

**EL CONSENTIMIENTO DEL SUJETO PASIVO
DE LA INFRACCION A LA LEY PENAL**

CARLOS MARIO MOLINA ARRUBLA
Abogado U.P.B.

"EL CONSENTIMIENTO DEL SUJETO PASIVO DE LA INFRACCION A LA LEY PENAL".

Desde el momento mismo en que el Legislador Colombiano ha plasmado en el inciso primero del artículo 1502 del Código Civil, la idea desde antaño aceptada según la cual "el consentimiento" es uno de los elementos esenciales para la existencia de todo acto o negocio jurídico, mucha tinta ha corrido de parte de los tratadistas y doctrinantes nacionales, y con ellos, de los encargados de la administración de justicia en nuestro medio, siguiendo de cerca las ilustraciones y criterios tanto de la doctrina como de la jurisprudencia extranjera, en orden a la explicación, justificación y entendimiento de este componente jurídico. No obstante, si bien mucho se ha pensado, dicho y escrito en torno del "consentimiento" en las ramas civiles del Derecho, es lo cierto que relativa y comparativamente poco es lo que sobre el mismo punto se ha expresado en el ámbito de la teoría del delito, afirmación esta que se acentúa en cuanto a su validez, cuando hacemos referencia al sujeto pasivo de esa conducta anticipadamente evaluada como infractora del orden jurídico penal, esto es, al consentimiento de la víctima delictual.

En efecto, si bien en un principio pudiera decirse que de alguna manera los numerosos expositores de las ramas jurídicas penales se han encargado y ocupado, así sea de manera meramente tangencial, del consentimiento del sujeto activo de la infracción, en cuanto hace con su voluntariedad de ánimo referido a la conducta que ulteriormente le es reprochada de manera específica por el aparato jurisdiccional del Estado, sobre la base del reproche genérico anticipadamente elaborado por el Legislador, pudiéndose conjugar en tal categoría ontológica tanto al Legislador ordinario como al extraordinario, en tanto su actuar delictual es sometido a un riguroso análisis dentro de la "Teoría de la Acción" en materia delictual, como que en ella se distinguen el acto humano y el acto del hombre, así como en la "Teoría de la Culpabilidad", cuando se distinguen si ese ac-

tuar fue intencional, meramente culposo o puramente ultraintencional; la verdad es que proporcionalmente poco se ha dicho en tratándose del consentimiento del sujeto pasivo de la infracción, vale decir, de la víctima, con respecto a la comisión de la conducta antisocial, y la consecuente perpetración de un verdadero hecho punible.

Ya en otra ocasión nos habíamos ocupado de la "Victimología"¹ en cuanto disciplina directamente conectada con la Criminología y verdaderamente fundamentadora de la Política Criminal del Estado, que se ocupa del estudio de las víctimas de los delitos así como de las conductas desviadas, en tanto hubieran patrocinado, promovido, incitado o coheestado la realización de ese "reato sancionable", a la manera que lo expresaba el maestro ANTOLISEI. Siendo así las cosas, y en aras de completar tal exposición, creemos conveniente ocuparnos ahora, así sea de manera tímida y somera, del estudio del consentimiento de la víctima, lo que, valga la pena consignarlo de paso, será el fundamento académico y conceptual sobre el cual desarrollaremos en posterior oportunidad un interesante comentario sobre un tema harto debatido y quizá aún inconcluso, cual es el que comprende la distinción, comprensión y calificación axiológica y jurídica de nociones tales como EUTANASIA, ADISTANASIA y DERECHO A MORIR DIGNAMENTE.

De ésta quizá, nos proponemos revisar en el presente ensayo cual es el verdadero valor y significado que dentro de la "Teoría del Delito" cabe deducir al consentimiento de la víctima, clarificando si el mismo resulta ser excluyente del tipo y conducente a lo que, si el amable lector nos permite acuñar esta frase, podríamos denominar un "juicio de atipicidad"; o si de manera diversa el mismo estructura una causal excluyente del juicio de antijuridicidad y, en este último evento, si debe ser encuadrada como una verdadera y legal causal de justificación del hecho, o si por el contrario debe continuarse entendiéndose como una causal de justificación supralegal.

Demarcado entonces el derrotero de nuestra exposición, accedemos pues al cuerpo de la misma, y primeramente ocupémonos de dilucidar cuál es el verdadero apelativo que nuestro ensayo debe ostentar.

II

Sea lo primero admitir, con apoyo en el profesor PEREZ² que la temática por nosotros planteada se le ha reconocido bajo diferentes denomina-

1 Molina Arrubla, Carlos Mario. "De la neutralización de la víctima a la victimología: Estructuración de una alternativa en el sistema penal", en revista de la Facultad de Derecho de la U.P.B., Medellín, 1986 No. 73.

2 Pérez, Luis Carlos. DERECHO PENAL Tomo I. Editorial Temis, Bogotá, 1984. Reimpresión de la Primera Edición págs. 174 y 175.

ciones a lo largo de la evolución histórica del Derecho Penal. Consentimiento del ofendido; consentimiento de la víctima; consentimiento del titular del derecho violado o, aún, consentimiento del interesado, son algunas de la rúbricas con que se ha identificado al objeto conceptual, de nuestra exposición y tal pluralidad de cualificaciones obedece, sin duda, a la confusión reinante en el seno doctrinal, que indistintamente utiliza, llegando a sinonimizar, nociones esencialmente diversas, como que comportan contenidos ontológicos realmente diferentes.

En efecto, contrario a lo que común y generalmente se piensa, no necesariamente resultan ser idénticas las víctimas y ofendidos de un delito, como tampoco suelen ser correspondientes los sujetos pasivos de una infracción a la ley penal, con los titulares del derecho o interés violado:

Titular del Derecho Violado es la persona, natural o jurídica, a quien la conducta antisocial desplegada por el agente delictual ha menoscabado, destruído o desconocido una prerrogativa o garantía legalmente tutelada y reconocida; titular del interés violado es la persona, natural o jurídica, que no siendo necesariamente el titular del derecho menoscabado, desconocido o destruído con el actuar del agente delictual, sufre un perjuicio consecuencial al daño experimentado por el verdadero titular de ese derecho. En síntesis, recurriendo a la sabia distinción civilista entre "daño" y "perjuicio", diremos que titular del derecho violado es quien de manera eficaz y verdadera ha sufrido el daño proveniente del actuar delictual, en la medida que con tal evento se le ha menoscabado, destruído o, aún, puesto en peligro sin causa justificada una prerrogativa legalmente reconocida; y, por otra parte, diremos que titular del interés violado es quien sufre el perjuicio patrimonial subsecuente a tal daño, de donde no siempre resultan identificados los titulares del derecho y del interés violado, pudiendo perfectamente presentarse el caso de que haya un titular del interés lesionado sin que existan actualmente titulares del derecho lesionado:

Paradigma de tal situación, sería la que plantearía en el caso del homicidio, en donde el occiso sería el titular del derecho violado, pero sus descendientes o quienes de él hubiesen sido económicamente dependientes serían los titulares del interés violado. En tal evento, quien ha sufrido el daño, esto es, el efectivo menoscabo y destrucción de un bien jurídicamente tutelado, cual es el de la vida, ya no existe; pero perviven los titulares del interés tutelado, como serían sus dependientes económicos, pues que a ellos les afecta grave y ostensiblemente la muerte de quien era el soporte de sus aspiraciones y necesidades materiales.

Empero, diversa situación se plantea cuando quien sufre el daño es, al mismo tiempo, quien sufre el perjuicio, cual acontece con quien es imprevista y violentamente desposeído de alguna joya que aporta consigo, y para su uso personal, cual es el caso de quienes a diario sufren las desafortunadas consecuencias del estado socio-económico reinante en nuestro

medio, que impulsa a los menos favorecidos por la fortuna a la comisión de hurtos con arrebatamiento, que nuestro actual Código Penal tipifica en el numeral 10o. del artículo 351, y que el maestro CARRARA, ilustrando algunas legislaciones extranjeras denominaba "rapiña"³, pues que en tal supuesto quien sufre el daño, es decir, el desconocimiento del bien jurídico tutelado, en este caso el patrimonio económico, y quien experimenta los prejuicios pecuniarios derivados de tal actuación, son la misma persona.

