalidad cuando pretende que el habitante use el bien jurídico sólo en determinada forma”. En ZAFFARONI, E. R., ALAGIA, A., SLOKAR A., op. et ed. cits., p. 499.

¹⁰⁹ MEZGER, Edmund. *Derecho Penal*. Libro de Estudio, p. 162. Del mismo modo, el principio de ausencia de interés es considerado por ROXIN al construir parte de su argumentación respecto de la eficacia del consentimiento, pero esta vez para otorgarle eficacia como causa de atipicidad, siempre apuntando a que el consentimiento afirmaría “la voluntad libre del portador del bien jurídico”. ROXIN, op. et vol. cits., cfr. pp. 521-522.

¹¹⁰ MACHADO RODRÍGUEZ, Camilo Iván, “El consentimiento en materia penal”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, vol. 33, N° 95, 2012, p. 39.

de toda lógica que ello sea así, pues el bien jurídico “existe en función de los intereses individuales”¹¹¹.

b) La dignidad humana

La dignidad humana, en la modernidad, aparece en un contexto intelectual que ha superado los avatares históricos, dejando detrás viejas concepciones subjetivas sobre ella y ubicándose en un proceso de humanización y de racionalización que acompaña a la persona y a la sociedad. Por ello, cuando se hace la reflexión de la dignidad dentro de un ámbito que corresponde a una sociedad bien ordenada, no se describe la realidad, sino el deber ser de la misma. De ahí que la dignidad humana sirva como un referente inicial, un punto de partida y también un horizonte final, un punto de llegada, por lo que podría llamarse un Derecho positivo justo¹¹².

El respeto absoluto que se debe tener por la dignidad humana, consagrada en la Constitución de la República y en los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos, lleva a establecer ciertos límites en el Derecho penal¹¹³, no sólo en el proceso de creación legislativa, sino también en el campo de la aplicación de estas normas¹¹⁴. Desde que la dignidad tiene una gran relevancia en las decisiones de nuestros tribunales¹¹⁵, surge la necesidad de establecer el contenido de ésta. Al respecto, ANDREW CLAPHAM ha identificado al menos cuatro ámbitos en que debe ser protegida o garantizada¹¹⁶:

¹¹¹ CANCIO MELIÁ, M. Y PÉREZ MANZANO, M., op. et ed. cits, p. 101

¹¹² PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, Editorial Dykinson, Madrid, 2º ed., 2004, pp. 67 y ss.

¹¹³ CURBELO SOLARI, op. cit., pp. 89-90.

¹¹⁴ En este sentido, hacemos eco de las palabras de ZAFFARONI, Raúl, en “Desafíos del Derecho penal latinoamericano” (notas ordenadas de la conferencia pronunciada en la Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional Distrito Federal, Brasília, el 6 de junio de 2016), p. 1: “El Derecho penal que escriben los penalistas es un discurso con un objetivo práctico: se destina a los operadores jurídicos con la aspiración de que éstos lo acojan y lo conviertan en jurisprudencia”.

¹¹⁵ AGUIRRE-PABÓN, Javier. “Dignidad, Derechos Humanos y la Filosofía práctica de Kant” en *Revista de Ciencias Jurídicas Vniversitas*, N° 123 (julio-diciembre), Bogotá, 2011, p. 54.

¹¹⁶ CLAPHAM, Andrew. *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Editorial Oxford, Oxford, 2006, p. 545-546.

(1) la prohibición de todos los tipos de tratamiento inhumano, humillación o degradación por parte de una persona sobre otra; (2) la garantía de la posibilidad para la decisión individual y para las condiciones de realización de la autonomía y del propio proyecto de vida de cada individuo; (3) el reconocimiento de que la protección de la identidad grupal y cultural pueden ser esenciales para la protección de la dignidad personal; y (4) la creación de las condiciones requeridas para que cada individuo tenga sus necesidades individuales satisfechas.

Es la segunda de estas ideas la que se torna relevante en este punto, puesto que es la que sirve para fundamentar la facultad de cada individuo de decidir sobre su propio plan de vida -y por qué no, de su término, la muerte- y de gozar de las condiciones para realizar dicha autonomía. En este sentido, la disponibilidad de bienes jurídicos se presenta como la vía en que se materializa dicha garantía: la vida es una serie de actos de disposición de bienes jurídicos, que disponemos para lograr los fines que individualmente consideramos valiosos y que se orientan a la realización de nuestra autonomía. Los discursos jurídicos modernos hacen referencia a un ser humano capaz de razonar y, por tanto, de cuidar su propia dignidad, de actuar de forma responsable y comedida, de reconocer criterios de juicio y de justicia comunes, de manera que un Derecho penal liberal será respetuoso de la dignidad de las personas cuando la disponibilidad ocupe el lugar que se merece, el de una exigente de la responsabilidad penal¹¹⁷.

Si el sujeto está imposibilitado de disponer de sus bienes, el Estado deja de garantizar las facultades inherentes a la dignidad de la persona, en otras palabras, no se nos estaría considerando sujetos capaces de reconocer criterios de juicio ni de actuar responsable y comedidamente. Esta desconfianza es insostenible en un Estado democrático.

Algunos sostienen que la dignidad es un principio claro limitante del propio poder punitivo del Estado. La jurisprudencia alemana, por ejemplo, ha establecido que existe "un determinado núcleo de Derecho que según la conciencia jurídica general no puede ser

¹¹⁷ LUTHER, Jörg, "Razonabilidad y dignidad humana", en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Universidad de Granada, España, año 4, núm. 7, enero-junio de 2007, cfr. pp. 3-4.

vulnerado por ninguna ley ni por ninguna otra medida emanada del poder público"¹¹⁸. Este núcleo es inviolable y está sustraído al ejercicio del poder estatal para proteger la dignidad humana. Un hecho grave y materialmente antijurídico no puede ser permitido ni exigido, como tampoco pueden sancionarse con pena acciones que se mantengan dentro del marco de libertad tradicional en nuestro ámbito de cultura.

De todas estas consideraciones, resulta claro que el consentimiento encuentra su primer pilar en la dignidad humana y, en definitiva, si el Estado es respetuoso de esta garantía, le dará el valor al consentimiento de eximente de la responsabilidad penal.

c) La libertad individual

La libertad es un concepto sumamente delicado por cuanto sobre su contenido y alcance se ha ofrecido una amplísima gama de concepciones. No siendo este el lugar para extenderse sobre aquellas, es fundamental comenzar por notar que, en su cometido político, los bienes jurídicos históricamente tuvieron su origen en concepciones liberales, en miras a proteger la libertad personal frente a la arbitrariedad del poder para asegurar, en el fondo, que el delito no obedezca al capricho del legislador¹¹⁹.

Las concepciones liberales que impulsan la idea de bien jurídico como límite al poder punitivo tienen como núcleo fundamental la autodeterminación del hombre en lo que respecta a la conducción de su propia vida, esfera de decisiones que, no sólo debe mantenerse totalmente excluida del ámbito de intervención estatal, sino que, mediante la protección de esa libertad personal, el ordenamiento ha de promover su ejercicio.

JOHN-STUART MILL ya había planteado que, allí donde no exista un daño a terceros, el individuo es plenamente soberano sobre sí mismo, sobre su cuerpo y espíritu, por lo que el poder sólo podrá justificadamente intervenir cuando ello tenga por finalidad evitar que se perjudique a los demás, pero jamás para evitar que se dañe a sí mismo¹²⁰. De esta forma,

¹¹⁸ MONTANO, Pedro J., "La dignidad humana como bien jurídico tutelado por el Derecho penal" en *Revista de Derecho*, Universidad de Montevideo, N° 79, Montevideo, 2003, p. 4.

¹¹⁹ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, "El Derecho penal: concepto y principios", en LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. (coord.), *Introducción al Derecho penal*, Civitas, Navarra, 2° ed., 2015, p. 42.

¹²⁰ MILL, John-Stuart, *Sobre la Libertad*, Alianza Editorial, Madrid, 2004, cfr. pp. 65-66.

sólo cuando “una parte de la conducta de una persona afecte perjudicialmente los intereses de otras, la sociedad tiene jurisdicción sobre ellas, y puede discutirse si su intervención es o no favorable al bienestar social”¹²¹; de otra forma no es posible que se impida a un individuo hacer lo que más le convenga en su propio beneficio. En esta línea, correspondería a un Derecho penal liberal asumir tales conclusiones en el sentido que, cualquiera sea la decisión que el individuo adopte en el marco de sus propios asuntos, por muy perjudicial que fuere, éstas deben mantenerse fuera del ámbito de injerencia del Estado, el cual, además, ha de reconocer y promover a través del ordenamiento jurídico el ejercicio de esa libertad.

Por esta razón, MAURACH refiere que “el consentimiento (...) es una institución jurídica muy ilustrativa de la relación entre el Estado y sus ciudadanos, en especial a lo relativo al espacio de libertad que aquél reconoce a cada uno de éstos”, arguyendo que la facultad de consentir se arraiga constitucionalmente en la garantía de libertad general de acción¹²², la cual importaría la posibilidad de renunciar a la protección penal de bienes, por lo que, en aquellos casos, la norma penal pasaría a un segundo plano debido a que el ordenamiento jurídico y social reconocen la primacía de la facultad de libre disposición de cada individuo. En la construcción de tal planteamiento, cita a JESCHECK, para explicar que “en el Estado de Derecho el ejercicio sin trabas de la libertad personal es considerado como un valor social”¹²³. Del mismo modo, ROXIN estima que la eficacia desincriminante del consentimiento se infiere sobre todo e inmediatamente de la libertad de acción¹²⁴. Desde otra perspectiva, KINDHÄUSER considera también que en el consentimiento la libertad general de acción tiene un rol fundamental, por cuanto sólo ha de limitarse o restringirse en función de intereses de protección particularmente importantes¹²⁵.

