

Relevancia del consentimiento de la víctima en materia penal

ANTONIO QUINTANO RIPOLLES
Fiscal de la Audiencia de Bilbao

I.—*Problemática general*

En tanto que en el Derecho privado contractual, el elemento verdaderamente básico y alma mater de la obligación, es el consentimiento, operante como estricto generador de derechos, en el eminentemente público que es el penal, la coincidencia de voluntades entre el sujeto activo y el pasivo de la infracción es factor que se acostumbra a menospreciar como de nulo o insignificante valor. Esta actitud, demasiado generalizada, no puede ser aceptada como correcta, ni en términos generales de doctrina ni en los más estrictos de técnica positiva. Que el principio general civilístico y romano del *volenti non fit iniuria* (Ulpiano. Dig. 47.10, II) no tenga ya trascendencia absoluta en materia criminal es cosa cierta, como lo es igualmente la pérdida de terreno de las teorías volicionistas que hacían de la libre voluntad fuente inmediata de derecho. Mas no es menos cierto, también, que ese fenómeno de decadencia de los valores individuales y volitivos no es ya en nuestro tiempo peculiar del Derecho penal, percibiéndose con no menor claridad en otras esferas del Derecho; incluso en la del civil, cada día más certeramente cercenado de sus esencias típicamente privatísticas. Bien consideradas las cosas, es un hecho digno de mención el de que así como en lo civil los viejos fueros del consentimiento sufren agudísima crisis, acentuada en todos los países por causas que no son del lugar expo-

ner (especialmente en materia comercial, laboral y social), en lo penal se mantiene incólume en lo positivo y aun se acusan progresos en lo doctrinal, precisamente por el carácter predominantemente humano que la ciencia moderna adscribe a esta disciplina.

En puridad de principios el consentimiento del sujeto pasivo del delito (consentimiento del ofendido) puede ostentar un carácter de principio general de validez absoluta, a los fines de destruir la antijuridicidad o la tipicidad en que la responsabilidad encarna, siempre y cuando que se subordine al requisito *sine qua non* de su validez en lo subjetivo y en lo objetivo. Lo que, en definitiva, acaece también en lo civil, donde sólo el consentimiento *válido* puede aspirar a la plenitud de las consecuencias jurídicas. La dificultad y la especialidad surge precisamente por el hecho de que en lo penal una gran parte de los intereses tutelados son de esencia eminentemente pública (como va ocurriendo también, por cierto, en el Derecho civil moderno), implicando en la práctica que el consentimiento del ofendido *particular* pueda sólo excepcionalmente ostentar el carácter de validez y por ende de relevancia. Esto no impide que, en el campo puramente especulativo, el consentimiento del Poder público fuese eficaz, en un momento dado, para privar del carácter de antijuridicidad a los delitos más genuinamente públicos por esencia; las rebeliones, sediciones y estragos. En raras y excepcionalísimas coyunturas históricas tal contingencia se ha dado, y en guerras y revoluciones el Poder público legítimo, impotente o en el exilio, ha relevado hasta cierto punto a sus súbditos de las usuales normas prohibitivas, *consintiendo* en la realización de actos de agresión y sabotaje, que de ordinario son delitos gravísimos. En la última conflagración han abundado ejemplos en este sentido, y aunque se diga que en ellos es un Poder público el que pugna con otro tenido por ilegítimo o intruso, lo cierto es que la dejación de la norma, el consentimiento subjetivo para delinquir objetivamente, quedó proclamado y muchas veces resultó eficiente. Pero aparte de estas proporciones verdaderamente catastróficas y excepcionales, en otras circunstancias menos espectaculares es dable también el fenómeno del consentimiento público estatal; nada hay, por ejemplo, que impida al Poder o a sus órganos representativos más idóneos, el autorizar en ocasiones de miseria.

o calamidad públicas las cortas de leña, cazas o pescas que normalmente se hallan penalmente sancionadas. Que en terminología constitucional o administrativa se denomine semejante conducta derogación o facultad, no es óbice para que, morfológicamente y en el campo de lo penal, integren supuestos de verdadero consentimiento, de idéntica o muy afín naturaleza, al que puede prestar válidamente el ofendido particular en los casos en que sólo su interés se halle en juego y el mismo fuere disponible. Lo dicho vale sólo para prefiar principios, ejemplarizando la trascendencia del consentimiento y sus posibilidades teóricas en la técnica conceptual del Derecho penal. Prácticamente, el tema tan sugestivo del consentimiento del ofendido refiérese exclusivamente al de la persona sujeto pasivo de la infracción, como tal persona de carácter particular en sentido de víctima de la agresión criminal. Y aunque esto parece simplificar la cuestión, en realidad la complica, pues en tanto que pueden concebirse y existen innumerables infracciones en que tal víctima privada no existe, todas, en cambio, hasta las de apariencia más personal y privada, presuponen un interés público encarnado por el Estado que viene a ser por lo mismo sujeto pasivo ideal de toda especie de delitos. En estas condiciones parece ser que la validez del consentimiento en materia penal, para gozar de su plena eficiencia, debiera estar subordinada a la coincidencia de voluntades de los dos sujetos pasivos, la víctima inmediata privada y la mediata ideal estatal, lo que por argumento de reducción al absurdo equivaldría a denegar categóricamente la relevancia penal del fenómeno. Como no es este el caso, y el consentimiento, como en seguida se verá mantiene su validez, la explicación hay que buscarla en otra parte, surgiendo así la doctrina del interés predominante que está indisolublemente vinculada a razones psicológicas, éticas y de técnica jurídica de tal trascendencia que llegan en ocasiones a trasmutar la naturaleza del acto.