De lo expuesto se colige que no deben ni pueden sinonimizarse expresiones tales como las de "titular del derecho violado" y "titular del interés violado", como que ello comporta singulares consecuencias en materias tales como la de la constitución de la parte civil dentro del proceso penal, según lo normado en los artículos 104 del Código Penal y 125 del Código de Procedimiento Penal. Pero por si lo anterior fuera poco, debe y tiene que escindirse la utilización de los conceptos de "ofendido" y "víctima", como que no necesariamente devienen en rigurosamente identificables: Víctima de la infracción a la ley penal es la persona, natural o jurídica, que ha recibido directamente la conducta dañosa, la misma que le ha producido un menoscabo, destrucción o puesta en peligro de un derecho del cual era o es titular; al paso que ofendido es quien sufre las consecuencias nocivas del daño o perjuicio, sin que forzosamente haya sido él la víctima: Siendo cualquier persona la víctima real o potencial del delito de "tráfico de moneda falsificada" que define y sanciona el artículo 208 de nuestro Código Penal, lo cierto es que en última instancia el ofendido con tal actuar criminoso es el ente estatal, como personificación institucionalizada del cuerpo social.

Precisamente por ello no compartimos la concepción jurídica que sobre la víctima presenta RAMÍREZ GONZALEZ⁴, para quien la víctima es "quien sufre las consecuencias nocivas" del delito, cuando pocos renglones atrás había conceptuado que se entendía por víctima "la parte lesionada que sufre perjuicio o daño por una infracción", pues que a nuestro entender el primer criterio encierra la idea de "ofendido", al tiempo que el segundo traduce con mejor precisión lo que se entiende por "Víctima".

Finalmente, debe decirse que Sujeto Pasivo del hecho delictual es toda persona, natural o jurídica, que directa o indirectamente como ofendido o como víctima, como titular del derecho o del interés tutelado, sufre las consecuencias desfavorables del dañoso actuar del agente delictual. Por tal vía se colige, entonces, que tomado al "Sujeto Pasivo" como el concepto omnicomprensivo y genérico, comprende a título de especies a las

3 Gutierrez Anzola, Jorge Enrique. DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD. Editorial Diario Jurídico, Bogotá, 1957. 3a. Edición, pág. 72.

4 Ramírez González, Rodrigo. LA VICTIMOLOGIA. Editorial Temis, Bogotá, 1983, pág. 8.

nociones de ofendido y víctima, tanto como a las de titulares del derecho y del interés violado. Y es, en consecuencia, con arreglo a tal visión, que recogemos la acertada conclusión expresada por el profesor PEREZ, según la cual la denominación que debe reportar nuestro ensayo es la del "consentimiento del sujeto pasivo", si bien con criterios un tanto diferentes a los suyos, pues que para el renombrado tratadista

"...el título de consentimiento del sujeto pasivo es el que traduce mejor el contenido, pues no toda persona directamente ofendida, interesada o victimada, es la que sufre el quebranto del derecho. Además, si la conducta es plausible a fuer de jurídica, no cabe hablar de victimario, ofendido u ofensor"⁵

Y no podemos compartir la argumentación del muy ilustre comentarista de nuestro Código Penal, si bien acogemos su conclusión, por 2 sencillas razones: la primera, porque tal y como se ha dejado expuesto atrás, más que traducir criterios afectivos o sentimentales, la distinción conceptual trazada entre los vocablos hasta ahora sinonimizados, es de orden jurídico y criminológico; la segunda, porque aceptar tal criterio equivaldría a desterrar el sentido justificante del consentimiento del sujeto pasivo de la infracción, a donde finalmente habremos de arribar, para contraerlo a un simple criterio de atipicidad, como puede ser entendido en un primer pero superado momento.

Establecido el contenido de nuestro ensayo, y determinado fehacientemente el título o denominación que al mismo adscribir, corresponde revisar la evolución histórica experimentada por el consentimiento del sujeto pasivo dentro de la Teoría del Delito, a tenor de los criterios legales y doctrinales, no solo nacionales sino extranjeros.

Tal como lo recuerda JIMENEZ DE ASUA⁶ quizá la primera referencia histórica al tema en tratamiento puede encontrarse en el "Digesto" en donde los romanos, con la sabiduría y concisión que les era característica, planteaban el manido aforismo de que "NULLA INJURIA EST, QUAE IN VOLENTEM FIAT", por el cual se tenía que el consentimiento de la víctima excluía el delito de "INJURIA", en donde debe entenderse tal noción de "ajuridicidad" con una significación restringida, y nunca general, como que al distinguir 2 grandes categorías en los actos que la conciencia social reputa como merecedores de una pena, no cabía dar aplicación a tal principio en tratándose de delitos contra el Estado o la comunidad.

5 Pérez, Luis Carlos. Op. Cit. pág. 175.

6 Jiménez de Asúa, Luis. LIBERTAD DE AMAR Y DERECHO A MORIR. Editorial Repalma, Buenos Aires, 1984. 7o. Edición. pág. 422.

Con gran acierto JARAMILLO VELEZ⁷ explica que para los antiguos romanos, cabía practicar una imprescindible distinción entre delitos "públicos" y "privados":

"El delito público (crimen) es una infracción del orden social que pone en peligro a la civitas (por ejemplo, la traición y el parricidio), dá lugar a una persecución pública y desemboca en una pena pública (la muerte, la aqua et igni interdictio, una multa que debe pagarse al erario, etc.). El delito privado, por el contrario, como el hurto, el daño, las lesiones personales, es considerado como una ofensa al individuo y legitima una reacción individual".

De allí se comprende, como lo propone JIMENEZ DE ASUA, que el homicidio cometido tras el consentimiento del sujeto pasivo no se estimó como "Injuria", sino como un delito contra el Estado, contra la comunidad, razón por la cual no quedaba cobijado por el principio latino anteriormente transcrito. Y paulatinamente, en la medida en que ese IUS PUNIENDI radicado en cabeza de un nuevo ente, el aparato estatal, vá asumiendo con propiedad sus caracteres de ordenamiento público, vá abandonándose tal aserto, pues que, como insiste JIMENEZ DE ASUA⁸, resultaba inútil invocar tal apotegma toda vez que ninguna voluntad privada puede destruir la índole delictiva de una acción u omisión⁸.

A partir de allí, se abre una inacabable e inconclusa discusión en cuanto hace a la verdadera entidad y trascendencia del consentimiento del sujeto pasivo frente a la estructuración del ente delictual, como si en tal sentido el consentimiento era excluyente del tipo o de la antijuridicidad: Sobre lo primero, cabe recordar que para algunos, como era el caso de FERRI⁹.

"...en el caso de consentimiento de la víctima de un delito no se trata sólo de fijar el valor jurídico de este consentimiento en la persona que lo presta, sino, ante todo, establecer la responsabilidad penal de quien procedió con el consentimiento de la víctima, y, por tanto, de su personalidad criminal en referencia al hecho cometido en las concretas circunstancias reales y personales"

Es que no debe olvidarse que para FERRI, fiel a sus orientaciones peligrasistas, lo que debía establecerse primeramente en orden a la deducción del juicio de responsabilidad criminal era la "personalidad del agen-

7 Jaramillo Vélez, Lucrecio. DERECHO ROMANO. Tomo II. Editorial Krucci-grama, Medellín, pág. 129.

8 Jiménez de Asúa, Luis. LA LEY Y EL DELITO. Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1979. 9o. Ed. pág. 286.

9 Ferri, Enrico. PRINCIPIO DE DERECHO CRIMINAL. Biblioteca Jurídica de Autores Españoles y Extranjeros, Madrid, págs. 379 y 380.

te" y sus "motivos determinantes", con lo que la discusión pasó del sujeto pasivo a radicarse preferentemente en el sujeto activo de la infracción penal, y del terreno de la antijuridicidad al de la plena punibilidad determinada por la personalidad del agente.