¹²¹ MILL, op. cit., cfr. pp. 154-155.

¹²² Contemplada en el art. 2º de la Constitución alemana, titulado “Libertad de acción y de la persona”.

¹²³ MAURACH y ZIPF, op cit., cfr. pp. 287 y 288.

¹²⁴ ROXIN, op. et vol. cits., cfr. pp. 517 y 518.

¹²⁵ Esto no está referido a su idea sobre la libertad general de acción como presupuesto fundamental para construir un enunciado normativo concreto, en el sentido de que ésta representaría uno de los intereses coordinados en la norma junto a los intereses del titular del bien jurídico, sino más bien nos referimos a la

Ya se considere que el consentimiento por sí mismo excluye la posibilidad de lesión o bien que éste importa la disposición del bien jurídico o la renuncia a la tutela jurídica o la cancelación de la norma prohibitiva, es claro que este efecto se fundará en el valor que representa el respeto de las decisiones adoptadas por el individuo, por cuanto ello deviene en el único camino que permite al concepto de bien jurídico cumplir con la función más liberal que le corresponde, cual es la de limitar el poder punitivo a través de la reducción al mínimo posible de la arbitrariedad estatal y brindar, así, seguridad jurídica a los ciudadanos. Resultaría contradictorio que el ordenamiento por un lado considere como valor fundamental a la libertad y por otro lado castigue conductas no lesivas para un bien jurídico y que son expresión de ella.

Una noción de libertad que incluya como componente fundamental la seguridad jurídica frente a la interferencia arbitraria del *ius puniendi* parece ser totalmente incompatible con un Derecho penal que niegue al individuo la posibilidad de disposición tratándose de bienes jurídicos individuales. En este sentido, la protección de la libertad de los individuos es completamente incompatible con la interferencia que el Estado podría ejercer dentro del marco de decisiones propias de éstos. Es interesante mencionar en este punto la noción que PETTIT, en su teoría de la libertad, maneja respecto de lo arbitrario de un acto de interferencia estatal. Plantea que la elección de un acto sería formalmente arbitraria cuando no se considere en ella los intereses de los afectados y, substantivamente arbitrario, cuando éste vaya efectivamente en contra de los intereses o de los juicios de las personas afectadas¹²⁶.

Sin embargo, dada la amplia gama de concepciones sobre la libertad, podría pensarse, por otra parte, que el ordenamiento, al sustraer la decisión sobre la disponibilidad de un bien jurídico de la esfera de elección de su titular, estaría intentando respetar alguna libertad de otro modo, por cuanto existiría un esfuerzo por salvaguardar las decisiones

concepción de la libertad general de acción como un bien constitucionalmente protegido en sí mismo al que se le otorga particular importancia. Para una comprensión acabada de la propuesta de KINDHÄUSER, véase KINDHÄUSER, op. cit., pp. 13-38.

¹²⁶ PETTIT, Philip, *Republicanism*. Una teoría de la libertad y del gobierno, trad. Toni Domènech, Paidós, Barcelona, 1999, p. 82.

racionales que se supone debiese tomar el individuo, de ser capaz de comportarse racionalmente, asumiendo de entrada que, en cualquier caso, no tenemos tal capacidad. Así, se protegería la libertad individual dejando la decisión en manos del Estado, como tercero más capacitado que el mismo interesado para decidir racionalmente¹²⁷. De esta manera, se nos expone a abandonar nuestras decisiones en manos de otros que creen poder identificar aquello que deberíamos decidir e incluso llegar a imponérselo afirmando que con ello nos volvemos más libres. Cabe señalar que entender la racionalidad desde una óptica objetiva presupone que sea posible identificar qué es lo universalmente racional en estas situaciones cuando, en realidad, las decisiones concretas a que personalmente se vea enfrentado un individuo, ante todo representan un conflicto de valor solucionable únicamente por éste. Esto también fue claramente apuntado por MILL, quien argumentó que cada cual es el mejor juez de sus propios intereses, por cuanto la persona interesada es quien mayor información de su situación actual posee, teniendo más posibilidades de acertar respecto de sus intereses personales y su moral¹²⁸.

En la bibliografía jurídico-penal, la objeción se ha vinculado con el hecho de que la indisponibilidad de ciertos bienes jurídicos individuales se fundaría en la protección de la “autonomía a largo plazo”, sacrificando para ello la “precipitación del momento”¹²⁹, decisión que toma el legislador por los individuos ya en el plano abstracto y general de las normas. En primer lugar, ha de notarse que un argumento de este tipo no hace más que otorgar, siempre y en todos los casos, el carácter de precipitación o arrebató a la decisión de aquel individuo que opte por ejercitar su bien jurídico disponiendo del objeto de interés jurídico-penal y, a la vez, suponer que siempre que se esté en un estado normal de cosas, racionalmente el individuo escogerá no disponer en ese sentido de tal objeto. Entender así las cosas es incurrir en error, pues no hay razón para sentenciar que la elección libre de disposición del bien no pueda también ser una decisión racionalmente adoptada -lo que se

¹²⁷ Esta idea es quizá identificable con el concepto berlineano de libertad positiva como autorrealización, cuya completa formulación puede encontrarse en BERLIN, Isaiah, *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Alianza Editorial, Madrid, 1993, pp. 243-247, concepción que, en todo caso, el autor expone para rechazarla.

¹²⁸ MILL, op. cit., cfr. pp. 155-156.

¹²⁹ CANCIO MELIÁ, M. y PÉREZ MANZANO, M., op. et ed. cits., p. 102.

salvaguada, en primer término, con el establecimiento de los requisitos y exigencias del consentimiento, revisados en el capítulo primero- y por ello, nada permite concluir que una decisión en este sentido deba ser, por principio y en todos los casos, menos legítima. Siendo así, es claro que no tiene por qué valer más una autonomía futura o a largo plazo que una autonomía presente. Lo que realmente estaría haciendo el legislador que se apoya en argumentos de este tipo sería determinar la única decisión que legítimamente podría adoptar un individuo o, lo que es igual, decidir por él.

Por tanto, la manera en que debe salvaguardarse la libertad individual es - precisamente y aunque aparezca como redundante- reconociendo a este individuo su libertad de decidir cómo ejercer autónomamente los bienes jurídicos que le pertenecen en calidad de titular único. Excluir tal opción de su margen de decisión, limitando su libertad de una manera tal que el objeto del bien jurídico se vuelva una obligación inexorable para el interesado, es obligar al titular a ejercer el bien de una manera determinada, lo que es más bien propio de una concepción autoritaria. En suma, representa un verdadero contrasentido justificar que la restricción de la libertad personal, en un Derecho penal liberal, pueda llevarse a cabo para proteger al individuo libre. Por lo anterior, si, pese a todo, aún pretende defenderse la indisponibilidad en estos casos, hacerlo en nombre de la libertad representaría una justificación carente de honestidad.

3. IMPORTANCIA DE LA DISPONIBILIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

Atendidas las consideraciones anteriores, resulta evidente que la disponibilidad juega un rol sustancial en el ordenamiento jurídico. Si bien el consentimiento no está expresamente regulado en el Código penal chileno, a diferencia de otros ordenamientos como el alemán en Europa y colombiano en nuestra región, no cabe duda que es una causa de exención de la responsabilidad penal, por lo expuesto hasta aquí y también en consideración a los derechos fundamentales.

En virtud del artículo 5° de nuestra Constitución Política, la Convención Americana sobre los Derechos Humanos se erige como un límite a la soberanía estatal y debe ser respetada y garantizada por los órganos del Estado. El respeto de los derechos consagrados en dicha Convención consiste en la obligación del Estado y de todos sus agentes, cualquiera

que sea su carácter o condición, de no violar, directa ni indirectamente, por acciones u omisiones, los derechos y libertades reconocidos por ella¹³⁰. En consecuencia, si consideramos que los fundamentos de la disponibilidad son la dignidad humana y la libertad, mal podrían los órganos jurisdiccionales desconocer los efectos desincriminantes del consentimiento sin violar dicha Convención. A escala legal, la ley N° 20.584 de 24 de abril de 2004, más conocida como “Ley de derechos de los pacientes”, establece en su artículo 14 que “toda persona tiene derecho de otorgar o denegar su voluntad para someterse a cualquier procedimiento o tratamiento vinculado a su atención de salud”, lo que en definitiva significa la disposición del bien jurídico salud individual y, por ende, consagración expresa del consentimiento en aquellos casos¹³¹. En general, cuando el objeto de la disposición es la salud individual, ésta es enteramente disponible.

Quedando zanjado que el consentimiento tiene efectos sin regulación expresa en el Código penal, recordemos que éste es presupuesto de un ordenamiento respetuoso de la dignidad humana, pues la imposibilidad de disponer de los bienes que nos pertenecen impide respetar la confianza que cada sujeto merece por el hecho de ser humano capaz de desarrollar su vida para los fines que legítimamente estime conveniente. Lamentablemente, autores han utilizado el razonamiento en sentido contrario: limitando la disponibilidad de bienes tomando como argumento la dignidad establecida como un límite¹³². Sin embargo, si no podemos de disponer de nuestros bienes, entonces el Estado nos estaría ordenando el uso que éste determine y, como ya hemos señalado, ello atentaría no sólo contra el concepto mismo de bien jurídico, sino también contra la dignidad, pues de inmediato el Estado pretendería crear sujetos ideales y con valores dados, no fruto de la confianza en la

¹³⁰ GROS ESPIELL, Héctor, *La convención americana y la convención europea de los sobre los derechos humanos*. Análisis comparativo, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1991, p. 65.