La primera condición elemental para que el consentimiento del ofendido tenga eficacia jurídica en lo penal es, naturalmente, que en la figura delictiva sobre que trate de operar exista directamente un titular del derecho violado. Existiendo esta condición de titularidad privada, el problema de la validez y trascendencia del consentimiento queda planteado, cuando aparece,

lo que no quiere decir, ni mucho menos, que haya de ser resuelto en un sentido de necesaria aceptación ni menos de exclusión de responsabilidad. Es un factor con el que hay ya que contar y que exige una valoración en uno u otro sentido, bien excluyendo la tipicidad, bien destruyendo la antijuridicidad de la acción, o simplemente atenuando la responsabilidad, fuere a título de circunstancia prevista textual o analógicamente, o de mero factor operante sobre el margen de arbitrio que al Juzgador atribuyen las penalidades señaladas en las leyes. Tal realidad se impone a éste y aun al mismo Legislador, que cuando se afronta con la cuestión no puede por menos de reconocer cierto porcentaje, aunque mínimo, de eficiencia a la insoslayable presencia del fenómeno consensual. Incluso en un Código de las características rigoristas y formales del nuestro es observable esta posibilidad y muchas veces impuesta. En el caso más grave y extremado de todos, que es el del homicidio consentido, el de *homicidio-suicidio* del artículo 409, verdad es que se atribuye al auxiliador que ejecuta efectivamente el hecho la misma penalidad (reclusión menor) que al autor del homicidio no consentido; pero este ejemplo que, a primera vista parece redundar en favor de la tesis adversa, es decir, la de irrelevancia consensual, y así lo entiende, entre otros, el Profesor Rodríguez Muñoz (1), que lo aduce como modelo de intransigencia frente al parágrafo 216 del Código penal alemán, me parece susceptible de una interpretación diversa y favorable a la doctrina de la relevancia. La asimilación de la ayuda eficaz al suicidio, a un homicidio simple, constituye, en efecto, una verdadera atenuación, por el mecanismo de la trascendencia del consentimiento del ofendido, teniendo en cuenta de que en el evento de inexistencia, el hecho constituiría no ya un homicidio simple, sino un verdadero asesinato, siquiera sea por la concurrencia inevitable de la alevosía inherente a la total indefensión de la víctima que es el suicida. Y a *contra sensu*, si el consentimiento no puede considerarse válido y operante, como, por ejemplo, si el solicitante suicida fuere un niño o un incapaz notorio, la hipótesis del artículo 409 dejaría inmediatamente de constituir lo que es hoy; es decir, un verdadero «ase-

(1) RODRÍGUEZ MUÑOZ, en sus Adiciones al *Tratado de Derecho penal* de MEZGER. Madrid, «Revista de Derecho Privado», 1935, tomo I, pág. 351. nota.

sinato privilegiado», para convertirse en un asesinato tipo del artículo 406. El vigor de la especialidad del artículo 409 es tal, que, a mi modo de ver, destruye incluso los más firmes elementos definidores del asesinato, la alevosía, el veneno y hasta el precio, como asimismo los del propio parricidio que, de concurrir con el evento de suicidio, perdería seguramente su substantividad, absorbido por la fuerza insobornable del factor consentimiento.

Del mismo género de atenuaciones específicas, encarnadas en tipos definidos legalmente, son en nuestro Código las del aborto consentido, del párrafo segundo del artículo 411, del nuevo subtipo de estupro del tercero del 436 y del rapto del 441. En ellos el consentimiento está apriorísticamente valorado por la ley, simplificando la labor del Juzgador, que ha de limitarse a apreciaciones de índole probatorio. El verdadero y especial interés del problema radica en determinar si, al margen de estas atenuaciones específicas o de tipificación propia, es o no factible estimar el consentimiento como circunstancia modificativa genérica de la responsabilidad, de exención o de atenuación. Y es en este terreno en el que se desarrollan las discusiones de escuela, puesto que en el de la definición legal toda la problemática es de mera exégesis. Céntrase sobre todo, en la consecuencia extrema de la exclusión de la responsabilidad, tema en el que la doctrina del consentimiento desarrolla todas sus posibilidades y consecuencias, ya que las meramente atenuatorias se cubren en el fuero facultativo de la apreciación arbitral, sin dar lugar al juego tan preciso del tecnicismo conceptual.

II.—*El consentimiento excluyente de responsabilidad y su naturaleza jurídica*

Que el consentimiento del ofendido excluye en ocasiones la responsabilidad criminal, a títulos diversos, que seguidamente van a examinarse, es una realidad insoslayable, exigida incluso por las necesidades logísticas y hasta lexicológicas de las definiciones legales de los tipos delictivos. Para proclamarla técnicamente es preciso optar por uno de estos dos sistemas: el tradicional de que no excluye como regla, salvo en los casos especialmente previstos por la ley, o el contrario, preferido por el artículo 50 del Código penal italiano, de no ser punible el hecho

de «quien lesiona o pone en peligro un derecho con el consentimiento de la persona que puede válidamente disponer de él». Aunque morfológicamente diversos, ambos conceptos coinciden en su esencia, que no es otra que la, un tanto tautológica, de admitir el consentimiento eximente en los casos de validez, esto es, de aceptación valorativa de la ley. De todos modos, y pese a que los resultados sean idénticos, la aceptación de uno u otro sistema, siquiera sea a título de presunción, facilita notablemente la tarea interpretativa, y ésta fué la razón de haberla formulado los autores del Código Rocco, como lo hicieron antes los de otros dos cuerpos legales justamente famosos por su depurado tecnicismo, el Proyecto sueco de Thyren de 1916 (párrafo 8 del capítulo IV) y Proyecto alemán de 1925 (parágrafo 223). Donde la presunción falta, en uno u otro sentido, como acontece en nuestro Código penal, como en todos los tradicionales, la complejidad del asunto es harto más ardua, debiendo suplirse el silencio de la ley por la elaboración de una doctrina que no siempre es segura ni unánime.

