

Recepción: 14/05/2012
 Aceptación: 10/09/2012

Ignacio Curbelo Solari*

Problemática sobre la disponibilidad de los Bienes Jurídicos Individuales y Responsabilidades Emergentes

SUMARIO

Sobre el concepto de Disponibilidad. Concepto de Bien Jurídico y sus funciones. El Consentimiento. Breve Historia. Bienes Jurídicos Colectivos e Individuales. Naturaleza Jurídica del Consentimiento. 5.1. Posición de Jescheck, Roxin y Muñoz Conde. 5.2 Posición de los principales autores nacionales: Prof. Gonzalo Fernández, Miguel Langón, Germán Aller, Pedro Montano. Los requisitos del consentimiento. En la doctrina extranjera En la doctrina uruguaya El consentimiento presunto 7.1. Requisitos del consentimiento presunto Relevancia del consentimiento en el Derecho Positivo 8.1 Derecho extranjero 8.2 Derecho Uruguayo. 8.2.1. Diversas situaciones. 8.2.2 El art. 44 del CP. 8.2.3 La Vida. El consentimiento y la responsabilidad de los médicos 9.1 Las intervenciones transexuales. 9.2 La Eutanasia La ley 18.473 de Voluntad anticipada. La auto puesta en peligro. CONCLUSIONES.

1) SOBRE EL CONCEPTO DE DISPONIBILIDAD.-

El casi inagotable tema del bien jurídico ha sido tratado –entre muchos otros– en forma exhaustiva por el admirable ARTURO ROCCO en su clásica obra “El objeto del delito y de la tutela penal” en 1913. Más cercanamente en el tiempo, por quien visitara nuestra Universidad en el año 2011, el Prof. MIGUEL POLAINO NAVARRETE en su libro “El injusto típico en la Teoría del delito” del año 2000; y entre nosotros –en profundo análisis– por el distinguido Profesor y colega Dr. Gonzalo Fernández en su “Bien Jurídico y Sistema de Delito.

En el presente trabajo intentaremos precisar, el concepto de DISPONIBILIDAD del bien jurídico.

Es decir, cual es la noción de disponibilidad que debemos manejar, ya que la misma puede tener dos contenidos muy diferentes.

A) nos podemos referir a la disponibilidad del bien jurídico entendida como posibilidad corriente de disponer y aprovechar del mismo, ya se trate de la propiedad, la integridad física, la seguridad o la libertad sexual, o cualquiera de los otros bienes o intereses protegidos por las normas, es decir, **de disfrutarlos**, como situación contraria a la indisponibilidad de esos bienes jurídicos que pueden estar, fundamentalmente en el caso de la propiedad, fuera del alcance de otras personas; y

B) También nos podemos referir a la disponibilidad de esos bienes como la facultad o **capacidad para renunciar** a ellos o ponerlos en manos de un tercero, por nuestra voluntad o consentimiento.

* Aspirante a Profesor Adscripto de Derecho Penal de la Universidad de la República.

Esta diferencia cobra especial significado, en la tesis de nuestro profesor y colega Dr. Gonzalo FERNÁNDEZ, quien sostiene que el planteo desarrollado en la hipótesis A) se relaciona con la distribución social de los bienes jurídicos, tomando a la propiedad como ejemplo paradigmático, al afirmar que su acceso está limitado a un elevado número de la población, por lo que respecto a esta población marginal que sufre esa privación o falta de chance en la posibilidad de disfrutar de ese valor protegido, debe considerarse como elemento de graduación en la reacción jurídico-penal frente a su incumplimiento, por ser menor su motivación en cuanto al respeto de la norma¹.

Expresa LANGON que el reconocimiento del derecho de disposición sobre los bienes jurídicos involucra, la discusión sobre la naturaleza de éstos, sobre su disponibilidad o no².

Un derecho penal liberal tenderá a otorgarle relevancia al consentimiento del individuo, mientras que un derecho de corte más estatista tendrá tendencia a limitar su alcance. Es posible –añade que no exista un sistema puro, y esto se debe, en buena medida, al nivel cultural de cada sociedad y a los sentimientos colectivos prevalentes.

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 penal uruguayo, incluso sobre la disposición autónoma de los bienes jurídicos individuales, no aceptándose disponer de la libertad, ni de la vida³.

La posibilidad de las personas de disponer sobre determinados bienes jurídicos individuales, al menos en determinadas condiciones y circunstancias, es decir, con determinadas limitaciones nos plantea el problema de la relevancia del consentimiento en el derecho penal.

EN SUMA: En este desarrollo nos vamos a referir a la disponibilidad de los bienes jurídicos en el segundo sentido, es decir, en el lugar de quien, desde una situación de pertenencia, de goce o disfrute, admite renunciar a los mismos libremente y ponerlos al arbitrio de un tercero.

2) SOBRE EL CONCEPTO DE BIEN JURÍDICO.-

Señalaremos solo algunos aspectos de este vasto, complejo y trascendental tema del bien jurídico, que trata el verdadero objeto de la tutela penal; pues detrás de cada norma debe haber un bien jurídico merecedor de protección penal.

La doctrina alemana mayoritaria representada por JESCHECK⁴ y MAURACH y ZIPF, atribuyen el origen del concepto de Bien Jurídico a BIRNBAUM entre 1832 y 1834⁵. Al integrar este último autor el concepto con un bien jurídico material protegido por el Estado, el delito pasó a concebirse como la puesta en peligro o lesión de un bien jurídico garantizado por el poder estatal.

Posteriormente BINDING y VON LISZT con sus aportes, determinaron que fuera definido como un “interés jurídicamente protegido”, base de un derecho penal protector y centro de la estructura del delito.

Entre los años 20 y los 60, a consecuencia de la Escuela de KIEL, que criticó la concepción anterior por materialista y definió el delito como la violación a un deber, se instaló la discusión aún no superada, entre el injusto del resultado y el de la acción; lesión del bien jurídico y lesión del deber⁶.

En los comienzos de los años 70 el bien jurídico, se volvió a considerar -con especial énfasis- un instrumento de política criminal. En la medida que el derecho penal selecciona cuales bienes jurídicos individuales y colectivos son de tal interés que ameritan protección penal, dicha selección determinará que se le otorgue una protección integral o no, ante los distintos supuestos de agresión.

Actualmente, como expresa Gonzalo FERNÁNDEZ toda la literatura científica contemporánea se preocupa de señalar, casi sin excepciones, que el sistema de derecho penal debe ajustarse a un modelo de “extrema ratio”, acotado a la tutela de bienes jurídicos valiosos para la vida social. Es decir, 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 protegido⁷.

Esta respuesta penal de “última ratio”, parece ser -en efecto- la única compatible con el Estado democrático de Derecho.

De ahí que en palabras de SOLER el ordenamiento penal sea un “sistema discontinuo de ilicitudes”, que le otorga un carácter fragmentario, que deriva del principio de intervención mínima⁸.

Por eso, como señala LANGÓN, es función esencial del derecho penal la protección de bienes jurídicos, ya que no hay delito sin ofensa, como lesión o como puesta en peligro, del bien jurídicamente protegido. Es decir, 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 norma⁹.

Describiremos brevemente las funciones que cumple el concepto de bien jurídico en el Derecho Penal, de donde se pueden inferir los alcances y limitaciones que esas mismas funciones imponen a su disponibilidad.

La teoría del bien jurídico cumple las siguientes funciones:

- a) de garantía;
- b) sistemática;
- c) interpretativa;
- d) valorativa
- e) de medición de pena.

a) Función de garantía.-

El bien jurídico cumple, en primer término una función crítica o de garantía, o sea, una función político-criminal, tendiente a limitar el ejercicio del “ius puniendi” estatal¹⁰.

De esta forma exige la verdadera necesidad de la protección penal en cada caso que se justifique, evitando la criminalización artificial.

Esta función permite considerar que los delitos más graves son aquellos que vulneran los bienes jurídicos más importantes y trascendentes.

b) Función sistemática.

Sirve como elemento de aglutinación, clasificación y jerarquización de los distintos tipos delictivos, diseñando la arquitectura y ordenamiento temático de la Parte Especial del derecho penal¹¹.

c) Función como criterio de interpretación.

Elementales razones de hermenéutica jurídica obligan al intérprete acudir al bien jurídico para determinar el alcance de los tipos penales, en función de la finalidad y sentido teleológico de la norma que los instrumenta.

d) Función Valorativa.

El bien jurídico tiene una función valorativa que permite considerar que los delitos más graves son aquellos que vulneran los bienes jurídicos más trascendentes e importantes. El Código Penal en el Libro II tuvo particularmente en cuenta una escala valorativa muy clara e importante. Los delitos más graves son los delitos que atentan contra la comunidad de la Nación y por eso en el Título Iero aparecen los delitos contra la soberanía del Estado, después contra las personas y finalmente contra la propiedad¹².

e) Función de medición de la pena.

Finalmente, el bien jurídico tiene también una función de medición de la pena, ya que la cantidad de daño producido al bien influirá directamente en el quantum del castigo aplicable, de conformidad con la intensidad de la lesión al bien que se hubiere producido¹³.

3) BREVE HISTORIA DEL CONSENTIMIENTO.-

Desde que los romanos expresaron la máxima “*volenti non fit iniuria*” o como dice el Digesto “*nulla iniuria est, quae in volentem fiat*” - que significa que el consentimiento de la víctima excluía el delito de lesiones físicas o del honor- (eso era la iniuria romana), el consentimiento de la víctima ha cobrado una importancia en el estudio de los penalistas, aunque el texto romano, tantas veces invocado, tiene una significación absolutamente limitada.

Como expresa JESCHEK, este principio jurídico, todavía hoy fundamentalmente válido, significaba para el Derecho romano que el consentimiento poseía en todos los supuestos de “iniuria” (lesión de los derechos de la personalidad, incluidos el de la vida y el de la integridad física) virtualidad justificante, por entender que a todo ciudadano era lícito disponer libremente sobre su propia esfera vital¹⁴.

Para la teoría del Derecho natural, que vio la esencia del delito en la vulneración de Derechos subjetivos, importaba esclarecer en qué medida el ordenamiento jurídico concedía al lesionado la facultad de renunciar a la protección penal.

Los partidarios de la Escuela Histórica del Derecho negaron, en cambio, como principio la admisibilidad de un consentimiento eficaz, puesto que el Derecho Penal estaba llamado a servir,

desde su punto de vista, únicamente a la colectividad.

Los hegelianos volvieron, por el contrario, al criterio de la disponibilidad del bien jurídico agredido, porque la voluntad subjetiva del individuo ya no se presenta como negación de la voluntad general objetiva en caso de consentimiento válido.

La Escuela Sociológica del Derecho, por último, vio la esencia de la acción punible en la lesión de intereses, negando, por ello, la antijuricidad cuando faltaba el interés del lesionado, incluso en el supuesto de renuncia a la propia vida.

En el momento en que JIMÉNEZ DE ASÚA escribe su tratado, expresa que sólo un país en Latinoamérica ha legislado el asunto poniendo el texto en la Parte General del Código, nuestro art.44, siguiendo al Código Italiano de Rocco de 1930, aunque con menor amplitud de aquel, que en su Art.50 decía: “No es punible el que lesiona o pone en peligro un derecho con el consentimiento de la persona que puede válidamente disponer de él”¹⁵.

Como muchos otros autores, JIMÉNEZ DE ASÚA es contrario a colocar el consentimiento como una causa de justificación encuadrable en la Parte General. Por el contrario sostiene que el tema del consentimiento sólo puede decidirse en orden a los delitos en particular. O sea que sólo puede ser resuelto frente al delito concreto y que la eficacia del consentimiento depende si el lesionado que consiente, posee o no, en el delito que se trata, una facultad de disposición.

Refiere que el ilustre CARRARA, en su Programa tampoco construyó una doctrina general respecto del consentimiento y sólo se limitó a examinarlo en orden a delitos concretos.

Con respecto a GRISPIGNI, que hizo un profundo análisis del tema y lo considera un instituto autónomo, reduce su eficacia para excluir la “ilicitud” de ciertos actos, a tres grupos de casos: a) cuando se trata de derechos privados cuya lesión por sí sola no es delito; b) cuando se refiere a derechos privados patrimoniales, y c) cuando se trata de derechos privados cuya persecución sólo se hace a instancia o querrela de parte¹⁶.

Citando a BETTIOL, que critica la norma del Art.50 del Código Italiano por su imprecisión, considera que resulta mejor especificar, en relación con los casos particulares, si el consentimiento del ofendido podía tomarse en cuenta para eliminar la antijuridicidad. Para BETTIOL, el consentimiento es una causa de justificación, en cuanto el Estado da preponderancia a la voluntad individual, la que hace desaparecer el objeto de la tutela penal por medio del consentimiento¹⁷.

Por su parte SOLER considera que los problemas planteados por este tema se refieren a aquellos casos en que la ley no hace una referencia terminante al consentimiento, lo que hace necesaria una teoría general pues cuando el consentimiento quita al delito uno de los elementos constitutivos, como es el caso de aquellos que requisen ser cometidos contra la voluntad del sujeto pasivo, la solución es sencilla: no hay adecuación típica¹⁸.

Según dicho autor, la teoría del influjo del consentimiento en la des-incriminación del hecho, tiene que remitirse a la naturaleza del bien jurídico penalmente protegido y sobre todo a los motivos y la forma de esa tutela ejercida por parte del Estado.

Siempre que esa tutela sea expresiva de un interés general o público, aunque simultáneamente coincidente con el derecho subjetivo privado, el consentimiento no será eficaz por cuanto

la aplicación de la pena, no tiene por fin exclusivo la tutela de ese derecho subjetivo.