Sobre lo segundo, ardua polémica se genera entre quienes sostienen, como JIMENEZ DE ASUA¹⁰, que el consentimiento del sujeto pasivo destruye el tipo; y quienes defienden la tesis de que tal circunstancia es una verdadera causal de justificación del hecho, cual es el caso de MEZGER Y SOLER, citados por el propio JIMENEZ DE ASUA¹¹. Precisamente puntualizando los extremos doctrinales de esta inacabable discusión teórica, BACIGALUPO¹² apunta que, en opinión de quienes sostienen la primera alternativa, el consentimiento excluiría la tipicidad cuando el tipo describe una acción cuyo carácter ilícito reside en el obrar contra la voluntad del sujeto pasivo, cual acontece en la "inseminación artificial no consentida" de que trata el artículo 280 del Código Penal; y que por otra parte, para los abanderados del segundo extremo de la proposición planteada, el consentimiento excluiría la antijuridicidad, cuando el comportamiento del autor importe ya una lesión de un bien jurídico, tal y como se presenta en el "Daño en bien ajeno", definido y sancionado por nuestro Código Penal en su artículo 370, según el propio BACIGALUPO quien, al final de cuentas, se inclina por sostener la tesis de que consentimiento, en todos los casos, excluye el tipo penal.

Así las cosas, presentada de este modo la alternativa conceptual que ha polarizado las apreciaciones de la doctrina, tanto nacional como extranjera, corresponde ahondar en el sentido y alcance de cada una de estas posiciones, para poder establecer cuál de ellas es la que mejor se acomoda a los lineamientos de nuestro ordenamiento jurídico penal.

IV

Para los defensores de la naturaleza excluyente de la tipicidad que observa el consentimiento del sujeto pasivo, la materialización palpable de su criterio se presenta cuando el tipo describe una hipótesis de conducta cuyo sentido reside, específicamente, en el obrar contra la voluntad del sujeto pasivo, como es el caso, citado por BACIGALUPO, que se conjuga en el artículo 280 del Código Penal Colombiano, atinente a la "Inseminación artificial no consentida", en donde el actuar dañoso comprende una doble hipótesis de conducta, consistente tanto en el inseminar arti-

10 Jiménez de Asúa, Luis. LA LEY Y EL DELITO... pág. 287.

11 Jiménez de Asúa, Luis. LIBERTAD DE AMAR Y DERECHO A MORIR...págs. 423 a 425.

12 Bacigalupo, Enrique. MANUAL DE DERECHO PENAL. Parte general. Editorial Temis, Bogotá, 1984 pág. 132.

ficialmente a una mujer, como en que tal actuar se desarrolle con el consentimiento de la misma, de donde puede colegirse, sin temor a equívocos, que mediando el consentimiento de la mujer en orden a la inseminación artificial, la conducta observada por el agente se torna penalmente indiferente por encontrarse ajustada a derecho, no tanto por estar amparada por una eventual causal de exclusión de la antijuridicidad, como por haberse desestructurado conceptualmente el tipo penal en tratamiento, en virtud de la ausencia de uno de sus elementos fundamentales.

Otro tanto podría predicarse respecto del artículo 397 del Código Penal anteriormente vigente, que al definir el delito de "hurto" introducía como elemento estructural de tal figura, el supuesto de que la sustracción de la cosa mueble ajena se hubiere materializado "sin el consentimiento del dueño", y que tan arduas discusiones y polémicas suscitara, al punto de haberse eliminado tal exigencia dentro del artículo correspondiente del actual Código Penal.

En estos casos, tanto como en el de la "Permanencia Ilícita en habitación ajena" (artículo 285 C.P.), como en otros muchos más, lo que acontece, tal como lo enseña CUELLO CALÓN¹³, es que el delito no llega a nacer, vale decir, no hay delito por falta de uno de los elementos que lo integran, con lo que, una vez demostrada procesalmente su mediación frente a la observancia de la conducta en averiguación, lo procedente sería el proferimiento de un "Auto de Cesación de Procedimiento", a tenor de lo normado en el artículo 163 del Código de Procedimiento Penal, habida cuenta que la ley no considera el hecho imputado, como infracción a la ley penal, con los demás efectos subsecuentes, cual acontecería con la automática extinción de la acción civil persecutoria de la indemnización de perjuicios, pues que poco menos que inconsecuente sería el que alguien autorizara a otra persona a entrar y permanecer en sus habitaciones, y posteriormente pretendiese la indemnización de los perjuicios a ella ocasionados por razón de la perpetración del delito de "Permanencia Ilícita en Habitación Ajena".

Obviamente lo así consignado nos lleva a la prehensión de la temática inherente al "Consentimiento Tácito" o "Presunto" en donde, como lo postula MUÑOZ CONDE¹⁴, una previa relación de confianza, basada en la gestión de negocios o en la relación de vecindad, permita pensar al agente que el titular del bien jurídico estaría de acuerdo en que alguien lo utilice, como sería el caso de que alguien utilice el automóvil de su socio para realizar una gestión en favor del negocio común, o el vecino que

13 Cuello Calón, Eugenio. DERECHO PENAL. Editora Nacional, México D.F., 1975, pag. 353.

14 Muñoz Conde, Francisco. TEORIA GENERAL DEL DELITO. Editorial Temis, Bogotá. 1984, pág. 122.

entra en la casa de su amigo ausente para reparar una cañería que se encuentra obstruida, representando para el propietario del inmueble un serio peligro de inundación.

Y si bien como lo asevera el propio MUÑOZ CONDE, muchos de estos casos de consentimiento presunto, esto es, del que no ha sido otorgado de manera expresa y directa por parte del interesado, pueden solucionarse por la vía del estado de necesidad, o aún, diríamos nosotros, por la del error de prohibición, pensamos que la mayoría de estos eventos sean una clara muestra de exclusión del juicio de adecuación típica de la conducta, siempre y cuando que, a más de que la conducta supuestamente amparada por un consentimiento presunto del titular del bien jurídico afectado, haya sido realizada en verdadero interés del titular de ese bien jurídico, y haya sido esperar en el momento de la acción, mediante un juicio objetivo, esto es, al de un tercero razonable colocado en las circunstancias y condiciones del autor, que tal consentimiento obraría, siguiendo en ello a BACIGALUPO¹⁵.

Del otro lado, tal y como habría quedado expresado atrás, nos encontramos con los sostenedores de la tesis excluyente de la antijuridicidad del consentimiento de la víctima, para quienes se está aquí en presencia, las más de las veces, de una subespecie del "estado de necesidad suprallegal", como lo expresa el último de los representantes de la Escuela Clásica del Derecho Penal¹⁶, HANS WELZEL¹⁷. Para estos tratadistas, en aquellos casos en que el actuar contra la voluntad del afectado no forma parte del tipo, el hecho de que alguien lesione un bien jurídico ajeno en razón del consentimiento dado por la persona facultada para disponer de él, no constituye un evento antijurídico, si el consentimiento y la acción no son contrarios a las buenas costumbres.

En tal orden de ideas, puede decirse que son 3 los elementos estructurales de esta causal suprallegal de justificación, a tenor de los lineamientos así expresados: Primero, que el tipo nos describa una acción cuyo carácter ilícito resida precisamente en el obrar contra la voluntad del sujeto pasivo; segundo, que se haya otorgado un consentimiento válido por parte de ese mismo sujeto pasivo respecto de ese actuar lesivo de un bien jurídico del cual él es titular, bien sea de manera expresa o tácita; y tercero, que tanto el consentimiento como la acción misma desarrolle a su amparo no sean contrarios a las "buenas costumbres".

15 Bacigalupo, Enrique. Op. Cit. pág. 134.

16 Bustos Ramírez, Juan. INTRODUCCION AL DERECHO PENAL. Editorial Temis, Bogotá, 1986. pág. 119.

17 Welzel, Hans. DERECHO PENAL ALEMÁN. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1976. pág. 134

Y es apartir de ese entramado de exigencias de donde emanan las contradicciones e inconsistencias de esta tesis, las mismas que la hacen nugatoria y poco afortunada. En efecto, de la exigencia de que el tipo no describa una acción cuyo carácter ilícito resida en el obrar contra la voluntad del sujeto pasivo del susodicho comportamiento, se desprende a todas luces que es esta una alternativa meramente subsidiaria de la primera, vale decir, que aceptando el carácter vinculante del criterio excluyente de la tipicidad del consentimiento del titular del bien jurídico, pretende edificar una salida diferente pero supletoria, para aquellos casos en que la primera tesis resultare no ser suficiente; de otra parte, al entablar la exigencia de un consentimiento válido por parte del titular del bien jurídico ulteriormente afectado, introduce la antigua y nunca bien superada distinción entre derecho "disponible" e "indisponible" por parte de su titular, a fuer de que quiere hacer ver en el Derecho Penal, rama jurídica; de caracteres eminentemente públicos, los elementos propios de alienabilidad del negocio jurídico; y, finalmente, deja pendiente la discusión en torno a lo que puede o debe ser encuadrable dentro del gaseoso concepto de las "buenas costumbres".

