

## EL MAL LLAMADO CONSENTIMIENTO PRESUNTO: APORTES EN TORNO A SU REAL NATURALEZA<sup>1</sup>

*Romy A. Chang Kcomt<sup>2</sup>*

Felipe no sólo fue un gran maestro en el área penal, sino también todo un caballero y una extraordinaria persona. De él me vienen muchos lindos recuerdos, fue quien me dio las pautas para hacer mi primer escrito: una excepción de naturaleza de acción en un caso ambiental bastante complejo, en el que tuve la suerte de que fuera contratado para un co-patrocinio con el estudio de abogados en el que me encontraba haciendo mis prácticas preprofesionales. Felipe, no solo tuvo la generosidad de enseñarme sin ser mi maestro de prácticas, sino que lo hizo con cariño y paciencia.

Grande fue mi honor cuando lo tuve como jurado en la sustentación de mi tesis para graduarme como abogada, su presencia, como era de costumbre, enriqueció el debate y me hizo reflexionar en varios de los puntos abordados en la tesis.

Hoy, Felipe no se encuentra entre nosotros, pero sus enseñanzas y sus aportes dogmáticos perdurarán por siempre.

### **1. Referencia al Consentimiento Presunto: Voluntad Presunta Como Causa de Justificación**

El consentimiento presunto se genera en los supuestos en los que el titular del bien jurídico se ve imposibilitado de consentir (manifestar su voluntad), presumiéndose su consentimiento en la hipótesis o ficción de que el mismo habría consentido, en caso de conocer el hecho y tener la ocasión para hacerlo. Ejemplos de ello ocurren: cuando una persona causa lesiones a quien está a punto de ahogarse para salvarle de una muerte inminente, cuando el médico decide ampliar el campo operatorio de una intervención ya iniciada sin que el paciente se dé cuenta por estar bajo los efectos de la anestesia, cuando alguien ingresa al huerto de otro para coger un fruto que por maduro ha caído del árbol, cuando alguien usa el móvil olvidado de su mejor amigo para realizar una breve llamada, entre otros.

El problema es que en estos casos, en la práctica, realmente no existe un consentimiento, sino una suposición de que el titular del bien jurídico, de conocer las circunstancias específicas, lo hubiese prestado; razón por la que no puede afirmarse que en estos supuestos el individuo haya hecho uso de su autonomía de la voluntad para tomar una decisión; siendo imposible alegar la concurrencia de una causa de atipicidad por consentimiento en la lesión del bien jurídico (el consentimiento nunca existió y no puede importar la no vulneración del bien protegido). En esta línea, Roxin señala:

---

1 Este artículo constituye una actualización y reformulación de (Chang, 2017)

2 Magister y Doctora en Derecho por la Universidad de Salamanca (España), profesora ordinaria de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Socia del Estudio Padilla & Chang Abogados.

En efecto, mientras que el consentimiento es una expresión de la libertad de actuación del titular del bien jurídico y por tanto el que obra con consentimiento no lesiona los bienes jurídicos de aquél, quien invoca un consentimiento presunto se interfiere sin permiso, y por ello realizando el tipo delictivo, en los bienes jurídicos de otro, ... el consentimiento presunto es una construcción normativa, mientras que el consentimiento efectivo es una manifestación de voluntad. (1997, pág. 765)

## 2. Denominación

Mezger sostiene que el consentimiento presunto no es una construcción ficticia, sino “una interpretación de la dirección de la voluntad del supuestamente lesionado teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso” (1955, pág. 433). Discrepo de lo expuesto por este autor, en tanto el hecho de que el fundamento del denominado consentimiento presunto se encuentra en la teoría de la dirección de la voluntad, no hace que el mismo deje de ser una figura ficticia que no se condice con la realidad (el titular del bien jurídico no brinda su disposición sobre éste, siendo que incluso, puede darse el caso que luego discrepe de lo presumido por quien efectuó la disposición). Así, por lo expuesto, y en la medida en que, en el consentimiento presunto, en realidad, no existe consentimiento o disposición alguna (sino sólo una construcción normativa ficticia); considero que el nombre utilizado para esta figura no es del todo acertado y puede dar lugar a confusión. En esta línea, Mezger en Roxin considera preferible hablar de “la presunción (judicial) del consentimiento” (Roxin, 1997, pág. 432). En mi opinión, en estos casos, en tanto no existe un real consentimiento anterior a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, el uso de este término no resulta acertado, por lo que es preferible utilizar el término “Voluntad presunta”, la misma que, a diferencia del consentimiento, no operaría como una causa de atipicidad, sino como una causa de justificación autónoma; en similar línea, Frister hace uso del término “voluntad hipotética”, aunque mantiene el término “consentimiento presunto” (2011, págs. 316 - 317). En lo que sigue, entonces, se usará el término “voluntad presunta” en lugar del denominado en la doctrina como “consentimiento presunto”.