¹³¹ Sin embargo, la referida ley otorga efecto desincriminante al consentimiento, pero en un campo bastante limitado, puesto que no obstante exista, en ningún caso el rechazo al tratamiento puede tener como objetivo la aceleración artificial de la muerte, la realización de prácticas eutanásicas o el auxilio al suicidio, aunque este problema dependerá de si entendemos la vida como bien jurídico indisponible o no.

¹³² Es interesante notar que el respeto a la dignidad humana, consagrada en Constituciones Políticas y Tratados Internacionales, es invocado, precisamente, para establecer límites sobre la disposición autónoma de los bienes jurídicos individuales. En este sentido, LANGÓN, Miguel. *Manual de Derecho penal*, Editorial Del Foro, Montevideo, 2006, p. 313.

capacidad de autodeterminación que tiene cada individuo. Además, sabemos que la dignidad humana es fundamento de todos los derechos fundamentales y los derechos fundamentales límites de la soberanía estatal¹³³, de manera que resultaría contradictorio castigar penalmente a quien ejecuta actos que implican la concreción de la voluntad que el propio titular ha manifestado al disponer de su bien, cuando el consentimiento que ha prestado cumpla con todos los requisitos que se exijan.

Ahora bien, consignemos que lo anterior es indiscutible tratándose de bienes jurídicos individuales. El caso problemático lo plantea el bien jurídico vida, puesto que la amplia mayoría de la doctrina lo considera un bien jurídico individual, pero indisponible, por distintas razones desarrolladas en doctrina y señaladas en este trabajo. Sobre el punto que estamos tratando, sólo señalaremos que en virtud de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos y la Constitución Política de Chile, el derecho a la vida no implica la obligación de vivir, de manera que si un sujeto participa en un suicidio ajeno, en modo alguno un órgano jurisdiccional podría invocar como fundamento para su punición el deber del Estado de proteger la vida. Tal y como apunta MIRENTXU CORCOY, se discute si el reconocimiento constitucional –e internacional- del derecho a la vida genera un deber de vivir, y en consecuencia, que la vida sea indisponible¹³⁴. La jurisprudencia del Supremo Tribunal Constitucional español niega que de la Constitución española pueda extraerse un derecho a morir, dado que la incompatibilidad implícita de los conceptos vida y muerte obligaría a interpretar que en la Constitución sólo se protege el derecho a la vida¹³⁵. Esta posición está en línea con la doctrina tradicional española, que ha fundamentado que la vida como bien jurídico tiene un componente supraindividual que determina la concurrencia de

¹³³ NOGUEIRA, Humberto. *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, bloque constitucional de derechos y control de convencionalidad*, p. 1-2.

¹³⁴ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Manual de Derecho penal*. Parte especial, Tirant lo Blanch, Madrid, 2º ed., 2015, t. I, p. 47.

¹³⁵ Recordemos que en el Código penal español concede relativa eficacia al consentimiento en los delitos de inducción y cooperación al suicidio –entre éstos, la eutanasia-. Sólo resultaría compatible con esta regulación de que la vida sea disponible para su titular, pero que su disposición sería un derecho personalísimo, puesto que cuando entra en juego un partícipe, se le castiga. En definitiva, el suicidio sería lícito, y las conductas de participación ilícitas. MUÑOZ CONDE señala que la impunidad del suicidio no significa indiferencia del ordenamiento jurídico frente a los actos de participación en él (MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal*. Parte especial, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 20º ed., 2015, p. 57).

una obligación del Estado de protegerla incluso en contra de la voluntad de su titular. Sin embargo, tal como defiende CORCO, la vida es un bien jurídico personalísimo, de manera que el Estado sólo puede protegerlo ante la ausencia de consentimiento del titular, siempre y cuando atribuya la preponderancia que la dignidad y libertad merecen¹³⁶.

A mayor abundamiento, RIVACOBAS¹³⁷ decía que el poder o facultad de disposición de la vida por el Estado en exclusiva parece hallarse actualmente en franca crisis, con la abierta decadencia, por una parte, de la pena de muerte, que en muchos países ha llegado a su desaparición, y la lógica imposibilidad para aquél de disponer de la vida humana como sanción punitiva, y con la arrolladora imposición, por otra, del reconocimiento del derecho de objeción de conciencia y la consiguiente exención del servicio militar, que le impide contar con la vida humana como medio para asegurar o procurar mantener su propia existencia o para lograr su engrandecimiento. Aún más, la posición de garante del funcionario es limitada en el caso de las huelgas de hambre en el ámbito penitenciario, no debiendo alimentar forzosamente de manera automática, ni tampoco se hace reo de homicidio, lo anterior pues no existiría la obligación de no impedir la muerte del que decide libremente prescindir de su vida¹³⁸, lo que implicaría la impunidad de comportamientos omisivos. Todos estos casos son muestras de que el ordenamiento tiende a asignar mayor importancia a la libertad del individuo, en razón de su dignidad, incluso si el contenido de voluntad específico sea de lesión o puesta en peligro de la propia vida. En otras palabras, RIVACOBAS habla de la *subjetivización* de la disponibilidad de la vida, en la que “queda garantizada frente al Estado la vida humana individual y concreta”, y, siguiendo a CASAS BARQUERO, debiera “considerarse un bien jurídico disponible por parte de su titular, debiéndose reconocer absoluta libertad de disposición”¹³⁹.

¹³⁶ CORCOY BIDASOLO, op., ed. et vol. cit., p. 47.

¹³⁷ RIVACOBAS, Manuel. “Cambio de sentido en la protección y el concepto penal de la vida humana.”, en *Doctrina penal*, número 46/47, abril-septiembre de 1989, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1989, p. 287-289.

¹³⁸ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. "Eutanasia y Derecho", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, N° 12, Málaga, 1995, cfr. p. 83-114.

¹³⁹ CASAS BARQUERO, *El consentimiento en el derecho penal*, Universidad de Córdoba, 1987, p. 94.

4. LÍMITES A LA DISPONIBILIDAD

De lo expuesto, el consentimiento tiene efecto desincriminante, pero la doctrina ha planteado distintos límites que surgirían fundados en la naturaleza del bien jurídico. Sin embargo, en lo sucesivo intentaremos demostrar que cualquier argumento de ello presenta un problema de congruencia respecto de la noción de bien jurídico.

Si caracterizamos un bien jurídico como individual y, al mismo tiempo, afirmamos que es indisponible dada la naturaleza del objeto de la disponibilidad, se hace patente el problema que se esconde tras la regulación de algunos de estos bienes jurídicos. Tras la decisión de un ordenamiento en orden a restar eficacia desincriminante al consentimiento del interesado se esconden otras consideraciones, las que no descansan ya en la esencia misma del bien jurídico sino en fundamentos abiertamente autoritarios.

El debate en torno de la eficacia del consentimiento se ha circunscrito tradicionalmente a objetos especialmente relevantes para el individuo tales como los mentados objetos vida o la salud e integridad corporal. Es decir, fuera de ese ámbito, resulta pacífico en la doctrina que el consentimiento posee algún efecto desincriminante, independientemente de la postura que se tome respecto su ubicación sistemática en la estructura del delito -ya sea actuando como causa de atipicidad o de justificación- o bien por constituir una cancelación de la norma prohibitiva. Por lo mismo, resulta interesante hacer una breve referencia a las motivaciones que subyacen bajo la opción estatal que impide al interesado disponer de aquellos bienes individuales.

La vida es un bien que, pese a definirse como de titularidad individual, desde su consagración como tal ha estado teñido de consideraciones morales, divinas o supraindividuales de las que hasta el día de hoy no ha conseguido liberarse. En definitiva, ésta no sería disponible por trascender el mero interés individual¹⁴⁰ o, en palabras de WELZEL, la tutela de la vida estaría protegiendo, junto al interés individual, simultáneamente el interés público¹⁴¹. De allí que MUÑOZ CONDE recoja la opinión que en general se ha dado sobre la vida, enunciando que ésta “es objeto de protección en el ámbito

¹⁴⁰ LANGÓN, op. cit., p. 313.

¹⁴¹ WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán*, ed. cit., cfr. p. 139. De similar opinión, KINDHÄUSER, para quien la vida está en función del interés general (KINDHÄUSER, op. cit., cfr. pp. 17 y ss.).

penal incluso frente a la voluntad de su titular, que no tiene derecho a disponer sobre ella libremente y que, en consecuencia, no está legitimado para autorizar a los demás a que lo maten”¹⁴². CORCO explica que la eficacia limitada que posee el consentimiento en este ámbito se ha fundamentado, en primer lugar, en la persistencia de valores éticos o religiosos y, en segundo lugar, en razones de política-criminal, derivados de la dificultad de probar, en muchos casos, que el consentimiento del titular haya sido un consentimiento libre y válidamente emitido¹⁴³. Sobre lo segundo, nos ocuparemos en lo sucesivo.

MAGUARE desarrolla una idea que demuestra bien el trasfondo supraindividual sobre el que se alza la vida, señalando que ésta es un bien sumo, no sólo para el individuo, sino para la sociedad y el Estado, como valor cualitativo y cuantitativo (demográfico), pues, habiendo sido dada al hombre por Dios, solo él podría quitársela, pudiendo también hacerlo el Estado sólo para fines supremos de la colectividad, mas el individuo nunca podría convertirse en árbitro de su destrucción¹⁴⁴.