Con referencia al primero de los puntos en evaluación, puede decirse que los mismos autores que quieren ver en el consentimiento del sujeto pasivo una forma de exclusión del juicio de antijuridicidad, cual es el caso del ya citado WELZEL, o más recientemente de MUÑOZ CONDE, por fuerza deben comenzar sus estudios reconociendo el criterio eminentemente exclusivo del juicio de tipicidad que comporta el consentimiento del sujeto pasivo. En verdad, puede observarse que si bien el profesor WELZEL establece que el consentimiento del "ofendido" llega a tener el carácter del causal de justificación, lo hace luego de superar el reconocimiento de tal dato como verdaderamente excluyente del tipo¹⁸; al tiempo que igual consideración cabe formular respecto de MUÑOZ CONDE¹⁹, quien se ve obligado a reconocer que aún en el artículo 428 del Código Penal Español, el legislador ibérico le ha negado valor eximente en las lesiones,

Por otro lado, el señalar la exigencia de que el consentimiento otorgado ex-ante por el sujeto pasivo, nos lleva a la doble consideración de la inabarcada polémica entre derechos alineables e inalienables. Ya el propio FERRI había consignado su criterio adverso a tal distinción, como que al comentar los intentos doctrinales encaminados a distinguir entre los "derechos alineables", para cuya supresión sería jurídicamente válido el consentimiento del titular, como en el caso del derecho de propiedad y los derechos y los "derechos inalienables", respecto de los cuales tal consentimiento no tendría validez, como en el caso del derecho a la vi-

18 Welzel, Hans. Op. Cit. págs. 137 y 138.

19 Muñoz Conde, Francisco. Op. Cit. págs. 121.

da, concluyendo que era esa una diferenciación ostensiblemente impropia, si se tiene en cuenta que son esas nociones que pertenecen esencialmente al Derecho Privado y que surgen en torno a la teoría del negocio jurídico,

“...sin darse cuenta que el Derecho Penal es una rama del Derecho Público que tiene exigencia y, por ello, criterios diversos del derecho privado y, sobre todo, viendo en el delito la sola objetividad jurídica y no la personalidad del que lo comete, no cayeron en la cuenta de que en el caso de consentimiento de la víctima de un delito no se trata sólo de fijar el valor jurídico de este consentimiento en la persona que lo presta, sino ante todo, establecer la responsabilidad penal de quien procedió con el consentimiento de la víctima,....”²⁰

Pero por si lo anterior fuera poco, cabe traer a colación las voces del profesor PELÁEZ VARGAS²¹, según las cuales no es fácil distinguir entre derechos alineables e inalienables, siempre que los criterios que al respecto se ofrecen son diversos y, aún, contrapuestos. Y es que analizando tal distinción, de la cual resultaron bastante partidarios SOLER y MEZGER, JIMÉNEZ DE ASÚA había anticipado ya que, a fuer de traspasada, ella chocaba con un doble límite: el derecho ajeno y el interés público.

Por ello, siguiendo en ello a ADOLFO PRINS, el maestro sentenciaba que:

“En un sistema jurídico en que la ley penal es de orden público y en que la pena se impone en nombre de la sociedad entera, y por acusación del ministerio público, su representante, no es posible derogar por convenciones particulares las leyes de orden público”²²

Finalmente, creemos poco jurídico y acertado el querer hacer descansar el criterio del reconocimiento de una causal “supralegal” de justificación sobre la base del gaseoso e inasible concepto de las “buenas costumbres”, a la manera en que lo propone WELZEL, especialmente teniendo de presente los variables e inestables que resultan ser sus directrices, a lo largo y ancho del marco geográfico y temporal de la humanidad, pues lo que fué socialmente aceptado, tolerado y plausible en una época, no necesariamente tiene que serlo en otra, al tiempo que lo recomendado y sugerido como comportamiento social adecuado en una determinada región geográfica, resulta ser diametralmente opuesto y verdaderamente incompatible con lo sentido y vivido en otra.

20 Ferri, Enrico. Op. Cit. págs. 379 y 380.

21 Peláez Vargas, Gustavo. MANUAL DE DERECHO PENAL GENERAL Editorial Bedout, Medellín, 1981. pág. 150.

22 Jiménez de Asúa, Luis. LIBERTAD DE AMAR Y DERECHO A MORIR... pág. 426.

En el culmen de su esfuerzo teórico, los partidarios de la aceptación del consentimiento pasivo de la infracción penal, como causal excluyente de la antijuridicidad, han llegado al extremo de proponer y elaborar toda una teoría en torno de sus condiciones de validez jurídica. Sintetizando las diversas opiniones, puede decirse que para estos autores es menester que el consentimiento del titular del bien jurídico ulteriormente lesionado pueda alcanzar su validez jurídica plena como causal de justificación, ordinariamente de orden supralegal, debe reunir y satisfacer los siguientes requisitos y condiciones:

- 1- Facultad reconocida por el ordenamiento jurídico a una persona para disponer válidamente de determinados bienes jurídicos propios, la que el mismo MUÑOZ CONDE²³ llega a cuestionar respecto de determinados bienes jurídicos como la vida o la integridad personal.
- 2- El consentimiento debe ser anterior a la acción, toda vez que el consentimiento "a posteriori" solo es un perdón, lo que se patentiza en aquellos casos de ausencia de denuncia o querrela en los que lugar de constituir una verdadera causal de justificación, se constituye en una circunstancia de exclusión de la punibilidad que contribuye notoriamente a engrosar la "cifra negra" de la criminalidad, según los criterios criminológicos de GOPPINGER²⁴.
- 3- El consentimiento se debe haber mantenido hasta el momento de desarrollo de la acción, toda vez que el mismo es perfectamente retractable.
- 4- Debe mediar capacidad en el sujeto pasivo para comprender la situación en la que consiente, es decir, que el sujeto debe poder comprender la significación de su consentimiento respecto de la acción que lesionará el objeto de la misma. A tenor de sus consideraciones teóricas, estiman estos tratadistas que no se requiere la capacidad establecida por el derecho civil para realizar negocios jurídicos, bastando al afecto con la "capacidad natural de comprender o juzgar", como dice BACIGALUPO²⁵. Empero, digno de resaltarse es el apunte traído por WELZEL²⁶ que amplía profundamente este criterio inicial, y según el cual "la decisión del o de los encargados de la tuición es determinante en lugar de la del que no tiene discernimiento suficiente", con lo que se avala indirectamente nuestra tesis inicial de que en lugar de hablarse aquí del consentimiento del "ofendido",

23 Muñoz Conde, Francisco. Op. Cit. pág. 122.

24 Goppinger, Hans. CRIMINOLOGIA, Editorial Reus, Madrid, 1975. págs. 93 y ss.

25 Bacigalupo, Enrique. Op. Cit. pág. 133.

26 Welzel, Hans. Op. Cit. pág. 139.

debe mejor tratarse del consentimiento del "sujeto pasivo", pues que en muchos casos, como sucede en la eutanasia, quien termina otorgando el consentimiento frente al acto lesivo, no es el verdadero titular del bien jurídico, sino sus encargados inmediatos.