## 3. Naturaleza Jurídica

La voluntad presunta, en la medida en que no supone una disposición que elimine una lesión o puesta en peligro del bien jurídico y, por tanto, que convierta a la conducta en atípica (como sí ocurre con el consentimiento real), no puede considerarse una causa de atipicidad; constituyendo una causa de justificación extralegal.

En esta línea, se ha pronunciado un buen sector de la doctrina. Así, a título de ejemplo, se tiene a Jescheck y Weigend, quienes la consideran “una causa de justificación *sui generis* [énfasis agregado] que, no obstante, conecta con la posibilidad de prestación del consentimiento por parte del bien jurídico” (2002, págs. 413 - 414). Para Roxin, constituye una causa de justificación de Derecho consuetudinario, que se sitúa entre el consentimiento y el estado de necesidad justificante,

estableciendo su carácter de causa de justificación autónoma y distinguiéndola de las figuras antes mencionadas (Roxin, 1997, pág. 765). Para Cerezo, si bien debe ser concebida como una causa de justificación independiente, por un tema de seguridad jurídica y por la posible existencia de abusos a los que la presunción del consentimiento podría dar lugar, no la considera necesaria; reconduciendo todos los supuestos a las otras causas de justificación existentes (estado de necesidad, obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho) (1998, pág. 347). Para Mezger, también debe ser reconocida como una causa de justificación, aunque no esté prevista expresamente como tal en la ley (1955, págs. 433 - 434).

En torno a la naturaleza jurídica de la voluntad presunta, otro sector de la doctrina la considera como una causa de atipicidad, argumentando que en el caso de los bienes que considera disponibles, existe cierta equivalencia entre el consentimiento real y la presunción de voluntad; en esta línea, De la Mata señala:

Será entonces el conocimiento de esta voluntad basándose en criterios corroborables objetivamente el que permita en determinados casos hablar no ya de una conducta típica pero justificada, sino de una conducta atípica, precisamente porque no se realiza el hecho descrito en la prohibición penal. (1997, pág. 403)

No considero adecuada esta posición, en tanto no es posible equiparar voluntad presunta y consentimiento real, debido a que en la primera no existe consentimiento alguno. Considerar a la voluntad presunta una causa de atipicidad supondría establecer que el bien jurídico nunca llegó a lesionarse, lo que no correspondería a la verdad, por no existir una disposición real de parte del titular del bien (el consentimiento hipotético no puede equipararse a un consentimiento real)<sup>3</sup>.

En diferente línea, considerando a la voluntad presunta como una causa de inculpabilidad en los casos en los que la presunción no se condice con la voluntad del titular del bien jurídico, se han pronunciado Cobo del Rosal y Vives, para quienes: “si a la presunción no correspondiera la realidad, entonces serían de aplicación las reglas del error: el consentimiento presunto no aparecería, por consiguiente, como causa de justificación, sino como una causa de inculpabilidad” (1996, pág. 500). Al respecto, considero que distinguir la naturaleza jurídica de la voluntad presunta, en función a si la presunción es o no confirmada por el titular del bien jurídico, no resulta lo más adecuado. Esto en tanto que, en ambos casos, la misma sigue ostentado la naturaleza de causa de justificación, pudiendo variar el tratamiento del error sobre la misma, en tanto se trate de un error en el presupuesto de una causa de justificación (error de tipo) o de un error respecto a la existencia de la misma (error de prohibición).

3 No me parece correcta la afirmación efectuada por Segura, respecto de que Günther mantiene la naturaleza de causa de atipicidad del consentimiento presunto (2000, pág. 155); en realidad este autor considera al consentimiento y al consentimiento presunto como causas de exclusión del injusto penal, por calificarlas como “causas de justificación con eficacia justificante decreciente” (Günther, 1995, pág. 53 y 55)

Por otro lado, respecto a la naturaleza jurídica de la voluntad presunta, otro sector doctrinal, encontrándose de acuerdo con que la misma debe constituir una causa de justificación, pero en desacuerdo respecto de que deba ser una causa de justificación autónoma, ha buscado abarcarla a través del estado de necesidad. Así, Zaffaroni establece que:

El problema debe resolverse como un supuesto de estado de necesidad justificante ...lo fundamental es que se cause un mal para evitar otro mayor e inminente. Es altamente probable que tratándose de evitar un mal mayor, el titular del bien hubiese actuado de la misma manera. (1981, pág. 526)

Para Stratenwerth, incluso en el caso en que la decisión del autor, luego de ponderar todas las circunstancias, no coincida con la verdadera voluntad del lesionado, el mismo estaría exento de responsabilidad penal, “dado que el soporte de la justificación no se encuentra en la voluntad del titular del bien jurídico como tal sino en el estado de necesidad en el que se toma la decisión” (1982, págs. 135 - 136)