En primer término se discute el fundamento jurídico de la fuerza excluyente del consentimiento, a la que íntimamente va enlazada la de su naturaleza. Planteó el asunto en términos específicamente jurídicos la ciencia alemana de fin del pasado siglo, y concretamente Kessler, en una monografía, que desde entonces no ha cesado de suscitar las más enconadas polémicas (2). Suyo fué el mérito incontestado de individualizar el consentimiento penal frente al civil, dotándole de características propias de un fenómeno aislado. Lo define Kessler como «declaración de la coincidencia (*Übereinstimmung*) de una voluntad con otra ajena», pero rechaza toda identidad y aun paralelismo con el consentimiento contractual civil, emparetándose más bien, si semejanzas quiere hallarse en la esfera de lo privado, con las instituciones de representación. La doctrina original de Kessler, al sustantivar el consentimiento penal, le imprimió el carácter de hecho jurídico o de situación (*Rechtsslage*) fenoménica, categoría intermedia entre el mero acaecimiento y el negocio propiamente dicho, posición ideal que conservó largo tiempo en la técnica pe-

(2) KESSLER: *Die Einwilligung des Verletzten in ihrer strafrechtlichen Bedeutung*, Berlín, 1884.

nal germánica, en Joski (3), Träger (4), Gerland (5) y Von Liszt-Schmidt (6), si bien estos dos últimos llegaron a la conclusión extrema de identificar confusamente el consentimiento con la auto-lesión. La doctrina pasó a Italia, adoptada generalmente por los positivistas, que la enlazaron y fortificaron con la de los móviles. Hecho jurídico y no negocio es para buena parte de los tratadistas generales italianos, como Levi (7), que funda la razón de ser de la exención en que la realidad fáctica del consentimiento hace perder la noción de daño y aun la de riesgo; Paoli (8), para quien tal realidad era tan evidente que censuró como superflua la innovación del Código Rocco; Vannini (9), que piensa que el consentimiento «crea un estado de hecho disconforme con el que la norma realiza la tutela penal»; Petrocelli (10), que, refiriéndose a la apropiación indebida, explica cómo el consentimiento excluye la tipicidad del delito; Pannain (11), que lo clasifica entre los «hechos penales secundarios», y Rocco mismo (12), que lo hace entre los «hechos penales impositivos» (por la exclusión de los elementos constitutivos, presupuestos o condiciones de la infracción).

En 1906, al dar a conocer el civilista Zitelmann su doctrina del negocio jurídico como fenómeno universal no circunscrito al ámbito del Derecho privado, y extender, a su vez, a este último campo el concepto de la antijuridicidad (13), fueron muchos los penalistas que la acogieron con entusiasmo. La aplicó especialmente a la teoría del consentimiento Grispigni, en una ma-

(3) JOSKI: *Die Einwilligung des Verletzten*, Bernburg, 1899, pág. 17.

(4) TRÄGER: *Die Einwilligung des Verletzten und anderen Unrechtsausschließungsgründe im zukünftigen Strafgesetz*, en «*Gerichtssaal*», 1927, pág. 94.

(5) GERLAND: *Die Selbstverletzung und die Verletzung des Einwilligenden*, en «*Vergleichende Darstellung*», Berlín, 1908, tomo II, pág. 506.

(6) VON LISZT-SCHMIDT. *Lehrbuch des deutschen Strafrecht*, Berlín-Leipzig, 1932, tomo I, pág. 219.

(7) LEVI. *Commento al codice penale* (de CONTE). Milán, s. d., pág. 219.

(8) PAOLI, *Il consenso dell'offeso nel progetto prel. Rocco*, «*Suola positiva*», 1928, tomo I, pág. 297.

(9) VANNINI, *Lineamenti di Diritto penale*, Florencia, 1933, pág. 126.

(10) PETROCELLI, *L'appropriazione indebita*, Nápoles, 1933, pág. 523.

(11) PANNAIN, *Gli elementi essenziali e accidentali del reato*, Roma, Aethneum, 1936, pág. 30.

(12) ROCCO, *Le dottrine generali del Diritto penale*, Roma, s. d., pág. 199.

(13) ZITELMANN, *Ausschluss der Widerrechtlichkeit*, en «*Archiv für civil Praxis*», 1906.

gistrar monografía sobre el asunto que, al parecer, fué la que motivó el antecitado artículo 50 del Código Rocco (14), siguiéndole en este terreno Saltelli-Romano en sus autorizados *Comentarios* (15) y Delogu, en la última gran obra especial sobre tan debatida materia (16). Gran propulsión prestó, sobre todo a la doctrina de la naturaleza negocial del consentimiento penal, el prestigio de las obras de Carnelutti, aunque su posición es en verdad un tanto ambigua a este respecto. Así, mientras que en *Il danno e il reato*, de 1930, define el consentimiento textualmente como «un negocio jurídico penal, manifestación de la voluntad privada influyente sobre la actuación de la ley penal y ejercicio de derecho subjetivo por ella constituido», poco después, en la *Teoria generale del reato* (18), vuelve al tecnicismo de Rocco y Pannain de considerar el consentimiento como «condición jurídica penal impeditiva». No es ciertamente Carnelutti el único que haya cambiado de frente en esta ingrata materia y, en uno como en otro sentido, abundan las defecciones. Pannain, por ejemplo, se afilia ulteriormente a la naturaleza negocial del consentimiento (19), y, en cambio, Maggiore, en sus últimas ediciones de los *Principi di Diritto penale* (20), confiesa abandonar la opinión del negocio jurídico, no precisamente por lo que al consentimiento afecta, es verdad, sino por pensar que es una construcción inutilizable en la ciencia penal.

Entre las dos doctrinas antagónicas en torno a la doctrina del consentimiento, la que lo contempla como un mero hecho y la que lo presta categoría de negocio jurídico, existe un gran margen de conciliación y compromiso. Privando al asunto de lo que pueda tener de querrela escolástica y aun prescindiendo de las exquisiteces de virtuosismo conceptual, tantas veces estériles, la cuestión tiene un alto interés también en el terreno po-

(14) GRISPIGNI, *Il consenso dell'offeso*, Roma, 1924, pág. 103.

(15) SALTELLI-ROMANO, en su *Commento*, tomo I, 297, y en *Disponibilità del diritto e consenso dell'avente diritto*, Turín, 1934, pág. 101.

(16) DELOGU, *Teoria del consenso dell'avente diritto*, Milán, 1936, página 179.

(17) CARNELUTTI, *Il danno e il reato*, Padua, 1930, pág. 117.

(18) CARNELUTTI, *Teoria generale del reato*, Padua, 1933, pág. 46.

(19) PANNAIN, *Manuale di Diritto penale*, Roma, 1942, pág. 469.