Si bien el Derecho actualmente ya está formalmente desvinculado de concepciones religiosas, aún es posible identificar una visión común que ve en la vida consideraciones que van más allá del individuo, haciendo descansar esa trascendencia individual en intereses estatales o de la comunidad. Según CAIRELA, la trascendencia de la vida más allá del mero interés individual de quien la posee se debe a que ésta interesa, además, al propio Estado por fines demográficos, porque la nación necesita una población para desarrollarse, etc.¹⁴⁵. En la misma línea, refiriéndose a la eficacia del consentimiento sobre bienes disponibles, señala FONTÁN BALESTRA que “cuando esa tutela [penal] garantiza, además, un interés público o común, el consentimiento es irrelevante”, tal como es el caso de la vida¹⁴⁶.

¹⁴² MUÑOZ CONDE, op. cit., p. 57.

¹⁴³ CORCOY BIDASOLO, op., ed. et vol. cits., p. 47.

¹⁴⁴ KIERSZENBAUM, Mariano. "El bien jurídico en el Derecho penal. Algunas nociones básicas desde la óptica de la discusión actual", en *Lecciones y Ensayos*, N° 86, Buenos Aires, 2009, pp. 207-213.

¹⁴⁵ CURBELO SOLARI, op. cit., cfr. p. 108.

¹⁴⁶ FONTÁN BALESTRA, *Derecho Penal*. Introducción y Parte general, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 247.

Al respecto, señala CORCOY que este “componente supraindividual que determina la concurrencia de una obligación del Estado de protegerlo [el bien jurídico] en contra incluso de la voluntad de su titular” es “difícil de fundamentar, por cuanto, si son bienes jurídicos personalísimos, el deber constitucional del Estado de protegerlos decae en el momento en que el titular del derecho declina esa protección”. Por ello, señala que un amplio sector de la doctrina afirma la disponibilidad de la propia vida, basándose en la preponderancia de la dignidad y la libertad¹⁴⁷.

En todo caso, no cabría objetar la existencia de un interés más allá del individuo sosteniendo que lo único prohibido es que un tercero intervenga en la afectación de vida ajena y que, por el contrario, el suicidio resultaría impune precisamente porque el ordenamiento se mantiene al margen de estos asuntos que únicamente interesan al individuo. Esto no es así y por tanto, no puede rechazarse por esta vía el rasgo autoritario que subyace a la protección de este objeto, puesto que si la intervención en la propia vida resulta impune, ello no deriva precisamente de que el ordenamiento considere que la acción con la que el individuo afecta su vida esté completamente fuera de su ámbito de interés, sino más bien por razones de política-criminal, tales como que penar un suicidio sería incluso criminógeno, o bien por razones de lógica, en el sentido de que sería fácticamente imposible, tal como en general se ha considerado por gran parte de la doctrina, la que ve en el suicidio un acto que es esencialmente antijurídico.

Lo mismo ha ocurrido comúnmente con la salud e integridad corporal, de los cuales al respecto se ha dicho que representan bienes jurídicos individuales. En Alemania¹⁴⁸, Italia¹⁴⁹, Austria¹⁵⁰, etc., las lesiones corporales son impunes si es que se realizan con el consentimiento del interesado, salvo que el hecho vaya en contra de las buenas costumbres. Por tanto, es de toda lógica concluir que, como apunta KINDHÄUSER, lo que se protege, en realidad, son las buenas costumbres, toda vez que aquí el fundamento del injusto recae

¹⁴⁷ CORCOY BIDASOLO, op., ed. et vol. cits., p. 47.

¹⁴⁸ Parágrafo 228.

¹⁴⁹ Ver *supra*, nota 84.

¹⁵⁰ Parágrafo 90.

únicamente en la protección de las buenas costumbres¹⁵¹, bien colectivo (si se quiere) cuya protección no se explica en absoluto mediante la tipificación de un delito que se supone afecta efectivamente intereses individuales. Por esto es que JESCHECK, refiriéndose a esta situación, sostiene que “la causa de justificación representada por el consentimiento resultaría relativizada de forma difícilmente sostenible en un Estado de Derecho si tuviera lugar la aplicación general del correctivo de las buenas costumbres, que vendría a someter al titular del bien jurídico a una tutela estatal intolerable”¹⁵².

Reconocer en la vida, en la salud individual e integridad corporal, en fin, en cualquier bien jurídico individual un interés estatal sería, como bien expresa KIERSZENBAUM, atribuirle al Estado una enorme “con-titularidad” de los bienes, que incluso se impone sobre la titularidad individual¹⁵³. Desde una óptica liberal, el bien jurídico debiera responder ante todo al cometido de limitar el poder del Estado, por lo que de erigirse éste como titular de aquellos bienes jurídicos, tal función limitadora desaparecería o, peor aún, daría un giro en la dirección opuesta, transformándose en un instrumento útil para expandir el poder estatal. En este sentido, es interesante atender a la crítica de MAIER referida a que, al menos en estos casos, la idea del bien jurídico ha servido al Estado para confiscar el conflicto a la víctima¹⁵⁴.

De esta manera, los límites a la eficacia del consentimiento no pueden fundarse en la naturaleza de los bienes jurídicos, menos aún los individuales, arguyendo que en efecto hay algunos en esencia más valiosos que otros, sino antes bien hay que tener presente que “[l]os límites a la eficacia deben buscarse en el derecho político, en el límite a la actividad punitiva del Estado en virtud del ámbito de privacidad individual”¹⁵⁵. Sentada esa base, los límites que legítimamente se podrían establecer a la disponibilidad parecen ser una decisión

¹⁵¹ KINDHÄUSER, op. cit., cfr.pp. 15 y 16.

¹⁵² JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal*. Parte general, vol. cit., cfr. p. 517.

¹⁵³ KIERSZENBAUM, op. cit., cfr. p. 212.

¹⁵⁴ *Ibidem*. En esta línea, se ha planteado que “[l]a pretendida *tutela* de un bien jurídico más allá de la voluntad de su titular es un pretexto para penar un pragma no conflictivo”, ZAFFARONI, E. R., ALAGIA, A., SLOKAR, A., op. et ed. cits., p. 499.

¹⁵⁵ ZAFFARONI, E. R., ALAGIA, A., SLOKAR, A., op. et ed. cits., p. 520.

proveniente únicamente de consideraciones político-criminales que garanticen la seguridad jurídica.

Lo anterior se funda en que, en ciertas circunstancias, sería verdaderamente difícil probar la concurrencia de los requisitos que otorgan eficacia al consentimiento. CORCOY ya ha señalado que podrían justificar estos límites las “razones de política-criminal, derivadas de la dificultad de probar, en muchos casos, que el consentimiento del titular haya sido un consentimiento libre y válidamente emitido. Los problemas de prueba sobre la concurrencia de un consentimiento no viciado podrían justificar en la regulación penal se parta de una presunción de ausencia de consentimiento libre y, en consecuencia, aun cuando sea con penas mínimas, castigar a los partícipes”¹⁵⁶. Por tanto, la posibilidad irrestricta de disponer de los bienes jurídicos podría significar un aliciente criminógeno para aquel agente que, sin contar con el correspondiente consentimiento del interesado, efectúe una conducta delictuosa que, por esta vía, pudiese resultar impune injustificadamente. Sin embargo, castigar conductas de heterolesión consentida fundándolo en la sospecha de que el consentimiento no podrá ser probado resulta, a nuestro juicio, inconveniente, puesto que se castigarían situaciones en que tal consentimiento existe como si no existiera. En el fondo, castigar las formas de participación en el suicidio ajeno es establecer derechamente delitos de sospecha, en que existe el temor de que en aquellos actos no concurrió el consentimiento y se trata, en consecuencia, de un delito de homicidio o asesinato según corresponda.

Por ello, los límites al consentimiento no representan una consecuencia derivada de la esencia de los bienes jurídicos sino que son, finalmente, medidas de política criminal que el legislador tendrá que establecer teniendo en cuenta la importancia y los fundamentos de la disponibilidad frente al temor de que exista un consentimiento válido no susceptible de ser probado.

Con todo, por razones de seguridad jurídica podría ser prudente establecer en el Código penal chileno *causas de justificación procedimentales*, a saber, aquellas que autorizan un comportamiento que cumple con el procedimiento establecido en leyes¹⁵⁷, v.

¹⁵⁶ CORCOY BIDASOLO, op., ed. et vol. cits., p. 47.

¹⁵⁷ HASSEMER, Winfried, y LARRAURI, Elena, *Justificación material y justificación procedimental en el Derecho penal*, editorial Tecnos, Madrid, 1997, cfr. p. 10.

gr., la regulación de la interrupción del embarazo en España¹⁵⁸. En este sentido, el propio ordenamiento jurídico es el que debe establecer la forma en que se puede disponer de la vida, y castigar exclusivamente aquellas conductas que no cumplen, en rigor, dicho procedimiento. Sin embargo, una regulación de esta naturaleza difícilmente podría eximir de responsabilidad las *muertes por piedad*, por lo que constituye tan sólo un pequeño avance en lo que efectiva disposición del bien vida se refiere.

¹⁵⁸ Dice el artículo 145 del Código penal español “El que produzca el aborto de una mujer, con su consentimiento, *fuera de los casos permitidos* por la ley será castigado...” (la cursiva es nuestra). De esta manera, queda exento de responsabilidad penal quien obre de acuerdo a lo dispuesto por la Ley Orgánica 2/2010 sobre Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo.