En similar línea, aunque distinguiendo según se trate de bienes jurídicos disponibles o no disponibles, Mir Puig señala:

Cuando la intervención resulte necesaria para salvar un bien no disponible por su titular, como la vida, no hará falta acudir a la figura del consentimiento presunto, sino que bastará que el hecho resulte amparado por estado de necesidad (auxilio necesario). En cambio, si el bien en peligro es disponible por su titular, sólo es lícito intervenir si concurre consentimiento presunto, pues podría suceder que el titular prefiriese asumir la lesión del bien en peligro antes que la intervención lesiva necesaria para evitar aquélla. (2016, pág. 533)

También Romeo, para los casos de tratamientos curativos, establece:

Las ventajas del estado de necesidad, una vez comprobada la imposibilidad de contar el agente con el consentimiento del interesado, es que sus requisitos aparecen claramente delimitados en el Código Penal..., y por lo que se refiere al tratamiento curativo, si se da la imposibilidad de obtención del consentimiento, el facultativo podrá acudir al estado de necesidad siempre que exista un peligro grave e inmediato para la salud -o la vida- del paciente; y que el facultativo no intervenga más que en lo imprescindible o necesario hasta que pueda obtener el consentimiento correspondiente. (1981, págs. 366 - 367)

Al respecto, no considero acertado incorporar a la voluntad presunta dentro del estado de necesidad justificante, por tener ambas figuras y fundamentos totalmente diferentes. Así, mientras que la voluntad presunta (denominada por la doctrina como consentimiento presunto) tiene como fundamento la voluntad hipotética del titular del bien jurídico; el estado de necesidad justificante tiene como fundamento la realización de una ponderación de intereses que necesariamente supone la elección del mal menor, la que no siempre va a coincidir con la voluntad del titular del bien jurídico, es decir, con el bien elegido al amparo de

la voluntad presunta. En esta línea, respecto a la voluntad presunta, Jescheck y Weigend señalan

Aquí lo importante es la voluntad aquiescente del titular del bien jurídico, tal y como se habría mostrado ante el análisis de la situación fáctica, incluso aunque el resultado de la ponderación de intereses estuviera en contra de tal voluntad. (2002, pág. 414).

En igual línea, se encuentran Roxin (1997), Bacigalupo (1995, pág. 121), Casas (1987, pág. 106) y Mezger, quien precisa “se trata, por tanto -y en esto debe insistirse especialmente-, de determinar no lo que el supuesto ofendido hubiera razonablemente debido hacer en tal situación fáctica, sino cómo se hubiera comportado realmente (según toda previsión) con arreglo a su total dirección de voluntad personal” (1955, pág. 432). En contra, Cuello y Borja señalan “el consentimiento presunto requiere siempre una ponderación” (2014, pág. 92).

Si bien en muchos supuestos puede ocurrir que la voluntad presunta coincide con lo que hubiera elegido el titular del bien jurídico, esto no ocurrirá en todos los casos, lo que legitima que la misma sea considerada como una causa de justificación autónoma a las demás causas de justificación tradicionalmente recogidas por los ordenamientos jurídicos. Al respecto, Roxin, reconociendo la naturaleza de causa de justificación autónoma en la voluntad presunta, afirma:

De todos modos, el consentimiento presunto está próximo al estado de necesidad justificante en la medida en que la hipotética voluntad del sujeto en cuyos bienes se produce la ingerencia [sic] coincidirá en muchos casos con el resultado de una ponderación objetiva de intereses. (1997, pág. 766).

#### **4. Diferencias Respecto de la Subrogación (Representación)**

De lo dicho, la voluntad presunta operará como una causa de justificación autónoma, trayendo como efectos los mismos que son aplicados al resto de causas de justificación conocidas por la doctrina. Así, excluirá la responsabilidad penal del sujeto activo, por no llegarse a establecer la realización de una conducta antijurídica; generando la no sanción penal.

De esta manera, la voluntad presunta operará en los casos en los que el titular del bien jurídico no pueda manifestar su consentimiento y en los que, luego de analizadas las especiales circunstancias del caso concreto, el autor (quien lesiona o pone en peligro el bien jurídico) presuma que el mismo aceptaría la disposición. Al respecto, debe precisarse que estos casos no deben ser confundidos con los supuestos en los que opera una subrogación del consentimiento, por encontrarse imposibilitado o incapacitado para consentir el titular del bien jurídico (consentimiento brindado por el representante). Así, en los casos en los que exista un representante que pueda brindar el consentimiento por el titular del bien jurídico, no podrá decirse que exista una voluntad presunta; sino, por el contrario, habrá operado una subrogación que permitirá a dicho representante brindar un con-

sentimiento expreso que excluirá la tipicidad de la conducta por la no lesión del bien jurídico protegido, es decir, habrá operado un consentimiento como causa de atipicidad. Esto ocurre, por ejemplo, en el caso de la operación de apéndice que tenga que practicarse a un menor de 5 años de edad, en este caso, sus padres (quienes ejercen la patria potestad) brindarán el consentimiento expreso para la lesión del bien jurídico de salud de su menor hijo, no existiendo una voluntad presunta; sino, por el contrario, un consentimiento expreso que incluso llegará, en este caso en concreto, a ser escrito.