(20) MAGGIÒRE, *Principi di Diritto penale*, Bologna, Zanichelli, 1943, tomo I, página 296.

sitivo, pues de ella deriva el que se considere el consentimiento como operante en lo objetivo de la tipicidad o en el subjetivo de la antijuridicidad. Y la verdad es que, en estrictos principios de técnica, el consentimiento tiene diversas formas de operar: unas, excluyendo efectivamente la tipicidad, cuando la definición positiva del delito presupone como necesaria la voluntad adversa del sujeto pasivo, mientras que otras lo que destruye es la antijuridicidad de la acción, persistiendo, en cambio, la estructura típica del delito. En nuestro Derecho penal, el que yace con una mujer mayor de doce años, con su voluntad, se beneficia de la presencia del consentimiento que por sí destipifica el delito de violación, cuyo presupuesto necesario es la inexistencia de dicho consentimiento; si éste, a su vez, está viciado por el respeto doméstico, el engaño o simplemente por la presunción legal de debilitamiento de la voluntad sexual en la minoría de edad de dieciséis años, surge otra modalidad criminal diversa, la del estupro; pero si el consentimiento es pleno y válido, no disminuido por alguna de las presunciones legales o por circunstancias de hecho, la acción del yacimiento es perfectamente lícita y rebasa el ámbito de lo criminal por ausencia de tipicidad. En este y otros supuestos, de aborto, allanamiento de morada, rapto, etcétera, la dinámica de lo consensual es semejante, deslizándose en cauces prefijados por los textos. En otros, por el contrario, el consentimiento nada puede contra el tipo del delito como tal, que subsiste en su plenitud en la definición, pero es susceptible de destruir la antijuridicidad e imponer con ello la exclusión de la responsabilidad criminal; tal es el caso, por ejemplo, para no salirnos de los límites de lo comúnmente admitido, de quien consiente los hurtos de frutas de su jardín o los daños cometidos en su establecimiento, o la caza en su coto. En el primer grupo de supuestos nos hallamos ante característicos efectos del consentimiento como hecho, con virtualidad objetiva; pero en el de los segundos la afinidad con el negocio jurídico parece innegable. Tan verdad es esto que, a los efectos de exigir la responsabilidad civil, la acción puede permanecer viva paralelamente a la penal extinta, cosa imposible en las hipótesis de destrucción de la tipicidad. Así, el dueño de un establecimiento que permite que unos clientes revoltosos rompan sus vajillas, no se priva del derecho a exigirles el pago de los daños ocasionados, aunque el consen-

timiento bastase para destruir la antijuridicidad del delito de daños.

Para soslayar los inconvenientes doctrinales de una solución demasiado drástica impuesta por la disyuntiva del «consentimiento-hecho» y del «consentimiento-negocio», muchos autores modernos, primero Frank y Mezger en Alemania (21) y luego Tesauro (22), Spiezia (23), Battaglini (24) y Antolisei (25) en Italia, acuden a catalogar el consentimiento del ofendido en la categoría de los «actos jurídicos en sentido estricto», es decir, como los define el último de los autores citados; los «actos penalmente relevantes en cuanto que tienen por consecuencia la exclusión de la ilicitud del hecho». Este alarde de sutileza no resuelve, sin embargo, la dificultad mayor en cuanto a la naturaleza del consentimiento ni explica el fenómeno más arriba referido en el ejemplo del consentimiento en los daños penales y exigencia de su precio en vía civil. Al prestar en él su consentimiento el dañado realiza sin duda un efectivo negocio jurídico, pues concede al agente el derecho a realizar su acto destructor, y este negocio es a la vez que jurídico típicamente penal en cuanto que ni siquiera trasciende a la esfera civil en la cual ulteriores exigencias son siempre posibles. Ante esto se viene abajo la sutil distinción de Antolisei y su consiguiente afirmación, demasiado terminante, de que en Derecho penal el consentimiento no concede al agente el derecho a ejecutar el acto, ni es libre de mudar sus efectos jurídicos, razón por la cual el Profesor de Turín rechazó la doctrina del negocio jurídico criminal. Quizá se halle más cerca de la solución la que ofrece Battaglini de que, aunque el consentimiento no sea un negocio jurídico efectivo, pueda ser contenido en otro que lo sea plenamente. Preferible parece, sin embargo,

(21) Parecida deserción que en MAGGIORE se observa en grandes tratadistas alemanes, como FRANK, que sustentó la categoría negocial en sus *Comentarios* hasta la 14 edición, abandonándola en la 15 (1924).

(22) TESAURO, *La natura giuridica del consenso dell'avente diritto come causa di esclusione del reato*, Padua, 1932, pág. 151.

(23) SPIEZI, *La natura giuridica del consenso del titolare del diritto*, «Rivista penale», 1933, pág. 927.

(24) BATTAGLINI, *Il consenso dell'avente diritto*, «Riv. ital. Diritto penale», 1933, pág. 150.

(25) ANTOLISEI, *Manuale di Diritto penale; parte generale*, Milán, Giuffré, 1947, pág. 112.

adherir a la solución plural en hipótesis diversas, que es lo que hace entre nosotros el Profesor Cuello Calón (26).

Añádese generalmente como una posible causa de exención o de exclusión de punibilidad el consentimiento en los delitos denominados privados, en los que el derecho de entablar la acción queda reservada precisamente a la parte ofendida que consiente. No creo que a pesar del paralelismo aparente de esta causa de exclusión de la punibilidad y la del verdadero consentimiento pueda llegarse a una identificación que repugna a la íntima naturaleza jurídica de ambas instituciones. El no ejercicio de la acción, en lo que tiene de facultad subjetiva, parece emparentarse formalmente con el consentimiento, pero difiere de él en no acordarse *antefacto* sino ulteriormente, por una renuncia de ejercicio o utilización de un derecho. Esta distinción fundamental tiene igualmente su equivalencia en lo psicológico y aun en lo ético, pues quien no persigue judicialmente una injuria o calumnia, por causas diversísimas, no por eso puede ser tachado de consentirlo o de haber querido el ataque a su honor. Más monstruoso todavía sería el afirmar que el padre que no ejerce la acción por estupro de su hija o el marido que sigue la misma conducta en el adulterio de su mujer, consienten en tales hechos criminales. Hasta positivamente es inaceptable la simulación, dado que, en los últimos ejemplos, el padre o marido que realmente consintiese se haría reo de una nueva responsabilidad criminal: la de la corrupción de menores del artículo 439 o la del escándalo público del 431. En el caso concreto del adulterio, el artículo 450 priva al marido agravado de la facultad persecutoria en el caso de consentimiento, lo que da margen legal a la absoluta discriminación entre este fenómeno y el ejercicio de la acción.

