

ASPECTOS PENALES ACERCA DEL CONSENTIMIENTO ¹

Germán Aller ²

Sumario

1. Introducción. 2. Validez y naturaleza jurídica del consentimiento para el Derecho penal. 3. Disponibilidad del bien jurídico. 4. El consentimiento válido ocasiona la atipicidad penal. 5. Más acerca de la atipicidad: Consentimiento y defensa de bienes jurídicos (Dogmática de la víctima o Victimodogmática). 6. Casos. 7. Conclusión. 8. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

El consentimiento del ofendido es una cuestión sobre la que se ha trabajado y escrito bastante a lo largo de los años. Uno de los aspectos concernientes a él es lo referido a los requisitos de validez necesarios; y otro es en cuanto a la naturaleza jurídica de dicho instituto. Resultan aplicables a lo primero la absoluta mayoría de lo tratado en Derecho civil, siendo igualmente necesario distinguirlo del asentimiento. Además, corresponde separarlo del mero conocimiento de una situación, que no implica asentirla, aceptarla ni consentirla. También son aplicables las nociones civiles de consentimiento expreso y tácito, pese a que en Derecho penal se objeta su forma presunta.

2. VALIDEZ Y NATURALEZA JURÍDICA DEL CONSENTIMIENTO PARA EL DERECHO PENAL

Para ser válido, el consentimiento requiere que el consintiente sea titular del bien jurídico atacado o en peligro y que este bien no sea colectivo o afecte intereses sociales y de terceros; debe ser otorgado por una persona civilmente capaz –salvo algunas excepciones como, por ejemplo, la relación sexual–; ha de ser voluntario y no debe estar viciado por coacción, engaño ni fraude; debe ser dispuesto por quien entiende plenamente el alcance del mismo y las

1 Texto revisado y corregido de la clase dada en el curso de Posgrado “Dogmática penal aplicada”, dictado en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, edificio Anexo, Montevideo, 11 de junio de 2008.

2 Doctor en Derecho por la Universidad de la República (Montevideo). Doctor en Derecho por la UNED (Madrid). Profesor Adjunto (G. 3) de Derecho Penal y Criminología de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Secretario del Instituto Uruguayo de Derecho Penal de la Universidad de la República. Profesor de Derecho Penal de la Escuela Nacional de Policía. Profesor Colaborador Honorario (no médico) de Medicina Legal en la Facultad de Medicina de la Universidad de la República.

consecuencias de renunciar total o parcialmente al bien jurídico; y, por último, se debe otorgar con anterioridad al hecho o concomitantemente con él, pero no con posterioridad, pues ya no sería consentimiento, sino el otorgamiento del perdón.

Tal como anuncié, el otro aspecto –atinenta a su naturaleza jurídica y consecuencias– es específico del Derecho penal. Lo que no significa que se contradiga con el civil, sino que pauta la particularidad de la materia penal. Así las cosas, una tema como el que estoy tratando corrobora la relación interdisciplinaria del mismo, de igual forma que otros como la minoría de edad, la responsabilidad por el hecho propio (no así por el hecho ajeno en Derecho civil), el desistimiento y la reparación del daño. Todos ellos difieren parcialmente de sus correlativos civiles, pero también presentan elementos en común.

El consentimiento abarca un vasto campo en Derecho penal. Contrariamente a lo que a veces se supone, este instituto puede presentarse válidamente en la mayoría de los bienes jurídicos, sin por ello significar que toda afectación a un bien jurídico sea pasible de consentimiento penalmente relevante. No todos los bienes jurídicos son disponibles ni en aquellos que lo son todo es consentible. Hay una cierta tendencia a ubicar el consentimiento del ofendido en referencia a bienes jurídicos como la integridad física y la vida, pero no cabe la menor duda de que, además, se desplaza válidamente en los campos del honor, el patrimonio, la libertad sexual y la libertad en general, siendo más acotado en ámbitos como la administración, la fe y la hacienda públicas.

En términos generales, con la excepción de algunos aspectos interpretativos, el consentimiento ha sido muy bien estudiado en la Dogmática penal desde antaño, como lo evidencia el libro de Filippo GRISPIGNI titulado *El consentimiento del ofendido* que fue publicado en 1924³. El paradigma contemporáneo no se vincula tanto a lo antedicho, sin perjuicio de quedar allí mucho por decirse, sino que, en la actualidad, lo más debatido es qué consecuencia acarrea consentir válidamente el la afectación parcial a un bien jurídico disponible, cuya lesividad recaiga en el tramo disponible del mismo.

En ocasiones, la afectación a la integridad física se produce sin haber cabalmente consentimiento del ofendido, pero habiendo una renuncia que puede ser eventualmente válida en virtud del campo de la libre disponibilidad sobre el bien jurídico en cuestión. Tal es el caso de situaciones en el tránsito vehicular.

La lesión consensual prevista en el art. 44 del Código Penal es formalmente una causa de impunidad en función de que, según lo edictado por

3 GRISPIGNI, Filippo, *Il consenso dell'offeso*, Roma, Athenaeum, 1924, pp. 119 y ss. Cfr. ALLER, Germán, "Aspectos dogmáticos sobre el consentimiento", en *Coloquios penales. Cuestiones penales, político-criminales y criminológicas*, Montevideo, Carlos Álvarez- Editor, 2010, pp. 111-130.

dicho cuerpo legal, se halla ubicada en el capítulo abarcatario de dichas causas. Por lo tanto, conforme a la fórmula empleada por el codificador al decir que *no es punible la lesión causada*, establece una excusa absolutoria para quien lesione al paciente que ha consentido válidamente la afectación de su integridad física. Como surge de la letra, se trata de la evitación de la pena, pero no del delito. Quiere decir que subsiste el delito y que dicho consentimiento es el que otorga específicamente un *paciente*. José IRURETA GOYENA no era una persona que emplease mal el lenguaje, sino que poseía una exuberante cultura y destaque en la sociedad uruguaya de su época. Llama la atención que haya empleado la palabra *paciente* en vez de *víctima*, *ofendido* o titular del bien jurídico. A mi modo de ver, resulta palmariamente 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 a tales efectos, es decir: el *paciente*.