En su concepto, el fundamento de la eficacia del consentimiento está en que los bienes jurídicos a los cuales la tutela se refiere son bienes jurídicos, en cuanto el privado los considera valiosos, de modo que al otorgar permiso para su destrucción ellos se tornan inidóneos como objetos de una violación jurídica, ya que no son protegidos en su materialidad por el derecho, sino en cuanto son objeto de interés de parte del privado. Por lo tanto entiende, que el consentimiento dentro de su esfera de validez, quita al acto consentido su contenido de ilicitud en un sentido objetivo, de modo que puede decirse que la acción no es delito, ya porque el delito no lesiona a nadie y usa el amplísimo derecho de hacer lo no prohibido, ya porque ello constituya un caso típico de exclusión de la ilicitud, conforme con el principio de la carencia de interés por parte del Estado.

4) BIENES JURÍDICOS COLECTIVOS E INDIVIDUALES.-

Bienes Jurídicos Colectivos

Se excluye desde el principio un consentimiento válido en los bienes jurídicos cuya lesión se dirige contra la colectividad. Aún cuando una persona individual es afectada por el hecho de manera inmediata, ella no puede consentir en la lesión porque el bien jurídico no está a su disposición. Por ejemplo, el falso testimonio tramado entre dos partes de un proceso es, entonces punible, pese a la aprobación de la otra parte porque la administración de justicia como el bien jurídico protegido es afectado de una u otra manera.

También en una falsificación documental el “perjudicado” no puede consentir porque el bien jurídico protegido es la fe pública y no el interés individual del afectado. De igual manera, en la suposición del estado civil y en la bigamia son protegidos intereses de la colectividad, de manera que no tiene relevancia la aprobación de la «víctima» de la falsificación del estado civil ni la del primer cónyuge.

Dado que estos problemas no conciernen primariamente a la teoría del consentimiento sino al bien jurídico de cada uno de los tipos, y con ello a la parte especial, no nos detendremos en ellos, solamente son presentados como ejemplos.

4.2. Bienes Jurídicos Individuales.

Pero tampoco el consentimiento del titular del bien jurídico excluye el cumplimiento del tipo en todos los casos. Esto rige en primer lugar para los tipos que presuponen una cooperación de la víctima y sirven para su protección. Así, en los delitos que comprenden acciones de abuso sexual dentro de determinadas edades, (violación ope legis), el consentimiento de la víctima es irrelevante porque el legislador, por la vía de una presunción irrefutable, le priva desde el principio la capacidad para decidir libre y responsablemente. Lo mismo rige por ejemplo, para el tipo de la usura, en el cual la situación de coerción, la inexperiencia, la debilidad de juicio y de voluntad del receptor han motivado al legislador a declarar la ineficacia del consentimiento.

En general se considera que es ineficaz el consentimiento en un bien jurídico individual de la

vida humana. Por ejemplo, en la muerte a petición de la víctima, por súplicas reiteradas, resulta que el consentimiento en la propia muerte no permite que desaparezca la tipicidad del hecho, ni la antijuricidad de los mismos, sino que a lo sumo el Juez podrá, en determinadas circunstancias, exonerar de pena al autor.¹⁹ El tipo de lesiones corporales presenta los problemas más difíciles. La ley parte del derecho a la libre disposición sobre el propio cuerpo, pero hace una excepción para el caso de que el hecho atente contra las buenas costumbres pese al consentimiento.

Desde el punto de vista constitucional, tal restricción de la potestad de disposición es posible porque la libertad general de acción, sobre la cual descansa la eficacia del consentimiento, sólo está garantizada hasta el límite de los derechos de los demás, del ordenamiento constitucional y de las buenas costumbres. Sin embargo, no debe deducirse de esto una carta blanca para restringir la potestad de disposición con motivos puramente morales.

Después de todo esto, el «carácter atentatorio contra las buenas costumbres» del hecho solamente puede admitirse cuando su desaprobación legal resulta claramente visible a partir del ordenamiento jurídico y cuando el hecho acarrea la afección de bienes jurídicos que no está a disposición del portador del bien jurídico. Además sigue siendo punible por lesiones corporales quien mutila a otro bajo el consentimiento de éste, para obtener injustificadamente por ejemplo, el beneficio de un seguro o una pensión.

5) NATURALEZA JURÍDICA DEL CONSENTIMIENTO: (CAUSA DE ATIPICIDAD, CAUSA DE JUSTIFICACIÓN O AMBAS). TEORÍAS.

Señala Gonzalo FERNÁNDEZ que se debate en la dogmática penal cual es la verdadera naturaleza jurídica, su correcta ubicación sistemática, ya fuere en el tipo o dentro del injusto²⁰.

A) Para algunos, el consentimiento del ofendido constituye una **causa de exclusión de la tipicidad**, que determina que la conducta consentida ni siquiera sea típicamente relevante, posición a la que se pliegan los partidarios de la teoría de los elementos negativos del tipo, quienes ven en toda causa de justificación un supuesto de exclusión del tipo.

B) Del otro lado están los que ven el consentimiento del ofendido como una **causa de justificación, que excluye la antijuricidad**, la cual poseería carácter consuetudinario o supralegal, en tanto no aparezca legislada. Es decir, el consentimiento del damnificado operaría dentro del ámbito de justificación de una conducta ya típica.

C) Por último, una tercera posición, denominada teoría diferenciadora, conforme a la cual, el consentimiento del titular, sobre bienes disponibles, **excluye a veces la tipicidad** y en otras ocasiones neutraliza en cambio, la antijuricidad de la conducta, siendo en consecuencia, **causa de justificación**.

5.1 POSICIÓN DE JESCHECK Y ROXIN: ACUERDO Y CONSENTIMIENTO – LA POSICIÓN DE MUÑOZ CONDE.

5.1.1.-JESCHECK

Se refiere a la “conformidad” del afectado señalando que puede tener distintos significados para el derecho penal²¹:

Delitos que sólo pueden cometerse con la conformidad de la otra parte.²²

Delitos en los que en el tipo se exige que la acción se realice contra la voluntad del afectado, siendo por el contrario inofensiva (atípica), de concurrir su conformidad²³. En esos casos, -dice JESCHECK- el injusto se fundamenta precisamente en la contradicción con la voluntad del lesionado, por lo cual, si no hay tal, sino que hay conformidad, se excluye la tipicidad de la acción. Y agrega: este supuesto de conformidad se denomina “**acuerdo**”.

Delitos en los cuales aunque el afectado puede de hecho disponer del bien jurídico protegido, la acción típica no se dirige únicamente contra su voluntad, sino que en ellos, el objeto de la acción previsto en el tipo, experimenta un menoscabo a causa del hecho que posee un significado propio para la comunidad, con independencia de la voluntad del afectado²⁴. Tales casos -para JESCHECK- se denominan por la doctrina de “**consentimiento**”. Señala este autor, que antes se partía de la base de que era posible establecer principios generales sobre el “acuerdo” y los presupuestos de su eficacia que fuesen comunes a todos los preceptos penales, en que aquel estuviera en juego. Pero crítica y desvirtúa con ejemplos, la realidad de todas las premisas²⁵ de las que partía tal concepción.

En cuanto a la posición del consentimiento dentro de la teoría del delito, expresa **JESCHECK**, que para la doctrina (alemana), mayoritaria constituye una causa de justificación, mientras que para la minoritaria, es una causa de exclusión del tipo, concluyendo por su parte, en que para él, **el consentimiento es una causa de justificación**, ya que la libertad de disposición del legitimado, sólo se admite dentro de ciertos límites²⁶.

Concluye JESCHECK, en que:

El consentimiento sólo puede entrar en consideración respecto a los bienes jurídicos individuales y que sólo puede ser tenido en cuenta, cuando el que consiente es el titular del bien jurídico protegido.

No puede ser relevante el consentimiento en la propia muerte, ya que la vida, salvo el caso de suicidio, escapa a la decisión personal.

El consentimiento en la lesión del propio cuerpo, sólo puede resultar eficaz limitadamente, pues una lesión contraria a las buenas costumbres, de importante entidad, vulnera, pese al consentimiento, el superior interés de la comunidad en la salvaguardia de la integridad física frente a injerencias ajenas²⁷.

5.1.2.- ROXIN²⁸

Coincide con JESCHECK, en que el acuerdo, según la doctrina alemana mayoritaria, entra en consideración en aquellos tipos en los cuales la acción típica presupone ya conceptualmente un actuar contra o sin la voluntad del lesionado y tiene un efecto excluyente del tipo, mientras que el consentimiento en sentido estricto, cuando es dado por el titular del correspondiente bien jurí-

dico, solamente debe tener efecto justificante, pero no excluir la realización del tipo²⁹.

Sin embargo, considera justificadas las críticas a la diferenciación sistemática y objetiva entre acuerdo y consentimiento, según las cuales, algunos niegan la existencia de dicha diferencia sistemática, concediendo efecto excluyente de la tipicidad a cada aprobación efectiva del titular del bien jurídico, lo que tiene como consecuencia hacer desaparecer las diferencias prácticas entre acuerdo y consentimiento: mientras que otros, aún manteniendo la diferenciación entre acuerdo excluyente del tipo y consentimiento justificante, así como las consecuencias sistemáticas que se derivan de ello³⁰, consideran que por lo menos para el acuerdo no puede decirse nada con carácter general sobre sus presupuestos de eficacia, sino que esto tendría que ser diferentemente juzgado según la estructura especial del tipo correspondiente. O sea, de alguna manera renuncian a la formulación de criterios de validez general para el consentimiento³¹.

Para **ROXIN, tanto el acuerdo, como el consentimiento excluyen el tipo**. Considera que un consentimiento efectivo, hace desaparecer el desvalor del resultado y con él desaparecen el desvalor de la acción y el tipo del delito³².

Discrepa con JESCHEK diciendo que cuando éste opina que cada suceso sería -pese al consentimiento-penalmente significativo y no indiferente desde el principio, esto en todo caso, no es cierto para aquellas acciones que son provechosas y deseadas por éste y que más bien en ellas, se trata de procesos plenamente normales de la vida cotidiana sin importancia indiciadora del injusto, porque el portador del bien jurídico, al prestar su consentimiento, se deja guiar mayormente por su beneficio. Admite sin embargo, que hay casos en las cuales se podría considerar que un daño o una intervención corporal, pese al consentimiento, irían en contra del verdadero bienestar del titular del bien jurídico que en estos casos, se podría por lo menos considerar un desvalor del resultado y, afirmar con él el tipo delictivo, de manera que el consentimiento tendría efectos excluyentes del tipo o justificantes según la concreta situación³³.

Es decir, que las eventuales diferencias no pueden en todo caso, ser deducidas de premisas sistemáticas, y tampoco de una naturaleza divergente del consentimiento y del acuerdo, porque que siempre se trata de problemas del tipo, y por lo tanto, pueden resultar diferentes presupuestos de eficacia. solamente de la estructura de cada uno de los tipos. Por eso, **renuncia a tratar de manera separada el acuerdo y el consentimiento** en el desarrollo de otros temas referentes al consentimiento.

5.1.3 LA POSICIÓN DE MUÑOZ CONDE

Afirma este autor, que la referencia al consentimiento en algunos tipos penales (ej. violación del domicilio) hace que se lo considere más como una causa de exclusión de la tipicidad que como una causa de justificación. Sin embargo al delimitar el consentimiento al ámbito de realización de los demás elementos típicos y con ello la protección del bien jurídico, **parece más correcto tratarlo como causa de justificación**³⁴.

5.2 POSICIÓN DE LOS PRINCIPALES AUTORES NACIONALES.

5.2.1.-LA POSICIÓN DEL PROF. GONZALO FERNÁNDEZ.

Se pronuncia **Gonzalo FERNANDEZ** por la **tesis de la justificación**, entendiendo que el consentimiento desvirtúa la contrariedad a derecho (antinormatividad) del comportamiento: o sea, lo justifica en términos penales y por ende, constituye una causa de exclusión de la antijuricidad³⁵.

Propone distinguir entre afectación y lesión del bien jurídico, y afirma que el comportamiento sería siempre encuadrable dentro del tipo, sólo que resultaría una afectación permitida –una afectación no lesiva– del bien jurídico bajo protección penal.

La única excepción vendría dada cuando el tipo requiere expresamente un obrar contra la voluntad del ofendido (ej. Violación de domicilio), porque allí si no actúa contra la voluntad del titular, sino según su voluntad, se excluye directamente el tipo. Pero entiende que la ausencia de tipo obedece no a una situación especial de afectación consentida del bien jurídico, sino a la regla general de no correspondencia entre la conducta y el tipo³⁶.

Señala sin embargo, que sea cual fuere la ubicación sistemática del consentimiento del ofendido dentro de la teoría del delito, esa afectación típica consentida que no lesiona el bien jurídico, o bien es causa de exclusión del tipo, responde al consentimiento libre y consciente del titular del bien jurídico protegido, prestado además respecto de un bien que le sea penalmente disponible.

5.2.2.-LA POSICIÓN DEL PROF. MIGUEL LANGÓN

Se pronuncia predominantemente, por la posición de **ausencia de tipicidad** diciendo:

Es apodíctico decir que no hay delito de violación si media el consentimiento de la persona con la cual se mantiene la conjunción carnal, ni violación de domicilio si el dueño permite el acceso a la morada, ni hurto si el desapoderamiento se efectúa con la aquiescencia del propietario, etc³⁷.

La ausencia de tipicidad de la conducta del actor, deriva precisamente del hecho del consentimiento prestado por el supuesto perjudicado al acto aparentemente criminal.

En materia de consentimiento válido nos referimos, claro está, a persona adulta en la plenitud de sus capacidades, pues los casos problemáticos, de menores, minusválidos, personas en estado de inconciencia, o de capacidades disminuidas, deben ser objeto de consideración especial, caso a caso, sobre lo cual daremos también algunas indicaciones básicas respecto al modo que a nuestro juicio se debe encarar este problema.