- 5- El consentimiento debe ser serio y corresponder a la verdadera voluntad del que consiente, con lo que se dice por parte de WELZEL²⁷, que no hay consentimiento por parte del ebrio. En idéntico sentido se sostiene que una renuncia a la protección jurídica, obtenida mediante engaño o amenaza no constituye consentimiento.
- 6- El consentimiento del sujeto pasivo debe ser previamente conocido por quien actúa a su amparo, pues que cualquier tipo de error sobre la existencia del consentimiento, afirma MUÑOZ CONDE²⁸, debe ser tratado conforme a las reglas generales del error en las causas de justificación, originantes de lo que en nuestro sistema jurídico constituye una causal de inculpabilidad por error de prohibición (artículo 40, numeral 3o. del Código Penal). Precisamente por ello debe decirse, con apoyo en FERNANDEZ CARRASQUILLA²⁹, que en el caso del consentimiento tácito este sólo es aceptable cuando es verdaderamente indubitable.
- 7- Según lo expuesto por WELZEL³⁰, sólo puede consentir aquel que sea titular único del interés jurídicamente protegido, puesto que en los casos en que simultáneamente se protege el interés público, es ineficaz el consentimiento del afectado individualmente, lo que implica en cierta forma un retorno a la distinción entre derechos disponibles e indisponibles.
- 8- Continuando con los criterios expresados por WELZEL, el hecho, a pesar del consentimiento, no debe ser contrario a las buenas costumbres, toda vez que, según su parecer, es perfectamente posible que el consentimiento como tal sea relevante, pero que a pesar de él, el hecho sea contrario a las buenas costumbres, como acontece, en su sentir, en el caso de la mujer que consiente en lesiones sádicas para no perder su trabajo, en donde cree que el consentimiento puede ser

27 *Ibíd.*, pág. 138.

28 Muñoz Conde, Francisco. *Op. Cit.* pág. 122

29 Muñoz Conde, Francisco. *Op. Cit.*

29 Fernández Carrasquilla, Juan. *DERECHO PENAL FUNDAMENTAL* Editorial Temis, Bogotá, 1982. pág. 511.

30 Welzel, Hans. *Op. Cit.* pág. 139

válido, pero al ser el hecho contrario a las buenas costumbres, no queda justificado³¹.

Con todo, creemos que desde su mismo comienzo esta estructuración conceptual encierra dentro de sí el germen de su anulación, ya que parte del supuesto bastante criticable de que el ordenamiento jurídico le haya reconocido al titular del bien jurídico la facultad de disponer del mismo, lo que comporta el retorno a la revaluada distinción entre derechos alienables e inalienables. En fin, lo cierto del caso es que una vez auscultadas las dos tesis antagónicas relativas al verdadero valor jurídico del consentimiento del sujeto pasivo de la infracción, corresponde ahora, de acuerdo con el esquema expositivo aquí propuesto, verificar cual de ellas encuentra asidero y validez dentro de nuestro sistema jurídico.

V

Dispone el artículo 16 del Código Civil que:

“No podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres”.

Con tal criterio, el Legislador Colombiano, al ocuparse en el Capítulo III del Título Preliminar del Código Civil de los “Efectos de la ley”, ha estatuido la frontera a los convenios particulares, que no pueden ir en contra de la ley en la que está interesado el orden, podríamos agregar “público”, y las “buenas costumbres” (para recordar un tanto los pareceres de WELZEL anteriormente transcritos). Pero por si lo anterior fuera poco, debe recordarse igualmente lo normado en el artículo 15 del mismo Código Civil, según el cual,

“Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que solo miren al interés individual y que no esté prohibida la renuncia”.

En síntesis, podemos decir que dentro del sistema jurídico nacional pueden tan sólo renunciarse aquellos derechos que tienen únicamente un interés que podríamos denominar “individual”, pues que serían aquellos cuya defensa y pervivencia sólo interesan a su titular, no obstante lo cual es menester que frente a ellos, con todo y su carácter individualista, “no esté prohibida la renuncia”. Por otra parte, si bien el ordenamiento jurídico nacional reconoce plena autonomía y validez a la voluntad contractualmente cuasisoberana de las partes, es lo cierto que le establece unos límites cuando se toca con el interés público representado en el orden (público) y las buenas costumbres.

Y sin necesidad de entrar en hondas disquisiciones en torno de la verdadera naturaleza y entidad jurídica del Derecho Represor, debe señalarse, por fuerza de la razón unánime de la doctrina, que el mismo comporta

31 *Ibidem*, pág. 141.

unos caracteres de orden público, como que sus normaciones se encaminan a la vigilancia y tutela de unos bienes previamente evaluados como indispensables para la coexistencia y convivencia social, por no decir que para la pervivencia del grupo en cuanto ente social.

Siendo ello así, como en verdad lo es, se colige que la protección tanto general como especial, que el ordenamiento jurídico penal otorga a determinados bienes, trasluce ribetes de significación social, como que en su tutela y defensa están interesados tanto el orden público como las buenas costumbres, al menos desde un punto de vista teórico, si se tiene en cuenta que el Legislador efectúa un proceso de selección de los bienes que en su sentir son merecedores y acreedores de una tutela jurídica, en aras de la coexistencia social, sobre la base de las aspiraciones y necesidades sentidas y vividas por el cuerpo social mismo, deviniendo en cosa ontológicamente diversa, si acoge o no requerimientos sociales a través de sus normaciones.

Con arreglo a lo expuesto sostendremos, como en su tiempo lo hizo el maestro JIMENEZ DE ASUA siguiendo en ello a ADOLFO PRINS, que en un sistema jurídico en que la ley penal es de orden público y en que la pena se impone en nombre de la sociedad entera, no es posible admitir ni tolerar que sean derogadas por convenios particulares, las leyes de orden público: Si el Derecho Penal es un ordenamiento de caracteres públicos; y si en cuanto tal, encuentra cercenadas las posibilidades de renuncia a los derechos que él reconoce a los particulares, el primero y más importante de los cuales es el derecho a una protección jurídica de indole verdaderamente coercitiva, como que ella es una prerrogativa inicialmente individual pero teleológica y últimamente de significancia social, no puede permitirse ni tolerarse que sus normaciones sean desconocidas o derogadas por pactos entre particulares, y ni siquiera admitir la posibilidad de renuncia a sus preceptos.

En tal orden de ideas, nos atreveremos a sostener la idea de que dentro del sistema jurídico colombiano, y concretamente dentro del ordenamiento jurídico penal, el consentimiento del titular del bien jurídico anteriormente lesionado lo más que podrá llegar a hacer será excluir el juicio de adecuación típica, que nunca el de antijuridicidad, ya que mientras tal evento no se eleve expresamente a la categoría de causal de justificación codificada, no podrá borrar tal juicio de antijuridicidad, ni siquiera a nivel de causal supralegal de justificación, por razón de los dispuesto en los artículos 15 y 16 del Código Civil.

Seguramente a esta altura el amable lector se estará preguntando como es que si de manera categórica nos resistemos a admitir el quebrantamiento de la ley penal por convenios particulares, uno de cuyos paradigmas patentes sería el del consentimiento del sujeto pasivo, atemperemos nuestra visión para admitir la eventualidad excluyente de la tipicidad, y conservando toda la rigurosidad teórica inadmisibles para la corrección del jui-

cio de disvalor o de antijuridicidad de la conducta. Y en tal sentido habremos de remitir a lo atrás expuesto, cuando apuntábamos con apoyo en BACIGALUPO, que para los defensores de la alternativa excluyente del tipo predicable respecto del consentimiento del sujeto pasivo de la infracción, tal apreciación era enteramente válida y vinculante cuando el tipo se ocupaba de la descripción de una hipótesis de conducta cuyo carácter ilícito radicaba, específicamente, en obrar contra la voluntad del sujeto pasivo, es decir, cuando el consentimiento de la víctima formaba parte integrante del respectivo tipo penal.

Frente a tales supuestos, creemos nosotros que en puridad no se presenta un quebrantamiento del ordenamiento jurídico penal por razón de pactos o convenios entre particulares, y ni siquiera de una derogatoria de las normatividades jurídicas penales por la renuncia voluntaria del titular del bien jurídico a la tutela y protección a la cual tiene derecho, sino de que el propio ordenamiento jurídico ha autorizado expresamente, por razones de conveniencia social o de política criminal, la renuncia a una tal protección jurídica.

Ese consentimiento con el hecho, que contiene en sí la renuncia a la protección jurídica, y que excluye en un todo el juicio de tipicidad y, de contera, pretermite el surgimiento del delito mismo, se pone de presente en eventos tales como la "Inseminación Artificial no consentida" (artículo 280 del Código Penal), la "Permanencia Ilícita en Habitación Ajena" (artículo 285 del Código Penal), en donde la mediación del consentimiento por parte del titular del bien jurídico torna lícita la conducta, no a título de causal de justificación sino por la desestructuración conceptual íntegra de la figura criminosa.

