



Prolegómenos. Derechos y Valores

ISSN: 0121-182X

derechos.valores@umng.edu.co

Universidad Militar Nueva Granada

Colombia

Correa Sarmiento, Ana Cenuvieth

Fundamento del consentimiento presunto como causal de justificación en el derecho penal

Prolegómenos. Derechos y Valores, vol. X, núm. 20, julio-diciembre, 2007, pp. 57-69

Universidad Militar Nueva Granada

Bogotá, Colombia

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87602003>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

FUNDAMENTO DEL CONSENTIMIENTO PRESUNTO COMO CAUSAL DE JUSTIFICACIÓN EN EL DERECHO PENAL*

Ana Cenuvieth Correa Sarmiento**
Universität Bonn (Alemania)

Fecha de recepción: 15 de febrero de 2007.

Fecha de aceptación: 18 de octubre de 2007.

Resumen

El Consentimiento Presunto es una causal de justificación desarrollada en un ámbito temático sumamente controvertido. En su esfera de acción no se encuentran especiales e imaginativos infractores de la ley, sino ciudadanos que ejecutan acciones socialmente neutrales o incluso oportunamente necesarias. Para los casos en que se tipifica el Consentimiento Presunto, es característica el evento en que un bien jurídico amenazado que solo puede ser conservado a costa de otro bien jurídico del mismo propietario, en circunstancias en que su titular no está en condiciones de decidir con cuáles medios, o si a ese respecto, en realidad cabe acción alguna.

Palabras clave

Consentimiento presunto, causal de justificación, antijuridicidad, valoración de intereses, titular del bien jurídico afectado, conducta, riesgo permitido, agencia oficiosa, gestión de negocios ajenos, decisiones subordinadas de causa y de personalidad, decisiones existenciales, interés del afectado, interés propio.

* Este artículo contiene una síntesis del capítulo referente a los elementos constitutivos del Consentimiento Presunto, que hace parte de la tesis de investigación proyectada sobre la figura del Consentimiento Presunto como causal de justificación en el derecho penal y la influencia de la Agencia Oficiosa consagrada en el Código Civil. Estudio presentado en la Universidad de Bonn (Alemania), para la obtención del título de Magister en derecho comparado, bajo la tutoría del profesor Günther Jakobs, ameritando la nota de cum laude.

** Abogada egresada de la Universidad de la Sabana, Magister en derecho comparado de la Rheinische Friedrich Wilhems Universität Bonn (Alemania). E-mail: acorrea@gmx.net

ALLEGED CONSENT AS AN UNDERLYING JUSTIFICATION IN CRIMINAL LAW

Abstract

Alleged consent as an underlying justification in criminal law is an extremely controversial topic. Its circumstances are usually not associated with special or ingenious offenders but, instead, with citizens performing neutral and sometimes convenient social actions. Alleged consent is typically associated with property in threat, that can only be spared by disposing of some other property of same owner, who in the event is not able to decide about what means to deploy or even if action should be taken at all.

Key words

Alleged consent, underlying justification, interest valuation, property rights holder, permissible risk, agency, business management on behalf of others, underlying and personal subordinate decisions, existential decisions, self – interest.

INTRODUCCIÓN

El avance de la doctrina del consentimiento presunto se le agradece en especial a *Mezger*, por ser quien formula y desarrolla el concepto de esta causal de justificación como “*un juicio de probabilidad objetivamente judicial en que el afectado, si tuviese pleno conocimiento del estado de cosas y desde su punto de vista personal, hubiese consentido la conducta*”¹.

Aunque la figura en cuestión es reconocida por la Jurisprudencia como una causal autónoma de justificación, su sentido o carácter de independiente es controvertido. En la doctrina se distinguen tres puntos de vista: El primero plantea que el Consentimiento Presunto es una continuación de la idea del Consentimiento y que existe una colectividad ya que juntos condicionan determinados factores externos, de los cuales resulta que en el caso concreto de no observación de una regla positivamente solicita-

¹ Mezger. Strafrecht, p. 219.

da está el sentido de autorización. El segundo punto de vista, que constituye la tesis dominante, considera que el Consentimiento Presunto constituye una causal de justificación independiente cuyas condiciones son las mismas que las del Consentimiento dado de hecho, pero que debe requerir que el autor haya tenido la voluntad de actuar en sentido de autorizado, razón por la cual debe formar una causal de justificación completamente independiente. El tercer punto de vista refiere que la noción del Estado de Emergencia es el verdadero principio tras esta causal de justificación, sin embargo en este sentido sus representantes no recurren realmente a la constitución de tal figura, ya que esta podría exigir validez solo allí donde colisionan los intereses de los diferentes portadores de bienes jurídicos.

METODOLOGÍA

El presente estudio ha sido proyectado sobre la temática del Consentimiento Presunto desde la perspectiva de la doctrina y la jurisprudencia alemanas, las cuales estiman en su mayoría que esta figura constituye una causal autónoma de justificación. Considero que los parámetros sustanciales de dicha investigación pueden hacerse extensibles al derecho penal colombiano debido a la reconocida influencia ejercida por la doctrina alemana en nuestro medio jurídico.

La metodología de investigación aplicada es la hermenéutica crítica, por cuanto se realiza un análisis documental junto con una disertación de la evolución histórica que en la dogmática ha tenido la figura del Consentimiento Presunto desde que se estableció en la doctrina del Derecho Natural del siglo XVIII, cuando fue reconocida y debatida la legitimidad de una conducta en un presunto consenso con el afectado.

RESULTADOS

ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL CONSENTIMIENTO PRESUNTO

En el ámbito del Consentimiento Presunto no parece ser rechazada la necesidad de esclarecer

la irrecuperabilidad de una decisión de hecho. Pero ahora como antes es discutido en muchos aspectos cómo puede ser más justa esa necesidad, ya que existe discrepancia con respecto a la base para el efecto justificable y a los campos de aplicación del Consentimiento Presunto. En el debate se distinguen tres puntos de vista, los cuales deben ser consultados en combinación como quiera que conforman los elementos constitutivos de la causal de justificación en cuestión, a saber: La valoración de intereses del titular del bien jurídico, su conducta y el riesgo permitido. Ello conduce a una diferenciación de peso, especialmente en lo referente a la valoración objetiva del titular de los bienes jurídicos afectados.