El propio derecho penal vigente nos da algunas señales muy claras, que concuerdan absolutamente con la dirección indicada, al no punir el suicidio (no está tipificada como delito la autoeliminación. es una conducta atípica, esto es no-criminal) ni la lesión consensual, salvo que con ello se pretendiera causar un daño a un tercero (por ejemplo realizar una estafa de seguros o una simulación de delito para incriminar a alguien en la lesión)³⁸.

En su opinión, el consentimiento que tiene significación como causa de justificación, se puede reconducir a situaciones de cumplimiento de la ley, especialmente en las modalidades del ejercicio de una profesión (caso de los médicos), en deportistas, y otros (art. 28, C.P.)³⁹.

5.2.3.- LA POSICIÓN DEL PROF. GERMAN ALLER.

La cuestión fundamental acerca del consentimiento no es únicamente de disponibilidad sino de tipicidad⁴⁰.

En cuanto a la naturaleza, afirma, que la doctrina nacional predominante, siguiendo muy buena parte de la extranjera, considera el consentimiento como una causa de justificación que inhibe la antijuridicidad y por tanto decae el delito. Como es sabido el enunciado de las causas justificantes contemplado del art. 26 al art. 29 del CP no es taxativo. Las justificaciones no son sólo las que están expresamente consagradas en el Código.

Sin embargo desde ya hace un par de décadas se observa la tendencia dogmática a concluir que el consentir válidamente sobre la parcela disponible del bien jurídico, más que eliminar la antijuridicidad ocasiona la atipicidad. En virtud de la controvertida teoría negativa del tipo, inicialmente planteada por Adolf MERKEL, la relación entre la tipicidad y antijuridicidad es muy estrecha. Al decir de LUZON PEÑA, se admite la existencia de un tipo global o total de injusto que contiene una parte positiva –que sería el tipo- y una negativa – que sería la ausencia de una causa de justificación- entonces las causas de justificaciones quedan comprendidas en el sentido amplio del tipo penal.

A su modo de ver, no se trata de una causa justificante sino de atipicidad.

Sus razones, sintéticamente son:

Si el codificador hubiere querido que el consentimiento fuese una causa de justificación, lo hubiere escrito expresamente.

Lo que causa atipicidad no requiere ser escrito en la letra de la ley penal, ya que los principios de inocencia, certeza jurídica taxatividad de la ley y legalidad dicen que la ley debe indicar que es delito. No se pueden escribir todas las atipicidades, porque las causas de atipicidad serían inabarcables.

El consentimiento del ofendido corresponde al tipo porque el bien jurídico se halla inequívocamente dentro del tipo penal. Al consentir se está autorizando la afectación al bien jurídico disponible por su titular.

5.2.4.- LA POSICIÓN DEL PROF. PEDRO MONTANO-

Manifiesta que la naturaleza jurídica del consentimiento en el ámbito del artículo 44, no es justificante sino ateniéndonos al claro tenor del texto, **es una eximente de pena**: “No es punible la lesión causada con el consentimiento del paciente⁴¹.”

6) LOS REQUISITOS DEL CONSENTIMIENTO.-

6.1.-En la doctrina extranjera:

En opinión de JESCHEK el consentimiento no constituye ninguna declaración de voluntad negocial, por lo que no requiere la capacidad negocial del lesionado, sino que es una figura peculiar del Derecho Penal, cuyos requisitos de eficacia, como justificante, dependen de que el or-

denamiento jurídico haya reconocido libertad de decisión al titular del bien jurídico protegido⁴².

Coinciden JESCHEK⁴³ y ROXIN⁴⁴, en que predomina actualmente una teoría intermedia, según la cual, se requiere que el consentimiento haya sido reconocible externamente de algún modo, sin que sea exigible recurrir a los baremos del Derecho Civil en materia de capacidad y vicios del consentimiento.

Debe referirse siempre a un hacer u omitir futuro de otra persona, por lo cual, no tiene virtualidad justificante, una conformidad subsiguiente, ya que una autorización posterior, no influye en la realización del tipo, pues, en caso contrario, el perjudicado podría decidir sobre la pretensión punitiva estatal, lo cual contradice al principio de persecución pública.

Por otra parte, para que el consentimiento resulte eficaz, el titular del bien jurídico debe poseer capacidad natural de entendimiento y discernimiento para poder estimar en lo esencial la significación del abandono del interés protegido y la trascendencia del hecho.

Debe hallarse libre de vicios de la voluntad (engaño, error y coacción)⁴⁵.

El consentimiento –según JESCHEK y ROXIN, es libremente revocable, por lo que no requiere una impugnación en el sentido del Derecho Civil⁴⁶.

Sin embargo, para la revocación no se deberá considerar suficiente el cambio de voluntad puramente interno, sino se tendrá que exigir que se dé a conocer hacia fuera de alguna manera.

Como en todas las causas de justificación, en el consentimiento debe concurrir también el elemento subjetivo de justificación. El autor debe, haber actuado con conocimiento de y en base al consentimiento.

Se discute la cuestión que plantea la falta de consentimiento. Lo correcto, según JESCHEK es aplicar en este caso las reglas de la tentativa, porque el injusto del resultado desaparece por el consentimiento realmente prestado, mientras que sigue existiendo el injusto de la acción⁴⁷.

6.2.- En la doctrina uruguaya:

El consentimiento para ser válido debe cumplir los siguientes requisitos⁴⁸:

De Titularidad: solo puede consentir la persona a la que pertenece el bien jurídico individual de que se trata. No puede ser un bien jurídico colectivo o que afecte intereses sociales o de terceros.

De Capacidad. Debe ser otorgado por una persona civilmente capaz (salvo alguna excepción como la violación en la que el consentimiento tiene relevancia a partir de los 12 años).

De Tiempo: el consentimiento se debe otorgar con anterioridad o concomitantemente al hecho, pero no con posterioridad, pues ya no sería consentimiento sino otorgamiento de perdón, **pero no es causa de atipicidad, ni, desde luego, de justificación.**

De espontaneidad: el consentimiento debe ser libre, no puede estar viciado por coacción ni ser obtenido con engaño o fraude.

De conocimiento: debe ser dispuesto por quien entiende plenamente el alcance del mismo y las consecuencias de renunciar total o parcialmente al bien jurídico.

7) EL CONSENTIMIENTO PRESUNTO.-

Para LANGÓN en muchos casos, el titular no está en condiciones de prestar consentimiento (por estar, por ejemplo, inconsciente), siendo necesario en tales casos indagar, antes de actuar, cuál hubiera sido la voluntad del paciente en ese caso determinado⁴⁹. A su criterio, la regla debe ser, en principio, la del mejor interés del titular del bien, pudiendo darse situaciones de conflicto de intereses cuando la familia del enfermo declare que, por razones religiosas, por ejemplo, aquél no aceptaría una transfusión de sangre, o un trasplante de órganos que, según la ciencia médica, sería lo indicado para salvarle la vida.

Según JESCHEK, el consentimiento presunto, constituye una causa de justificación de naturaleza peculiar⁵⁰. Tiene lugar, cuando el consentimiento, que según la situación hubiera podido ser emitido válidamente, no concurre, ni tampoco puede ser recabado a tiempo, porque el lesionado o su representante legal no resultan localizables o no se hallan conscientes, pese a que una valoración objetiva de todas las circunstancias efectuadas, ex ante muestra que la prestación del consentimiento hubiera sido esperable con seguridad. Por ejemplo:

Cuando ingresa en un hospital un herido grave inconsciente, puede practicarse sin consentimiento del paciente la operación que por razones médicas debe tener lugar de forma inmediata, si cabe suponer que de haber conocido la situación hubiera consentido⁵¹. Igualmente, para la interrupción médicamente indicada del embarazo (aborto terapéutico), basta el consentimiento presunto de la mujer, si el consentimiento efectivo que requiere, no puede por ejemplo por inconsciencia, ser solicitado.

De acuerdo a este autor, es preciso distinguir dos grupos de casos en los que entra en juego el consentimiento presunto:

a) Por un lado, puede tratarse de colisiones internas de bienes e intereses en la esfera vital del lesionado, que tengan que resolverse por una intervención externa de alguien en su lugar, porque no puede producirse su propia decisión a tiempo. Este caso se halla próximo al estado de necesidad justificante, ya que también aquí debe sopesarse si uno de los intereses tiene una importancia mayor que el otro; con la diferencia que en este caso, los intereses implicados corresponden a la misma persona y que quien debe optar es un tercero y además, la voluntad presunta del titular del bien jurídico resulta siempre decisiva. Por ejemplo: el médico que realiza una amputación en el herido grave que ingresa inconsciente, por no poderse aplazar la operación ante el riesgo de vida, o penetrar en la casa de un vecino que se encuentra de viaje, para obturar una cañería dañada por la que se pierde mucha agua.

b) Por otro lado, puede suceder que se confíe en que el afectado decidiría el abandono de intereses propios a favor del autor o de un tercero. En tal caso, la presunción de que el titular del bien jurídico está de acuerdo, se basa, ya sea en su menor interés en la conservación del bien afectado, o en razones especiales relativas a la persona del implicado. Por ejemplo: en un año en que la cosecha de fruta ha sido extraordinariamente abundante, unos niños recogen fruta caída entre los árboles ajenos. La empleada le da a un mendigo una ropa gastada de su patrón en ausencia de éste.

7.1.-Carácter justificante del consentimiento presunto

Para JESCHEK, se funda en la combinación de tres puntos de vista:

a) La ponderación de intereses debe tener lugar desde la perspectiva del lesionado⁵².

b) Debe efectuarse una suposición objetiva sobre cuál hubiera sido la decisión de voluntad esperable en caso de que aquél hubiera conocido la situación.

c) Debe acudir a la idea de riesgo permitido.

Los dos primeros criterios, se encuentran en relación recíproca.

Ambos puntos de vista, aparecen con distinta virtualidad en los dos grupos de casos:

Tratándose de colisiones de internas, normalmente la decisión objetivamente más razonable coincidirá con la voluntad presunta del afectado. En caso de abandono de intereses, (salvo aquellos supuestos que, como el cambio de dinero por otro tomado de una caja ajena), importarán en gran medida, la disposición personal del titular del bien jurídico y la del autor.

En ambos casos sin embargo, debe respetarse incluso la “voluntad irracional” el titular del bien jurídico protegido, cuando se conozca o pueda ser deducida, pues el consentimiento presunto no constituye un caso de “tutela por auxiliador no necesitado”, sino de representación de otro en su libertad de decisión.

El hecho estará justificado aunque la presunción pese a la cuidadosa comprobación objetiva, se demuestre posteriormente falsa, siendo el tal caso el fundamento de la justificación, el riesgo permitido.

7.2.- Requisitos del consentimiento presunto

Exige los mismos requisitos para su eficacia que el consentimiento propio:

a) La presunción debe referirse al momento del hecho, siendo irrelevante la esperanza de una probación posterior.

b) El titular del bien jurídico cuyo consentimiento presunto ha de justificar el hecho, debe poseer la capacidad de discernimiento y entendimiento necesaria para valorar correctamente el significado de la intervención. No importa en cambio, si el consentimiento presunto vulnera las buenas costumbres.

Como particularidad debe destacarse que el actúa solo puede realizar el hecho tras una cuidadosa comprobación de todas las circunstancias, puesto que no es seguro que la intervención corresponda a la verdadera voluntad del legitimado. Si el primero no ha comprobado debidamente la situación y la intervención contradice la verdadera voluntad del afectado, el hecho será antijurídico. Sin embargo, si pese a la falta de comprobación, el autor acierta, actuará conforme a Derecho porque salvaguarda los intereses y la voluntad del afectado⁵³.

En la práctica, el consentimiento presunto importa, sobre todo, en relación a las intervenciones médicas, por lo que volveremos sobre el tema con más detalle, al considerar el consentimiento y los procedimientos médicos.

8) RELEVANCIA DEL CONSENTIMIENTO EN EL DERECHO POSITIVO.-

8.1.-Derecho Extranjero

La doctrina austríaca, concede al consentimiento el mismo ámbito que la alemana. El nuevo Código Penal alemán, regula el consentimiento en las lesiones corporales y el consentimiento en la esterilización⁵⁴.

El Derecho suizo va, en cambio, más lejos en la perspectiva liberal que le sirve de base, proponiendo la admisión del consentimiento sin restricciones en las lesiones.

En Francia, a causa del carácter jurídico-público del Derecho Penal y del principio de “*légalité des excuses*” contenido en el art. 65 C. P., sólo se admite el consentimiento cuando se encuentra un texto legal aplicable. Ciertamente, se contemplan también, como es lógico, los casos del acuerdo que excluye el tipo⁵⁵.

La doctrina española trata el consentimiento como causa de justificación, pero distingue también los casos del acuerdo; todo ello se contempla como cuestión de interpretación.

En Holanda se acentúa el carácter público del Derecho Penal y, por consiguiente, la naturaleza excepcional del consentimiento⁵⁶.

La doctrina italiana admite el consentimiento sobre la base del art. 50 C. P. con un alcance parecido al que se le reconoce en Alemania.

El Derecho americano destaca enérgicamente, por el contrario, la preferencia de las “*public morals*” y de la “*public peace*” frente a la libertad de decisión privada.

En el Derecho inglés únicamente se discuten supuestos particulares.

8.2. Derecho Uruguayo.

8.2.1.-Diversas situaciones.

Como expresa LANGÓN, hay delitos que sólo se persiguen a instancia de parte, como el de violación (art. 272, C.P), el de difamación (art. 338, CP), y ciertos tipos de lesiones (art. 322, C.p), según el procedimiento de instancia del ofendido regulado por el Código del Proceso Penal (art. 11 y ss.)⁵⁷.