En tal sentido, en el consentimiento brindado por el representante (causa de atipicidad) siempre deberá cumplirse con la exteriorización de la voluntad (sea ya de forma expresa, tácita, escrita u oral); mientras que en la voluntad presunta (causa de justificación autónoma) no existirá un consentimiento y operará una presunción respecto de lo que el titular del bien jurídico o su representante hubieran hecho de encontrarse en esa situación (un juicio hipotético sobre la base de criterios objetivos); operando, por ello, la voluntad presunta en los casos en los que el titular no pueda brindar su consentimiento y no exista tampoco un representante que válidamente pueda hacerlo por él.

En esta misma línea, sobre la voluntad presunta (aunque denominándola consentimiento presunto), Jescheck y Weigend señalan:

Aquí nos encontramos ante un consentimiento que aunque de acuerdo con las circunstancias podría ser prestado eficazmente, sin embargo o no existe o no puede ser recabado a tiempo porque *el titular del bien jurídico o, en su caso, su representante legal* [énfasis agregado], no está localizable o está inconsciente y necesitado de un tratamiento médico urgente. (2002, pág. 414)

Pese a ello Queralt se ha pronunciado en contra, sostiene que la voluntad presunta debe prevalecer incluso sobre la voluntad del representante:

Para evitar posibles perjuicios posteriores, ha de prevalecer el consentimiento presunto a favor de la intervención; los representantes o los familiares podrán ayudar a formarse un criterio al médico, pero salvo aportación fehaciente de denegación explícita de consentimiento efectuada con anterioridad por el interesado, el facultativo está autorizado para intervenir. El posterior y eventual disgusto del interesado resulta irrelevante. (1996, págs. 61 - 62)

No considero adecuada la propuesta planteada por Queralt, en tanto desconoce que la autorrealización personal tiene como fundamento la autonomía de la voluntad; además, olvida que la voluntad presunta debe ser aplicada de forma excepcional y siempre prefiriéndose la voluntad expresa (consentimiento) del titular o el de su representante. Por ello, la voluntad presunta se aplicará únicamente cuando el titular o su representante no puedan brindar el consentimiento que convierte en atípica la lesión o puesta en peligro del bien jurídico. Solo cuando no exista representación o cuando el titular no pueda consentir, tendrá sentido plantearse la posible existencia de esta causa de justificación autónoma.

## 5. Requisitos

A la voluntad presunta, en cuanto le sean aplicables, le son exigibles para su validez los mismos requisitos establecidos para el consentimiento real (Roxin, 1997, pág. 766; Jescheck & Weigend, 2002, pág. 417; Mir Puig, 2016, pág. 527; Segura, 2000, pág. 156). En esta línea, quien invoque esta causa de justificación debe tener la capacidad de juicio necesaria para efectuar un juicio hipotético respecto de lo que habría querido el titular del bien jurídico; debe actuar de forma libre y espontánea, sin vicio de la voluntad alguno; debe referirse al momento del hecho a través de un juicio hipotético *ex ante* (es irrelevante la esperanza de una posterior aprobación), debe cumplir con los requisitos adicionales exigidos en el tipo (por ejemplo, ausencia de precio o recompensa para la donación de órganos), entre otros.

Adicionalmente, la voluntad presunta debe ser aplicada de forma subsidiaria y excepcional, no pudiendo recurrirse a ella cuando sea posible recabar el consentimiento expreso del titular del bien jurídico o el de su representante<sup>4</sup>; es decir, sólo debe recurrirse a esta figura cuando “no se puede aguardar la decisión que tomaría el titular del bien jurídico porque más tarde ya no tendría elección posible” (Stratenwerth, 1982, pág. 135).

Asimismo, se rechaza la voluntad presunta como causa de justificación en los casos en los que pueda presumirse que el titular del bien jurídico o su representante hubieran consentido en contra, no pudiendo desconocerse la autodeterminación del sujeto; en palabras de Casas “por lo que, para que la justificación por consentimiento presunto pueda darse, no ha de infringirse la autodeterminación del sujeto” (1987, pág. 104). Con mayor razón se rechaza en los casos en los que, de forma expresa, el titular del bien jurídico o su representante se hayan manifestado en contra de la disposición, sin importar lo irrazonable que ello parezca (en estos casos, podría plantearse la concurrencia de un estado de necesidad, pero no de la voluntad presunta) (Stratenwerth, 1982, pág. 136). En similar línea, De la Mata señala:

Y en ningún caso cabrá admitir el consentimiento presunto de constar la negativa expresa del titular a consentir la acción del autor del hecho o, incluso, datos razonables que permitan deducir dicha negativa a pesar de la ausencia de manifestación expresa del titular en ese sentido. (De la Mata, 1997, pág. 404).