Operando el consentimiento sobre un supuesto de coincidencia de voluntades, lo que se deduce incluso de su filología (de *cum-stare*), no es hacedero extender su campo de acción a la delincuencia de signo culposo, aunque otro sea el modo de pensar de dos de los especialistas más ilustres del asunto: Grispigni (op. cit., pág. 402) y Delogu (ob. cit., pág. 255). El primero lo admite, siquiera sea tan sólo en la hipótesis de imprudencias sin

(26) CUELLO CALÓN, *Derecho penal*, Barcelona. Bosch, 1948, tomo I, página 352.

infracciones reglamentarias, en tanto que el segundo no ve dificultad alguna para plantear la cuestión discriminatoria entre los delitos dolosos y los culposos, por entender que el consentimiento afecta a la voluntad de la víctima y no a la del agente, la sola en que la calificación de culpa tiene interés. Este punto de vista parece erróneo; en la culpa es verdad que la conducta involuntaria que se valora es la del agente; pero como quiera que para tener trascendencia el consentimiento penal ha de coincidir la voluntad de la del sujeto activo con la del pasivo en vistas a un fin dañoso o peligroso, esta expectativa que, al fin y al cabo, es previsión, reduce a la nada la teoría toda de la imprudencia que se construyó en torno a la noción de imprevisibilidad.

III.—*Las condiciones de validez*

Presupuesta la cualidad jurídica plural del consentimiento, quedan por dilucidar las condiciones en que tal hecho o negocio, según los casos, merezca el calificativo de validez para poder operar en plenitud de vigor. Puede anticiparse que sus elementos constitutivos son gramatical y aun morfológicamente los mismos de todo consentimiento negocial civil: la voluntad libre y lúcida, la forma y la causa. Pero sobre este esquema civilístico el consentimiento penal ostenta características que le son exclusivamente propias, motivo por el cual toda tentativa de asimilación al tecnicismo de Derecho privado está expuesta a graves errores. Así, en el elemento de voluntariedad relacionada con la capacidad del otorgante, la pura y simple equiparación a la edad civil, que es el sistema simplista empleado por Grispigni, es a todas luces inapropiado. En este punto las principales soluciones brindadas por los especialistas, además de la mencionada, son: la de asimilar la capacidad de consentir a la de la plenitud de la responsabilidad criminal (Klee, Finger, Hole, Saltelli) y la de fijar como norma la de la edad para entablar querrela (Delogu). Todos estos criterios, que tienen en su favor poderosas razones para prosperar en las hipótesis que suelen aducirse, adolecen del defecto capital de su generalidad. Pierden de vista la ya señalada cualidad plural de la naturaleza jurídica del consentimiento y, por lo mismo, ninguno es válido para la diversidad posible de situaciones. La mayoría civil será precisa, evidentemente, para

consentir en delitos que interesen lo patrimonial; otras veces, en cambio, no basta siquiera, como en el de la propia corrupción, en que la edad prefijada por la ley es la de veintitrés años, superior a la de la mayoría (núm. 2.º del art. 438 del Código penal); otras, un tipo mínimo como el de doce años es suficiente para consentir y destipificar el delito de violación; pero no en el de estupro simple no engañoso, que requiere el consentimiento de la mujer de dieciséis años. ¿*Quid* en las situaciones consensuales operantes en que la ley no establece tan precisas precisiones? Con las antedichas puede a todo evento inspirarse el juzgador, siguiendo el propio criterio legal de pluralismo y concordancia con la naturaleza específica del delito, criterio que, por otra parte, resulta el más lógico y humano. En las hipótesis más ambiguas, la norma más segura ha de ser la de atender al tope legalista de la responsabilidad criminal de dieciséis años, principio positivo más objetivo de todos.

La forma del consentimiento no es elemento de trascendencia tan definitiva en lo criminal como en lo civil, precisamente por la idiosincrasia eminentemente formalista de esta última disciplina y por la predominantemente humana y relativista de la primera. Quiere esto decir que, en lo penal, desempeña más importante papel que el generalmente admitido la forma tácita del consentimiento que no entraña otras dificultades que las de la prueba. Por el contrario, pareceme censurable la doctrina de Mezger, que presta efectividad tan objetiva al consentimiento que no tiene siquiera en cuenta el conocimiento del mismo por parte del agente. Es este punto de vista el que la técnica germánica en que ha prosperado (incluso en Von Liszt-Schmidt) denomina «Dirección de la voluntad» (*Willensrichtung*), sin precisión de declaración de la misma al destinatario (*Willenserklärung*). Se argumenta, por el propio Mezger, en base a que el consentimiento va referido fundamentalmente a la acción como tal suprimiendo su antijuridicidad, y lo ejemplariza en el caso de quien consiente la apertura de una carta, ulteriormente abierta por quien no tenía conocimiento de semejante autorización. La doctrina de la *Willensrichtung*, bien que ingeniosa, es inaceptable por no tener en cuenta el interés preponderantemente humano y subjetivo del Derecho penal y los criterios de peligrosidad y defensa social que propugna y sirve. El que obra criminalmente sin conocimiento de

que la víctima consintió su ataque, delata con su conducta una peligrosidad que no puede dejar de ser valorada penalmente y perfecciona su acto sin influencia posible de la voluntad exterior del sujeto pasivo, inexistente para él y por ende inoperante. No es de extrañar, por lo tanto, que la teoría de Mezger haya logrado escaso eco en la ciencia extranjera y que, incluso en Alemania, la jurisprudencia la haya generalmente rechazado (27).