1. VALORACIÓN DE INTERESES

Como regla general la valoración de intereses se demostrará, cuando el Consentimiento del lesionado hubiese sido el esperado².

Una causal de justificación puede reglamentar en los casos tenidos en cuenta, exclusivamente, el conflicto entre los bienes jurídicos que correspondan a la misma persona y que ésta, por razones de hecho, no pueda decidir por sí misma³. De acuerdo con este punto de vista el momento del Consentimiento no sería de significado central para el titular del bien jurídico; de ahí que seguidores de esta causal de justificación no la señalen como Consentimiento Presunto, sino como "*intereses urgentes del lesionado*" (*Schmidhäuser*)⁴ o como "*la conducta en interés y con el Consentimiento Presunto del lesionado*" (*Jakobs*)⁵.

En este ámbito pueden ser diferenciadas dos variantes. Una aplica el parágrafo 677 (Agencia Oficiosa) y ss. del Código Civil Alemán direc-

² Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, p. 387.

³ Comparar: Jakobs. Strafrecht. Allgemeiner Teil, 15/16; Schmidhäuser. Strafrecht. Allgemeiner Teil, p. 165; Welzel. Das Deutsche Strafrecht, § 14 V; Bockelmann / Volk. Strafrecht. Allgemeiner Teil § 15 C II.

⁴ Schmidhäuser. Strafrecht. Allgemeiner Teil, p. 318.

⁵ Jakobs. Strafrecht. Allgemeiner Teil, p. 449.

ta o análogamente, otra relaciona el Consentimiento Presunto con el interés.

1.1 La Agencia Oficiosa como causal de justificación

Se creía, a comienzos del siglo pasado, que el sentido de la Gestión de Negocios sin Mandato o Agencia Oficiosa del área civil debía ser entendida o por lo menos podía ser entendida como una causal de exclusión de la ilicitud legalmente reglamentada⁶.

En el marco del tema referente al derecho y la obligación de ayudar en emergencia, Kohler se refiere al significado de la “negotiorum gestio” como una base justa e importante para el altruismo social, concibiendo la naturaleza de la Agencia Oficiosa de la siguiente manera: “*La actio negotiorum gestio no se fundamenta en bases individuales que se acerquen una a las intenciones de la otra, que una haya trabajado dentro de la voluntad de la otra, que una haya tomado el propósito de la otra, sino ... en que la negotiorum gestio es una ayuda humana, una muy deseable ayuda humana*”⁷. Por consiguiente para Kohler estaba en consideración, absolutamente en primer plano, el fomento de la voluntad de ayudar en el interés público.

Después de entrar en vigor el Código Civil Alemán con su regulación de la Agencia Oficiosa en los párrafos 677 y ss., se intentó hacer utilizable esa regulación para una parte del campo penalista⁸, específicamente en el campo del tratamiento médico porque se dan las configuraciones del caso, las cuales no son solucionables con el Consentimiento del lesionado, como ocurre en el caso que el inconsciente deba ser operado urgentemente. Se planteó solucionar tales casos, entendiendo la actividad de un médico interventor como una Agencia Oficiosa,

tal como se encuentra consagrada en los párrafos 677 y ss. del Estatuto Civil Alemán⁹.

Siguiendo este planteamiento fueron aplicados directamente los párrafos 677 y ss. del Código Civil Alemán excluyendo la Antijuridicidad solo cuando la comisión delictiva correspondía tanto al Consentimiento Presunto como al interés del titular del negocio, en cuanto a la aceptación y a la ejecución. Estos dos criterios, Interés y Voluntad Presunta, fueron así considerados permanentemente, uno al lado del otro con los mismos derechos. Es de observar que la voluntad del mandante debe estar acorde con el orden jurídico. Cuando ese no es el caso, estaría entonces frente a un proceder contra la presunta voluntad, como ocurre con el párrafo 679 del Código Civil Alemán, o frente a un caso que se mantiene ilegal aunque permanezca acorde con él una actividad ejecutada¹⁰.

Posteriormente la doctrina de la Gestión de Negocios Ajenos en el ámbito penal comenzó a ser ubicada en el ámbito de la aplicabilidad de la Agencia Oficiosa sobre un fundamento más amplio, es decir que, partiendo de la idea que la unidad del orden jurídico defiende la interpretación de la Gestión de Negocios Ajenos, en los límites del párrafo 677 y ss. del Código Civil Alemán, también en derecho penal representa una eficaz causal de justificación¹¹. Del manejo completo de la Agencia Oficiosa en el Código Civil Alemán y del propósito en la determinación de los párrafos 677 y 678 del Código Civil Alemán, se desprende que el Derecho Civil no solo admite la Gestión de Negocios sino que quiere favorecerla; con esto se declara la Agencia Oficiosa como legítima.

Zitelmann fue el fundador de la Teoría del Negocio Jurídico en la doctrina del Consentimiento como causal de justificación. Como *positivista*

⁶ Comparar este desarrollo en: Die Nachweise bei Arndt. Strafrechtliche Abhandlungen. Band 268, p. 26 ss.; Eichler. Strafrechtliche Abhandlungen. Tomo 284; v. Mohrenhoffen. Die mutmaßliche Einwilligung, Diss. p. 4 ss.

⁷ Kohler. Die Menschenhilfe im Privatrecht, p. 42 ss.

⁸ Rosenberg. GS 62, p. 62 ss.

⁹ Comparar controversia con Bern. GS 62, p. 416 ss.; Kohlrausch. ZStW23, p. 612; Brückmann. ZStW 24, p. 657 ss.

¹⁰ Arndt. Strafrechtliche Abhandlungen. Band 268, p. 26, 28, 32 ss.