CAPÍTULO III: CUÁL DE LAS TEORÍAS GARANTIZA MEJOR LA DISPONIBILIDAD DE LOS BIENES
JURÍDICOS DE TITULARIDAD INDIVIDUAL

1. Comentarios preliminares

Llegado a este punto, conviene hacer ciertos comentarios preliminares que nos permitan abordar de lleno la pregunta acerca de cuál de las teorías del consentimiento garantiza mejor la disponibilidad de los bienes jurídicos individuales, estableciendo algunas precisiones y sintetizando conclusiones ya desarrolladas que pueden servir de base para enfrentar la discusión con mayor claridad.

1.- Primeramente convengamos en que al hablar de una teoría unitaria o monista¹⁵⁹ del consentimiento debemos siempre tener presente que éstas sólo pueden ser unitarias en el sentido de atribuir en todos los casos al consentimiento el efecto de excluir la tipicidad, puesto que, por la efectiva existencia de tipos legales que describen actos que presuponen el obrar contra o sin la voluntad del sujeto pasivo, siempre existirán situaciones en que sin duda alguna el consentimiento actuará como causa de atipicidad, eliminando así la posibilidad de hablar de teorías unitarias en el sentido de causa de justificación.

2.- Vinculándose el consentimiento íntimamente con el concepto de disponibilidad como esencia del bien jurídico, debiese éste responder al mismo fundamento que aquélla. La eficacia desincriminante del consentimiento hunde sus raíces en el concepto mismo de dignidad y libertad humana, además de ser una consecuencia lógica extraída de la noción de bien jurídico aquí manejada, por lo que la teoría sobre la naturaleza del consentimiento que se adopte ha de ser coherente con tales fundamentos, permitiendo expresar de mejor manera la autodeterminación que sirve de base a esta figura. De esta manera, en la resolución del problema es fundamental orientar la discusión buscando siempre el mayor respeto posible a esa autodeterminación propia de quien consiente.

¹⁵⁹ Según lo desarrollado en el primer capítulo, son dos grupos de teorías sobre el consentimiento, que se corresponden con la denominación de monistas y dualistas. Las monistas son aquellas que otorgan eficacia al consentimiento en el terreno de la tipicidad, considerando que el consentimiento exime de responsabilidad penal pues, configurándose, no se completa el tipo penal. Las teorías dualistas, por su parte, otorgan eficacia eximente al consentimiento, pero su naturaleza es doble: causa de atipicidad y de justificación, constituyendo estas últimas los casos en que la voluntad del interesado no es elemento típico del delito.

3.- La adopción de una u otra teoría dependerá en gran medida de lo que se entienda por *garantizar de mejor manera* la disponibilidad de los bienes jurídicos de titularidad individual. Esto quiere decir que, ante todo, debemos delimitar claramente qué virtudes son las que vuelven a una teoría más adecuada que otra para conferir eficacia desincriminante al consentimiento.

4.- Por último, en el análisis de la coherencia que ha de existir entre el fundamento de la eficacia desincriminante del consentimiento y la teoría que finalmente se adopte, debe incorporarse tanto las ventajas y desventajas como los requisitos que presentan las teorías que, en general, se ha sostenido para determinar la ubicación sistemática del consentimiento, esto es, la teoría unitaria y la teoría mixta.

2. De qué hablamos cuando hablamos de garantizar *mejor* la disponibilidad

El objetivo de este trabajo es establecer qué teoría garantiza *mejor* la disponibilidad. Evidentemente, el adjetivo *mejor* denota la superioridad de un objeto respecto de otro, objetos que, en este caso, están representados por las teorías sobre el consentimiento. Sin embargo, tal superioridad puede existir en función de diversos criterios, los que pueden ser de carácter cuantitativo o bien cualitativo. Será cuantitativamente mejor una teoría que abarque el mayor número de casos del ámbito de intervención del Derecho penal, mientras que será cualitativamente mejor tanto aquella que justifique la eximición de la responsabilidad de manera más coherente con el fundamento del consentimiento como también aquella que permita apreciar el efecto desincriminante de manera más oportuna, considerándose, por tanto, más eficiente.

Las causas de justificación generan sus efectos precisamente porque responden a un fundamento que legitima que una acción típica resulte, sin embargo, lícita en determinadas circunstancias, sólo en ellas y no en otras¹⁶⁰⁻¹⁶¹. Si el fundamento desaparece, desaparece

¹⁶⁰ BUSTOS RAMÍREZ, J., HORMAZÁBAL MALARÉE, H. *Lecciones de Derecho penal*, Trotta, vol. 2º, Madrid, 1999, cfr. P. 99-100.

¹⁶¹ Efectos que, dicho sea de paso, no implican que la conducta se *vuelva* lícita, como explica CURY, puesto que tal formulación induce a pensar que la conducta, por ser típica, es ya antijurídica, y que las causales de justificación la despojan de tal carácter. Pero como sabemos, ni el tipo es *ratio essendi* de la antijuridicidad, ni las causas de justificación son elementos negativos del tipo. En otras palabras, las causas de justificación

con él también la eficacia justificante de la causa de exclusión de lo injusto¹⁶². Esto permite, sin ir más lejos, que sea posible determinar claramente cuáles acciones quedan justificadas y cuáles no.

Siendo esto así, consideramos que el criterio determinante para establecer la superioridad de una teoría respecto de otra debe ser cualitativo, particularmente aquel que exprese de mejor manera la autodeterminación que funda la eficacia desincriminante que debe reconocerse al consentimiento. Esto trae como beneficio certeza jurídica y, sobre todo, justicia material. No puede resultar decisivo un criterio puramente cuantitativo, que prefiera una teoría sobre otra por la razón de que permite abarcar una mayor cantidad de casos. No es *mejor* una teoría por serlo sólo en términos económicos, sino que lo será aquella que halle su fundamento en la autodeterminación y guarde concordancia con ella.

3. Ventajas y desventajas de ambas teorías

Seguir una teoría unitaria del consentimiento presenta la evidente ventaja de permitir resolver anticipadamente la pregunta por la responsabilidad penal en relación a lo que ocurriría con las causas de justificación puesto que, constatándose que los hechos no son subsumibles dentro de un tipo, no resultaría siquiera necesario iniciar un procedimiento penal para discutir la responsabilidad criminal. De esta manera, podemos decir que la teoría unitaria garantiza una protección más oportuna, evitando con ello el despliegue innecesario de recursos destinados a establecer la existencia o inexistencia de responsabilidad penal, lo que, a su vez, redundaría en que esta teoría podría resultar más eficiente¹⁶³.

hacen imposible la existencia y vida de la antijuridicidad, impidiendo así su nacimiento, y, naturalmente, la conducta que no es antijurídica no necesita justificarse. Ver RIVACOBAY RIVACOBAY, Manuel de, *Las causas de justificación*, Hammurabi, Buenos Aires, 1996, cfr. p. 37.

¹⁶² No es concebible una legítima defensa, en el sentido de la licitud de tal conducta, sin la defensa del Derecho, como tampoco es concebible una acción justificada por el consentimiento sin que éste tenga su base en la autodeterminación del interesado.

¹⁶³ Como apunta JESCHECK, “la solución de un caso de Derecho penal comienza con la subsunción del supuesto de hecho en los elementos del tipo, y seguidamente, se examina si la antijuridicidad de la acción queda excluida por alguna causa de justificación”, en JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho penal*. Parte general, trad. de José Luis Manzanares Samaniego, Comarés, Granada, 4º ed., 1993, p. 209.

Sin embargo, la adopción de esta teoría presenta dos inconvenientes. En primer lugar, si el garantizar mejor se refiere precisamente al respeto de la dignidad y la libertad del ser humano y, en definitiva, de su autodeterminación, las ventajas recién referidas no constituyen argumento suficiente para decantar finalmente por la adopción de esta teoría, por no satisfacer el criterio que debe guiar la respuesta a la pregunta planteada.

En segundo lugar, ésta no garantiza en modo alguno que se reconozca al consentimiento el efecto desincriminante que le corresponde, según lo desarrollado en el capítulo dos. Por una parte, no asegura la exención de responsabilidad criminal en aquellos casos en que el legislador haya tipificado delitos excluyendo la eficacia del consentimiento, ya sea de modo expreso, como ocurre con las lesiones en el caso del Código penal español¹⁶⁴, o tácito, como es el caso del artículo 393 de nuestro Código, relativo al delito de auxilio al suicidio, en donde se contempla una situación que presupone la disponibilidad de la propia vida, lo que se infiere del elemento típico *suicidio*, careciendo de todo valor el consentimiento para tener por no establecida la tipicidad¹⁶⁵. Por otra parte, existen ciertos delitos que, incluso sin contener una restricción para los efectos propios del consentimiento, se encuentran descritos de manera tal que difícilmente podría invocarse un argumento gramatical para dar lugar al consentimiento, como es el caso del delito de lesiones del Código penal chileno, en el que no contamos con elemento típico alguno para sostener que el consentimiento exima de responsabilidad por razones de atipicidad, pues si se causa el menoscabo a la integridad o salud individual, habrá siempre lesión típicamente relevante¹⁶⁶.

¹⁶⁴ Artículo 155: “En los delitos de lesiones, si ha mediado el consentimiento válida, libre, espontánea y expresamente emitido del ofendido, se impondrá la pena inferior en uno o dos grados.

No será válido el consentimiento otorgado por un menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección”.

¹⁶⁵ En el fondo, considerar al consentimiento únicamente como causa de atipicidad es restarle el valor desincriminante debido, pues bastaría la presencia en el tipo de cláusulas que excluyan la eficacia del consentimiento, para que éste tuviese un nulo valor eximente en el plano de la tipicidad, valor que, sin embargo, debiese ostentar según hemos explicado en el capítulo dos de este trabajo.