También Zaffaroni señala “No obstante, esta presunción se destruye cuando hay indicios de voluntad en contrario del titular del bien jurídico en peligro” (Zaffaroni, 1981, pág. 526).

Respecto a la opinión de Stratenwerth, en contra, se ha manifestado Mezger, quien afirma

4 En esta línea, por todos, ver: Roxin (1997) y Cuello y Borja (2014). En contra, Tiedemann plantea la posibilidad de admitir la voluntad presunta para los casos de menoscabos insignificantes o transitorios, lo que es rechazado por Roxin (1997, pág. 769).



El llamado consentimiento presunto puede a veces darse en contra de la voluntad expresamente declarada del titular del interés (...). La oposición del aparentemente lesionado puede tener su causa en una interpretación errónea del estado de hecho, en cuya hipótesis es indudable que si hubiera reconocido de modo exacto la situación (situación del consentimiento presunto), hubiera otorgado el consentimiento. El interés mismo del presunto ofendido determina que en tales supuestos prevalezca sobre su errónea declaración de voluntad su verdadera dirección de voluntad. (Mezger, 1955, pág. 433)<sup>5</sup>

Considero que este planteamiento va en contra de la naturaleza jurídica de la voluntad presunta como causa de justificación, la que tiene como fundamento la supuesta voluntad del titular del bien jurídico (siendo este elemento el que la diferencia respecto de otras causas de justificación); por ello, definitivamente, cuando el titular del bien o su representante se hayan pronunciado manifiesta o tácitamente en contra de la disposición, no podrá justificarse esta conducta al amparo de la voluntad presunta, teniendo que analizarse en el caso concreto si concurren los requisitos de alguna otra causa de justificación.

## 6. Supuestos de Aplicación

La doctrina distingue claramente dos grupos de casos en los que puede operar la voluntad presunta como una causa de justificación: las actuaciones en interés ajeno y las actuaciones en interés propio (Jescheck & Weigend, 2002, pág. 415; Roxin, 1997, págs. 771 - 777; Segura, 2000, pág. 152; Casas, 1987, págs. 105 - 106).

### 6.1. Actuaciones en Interés Ajeno

En un primer grupo se encuentran las actuaciones en interés ajeno, es decir, los casos en los que el autor (quien lesiona o pone en peligro el bien jurídico) interviene o deja de intervenir en la esfera jurídica de otro en favor de este último, disponiendo sobre su bien jurídico y confiando en la aprobación posterior de éste. Se comprenden aquí los conflictos internos de intereses y bienes en el ámbito de la vida del titular de los mismos, los que deben ser solucionados a partir de una intervención externa, dada la imposibilidad del mismo titular o de su representante para brindar su consentimiento.

Al respecto, considero acertada la clasificación efectuada por Roxin para establecer los diversos requisitos exigidos para la validez de la voluntad presunta, en función a las distintas situaciones y a las diversas decisiones que se presenten (1997, págs. 773 - 776) la cual desarrollaremos en detalle a continuación.

**6.1.1 Decisiones Vinculadas a la Situación Objetiva.** En este grupo se comprenden las decisiones vinculadas a una situación real (objetiva), en las que la intervención del auxiliador no afecta o solo afecta marginalmente el ámbito de la configuración más personal de la vida, como por ejemplo puede ocurrir cuando un vecino ingresa a la casa de otro para apagar un

<sup>5</sup> Lo mismo, recogiendo a Mezger, ha sido recogido por Rodríguez y Serrano (1994, pág. 508)



incendio que observa desde su ventana, o cuando alguien salva de morir ahogada a otra persona, aún a sabiendas que en el proceso de salvamento puede generarle lesiones; o cuando el guardián de un edificio cubre el auto de un vecino que se encuentra a la intemperie, para que no sea dañado con la pintura que pueda salpicar del pintado de la fachada del edificio contiguo.

Para estos casos, Roxin propone como regla general la validez de la voluntad presunta como causa de justificación, siempre y cuando se favorezca el interés claramente preponderante (luego de efectuada una ponderación objetiva) del titular del bien jurídico, a no ser que el sujeto activo (quien lesiona o pone en peligro el bien) tenga conocimiento de circunstancias que sean indicio de la opinión opuesta del titular del bien jurídico; caso en el que la voluntad presunta no tendría validez como causa de justificación (1997). Pero, si no hubiese sido posible conocer nada más concreto sobre la postura del titular del bien jurídico, y el autor interviniera, por más que posteriormente resultase que el titular del bien o su representante no estuvieran de acuerdo con dicha intervención, igual la voluntad presunta tendría validez como causa de justificación.