Las cuestiones, bien interesantes por cierto, de la rectificación del consentimiento, de su ratificación posterior y del error, afectan más a la prueba del hecho del consentimiento que a la sustantividad del problema, razón por la cual me excuso de plantearlas. La causa, por el contrario, es elemento de gran trascendencia en la valoración misma del consentimiento en lo criminal, aunque no tanta como la que generalmente suele serle atribuida por la doctrina. Esta, dejándose guiar por el espejismo del negocio civil y por consideraciones éticas extrajurídicas, acostumbra a dar por sentado que la torpeza o ilicitud de la causa invalida *per se* el consentimiento. Por muy lógico y moral que parezca este punto de vista no siempre es verdadero en lo penal, lo que prueba una vez más la genuinidad de este fenómeno. Puede un ofendido consentir una acción criminal de otro, por ejemplo, el allanamiento de morada, con los fines más inmorales y aun criminales que imaginarse puede y, sin embargo, ese consentimiento será eficaz para borrar el delito de allanamiento. Lo mismo puede decirse en quien consiente en la sustracción del propio automóvil para luego reclamar la prima de un seguro; cabrá hablar de delito supuesto, de negociaciones fraudulentas, de estafa; pero jamás de hurto, modalidad que desapareció con la sola presencia de la autorización, por inmoral que fuere. En el estupro, la moralidad o licitud de la causa del consentimiento opera de modo más categórico aún si cabe; si la mujer consiente en el yacimiento por causa de un prometido matrimonio (causa moral y lícita si las hay), el estupro persiste; pero si la causa es inmoral, por ejemplo, el regalo de unas medias de seda, esta inmoralidad de la causa revaloriza, por decirlo así, el consentimiento típico y hace desaparecer el delito de estupro, convirtiendo el hecho en un yacimiento lícito al margen del Derecho penal.

(27) Citada por WELZEL, *Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrecht*, 1941, y mencionada por CUELLO CALÓN, que también rechaza acertadamente tales puntos de vista (Ob. y loc. cit.).

V.—*Bienes o derechos, materia susceptible de consentimiento penal*

De definitivo interés en el estudio criminal del consentimiento es el poder determinar objetivamente los bienes jurídicamente tutelados que son susceptibles de renuncia, o lo que es lo mismo, la especie de delitos en que resulta operante. Tan decisiva es la cuestión que a ella se vincula, en la teoría como en la práctica, la efectividad misma del fenómeno consensual. Se resuelve, en principio, por la regla de compatibilizar la eficiencia del consentimiento tan sólo con las infracciones de bienes o derechos sobre los que el sujeto pasivo guarda potestad de decisión. No es otra la solución de los autores y la de las legislaciones que, siguiendo la norma del artículo 50 del Código italiano, afrontan expresamente el grave problema. Pero esta fórmula, que encierra en sí gérmenes claros de petición de principio, deja sin resolver el verdadero *punctus pruriens* de la cuestión, es decir, el ventilar cuáles son los derechos penalmente tutelados con idoneidad suficiente para una válida disposición individual.

Hay seguramente una «esfera de libertad dejada por el Estado al individuo», para emplear la frase de M. E. Mayer (28), en que el Derecho penal sigue gozando de los viejos fueros privatísticos propios de las antiguas concepciones germánicas; pero aparte de que ese espacio parece cada vez menos dilatado, no es fácil precisar un criterio objetivo de certidumbre en la determinación. Dado el enlace entrañable y mutua dependencia constante de derechos públicos y privados que en el Derecho penal se ventilan, la plena sustantividad de cualquiera de ellos rara vez puede afirmarse de un modo rotundo. La solución ideal sería la que algunos miembros de la Comisión del Código Rocco propugnaron, a saber, que la propia ley determinase en catálogo exhaustivo las infracciones a que la validez del consentimiento fuese aplicable. No se hizo así por escrúpulos de que tan extremado casuismo agudizase los riesgos de la institución consensual, dejando, pues, la materia a la libre discusión erudita y práctica de la jurisprudencia.

A falta de este criterio positivo clasificador, forzoso es investigar la posible discriminación entre derechos penalmente renun-

(28) M. E. MAYER, *Der Allgemeine, Teil des deutschen Strafrecht*, Lehrbuch de la «Heidelbergs Universitäts», 1915, pág. 287.

ciables y no renunciables en cada caso concreto, haciendo una revisión de las infracciones, ya que no una a una, sí al menos en sus límites generales en atención a la naturaleza de los derechos penalmente tutelados. Quedan fuera de la disponibilidad privada, aunque no teóricamente de la estatal, como ya se apuntó, los delitos no encarnados en personas privadas ciertas y los que tienen por sujeto pasivo concreto al Estado y sus instituciones, tanto en su existencia como en sus ideales crédito o intereses. Pero aun planteado el problema en límites tan reducidos y aparentemente fáciles, no dejan de surgir dificultades de interpretación tan pronto como alguno de tales derechos o intereses se apoyan en una persona cierta. Típico de Derecho público y aun constitucional es el de la inviolabilidad de la correspondencia o la del domicilio, y, sin embargo, el consentimiento de la persona, sujeto episódico de tal derecho, puede válidamente servir para borrar plenamente la antijuridicidad o la tipicidad del acto. En el mismo supuesto del titular de un cargo de autoridad que solicitare o permitiese burlas y agresiones a su persona (*jocandi causa* o por otro motivo), la antijuridicidad propia del delito de desacato o atentado desaparecería o, por lo menos, el factor de consentimiento desempeñaría un definitivo papel en la determinación de la responsabilidad.

En las falsedades inclusive, tan poco propicias por su formalismo a la admisión de la trascendencia del elemento consensual, puede éste hacer su aparición y tener relevancia, por ejemplo, en el caso de una autorización para que se aporte la propia firma a un documento. El supuesto, que se ha planteado efectivamente a los Tribunales italianos, en la falsificación de un cheque, fué resuelto por la Casación de Roma en el sentido de la exclusión de antijuridicidad por entenderse que la autorización a suscribir equivale a un mandato y que en consecuencia, la firma, aunque no autógrafa, no podía ser criminalmente tachada de falsa (29).

Dentro de los derechos que son penalmente tutelados en vista principalmente de personas privadas, suele hacerse una distinción tenida por radical entre los patrimoniales, aptos a la renuncia consensual, y los personales que no lo son por principio, los personalísimos especialmente.

(29) Sentencia de Casación de Roma, 26 de febrero de 1937, reproducida y comentada en «Giustizia penale», 1938, tomo II, pág. 42.