Quiero aclarar que la palabra *lesión* podría orientarnos a pensar en la afectación a cualquier bien jurídico que no sea sólo la integridad física, pero esto se ve inhibido porque se habla del *paciente*. Con ello ha quedado acotado el campo interpretativo, al punto de restringirse al elenco de delitos referidos solamente a la integridad física. En el caso previsto por el Código, la letra de la ley parece matar a la interpretación dogmática sobre el consentimiento, puesto que es diáfano al pautar que dicho consentimiento del paciente 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 los tatuajes y demás, pese a que no sean propiamente pacientes. Vale decir, que interpretativamente a la palabra *paciente* se le dispensa un campo mayor. Sin embargo, no parece posible llegar con ello al extremo del deportista, porque no guarda ninguna relación con dicha palabra, pese a lo cual, algunos entienden que la lesión de éste puede quedar incluida en el art. 44 del Código Penal, aunque, en realidad, se halla contemplada en el art. 28 de dicho cuerpo legal como causa de justificación por cumplimiento de la ley. Es más, *paciente* no indica que la persona tratada médicamente tenga *paciencia*, sino que es la contracción de la palabra *padeciente* en cuanto a quien *padece* un mal y por ello es tratado o consulta a un médico. Como se ve, nada guarda de vinculación con la actividad deportiva ni con otras en las que se puedan dar lesiones físicas válidamente consentidas por el ofendido.

Ahora bien, lo consagrado por el Código puede ser de nuestro agrado o no, y en este último caso de *lege ferenda* propugnar un cambio tendiente a mejorar el ordenamiento positivo, pero de *lege lata* poseemos un art. 44 consagradorio de un criterio restrictivo del consentimiento para el caso concreto allí previsto, dispensando la imposibilidad de penar por la vía de la excusación, pero el delito se habría igualmente cometido.

Más allá de lo recién analizado, lo que la ley penal establece es que las personas no tienen una absoluta y plena disponibilidad prácticamente de ningún bien jurídico. Son pocas las veces que se tenga una total disposición de un bien jurídico, coincidente con la concepción filosófica de la relatividad del hombre, pues los valores absolutos no son alcanzables por el ser finito que se desplaza en el ámbito de lo relativo. Nadie tiene la absoluta disponibilidad de todos los bienes jurídicos de los que sea titular, sino que parcialmente dispone de ellos, y ni siquiera de todos los bienes.

A vía de ejemplo, no cabe duda de que el patrimonio individual es un bien jurídico disponible y que, dentro de él, particularmente la propiedad es disponible. Empero, para enajenar bienes inmuebles se debe seguir una serie de trámites, puesto que se establecen estrictos requisitos formales y materiales, tales como la constancia de estar al día en el pago de tributos, realización de escritura, inscripción en el registro, etc. No muy diferente ocurre con la compraventa de un bien mueble como el automóvil y otros bienes registrables o sujetos a estricto control estatal.

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

La argumentación que al respecto esgrimió Giuseppe MAGGIORE, y que fue recogida en Uruguay al unísono en su época, es que carecía de sentido castigar a quien ha intentado autoinfringirse 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 lograrlo⁴. Esta explicación no es satisfactoria. La realidad pasa por otro lado, puesto que la persona que procura 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 captará que se estima que el suicidada frustrado ha delinquido, pero se le considera un enfermo y por ello no se le castiga. En lugar de ello, se le somete a tratamiento psiquiátrico o directamente por razones político-criminales ni siquiera est y se le deja a su propio arbitrio.

A mi criterio, no se trata de no castigar un delito de suicidio como una suerte de absurdo auto-homicidio, ni tampoco de un gesto benevolente de corte político-criminal. Pienso que debe argumentarse algo más sencillo y con

4 MAGGIORE, Giuseppe, *Derecho penal. Parte Especial*, t. IV, Bogotá, Temis, 1955, p. 324. También BAYARDO BENGOA, Fernando, *Derecho penal uruguayo*, t. VIII, Montevideo, Centro Estudiantes de Derecho, 1970, p. 225. Cfr. WEBER, Hellmuth von, *Grundriß des deutschen Strafrechts*, Bonn, Dümmlers Verlag, 1946, p. 53. Hay versión en español, *Lineamientos del Derecho penal alemán*, trad. Leonardo G. Brond, Buenos Aires, Ediar, 2008, p. 55.

fundamento dogmático, puesto que el homicidio requiere dar muerte a otra persona; es decir, dar muerte a alguien distinto al matador. Además, agrego que no es admisible científicamente delinquir contra sí mismo. No existe tal posibilidad, dado que el delito es exclusivamente contra otra persona; y esto proviene del principio de tutela del bien jurídico y del de tipicidad. Es una obviedad que las personas pueden fácticamente quitarse la vida, lesionarse, ponerse un revólver en la sien, flagelarse, insultarse, etc., pero no hay delito en ninguno de esos casos, salvo que inmiscuya a terceros en conductas prohibidas que se desplieguen fuera del ámbito de disponibilidad del bien jurídico en juego. 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 de ofendido, de victimario y de víctima. Ya no importa en ese caso que pueda o no disponer del bien jurídico ni si existe consentimiento, porque lo que no hay es tipo penal, dado que éste requiere indispensablemente la interacción de, cuando menos, dos personas distintas: ofensor y ofendido. Distinta es la situación del colaborador o instigador al suicidio cuando se produce la muerte. Su actividad es la propia de un coautor o cómplice, pero dado que no hay delito base no puede haber coparticipación. Por tal fundamento, el Código Penal prevé en su art. 315 una sanción específica para el tercero que ayuda o determina al suicidio.

Lo que más me importa destacar sobre el punto es que, con ese artículo, se pone en franca 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 jurídico. A esto se agrega la falta de disponibilidad absoluta sobre el bien jurídico *vida* por parte de quien quiere privarse de ella para disponer que un tercero colabore en la tarea. Con lo cual, se corrobora que los bienes jurídicos no son totalmente disponibles por parte de su titular ⁵.

Por otra parte, en este aspecto se debe cotejar con el perdón judicial contemplado en el art. 37 del Código Penal para aquella 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 que, conforme a la discrecionalidad del juez, puede producir una causa de impunidad. 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, pues en los arts. 315 y 37 del Código Penal no se inhibe de culpabilidad, no se justifica ni es atípica la conducta del tercero pese a haber manifiesto consentimiento del ofendido.

5 SCHÜNEMANN, Bernd, "El papel de la víctima dentro del sistema de justicia criminal", en AA.VV., *La víctima en el sistema penal. Dogmática, Proceso y Política criminal*, Lima, Grijley, 2006, pp. 25-27.

Tanto en la ayuda y 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 el otro. Sin embargo, ese consentimiento no es suficiente para inhibir el delito, sino para la posibilidad de eliminar la pena en el primero (art. 37) y pensarse eventualmente en menor cuantía que el homicidio en el segundo (art. 315).