¹⁶⁶ Lo anterior, salvo que se adopte la teoría de ZAFFARONI de la tipicidad conglobante, en la que la lesión al bien jurídico se contempla como una exigencia del tipo. Ver ZAFFARONI, R., ALAGIA, A., SLOKAR, A., op. et ed. cit., cfr. pp. 500 y ss. A nuestro modo de ver, no entendemos que la lesión consentida afecte a bien jurídico alguno, sino tan sólo al objeto que forma parte del concepto de bien jurídico.

Ahora bien, cabe tener presente que las causas de atipicidad y de justificación operan en planos distintos. Mientras que las causas de atipicidad plantean la pregunta de si una acción es o no típica, las causas de justificación entran en consideración cuando nos preguntamos acerca de la antijuridicidad del acto. La diferencia es importante, pues en el segundo caso, tendremos que tener presente si hubo lesión o no al bien jurídico y, según entendemos, cuando media consentimiento, no la hay.

En este sentido, la adopción de una teoría mixta podría superar las dificultades que presenta la teoría unitaria. Debe notarse que la incorporación en el tipo de fórmulas como “el que, aún con consentimiento del sujeto pasivo” o “sin importar el consentimiento”, sólo produciría que las conductas desplegadas, incluso existiendo consentimiento, sean subsumibles en un determinado tipo, mas ello no implica en modo alguno que tal conducta sea necesariamente antijurídica, pues sabemos que la tipicidad es tan solo indiciaria de la antijuridicidad¹⁶⁷. Por tanto, en situaciones en las que el consentimiento no sea obstáculo para configurar conductas típicas, sí cabe empero pensar en su concurrencia como causa de justificación, las que están previstas para todos los delitos y cabrán siempre que no sea inconcebible su concurrencia en la realidad, dada la naturaleza de la infracción de que se trate o las circunstancias del hecho que impidan configurarla. Esto significa, además, que sólo el consentimiento como causa de justificación podría tener la aptitud de abarcar la mayor cantidad de casos, puesto que de esta forma se reconoce su efecto en aquellos casos en que el tipo lo impida.

¹⁶⁷ CURY explica esto muy claramente diciendo que “dado que las causales de justificación constituyen una excepción respecto de la prohibición general materializada en el tipo, la verificación de la tipicidad del comportamiento es también indicio de su antijuridicidad; un síntoma en virtud del cual puede pronosticarse - aunque sin asegurarlo todavía- que probablemente también es antijurídico. La tipicidad, por lo tanto, es indiciaria (*ratio cognoscendi*) y no constitutiva (*ratio essendi*) de la antijuridicidad”. Ver CURY, Enrique, op. cit. p. 287.

4. Bien jurídico y naturaleza jurídica del consentimiento

Ya en el capítulo anterior expusimos la concepción de bien jurídico aquí manejada, pero consideramos de suma importancia abordar lo referente a su ubicación sistemática, puesto que ello permitiría aproximarnos a la naturaleza del consentimiento, dada la íntima vinculación que entre ambos existe, lo que ya ha sido desarrollado. Si el bien jurídico se familiariza más con la tipicidad, ello podría dar luces de que el terreno en que debe operar el consentimiento es en el de las causas de atipicidad y, en cambio, si tuviera mayor relación con la antijuridicidad como elemento del delito, sería adecuado considerarle como causa de justificación. En las siguientes líneas, exponemos las principales ideas planteadas sobre este punto.

El concepto y ubicación del bien jurídico en la teoría del delito no es un asunto pacífico para la doctrina. VON LISZT planteaba que se ubicaba en la antijuridicidad como elemento del delito, lo que se desprende claramente de su comprensión de la antijuridicidad en sentido material, esto es, aquella que indica que una acción es antijurídica en atención al menoscabo del bien jurídico protegido por la correspondiente norma¹⁶⁸, categoría conceptual que no coincide con la antijuridicidad en sentido formal¹⁶⁹. En otro sentido, MAURACH dijo que “el bien jurídico constituye el núcleo de la norma y del tipo, porque todo delito amenaza un bien jurídico”¹⁷⁰, ubicándolo, en consecuencia, en el tipo como elemento del delito¹⁷¹.

Sin embargo, desde el último tiempo hasta esta parte, autores lo han ubicado incluso fuera de la teoría del delito. Así, JESCHECK decía que “el punto de partida y pensamiento rector de la formación del tipo es el bien jurídico (...) El tipo arranca así de la norma, y la

¹⁶⁸ VON LISZT, F., *Tratado de Derecho penal*, Valletta ediciones, Buenos Aires, 2007, cfr. pp. 351-352.

¹⁶⁹ MAYER, Max Ernst, *Derecho penal*. Parte general, B de F, Montevideo - Buenos Aires, 2007, cfr. p. 226

¹⁷⁰ MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho penal*, Ariel, trad. Juan Córdova Roda, Barcelona, 1962, p. 253.

¹⁷¹ Esto sin perjuicio que el mismo autor reconocía las variadas funciones que tiene el bien jurídico, por ejemplo, la de interpretación, al señalar que no es posible interpretar ni, por tanto, conocer la ley penal, sin acudir a la idea de bien jurídico. Ver MAURACH, R., cfr. p. 253.

norma, del bien jurídico”¹⁷². Compartimos esta idea, puesto que el bien jurídico se presenta como un objeto existente independientemente de la aparición del delito. Es cierto que ambos conceptos se encuentran íntimamente vinculados, pero ello no significa que el bien jurídico exista como tal sólo dentro de un elemento del delito. De hecho, no se encuentra vinculado únicamente con la antijuridicidad, sino que también lo está con otros elementos del delito¹⁷³, pues, sin ir más lejos, el bien jurídico en realidad constituye un instrumento básico para el desarrollo de la teoría del delito¹⁷⁴. El vínculo entre ambos conceptos se da más bien en función del enfrentamiento que se produce cuando uno, el delito, ofende al otro, el bien jurídico, pero siempre existiendo como dos cuerpos distintos.

Ahora bien, lo que sí puede ubicarse dentro de un elemento del delito es la consideración de la afectación de un bien jurídico. En otras palabras, no es el bien jurídico como objeto valorado en abstracto lo que pertenece a un elemento u otro, sino que es su afectación en concreto la que debe constatarse dentro del análisis ya sea de la tipicidad o de la antijuridicidad de una conducta.

En nuestra opinión, dado que la antijuridicidad se define precisamente por la afectación a un bien jurídico, es en este elemento donde el consentimiento genera efectos. Al respecto, cabe precisar que la antijuridicidad entendida así se vincula a la llamada antijuridicidad material, que se diferencia de la antijuridicidad formal, en la conceptualización planteada por VON LISZT¹⁷⁵. Sin embargo, debe tenerse presente que ésta

¹⁷² JESCHECK, Hans-Heinrich., op. et. ed. cit., p. 231.

¹⁷³ Por ejemplo, el bien jurídico tiene también relaciones con la tipicidad, en el sentido de que el legislador debiese tipificar conductas que ofendan un bien jurídico, teniendo presente la forma en que se puedan presentar aquellos ataques.

¹⁷⁴ FERNÁNDEZ, Gonzalo, “Bien jurídico y principio de culpabilidad”, en Maier, J. y Binder, A. (comps.), *El Derecho penal hoy*, Editores del puerto, Buenos Aires, 1995, p. 169.

¹⁷⁵ Como bien resume RETTIG, dos han sido las tendencias que han intentado definir la antijuridicidad penal. Una sustentada principalmente por MERKEL y luego BINDING, que concibe la antijuridicidad como *lo contrario a Derecho*, perspectiva formal del injusto que centra el análisis en la *infracción de la norma penal* y que constituye un punto de vista derivado de la *teoría imperativa de la norma*, partidaria de un enfoque *instrumental* de la norma como medio para intervenir en el proceso decisorio de los destinatarios, dirigiendo su comportamiento hacia los fines prefijados por el Derecho mediante mandatos o prohibiciones. La otra tendencia, sostenida fundamentalmente por IHERING y luego por VON LISZT, defiende una perspectiva material del injusto, conforme a la cual la antijuridicidad es *la lesión o puesta en riesgo del bien jurídico protegido*.

sólo tiene valor para el contexto en el que fue formulada, dado que en aquella época aún no surgía el concepto de tipicidad, por lo que la llamada antijuridicidad formal se refiere, en definitiva, a la tipicidad, mientras que hoy atribuimos a la antijuridicidad un carácter material, entendida como contradicción del acto con el Derecho y con los objetos por éste valorados¹⁷⁶. La lesión al bien jurídico, por tanto, debe examinarse respecto de lo injusto de la conducta y, considerando que el consentimiento impide aquella afectación a un bien jurídico, éste debiese pertenecer, naturalmente, al terreno de la antijuridicidad.

El evidente parentesco existente entre consentimiento y antijuridicidad es corroborado incluso por aquellos ordenamientos que pretenden restringir o modificar los efectos desincriminantes del consentimiento otorgándole un mero efecto atenuante, pues es precisamente la degradación de lo injusto el fundamento de tal aminoración de la pena. Así ocurre, por ejemplo, en las lesiones consentidas del artículo 155 del Código penal español¹⁷⁷. Que ordenamientos como el español contemplen el consentimiento como circunstancia atenuante, está en línea con la idea de considerar al consentimiento como causa de justificación, puesto que lo que implica el consentimiento, *v. gr.*, en las lesiones, es precisamente un *minus* de injusto, desde que no podría invocarse argumento alguno en función de considerarle relativo a la tipicidad, puesto que ésta, según sabemos, no admite graduación: los actos son típicos o no lo son, de modo que en el establecimiento de la tipicidad hay sólo una posibilidad binaria de constatarla. En cambio, la antijuridicidad, precisamente por implicar una valoración, admite graduación y es ese el elemento del delito que se degrada en el caso de las lesiones consentidas.