En los derechos patrimoniales la regla de disponibilidad es *communis opinio*, aunque no alcance, como es natural, a los casos específicos en que el delito tenga en cuenta por su definición o naturaleza intereses comunes, sociales o morales, como acontece en la usura, en los incendios de riesgo y en el daño de cosa propia de interés social del nuevo artículo 562. Queda, pues, en el campo de la lid discursiva el examen de los derechos personales no patrimoniales, los personalísimos que afectan a los intereses ideales del sujeto, su honor y libertad, así como el de la vida e integridad, que aunque materializable, es de esencia ideal también. En un alarde de escrúpulo de precisión técnica y aun de concepciones filosóficas, Maggiore deniega a estos derechos personalísimos no sólo la condición de disponibilidad, sino incluso la de pertenencia; sostiene que no existe, propiamente hablando, un derecho de la vida, de la integridad, del honor, etc., sino solamente un derecho a tales bienes, o mejor, a la tutela del Estado contra las acciones ofensivas que pongan a los mismos en peligro (30). En el fondo del asunto hay, en toda evidencia, un *substractum* político, ético y hasta teológico que por rebasar la órbita de lo estrictamente jurídico y por las dimensiones de este trabajo parece excusado plantear. Baste decir, sin embargo, que aun en la más exigente ortodoxia, el P. Cathrein, bien que rechazando la doctrina de la disponibilidad de la propia vida, «por ser el homicidio o la mutilación infracción de los derechos divinos vulnerando la propiedad de Dios», reconoce que el sujeto posee ciertos derechos a usufructo de su vida y de sus miembros (*di usufruire della sua vita e delle sue membri*, dice el texto italiano) en ciertas circunstancias, ya que «matar a una persona que desea expresamente ser matada (caso del rey bíblico Saúl), es una violación bastante menos grave que la de privar de la vida a un individuo contra su voluntad» (31).

En el Derecho positivo español es impertinente suscitar la más grave y espinosa hipótesis del consentimiento en el homicidio, porque el Código la resuelve expresamente en el artículo 409 ya comentado y, a mi modo de ver, en un sentido francamente atenuatorio, aunque no tanto quizá como fuere menester y como otros cuerpos legales hacen. Sigue en pie, en cambio, en toda su

(30) MAGGIORE, op. y loc. cit.

(31) P. CATHREIN, *Filosofía morale*, ed. italiana 1933, tomo II, pág. 109.

magnitud, el problema referido a las lesiones y mutilaciones, con tanta mayor gravedad cuanto que en el Código español no existen, como en el alemán o el italiano, lesiones con categoría procesal de perseguibles a instancia de parte, no cabiendo, por lo tanto, el subterfugio de encauzar la trascendencia del consentimiento por las vías de la no punibilidad por falta de ejercicio de la acción. Precisamente por su carácter de delitos (y faltas) públicos que mutilaciones y lesiones ostentan en nuestra legislación, la mayoría de los autores (Cuello Calón y Tejerina, entre ellos), se resuelven netamente por negar relevancia al consentimiento del lesionado. Siento disentir de tan autorizadas opiniones, como ya lo hice en otro lugar y por los mismos motivos, exclusivamente técnico-jurídicos, que pueden resumirse así (32). No existe en las mutilaciones y lesiones un precepto de enjuiciamiento prohibitivo del consentimiento paralelo al que en los delitos contra la vida se hace en el artículo 409, y donde la ley no distingue, no es lícito distinguir. Que no haya sido inadvertencia del legislador o falta de rigor de redacción, se puede probar con la presencia prohibitiva que, excepcionalmente, aparece en el artículo 426, en que se pena «al que se mutilare o al que prestare su consentimiento para ser mutilado con el fin de eximirse del servicio militar», precepto categórico que, *a contra sensu*, parece admitir la licitud del consentimiento, como de la automutilación, en los demás supuestos en que esta finalidad de índole tan específica no se halle en juego. Que el consentimiento exima de pena en las lesiones y mutilaciones, parece, pues, ser un hecho en nuestra legislación positiva, aunque debo confesar, como el insigne profesor Rodríguez Muñoz, único que creo me acompaña en tan minoritaria opinión, que tal conclusión no me satisface tampoco plenamente, ni de que opine que de *jure condendo* sea plausible (33). Baste añadir a lo dicho algunas consideraciones prácticas que sirvan, además, de paliativo a la amargura moral que la solución implica. La de que el homicidio consentido, siendo punible, las lesiones que tengan la su-

(32) QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios al Código penal*, «Ed. Revista de Derecho privado, Madrid, 1936, tomo II, pág. 251.

(33) RODRÍGUEZ MUÑOZ, en la citada traducción de MEZGER, tomo I, página 355, en nota propia. También excepcionalmente en Italia, y por razones técnicas semejantes, sustenta este criterio SABATINI, *Istituzioni di Diritto penale*, Catania, Muglin, 1935, tomo I, pág. 295.

ficiente importancia para suponer un riesgo de vida del paciente, pueden ser incriminadas por esta vía. Respecto a las demás, el factor de costumbre y otros imponderables de tipo moral y psicológico influyen, necesariamente, en hacer menos odiosa, y hasta aceptable, la tesis de la disponibilidad. Así acontece, por ejemplo, con la cesión de plasma sanguíneo y las transfusiones, que hoy son cosa corriente, y que antaño fueron tenidas como operaciones nefandas; desfiguraciones que, no consentidas, constituirían deformidades ciertas, tales como los tatuajes y algunos tratamientos quirúrgicos de belleza, son perfectamente lícitas por el consentimiento (34). En las lesiones deportivas y en las médico-quirúrgicas, la problemática es afín, pues aunque es cierto que en nuestro Derecho puedan y deban resolverse, como dice Cuello Calón, por las eximentes de caso fortuito y deber profesional y el elemento consensual es de transcendencia definitiva.