4. EL CONSENTIMIENTO VÁLIDO OCASIONA LA ATIPICIDAD PENAL

La cuestión fundamental acerca del consentimiento no es únicamente de disponibilidad, sino de tipicidad y, por lo tanto, si se consiente dentro del margen de disponibilidad, entonces la conducta no reviste la entidad de delito por resultar atípica. Como se ha visto, no hay plena disponibilidad sobre la propia vida. Debida cuenta de esto brinda el art. 44 de la Constitución de la República al disponer que *Todos los habitantes tienen el deber de cuidar su salud, así como el de asistirse en caso de enfermedad*. Aunque sea una disposición programática y sin sanción directa, obliga a preservar la salud y dentro de ella están inequívocamente la vida y la integridad física. De allí deriva, por ejemplo, la mentada obligación de vacunarse. Si no se está de acuerdo habrá que proponer una reforma constitucional al respecto, pero entre tanto la norma está vigente y en vigor.

También hay que considerar conjuntamente el art. 46 de la *Magna Charta*, que establece la obligación del Estado en combatir los vicios sociales mediante la ley y las convenciones internacionales. Allí quedan comprendidas múltiples cuestiones, tales como las drogas. Y dentro de éstas el alcohol, el tabaco y los estupefacientes. Como se observa, son disposiciones excesivamente abiertas que dan espacio para nutridas interpretaciones y debates, pero lo que deseo enfatizar es que son normas que rigen a la comunidad jurídica y social del país.

A su vez, en el Código y en la ley penal en general hay algunas manifestaciones de especial contemplación sobre el consentimiento —tal el caso del ingreso domiciliario—, pero prefiero concentrarme en revisar la anunciada naturaleza y alcance del instituto en estudio. Al respecto, la doctrina nacional predominante, siguiendo muy buena parte de la extranjera, considera al consentimiento como una causa de justificación que inhibe la antijuridicidad y, por lo tanto, decae el delito. Prueba de ello es que numerosos manuales de Derecho penal tratan este tema precisamente dentro de la antijuridicidad. Como es sabido, el enunciado de las causas justificantes contemplado del art. 26 al 29 de nuestro Código Penal no es taxativo. Esta afirmación es básicamente aceptada en nuestro ámbito, concluyendo que las justificaciones no son sólo las que están expresamente consagradas en el Código, así como la *obediencia debida* o al *superior* no es una causa de ese tenor y, sin embargo, está incluida como tal en el art. 29 de dicho cuerpo legal. En su *Derecho penal uruguayo* Milton CAIROLI

la ubica como causa de inculpabilidad ⁶. Sin perjuicio de ello, a esta altura del avance dogmático se puede concluir que bien podría eliminarse del todo, dado que varios de sus aspectos trascendentes se hallan contemplados en el art. 28 referido al *cumplimiento de la ley* y los posibles restantes son abordados con mayor precisión en el ámbito de la teoría del error.

Volviendo al consentimiento, éste no está en ese decálogo de cuatro causas de justificación, pero podría estarlo. Como se ve, de las cuatro causas de justificación recogidas en el articulado que va del 26 al 29, resulta que una no es tal, y otra que podría serlo no está contemplada como justificante. Ahora bien, cabe formularse la interrogante acerca de si el consentimiento válido justifica una conducta eliminando su contrariedad al Derecho siendo al final una causa de justificación. Para buena parte de la doctrina ha sido así, estimando que la afectación consentida de un bien jurídico constituye una causa de justificación ⁷. Sin embargo, la conducta consentida sigue siendo antijurídica y lesiva del bien jurídico. Sintetizando, se observa que el comportamiento es contrario a Derecho y a la preservación del bien jurídico tutelado porque se va contra la norma jurídica que prohíbe lesionar el bien en juego. Y no me refiero a la ley penal, sino –al decir de BINDING– a la norma de Derecho ⁸. Desde hace ya 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 ⁹. En virtud de la posición de Hans-Ludwig GÜNTHER planteada en 1983 y la controvertida teoría negativa del tipo ¹⁰, inicialmente expuesta por Adolf MERKEL ¹¹, la relación entre la tipicidad y la antijuridicidad es muy estrecha. Si, al decir de LUZÓN PEÑA, se admite la existencia de un *tipo global o total de injusto* que contiene una parte positiva – que sería estrictamente el tipo – y una negativa – que sería la ausencia de causa de justificación – entonces las causas justificantes quedarían comprendidas en

6 CAIROLI MARTÍNEZ, Milton, *El Derecho penal uruguayo y las nuevas tendencias dogmático penales*, t. I, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2000, p. 321.

7 *Idem*, pp. 257-259.

8 BINDING, Karl, *Die Normen und ihre Übertretung*, t. I, 1.^a ed., Leipzig, Verlag von Wilhelm Engelmann, 1872, *passim*.

9 LANGON CUÑARRO, Miguel, *Manual de Derecho penal uruguayo*, Montevideo, Del Foro, 2006, p. 298.

10 GÜNTHER, Hans-Ludwig, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss. Studien zur Rechtswidrigkeit als Straftatmerkmal und zur Funktion der Rechtfertigungsgründe im Strafrecht*, Köln, C. Heymans Verlag, 1983, *passim*. Cfr. DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, “La categoría de la antijuridicidad en Derecho penal”, en AA.VV., *Causas de Justificación y de Atipicidad en Derecho penal*, Madrid, Aranzadi, 1995, p. 94.

11 MERKEL, Adolf, *Derecho penal*, t. I, Madrid, La España Moderna, 1906, § 12, pp. 50-54. Edición posterior: *Derecho penal*, Buenos Aires, BdeF, 2004, pp. 33-36. Al respecto, WEBER, Hellmuth von, *Grundriß des deutschen Strafrechts*, p. 86. Versión en español, *Lineamientos del Derecho penal alemán*, p. 94.

el sentido amplio del tipo penal ¹².

Sin perjuicio de lo cual, resulta compartible la posición de Enrique BACIGALUPO en cuanto a que el consentimiento recae principalmente sobre el tipo penal, haciéndolo decaer y, por ende, eliminando el delito ¹³. El mencionado catedrático expresa que el consentimiento excluye la tipicidad en los casos en que el tipo penal establece una conducta en la cual la ilicitud se halle en actuar contrariando la voluntad del ofendido, en tanto que excluye la antijuridicidad cuando la conducta del ofensor lesiona el bien jurídico.

A mi modo de ver, salvo algunas excepciones, no se trata pues de una causa justificante, sino de una hipótesis de atipicidad. En definitiva, el resultado es similar en cuanto a que en los dos casos, sea la exclusión de la antijuridicidad o de la tipicidad, no habrá delito.

Añado que los elementos del delito no son estancos aislados y que, en su mérito, la ausencia de tipicidad puede ocasionalmente generar a la par también la antijuridicidad de la conducta. Otros ejemplos de esa interrelación entre los elementos del delito son el error de prohibición, que recae sobre la culpabilidad y la antijuridicidad, además del elemento subjetivo, que se concentra en el tipo y tiene también manifestación en la conciencia de antijuridicidad.