Claro que en los delitos de persecución a instancia de parte, el perjudicado puede liberar al autor de la persecución penal cuando renuncia a presentar la denuncia penal, pero, una vez deducida la instancia, la regla es que el presunto ofendido no puede desistir (art. 19, C.P.P.), y el perdón (remisión penal), sólo es admisible en delitos sexuales, y exclusivamente a través del matrimonio con la ofendida (art. 22 C.P.P), lo que demuestra claramente el predominio de la cosa pública sobre el interés individual, la prevalencia en todo su vigor del principio de la oficialidad de la acción (art. 10, C.P.P.).

Como se ha señalado anteriormente, el consentimiento puede ser encarado de dos formas diferentes: como excluyente de la tipicidad; o como causa de justificación.

Hay acciones normales en la vida social que a nadie se le ocurre decir que no son delictivas

porque hay un consentimiento de la posible «víctima», sino simplemente porque no lo son, porque no son típicas, o porque no entran en la descripción de la figura. Así, por ejemplo, el que toma un libro prestado no comete hurto (art. 340 C.P.), el que visite en su residencia a un amigo no comete violación de domicilio (art. 294, C.P.), en el primer caso, porque no hay sustracción ni apoderamiento, y en el segundo, porque no hay «violación» del hogar del otro y la penetración domiciliaria sólo es criminal cuando se ejecuta «contra la voluntad expresa o tácita del dueño» (art. 294, C.P.)⁵⁸.

En estos casos –expresa LANGÓN– es claro que **el consentimiento excluye la tipicidad de la conducta**, porque está exigido en el tipo que se haya actuado contra esta voluntad. Así, por ejemplo, tampoco comete delito de retención de menores (art. 283 C.P.) la abuela que se retiene a su nieto en su casa para pasar la noche, salvo que se haya realizado el acto «contra la voluntad» de los padres.

La conducta realizada no genera, en ninguno de estos casos, ningún riesgo relevante para el bien jurídico protegido, no tiene posibilidad de afectarlo en modo alguno, es absolutamente ile-siva. Esto es obvio cuando la referencia al consentimiento aparece expresamente prevista en la formulación legal. Pero en el caso del hurto, -por lo menos según la ley uruguaya-, así como en muchos otros delitos, la falta de consentimiento del sujeto pasivo está sólo implícitamente incorporada al tipo y debe descubrirse interpretativamente, y decidirse si dicho consentimiento, en caso de existir, excluye el tipo o la antijuridicidad⁵⁹.

No hay **violación** (art. 272 C.P.), si no existe compelmiento, es decir, si no hay avasallamiento de la voluntad de la víctima por medio de violencias o amenazas. Si alguien con capacidad de determinación accede a mantener relaciones sexuales con otra persona, la conducta de esta otra es obviamente, atípica⁶⁰.

El consentimiento es eficaz también, en **la revelación del secreto profesional** del médico y de otros profesionales, cuando es relevado del mismo por el paciente o cliente.

La libertad personal –según se ha dicho antes– es un bien no disponible en forma absoluta, sino que reconoce ciertos límites. El título XI del C.P. que tipifica los delitos contra la libertad, al decir de LANGÓN, la libertad es uno de los bienes jurídicos trascendentes, inherentes a la personalidad humana, previos a cualquier consagración constitucional, que derivan de una antijuridicidad material que subyace y precede al derecho positivo⁶¹.

La ley N° 18.250, tipificó los **delitos migratorios** y dentro de ellos, **el de tráfico de personas**⁶², **la trata de personas**⁶³, que en opinión de LANGÓN, derogaron el art. 280⁶⁴ y delito de “reclutamiento” del art. 1 inc. 2 de la L. 8080, de 1927, según art. 24 la Ley N° 16.707 de 2005⁶⁵.

Siendo delitos contra la libertad, según LANGÓN, el consentimiento es inválido. Dicho bien jurídico aparece en nuestro derecho como indisponible, ya que en estos delitos la distinción entre lo individual y lo colectivo, difuso o comunitario se pone en crisis desde el momento que se violan intereses de los individuos concretos, pero también intereses de la sociedad como tal⁶⁶.

Por similares razones, tampoco es válido el consentimiento en el delito de **proxenetismo**, ya que el bien jurídico tutelado es supra individual⁶⁷.

Tampoco el consentimiento es eficaz para el caso de buscar por su intermedio un fin altruista. Tan es así que para el caso de los **trasplantes** en los que el donante se desprende de un órgano para favorecer a un familiar, se requiere un ley, con un mecanismo muy preciso para su formulación⁶⁸. **Las donaciones de órganos y los trasplantes** sólo pueden efectuarse lícitamente conforme a las leyes que regulan la materia (14.005/971 y 17.668/2003). Dichas normas castigan la comercialización de tejidos y órganos humanos, lo que supone poner este material biológico fuera del negocio de los hombres⁶⁹.

El bien jurídico protegido es la integridad física o la salud y aún la vida de las personas, en su doble dimensión individual y social, pero prevaleciendo la segunda, por lo que el sujeto pasivo es la sociedad, ya que la persona que se supone víctima se transforma en realidad en autor principal del delito, por “vender” o “comercializar” aún sus propios órganos, lo que supone un límite a la disponibilidad del cuerpo. Esta ley –expresa LANGÓN⁷⁰, vino a limitar el alcance desmesurado del art. 44 del C.P., limitando la donación de órganos y tejidos intervivos (art. 13), y creando un delito por la comercialización de estos productos (art. 14, C.P), de lo que resulta que, no cualquier conducta tolerada sobre sí mismo le es indiferente al derecho y a la sociedad.

La salud no es disponible porque trasciende el mero interés individual

8.2.2.- El artículo 44 del CP.

En nuestro Código Penal el consentimiento aparece regulado expresamente, como causa de impunidad en el art. 44 C.P., que dispone:

(Lesión Consensual) No es punible la lesión causada con el consentimiento del paciente, salvo que ella tuviera por objeto sustraerlo al cumplimiento de una ley o inferir un daño a otros.

El codificador IRURETA en la nota explicativa a éste artículo expresa que no existe lesión contra el derecho, y que si se admite que el hombre pueda disponer de su propia vida, debe convenirse que es dueño de su propio organismo, salvo que del acto derive un perjuicio para un tercero, fuera el tercero la sociedad o un simple particular. Traduce una aplicación de la máxima “Volenti non fit iniuria”.

Por su parte BAYARDO sostiene que el art. 44 consagra una hipótesis de impunidad porque “el hombre es dueño de su propio organismo”, siempre que no colida con un bien jurídico superior⁷¹.

Pedro MONTANO no comparte la opinión de éstos autores, la cual respeta y la considera como producto de una opción intelectual hecha en lo más profundo del pensamiento⁷².

A esos efectos, dice que una formulación aparentemente clara de que el hombre no es dueño de su cuerpo la encontramos en el Derecho Romano. El hombre no es dueño de su propio cuerpo, y en ese caso, no hay propiedad en sentido estricto.

El “dominium” recae sobre las cosas o res, categoría que no puede aplicarse al cuerpo humano del hombre libre, pues los miembros de su cuerpo no son cosas sino partes del sujeto de derecho. Respecto a ellos no caben las acciones que se refieren a las cosas objeto del derecho de propiedad en el sistema romano.

Además –prosigue el Prof. MONTANO- existe una contradicción en lo afirmado por Irureta

en su nota. El hombre, dice, es dueño de su propio organismo, salvo que se derive un perjuicio para un tercero, fuera el tercero la sociedad o un particular. Siempre hay un daño en la sociedad cuando se lesiona a uno de sus miembros y allí el consentimiento deja de ser eficaz. De no ser así, el artículo 44 del CP sería inconstitucional conforme a lo dispuesto por el artículo 44 de la Carta Magna.

Naturaleza Jurídica del Art. 44 C.P.

Señala LANGÓN que se trata de una excusa absolutoria que se fundamenta nada menos que en el artículo 10 de la Constitución de la República, que afirma el principio de libertad⁷³.

Según ALLER, la lesión consensual prevista en el art. 44 del CP. es formalmente una causa de impunidad en función de que se halla ubicada en el Código en dicho capítulo. Conforme a lo dispuesto por el legislador es una excusa absolutoria para quien lesione a un paciente que ha consentido validamente la afectación de su integridad física.

Como surge de la letra, se trata de la evitación de la pena pero no del delito, el cual subsiste⁷⁴.

Según MONTANO la naturaleza jurídica del consentimiento en el ámbito del art. 44 CP, no es justificante sino ateniéndonos al claro tenor del texto, es una eximente de pena⁷⁵.

Titular del consentimiento.-

El consentimiento es el que otorga específicamente un paciente. Llama la atención que el codificador haya utilizado la palabra paciente en vez de víctima, ofendido o titular del bien jurídico. Según Aller ello no es casualidad y resulta claro que la idea plasmada en el código es la de referirse a una persona sometida a un tratamiento médico y por eso recurrió al vocablo pertinente; es decir paciente.

Ese consentimiento opera como una causa de impunidad en situaciones en las cuales éste consienta la afectación a su organismo, ya sea mediante una intervención quirúrgica o tratamiento médico, llegándose a abarcar en ello otras más dudosas, pero incluidas al fin como tatuajes y demás aunque no sean propiamente pacientes.

No parece posible llegar con ello al extremo del deportista porque no guarda ninguna relación con la palabra paciente, pese a lo cual algunos entienden que la lesión de éste puede quedar incluida en el art. 44 del C.P., aunque en realidad se haya contemplada en el art. 28 como causa de justificación de cumplimiento de la ley.

La palabra paciencia es la contracción de la palabra padeciente en cuanto a quien padece un mal. Ello no guarda vinculación con la actividad deportiva ni con otras en las que se puedan dar lesiones físicas válidamente consentidas por el ofendido⁷⁶.

Limites.

Según MONTANO, el artículo 44 contiene dos límites al consentimiento: a) la sustracción al cumplimiento de una ley, y b) la de inferir un daño a otro⁷⁷.

Según este autor se llega a la conclusión de que el consentimiento dado para una intervención

terapéutica sólo será eficaz en la medida en que tienda a cumplir el deber de cuidar su salud, porque lo imponen la ética primero y el art. 44 de la Constitución después. El Estado legislará en todas las cuestiones relacionadas con la salud e higiene públicas, procurando el perfeccionamiento, físico, moral y social de todos los habitantes. Todos los habitantes tienen el deber de cuidar de su salud, así como de asistirse en caso de enfermedad...)-

Señala respecto a los límites LANGÓN, que el art. 44 C.P., con su enorme amplitud, abre las puertas a prácticas que pueden ser atentatorias contra la dignidad humana, y que será preciso limitar ya que, en ciertos casos, la lesión no es tolerable por consensual que fuere, por resultar violatoria del respeto debido al ser humano y garantizado por la Constitución (art. 72)⁷⁸. En efecto, sin límites, -dice LANGÓN-, no se podría impedir, por ejemplo, el llamado «cobayismo», o sea, la experimentación médica sobre «voluntarios» que acceden a ella seguramente por necesidad y por dinero.

En cuanto a lesiones consentidas, causadas por golpes sadomasoquistas, mientras ROXIN considera eficaz el consentimiento, argumentando que en tales prácticas privadas falta la relación con el daño social, y, en segundo lugar, tampoco es visible una desaprobación del legislador contra dichas conductas⁷⁹; JESCHECK en cambio, opina que es ineficaz el consentimiento por entender que son inmorales y contra las buenas costumbres, los golpes por motivos sádicos⁸⁰.

8.2.2.1.-Las Lesiones Deportivas

Según SOLER la impunidad de las mismas se funda en que no es posible que el Estado por un lado autorice un deporte y por el otro reprima como delitos, los eventuales daños que esa actividad comporta en sí misma, que ya estaban presentes y fueron tomados en cuenta al consentirse la actividad⁸¹. Sostiene que el consentimiento del interesado no puede justificar por sí mismo la lesión, cuando el deporte no tenga un reconocimiento oficial o una autorización, ya sea ésta específica o genérica. Las dos circunstancias deben actuar conjuntamente. Aclara sin embargo, que la justificante opera no sólo cuando el jugador lesionado ha observado todas las reglas del juego, sino también cuando ha incurrido en alguna de las faltas o infracciones a estas reglas, siempre que ellas sean razonables, naturales y comunes, las cuales se explican por la velocidad y el vigor que impone el deporte de que se trate.

En la misma línea de pensamiento JESCHECK afirma, que el consentimiento no operaría como justificante, frente a la infracción dolosa de las reglas más elementales, por ejemplo, en un combate de boxeo⁸².

8.2.3.- La Vida.

Señala LANGÓN, que la vida, tampoco es disponible en nuestro sistema, porque trasciende el mero interés individual. A pesar de no estar tipificado como delito el suicidio (probablemente por razones prácticas evidentes, pero también porque el que lo sobrevive ya tuvo su «pena natural» por ello), sí lo está la determinación o ayuda al suicidio (art. 315, C.P.), lo que señala el rechazo del legislador por la conducta base⁸³.

La vida no es disponible porque trasciende el mero interés individual.

Según Montano la naturaleza humana está revestida de una especial divinidad⁸⁴.

La dignidad del hombre está reconocida en los más importantes textos de derecho positivo relativos a derechos humanos.

El derecho a la vida está considerado como el principal y fundamental por los distintos textos internacionales y es el supuesto necesario para todos los demás.

Este derecho es protegido en su aspecto positivo en el sentido de derecho de la persona a vivir y que el Estado proteja su vida, y también en su aspecto negativo por cuanto nadie puede privar la vida ajena.

La Constitución de la República en su artículo 7 dispone que: “Todos los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad. Nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes que se establecieron conforme al interés general”.

La vida humana no constituye un simple derecho subjetivo, sino el soporte de todos ellos y por lo mismo su protección representa un principio irrenunciable.