**6.1.2 Decisiones vinculadas a la personalidad.** Conforme lo señala Roxin, se requerirá de este tipo de decisión “cuando no se puedan encontrar criterios generalizables sobre lo correcto en una determinada situación, sino que ello dependa de la opinión sumamente individual del titular del bien jurídico” (1997, pág. 774); es decir, cuando sea muy difícil determinar cuál habría sido la voluntad del titular del bien jurídico o de su representante, cobrando especial relevancia su voluntad hipotética.

Esto podría ocurrir, por ejemplo, si alguien leyera el mensaje por WhatsApp que llegara al teléfono móvil olvidado por un amigo, con la finalidad de poder avisarle respecto a una comunicación urgente que sabía estaba esperando para confirmarle una reunión de negocios; en este caso, difícilmente se podrá saber qué es lo que hubiera preferido el amigo: llegar a tiempo a la cita de trabajo o evitar que sus amistades se enteren de sus negocios personales.

Para estos casos, Roxin propone como regla general la regla inversa a las decisiones vinculadas a una situación objetiva: “el sujeto no puede partir del consentimiento presunto, a no ser que haya circunstancias especiales que hagan lógica la suposición de que el titular del bien jurídico está de acuerdo con la intromisión” (1997, pág. 774); exigiendo con ello, para la validez de la voluntad presunta como causa de justificación, que el sujeto (quien lesiona o pone en peligro el bien jurídico), antes de presumir su voluntad, conozca algo más exacto sobre la voluntad o postura del titular del bien o de su representante.

En el ejemplo propuesto, la voluntad presunta operaría como causa de justificación, si con anterioridad el dueño del teléfono hubiese pedido al

autor que revisara sus mensajes de WhatsApp o le hubiera manifestado expresamente no tener problema con que otros se enteren de sus negocios personales. De existir estos indicios sobre la voluntad del mismo, por más que el titular posteriormente se mostrara en desacuerdo con que su amigo hubiese leído el mensaje de WhatsApp de su móvil, la voluntad presunta operaría como una causa de justificación. Si, por el contrario, no hubiese habido indicio alguno de la voluntad del titular y éste, con posterioridad, hubiera mostrado su disconformidad con el autor, éste debería responder por el tipo penal correspondiente.

También se pueden incluir en estos casos las decisiones vinculadas con la corrección de niños ajenos. Así, si los padres se ausentaran y autorizaran expresamente a la nana a castigar moderadamente a sus hijos, si en una segunda oportunidad volvieran a ausentarse y olvidaran autorizar el castigo; válidamente la nana, en caso de imponer alguno, podría justificarse al amparo de la voluntad presunta. Sin embargo, Roxin precisa al respecto, que esto no sería válido para los castigos corporales “pues el hecho de que los padres se reserven a sí mismos ese método educativo aún no es razón suficiente para suponer que también van a estar de acuerdo con que otros castiguen a sus hijos” (1997, pág. 775).

En contra de aplicar esta causa de justificación se han manifestado Jescheck y Weigend, para quienes

Un derecho a la corrección de niños ajenos no puede ser apoyado sobre la idea del consentimiento presunto por parte de las personas facultadas para su educación; en el mejor de los casos puede plantearse la legítima defensa o una acción realizada en estado de necesidad. (2002, pág. 417)

Aunque admiten la posibilidad de plantear ciertas excepciones.

**6.1.3 Decisiones Existenciales.** Este rubro comprende las decisiones sobre la vida y la muerte, respecto de las que la voluntad presunta, por regla general, sí será considerada una causa de justificación válida. En este rubro incluyen también Cuello y Borja las decisiones personales decisivas e irreversibles (como, por ejemplo, la intervención de la víctima inconsciente en un accidente) (2014, pág. 92).

Según Roxin, el fundamento para ello radica en el hecho de que,

Cuando realmente está en juego la muerte, muchas personas revisan sus opiniones anteriores y quieren seguir viviendo; las decisiones existenciales de este tipo no se pueden anticipar ni siquiera por el propio afectado con reflexiones teóricas. Por ello, la mejor manera de servir a la autonomía del paciente es permitir que se le salve la vida, lo que le deja abierta al mismo la decisión posterior –incluso la de morir-. En tal caso el consentimiento presunto justifica, aunque posteriormente [sic] la persona salvada no esté de acuerdo con que se le haya salvado. (1997, pág. 776)

Con lo expuesto considera que, frente a una intervención médica en la que está en discusión la vida del paciente, siempre deberá preferirse salvarle la vida, aunque luego el titular no esté de acuerdo con ello, e incluso a pesar de que el mismo con anterioridad haya manifestado su consentimiento en contra (pues parte del supuesto que al último momento el titular puede cambiar de opinión).