Las razones por las cuales estimo que el consentimiento es una causa de atipicidad o directamente la atipicidad de la conducta es —en primer término— debido a la sistemática utilizada por IRURETA GOYENA al estructurar el Código Penal, ya que si hubiese querido que el consentimiento fuese una causa de justificación, por la forma en que él estableció las previstas en los arts. 26 a 29, lo hubiese escrito expresamente. A mi entender, el codificador no consideró al consentimiento como causa justificante de la conducta.

En segundo término, lo que causa la atipicidad no requiere ser descrito en la letra de la ley penal, dado que los principios de presunción de inocencia, certeza jurídica, taxatividad de la ley penal y legalidad conllevan precisamente lo opuesto; es decir, que la ley debe indicar qué es delito, pues todo lo demás será ajeno al celo penal. No se pueden describir las atipicidades, ya que toda posible enumeración sería reducida en relación a la realidad y, en suma, las causas de atipicidad serían inabarcables.

En tercer término, el consentimiento del ofendido corresponde al tipo penal porque el bien jurídico está ubicado precisamente en él. Para esto no parece haber ninguna otra respuesta, pues se puede discutir quién define el bien jurídico, si el Derecho penal tiene por misión su protección, o la vigencia de la norma, o valores ético-sociales fundamentales, pero —en cualquier caso—

12 LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, "Causas de atipicidad y causas de justificación", en AA.VV., *Causas de Justificación y de Atipicidad en Derecho penal*, Madrid, Aranzadi, 1995, pp. 21-22.

13 BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Hacia el nuevo Derecho penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2006, pp. 354-357.

el bien jurídico se halla inequívocamente dentro del tipo penal.

Al consentir se está autorizando la afectación al bien jurídico disponible por su titular o quien esté en condición de disponer del bien en cuestión. La persona que consiente una lesión física, lo que hace no es eliminar dicha afectación a la integridad, pues el deterioro es real y el bien jurídico se ha visto afectado, así como se ha alterado el ordenamiento jurídico, pero pese a todo ello, igualmente no hay tipo penal en virtud de que el titular ha dispuesto legítima y válidamente dentro del margen de disponibilidad que le incumbe sobre su bien jurídico o esfera de dominio.

Cuando digo que el consentimiento recae esencialmente sobre el tipo excluyendo la tipicidad, debe entenderse que se está revisando la conducta del hombre como un ser que está en permanente desarrollo en un determinado ámbito social donde potencialmente expresar su personalidad individual y efectuar la interrelación social. Mirado de esta manera, el hombre libre tiene un espacio de desenvolvimiento y, en tal circunstancia, ya no se trata únicamente de bienes jurídicos, pues están dentro de esa esfera más grande que es la potencialidad del libre desarrollo; el cual ha de ser garantizado por un Estado constitucional de Derecho, democrático, republicano y liberal. Ese espacio de libertad debe permitir –entre otras cosas– manifestarse disponiendo racionalmente de los bienes jurídicos como parte de esa esfera de libertad por la que el ciudadano se desplaza. Como destaca Miguel LANGON en su *Manual de Derecho penal*, los sistemas penales de corte estatista tienden a limitar la relevancia del consentimiento, mientras que los liberales son proclives a dotarlo de mayor trascendencia ¹⁴.

Al otorgar el consentimiento sobre un bien jurídico, se está ampliando el espacio de interacción. Si se produce un exceso sobre lo autorizado por el consentimiento, pues ya no operará la permisión sobre el bien jurídico y podrá darse el tipo penal conforme a ello.

5. MÁS ACERCA DE LA ATIPICIDAD: CONSENTIMIENTO Y DEFENSA DE BIENES JURÍDICOS (DOGMÁTICA DE LA VÍCTIMA O VICTIMODOGMÁTICA)

Tal como he dicho, el consentimiento puede ser expreso o presunto. Este último es discutido y ocasiona en la práctica algunos inconvenientes, tanto en lo probatorio como en lo material. No es mi propósito detenerme a analizar esos aspectos del consentimiento del ofendido, sino revisar la vinculación entre éste y la protección del bien jurídico.

En tal sentido, Raimund HASSEMER, que era profesor en la antigua Alemania Oriental de detrás de la cortina de hierro, afirmó que quien no defendiese su propio bien jurídico por todos los medios lícitos a su alcance, lo

14 LANGON CUÑARRO, Miguel, *Manual de Derecho penal uruguayo*, p. 296.

está automáticamente renunciando ¹⁵. Lo que equivaldría a una especie de consentimiento presunto o asentimiento. No comparto esta posición por considerarla contraria al principio de libertad y de seguridad, porque las personas tienen derecho a ser protegidas, pero antes aún a no ser agredidas. No repeler un ataque, no oponer resistencia frente a un abuso sexual, un improperio verbal o un daño patrimonial no equivale a aceptarlo al punto de inhibir de delito. La inspiración en la máxima consagración de la noción de libertad conduce a delegar el empleo de la violencia en el brazo policial del Estado. Uno comprende que Raimund HASSEMER afirmase algo así, pues publicó ese libro en Berlín en 1981, cuando aún regía la dictadura en ese tramo de Alemania. Con su postura, posiblemente pretendía indicar que el Derecho penal debía ser reservado para aquellos casos en que no hubiera otra respuesta viable. Esto es plenamente compartible, pero no debe dejarse la justicia en manos de los ciudadanos, porque puede llegarse a la venganza. Es un difícil equilibrio el que debe procurar el Derecho penal, de modo de ejercer control sobre el poder punitivo del Estado y, a la vez, alejar toda manifestación injusta de violencia de parte de los ciudadanos, sea la del delito o la de la venganza por el delito. Aun sin llegar a este último extremo, tampoco es recomendable posicionar al ciudadano para ejercer actos de violencia en legítima defensa. Es preferible que las manifestaciones represivas se concentren en quienes se capacitan para su uso racional, progresivo y sin ánimo vindicativo, como compete a la policía en el sistema democrático inherente a un Estado constitucional de Derecho.

El posicionamiento de Raimund HASSEMER ha encontrado en Winfried HASSEMER su crítica y contrapunto. El representante de la Escuela de Frankfurt ha hecho saber que en el Estado de Derecho el hombre hace dejación de la violencia en el Estado, y éste en la policía como brazo ejecutor y en la pena como aplicación del castigo ¹⁶. Por lo tanto, el ciudadano no tiene obligación de extremar el cuidado de sus bienes jurídicos al punto de la violencia. Por supuesto que esto de ninguna manera implica desacreditar el derecho a defender esos bienes justificándose la conducta mediante la legítima defensa.