Por otra parte, el consentimiento no puede pertenecer al tipo, pues en los delitos que no contemplan un obrar contra o sin la voluntad del interesado como elemento típico, como

Ver RETTIG ESPINOZA, Mauricio., “Desarrollo previsible de la relación entre la antijuridicidad y la culpabilidad”, en *Revista de Derecho*, Vol. XXII - Nº 2, Valdivia, 2009, pp. 185-203, p. 186.

¹⁷⁶ Es con BELING, creador del moderno concepto de tipo, que se concibe la total independencia de éste de la antijuridicidad, quien definía el delito como acción típica, antijurídica y culpable. Ver MIR PUIG, Santiago., *op. cit.* p. 155.

¹⁷⁷ CEREZO MIR, José., *Derecho penal. Parte general*, Editorial Tecnos, Montevideo-Buenos Aires, 2008, *cfr.* p. 658.

es el caso de los daños del artículo 236 del Código penal español, éste debe tener efectos desincriminantes precisamente por la falta de lesión al bien jurídico.

De todo lo dicho, podemos concluir que el consentimiento se adecua mejor dentro de la teoría de la antijuridicidad. Por presentarse como una figura que excluye dicho elemento, cabe reconocer al consentimiento la naturaleza de una causa de justificación, pues, al impedir la afectación del bien jurídico, se excluye la posibilidad de que una conducta típica sea, a su vez, antijurídica. Cuando la acción en contra o sin la voluntad del interesado no es un elemento típico, el consentimiento debe ser examinado a propósito de la antijuridicidad del acto, por lo que es ése el verdadero terreno sobre el que actúan sus efectos desincriminantes.

5. Requisitos del consentimiento a la luz de su fundamento

Atendida la afirmación del consentimiento como causa de justificación en todos aquellos casos en que su ausencia no se establece como elemento típico, cabe recordar que, según lo explicado en el primer capítulo, la configuración de los requisitos difieren según se trate de un acuerdo que deriva en la atipicidad del acto o bien de un consentimiento en sentido estricto, como causa de justificación. Según planteamos anteriormente, ello dependerá siempre del bien jurídico de que se trate y de la modalidad que asuma el acuerdo o consentimiento¹⁷⁸.

La **capacidad para consentir** responde a un estándar menos exigente tratándose del consentimiento como causa de atipicidad, por cuanto allí no se contempla otro requisito además de la mínima aptitud para comprender que se está disponiendo de un bien jurídico, lo que deriva de la *naturalidad* propia de esta capacidad. Esto a su vez se funda en el carácter simplemente positivo del consentimiento en los casos respectivos. Por el contrario, en el plano de la antijuridicidad, se manejan nociones que, como se advirtió, incorporan *valoraciones* sobre la esencia e importancia de la disposición, que van más allá del simple *querer naturalmente*, exigencias no extraídas de la pura letra de la ley, sino más bien relacionadas con conceptos complejos como *libertad personal de decisión* o *autodeterminación*, tal como se expuso con mayor detalle en el segundo capítulo.

¹⁷⁸ ZAFFARONI, E. R., ALAGIA, A., SLOKAR, A., op. et ed. cits., p. 500.

De este modo, la idoneidad de la capacidad requerida para configurar un consentimiento justificante se vincula directamente con su fundamento, en la medida que permite circunscribir la eficacia del consentimiento únicamente a aquellos casos en que efectivamente éste implique reconocer y preservar la autodeterminación de quien consiente, identificándose así el consentimiento como expresión de aquélla, a diferencia de lo que ocurre en los casos en que la falta de consentimiento es exigida por el tipo, situaciones en las que el legislador, al momento de establecer como elemento típico el acto contra o sin la voluntad del agente, ya ha valorado la antijuridicidad, que precisamente constituye un juicio valorativo¹⁷⁹, como no concurrente en todas aquellas situaciones en que, por el contrario, concurra el consentimiento. Así, sólo en los casos más complejos, donde el legislador no pudo asegurar de antemano la irrelevancia para el Derecho penal de determinadas conductas consentidas, cabe hablar de consentimiento como justificación, lo que podría explicar la mayor exigencia de sus requisitos como causa de justificación.

Respecto de la **voluntad libre y consciente**, en el terreno de la tipicidad un error respecto al consentimiento no significa la punición de la conducta, salvo que se trate de otra acción típica¹⁸⁰. Por otro lado, en relación con la causa de justificación, se requiere siempre que el consentimiento sea íntegramente puro¹⁸¹.

Si bien los requisitos son los mismos en uno y otro caso, queda claro que éstos son más exigentes para atribuir al consentimiento un efecto justificante, lo que es concordante con la naturaleza que las causas de justificación tienen y la forma en que el ordenamiento las regula. Además, el efecto desincriminante en ambos casos comparte el mismo fundamento, la autodeterminación, siendo sólo el motivo de la eximición de la responsabilidad lo que cambia: para el denominado *acuerdo*, no habrá conducta típicamente relevante y para el *consentimiento* en sentido estricto, habrá conducta típica, pero lícita.

¹⁷⁹ BUSTOS, J., HORMAZÁBAL, H., op. cit. 100.

¹⁸⁰ ZAFFARONI, E. R., ALAGIA, A., SLOKAR, A., op. et ed. cits., p. 500.

¹⁸¹ En este sentido, WESSELS, Johannes, *Derecho penal*. Parte general, trad. 6° ed. alemana por Conrado A. Finzi, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 102., STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal*. Parte general I. El hecho punible, trad. 4° ed. alemana por Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti, Hammurabi, Buenos Aires, 2008, p. 127-128.

En suma, considerando que la mejor forma de garantizar la disponibilidad de bienes jurídicos será la adopción de una teoría sobre el consentimiento coherente con su fundamento, el cual se enmarca particularmente en la teoría de la antijuridicidad -siempre considerando la posibilidad de que el legislador prevea situaciones no conflictivas en abstracto para otorgarle el efecto de excluir la tipicidad- y, en definitiva teniendo presente todo lo desarrollado hasta este punto, podemos responder la pregunta acerca de qué teoría garantiza mejor la disponibilidad de bienes jurídicos de titularidad individual, siendo la teoría dualista la que logra de mejor manera este objetivo.

CONCLUSIONES

Dado que la pregunta central que se ha intentado responder a lo largo del presente trabajo es cuál teoría del consentimiento garantiza de mejor manera la disponibilidad de los bienes jurídicos de titularidad individual, fue necesario, ante todo, analizar el concepto, la evolución terminológica y las distinciones que la doctrina ha trazado respecto del consentimiento.

En este sentido, se expuso que su naturaleza no se ha tratado de manera uniforme en la doctrina, pues se le ha atribuido tanto una naturaleza mixta como unitaria, ya se trate de una institución que actúa excluyendo tanto el tipo como la antijuridicidad o bien se le considere únicamente como causa de atipicidad. Del análisis de sus requisitos, se observó que la intensidad que éstos exigen para su configuración es mayor tratándose de un consentimiento justificante, lo que permite excluir la responsabilidad penal de casos no contemplados expresamente en la ley, por lo que debe atender cuidadosamente al bien jurídico de que se trate y a su vinculación con conceptos más complejos, derivados de la autodeterminación.

Para analizar adecuadamente la naturaleza del consentimiento, fue necesario estudiar su objeto, que tradicionalmente se ha entendido que es el bien jurídico. Sin embargo, del concepto aquí manejado de bien jurídico, que es la relación de disponibilidad entre un objeto y su titular, se extrae que la disponibilidad es elemento integrante y esencial del bien jurídico, por lo que ésta no puede recaer en el bien jurídico mismo, sino en aquel objeto que forma parte de tal concepto.

Ahora bien, en las escasas ocasiones que se ha abordado el estudio del concepto mismo de disponibilidad, la doctrina la conceptualiza en dos sentidos, el primero, referido al goce de los bienes y el segundo, a su destrucción, limitando su ámbito de aplicación al primero de éstos. Dado que, por un lado, no existen argumentos que justifiquen esta restricción y, por otro, que no puede entenderse un concepto sin referencia al otro, hay importantes razones para optar por un concepto amplio de disponibilidad que abarque ambas acepciones. Sin ir más lejos, no existe discusión en que en el delito de daños el

consentimiento tiene efectos desincriminantes no obstante se trate de la destrucción del bien protegido. No encontramos razones, entonces, para limitar la disponibilidad al goce de los bienes, pues ello significaría que es el Estado quien determina cómo los ciudadanos deben ejercer sus bienes jurídicos.

Posteriormente, revisamos los fundamentos de la disponibilidad como son la dignidad y la libertad, valores fundamentales que son inmanentes al Derecho penal y que se encuentran reconocidos y garantizados por la Constitución y por los tratados que Chile ha ratificado y que se erigen como un límite a la intervención estatal y como norma de interpretación de leyes, tanto para la actividad legislativa como para los órganos jurisdiccionales. Siendo esto así, para que un ordenamiento sea compatible con los derechos fundamentales que garantiza debiese reconocer al consentimiento la debida eficacia desincriminante que merece.