Caso similar acontece en el "Hurto" o "Acceso Carnal Violento", respectivamente tipificados en los artículos 349 y 298 del Estatuto Punitivo Nacional, en donde el consentimiento de la víctima no aparece consignado expresamente como un elemento estructural del tipo, pero que, como lógica consecuencia a la naturaleza ontológica de las descripciones conductuales, torna en lícitas las actividades externas así desplegadas, una vez materializada su presencia. Tal como lo postula JIMÉNEZ DE ASÚA³², sería cómicamente ridículo que cuando yo permito que otro tome una cosa mía como regalo se diga que hay un hurto justificado por el consentimiento, toda vez que el permiso del propietario ha hecho surgir una figura jurídica bien distinta al delito contra el patrimonio, cual es la de la donación; o, como dice CUELLO CALÓN³³, no hay violación ni abuso deshonesto cuando la mujer mayor de edad consiente la cohabitación o tolera el acto impúdico.

32 Jiménez de Asúa, Luis. LIBERTAD DE AMAR Y DERECHO A MORIR..pág. 427.

33 Cuello Calón, Eugenio. Op. Cit. pág. 353.

Sin embargo, situación enteramente diferente se presenta frente al "Acceso Carnal Abusivo con menor de catorce años" (artículo 303 del Código Penal), y al "Aborto sin consentimiento" (artículo 344 C.P.):

El primero en estos eventos tenemos una prueba palmaria de un consentimiento jurídicamente ineficaz, dentro de la terminología de los detentadores de la tesis excluyente de la antijuridicidad, emprendida con respecto del consentimiento del sujeto pasivo, y de lo que nosotros preferiríamos denominar una circunstancia prohibitiva de la renuncia a la protección jurídica por parte del titular del bien jurídico: Considerando que toda mujer es reputada por nuestro Ordenamiento jurídico como titular de un bien jurídico cual es el de su libertad y su poder sexual, se admite que en cuanto tales tienen un poder omnimodo sobre él; que las habilita para renunciar a la protección jurídica que en tal sentido el sistema penal les ofrece; no obstante, frente a la mujer menor de 14 años, no es tanto que el legislador considere su consentimiento dispositivo de tal bien jurídicamente ineficaz, cuanto que estima, quizá un tanto arbitrariamente, que la mujer que atraviese tales estadios etarios no debe contar con la posibilidad de renunciar a la protección jurídica que se le brinda por parte del ordenamiento jurídico penal, puesto que en ello está comprometido el orden público y, eventualmente, las "buenas costumbres".

Respecto del "Aborto sin consentimiento", diremos que no es que el consentimiento del sujeto pasivo frente a la tarea abortiva trasmute en inocua o en penalmente indiferente tal comportamiento, toda vez que de la mediación o no del consentimiento de la afectada depende su participación en el punible, y consecuentemente el tipo penal al cual debe darse cabal y cumplida aplicación: En efecto, en la hipótesis del "Aborto sin consentimiento" los sujetos pasivos de la infracción son 2, es decir, tanto la madre como la criatura que está por nacer; al paso que de contarse con el consentimiento de la madre frente al suceso dañoso, esta se torna en partícipe de la infracción, apareciendo como único sujeto pasivo la criatura cuya existencia independiente se ha visto frustrada. En el primer caso, nos situamos en el tipo penal del artículo 344 del Código Penal, con una pena principal de tres a diez años de prisión; en el segundo, en el artículo 343 Eiusdem, con una sanción de uno a tres años, tanto para la madre que consiente y tolera el aborto, como para quien lo provoca, en ninguno de cuyos casos se está en presencia de la renuncia a una protección jurídica.

IV

Afirmábamos en líneas antecedentes dentro de nuestra exposición, que en nuestra opinión el consentimiento del sujeto pasivo solamente llegará a excluir el juicio de adecuación típica, que nunca el de disvalor, habida cuenta que mientras tal hipótesis no se eleve a la categoría de causal de justificación codificada, todos los intentos excupatorios eventualmente

trazados tropezarán con la barrera impuesta por los artículos 15 y 16 del Código Civil.

Contrariando la impresión adversa a la entronización del consentimiento de la víctima como causal codificada de justificación enarbolada por JIMENEZ DE ASUA³⁴, para quien si las causas de justificación tienen como importantísimo carácter el ser generales a todas las especies de delitos, actuando en la inmensa mayoría de ellos suprimiendo el injusto, el consentimiento no puede figurar entre ellas, puesto que hasta partidarios de tal tesis confiesan que en casos concretos y muy contados puede invocarse, la comisión, reunida en el año de 1974, estableció en el artículo 36 del Proyecto de ese año, una causal de justificación relativa al "Consentimiento del sujeto pasivo".

A la letra, tal artículo disponía:

"Art. 36 CONSENTIMIENTO DEL SUJETO PASIVO

El hecho se justifica cuando se comete con consentimiento del sujeto pasivo, siempre que se llenen los siguientes requisitos:

- 1) Que el derecho sea de aquellos de que pueden disponer los particulares.
- 2) Que el sujeto pasivo tenga capacidad jurídica para disponer del derecho;
- 3) Que el consentimiento sea anterior o coetáneo a la conducta del agente;
- 4) Que sea expreso o que, en caso contrario, no quepa duda razonable de que el titular del derecho hubiera consentido;
- 5) Que sea concreto, serio y emitido sin error ni violencia"³⁵

Así las cosas, se observa que pese a la discusión presentada en el seno de la Comisión Redactora del referido Anteproyecto del Código Penal del año de 1974, como que mientras algunos de los señores comisionados arguían que el consentimiento es un caso de atipicidad, otros lo enfocaban como un evento de justificación del hecho³⁶, la decisión final llevó a adoptar el segundo de estos criterios, habida cuenta que si bien se respetaba la idea de que en su gran mayoría los casos de consentimiento del sujeto pasivo eran ejemplos de atipicidad, era lo cierto que quedaban algunos pocos casos, como el de las operaciones quirúrgicas o el trasplan-

34 Jiménez de Asúa, Luis. LA LEY Y EL DELITO...pág. 287.

35 Gutierrez Anzola, Jorge Enrique. "Anteproyecto de Código Penal". en Revista DERECHO del Colegio de Abogados de Medellín. Medellín, 1974. No. 99. pág. 24.

36 Romero Soto, Luis Enrique. "Causas de Justificación" en Revista DERECHO del Colegio de Abogados de Medellín. Medellín, 1974. No. 99. pág. 177.

te de órganos entre personas vivas, que urgían del reconocimiento codificado a tal causal de justificación.

Del expreso reconocimiento por parte de los señores comisionados del año de 1974, de que esta causal de justificación está montada sobre la distinción entre derechos alienables, disponibles e indisponibles dentro de la órbita jurídica penal, por parte de sus titulares; de la exigencia teórica de que el tipo legal no exija la ausencia de tal consentimiento a efectos de su estructuración plena³⁷; y de la aceptación directa de que esta supuesta causal de justificación sólo operaría en contados y reducidos casos, como genéricamente acaecería en las intervenciones quirúrgicas, y específicamente en el trasplante de órganos entre personas vivas³⁸, emanan las principales críticas que cabe formular al intento legislativo así planteado en la Comisión Redactora del Anteproyecto de Código Penal, creada en el año de 1974.

Ya desde hace mucho, y con fundamento en los planteamientos esbozados por ENRICO FERRI, posteriormente recogidos por el maestro JIMENEZ DE ASUA, se ha criticado la distinción entre derechos alienables e inalienables, disponibles e indisponibles dentro del campo jurídico penal, si se tiene en cuenta que ello equivaldría a introducir nociones propias del derecho privado, estrechamente conectadas con la estructura propia del negocio jurídico, que no tienen ni pueden tener cabida en un ordenamiento jurídico de caracteres públicos, en donde la voluntad individual o los acuerdos entre particulares no poseen ninguna significación ni valor a los efectos de derogar sus normaciones, según quedó expuesto atrás. Por ello, cuando la Comisión Redactora del año de 1974 estableció los requisitos estructurales contemplados en los numerales 1o. y 2o. del artículo 36 de su Anteproyecto de Código Penal, lo que hizo fué acoger una superada discusión, otorgado a los particulares una facultad de la cual carecen, desde el momento mismo en que se ha exigido que el tipo legal en eventual tratamiento no exija la ausencia de tal consentimiento como elemento definitorio y estructural, lo que no es más que decir que es el Legislador el único habilitado para fijar, en última instancia, cuales serían los bienes jurídicos alienables y cuáles los inalienables, todo lo cual nos llevará, en última instancia, a resolver estos hipotéticos problemas hermenéuticos a través de la deducción de un juicio de atipicidad para la conducta en tratamiento.