Alcanza con que la persona sepa que está cometiendo un delito y que la víctima se oponga o luego denuncie el hecho, aunque sea una expresión a veces meramente simbólica, para evidenciar la posible conducta reprochable. Ello sin desmedro de que el delito no deje de cometerse porque la persona no se oponga o no denuncie. Dando un paso más, no elimina el delito el hecho de que el ofendido no tenga conciencia de que ha sido victimizado, sea porque nunca se entere del hecho criminal en su desmedro o porque no se halle en condiciones de hacerlo, como el caso del enfermo mental que no se conecta con el mundo.

15 HASSEMER, Raimund, *Schutzbedürftigkeit des Opfers und Strafrechtsdogmatik. Zugleich ein Beitrag zur Auslegung des Irrtumsmerkmals in § 263 StGB*, Berlín, Duncker & Humboldt, 1981, pp. 53-67.

16 HASSEMER, Winfried, *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, Frankfurt, Europäische Verlagsanstalt, 1980, pp. 68 y ss.

Asimismo, como es de rigor, el consentimiento debe darse antes o durante el acaecimiento del hecho, porque si ocurre después ya no sería propiamente un *consentimiento*, sino la mera aceptación del hecho y el eventual perdón. En cuyo caso, no existe la atipicidad ni la inhibición de la antijuridicidad, sino que se trata de una conducta típica y antijurídica. Tal aceptación por parte del ofendido tan sólo sería relevante a los efectos de la formulación de la denuncia o de la instancia de parte en los casos de delitos que la requieran, como el caso de los delitos contra el honor y algunas afectaciones a la integridad física, pero siendo claros: quien se apodera de un bien mueble ajeno sustrayéndolo a su tenedor comete un hurto. Al respecto, que la víctima se entere o no y que denuncie o no lo haga, no conlleva que ese comportamiento sea desaprobado social y normativamente, al punto que es perseguible de oficio.

Por su parte, Claus ROXIN sostiene que al hombre no se le puede exigir que lleve a cabo lo que precisamente ha delegado en el Estado¹⁷. Con esto, el líder de la Escuela de München revisa la concepción del contractualismo, tomando en consideración el *Contrato social* de Jean-Jaques ROUSSEAU, así como el *Leviatán* de Thomas HOBBS. A saber: si el hombre ha relegado su fuerza física y depuesto las armas para que el aparato punitivo –integrado por el Poder Ejecutivo mediante la policía y el fiscal, así como el Poder Judicial con los jueces – ejerza una suerte de tutela o protección generalizada de los bienes jurídicos por vía de la disuasión general y personal, así como la contención concreta de los ataques a bienes jurídicos, pues entonces no se le debe pedir luego al individuo que él sea quien proteja en forma cabal sus bienes jurídicos. Ello no condice con una anhelada pacificación social ni con el desarrollo pleno de las libertades individuales.

Sin embargo, no debe pensarse que la antes citada postura de Raimund HASSEMER sea una *rara avis in terris*, puesto que un catedrático de fuste como Bernd SCHÜNEMANN ha sostenido que, a la luz de la actuación de la víctima, hay que reconsiderar –y en eso lleva razón– los principios penales de subsidiariedad y de *ultima ratio*¹⁸. Este aventajado autor considera que debe analizarse cuidadosamente la actuación de la víctima y su consentimiento, a efectos de visualizar la interacción victimario-víctima y, en función de ello, la incidencia en ciertos principios penales fundamentales¹⁹.

17 ROXIN, Claus, “Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten”, en AA.VV., *Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag*, Berlín, Walter de Gruyter, 1973, p. 376.

18 SCHÜNEMANN, Bernd, „Der strafrechtliche Schutz von Privatgeheimnissen“, en AA.VV., *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, n.º 9, Berlín, De Gruyter, 1978, pp. 11, 32 y ss. Del mismo autor, “El papel de la víctima dentro del sistema de justicia criminal”, en *La víctima en el sistema penal. Dogmática, Proceso y Política criminal*, Lima, Grijley, 2006, pp. 25-27.

19 SCHÜNEMANN, Bernd, *¡El Derecho penal es la 'ultima ratio' para la protección de bienes jurídicos! Sobre los límites inviolables del Derecho penal en un Estado liberal de Derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 68.

Por ejemplo, hay que revisar el principio de mínima intervención y también el sentido subsidiario del Derecho penal como última instancia. Esto quiere decir que el Derecho penal debe dejarse a un lado toda vez que sea legítimamente posible hacerlo. No es una novedad comentar que, desgraciadamente, en la práctica poco se aplica el Derecho penal mínimo, ni se lo emplea como *ultima ratio legis*, quedando generalmente en un mero discurso. SCHÜNEMANN, que es un gran estudioso de la Ciencia penal, no cree que la teoría sirva cuando no es aplicable a la práctica. Para aplicar cabalmente el principio de subsidiaridad y llevar a cabo un Derecho penal de mínima expresión se requeriría que el ciudadano haga saber su contrariedad con la afectación al bien jurídico²⁰. Por ejemplo, en diversos países es costumbre que en un determinado día de la semana la gente deje en las veredas aquellos objetos que no desee. En esas circunstancias, hay una expresión innominada del consentimiento para que cualquiera que desee disponga del bien como dueño. Allí tenemos una cierta explicación de lo que piensa SCHÜNEMANN.

Por otra parte, si una persona está efectuando el trasiego de sus muebles porque se está instalando en una nueva casa, y en dichas circunstancias deja un mesa de luz en la vereda por descuido, ello no implica que quien pase quede legitimado sin más para quedársela. Habrá que tener en cuenta cómo ocurre, porque si es coincidentemente el día y en el horario prescrito para dejar muebles disponibles a quien quiera llevárselos, pues no actuaría culpablemente, sino movido por un error. Ahora bien, si se lleva dicha mesa de luz cualquier otro día y ha observado que alguien la ha dejado posiblemente por olvido, en tal caso sí habrá culpabilidad. Lógicamente, en todo lo dicho cobra gran relevancia lo vinculado a la teoría del error, pero en este caso me estoy refiriendo a la existencia del consentimiento y su relación con la tutela de bienes jurídicos.

También corresponde tener presente la señera formulación de Max Ernst MAYER en relación a la concreción de las normas de cultura en las normas de Derecho, dotando las primeras de sentido a las segundas como garantía de equidad y justicia real²¹. Queda claro que en el día y horario previstos para dejar bienes muebles en las veredas no hay obligación de tocar el timbre para averiguar si esos objetos han sido dejados con tales propósitos. Ahora bien, en otras circunstancias el ciudadano honesto sabe que antes de llevarse lo que no es de su propiedad debe cerciorarse que el bien hallado ha sido dejado con tal propósito, procurando averiguar la situación del mismo.

De similar manera que Miguel LANGON, entiendo que el consentimiento causa la atipicidad de la conducta, sin perjuicio de que puedan haber

²⁰ *Idem*, p. 71.