¹¹ Ibidem, p. 102 ss.

riguroso creía que el Consentimiento y su efecto justificado solo podía ser reconocido sobre la base de un fundamento legal –a saber, cuando fuese considerado como un negocio jurídico–. Consideró también la regulación comercial de la Agencia Oficiosa semejante a la base dirigida para una justificación en el ámbito de casos del Consentimiento Presunto. La doctrina de *Zitelmann* encontró considerables partidarios¹², entre los que se destaca *Honig* quien se unió sustancialmente a la doctrina *Zitelmanno* –Ahrenciana, “*en tanto que el proceder tuviera el animus negotia gerendi*”¹³. La base tomada de la Gestión de Negocios Ajenos era apoyada solo en cuanto a las características del Consentimiento Presunto, ese fue el principal significado.

Esta tendencia evolucionó posteriormente bajo el principio de la unidad del Derecho, entonces se consideraba que según los preceptos cívico-jurídicos una acción legal no puede ser vista como antijurídica en el Derecho Penal. Ahí, donde existen las condiciones de la Agencia Oficiosa es plausible una justificación, lo que no significa de modo necesario que sea segura la Antijuridicidad de una conducta. La reglamentación de los parágrafos 677 y siguientes del Código Civil Alemán es más bien vista como una salida del principio general, según el cual, no es antijurídica una conducta en interés del autorizado por una norma¹⁴.

Para los casos de altruismo del presunto Consentimiento también se recurrió a la Agencia Oficiosa como causal de justificación, argumentando que la ilegitimidad es negable cuando

la conducta haya correspondido al interés del perjudicado y su presunta voluntad. Conductas opuestas al interés del titular del bien jurídico son en cambio ilegales, ya que estas son ejecutadas contrariamente a la presunción ajena sobre la propia voluntad. En los casos de abandono de interés no puede sobrevenir una justificación, aquí concurriría más bien una causal de excusa¹⁵.

En la literatura moderna autores como *Schroth* hacen referencia a la plausibilidad de las condiciones de la Agencia Oficiosa en el Derecho Penal, cuestionando sobre la licitud justa de disculpas existenciales para con otro, como por ejemplo, con respecto a la inaplazable operación de un inconsciente. En estos casos se parte de la base que, es justificada la conducta del que interviene en los bienes jurídicos de otro, cuando es admitido que el titular del bien jurídico hubiera consentido la intervención; el Consentimiento “PRESUNTO” compensa el Consentimiento ausente de hecho. La autorizable Agencia Oficiosa exige para la compensación de la autodeterminación faltante del titular del bien jurídico no solo de su voluntad presunta, sino también de la utilidad de la intervención¹⁶.

Crítica

En la actualidad hay conformidad con respecto a que ninguna solución satisfactoria presentaría para los casos del Consentimiento Presunto la directa e ilimitada transmisión de la Gestión de Negocios Ajenos civilista¹⁷. Se considera que tiene lugar una efectiva Agencia Oficiosa solo cuando el administrador está habilitado para contratar. Para el derecho penal en cambio una causal de justificación semejante no es útil puesto que la valoración de una conducta como legal o ilegal no puede depender de las normas civilistas referentes a la capacidad contractual. Es evidente que también personas no comple-

¹² Son próximos (adeptos) Heimberger. VDA IV, p. 24 ss.; Gerland. VDA II, p. 307 – Anm. 2.; Frank. StGB (1931), p. 113.; Fischer. Die Rechtswidrigkeit mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts, p. 281; Honig. Die mutmaßliche Einwilligung des Verletzten, p. 165 ss. Por lo demás corresponde el enlace de interés y Consentimiento Presunto en el sentido del § 683 del Código Civil Alemán, el cual aún hoy es opinión predominante.

¹³ Honig. Die mutmaßliche Einwilligung des Verletzten, p. 165.

¹⁴ Heinitz. Strafrechtliche Abhandlungen, Band 211, p. 47, 49.

¹⁵ Noll. Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, p. 137 ss.

¹⁶ Schroth. JUS 1992, p. 479.

¹⁷ Ver Jescheck. Lehrbuch des Strafrecht. Allgemeiner Teil, p. 254; Mezger. Strafrecht, p. 223.

tamente capacitadas para contratar, como un menor de edad, pueden actuar legalmente en los casos de Consentimiento Presunto así como en otras situaciones de justificación¹⁸.

Las condiciones de la Gestión de Negocios Ajenos civilista no pueden ser exigidas para una justificación penal. Las rigurosas exigencias que el Derecho Civil establece para una justificación se explican en que se trata de una pretensión continuada del gestor en sustitución de aplicación (parágrafo 683 del Código Civil Alemán). Tratadistas como *Roxin* estiman por tanto que el Consentimiento Presunto es una “causal de exclusión de la ilicitud penal” limitada en el Derecho Penal¹⁹.

Adicionalmente se considera que la tempranamente recomendada aplicación análoga de las prescripciones civiles en el derecho penal no es aprobada, puesto que ella reglamenta solo el equilibrio de daños y aplicación internos, más no las condiciones de la intervención en bienes jurídicos ajenos, de los que depende la justificación penal. Prescripciones sobre el puro equilibrio patrimonial no podrían ser extendidas a valoraciones sancionables de lo Injusto²⁰.

1.2 La combinación de interés y Consentimiento Presunto (“Teorías mixtas”)

Aunque la Agencia Oficiosa no es adecuada para solucionar satisfactoria y definitivamente los casos de Consentimiento Presunto se ofrecen como fundamento de solución, los factores materiales sobre los cuales se constituye. La ponderación de los intereses, por una parte y del Consentimiento Presunto, por la otra, es efectuada por los representantes de estas tendencias desde diferentes puntos de vista y en diversas dimensiones.

Algunos argumentan que la Agencia Oficiosa no es aplicable análogamente, más bien, los principios sobre los que ella se basa pueden encontrar aplicación directa en el derecho penal. Según esta construcción tampoco es determinante la capacidad civil de contratar sino la capacidad penal de actuar²¹. Las dificultades surgidas a través de la aplicación análoga del parágrafo 682 del Código Civil Alemán pueden ser evitadas, dado que esta norma hace que la responsabilidad del administrador en la Gestión de Negocios Ajenos dependa de su ilimitada capacidad de contratar. Si la Agencia Oficiosa no reglamentara exclusivamente las relaciones jurídicas culposas de los sujetos de Derecho, significaría que la legitimidad de una conducta dependería de la capacidad de contratar del actuante²². Si la capacidad de contratar no tiene relación con la ilegalidad, daría esto un resultado peculiar.