Según el citado autor, no es disponible ni la salud, ni la integridad física, ni la vida para el sujeto titular. No todo consentimiento es lícito, por lo que no podemos decir sin más que el consentimiento tiene virtualidad justificante.

Según Cairoli la vida como bien jurídico tutelado, trasciende el mero interés individual de quien la posee, para interesar, además, al propio Estado, por fines demográficos, porque la nación necesita una población para desarrollarse, etc⁸⁵.

Existen restricciones sobre los bienes jurídicos al punto de que no se puede disponer de la propia vida en cualquier término. Por ejemplo, conforme al art. 315 CP, quien ayuda o determina al suicidio es sancionado y penado, aunque no se castigue al suicida frustrado, pero se le pueden aplicar medidas curativas de seguridad⁸⁶.

La argumentación que esgrimió Guissepe Maggiore y que fue recogida en Uruguay en su época, es que carecía de sentido castigar a quien ha intentado auto infringirse la mayor de las penas – que es la muerte- y ha fracasado en su propósito. Por tal razón, se planteaba no castigar al ciudadano que quiso suicidarse y no pudo, pero sí a quien estaba próximo a él determinando o ayudando a lograrlo⁸⁷.

Según Aller, la realidad pasa por otro lado, puesto que la persona que quiso suicidarse y no lo logra es pasible de una eventual internación como medida de seguridad sujeta a la discrecionalidad del Juez, conllevando la indicación de tratamiento psiquiátrico. Si se analiza detenidamente se verá que se estima que el suicida frustrado ha delinquido, pero se le considera un enfermo y no se le castiga. En su lugar se le somete a tratamiento psiquiátrico o directamente por razones político criminales, ni siquiera esto y se lo deja a su arbitrio.

Para este autor en puridad no se castiga el suicidio porque el homicidio requiere dar muerte a otra persona, es decir de dar muerte a alguien distinto al matador. No es posible delinquir contra sí mismo. El delito es exclusivamente contra otra persona y esto proviene del principio de tu-

tela del bien jurídico y del de tipicidad. Por lo tanto no se puede castigar la tentativa de suicidio, por el simple fundamento de que el suicidio no es delito, ya que es una conducta que realiza la persona que la recibe, fundiéndose en el mismo individuo la calidad de ofensor y ofendido, víctima y victimario. Ya no importa en este caso que pueda o no disponer del bien jurídico, ni si existe consentimiento, porque lo que no hay es tipo penal⁸⁸.

Agrega que, distinta es la situación del colaborador o instigador al suicidio cuando se produce la muerte. Su actividad es la propia de un co autor o cómplice, pero como no hay delito base no puede haber coparticipación. Por lo tanto el C.P. prevé en su art. 315 una sanción específica para el que ayuda o determina el suicidio, de donde sale que se le pueden poner medidas de seguridad.

Queda entonces en evidencia que el suicidio tentado o su frustración no son delito porque coinciden en la misma persona ofensor y ofendido, pero no se admite la disponibilidad del bien jurídico al extremo de su aniquilación (matar o quitarse la vida) y por eso no puede el tercero participar de esa eliminación del bien jurídico⁸⁹.

Este aspecto se debe cotejar con el perdón judicial contemplado en el artículo 37 del CP para que la persona de antecedentes honorables que ante reiteradas súplicas de la víctima y con el fin de evitar que la persona continúe sufriendo le quita la vida por móviles de piedad.

Este homicidio piadoso es una hipótesis de perdón judicial.

Como se ve aquí también hay delito, porque lo que se perdona es la pena del homicidio pero no el delito.

Una vez más el bien jurídico vida no es de plena disposición por parte de su titular, ni se autoriza a terceros a disponer de la vida ajena, ya que tanto en el art. 315 como 37 del CP, no se inhibe de culpabilidad, no se justifica ni es atípica la conducta del tercero pese a haber manifiesto consentimiento del ofendido⁹⁰.

Concluye Aller, que tanto en la ayuda y en la determinación al suicidio como en el homicidio piadoso el titular del bien jurídico ha consentido su muerte al punto de prodigársela en uno y suplicarla en otro. Sin embargo, ese consentimiento no es suficiente para inhibir el delito sino para la posibilidad de eliminar la pena en el primero y eventualmente en cuanto cuantía que el homicidio tiene en el segundo.

9) EL CONSENTIMIENTO Y LA RESPONSABILIDAD DE LOS MÉDICOS.-

Señala LANGÓN, que el individuo tiene el indiscutible derecho natural, positivamente establecido, de decidir y disponer sobre aspectos esenciales de su vida, por lo cual puede sentarse como regla la idea de que el mismo puede resolver, estando debidamente informado, sobre qué tipos de tratamientos acepta o no que se realicen sobre su persona⁹¹.

Es una opción válida incluso la de decidir morir en su casa rodeado de sus afectos y no en una cama de un hospital, porque el consentimiento especialmente en cuanto atañe a bienes jurídicos, individuales, como la vida, cumple un rol fundamental que excluye todo reproche que se pueda pretender formular a un tercero, que no tiene derecho (ni deber) para interferir en la libre decisión

del titular del bien. Es aquí donde tiene importancia fundamental el llamado “**testamento vital**” o “expresión de voluntad anticipada” a través del cual el individuo decide lúcida y tranquilamente, antes incluso de una crisis de la salud, qué cosas quiere o admite que se hagan con su persona, quienes expresarán su voluntad en situaciones en que no pueda hacerlo por sí mismo, de qué forma desea enfrentar los últimos momentos antes del desenlace inevitable de una enfermedad incurable o terminal⁹².

Salvo el caso de los menores de edad (niños menores de 13 años) en que parece claro que, ante la ausencia de expresión de voluntad de los chicos, esa decisión pertenece a los padres, y en caso de discordia entre ellos, debe prevalecer la opinión que sea compatible con la mejor opción técnico-médica en el caso concreto, favorable a la defensa de la vida, en los demás casos, es difícil tener una opinión que no pueda ser controvertida, por lo que no es fácil que se pueda lograr algún día un consenso sobre ello.

Cuando se trata de un adolescente, que según el Código de la Niñez y Adolescencia, es la persona que ha cumplido los trece años y no ha llegado a los dieciocho el menor debe ser escuchado, y considerarse muy seriamente su voluntad, incluso cuando ella contradiga la de los padres, especialmente si su opción es a favor de continuar el tratamiento y de intentar salvar la vida⁹³.

Las posibilidades serían las siguientes:

a) El adolescente ha expresado luego de ser debidamente informado una decisión determinada (“voluntad anticipada”): debe respetarse esa voluntad igual que si fuera un adulto.

b) El adolescente no ha expresado esa voluntad previa y está en el momento de la intervención en estado de inconciencia: prima la voluntad de los padres, y si estos están en desacuerdo, la del progenitor que esté conforme con el criterio técnico-profesional a favor de la preservación de la salud y de la vida (por ejemplo habilitando un trasplante o una transfusión).

c) El adolescente puede expresar su voluntad: entonces debe ser debidamente informado de los riesgos que asume y de los tratamientos alternativos de forma que pueda comprenderlos acabadamente; debe escucharse a los padres, y prevalecer finalmente la voluntad del adolescente, sea en un sentido o en otro, esté de acuerdo con uno o con ninguno de los padres⁹⁴.

Ello porque se le considera un sujeto de derechos (Código de la Niñez y Adolescencia”) debiéndose tener siempre en cuenta el “interés superior” del menor el que tiene aptitud para disponer de su propio cuerpo en relaciones sexuales (art. 272 C.P.) y por necesidad de respetar su dignidad humana y sus creencias religiosas si las tuviere.

La situación de los incapaces inimputables por enfermedad mental, plantea también difíciles disyuntivas, que sin embargo deben tomar en consideración, prácticamente decisiva, la voluntad de los representantes legales si los tuviera y en su defecto decidir conforme se expresa en seguida, respecto de personas que no pueden expresar consentimiento o disenso.

A juicio de LANGÓN, lo mejor sería, ante el que no puede expresar su voluntad, y que no lo haya hecho documentadamente con anticipación, actuar como lo indica la ciencia médica⁹⁵.

El médico que tomara decisión en tal sentido actuaría amparado claramente en una causa de justificación. el cumplimiento de la ley, por haber ejercido la medicina conforme a su ciencia y

de acuerdo a la profesión a que se dedica”.

La decisión del paciente adulto y capaz es definitiva.

Agrega, que cada uno es dueño de su propia vida, y es libre de decidir lo que quiera respecto de ella.

Ni los médicos, ni el Estado, ni la sociedad, ni siquiera la familia, tienen nada que hacer aquí en este santuario de la privacidad.

La posición de LANGÓN es radicalmente contraria a la que postula que el médico debe actuar una vez que el sujeto entra en estado de inconciencia, porque debe presumirse el consentimiento al tratamiento (aunque lo hubiera negado hasta ese momento) ya que de otro modo incurriría en delito de omisión de asistencia, estando su actuar contra la voluntad del paciente, cubierto por la justificante del cumplimiento de la ley (art. 28 C.P.).- Por el contrario, postula que quien así actuara, imponiendo un tratamiento a quien ha manifestado claramente que no lo aceptaba, comete delito de violencia privada: hay vis absoluta-al ingresar o penetrar en el cuerpo de un tercero (sea por medios mecánicos, químicos o radiológicos u otros) y violencia institucional (dado la situación de poder de que disfruta el galeno con un sujeto inerme que está a su disposición)⁹⁶.

En cuanto a las huelgas de hambre, rectificando una posición anterior, sostiene actualmente LANGÓN, que debe respetarse hasta el fin la voluntad del recluso de llevar su huelga-hasta la muerte, sin que nadie tenga el derecho de intervenir para evitarlo, porque ello va contra su dignidad humana, contra su sacrificio y su voluntad de hombre que decide sobre su destino en forma incoercible⁹⁷.

Considera que la regla absoluta, de absoluta primacía de la voluntad de la persona concernida, encuentra dos límites: a) el perjuicio a terceros y b) las razones de orden público.

Dejando de lado ahora el tema de la vida, entendía SOLER, que en el tratamiento médico quirúrgico el fundamento de la justificación, es el cumplimiento del deber o el ejercicio de una profesión de acuerdo a la *lex artis* y no de cualquier manera⁹⁸.

Por su parte JESCHECK, en similar sentido, señalaba que la doctrina dominante niega que la intervención curativa practicada con arreglo a la *lex artis* constituya una lesión típica, aunque el estado de salud del paciente haya empeorado como consecuencia de la misma; en cambio, la jurisprudencia considera que dicha intervención debe considerarse configurante de una lesión, que resulta justificada por el consentimiento del paciente⁹⁹.

En otro orden de cosas, aunque no es por cierto un tema de consentimiento, sostiene LANGÓN que una hipótesis, que espera sea sólo académica, que permitiría alegar como justificante estado necesitado en auxilio de parientes (por ejemplo, de un hijo), sería la del médico que, sin consentimiento de la víctima, le extrajere un riñón para injertárselo a su hijo, salvándole así la vida¹⁰⁰.

En cuanto a las operaciones llamadas cosméticas o estéticas, con consentimiento son impunes, al tenor del art. 44 C.P., llegando a afirmar ROXIN que ello rige, incluso cuando no son objetivamente razonables y ni siquiera tienen efectos embellecedores¹⁰¹. También –aunque como veremos más adelante, hay opiniones encontradas, los cambios de sexo están permitidos cuando

existe el consentimiento correspondiente¹⁰².

9.1 Las intervenciones transexuales.

Según MONTANO es de dudoso valor el consentimiento dado por quien quiere cambiar de sexo, sin fundamento médico¹⁰³.

A su entender, el “sex change” sin indicación médica implica un consentimiento sobre algo que es indisponible en nuestro Derecho. No se puede disponer del estado civil, que se ve afectado por dejar de ser físicamente lo que se es realmente. Todo procedimiento operante contra natura como es este tipo de cambio de sexo debe ser descartado ya que rebasa los límites de lo éticamente admisible.

En posición contraria con referencia a la castración voluntaria, expresa JESCHEK, que resultaría justificada por el consentimiento, porque la inmoralidad del hecho no puede juzgarse sobre la base de concepciones particulares o grupales, sino de la conciencia moral de la mayoría de la población¹⁰⁴.

9.2.-La Eutanasia

Expresa MONTANO en su obra Omisión de Asistencia y Eutanasia, que corresponde analizar si hay acción homicida cuando en el marco de los tratamientos médicos, se aplican sedantes que alivian el dolor, pero se sabe que tienen el efecto colateral de acortar la vida, al afectar el sistema nervioso central y con ello la respiración. Se trata del llamado en la jerga médica “cóctel lítico”¹⁰⁵.

Se estaría desde el punto de vista técnico penal dentro de un estado de necesidad (del médico) por colisión de deberes, ya que tendría el deber de salvar la vida, pero también el deber de aliviar el dolor y evitar sufrimientos inútiles al paciente cuya vida se extingue.

Señala MONTANO, que el argumento de que la muerte no es querida o buscada, aunque se corre el riesgo de que se produzca, por una causa razonable de causarla, se vincula a lo que la actual doctrina penal denomina “teoría del riesgo consentido”¹⁰⁶.

Sin embargo entiende, que donde el riesgo se transforma en un elevado grado de probabilidad, aunque se actúe con el consentimiento del paciente, sólo podría pensarse en normas expresas que excluyeran la responsabilidad penal.

Si bien reconoce que ilustres juristas uruguayos, entienden que el consentimiento de la víctima, es causa de justificación, considera MONTANO que el punto es discutible, porque no aparece enunciado como tal en el Código Penal y en aplicación del principio de legalidad, debería ser excluido del elenco de las causas de justificación. Admite no obstante, que por razones de justicia, existiendo consentimiento de la víctima la conducta delictiva debería ser tratada de diferente modo que si no lo hubiese¹⁰⁷.