Que las razones antedichas no sean puras lucubraciones teóricas, sino de posibles realidades prácticas, lo prueba, entre otras, una famosa sentencia de la Corte Suprema de Roma, que, en 31 de enero de 1934, absolvió por ausencia de antijuridicidad determinada por el consentimiento del ofendido, en el trasplante de un testículo, consentido por un enfermo del Hospital de Nápoles, en favor de un procesado que quiso seguir las prácticas homeoplásticas del Dr. Woronoff. Sin entrar de lleno en el asunto que motivó en Italia reñidísimas polémicas y una bibliografía bien nutrida (35), la sentencia de Roma parece ajustada a la estricta técnica jurídica, aunque repugne a los fueros íntimos de la conciencia, quizá, precisamente, porque las operaciones de ese tipo no hayan logrado el grado de consenso general consuetudinario que la transfusión de sangre y la cirugía estética consiguieron. La peculiaridad del órgano y los fines perseguidos le añaden, de otra parte, odiosidad; pero, en el terreno de las hipótesis, no creo que tribunal alguno pudiese condenar por lesiones al padre o al médico que cediese uno de sus ojos para inyectar la córnea al hijo ciego, hecho heroico en el que sólo la doc-

(34) Véase sobre estas especialidades CARNELUTTI, *Problema giuridico della trasfusione del sangue*, en «Foro italiano», 1938, tomo IV.

(35) Entre dichos trabajos, el del especialista en materia de consentimiento PETROCELLI, que precisamente actuó de Fiscal en la causa, *Il consenso del pazemà i nell'attività medico-chirurgica*, en «Annali» de dicho año.

trina del consentimiento pudiera evitar la responsabilidad criminal.

Al lado de la dificultad del problema, en el terreno que acaba de considerarse, parecen de nimia entidad los que puedan surgir en torno a derechos de más libre disposición, como los del honor, la honestidad o la libertad. En los primeros, la disponibilidad es evidente, resguardada; además, por su cualidad procesal de privativismo que orilla todas las dificultades prácticas. Otro tanto sucede en los delitos contra la honestidad individual, perfectamente regulada, como aparece por la ley, la trascendencia de la voluntad y el consentimiento en cada uno de sus tipos. En cuanto a la libertad, no en tema de rapto en que son válidas las anteriores consideraciones, sino en el de las detenciones ilegales del capítulo I del Título XII del Libro II del Código penal, el consentimiento opera en el sentido de destipificar la infracción, puesto que delito contra la libertad equivale, en lo lógico, y hasta en lo gramatical, a delito contra la voluntad. Cuando, aparentemente en contra de esta tesis, los tribunales han condenado en secuestros de personas que consintieron, por ejemplo, en amantes o esposas que pasivamente aceptaron el cautiverio, ello fué (36) por hacerse una importantísima salvedad que debe prosperar siempre en esta materia, la de no confundir el consentimiento verdaderamente volitivo con el mero asentimiento y la no resistencia. Asunto capital es este, pues consentir debe ser interpretado, penalmente, como querer y no como tolerar; de otro modo correríase el riesgo de validar conductas contra personas de una virtud verdaderamente evangélica, o meramente abúlicas, que no resisten al mal, pero que, a pesar de ello, no puede decirse que consientan queriéndolo, privándolas de una tutela penal a que tienen perfectamente derecho, bien que no la reclamen. En ésta, como en tantas otras materias; el Derecho penal no puede desentenderse, dentro de lo normativo, a las consideraciones de valoración ética y psicológica, siendo como es nuestra Ciencia eminentemente humana y relativa, razón principal de su grandeza y servidumbres.

(36) DELOGU, en obra citada y en *Consenso dell'avente diritto a sequestro de persona*, en «Rivista ital. di Diritto penale», 1937, pág. 197.

R É S U M É

Dans la Première Partie de l'article on fait une comparaison entre l'importance du consentement dans le Droit privé et dans le pénal, arrivant l'auteur au principe de sa transcendance dans tous les deux. La base est la condition de sa validité. Théoriquement on peut admettre ou refuser même les intérêts les plus publics, tandis que ce soit le Pouvoir public qui le fasse d'une façon valide. Quand la victime est un sujet passif particulier son consentement est aussi transcendant, tandis que la nature de l'infraction l'admette. Même dans le Code pénal espagnol qui assimile la pénalité de l'aide efficace au suicide au meurtre dans son article 409, se révèle cette transcendance atténuante du consentement, car le meurtre constitue déjà une atténuation de l'assassinat.

Dans la Deuxième Partie on traite de la nature juridique du consentement qui élimine la responsabilité pénale, et on expose les opinions des auteurs qui ne voient dans ce phénomène qu'un simple "fait" et celles de ceux qui lui accordent la catégorie d'acte juridique. On préfère une solution plurielle, car quelques fois il agit comme un fait et quelques autres comme un acte.

Dans la Troisième Partie on étudie les conditions de validité du consentement qui ne sont pas les mêmes dans le Droit pénal et dans le privé et qui résultent quelques fois plus strictes et quelques fois plus amples. On rejète la théorie de la "Willensrichtung" de Mezger. Intranscendance relative de la moralité dans le consentement pénal.

Dans la Quatrième Partie on expose la technique d'agir le consentement dans les différents types de délits du Code espagnol. On admet sa possibilité même dans les délits de coups et blessures car dans le Code on n'admet comme blessure consentie punissable que celle qui a comme but concret celui de se soustraire aux obligations militaires (article 426).

S U M M A R Y

A comparison between the importance of consent in Private and in Penal Law is drawn in the First Part of the study, arriving the author to the conclusion of paramount transcendancy of both of them. The base is the requisite of validity. Theoretically even the most public interests can be consented and resigned,

but only when it is the Public Power that does it validly. When the victim is a passive private subject, his consent is also transcendent, but only if the nature of the infraction agrees to it. Even in the Spanish Penal Code, which in its 409th. Article assimilates the penalty of the efficacious aid to commit suicide to the voluntary manslaughter, this attenuating transcendency of consent is shown very clearly, as manslaughter is already an attenuation of murder.

The Second Part deals with the juridical nature of the consent, which excludes penal responsibility, and it exposes too the opinions of the different authors who see in that phenomenon only a simple "fact" and the ones of those who accord it the rank of "juridical affair". A plural solution is preferred, than sometimes it acts as a fact and sometimes as a transaction.

In the Third Part one studies the conditions of the validity of consent which are not the same in the Penal as in the Private Law and which sometimes are more or less strict. The theory of the "Willensrichtung" of Mezger is rejected. Not very great transcendency of morality in the penal consent.

In the Fourth Part the author examines the technics of actuation of consent in the different types of delict in the Spanish Code. He admits its possibility even in the delict of injury as the Code only typifies as punishable consented injury the one which has the concrete aim of deceiving the military duties (426th. article).