Considero que fundamentar la voluntad presunta en el posible cambio de opinión del titular del bien, incluso en los casos en los que el mismo previamente había expresado su voluntad contraria, no es del todo acertado; ello, no porque la solución a la que se arriba no me parezca la correcta, sino porque la fundamentación de la misma responde más al fundamento del estado de necesidad justificante (ponderación entre dos males y elección del menor mal), que al fundamento que legitima la voluntad presunta como causa de justificación autónoma (voluntad del titular).

En virtud de lo expuesto, en estos casos, a fin de desnaturalizar el fundamento que legitima la voluntad presunta como causa de justificación, para definir si el autor actuó bajo el amparo del estado de necesidad justificante o de la voluntad presunta del titular del bien jurídico, deberá atenderse a las razones que motivaron su actuación.

Así, por ejemplo, si un médico decidiera no efectuar a un paciente en estado de inconsciencia una trasfusión sanguínea, por llevar éste una medalla en el pecho en la que se declarara Testigo de Jehová y expresamente afirmara preferir morir antes que recibir una transfusión, y el paciente falleciera; no podría sancionarse al médico por homicidio, por haber actuado al amparo de la causa de justificación voluntad presunta. Mientras que, si en el mismo caso, el médico procediera a efectuar la transfusión y, con ello, a salvarle la vida, alegando una ponderación de intereses, tampoco podría ser sancionado, pudiendo alegar la causa de justificación estado de necesidad. Para Gómez, incluso en estos casos debe darse prioridad al respeto a la voluntad del paciente, en tanto

En el ámbito de los bienes disponibles, el estado de necesidad sólo puede encontrar acogida cuando con él se trata de salvaguardar un bien que su titular tiene interés en preservar, puesto que sólo cuando concurre esta premisa básica puede decirse que existe un interés digno de protección que pudiera entrar en colisión con el otro bien que finalmente se acaba lesionando. (2008, pág. 207)

## **6.2. Actuaciones en Interés Propio**

En este segundo grupo se encuentran los casos en los que el sujeto interviene o deja de intervenir en la esfera del titular del bien jurídico, en su propio interés; es decir, el sujeto dispone sobre los bienes jurídicos del titular, confiando al hacerlo en su aprobación posterior, sin que este último reciba beneficio o ventaja con dicha disposición. Se comprenden aquí los supuestos en los que sea presumible la renuncia por parte del afectado a sus propios intereses, en beneficio del autor

(quien lesiona o pone en peligro el bien jurídico) o de un tercero. Así, por ejemplo, se encuentra el caso del niño que recoge la fruta caída bajo los árboles ajenos en un año de exceso de producción, o de quien usa el móvil de su mejor amigo para una breve llamada telefónica.

Para estos casos, Roxin propone aplicar como regla general la formulada para las decisiones vinculadas a la personalidad: “habrá de rechazarse el consentimiento presunto cuando no existan circunstancias concretas del caso particular que permitan inferir que el titular del bien jurídico está de acuerdo” (1997, pág. 776); es decir que, de encontrarse indicios que evidencien que el titular sí daría su aprobación, operaría la voluntad presunta como causa de justificación. En contra se ha pronunciado Jakobs, para quien resulta demasiado arriesgado dar validez a la voluntad presunta en los casos en los que el titular del bien jurídico ni siquiera obtendrá beneficio alguno; por lo que, para este autor, “Siempre que en los supuestos de voluntad presunta en beneficio ajeno no concurra consentimiento -en su caso prestado de modo general o de modo concluyente-, aunque se trate de supuestos de injusto trivial, se realiza injusto” (1997, pág. 544). Considero adecuada la regla propuesta por Roxin en tanto, si bien la actuación realizada por el autor (quien lesiona o pone en peligro el bien jurídico) ni siquiera supone un beneficio para el titular del bien; sí resulta razonable validar la voluntad presunta en los casos en los que exista evidencia de que el titular del bien estaría de acuerdo; también a favor de esta solución se muestran Cuello y Borja (2014, pág. 92).

Sin embargo, no estoy de acuerdo con aceptar lo propuesto por Roxin respecto de la validez de esta causa de justificación para los casos en los que el menoscabo de intereses del titular del bien sea irrelevante:

La mera relación de personas muy conocidas y que se tienen simpatía sólo permitirá inferir el consentimiento presunto cuando el menoscabo de los intereses del titular del bien jurídico sea completamente irrelevante (como cuando se recoge la fruta que, si no, se va a corromper, o cuando se utiliza la bicicleta por un breve periodo de tiempo). (Roxin, 1997, págs. 776 - 777).