Otros consideran que el presunto Consentimiento es un caso subsidiario del Consentimiento verdaderamente participado, y que la posición del interés corresponde ampliamente al Consentimiento de conformidad con la Gestión de Negocios Ajenos. Con esto se enfoca el interés hacia una función de indicio en relación con el Consentimiento Presunto²³. En tal orden de ideas el fundamento de la justificación en el Consentimiento Presunto del afectado, es no obstante reconocido en combinación con el concepto del interés. Como punto de referencia fundamental puede ser válido que la conducta ajenamente útil es estimable mucho más con la valoración objetiva de intereses y con la conducta propiamente útil que con el enfoque personal del titular del bien jurídico²⁴.

En este sentido es destacable la tesis de *Jakobs (1991)* quien corrobora el enlace de la Agencia

¹⁸ Haecker. Wille und Interesse bei der mutmaßlichen Einwilligung, Diss. p. 17.

¹⁹ Roxin. Strafrecht. Allgemeiner Teil, p. 519.

²⁰ Jescheck. Lehrbuch des Strafrecht. Allgemeiner Teil, p. 388.

²¹ Lobe. Festschrift für Helmuth Mayer zum 70 Geburtstag, p. 60.

²² Heidner. Die Bedeutung der mutmaßlichen Einwilligung als Rechtfertigungsgrund, insbesondere in Rahmen der ärztlichen Heileingriff, p. 35.

²³ Baumann. Strafrecht. Allgemeiner Teil, p. 342 ss.

²⁴ Maurach / Zipf. Strafrecht. Allgemeiner Teil I, p. 375 ss.

Oficiosa con el Consentimiento Presunto²⁵, por cuanto estima la defensa de un interés (objetivamente determinado) adecuada a la voluntad presunta del titular como causal de justificación. Tal como en la Gestión de Negocios Ajenos (Parágrafos 677 y siguientes del Código Civil Alemán) en el derecho penal deberían coincidir:

- 1) El interés (como garantía de un éxito positivo), el cual se deja admitir todavía como caso límite cuando la intervención en verdad sirva al intervenido o a una tercera persona, pero de todos modos la ejecución corresponde al mismo tiempo a una obligación informal (no jurídica). *Ejemplo:* Durante una fuerte lluvia el amigo, que sorpresivamente llega de visita, espera al dueño de casa (ausente) en el garaje que no esta cerrado (Parágrafo 123 del Código Penal Alemán).
- 2) En el Consentimiento Presunto (como protección de una celosa previsión social), la voluntad presunta por sí sola no puede justificar la acción, del mismo modo como, a la inversa, la defensa de intereses por sí sola tampoco la puede justificar. La “Asistencia forzosa” es ilegal. *Ejemplo:* Corresponde a una razonable defensa de intereses que alguien esté enterado de padecer una enfermedad contagiosa. Por tanto no se justifica la lesión personal causada con la toma de sangre para fines diagnósticos, cuando esa persona no quiere saber nada de ellos.

Crítica

Los elementos de la Gestión de Negocios Ajenos son muy estrechos con respecto a una concepción del momento de la voluntad en el punto medio del Consentimiento Presunto. Sin embargo esta objeción es aplicable solamente en cuanto a los principios que sobre el parágrafo 34 del Código Penal Alemán (Estado de Emer-

gencia) – esto es, la sola valoración de intereses – solucionan casos permanentes²⁶. Cuando no es considerado el Consentimiento Presunto como restricción, la aplicación de esta causal de justificación en lugar de conducir a una deseada representación de la persona del titular del Derecho, encamina a su tutela²⁷.

2. LA VOLUNTAD DEL LESIONADO

El contenido del Consentimiento Presunto es escrutable ante todo respecto de las condiciones personales del afectado, sus intereses individuales, deseos y su criterio de valor. La escala de razonabilidad objetiva solo tiene significado indicial, pues no existe punto de referencia para una voluntad opuesta, así que es razonablemente excluida de aquello que valga por regla general²⁸.

La (presumida) concordancia de la conducta con la voluntad del lesionado es entonces citada como fundamento de la fuerza justificadora del Consentimiento Presunto²⁹. Ella sigue en gran parte las condiciones de la idea del Consentimiento y es en especial posible, solo allí, donde al titular del bien jurídico corresponda la disposición sobre el bien jurídico. “*De ahí que esta condición corresponda a la decisión sobre la interrupción del tratamiento*”³⁰.

A este respecto habla Hruschka de una relación de complemento al Consentimiento, porque: “*La potestad de la intervención en virtud de la cual el Consentimiento (impartido o presumido) presupone: 1) circunstancias externas mediante las cuales se demuestra que existe la inobservancia de una regla a*

²⁵ Jakobs. Strafrecht. Allgemeiner Teil, p. 451.

²⁶ Hirsch. LK 11, vor § 32. Rn 129.

²⁷ Rieger. Die mutmaßliche Einwilligung in den Behandlungsabbruch, p. 71.

²⁸ BGHSt 35, 246.

²⁹ Comparar con: BGHSt 35, 246/249; Leckner, vor §32, Rn 132; LK Hirsch, vor § 32, Rn 132; Bockelmann/Volk. Strafrecht. Allgemeiner Teil, § 16 II 2; Jescheck. Lehrbuch des Strafrecht. Allgemeiner Teil, § 34 VII 2; Mezger. Strafrecht, p. 220; Roxin. Strafrecht. Allgemeiner Teil, § 18 Rn 3 ss.

³⁰ Rieger. Die mutmaßliche Einwilligung in den Behandlungsabbruch, p. 33.

criterio del afectado, y además, 2) alternativamente, una decisión correspondiente al afectado o la inalcanzabilidad de una decisión"³¹.