La doctrina ha sostenido que en esos casos de alta probabilidad o certeza de muerte, se entraría en una hipótesis de eutanasia activa y que habría que acudir a causas de justificación, de exclusión, o al menos de reducción de la culpabilidad y acuden al criterio (impreciso) de los bienes en juego.

Entiende MONTANO que es de vital importancia el juicio de prognosis infausta, por lo cual, considera demasiado amplia, la definición de ese momento como “incurable estado patológico” que usa la doctrina alemana, ya que en la práctica hace correr el riesgo, de renunciar a terapias en situaciones aún no extremas. Para él, esas situaciones deben definirse como aquellas en que ya se está en agonía luchando con la muerte, prefiriendo la definición del art. 40 del Código de Deontología Médica italiano, según el cual, “En el caso de enfermedad de prognosis seguramente infausta en breve lapso, el médico puede limitar su actividad a la asistencia moral y a la prescripción y ejecución de la terapia apta para ahorrar al enfermo inútiles sufrimientos”¹⁰⁸.

Para el citado autor, no sería necesaria una ley que estableciese la no obligatoriedad de actuar, salvo que el paciente hubiera expresado su deseo contrario. El médico habrá actuado correctamente, si en este tipo de situación terminal, actúa en la forma descrita en la norma antes citada: brindando atención moral y contra el dolor¹⁰⁹.

El médico, ni da muerte, ni tiene intención de matar y aún si se sospechase omisión homicida, la conducta resultaría justificada por el art. 28 del C.P. (cumplimiento de la ley por el legítimo ejercicio de la profesión).

De “legge ferenda” se pronuncia por la conveniencia de establecer una causa de justificación expresa, por entender que ofrece más garantías que cualquier elección hecha por el médico durante la fase terminal.

Considera lícito suspender los tratamientos en la etapa terminal, cuando los resultados defraudan las esperanzas puestas en ellos, pero siempre, teniendo en cuenta el deseo del enfermo y sus familiares, pero además el parecer de otros médicos verdaderamente competentes, al tomar la decisión.

Con respecto a la evaluación de los medios en relación al fin o resultado perseguido, en lugar de hablar de medios ordinarios y extraordinarios de tratamiento del enfermo terminal, prefiere hablar de medios proporcionados y desproporcionados ponderando: a) el tipo de terapia, b) dificultad y riesgo que comporta, c) gastos necesarios, d) posibilidades de aplicación y resultado esperado, e) las condiciones del enfermo y sus fuerzas físicas y morales.

Finalmente analiza la situación cuando el paciente ha manifestado su deseo de que se intente con él, todo lo posible:

En ese caso, lo primero es asegurarse de la validez del consentimiento, lo que presupone el consentimiento informado (riesgos, sufrimientos, alternativas en fase experimental, etc.). Lo segundo es que ese consentimiento es esencialmente revocable en todo momento. Sin embargo, si por el intenso sufrimiento su voluntad declina y pide la muerte, considera MONTANO que habrá que entender que ese consentimiento no es libre (sino fruto de la presión psicológica del dolor) y no tomarlo en cuenta si el médico sabe que puede salvarlo o al menos hacerle enfrentar la muerte en mejores condiciones físicas y anímicas¹¹⁰.

Pero cuando pide que se detengan ciertos tratamientos que le hacen padecer, se puede razonar de manera distinta y considerar que si el médico sabe que el beneficio esperado es improbable o insignificante frente al riesgo y los padecimientos, debe obrar en beneficio del paciente e

interrumpir el tratamiento.

10º) LA LEY 18.473. VOLUNTAD ANTICIPADA.

El Testamento Vital o Living Will.

En general se entiende por testamento vital aquellas disposiciones que hace la persona para el caso de no poder expresar su voluntad en el momento en que esté aquejada de una enfermedad terminal o que implique grandes padecimientos¹¹¹.

Son indicaciones útiles para determinar el consentimiento presunto del enfermo, al momento que no pueda expresarlo.

El Dr. Montano, ha dicho que se debe distinguir a los pacientes en función del tiempo: a) los que se encuentran ante tratamientos actuales y b) los que otorgan voluntad frente a tratamientos futuros y eventuales¹¹².

A). Pacientes ante tratamientos actuales y determinados.

Los pacientes, hayan o no otorgado voluntad anticipada, pueden oponerse a la aplicación de tratamientos y procedimientos médicos *actuales y determinados*, con tres limitaciones 1): a) que afecten o puedan afectar la salud de terceros; b) el paciente debe ser mayor de edad y c) debe expresarse de manera voluntaria, consciente y libre, y por lo tanto, debe estar psíquicamente apto¹¹³.

Los menores, así como los incapaces, deben ser asistidos por sus representantes, teniendo en cuenta sin embargo, que la aptitud síquica, puede no coincidir con la capacidad del sujeto, ya que puede ocurrir, que un sujeto capaz, no esté en *determinado momento* en condiciones síquicas para tomar una decisión. Por ejemplo, porque ante el anuncio de una grave enfermedad, se deprime en gran forma. Por eso, en caso de dudas, se debe requerir la opinión de un Psiquiatra para saber si puede o no otorgar una voluntad anticipada o actual¹¹⁴.

En las situaciones de dolor físico o psíquico insoportable en un enfermo terminal, no están dadas las condiciones para una decisión “lúcida”, libre y autónoma, ya que el que sufre se encuentra en una situación de máxima dependencia, necesidad de apoyo y, expuesto a las influencias del medio¹¹⁵.

Pero también puede suceder al revés: un paciente incapaz que –sin embargo– podría expresarse con lucidez y la suficiente madurez, como para que su voluntad pueda ser tomada en cuenta, como podría ser el caso de algunos menores y, adolescentes, situación ésta, en que la ley obliga a tomar en cuenta esta opinión en caso de tomar una decisión *actual*¹¹⁶.

Se reconoce el principio de respeto a la libertad del paciente, de autonomía, con la excepción de que afecte a la salud de terceros, los cuales deben ser personas *concretas* (los que con él conviven, por ejemplo).

La solución que venía manejando la jurisprudencia se originaba en una sentencia de la Dra. Cecilia SCHROEDER, que ya en 1997, frente a un paciente de 73 años, lúcido, capaz, Testigo de

Jehová, que se negaba a recibir una transfusión sanguínea, dijo que “*el Estado sólo puede regular o limitar el ejercicio de los derechos fundamentales de la persona en la medida en que lo exija necesariamente el bien común... El respeto de las convicciones religiosas o ideales que no implican comportamientos lesivos a los derechos de los demás ciudadanos o del orden público sería una exigencia jurídica estricta de la dignidad de la persona y del bien común político*” (Cons. V)¹¹⁷.

Aunque no aparezca como una limitante expresa en la ley, el derecho a renunciar a tratamientos no puede ser interpretado como un derecho a morir, como una especie de indiferencia de la sociedad frente al suicidio, más o menos asistido, porque la vida humana es un bien indisponible para el propio sujeto, y con más razón para terceros, por más cercanos que sean los lazos que lo unan al paciente.

Si bien en los hechos, es posible suicidarse, incluso aún ante la voluntad explícita de quien quiere terminar con su vida tirándose de un balcón, existe la obligación –moral y jurídica- de impedirlo, ya que la vida social, es concebida como relación constitutiva de un pueblo que no es simplemente un conjunto de individuos:

B) Pacientes ante tratamientos eventuales. La voluntad anticipada.

También pueden los pacientes oponerse a tratamientos *futuros, eventuales y genéricos*, para cuando estén incapacitados (natural o legalmente), mediante una declaración que tendrá plena eficacia aun cuando la persona se encuentre discapacitada. Pero esta voluntad anticipada tiene un límite¹¹⁸ deben ser tratamientos que prolonguen su vida en detrimento de la calidad de la misma y el paciente debe encontrarse enfermo de una patología terminal, incurable e irreversible¹¹⁹.

La patología debe ser *terminal*, esto es, que lleva a la muerte y que será muy probablemente su causa, a corto plazo. *Incurable*, supone que el paciente no puede evitarla, e *irreversible*, que ni siquiera puede ser llevada a estadios anteriores de su evolución. El diagnóstico del estado terminal de una enfermedad incurable e irreversible, deberá ser certificado por el médico tratante y ratificado por un segundo médico *en la historia clínica del paciente*, rigiendo para el segundo médico las mismas incompatibilidades que para la calidad de testigo¹²⁰. En sentido contrario, la voluntad anticipada puede disponer que se apliquen tratamientos *desproporcionados*, y el respeto a la voluntad del paciente, constituye una causa de justificación frente a una eventual tipificación del delito de lesiones¹²¹. Se trata de un “encarnizamiento terapéutico” querido, autorizado, por el paciente, cuando lo dispone de manera voluntaria, consciente y libre¹²².

Aun cuando la ley no lo diga, si se trata de una disposición *actual* (no anticipada), igualmente habrá de cumplirse con sus deseos, si son expresados de manera voluntaria, consciente y libre.

Forma y publicidad de la voluntad anticipada

Sea cual sea el contenido de esta, debe ser por escrito, en documento público o privado, con firma del titular y de dos testigos, si no pudiera firmar, y el documento fuese totalmente privado.

Siempre habrá de incorporarse dicha disposición anticipada, a la historia clínica del paciente

por parte del médico tratante, porque es la forma de darle publicidad¹²³.

Revocación de la voluntad anticipada.

Esta, es *esencialmente revocable*, sin formalidad alguna, incluso verbalmente, en cualquier momento, pero *el médico deberá dejar constancia en la HC*.

C). La objeción de conciencia.

Es expresión de la máxima libertad de la persona, que no puede ser obligada a hacer aquello que entiende que –para ella- está mal hacer, aun cuando le sea mandado o pedido. Está protegida en nuestra Constitución, cuando protege la libertad (art. 7º) y –en especial- en el ámbito laboral (art. 54), y penalmente (art. 288 CPU)¹²⁴.

De existir objeción de conciencia por parte del médico tratante ante el ejercicio del derecho del paciente –sea para suspender, como para proseguir un tratamiento-, la misma será causa de justificación suficiente para que le sea admitida su subrogación por el profesional que corresponda. Pero tampoco se le podrá pedir que haga indirectamente, lo que no quiere hacer directamente: no se le obligará a entregar el cuidado del paciente a quien sabe que obrará contrariamente a lo que él piensa.

Hay que buscar un equilibrio entre lo que es mejor para el paciente, y lo que admite la conciencia del médico tratante. Sin embargo, este equilibrio no necesariamente se logra encontrando simplemente un médico que cumpla con lo que el paciente pidió o pide. Habría que contar con la opinión de la Comisión de Bioética para dar mayores garantías al paciente, porque, quizás, *el médico que interpuso la objeción de conciencia, pudo tener razón*¹²⁵.

De todos modos, aun cuando se opte y se autorice la suspensión de un tratamiento a un paciente terminal, habrá de seguir proporcionándosele los *cuidados paliativos* que correspondieren, los que tienen por finalidad preservar la dignidad del paciente, así como aliviarle lo más posible los padecimientos que conlleva su enfermedad¹²⁶.

11º) LA AUTOPUESTA EN PELIGRO.

El consentimiento presunto o tácito.

El sistema Uruguayo no admite como causal de impunidad las situaciones llamadas de auto puesta en peligro, contempladas en sistemas legales extranjeros.

No existe hoy en nuestro derecho positivo, una norma que permita excluir de responsabilidad a quien causa –por ejemplo- una lesión a otra, que ha asumido el riesgo, y que conoce en detalle los peligros a que se expone voluntariamente.

En la situación actual, dicha persona será responsabilizada por un delito de lesiones, siendo improbable una defensa exitosa basada en el consentimiento presunto de la víctima.

Aller cita el siguiente ejemplo: un parroquiano que no había ingerido alcohol, pide a alguien que está notoriamente ebrio – y a punto de retirarse- que lo lleve a su casa en el automóvil de este

último. El borracho primeramente se niega a ello, pero ante la insistencia del parroquiano, al fin accede a transportarlo y ocurre lo evidente: el vehículo se estrella, resultando ambos lesionados¹²⁷.

Sostiene que aquí no hay delito. La potencial conducta delictiva sería la del ebrio por su condición imprudente, pero la víctima ha consentido el riesgo inminente –y realizado- de un siniestro en el tránsito vehicular.

Se trata de un consentimiento presunto, con una entrega parcial del bien jurídico integridad física y en un margen en el cual tiene disponibilidad. Lo cual acarrea la atipicidad de la actuación del conductor. Ahora bien, esto se puede igualmente resolver considerando incapaz de culpabilidad al conductor por ebriedad plena, pero en Uruguay es difícil que la jurisprudencia admita en un caso así la ausencia de culpabilidad en razón de la incapacidad al momento del hecho conforme al art. 31 del Código Penal. En cuyo caso, operaría el reproche penal con la atenuación prevista en el numeral 4º del art. 46 de dicho cuerpo legal. Fijense la diferencia entre contemplar el consentimiento del ofendido o apegarse a la praxis habitual de superados libretos. No es cuestión de establecer el grado de alcohol en la sangre del conductor, sino la asunción de riesgo y el consentimiento presunto sobre el bien jurídico pautado por el acompañante que, dicho sea de paso, fue quien insistió en ser llevado a su casa por el alcoholizado, pese a saber acerca de su estado¹²⁸.

Creemos que el consentimiento de la víctima debe tener una mayor relevancia en el derecho penal uruguayo, y por eso a mi juicio –más allá de la discusión sobre si el consentimiento es causa de atipicidad o antijuridicidad-, constituye un logro y un avance la incorporación proyectada en la reforma del Código que consagra al consentimiento como causa de justificación.