En verdad, cuando los mismos comisionados reconocieron que para la operancia de la causal de justificación por ellos codificada, era menester que el tipo legal no podía exigir la ausencia a tal consentimiento como ele-

37 Ibidem, págs. 177 y 178.

38 Gutiérrez Anzoa, Jorge Enrique. "Proyecto de Código Penal Colombiano", en Revista DERECHO del Colegio de Abogados de Medellín. Medellín, 1974. No. 99. pág. 14.

mento primordial en la estructuración del delito, lo que hicieron fué reconocer, tácitamente, que el consentimiento del sujeto pasivo constituye SIEMPRE un caso de exclusión del tipo, y máximo si se tiene en cuenta que con tal exigencia se excluye de antemano esa pretendida "disponibilidad" que sobre ese derecho pudieran tener los particulares, y mucho más la "capacidad jurídica" para disponer de él lo frustradamente reglado en los numerales 1o. y 2o. del artículo 36 de tal Anteproyecto de Código Penal, pues que es el Legislador, a la postre, quien define en qué casos tiene valor el consentimiento del sujeto pasivo, como exculpatorio de la conducta dañosa observada por el agente, en la medida en que diferencia aquellos casos en que se exige la ausencia de tal consentimiento como elemento estructural del tipo, y aquellos en que tal ausencia no es menester.

De otro lado, creemos con JIMENEZ DE ASUA³⁹ que las causas de justificación tienen un sentido genérico y abstracto, vale decir, operan para todos los tipos delictuales, como que ningún sentido tiene el edificar una circunstancia excluyente del juicio de antijuridicidad para uno o dos casos concretos. Y siendo ello así, como en verdad creemos que lo es, estimamos que tal consideración sube de punto cuando se observa que los modelos conceptuales invocados para legitimar la entronización codificada de tal causa de justificación, pueden perfectamente resolverse a través de causas nugatorias de la antijuridicidad preexistente y realmente generales: En efecto, según habrá de exponerse en líneas subsiguientes, eventos tales como las intervenciones quirúrgicas y los trasplantes de órganos entre personas vivas, o, más aún, las lesiones ocurridas en prácticas deportivas, son paradigmas aparentemente antijurídico que se resuelven a plenitud con el mecanismo de adecuación a derecho que se establece en el numeral 3o. del artículo 29 del Código penal, estos es, el "Legítimo Ejercicio de un derecho" o de una "Actividad Lícita".

Sea de ello lo que fuere, sintetizaremos nuestra opinión atinente el tema en comento, sosteniendo que el consentimiento del sujeto lo único que puede lograr es borrar el juicio de adecuación típica de la conducta supuestamente punible, siempre que estimamos que mientras tal situación no se eleve a la categoría de causal codificada de justificación, no podrá eliminar el juicio de antijuridicidad por la vía supralegal, como lo han intentado algunos, teniendo en cuenta lo normado en los artículos 15 y 16 del Código Civil.

No obstante, en el intento de codificar tal supuesta causal de justificación, creemos que los deriva en una situación reñida con el verdadero sentido ontológico y axiológico del fenómeno, pues que, en última instancia, los escasísimos casos en que podría llegar a pensarse que el consentimiento del sujeto pasivo no excluye el tipo, encuentran perfecta su

39 Jiménez de Asúa, Luis. LA LEY Y EL DELITO...pág. 287.

lución en causales de justificación históricamente más elaboradas y estructuralmente más amplias, como lo serían el estado de necesidad o el legítimo ejercicio de un derecho o de una actividad lícita.

VII

Capítulo lo más de interesante dentro del entramado de nuestra exposición, lo constituye el concerniente al consentimiento del afectado frente a las intervenciones quirúrgicas, el mismo que pretendiese ser presentado como uno de aquellos casos que aconsejaban el reconocimiento codificador de tal causal de justificación, pero que nosotros preferimos resolver a través de un juicio de atipicidad o, en última instancia, a través de lo normado en el numeral 3o. del artículo 29 del Código Penal.

En verdad, no creemos que en el caso de las intervenciones quirúrgicas, o de manera específica, en el de los trasplantes de órganos entre personas vivas, las transfusiones de sangre y en las intervenciones con fines cosméticos, deba o tenga que hablarse de una causal de justificación, sea ella codificada o meramente de orden supralegal, cuando en nuestro sentir basta y sobra con las nociones atrás consignadas.

Bien sabido es que "el ejercicio de una actividad lícita" es una de aquellas circunstancias que justifican el hecho, siempre y cuando en el desarrollo de esa actividad "haya habido ajustamiento a las reglamentaciones sobre el mismo"⁴⁰. Cuando decir, entonces, que un profesional de la medicina se encuentra amparado por esta causal de justificación, cuando interesa total o parcialmente la anatomía de una persona al ejecutar en ella una determinada intervención quirúrgica? obviamente cuando se ajusta a las prescripciones científicas, éticas y morales de su profesión.

Y es la Ley 23 de 1981 la que al establecer las "Normas sobre Ética Médica", nos ofrece los criterios generales a los cuales debe ajustarse el profesional de la medicina en desarrollo de su actividad: Desde el momento mismo en que el Estatuto de Ética Médica se ocupa de señalar que la finalidad de la medicina, en cuanto profesión, no es otra que la de cuidar de la salud del hombre y propender por la prevención de las enfermedades, el perfeccionamiento de los patrones de vida de la colectividad⁴¹, y se establece, dentro del juramento médico que en caso alguno deben o pueden emplearse tales conocimientos para contravenir las leyes humanas⁴², se define que la tarea del médico está encaminada a la defensa de la vida y la integridad personal de sus semejantes, con las limitantes y

40 Peláez Vargas, Gustavo. Op. Cit. pág. 144.

41 Ley 23 de 1981. Artículo 1o., numeral 1o.

42 Ley 23 de 1981. Artículo 2o. inciso 1o.

condicionantes materiales del caso, en razón de lo cual debe buscar el consentimiento y autorización, bien del paciente, bien de sus encargados inmediatos, frente a toda intervención que implica un riesgo.

Ejemplo patente de tal situación lo ofrecen los artículos 12, 14 y 15 del precitado estatuto de Ética Médica, los que a la letra prescriben:

“ART. 12. El médico solamente empleará medios diagnósticos o terapéuticos debidamente aceptados por las instituciones científicas legalmente reconocidas.

PARAGRAFO: Si en circunstancias excepcionales graves un procedimiento experimental se ofrece como la única posibilidad de salvación, este podrá utilizarse con la autorización del paciente o sus familiares responsables y, si fuera posible, por acuerdo en junta médica”.

(Subrayas fuera del texto)

“ART. 14. El médico no intervendrá quirúrgicamente a menores de edad, a personas en estado de inconciencia o mentalmente incapaces, sin la previa autorización de sus padres, tutores o allegados, a menos que la urgencia del caso exija una intervención inmediata”

(Subrayas fuera del texto)

“ART. 15. El médico no expondrá a su paciente a riesgos injustificados. Pedirá su consentimiento para aplicar los tratamientos médicos y quirúrgicos que considere indispensables y puedan afectarlo física o síquicamente, salvo en los casos en que ello no fuere posible, y le explicará al paciente o a sus responsables de tales consecuencias anticipadamente”

(Subrayas fuera del texto)

De la implementación legal a las intervenciones quirúrgicas experimentales, de las desarrolladas en personas en estado de inconciencia o mentalmente incapaces y de las que impliquen un riesgo previsible, podemos deducir una serie de consideraciones explicativas del siguiente tenor: En primer término, que en la medida que el Legislador ha reconocido que el consentimiento frente a la intervención experimental o la que ha de ejecutarse en personas en estado de inconciencia, menores o mentalmente incapaces, puede ser otorgado tanto por el propio interesado como, en su defecto, por parte de sus allegados inmediatos, se nos está otorgando la razón en cuanto a la denominación por nosotros adoptada para este ensayo, si se tiene de presente nuestra primigenia distinción entre “sujeto pasivo” y “ofendido”, que estimábamos como más amplia y comprensiva la primera noción que la segunda, con lo cual podríamos abarcar, aún, el consentimiento jurídicamente válido, que frente a la conducta ulteriormente lesionadora del bien jurídico podía llegar a otorgar una persona que en su puridad no es su titular.