Considero que estos casos tampoco pueden quedar impunes a la luz de la voluntad presunta, dado que, por más insignificante que pueda resultar la lesión del bien menoscabado, en la medida en que no existe beneficio alguno para el titular del mismo y éste ni siquiera ha dado indicio alguno de su aceptación; nada justifica una intromisión en su esfera jurídica.

## 7. Conclusión

El denominado consentimiento presunto no puede ser considerado una causa de atipicidad por operar en este último una ficción y no existir un auténtico consentimiento real. Por ello, para evitar confusiones, considero preferible utilizar para estos casos el término de voluntad presunta, la que sólo puede ser considerada una causa de justificación autónoma, pero nunca una causa de atipicidad: no supone una disposición que elimine una lesión o puesta en peligro del bien jurídico

y, por tanto, que convierta a la conducta en atípica (como sí ocurre con el consentimiento real).

Así, la voluntad presunta operará en los casos en los que el titular del bien jurídico no pueda manifestar su consentimiento y en los que, luego de analizadas las especiales circunstancias del caso concreto, el autor (quien lesiona o pone en peligro el bien jurídico) presuma que el mismo aceptaría la disposición. No obstante, esto no debe confundirse con los casos en los que el consentimiento es dado por el representante (supuestos de subrogación), debido a que en estos últimos sí se cumple con la exteriorización de la voluntad; lo que no ocurre con la voluntad presunta, en la que opera una presunción respecto de lo que el titular del bien jurídico o su representante hubieran hecho de encontrarse en esa situación (juicio hipotético sobre la base de criterios objetivos).

Por lo expuesto, la voluntad presunta deberá ser aplicada de forma excepcional y subsidiaria, respecto de los casos en los que sí sea posible obtener el consentimiento expreso del titular del bien jurídico o de su representante; diferenciándose claramente los contornos respecto de considerarla una causa de justificación en las actuaciones en interés ajeno y en las actuaciones en interés propio.



## REFERENCIAS

- Bacigalupo, E. (1995). El consentimiento del lesionado en el Derecho y en la dogmática penal españoles. En A. Eser, E. Gimbernat, & W. Perrón, *Justificación y exculpación en el derecho penal (Coloquio Hispano-Aleman de Derecho Penal)*. Madrid.
- Casas, E. (1987). *El consentimiento en el derecho penal*. Córdoba: Universidad de Córdoba.
- Cerezo, J. (1998). *Curso de Derecho Penal Español. Parte General, II. Teoría Jurídica del Delito*. Madrid: Tecnos.
- Chang, R. (2017). ¿Existe el consentimiento presunto?: La voluntad presunta como causa de justificación. *Revista Ius Et Veritas*(54).
- Cobo del Rosal, M., & Vives, T. (1996). *Derecho Penal. Parte General*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Cuello, J., & Borja, C. (2014). *Curso de Derecho Penal. Parte General*. Madrid: Tecnos.
- De la Mata, N. (1997). El consentimiento presunto ante comportamientos realizados en interés propio. En J. Silva, *Política criminal y nuevo derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin*. Barcelona: Bosch.
- Frister, H. (2011). *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Gómez, M. C. (2008). *La responsabilidad penal del médico*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Günther, H. (1995). La clasificación de las causas de justificación en Derecho penal. En D. Luzón, & S. Mir, *Causas de justificación y de atipicidad en Derecho penal*. Pamplona: Aranzadi.
- Jakobs, G. (1997). *Derecho Penal Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. Madrid: Marcial Pons.
- Jescheck, H., & Weigend, T. (2002). *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Granada: Comares.
- Mezger, E. (1955). *Tratado de Derecho Penal (Vol. I)*. (J. A. Muñoz, Trad.) Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
- Mir Puig, S. (2016). *Derecho Penal, Parte General*. Barcelona: Reppertor.
- Queralt, J. J. (1996). *Derecho Penal Español. Parte Especial. Delitos contra los intereses individuales y colectivos*. Barcelona: Bosch.
- Rodríguez, J., & Serrano, A. (1994). *Derecho penal español. Parte general, décimo séptima edición*. Madrid: Dykinson.



- Romeo, C. (1981). *El Médico y el Derecho Penal. I. La actividad curativa (licitud y responsabilidad penal)*. Barcelona: Bosch.
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal, Parte General*. (M. Díaz, J. Vicente, & D. Luzón, Trads.) Madrid: Civitas.
- Segura, M. (2000). *El consentimiento del titular del bien jurídico en Derecho penal*. Valencia: Blanch.
- Stratenwerth, G. (1982). *Derecho Penal. Parte General I. El Hecho Punible*. Madrid: Edersa.
- Stratenwerth, G. (1982). *Derecho Penal. Parte General I. Traducido de la segunda edición alemana (1976)*. (G. Romero, Trad.) Madrid: Edersa.
- Zaffaroni, E. (1981). *Tratado de Derecho Penal. Parte General (Vol. III)*. Buenos Aires: Ediar.