La reforma proyectada dispone:

Artículo 30. (Consentimiento del ofendido).

Está exento de responsabilidad quien actúa con consentimiento del ofendido, siempre que éste sea anterior o concomitante al acto y se preste sobre bienes jurídicos disponibles.

Con esta incorporación, situaciones como las que acabamos de describir y otras, (por ejemplo quien entrega un cheque en blanco a una persona que apenas conoce y que tiene antecedentes relativos al tema, llenándolo éste en forma contraria a la indicada, quien presta dinero al 20% de interés para que sea invertida en un emprendimiento de alto riesgo y pierde todo el capital invertido¹²⁹, etc) no constituirán delito al existir –en esos casos- una causa de justificación que enerva la antijuridicidad de la conducta.

Dicha solución, es a nuestro juicio más justa, ya que como se ha dicho –coincidiendo con Aller- la víctima ha entregado parcialmente el bien jurídico integridad física o propiedad –según sea el caso- en un margen sobre el cual tiene disponibilidad.

Sin embargo, parecería que estas situaciones deben resolverse caso a caso. JESCHEK señala basándose en el Código Penal alemán, que tampoco es justificante en los casos de puesta en peligro de la vida, agregando que en los delitos de peligro común, el consentimiento del lesionado,

no excluye la antijuricidad. Por ejemplo, el consentimiento del acompañante en su puesta en peligro por el conductor inexperto no excluye la antijuricidad del hecho, pues en la puesta en peligro del tráfico, están en juego preceptos penales destinados a la protección de la colectividad¹³⁰.

Sobre este tema, señala Gonzalo FERNANDEZ, que las conexiones que median entre el consentimiento o consentimiento con el riesgo y la auto puesta en peligro de la víctima nos desvían del ámbito de la justificación, introduciéndolos en el de la imputación objetiva¹³¹.

12º) CONCLUSIONES.

La distinción conceptual de la doctrina alemana entre acuerdo y consentimiento no ha sido recogida ni por la doctrina, ni por el derecho positivo uruguayo, que hablan únicamente de consentimiento, haciendo referencia a situaciones que encuadrarían dentro de uno u otro concepto.

En cuanto a la naturaleza jurídica de éste, en nuestra doctrina, mientras los Profesores Gonzalo Fernández y Cairolí, se inclinan por la tesis de causa de Justificación, Aller y Langón, se pronuncian por la de causa de exclusión del tipo, entendiéndose este último, que el consentimiento que tiene significación como causa de justificación, se puede reconducir a situaciones de cumplimiento de la ley, especialmente en las modalidades del ejercicio de una profesión (caso de los médicos), en deportistas, y otros.

Respecto a los requisitos del consentimiento, existe acuerdo acerca de que, sólo puede consentir, espontánea y libremente, la persona civilmente capaz, a la que pertenece el bien jurídico individual de que se trata, (el que no debe afectar intereses de terceros), plenamente consciente del alcance del mismo. Las consecuencias de renunciar total o parcialmente a él y dicho consentimiento, debe ser otorgado con anterioridad o concomitantemente al hecho.

El problema del consentimiento presunto, se plantea en aquellos casos, en que el titular del bien jurídico individual protegido, no está en condiciones de prestar consentimiento (por estar, por ejemplo, inconsciente), siendo necesario en tales casos indagar, antes de actuar, cuál hubiera sido la voluntad del paciente en ese caso determinado.

Sobre la incidencia del consentimiento en los delitos previstos en la parte especial del Código Penal, cabe señalar: Hay delitos que sólo se persiguen a instancia de parte, como el de violación (art. 272, C.P), el de difamación (art. 333), injurias (art. 334), (art. 338, CP), las lesiones personales (art. 316) el traumatismo (art. 319 inc. 2) y las lesiones graves culposas (arts. 317, 321 y 322), el rapto (art. 266 a 268, con las excepciones del art. 271). En estos casos, el ofendido puede liberar al autor de la persecución penal cuando renuncia a presentar la instancia, Existen otros delitos, en los cuales el tipo supone actuar contra la voluntad de la persona, como la violación de domicilio (art. 294), la retención de menores (art. 283 C.P.) la violación (art. 272 C.P.), el atentado violento al pudor (art. 273), los casos de rapto propio (arts. 266 y 267). En ellos, el consentimiento determina que la conducta sea atípica.

La vida es un bien indisponible frente al cual, el consentimiento es ineficaz. Nuestro Código Penal prevé una regulación especial de la “determinación o ayuda al suicidio” en el art 315, que

confirma que el consentimiento de la víctima no excluye la, punición

Por no ser bienes jurídicos estrictamente individuales y disponibles, el consentimiento es ineficaz, en los delitos migratorios como el de tráfico y la trata de personas. Lo mismo ocurre, por fundamentos análogos, con el proxenetismo, las donaciones de órganos y los trasplantes.

En nuestro Código Penal el consentimiento aparece regulado expresamente, como causa de impunidad en el art. 44, reconociendo dicha eximente dos límites al consentimiento: a) la sustracción al cumplimiento de una ley, y b) la de inferir un daño a otro.

Con relación al consentimiento frente a los tratamientos médicos, el individuo tiene el indiscutible derecho natural, positivamente establecido, de decidir y disponer sobre aspectos esenciales de su vida, por lo que puede resolver, estando debidamente informado, sobre qué tipos de tratamientos acepta o no que se realicen sobre su persona.

Es aquí donde tiene importancia fundamental el llamado “testamento vital” o “expresión de voluntad anticipada” a través del cual el individuo decide lúcida y tranquilamente, antes incluso de una crisis de la salud, qué cosas quiere o admite que se hagan con su persona, quienes expresarán su voluntad en situaciones en que no pueda hacerlo por sí mismo, de qué forma desea enfrentar los últimos momentos antes del desenlace inevitable de una enfermedad incurable o terminal.

Los pacientes, hayan o no otorgado voluntad anticipada, pueden oponerse a la aplicación de tratamientos y procedimientos médicos actuales y determinados, con tres limitaciones: que afecten o puedan afectar la salud de terceros, que el paciente debe ser mayor de edad y debe expresarse de manera voluntaria, consciente y libre, y por lo tanto, debe estar psíquicamente apto.

También pueden los pacientes oponerse a tratamientos futuros, eventuales y genéricos, para cuando estén incapacitados (natural o legalmente) y su declaración tendrá plena eficacia aun cuando la persona se encuentre discapacitada. Los límites en este caso son que deben ser tratamientos que prolonguen su vida en detrimento de la calidad de la misma y debe encontrarse enfermo de una patología terminal, incurable e irreversible.

Nuestro sistema penal, no admite como causal de impunidad las situaciones llamadas de auto puesta en peligro, contempladas en algunos sistemas legales extranjeros. Al respecto, señala Gonzalo FERNÁNDEZ, que las conexiones existentes entre el consentimiento o consentimiento con el riesgo y la auto puesta en peligro de la víctima nos desvían del ámbito de la justificación, introduciéndolos en el de la imputación objetiva.

Creemos que el consentimiento de la víctima debe tener una mayor relevancia en el derecho penal uruguayo, y por eso constituye un logro y un avance, la incorporación proyectada en la reforma del Código que consagra al consentimiento como causa de justificación, al disponer el artículo 30. (Consentimiento del ofendido). Está exento de responsabilidad quien actúa con consentimiento del ofendido, siempre que éste sea anterior o concomitante al acto y se preste sobre bienes jurídicos disponibles.

BIBLIOGRAFÍA

- ALLER, Germán, Cuestiones Dogmáticas, Político-Criminales y Criminológicas, Carlos Álvarez, 2011
- BAYARDO, Derecho Penal Uruguayo, T. VIII, 2 edición
- BETTIOL Giuseppe, Derecho Penal Ed. Temis
- CAIROLI MARTÍNEZ, Milton, El consentimiento del ofendido, causa de justificación en el Derecho penal uruguayo, Revista del INUDEP, Montevideo, año IV, no 6, 1984.
- FERNÁNDEZ Gonzalo, Reconstrucción democrática de la culpabilidad penal” Revista IUDP No. 12,
- FERNÁNDEZ Gonzalo, Bien Jurídico y Sistema del Delito; en LJU, Cita Online D2397/2009.
- FERNÁNDEZ Gonzalo, Bien Jurídico y Sistema del Delito, ed. B de f, Mont.- Bs. Aires,
- JESCHECK Hans, Tratado de Derecho Penal, Parte General, T. I, 3ª ed. Traducción de Mir Puig y Muñoz Conde, Barcelona, Bosch, 1978, p. 334.
- JIMÉNEZ DE ASÚA Luis, Tratado Tomo IV, Editorial Losada
- LANGÓN Miguel, Curso de Der. Penal y Procesal Penal, Del Foro, Mont. 2003
- LANGÓN Miguel Código Penal y Leyes Complementarias de la República Oriental del Uruguay, T.II, Universidad de Montevideo, 2010
- LANGÓN Miguel Responsabilidad Médica: El consentimiento del paciente y omisiones punibles del médico, en: LANGÓN Miguel y LANGÓN MIGUEL, Cuestiones de Dogmática Penal, AMF
- MAURACH y ZIPF, Derecho Penal, Parte General, T. I, Teoría general y estructura del hecho punible, traducción de la 7ª edición alemana de Jorge Bofillgenzch y Enrique Aimone Gibson, supervisados por Edgardo A Donna, Astrea, Buenos Aires, 1994, p. 350 y ss.-
- MONTANO Pedro, Derecho Médico Uruguayo, Universidad de Montevideo, 2005
- MONTANO Pedro Medicinas Alternativas y Derecho Penal, B de F, 2003
- MUÑOZ CONDE Francisco, Derecho Penal, Parte General, ed. Tirant lo Blanch
- ROXIN Claus, Acerca del consentimiento en el Derecho Penal; en La Teoría del Delito en la discusión actual, ed. Grijley
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “*Tiempos de Derecho Penal*”, BdeF, Montevideo, Bs. As, 2009,
- SOLER Sebastián, Derecho Penal Argentino, T. I, ed. TEA, Buenos Aires, 1976

REFERENCIAS

¹Esta tesis la desarrolla más ampliamente en su trabajo de ”Reconstrucción democrática de la culpabilidad penal” que está publicado en la Revista IUDP No. 12, págs. 88 y siguientes.

² LANGÓN, Miguel, Curso de Der. Penal y Procesal Penal, Del Foro, Mont. 2003, p. 313.-

³ Ibidem..

⁴ JESCHECK, Hans, Tratado de Derecho Penal, Parte General, T. I, 3ª ed. Traducción de Mir Puig y Muñoz Conde, Barcelona, Bosch, 1978, p. 334.

⁵ MAURACH y ZIPF, Derecho Penal, Parte General, T. I, Teoría general y estructura del hecho punible, traducción de la 7ª edición alemana de Jorge Bofillgenzch y Enrique Aimone Gibson, supervisados por Edgardo A Donna, Astrea, Buenos Aires, 1994, p. 350 y ss.-

Para ésta escuela, que dominó en épocas de la Alemania nazi, el bien jurídico estaba constituido por la dañosidad social de las conductas, que se ponía en relación directa con los fines e intereses del Estado, de manera que todo aquello que atentara contra el “sano sentimiento del pueblo alemán” era delictivo. La defensa del estado Nazi y la pureza de la raza aria se convierten por esta vía en bienes jurídicos que irradiaban todo el sistema. Por supuesto que la caída del nazismo luego de su derrota militar sirvió para acabar con los

defensores de estas posturas.

⁶ FERNÁNDEZ, Gonzalo, Bien Jurídico y Sistema del Delito; en LJU, Cita Online D2397/2009. p. 1.

⁷ SOLER, Sebastián, Derecho Penal Argentino, T. I, ed. TEA, Buenos Aires, 1976, pág. 7.

⁸ LANGÓN, Miguel, Curso cit, pág. 30 y sgtes.

⁹ FERNÁNDEZ, GONZALO, Bien Jurídico y Sistema del Delito, B de F, 2004, pag 8.

¹⁰ Idem, pág 9.

¹¹ LANGÓN, curso cit, pag 32.

¹² Idem, pág 31.-

¹³ JESCHECK, Hans, Tratado de Der. Penal, Parte General, ed. Bosch, 1981, Vol. I, p. 515.

¹⁴ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, Tratado Tomo IV, Editorial Losada, pags 572 y sgtes,

¹⁵ Citado por JIMÉNEZ DE ASÚA, Ibidem.

¹⁶ BETTIOL, Giuseppe, Derecho Penal Ed. Temis págs. 301 y sgtes.-

¹⁷ SOLER, Sebastián, Derecho Penal Argentino, T. I, ed. TEA, Buenos Aires, 1996, págs. 424-425.

¹⁸ El Homicidio piadoso se regula como causa de impunidad en el art. 37 del C. Penal, facultando al Juez a no aplicar la pena, no sólo ante las súplicas reiteradas de la víctima, sino cuando el autor tiene antecedentes honorables.

¹⁹ FERNANDEZ, Gonzalo, Bien Jurídico y Sistema...,cit, pág 184.

²⁰ JESCHECK, Hans, Tratado de Der. Penal, Parte General, Vol. I, p. 510-534.-

²¹ Por ejemplo: la usura.

²² Por ejemplo: la violación de domicilio.

²³ Incluye como otro ejemplo de esta categoría: a quien se deja practicar una operación cosmética, y permite temporalmente un menoscabo más o menos importante de su integridad corporal.