Jakobs es de la opinión que en los casos de Consentimiento Presunto no se necesita un rescate preponderante y esencialmente exitoso, más bien, para la justificación es suficiente cada logro, cuando el destinatario de la ayuda solo real o presuntamente este de acuerdo con el resultado³². También aunque la verdadera voluntad pudiera ser indagada antes del momento de la intervención, esta no impediría la verdadera justificación a causa del Consentimiento Presunto, en tanto que para el momento de la intervención no sea más indagable³³. *Ejemplo*: Antes de un viaje alrededor de el mundo, el dueño de la casa podría ser indagado por el vecino, si luego de una tempestad que llegase a dañar el techo, pudiera entrar en la casa y asegurarlo. Aunque el vecino no haya preguntado, son válidas las reglas del Consentimiento Presunto en las situaciones de peligro posteriores a la iniciación del viaje.

Para el ámbito de la voluntad del lesionado también *Jakobs* deja en claro que, quien omite dar un Consentimiento, que está obligado a producirlo a tiempo, se hace por sí mismo un instrumento justificador y responde según las reglas de la autoría indirecta *"cuando en Consentimiento Presunto se destruya lo que con pregunta oportuna se hubiese conservado"*³⁴. *Ejemplo*: Con presunto Consentimiento pero contra la voluntad real, un médico amplía la intervención quirúrgica en razón de un diagnóstico resultante de una operación. El diagnóstico era de esperar y de haber sido discutido antes de la operación con el paciente, éste no hubiese consentido que aquella se ampliase.

En la literatura no es controvertido que la voluntad del lesionado constituya un fundamento

del Consentimiento Presunto como causal de justificación, actualmente una parte de la literatura³⁵ toma como base la voluntad presunta y diferencia los casos de presunto querer en provecho ajeno con respecto a los de presunto querer en provecho propio. Partiendo de esta hipótesis, que fue determinantemente establecida por Roxin, pueden ser resaltados los siguientes aspectos individuales:

2.1 El agente actúa en interés del afectado

Se incorpora el caso normal del Consentimiento Presunto en enlace con el caso de la conducta en provecho ajeno: *"Alguien interviene a favor de otro en la esfera jurídica del afectado ... y confía con su aprobación"*³⁶. Como ejemplo se hace referencia al caso de la operación de urgencia a una víctima inconsciente de un accidente. Según *Roxin*³⁷ en este marco de ideas se pueden determinar los criterios para un Consentimiento Presunto, como sigue:

2.1.1 Decisiones subordinadas de causa

Se puede referir a un Consentimiento Presunto quien tiene en cuenta, con valoración objetiva, los intereses inequívocos preponderantes del titular del bien jurídico, a menos que el agente tenga conocimiento de las circunstancias que apunten a favor de una opinión opuesta del titular del bien jurídico. En tal orden de ideas las medidas de ayuda serán justificadas a través del Consentimiento Presunto cuando nada más próximo es conocido respecto al enfoque del afectado y la justificación nada cambia, aún cuando posteriormente se revele que el afectado no estuvo de acuerdo.

Ejemplos:

- Bajo una tempestad entra alguien a la propiedad del vecino ausente, para poner allí a

³¹ Hruschka. Dreher Festschrift, p. 204 ss.

³² Jakobs. Strafrecht. Allgemeiner Teil, p. 449 ss.

³³ Ibidem, p. 450.

³⁴ Ibidem, p. 450.

³⁵ Roxin. Welzel – Festschrift, p. 447 ss.; LK Hirsch, vor § 32, Rn 133; Maurach / Zipf. Strafrecht. Allgemeiner Teil I, § 28, Rn 6 ss.; Jescheck. Lehrbuch des Strafrecht. Allgemeiner Teil, § 34 VII 1.

³⁶ Roxin. Strafrecht. Allgemeiner Teil, p. 521.

³⁷ Ibidem, p. 522.

salvo los muebles que se encuentran en la terraza de ese inmueble.

- Alguien se facilita el acceso al apartamento del vecino ausente para obstruir el paso de agua por un tubo roto.
- Alguien dispara en una zona de cacería ajena a un animal mal herido, para entregarlo al cazador titular.

2.1.2 Decisiones subordinadas de personalidad

En determinados casos no se pueden encontrar criterios capaces de generalizar la voluntad hipotética, porque la opinión personal del afectado decide. Aquí es válida la regla invertida: El agente no puede partir de un Consentimiento Presunto cuando no exista una circunstancia especial que deje ver otro punto de vista del afectado. *Par excellence* se trata de una decisión subordinada de personalidad en tres casos específicos, a saber:

- a) El que con las mejores intenciones abre una carta ajena debe ser castigado, conforme al Parágrafo 202 del Código Penal Alemán, cuando nada más preciso le es conocido sobre la opinión del destinatario. Para casos con indicios contrarios concretos rige otra cosa: Se puede partir de un Consentimiento Presunto cuando el marido ha autorizado a su mujer, o el jefe a su secretaria, que siempre en su ausencia sean abiertas las cartas dirigidas a él. Cuando el esposo, o bien el jefe, al emprender un nuevo viaje nada dice sobre el permiso para abrir el correo, la apertura es legal, pues es evidente que él solo ha olvidado expresar su aprobación. También es legítimo cuando más adelante se demuestre que, precisamente esta vez, fue esperada una carta que el destinatario por ningún motivo quería que fuese leída por otras personas.
- b) Cuando alguien hace la pregunta si debe matar a un perro desconocido que ha sido atropellado y mal herido; según el parágrafo 303 del Código Penal alemán es castigable si

se mata al perro en el acto sin buscar antes al propietario. En el caso de un animal doméstico se debe proceder de manera diferente a cuando se trata de una res malherida, ya que con frecuencia el propietario se siente unido emocionalmente al animal doméstico, de tal modo que no puede ser hecha ninguna declaración generalizable, si hubiese existido la posibilidad de preguntar al dueño en el instante en cuestión para decidir entre una muerte inmediata por compasión o un tratamiento veterinario, por el cual quizás aún se hubiera podido salvar al perro.