²¹ MAYER, Marx Ernst, *Rechtsnormen und Kulturnormen* [1903], Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1965, pp. 52-56. Versión en español, *Normas jurídicas y normas de cultura*, Buenos Aires, Hammurabi, 2000, pp. 92-95.

consentimientos que operen sobre la antijuridicidad ²². En este sentido se pronunció Hans WELZEL en su *Derecho penal*, indicando que el consentimiento es un elemento de la tipicidad, en tanto la constata ²³. El catedrático de Bonn no decía *causa*, sino una *constatación de la tipicidad*, pero también señalaba que excepcionalmente había algunos consentimientos que eran justificantes. Es factible que el Maestro WELZEL tuviese razón cuando decía eso y que sea justificante aquel que ha interactuado directamente sobre la noción de antijuridicidad. En cuya hipótesis, habría que ver situaciones en las cuales la antijuridicidad esté dada ya no por el tipo penal en el sentido cabal, sino por el acto volitivo de la persona. Empero, la generalidad de los consentimientos válidos producen la atipicidad.

Tomando en consideración este punto, en el Código Penal uruguayo IRURETA GOYENA no dijo nada acerca de que el consentimiento fuese causa de justificación o de atipicidad. Sabemos que no todas las justificantes tienen por qué estar enunciadas en el antes citado articulado de dichas causas, ni necesariamente deben ser consagradas expresamente en la ley penal. Por lo tanto, en este aspecto el consentimiento puede inhibir la antijuridicidad de la conducta. Aparte de eso, la atipicidad no necesita ser expresada en la ley penal. Por lo tanto, carece de sentido alguno decir qué no es delito. Habida cuenta de lo expresado, la ley penal uruguaya puede ser interpretada desde otro ángulo teórico. Ya que IRURETA GOYENA no tenía obligación de plasmar por escrito que las atipicidades por vía de consentimiento del ofendido y que, en cambio, se ocupó de crear el art. 44 del Código Penal refiriéndose a la excusa absolutoria de quien lesiona a un paciente que consintió el ataque a su bien jurídico *integridad física*, es dable razonar que quiso prodigar un trato particular y específico a las intervenciones médicas en que se produjeren lesiones habiendo existido consentimiento del paciente respecto del bien jurídico.

Al estudiar dicho artículo se puede arribar a la conclusión de que la ley no está abarcando todos los consentimientos, sino el concerniente al paciente. La doctrina ha efectuado una ampliación del alcance de la letra del art. 44 en virtud de la analogía *in bonam partem*, pues conlleva la causa de impunidad para el agente de la conducta. Al tratarse de una excusa absolutoria, el juez la única decisión que puede tomar, una vez corroborada la existencia y validez del consentimiento, es inhibir de penar. De todas formas, lo absuelto no es el delito sino la pena. Ante tal consecuencia, pese a que no pueda aplicarse la pena, el juez puede procesar, condenar y al fin del proceso deberá eximir de pena, pero el antecedente penal permanecerá por el tiempo establecido. Y esto ocasiona consecuencias potencialmente importantes para el agente de la conducta, así

22 LANGON CUÑARRO, Miguel, *Manual de Derecho penal uruguayo*, p. 298.

23 WELZEL, Hans, *Das Deutsche Strafrecht*, 1.^a ed., Berlín, Walter de Gruyter & Co., 1947, pp. 54-56. También, *Das Deutsche Strafrecht*, 11.^a, Berlín, Walter de Gruyter & Co., 1969, pp. 95-98. Versión en español, *Derecho penal alemán. Parte General*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1970, pp. 137-142. También, *Derecho penal. Parte General*, trad. Carlos Fontán Balestra, Buenos Aires, Depalma, 1956, pp. 98-102.

como el mensaje es nítido: ha habido delito.

Si una persona llega al absurdo de pedir a un cirujano que le ampute las cuatro extremidades, lo primero que se ha de considerar es si ese ciudadano está en sus cabales o padece alguna enfermedad que justifique tales amputaciones. Una vez constatado que no padece ningún mal físico ni psíquico, se corrobora que el fundamento no es otro que el puro deseo de quedar como un hombre tronco. Ante ello, la legislación penal no imputa delito alguno a la persona que desee producirse tales lesiones, así como el médico que las practique se le aplicará el art. 44 del Código Penal, dado que se tratará de lesiones consensuales. Frente a esto, el juez penal no podrá imponer pena a ninguno de ambos, pese a la gravedad del hecho y la insensatez de las amputaciones.

Al respecto, hay dos mecanismos inhibidores: 1.º) Puede efectuarse el proceso penal y el juez sentenciar que la conducta del galeno es una práctica penalmente reprochable, pero no podrá penarlo por ello; 2.º) Las amputaciones realizadas sin razón médica serían intervenciones quirúrgicas éticamente rechazables, puesto que no se trataría de verdaderos actos médicos y ningún Código Ético médico admite una *praxis* así, además de que se contraría el fundamento hipocrático de la Medicina en tanto tratamiento y sanación del paciente partiendo del principio de la no maleficencia, que en este caso no se cumple nada de ello. Como se ve, coinciden la Ética médica con la ley penal en tanto deontológicamente se reprocha la conducta del médico, sin llegarse a la sanción penal, porque la inhibe el art. 44. Pero destaco que, pese a la inexistencia de pena, subsistirán los antecedentes penales con todo lo perjudicial que esto acarrea.

Corresponde decir que, en los casos en que se constata la presencia de una excusa absolutoria e inclusive de un perdón judicial, no se practica el proceso penal debido a que, por fundadas razones de economía procesal y político-criminales, se opta por evitar el tracto procesal. Sin perjuicio de lo cual, nada obliga a no realizarlo cuando así lo decida la justicia.

A mi parecer, hay fundamentalmente dos caminos posibles a seguir: a) Eliminar el art. 44 del Código Penal e interpretar que todas las hipótesis de consenso válido son atipicidades, sin necesidad de enunciación expresa en la ley penal; y b) Consagrar el consentimiento como causa de justificación para así incluirlo en el decálogo por escrito, de manera que cuando haya un consentimiento válido se resuelva con una disposición expresa que lo contemple inhibiendo el delito. Desde mi perspectiva, como he dicho en reiteradas oportunidades, el consentimiento no es causa justificante –excepto en algún caso específico– sino que produce la atipicidad por no permitir cumplirse cabalmente el tipo penal. Pero reconozco que, en un sentido práctico, transformarlo formalmente en causa de justificación pudiera ser provisoriamente admisible hasta que cambie la idiosincrasia de los operadores del sistema penal. El lógico temor de estas cosas es que lo provisorio permanece

más que lo definitivo.

6. CASOS

Pasaré a analizar otros casos interesantes en relación al consentimiento.