Ahora bien, generalmente se han establecido ciertos límites a la disponibilidad de los bienes jurídicos. Por una parte, se ha circunscrito el ámbito de aplicación del consentimiento únicamente a los bienes individuales y, por otra, dentro de este grupo, no se ha reconocido su efecto desincriminante en todos los casos, siendo irrelevante el consentimiento particularmente en los bienes referidos a la vida y a la salud individual. Finalmente, es posible encontrar autores que restringen su eficacia basados en razones de política criminal.

Al respecto, hemos visto que no es posible caracterizar como indisponible un bien jurídico en atención al sujeto titular, precisamente porque su esencia consiste en una relación de disponibilidad. Tampoco existen razones, teniendo presente el fundamento de la disponibilidad, que permitan justificar el nulo efecto desincriminante para los casos de disposición del bien vida o salud individual, pues se trata de bienes personalísimos, que, en consecuencia, deben ser enteramente disponibles para su titular. En fin, consideramos que restringir el ámbito de aplicación del consentimiento al punto de negar toda eficacia desincriminante, no es compatible con las ideas de dignidad y libertad. Sólo resulta plausible que el ordenamiento establezca el modo en que debe aparecer el consentimiento para que éste genere efectos desincriminantes, como ocurre con las llamadas causas de justificación procedimentales.

Explicado lo anterior, para resolver la pregunta inicial fue necesario establecer que la mejor teoría será aquella más coherente con los fundamentos del consentimiento y no aquella que cuantitativamente abarque más casos ni aquella que cualitativamente sea más eficaz.

Considerando, por un lado, que la adopción de la teoría unitaria no permite garantizar la eficacia que corresponde en todos los casos y, por otro, que naturaleza jurídica del consentimiento se adapta de mejor manera dentro de la teoría de la antijuridicidad, concluimos que la teoría mixta es la que garantiza mejor la disponibilidad, cuantitativa y cualitativamente. Esto lo reafirma la coherencia que adquiere así la diferente exigencia que presentan los requisitos del consentimiento como causa de atipicidad o de justificación con su fundamento, tal como se planteó al inicio del trabajo.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUIRRE-PABÓN, Javier. “Dignidad, Derechos Humanos y la Filosofía práctica de Kant” en *Revista de Ciencias Jurídicas Vniversitas*, N° 123 (julio-diciembre), Bogotá, 2011
- ANTOLISEI, *Manual de Derecho penal: Parte general*, Editorial Temis, Jorge Guerrero y Marino Ayerra Redín (trads.), Bogotá, 8° ed., 1988
- BACIGALUPO, Enrique. *Hacia el nuevo Derecho penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2008
- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, “El Derecho penal: concepto y principios”, en LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. (coord.), *Introducción al Derecho penal*, Civitas, Navarra, 2° ed., 2015, p. 42.
- BERLIN, Isaiah, *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Alianza Editorial, Madrid, 1993
- BETTIOL, Giuseppe, *Derecho penal: Parte general*, Editorial Temis, José León Pagano (trad.), Bogotá, 4° ed., 1965
- CANCIO MELIÁ, M. y PÉREZ MANZANO, M., “Principios del Derecho penal”, en LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. (coord.), *Introducción al Derecho penal*, Civitas, Navarra, 2° ed., 2015.
- CANCIO MELIÁ, Manuel. *Conducta de la Víctima e Imputación objetiva en el Derecho penal*, Editorial J. M. Bosch, Madrid, 1° ed., 1998
- CANCIO, Manuel, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*, J. M. Bosch, Barcelona, 2001
- CASAS BARQUERO, Enrique, *El consentimiento en el Derecho penal*, Universidad de Córdoba, Córdoba, 1987
- CEREZO MIR, José, *Derecho penal. Parte general*, Editorial Tecnos, Montevideo-Buenos Aires, 2008
- CLAPHAM, Andrew. *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Editorial Oxford, Oxford, 2006
- CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Manual de Derecho penal. Parte especial.*, editorial Tirant lo Blanch, Madrid, 2° ed., 2015, t. I
- CURBELO SOLARI, Ignacio. “Problemática sobre la disponibilidad de los Bienes Jurídicos Individuales y Responsabilidades Emergentes”, en *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 32, Montevideo, 2012

- DARÍO JARQUE, Gabriel, "La relevancia penal del consentimiento", en *Derecho penal*, 2011. [disponible en: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20111108_01.pdf]
- DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. "Eutanasia y Derecho", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, N° 12, Málaga, 1995
- FERNÁNDEZ, Gonzalo, "Bien jurídico y principio de culpabilidad", en Maier, J. y Binder, A. (comps.), *El Derecho penal hoy*, Editores del puerto, Buenos Aires, 1995
- FERNÁNDEZ, Gonzalo, *Bien Jurídico y Sistema del Delito*, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2004
- FONTÁN BALESTRA, *Derecho Penal*. Introducción y Parte general, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998
- GROS ESPIELL, Héctor, *La convención americana y la convención europea de los sobre los derechos humanos*. Análisis comparativo, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1991
- HASSEMER, Winfried, y LARRAURI, Elena, *Justificación material y justificación procedimental en el Derecho penal*, editorial Tecnos, Madrid, 1997
- JAKOBS, Günther, *Derecho Penal*. Parte general, Fundamentos y teoría de la imputación, 2° ed., trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1997
- JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho penal*. Parte general, trad. de José Luis Manzanares Samaniego, Comarés, Granada, 4° ed., 1993
- JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal*. Parte general, 2 vols., trad. S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, Bosch, Barcelona, 1981, t. I, cfr. p. 517.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho penal*, 7 vols., Losada, Buenos Aires, 1952, t. IV
- KIERSZENBAUM, Mariano. "El bien jurídico en el Derecho penal. Algunas nociones básicas desde la óptica de la discusión actual", en *Lecciones y Ensayos*, N° 86, Buenos Aires, 2009
- KINDHÄUSER, Urs, *Teoría de las normas y sistemática del delito*, Ara editores, Lima, 2008, p. 17
- LANGÓN, Miguel. *Manual de Derecho penal*, Editorial Del Foro, Montevideo, 2006
- LUTHER, Jörg, "Razonabilidad y dignidad humana", en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Universidad de Granada, España, año 4, núm. 7, enero-junio de 2007

- MACHADO RODRÍGUEZ, Camilo Iván, “El consentimiento en materia penal”, en *Derecho Penal y Criminología*, vol. 33, N° 95, 2012
- MAÑALICH R., Juan Pablo, en “*Revista de Estudios de la Justicia*”, N° 4, Santiago, 2004
- MAURACH, R., ZIPF, H., *Derecho Penal*. Parte general, trad. 7° ed. por Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson, Astrea, Buenos Aires, 1994
- MAURACH, Reinhart, *Tratado de Derecho penal*, trad. de Juan Córdoba Roda, Ariel, Barcelona, 1962
- MEZGER, Edmund, *Derecho penal*. Libro de Estudios. Parte general, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1958
- MEZGER, Edmund, *Derecho penal*. Parte general, 2. vols., trad. 6° ed. alemana por Conrado A. Finzi, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1954, t. I
- MEZGER, Edmund, *Tratado de Derecho penal*, 2 vols., Revista de Derecho Privado, Madrid, 2° ed., 1946, t. I
- MILL, John-Stuart, *Sobre la Libertad*, Alianza Editorial, Madrid, 2004
- MIR PUIG, Santiago, *El Derecho penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994
- MONTANO, Pedro J., “La dignidad humana como bien jurídico tutelado por el derecho penal” en *Revista de Derecho*, Universidad de Montevideo, N° 79, Montevideo, 2003
- MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal*. Parte especial., Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 20° ed., 2015
- NOGUEIRA, Humberto. *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, bloque constitucional de derechos y control de convencionalidad*, p. 1-2
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, Editorial Dykinson, Madrid, 2° ed., 2004
- PETTIT, Philip, *Republicanism*. Una teoría de la libertad y del gobierno, trad. Toni Domènech, Paidós, Barcelona, 1999
- RETTIG ESPINOZA, Mauricio., “Desarrollo previsible de la relación entre la antijuridicidad y la culpabilidad”, en *Revista de Derecho*, Vol. XXII - N° 2, Valdivia, 2009, pp. 185-203

- RIVACOBA, Manuel de, “Cambio de sentido en la protección y el concepto penal de la vida humana.”, en *Doctrina penal*, número 46/47, abril-septiembre de 1989, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1989
- RIVACOBA, Manuel de, “Orden político y orden penal”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 22 N°2, 1995
- ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Parte general, 2 vols., trad. 2° ed. alemana por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1997, t. I
- STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal*. Parte general I. El hecho punible, trad. 4° ed. alemana por Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti, Hammurabi, Buenos Aires, trad2008, cfr. p. 217
- VELÁSQUEZ V., Fernando. *Derecho penal*. Parte general, 2 vols., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2011
- WELZEL, H., *Derecho Penal alemán*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 11° edición, 1976
- WELZEL, Hans, *Derecho penal*. Parte general, trad. de Carlos Fontán Balestra, Roque Depalma, Buenos Aires, 1956
- WESSELS, Johannes, *Derecho penal*. Parte general, trad. 6° ed. alemana por Conrado A. Finzi, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1980
- ZAFFARONI, Eugenio R., ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, *Derecho penal*. Parte general, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2° edición, 2003
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Tratado de Derecho penal*. Parte general, 4 vols., Ediar, Buenos Aires, 1981, t. III
- ZAFFARONI, Raúl, en “Desafíos del Derecho penal latinoamericano” (notas ordenadas de la conferencia pronunciada en la Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional Distrito Federal, Brasília, el 6 de junio de 2016)