- c) En el ámbito de la educación de los niños es cuestionable si los menores que cometen faltas graves pudieran ser azotados con fines educativos por educadores no autorizados. Los padres se reservan los métodos de educación, pero eso no establece la presunción de que ellos también estén de acuerdo con el azotamiento de sus hijos por educadores que no han autorizado para esto. *“De ahí que el derecho de la educación solo es trasladado a los padres, y no puede estar situado en el interés público que otro para sí lo usurpe”*³⁸. En cuanto a la práctica, el derecho de azotar mediante otros es transmitido en el marco de una relación de atención especial, de modo tal que también puede ser ejecutada con base en un Consentimiento Presunto si es que se insinúan puntos de referencia concretos. *Ejemplo:* En un viaje conjunto los padres dejan a sus hijos al cuidado de sus amigos, en ocasiones anteriores siempre han autorizado a estos expresamente castigos moderados para sus hijos cuando se comporten descorteses. Los amigos pueden partir de un Consentimiento Presunto cuando en un caso posterior sea omitida la expresa indicación sobre la transmisión de la autorización.

2.1.3 Decisiones Existenciales

Se refiere a la pregunta entre la vida y la muerte, como la que puede entrar en escena con la ope-

³⁸ Ibídem, p. 523, Fn. 31.

ración de un inconsciente. Cuando la operación puede ser aplazada sin daños, el doctor debe por supuesto esperar hasta que el paciente haya recobrado nuevamente la conciencia e indagar su consentimiento al respecto, caso en el cual no cabe preguntar con respecto a un Consentimiento Presunto, esta figura también se elimina cuando el paciente, lucidamente y antes de perder la conciencia, ha rehusado la operación. No hay nada que suponer.

2.2 El agente actúa en interés propio

Esta constelación se presenta en los casos en que el agente se apoya en el Consentimiento Presunto pero no con respecto a la voluntad del afectado, sino que actúa en su propio interés o en el de un tercero³⁹. En la acción en interés propio algunos cuentan con que el titular del bien jurídico ya ha estado de acuerdo con la acción.

Ejemplos:

- Alguien recoge frutas en el jardín del vecino que esta de viaje, de lo contrario se dañarían.
- Alguien utiliza la bicicleta del amigo ausente para no perder un tren importante.

Roxin es de la opinión que en una conducta en interés propio es necesario ser muy cuidadoso con la admisión de un Consentimiento Presunto, ya que son válidas las reglas establecidas para las decisiones subordinadas de personalidad: “*Un Consentimiento Presunto es rechazado cuando las circunstancias concretas del caso individual no permitan un fin que sea acorde con el titular del bien jurídico*”⁴⁰. No obstante, con la conducta en beneficio propio del agente, el titular del bien jurídico cuenta solo con un perjuicio del bien jurídico y ninguna ventaja. Por esto no se puede partir de una aprobación cuando el agente no conoce nada cercano sobre la opinión del titular del bien jurídico. Cuando se trata de una emergencia viene al caso de todos modos una

causal de justificación con la intervención en beneficio propio sobre un bien jurídico ajeno, de acuerdo con el parágrafo 34 del Código Penal Alemán⁴¹. Sin embargo, si no existe un Estado de Emergencia semejante, se debe dejar el asunto a otra intangible esfera jurídica.

Jescheck apoya la hipótesis de *Roxin*, considera además, que en esa situación de presunción el propietario del bien jurídico estará de acuerdo, ya sea porque tiene un interés mínimo en el mantenimiento del bien afectado o debido a causas especiales en la persona del interesado⁴².

Para *Rieger* la valoración de bienes del afectado es solo indicio para la voluntad presunta, pero no la base de justificación de la misma. Por eso no existe en principio espacio para intervenciones en interés de terceros. La autodeterminación puede bastar, donde ella de hecho fuera ejercitada, para el abandono del objeto protegido conforme al principio del interés faltante. Los límites a la justificación de hecho no pueden ser borrados, sin embargo permanece una argumentación y criterios para encontrar aún la equiparación⁴³.

La posibilidad de una justificación en la actuación para beneficio propio tampoco es excluida por completo para *Zipf*, quien cambia la representación de la institución, esto es, no la proyecta como Consentimiento Presunto sino como *adecuación social*⁴⁴. Bajo *adecuación social* se entiende la costumbre social y reconocimiento. “*Un comportamiento es entonces socialmente adecuado, cuando ha sido determinado por completo en un marco histórico normal del orden social. Conforme a opinión controvertida la adecuación social excluye la ilegalidad de un comportamiento*”⁴⁵.

³⁹ Roxin. Welzel – Festschrift, p. 470.

⁴⁰ Roxin. Strafrecht. Allgemeiner Teil, p. 525.

⁴¹ Visto como Estado de Emergencia justificado y no como Consentimiento Presunto.

⁴² Jescheck. Lehrbuch des Strafrecht. Allgemeiner Teil, p. 386.

⁴³ Rieger. Die mutmaßliche Einwilligung in den Behandlungsabbruch, p. 72.

⁴⁴ Maurach/Zipf. Strafrecht. Allgemeiner Teil, § 28, Rn 8.

⁴⁵ Kobler. Juristisches Wörterbuch, p. 360.

Esta tesis es controvertida por Roxin en el sentido que, la fundamentación no es ningún camino viable, aún cuando se prevea de la consideración esencial contra el criterio de la adecuación social. Adecuación social son solo típicos, generales, utilizables modos de comportamiento, mientras que en los casos cuestionados depende precisamente de si el titular del bien jurídico hubiera autorizado presuntamente la intervención conforme a la especialidad altamente individual del caso particular de la acción (como en los ejemplos anteriormente mencionados)⁴⁶.

Crítica

La tesis de *Roxin* se opone con respecto a la actuación en interés del afectado, en el sentido que hace una extensa explicación casuística de los eventos típicos de Consentimiento Presunto sin determinar ningún criterio fiable de delimitación. El planteamiento de *Roxin* ha sido intensamente criticado por algunos autores. Para *Vogel*, por ejemplo, las reglas establecidas producen en los ejemplos casuísticos introducidos (de las decisiones subordinadas a la causa, a la personalidad y existenciales) resultados que son repetibles y dignos de aprobar. Sin embargo permanecen abiertos casos en los cuales el agente se encuentra en necesidad de decidir, porque también la inactividad conduce a daños para el titular del bien jurídico, para el cual el agente puede ser responsable en virtud de una posición penal de garante⁴⁷.