En una carretera solitaria, un conductor automovilístico es insistentemente azuzado por su acompañante a que aumente la velocidad, a lo que aquel accede hasta que, en razón de la gran velocidad que desarrollaba el automóvil, en una curva se va del camino y vuelca. En consecuencia, además de las roturas del automotor, tanto el conductor como el acompañante sufren lesiones graves. Es obvio que el conductor respecto de sus lesiones nada podría imputársele penalmente, pues era quien estaba al volante, pero la cuestión es establecer lo que ocurre en relación al acompañante. El copiloto fue azuzando al conductor a que imprimiera más velocidad y éste así lo hizo.

Ninguno de los dos quería lesionarse. Es decir, que no había dolo directo, aunque podría discutirse si no se trataría de un dolo eventual o una culpa con previsión, pero no es ése el tema que me convoca en este caso. Resulta evidente que hay imprudencia en la conducción del vehículo, aunque hay que establecer si ella es penalmente relevante. Lo afectado fueron las integridades físicas de ambos y no hay responsabilidad penal por parte de quien se autolesiona porque ofensor y ofendido coinciden en la misma persona, además de ser un bien jurídico propio. Ante lo cual, cabe preguntarse si cada cual responde por la integridad física del otro u opera la compensación de culpas. Cada uno ha dispuesto respecto de su bien jurídico y eso impide imputar reproche por tal actuación, puesto que, de no ser así, no podrían existir las carreras de automóviles, la doma de potros ni un sinnúmero de espectáculos deportivos y profesiones de riesgo. Lo cierto es que las lesiones de uno y otro estaban dentro del margen de riesgo asumido por los dos al pedir el acompañante mayor velocidad y al aceptar imprimirla el conductor. Desde ya que no se trata de una compensación de culpas porque no existe culpa penal en la víctima, pues de haberla dejaría ya de ser la persona ofendida y, en todo caso, sería copartícipe de delito, correspondiendo así la aplicación del art. 59 del Código Penal que establece en los delitos culpables la responsabilidad de cada uno por el hecho propio.

Siguiendo a ROXIN, en este caso no hay delito en virtud de que ambos consintieron válidamente el riesgo sobre su bien jurídico. No se puede desconocer que el incremento del riesgo iba acompasado del aumento de la velocidad, así como ambos eran sujetos responsables que sabían las posibles consecuencias de la imprudencia que estaban llevando a cabo. Bien distinto hubiera sido que el acompañante, en vez de pedir que el conductor incrementase la velocidad, pidiese que la disminuyese o cuestionase la forma de conducción, pero el caso no es así y, conforme la situación en análisis, la actuación de ambos constituyó la imprudencia. No responden por su propia

lesión ni tampoco por la del otro. Esto último debido a que ha operado el consentimiento presunto inherente al riesgo asumido por cada uno. Al mismo tiempo, esto condice con lo edictado por el referido art. 59 del Código Penal.

Veamos otro caso. En una carrera automovilística Juan, que es piloto de la escudería AA, observa que Martín, de la escudería BB, está a punto de alcanzar a Santiago, que es líder de la escudería AA. En función de ello, Juan arrima su vehículo al de Martín con el propósito de cerrarle el paso y que así se vea forzado a disminuir la velocidad hasta quedar rezagado y no alcanzar al líder Santiago. Tal maniobra coloca a Martín en la disyuntiva de optar por reducir la velocidad, perdiendo su ubicación próxima al puntero, o arriesgarse y continuar —pese al estrechísimo espacio—, escogiendo alcanzar a quien lidera la carrera. Entonces Juan, que está al lado de Martín, mantiene la presión y, en definitiva, ambos colisionan, sufriendo los conductores varias lesiones.

Es un caso que en este tipo de deportes de alto riesgo se da con relativa frecuencia y eso lo torna más interesante, así como los similares ejemplos de ciclistas.

Juan lo que hizo fue no cederle el paso a Martín. De hecho, se lo impidió, pero no lo embistió, sino que le fue reduciendo el espacio hasta el mínimo, imposibilitando su avance sobre el puntero. Martín decidió arriesgarse en procura de obtener el liderazgo y ganar la carrera, tratando de forzar a Juan a que se abriera para pasar, pero ninguno cedió. Ambos competidores querían lograr el mayor beneficio para su escudería, aunque en esa pugna colisionaron. No pretendo solucionar el asunto reduciéndolo a la formalidad de establecer quién produjo la colisión, sino ir al fondo del tema. Las carreras automovilísticas son un deporte de alto riesgo. Antes de montarse en el vehículo saben todos los deportistas que los riesgos existentes son elevados, así como es una competencia entre conductores en la que unos a otros se ayudan y obstaculizan recíprocamente según la conveniencia. En este caso, tampoco hay delito, porque ha obrado el consentimiento que ocasiona la atipicidad de la conducta. Los argumentos son los mismos que en el anterior ejemplo.

Rápidamente veremos el tercer caso. Estando en un bar 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 contra el primer árbol que encuentra en el camino, resultando ambos lesionados.

No es difícil este caso de acuerdo a lo que ya hemos visto. Aquí tampoco hay delito. Veamos, la potencial conducta delictiva sería la del ebrio por su conducción 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 4.º del art. 46 de dicho cuerpo legal. Fíjense 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 estado.

Queda aquí otro punto que revisar. Esto es, si el acompañante es penalmente responsable por la imprudencia del conductor. En tal sentido, ciertamente él convenció al ebrio de que lo llevase y podría tratarse de un incapaz de culpabilidad, pero también ha de contemplarse que el ebrio igualmente se iría conduciendo su vehículo y que, a mi parecer, también aquí se resolvería observando el art. 59 del Código Penal. Al respecto, hay que aclarar que si el borracho no estaba en condiciones de validarse su consentimiento acerca de la puesta en riesgo de su bien jurídico, entonces compete dicha disposición legal. En cambio, de admitirse su consentimiento no habría delito por la atipicidad de la conducta según lo antedicho.

El cuarto y último caso no tiene que ver con automóviles ni nada por el estilo. Un ahorrista invierte doscientos mil dólares en una colocación de alto riesgo porque le da más interés que otras. Una cosa es colocar dinero en una entidad bancaria al cuatro por ciento de interés y otra cosa es ir a cualquier entidad financiera y hacerlo al veinte por ciento de interés. Es sabido que, si se ofrece un veinte por ciento de interés, cuando la tasa de los bancos es del cuatro, con certeza es porque se trata de una colocación de alto riesgo. Se ofrece ese elevado interés por la aportación de capital en un emprendimiento empresarial de terceros, cuya seguridad de recuperarlo es relativa. Esa entidad está haciendo una intermediación, puesto que el capital pierde su condición fáctica de ser destinado a caja de ahorros o cuenta corriente para volverse una inversión en un emprendimiento a través de la intermediación de la entidad en cuestión. Quiere decir que la entidad efectúa una labor de intermediaria por la que obtiene un determinado porcentaje de ganancia. Lo pactado se cumple regularmente durante los primeros diez meses, pero luego el ente financiero no consigue que la fuente empresarial donde se efectuó la inversión aporte los intereses pactados. Ya no se obtiene más ganancia por la inversión del capital y, pasados un par de meses más, tampoco se recupera el capital originario. Se transforma así en una pérdida de capital y ganancia. Esta última fue del veinte por ciento mensual durante diez meses.