²⁴ Que el acuerdo era siempre de naturaleza fáctica; b) que podía prestarse por error; c) que no era necesario que el afectado hubiese captado el significado del bien jurídico agredido; y d) que no debía necesariamente manifestado, ni haber llegado a conocimiento del autor. Criticando tales premisas, señala JESCHECK, que para excluir la violación, basta la voluntad de la mujer, sin que importe a tales efectos, ni la capacidad de entendimiento, ni el error, pudiéndose negar la voluntariedad solamente en caso de violencia o amenazas; mientras que en la violación de domicilio, el tipo se realiza, mediante cualquier presión sobre la voluntad del morador, mientras que el acuerdo, aún conseguido subrepticamente, excluye el tipo. En cuanto al grado de capacidad de entendimiento requerible para un acuerdo eficaz, para JESCHECK, es distinto en los diferentes tipos delictivos: así en el rapto, basta que se realice contra la voluntad de la mujer, aunque ésta sea una enferma mental, en cambio, en el hurto que sólo puede configurarse contra la voluntad del tenedor, si la policía tiende una trampa a un ladrón por ejemplo, mandando a una feria a una mujer policía con la cartera abierta exhibiendo un monedero, para atraparlo, el autor que se lo sustrae, sólo puede cometer tentativa, pero jamás hurto, porque el acuerdo, lo excluye.

²⁵ Sin embargo en cuanto al fundamento de esta posición, critica la teoría del negocio jurídico que otorga al autor un derecho revocable a la lesión, diciendo que desconoce los distintos cometidos del Derecho civil y del penal; la teoría del abandono del interés, del titular del bien jurídico protegido, diciendo que no explica porqué, por ejemplo en casos de renuncia por motivos inmorales, el Estado quedaría liberado de su obligación de proteger objetivamente intereses; y a la teoría de la desaparición del objeto de protección, según la cual, el injusto típico reside en el desprecio a la voluntad del lesionado, diciendo que no explica porqué la voluntad contraria del titular del bien jurídico protegido integra el tipo. De esto concluye que ninguna de las teorías explica el carácter justificante del consentimiento.

²⁶ JESCHECK, Trat. Cit. Pág 518.

²⁷ ROXIN, Claus, Acerca del consentimiento en el Derecho Penal; en La Teoría del Delito en la discusión actual, ed. Grijley p. 260-295.-

²⁸ Según esta opinión, fundamentalmente en los delitos de daño y de lesiones, el consentimiento solamente excluye la antijuricidad, lo cual según algunos se fundamenta en que en el consentimiento implicaría una renuncia a la protección del Derecho, renuncia que tendría fuerza justificante como efecto del derecho individual de autodeterminación. Para otros, la justificación se debe a que el desvalor de la lesión del bien jurídico sería ponderado con una libertad de disposición del particular, teniendo el efecto de que ante un

mayor valor de la libertad de disposición, el consentimiento sería efectivo.

²⁹ Ver nota anterior.

³⁰ Para los partidarios de la diferencia sistemática entre acuerdo y consentimiento, las diferencias prácticas serían: 1) En el acuerdo importa únicamente la voluntad interna de quien está de acuerdo, aun cuando esta voluntad no se haya manifestado hacia afuera; en el consentimiento, por el contrario, por lo menos se exige que éste sea reconocible en el mundo exterior a través de palabras o acciones. 2) El acuerdo exige para su eficacia solamente la voluntad «natural» de la víctima, aun cuando a ésta le falte la capacidad de comprensión debido a su juventud o a un mal psíquico; en el consentimiento, por el contrario, es presupuesto de eficacia que el afectado «posea la fuerza de juicio necesaria y la serenidad para reconocer la magnitud de su declaración y ponderar sensatamente los pro y contra». 3) La falta de voluntad (error, engaño y coerción) deben ser irrelevantes en el acuerdo, pero hacen que un consentimiento sea ineficaz. 4) En La falta de voluntad (error, engaño y coerción) deben ser irrelevantes en el acuerdo, pero hacen que un consentimiento sea ineficaz. 5) El error, sobre una aprobación no existente, en el acuerdo, excluye el dolo; por el contrario, en las lesiones o los daños, el error sobre el consentimiento de la víctima, sería un error sobre, los presupuestos objetivos de una causa de justificación.

³¹ ROXIN, Acerca del consentimiento..., Ob. Cit. Pág. 271.

³² Idem, Pág. 272.

³³ MUÑOZ CONDE, Francisco, Derecho Penal, Parte General, ed. Tirant lo Blanch, pág. 360.-

³⁴ FERNÁNDEZ, Gonzalo, Bien Jurídico y Sistema...cit, pág 185.

³⁵ Idem.

³⁶ LANGÓN, Miguel, Responsabilidad Médica: El consentimiento del paciente y omisiones punibles del médico., en: LANGÓN Miguel y BARRERA Jorge, Cuestiones de Dogmática Penal, AMF, Mont..., p.79

³⁷ Idem.

³⁸ LANGÓN, Curso, cit. pág. 315.-

³⁹ ALLER, Germán, Cuestiones Dogmáticas, Político-Criminales y Criminológicas, Carlos Álvarez, 2011, pag 116.

⁴⁰ Montano, Pedro, Medicinas Alternativas y Derecho Penal, B de F, 2003, Pág. 189.

⁴¹ Tratado, cit. págs. 520-523

⁴² Ob. cit. pág. 521.-

⁴³ Ob. cit. págs. 290-292.-

⁴⁴ Sin embargo, destaca JESCHEK, que no basta un simple error en los motivos para invalidar el consentimiento y el error sobre la aprobación de la persona que practica una intervención curativa, puede resultar intrascendente en supuestos de mínima entidad. Tampoco puede afectar la validez del consentimiento un error en la declaración, ya que la confianza del autor en el consentimiento –erróneamente declarado- merece protección. Sólo hacen ineficaz al consentimiento, el error y el engaño que afectan a la cantidad y cualidad del menoscabo del objeto de la acción. La amenaza además, debe ser de un mal importante.

⁴⁵ JESCHEK, Trat. Cit. Pág. 522 y ROXIN, Ob. Cit. Págs. 291 y 292

⁴⁶ Por ejemplo: el sobrino vende durante un baile de carnaval, el reloj de oro de su tío que este le había prestado para disfrazarse de capitalista monopolista. Al regresar a su casa, encuentra una carta de su tío, por la que le deja el reloj, por si durante su carrera tiene necesidades económicas. El sobrino, según JESCHEK es punible por apropiación indebida en grado de tentativa. Ob. cit. pág. 523.-

⁴⁷ LANGÓN, Curso cit, Pág. 316.

⁴⁸ Curso cit. pág. 315.

⁴⁹ Ob. cit. pág. 524-528.-

⁵⁰ En nuestro derecho de todos modos, la conducta del ejemplo resultaría justificada al amparo de lo dispuesto en el art. 28 del C.P. por cumplimiento de la ley, ya que el médico estaría realizando un acto permitido por la ley, en vista a la profesión a la que se dedica.

⁵¹ O. cit. pág. 526.

⁵² JESCHECK, ob. cit. pág. 527-528.-

⁵³ Idem, pág 524.

⁵⁴ Ibidem.

⁵⁵ Ibidem.

⁵⁶ Curso, cit, págs. 313-314.-

⁵⁷ Ibidem.

⁵⁸ Ibidem.

⁵⁹ Ibidem.

⁶⁰ Código Penal y Leyes Complementarias de la República Oriental del Uruguay, T.II, Universidad de Montevideo, 2010, p. 639.

⁶¹ Art. 77-Quien promoviere, gestionare o facilitare de manera ilegal el ingreso o egreso de personas al territorio nacional por los límites fronterizos de la República, con la finalidad de obtener un provecho para sí o para un tercero, será castigado con una pena de seis meses de prisión a tres años de penitenciaría. Con la misma pena será castigada toda persona que en las mismas condiciones favoreciera la permanencia irregular de migrantes dentro del territorio uruguayo.

⁶² Art. 78-Quien de cualquier manera o por cualquier medio participare en el reclutamiento, transporte, transferencia, acogida o el recibo de personas para el trabajo o servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares, la servidumbre, la explotación sexual, la remoción y extracción de órganos o cualquier otra actividad que menoscabe la dignidad humana, será castigado con una pena de cuatro a dieciséis años de penitenciaría

⁶³ Sobre adquisición, transferencia, comercio y reducción de otros hombres a la esclavitud.

⁶⁴ Código cit, pág. 652.

⁶⁵ Código, cit, pág. 647.

⁶⁶ Tipificado en el art. 274 inc. 2º, modificado por el art. 24 de la Ley N° 16.607 de 2005.-

⁶⁷ Ley 14.005 de trasplante de órganos y tejidos en su art. 14, dispone: “El que por ceder un órgano o tejido, no oponerse a su utilización o autorizar una autopsia clínica a los fines de la ley, recibiere por sí mismo o por un tercero, para sí mismo o para un tercero, dinero u otro provecho o aceptara su promesa, será castigado con la pena de seis meses de prisión a cuatro años de penitenciaría. Con la misma pena será castigado el que pagare en dinero o diere otro provecho por efectuar algunas de las operaciones descriptas precedentemente”..

⁶⁸ LANGÓN, Código, cit, págs. 724-725.-

⁶⁹ Curso, cit, pág. 315.-

⁷⁰ BAYARDO, Derecho Penal Uruguayo, T. VIII, 2edición., p. 172.

⁷¹ Medicinas Alternativas y Derecho Penal, B de F, 2003, Págs. 190 y sgts

⁷² Código Penal y Leyes Complementarias de la República Oriental del Uruguay, Universidad de Montevideo, 2003, Pág. 140.

⁷³ Aller, Germán, Cuestiones Dogmáticas, Político-Criminales y Criminológicas, Carlos Alvarez, 2011, Pág. 113.

⁷⁴ MONTANO, Ibidem, pág. 188.

⁷⁵ ALLER, Idem, pág. 113.

⁷⁶ MONTANO Idem.

⁷⁷ Curso, cit, pág- 315

⁷⁸ Ob. Cit, pág 279.

⁷⁹ Ob. Cit, pág 518..

⁸⁰ Ob. Cit, págs.. 434-435.

⁸¹ Ob. Cit, pág 518.

⁸² Curso, cit, pág. 314.

⁸³ MONTANO, Pedro, Eutanasia y Omisión de Asistencia.

⁸⁴ Citado por Montano, Cairolí Martínez, Milton, El consentimiento del ofendido, causa de justificación en el Derecho penal uruguayo, Revista del INUDEP, Montevideo, año IV, no 6, 1984.

⁸⁵ Aller, Idem , pag 114.

⁸⁶ Ibidem.

⁸⁷ Ibidem.

- ⁸⁸ Idem, Pag 115.
- ⁸⁹ Idem, Pag, 116.
- ⁹⁰ Langón, Miguel y Barrera, Jorge, Cuestiones de Dogmática Penal , AMF, 2007, Pág. 79.
- ⁹¹ Idem, Pág. 80.
- ⁹² Idem Pág. 82.
- ⁹³ Idem, Pág. 83.
- ⁹⁴ Idem, Pág. 84.
- ⁹⁵ Idem, Pág. 86.
- ⁹⁶ Idem, Pág 87.
- ⁹⁷ Ob. cit, pág. 432.
- ⁹⁸ Ob. cit, pág. 519.
- ⁹⁹ Curso, cit, pág. 315.
- ¹⁰⁰ Ob.cit. pág. 279-280.
- ¹⁰¹ Número 9.1.-
- ¹⁰² MONTANO, Pedro, Derecho Médico Uruguayo, Universidad de Montevideo, 2005, pag 274.-
- ¹⁰³ Ob.cit. pág. 519.
- ¹⁰⁴ MONTANO, Pedro, Eutanasia y omisión de asistencia, F.C.U. 1994, Pág. 50.
- ¹⁰⁵ Idem, Pág. 51
- ¹⁰⁶ Idem.
- ¹⁰⁷ Idem.
- ¹⁰⁸ Idem, Pág. 52
- ¹⁰⁹ Ibidem, Pág. 55
- ¹¹⁰ MONTANO, Pedro, Derecho Médico Uruguayo, Universidad de Montevideo, 2005, pag 271.-
- ¹¹¹ MONTANO, Pedro, Revista de Biomedicina de la Universidad de Montevideo, Vol. I, Julio 2010, Pág. 52.
- ¹¹² art. 1º, inc. 1.
- ¹¹³ art. 7º.
- ¹¹⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “*Tiempos de Derecho Penal*”, BdeF, Montevideo, Bs. As, 2009, pag. 131, citado por MONTANO en Revista de Biomedicina de la U.M, cit, pág 55.
- ¹¹⁵ art. 7º inc. 4.
- ¹¹⁶ Jdo. Penal 13º, 30.1.1997, nº 480, publicada en el ADC T. XXVIII, con nota de Daniel DOMÍNGUEZ GIL, “*Responsabilidad médica y libertad de conciencia*”, págs. 655-669, Idem.
- ¹¹⁷ Arts. 3º in fine, 310, 315 y 332 CPU, Ibidem.
- ¹¹⁸ PESSINA, Adriano, *Perché il testamento biologico contiene un grave rischio*, in Il Foglio, 9.9.2008, pág. II, Idem.
- ¹¹⁹ art. 1º inc. 2º.
- ¹²⁰ art. 1º, inc. 3.
- ¹²¹ arts. 5 y 3.
- ¹²² Art. 28 CPU. Lo mismo, en el caso contrario, con respecto a un homicidio por omisión o una malentendida omisión de asistencia, Ibidem.
- ¹²³ MONTANO, Revista cit. Pag 56.
- ¹²⁴ Idem, pág 57.
- ¹²⁵ Idem pág 59.
- ¹²⁶ Idem.
- ¹²⁷ Idem.
- ¹²⁸ Aller, Cuestiones Dogmáticas... cit, pag 128.
- ¹²⁹ Idem 129.
- ¹³⁰ Ibidem.
- ¹³¹ JESCHECK Ob. cit, pag 813.
- ¹³² FERNANDEZ, Gonzalo, Sistema.. citado, pág. 186.