En el mismo sentido *Rieger* amplía la crítica considerando que en el caso del perro de la casa herido debería ser concedida la muerte por clemencia o un tratamiento veterinario aplicable, de lo contrario la inacción conlleva a la (tormentosa) muerte de la mascota, lo que por ningún motivo sería del parecer del propietario. Desde el punto de vista del que pudiese actuar, esto sería por lo general penalmente irrelevante, pero diferente situación se representa para un garante que ha asumido el cuidado del animal, por

cuanto que no le sea cercanamente conocido el dueño ni su opinión, no le dispensa de la obligación de pronunciar alguna decisión⁴⁸.

Acerca del caso de las decisiones existenciales, permanece sin resolver el caso de la operación vital, cuando es imposible dejar para el paciente abierta la posibilidad de elegir, porque la recuperación de la capacidad de decidir esta excluida: “*existe un caso de inconciencia irreversible o en que la inconciencia puramente inalterable ya no puede ser recuperada*”⁴⁹. La comprobación de que no hay un indicio que pueda apoyar un juicio justo de probabilidades con respecto a la voluntad del paciente, conduce entonces a que de ningún modo sea averiguable una voluntad presunta. La ejecución consecuente de esta idea en los mencionados casos de decisión necesaria suscita como dilema que no puede ser admitida una presunta voluntad ni para el tratamiento ni para la interrupción del tratamiento. Por esto no es suficiente el planteamiento argumentado para estos casos.

Roxin tiende a una inexactitud cuando intenta justificar el castigo de niños ajenos por grandes travesuras bajo las condiciones del Consentimiento Presunto. Un derecho a azotar niños ajenos no puede ser apoyado en la idea del Consentimiento Presunto del educador autorizado; según *Jescheck*, si es preciso viene al caso Legítima Defensa o Estado de Emergencia⁵⁰. Además, agrega *Jakobs*, no solo se presenta una infracción de “arbitrariedad educativa” sino una lesión corporal al niño⁵¹.

El criterio de la actuación en interés propio desarrollado por *Roxin*, ha sido fuertemente criticado en la literatura. Se resalta la opinión de *Jakobs* en el sentido que, aún cuando sea presuntamente intencionada, una actuación no puede ser justificada solamente en interés

⁴⁶ Roxin. Strafrecht. Allgemeiner Teil, § 18, Rn 18.

⁴⁷ Vogel. MDR 1995, 337/339, Fn. 14.

⁴⁸ Rieger. Die mutmaßliche Einwilligung in den Behandlungsabbruch, p. 102.

⁴⁹ Ibidem.

⁵⁰ Jescheck. Lehrbuch des Strafrecht. Allgemeiner Teil, p. 389.

⁵¹ Jakobs. Strafrecht. Allgemeiner Teil, p. 452, Fn. 21.

preponderante de interventor o de una tercera persona⁵². La aplicación de esa tesis sería muy arriesgada como para ser una reglamentación general tolerable, de ahí puede resultar como consecuencia:

1. El “autoservicio” del destinatario potencial no sería más penalizadamente concebido con personas generosas conocidas por la muchedumbre.
2. En cuanto en tales casos (presunta voluntad de uso ajeno) no exista un general y concluyente Consentimiento otorgado, se trata de casos de Injusto de bagatela o sin importancia⁵³.

En desacuerdo con el criterio de *Roxin, Mitsch* considera que la falta de voluntad no puede tener ningún significado jurídico directo en casos de Consentimiento Presunto, porque no existe ninguna explicación de Consentimiento del titular del bien jurídico. La supuesta “verídica” (esto es, sin ausencia) voluntad del titular del bien jurídico es una condición de la justificación, lo cual significa que se trata de una voluntad que no es influida ni a través de error ni a través de fuerza⁵⁴.

3. RIESGO PERMITIDO

La idea de riesgo permitido ha sido vista progresivamente como la base buscada para la equiparación de la presunta y la exteriorizada voluntad⁵⁵. Con absoluta seguridad nadie puede juzgar cual enfoque de la voluntad tiene el titular del bien jurídico en cuanto al hecho inminente; por esto el agente contrae el riesgo de que el hecho no corresponda a la voluntad del bien jurídico. En la doctrina penal el concepto

de riesgo permitido esta unido a categorías sistemáticamente diferentes, por ejemplo:

Schmidhäuser lo entiende como la “justificación de la conducta típica lesionante del bien jurídico basada en efectos de responsabilidad sobreindividuales” en relación con la idea de la adecuación social, en la que, en movimiento requerido, fluye el esmero como condición⁵⁶. El riesgo no afecta aquí en verdad una producción de daños verdadera, sino en futuro dar a conocer un actuar con la voluntad opuesta del autorizado⁵⁷.

Por el contrario *Zipf* considera que el riesgo permitido esta precisamente delimitado por la adecuación social y el esmero general indicado, así que tiene que permanecer un ámbito estrecho en la propia causal de justificación⁵⁸.

Otros ven aquí un elemento relevante en el nivel de los hechos, pero no una causal de justificación autónoma, y entienden en su contexto el riesgo permitido como un principio estructural fundamental en el marco de la causal de justificación del Consentimiento Presunto⁵⁹.

Mitsch parte de un error en la apreciación del riesgo, con el que siempre la orientación esta afectada de un Consentimiento Presunto no articulado⁶⁰. La voluntad del afectado resulta practica solo cuando el titular del bien jurídico es nuevamente capaz de manifestar su aquiescencia. Entonces, puede ocurrir que cuando el agente aguarde con el hecho hasta que el titular del bien jurídico tome su posición (para disminuir el error en la apreciación del riesgo considerable), resulte éste último más perjudicado que beneficiado, es decir que: “en algunos

⁵² Ibidem, p. 451.

⁵³ Ibidem, p. 451 ss.

⁵⁴ Baumann / Weber / Mitsch. Strafrecht. Allgemeiner Teil, p. 360.

⁵⁵ Lackner, vor § 32, Rn 20; Baumann / Weber / Mitsch. Strafrecht. Allgemeiner Teil, § 17, Rn 16 ss.; Jescheck. Lehrbuch des Strafrecht. Allgemeiner Teil, § 34 VII 2; Roxin. Welzel – Festschrift, p. 447 ss.