En el caso a estudio hay tres personajes a analizar: el inversionista (no es ahorrista), la entidad financiera y la empresa donde se invirtió el capital.

Posiblemente estemos de acuerdo en considerar que no hay delito por parte del intermediario, salvo que hubiera habido una maniobra fraudulenta de su parte, pero no es ése el caso. El intermediario explicitó los riesgos que se corrían, indicó el porcentaje de ganancia y dónde su invertiría el dinero. Pudo ocurrir que el empresario cesare de pagar el acordado porcentaje porque el negocio andaba mal y después se quedó con el capital. En cuyo caso habría de su parte un delito de apropiación indebida o de estafa si fue algo pergeñado induciendo en error al inversionista. Si en cambio no se apoderó del capital, sino que se perdió debido a los avatares de los negocios, entonces no sería penalmente responsable, pues el inversionista consintió el riesgo sobre su bien jurídico, ocasionando la atipicidad del comportamiento del empresario.

7. CONCLUSIÓN

Posiblemente, estos casos sirvan para ver en la práctica la incidencia del consentimiento. El tema está lejos de agotarse con lo aquí reseñado. En conclusión, el consentimiento es otro aspecto más donde la actuación de la víctima se torna fundamental para la más equitativa y justa dilucidación de la responsabilidad penal. Es un instituto de suma utilidad para establecer con mayor precisión los criterios de imputación y aplicar con mayor precisión el principio constitucional y penal de legalidad, dado que, a mi modo de ver, se concentra en el tipo penal. Con lo cual, el consentimiento otorgado respecto de un bien jurídico disponible, dentro del margen de disponibilidad y cumpliéndose sus requisitos de validez, acarrea la atipicidad de la conducta. Por lo tanto, inhibe el delito en virtud de que el titular del bien jurídico ha consentido decisivamente la afectación a éste.

8. BIBLIOGRAFÍA

ALLER, Germán, "Aspectos dogmáticos sobre el consentimiento", en *Coloquios penales. Cuestiones penales, político-criminales y criminológicas*, Montevideo, Carlos Álvarez- Editor, 2010.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Hacia el nuevo Derecho penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2006.

BAYARDO BENGOA, Fernando, *Derecho penal uruguayo*, t. VIII, Montevideo, Centro Estudiantes de Derecho, 1970.

BINDING, Karl, *Die Normen und ihre Übertretung*, t. I, 1.^a ed., Leipzig, Verlag von Wilhelm Engelmann, 1872.

CAIROLI MARTÍNEZ, Milton, *El Derecho penal uruguayo y las nuevas tendencias dogmático penales*, t. I, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria,

2000.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, "La categoría de la antijuricidad en Derecho penal", en AA.VV., *Causas de Justificación y de Atipicidad en Derecho penal*, Madrid, Aranzadi, 1995.

GRISPIGNI, Filippo, *Il consenso dell'offeso*, Roma, Athenaeum, 1924.

GÜNTHER, Hans-Ludwig, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss. Studien zur Rechtswidrigkeit als Straftatmerkmal und zur Funktion der Rechtfertigungsgründe im Strafrecht*, Köln, C. Heymans Verlag, 1983.

HASSEMER, Raimund, *Schutzbedürftigkeit des Opfers und Strafrechtsdogmatik. Zugleich ein Beitrag zur Auslegung des Irrtumsmerkmals in § 263 StGB*, Berlín, Duncker & Humboldt, 1981.

HASSEMER, Winfried, *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, Frankfurt, Europäische Verlagsanstalt, 1980.

LANGON CUÑARRO, Miguel, *Manual de Derecho penal uruguayo*, Montevideo, Del Foro, 2006.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, "Causas de atipicidad y causas de justificación", en AA.VV., *Causas de Justificación y de Atipicidad en Derecho penal*, Madrid, Aranzadi, 1995.

MAGGIORE, Giuseppe, *Derecho penal. Parte Especial*, t. IV, Bogotá, Temis, 1955.

MAYER, Marx Ernst, *Rechtsnormen und Kulturnormen* [1903], Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1965.

MAYER, Marx Ernst, *Normas jurídicas y normas de cultura*, Buenos Aires, Hammurabi, 2000.

MERKEL, Adolf, *Derecho penal*, t. I, Madrid, La España Moderna, 1906.

MERKEL, Adolf, *Derecho penal*, Buenos Aires, BdeF, 2004.

ROXIN, Claus, "Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten", en AA.VV., *Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag*, Berlín, Walter de Gruyter, 1973.

SCHÜNEMANN, Bernd, *¿El Derecho penal es la 'ultima ratio' para la protección de bienes jurídicos! Sobre los límites inviolables del Derecho penal en un Estado liberal de Derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.

SCHÜNEMANN, Bernd, "El papel de la víctima dentro del sistema de justicia criminal", en AA.VV., *La víctima en el sistema penal. Dogmática, Proceso y Política criminal*, Lima, Grijley, 2006.

- SCHÜNEMANN, Bernd, „Der strafrechtliche Schutz von Privatgeheimnissen“, en AA.VV., *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, n.º 9, Berlín, De Gruyter, 1978.
- SCHÜNEMANN, Bernd, “El papel de la víctima dentro del sistema de justicia criminal”, en *La víctima en el sistema penal. Dogmática, Proceso y Política criminal*, Lima, Grijley, 2006.
- WEBER, Hellmuth von, *Grundriß des deutschen Strafrechts*, Bonn, Dümmlers Verlag, 1946.
- WEBER, Hellmuth von, *Lineamientos del Derecho penal alemán*, trad. Leonardo G. Brond, Buenos Aires, Ediar, 2008.
- WELZEL, Hans, *Das Deutsche Strafrecht*, 1.ª ed., Berlín, Walter de Gruyter & Co., 1947.
- WELZEL, Hans, *Das Deutsche Strafrecht*, 11.ª, Berlín, Walter de Gruyter & Co., 1969.
- WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán. Parte General*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1970.
- WELZEL, Hans, *Derecho penal. Parte General*, trad. Carlos Fontán Balestra, Buenos Aires, Depalma, 1956.