En segundo lugar, que de la misma manera en que se reconoce valor de adecuación a derecho, por exclusión del tipo, al consentimiento expreso por parte del titular del bien jurídico que habrá de verse lesionado, se admite la posibilidad exculpatoria del consentimiento presunto, cual acon-

tece en el artículo 14 del Estatuto de Ética Médica, en donde se señala que en los casos de urgencia el profesional de la medicina podrá intervenir quirúrgicamente a menores, personas en estado de inconsciencia y sujetos mentalmente incapaces, aún sin el consentimiento de sus allegados, pues que se reputa que frente a tan crítica situación, el interesado y/o sus allegados habrían consentido, los que nos lleva del consentimiento "tácito" al consentimiento "ficto", con el cual perfectamente se descarta la idea del profesor ROMERO SOTO⁴³, y según la cual para adecuar a derecho una intervención quirúrgica de carácter urgente en un paciente que se encuentra en estado de inconsciencia, que preferiblemente debiera encontrarse codificada, para no tener que "acudir al complejo mecanismo de las causas extrapenales de justificación"⁴⁴

En tercera y última instancia, al haberse reconocido la medicina como una profesión lícita por parte del Legislador Nacional⁴⁵, y establecido los requisitos para optar lícitamente su ejercicio⁴⁶, podemos decir que estamos en presencia de una actividad plenamente lícita, con mirar a la conjugación de la causal de justificación codificada en el artículo 29, numeral 3o. del Código Penal. Y si, a más de ello, un profesional de la medicina, frente a un caso concreto, sea de trasplante de órganos entre personas vivas, sea de intervenciones con fines cosméticos, sea de aquellas en las que el paciente busca su verdadera identidad sexual⁴⁷, se a ceñido a las normaciones contenidas en los artículos anteriormente reseñados en la Ley sobre Ética Médica, podrá decirse que tal actuar se encuentra plenamente justificado y adecuado a derecho en razón de lo estatuido en el numeral 3o. del artículo 29 del Código Penal, sin necesidad de acudir al reconocidamente complejo mecanismo de las causas supralegales de justificación, y sin que sea necesario promover todo un movimiento revisionista en materia jurídico-penal, que persiga y alcance la codificación de tal figura.

Indudablemente que por el simple hecho de que un profesional de la medicina solicite o exija el consentimiento de su paciente frente a determinada intervención quirúrgica propuesta o proyectada, y efectivamente lo obtenga, no por ello podrá decirse que todo actuar así desplegado se encuentre justificado. Es menester que, como lo postulaba el Dr. ROMERO SOTO, ese consentimiento sea concreto, serio y preciso, a lo cual añadi-

43 Romero Soto, Luis Enrique. Op. Cit. pág. 178

44 Gutiérrez Anzola, Jorge Enrique. "Proyecto de Código Penal Colombiano"... pág. 14

45 Ley 23 de 1981. Artículo 1o. , numeral 1o.

46 Ley 23 de 1981. Artículo 46

47 Muñoz Conde, Francisco. Op. Cit. pág. 124

riamos nosotros, con fundamento en lo establecido en la Ley de Etica Médica, que el acto quirúrgico propuesto o proyectado no sea contrario a la moral.

Sobre lo primero, el profesor ROMERO SOTO, comentando el artículo 36 del Anteproyecto de Código Penal de 1974, explicaba:

“Concreto quiere decir que se refiere al caso preciso. Lo contrario sería un consentimiento de carácter g nerico. El consentimiento para que sea válido se necesita además que sea serão, que si un individuo lo amenazan con cortarle un dedo y por burla dice: c rtelo; y el otro lo corta, pues entonces no hay realmente consentimiento. Y emitido sin error ni violencia. Si a un individuo lo convencen de que amputandole una mano le van a poner otra mejor, pues entonces puede que consienta en ese hecho, pero está haciéndolo con un consentimiento viciado por error; y otro tanto sucede si lo obligan a emitir su consentimiento”.⁴⁸

Claro está que mientras ROMERO SOTO analizaba estas características del consentimiento del sujeto pasivo, analizándolo como una causal de justificación autónoma e independiente, hasta ahora de índole supralegal y que ameritaba su codificación en razón de una necesidad jurídica, nosotros lo hacemos visualizando una causal de justificación enteramente versa, como lo es la del “Ejercicio de una Actividad Lícita”, en donde el consentimiento del paciente o sus allegados inmediatos solamente representan unas normaciones accesorias a las cuales debe ajustarse el profesional de la medicina, en cuanto a su acogimiento, con miras a la cabal y plena estructuración de esta circunstancia de la antijuridicidad.

Sobre lo segundo, adoptamos en un todo el contenido normativo del artículo 6o. del Estatuto de Etica Médica, el que comporta el siguiente tenor literal:

“ART. 6o. El médico rehusará la prestación de sus servicios **para actos que sean contrarios a la moral**, y cuando existan condiciones que interfieran el libre y correcto ejercicio de la profesión”
(Subrayas fuera del texto)

De esta suerte, si los servicios del médico son requeridos para la ejecución de actos contrarios a la moral (esterilización de personas en estado de inconsciencia, provocación de abortos en mujeres igualmente inconscientes o mentalmente incapaces, a solicitud de sus allegados), con todo y que el consentimiento sea expresamente extendido por parte de los encargados del paciente, creemos que no mediar  tal causal de justificación.

VIII

Finalmente, otro segmento espinoso pero por ello no menos interesante dentro de la temática propuesta, es el que toca con el consentimiento po-

48 Romero Soto, Luis Enrique. Op. Cit. págs. 178 y 179.

siblemente sobreviniente que otorgan de antemano los practicantes de ciertas disciplinas supuestamente "deportivas", a manos y pies de sus contrincantes, como el boxeo, el fútbol o el hockey.

En realidad, desde el momento en que un pugilista accede a un cuadrilátero boxeril o en que un futbolista pisa un engramado, puede vislumbrar de manera anticipada, con grandes posibilidades de acierto, que no saldrá de su respectivo escenario "deportivo" en las mismas condiciones físicas y anatómicas en las que hizo su ingreso, como que unas y otras se ven ordinariamente reducida, menguadas y vapuleadas por la decidida acción de sus contrincantes: fracturas, incisiones y contusiones, son la constante en los resultantes ofrecidos por tales prácticas, llegando en determinados extremos hasta la muerte, como no es infrecuente, infortunadamente, en los escenarios boxísticos.

Qué decir, entonces, desde el punto de vista jurídico penal, del contrincante que ha inferido a su adversario una lesión corporal o, aún, la muerte? Deberá decirse que su conducta se encuentra ajustada a derecho por la mediación de una causal supralegal de justificación, edificada en torno del consentimiento de la víctima? Particularmente nos permitimos insistir en nuestra tesis, desde atrás expresada, según la cual la adecuación a derecho de tal conducta dañosa podrá encontrarse en el "ejercicio de una actividad lícita" uno de cuyos presupuestos es el consentimiento antecedente que frente a los resultados lesivos o mortales hipotéticamente producidos, otorga cada uno de los allí participantes, a condición, claro está, de que el desarrollo de tal competición se haya desarrollado dentro de los límites reglamentarios propios de tal actividad muscular, puesto que de lo contrario tal proceder se enmarcará dentro de los límites del artículo 30 del Código Penal, relativo a la punibilidad del "Exceso" en las causales de justificación o, en el más radical de los casos, en el de la acción plenamente dolosa, intencional, que cercena la factibilidad de aparición de toda justificante (como cuando un futbolista agrede, intencional y alevosamente a su oponente, sin que medie jugada alguna que diga relación con tal práctica deportiva).