⁵⁶ Schmidhäuser. Strafrecht. Allgemeiner Teil, 6 / 107 ss.

⁵⁷ Ibidem, 6 / 92.

⁵⁸ Maurach / Zipf. Strafrecht. Allgemeiner Teil I, § 28, Rn 23.

⁵⁹ LK Hirsch, vor §32, Rn 31 ss.; Lackner, vor §32, Rn 29; S/S Lenckner, vor § 32, Rn 11; Jescheck. Lehrbuch des Strafrecht. Allgemeiner Teil, § 36; Roxin. Strafrecht. Allgemeiner Teil, § 18, Rn 1.

⁶⁰ Baumann / Weber / Mitsch. Strafrecht. Allgemeiner Teil, Rn 116.

*casos las desventajas de una renuncia a la actuación inmediata serían más grandes que el riesgo de que la verdadera voluntad del titular del bien jurídico no sea completa o en general no sea justa”*⁶¹. Por eso es que no se necesita en estos casos esperar hasta que el titular del bien jurídico tome la decisión, sino que puede ser ejecutada la acción moderada de los hechos con anterioridad, aún corriendo el riesgo a contravenir la verdadera voluntad del afectado; bajo estas condiciones el hecho es justificado.

Una base del efecto justificado de un Consentimiento Presunto es entonces, que ese riesgo puede ser permitido. Para el agente el campo de acción del riesgo de una presunción depende de la calidad de los puntos de referencia del Consentimiento Presunto y de qué tan serias resultarían las consecuencias de la ausencia de la verdadera tendencia de la voluntad. En la indagación del Consentimiento Presunto serán tenidos en cuenta estos factores⁶².

CONCLUSIÓN

En el ámbito del Consentimiento Presunto ocurren situaciones en las que no puede ser esperado lo que hubiese decidido el mismo afectado, pues un retraso en la intervención puede causar más daños que beneficios para él. Esto significa que el agente actúa en un interés del afectado digno de proteger.

Sin embargo, aún permanece como dilema si la actuación del agente en interés propio realmente debe ser justificada a través del Consentimiento Presunto, ya que con esta situación sobreviene solo un perjuicio para el titular del bien jurídico. En principio se puede hablar de un Consentimiento Presunto solamente donde se actúa en beneficio del afectado como titular del bien jurídico.

⁶¹ Ibidem, Rn 117.

⁶² Rieger. Die mutmaßliche Einwilligung in den Behandlungsabbruch, p. 76.

Como condición para la vinculación de la voluntad presunta es necesario el examen a través de criterios separados y encontrados que determinen si es el resultado de una presunción como directriz de la actuación. Así es como se delimita la típica posición del problema para el Consentimiento Presunto.

BIBLIOGRAFÍA

Arndt, Herbert: “Die mutmaßliche Einwilligung als Rechtfertigungsgrund”, in: Strafrechtliche Abhandlungen, Band 268, Breslau, 1929.

Baumann, Jürgen: Strafrecht. Allgemeiner Teil, 8. Auflage, Bielefeld, 1977.

Bockelmann, Paul / Volk, Klaus: Strafrecht. Allgemeiner Teil, 4. Auflage, München, 1987.

Eichler, Hermann: “Handeln im Interesse des Verletzten als Rechtfertigungsgrund”, in: Strafrechtliche Abhandlungen, Band 284, Breslau, 1931.

Fischer, H.A.: Die Rechtswidrigkeit mit besonderer Berücksichtigung des Privatsrechts, 1919.

Haecker, Johanner: Wille und Interesse bei der mutmaßlichen Einwilligung, Diss., Stuttgart, 1973.

Heidner, Hans – Hermann: Die Bedeutung der mutmaßlichen Einwilligung als Rechtfertigungsgrund, insbesondere in Rahmen der ärztlichen Heileingriffe, Diss., Göttingen, 1988.

Heinitz, Ernst: “Das Problem der materiellen Rechtswidrigkeit”, in: Strafrechtliche Abhandlungen, Band 211, Breslau, 1926.

Honig, Richard: Die Einwilligung des Verletzten, Teil I, Manheim, Berlin, Leipzig, 1919.

Hruschka, Joachim: “Extrasystematische Rechtfertigungsgründe”, in: Festschrift für Eduard Dreher zum 70 Geburtstag, Berlin, New York, 1977.

Jakobs, Günther: Strafrecht. Allgemeiner Teil, die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 2. Auflage, Berlin, New York, 1991.

Jescheck, Hans Heinrich: Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Berlin, 1996.

Köbler, Gerhard: Juristisches Wörterbuch, 8. Auflage, München, 1997.

Kohler, Josef: Die Menschenhülle im Privatrecht, Jherings Jahrbücher, Band 25.

Lobe, Adolf: "Der Einfluß des bürgerlichen Rechte auf das Strafrecht", in: Festgabe für Reinhard von Frank zum 70 Geburtstag, Band 1, Tübingen, 1930.

Maurach, Reinhart / Zipf, Heinz: Strafrecht. Allgemeiner Teil, Teilband I, Grundlehren des Strafrechts und Aufbau des Straftat, 8 Auflage, Heilderberg, 1992.

Mezger, Edmund: Strafrecht, München, Leipzig, 1931.

v. Mohrenhoffen: Die mutmaßliche Einwilligung, Diss., Marburg, 1930.

Noll, Peter: Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe im besonderen die Einwilligung des Verletzten, Basel, 1955.

Rieger, Gregor: Die mutmaßliche Einwilligung in den Behandlungsabbruch, Band 18, Frankfurt, 1998.

Roxin, Claus: Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band 1, Grundlagen, der Aufbau der Verbrechenslehre, 2. Auflage, München, 1994.

Roxin, Claus: "Über die mutmaßliche Einwilligung", in Festschrift für Hans Welzel zum 70 Geburtstag, Berlin, New York, 1974.

Schmidhäuser, Eberhard: Strafrecht. Allgemeiner Teil, Studienbuch, 2. Auflage, Tübingen, 1984.

Welzel, Hans: Das Deutsche Strafrecht, 11. Auflage, Berlin, 1969.

Zitelmann, Ernst: Ausschluß der Widerrechtlichkeit, AcP 99, 1906.