

APA:

BACIGALUPO, E. (2022). El consentimiento en los delitos contra la vida y la integridad física. *Revista Peruana de Ciencias Penales / Edición Especial: Teoría del Delito*, (36), 143-164.

EL CONSENTIMIENTO EN LOS DELITOS CONTRA LA VIDA Y LA INTEGRIDAD FÍSICA*

ENRIQUE BACIGALUPO**

RESUMEN:

La significación jurídica del consentimiento en el marco de los delitos contra las personas ha sido siempre problemática. Paralelamente las cuestiones del consentimiento han alcanzado actualmente un especial desarrollo en el marco de los delitos de homicidio, donde durante mucho tiempo se le había reconocido solo una mínima y apenas significativa relevancia solo para excluir la forma agravada del asesinato. En el presente trabajo se procura actualizar la problemática del consentimiento en estos delitos a través del tratamiento de tres cuestiones de relevancia actual: la eutanasia, la esterilización de incapaces con grave deficiencia psíquica y las transfusiones de sangre.

PALABRAS CLAVE: Consentimiento, delitos contra la vida, integridad física, homicidio, eutanasia, esterilizaciones, transfusiones de sangre, Derecho Penal.

TITLE: Consent in offences Against Life and Physical Integrity.

ABSTRACT:

The legal significance of consent in the context of offences against individuals has always been problematic. Recently, issues concerning consent have seen significant developments, particularly in the context of homicide, where for a long time it was granted minimal and barely significant relevance, primarily to exclude aggravated forms of murder. This work aims to update the issue of consent in these crimes by addressing three current and relevant topics: euthanasia, sterilization of individuals with severe mental deficiencies, and blood transfusions

KEYWORDS: Consent, offences against life, physical integrity, homicide, euthanasia, sterilization, blood transfusions, Criminal Law.

* Originalmente publicado en *RPCP*, Número 1, 1993, pp. 11-33.

** Ex Magistrado del Tribunal Supremo Español.

I

La significación jurídica del consentimiento en el marco de los delitos contra las personas ha sido siempre problemática. La introducción de una regla especial referida al consentimiento en las lesiones en el art. 428 CP generó en su momento una interesante polémica, cuyos alcances se han ido reduciendo en la medida en que el legislador, primero en 1983 y luego en la reciente reforma introducida por la L.O. 3/89, ha extendido los supuestos de relevancia de aquél. Paralelamente las cuestiones del consentimiento han alcanzado actualmente un especial desarrollo en el marco de los delitos de homicidio, donde durante mucho tiempo se le había reconocido sólo una mínima y apenas significativa relevancia sólo para excluir la forma agravada del asesinato.

En el presente trabajo se procura actualizar la problemática del consentimiento en estos delitos a través del tratamiento de tres cuestiones de actualidad: la eutanasia, la esterilización de incapaces con grave deficiencia psíquica y las transfusiones de sangre.

II

El art. 409, II CP contiene un supuesto de hecho en el que la teoría reconoce de manera uniforme un supuesto de homicidio consentido por la víctima. Es evidente que la ejecución por sí de la acción de matar a otro, sólo puede ser considerada como un “auxilio al suicidio”, si el sujeto pasivo ha pedido al autor que le quite la vida. Pero, dado que la amenaza penal del art. 409, II CP coincide con la prevista para el homicidio (art. 407), se ha deducido que, en principio, el consentimiento, carece de significación en este delito. Dicho en otras palabras, el art. 409, II CP sólo haría explícita, de una manera indirecta, la ausencia de significado del consentimiento en el homicidio.

Sin embargo, resulta claro al mismo tiempo, que el homicidio consentido, tanto como el piadoso, tienen una diferencia valorativa esencial respecto del homicidio cometido contra la voluntad del sujeto pasivo¹. A partir de esta comprobación se han hecho en la teoría diversas propuestas relacionadas con la eficacia que se debe acordar al consentimiento en el marco de los delitos de homicidio. Estas propuestas se diferencian tanto en su fundamento como en la extensión que acuerdan a los efectos del consentimiento. En favor de una solución que flexibilice el derecho vigente en esta materia se debe tener en cuenta, sin duda, que una atenuación de la pena del

1 Confr. BACIGALUPO, E. en *Documentación Jurídica*, 37/40, 1983, pág. 328; MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal, P.E.*, 7ª ed. 1988, pág. 68.

homicidio consentido no es ajena a las tradiciones del derecho penal español, ya que estaba reconocida en el Código Penal de 1848².

Nuestro propósito es hacer un análisis de estas propuestas para limitar la equivalencia penal de los hechos punibles previstos en los arts. 407 y 409, II, CP.

III

1) El punto de vista más tradicional, formulado por primera vez por Antón Oneca, sostiene, en su versión más moderna, que el art. 409, II, CP, “pese a las apariencias -la identidad de pena con el homicidio simple-, se trata de una especie privilegiada, ya que excluye la calificación de parricidio o, en su caso, del asesinato, y (...) el fundamento del privilegio se encuentra en el hecho de que el agente actúa con el consentimiento de la víctima”³.

Esta solución, de todos modos, más que una propuesta de dar relevancia al consentimiento es, en realidad, una teoría que considera incompatible los fundamentos de las circunstancias del asesinato y el parricidio con la existencia del consentimiento: éste sigue siendo irrelevante⁴ y sólo neutraliza las agravantes del asesinato y el parricidio. Con razón afirman recientemente Cobo del Rosal / Carbonell que “si se pretende otorgar algún sentido a esta figura delictiva (la del art. 409, II CP), es necesario que la pena prevista sea inferior a la del homicidio, pues de lo contrario, resultará totalmente inoperante”.

Como solución neutralizadora de las agravantes del asesinato, de todos modos, no está fuera de toda duda la incompatibilidad general del consentimiento con todas las circunstancias que prevé el art. 406 CP⁵. En efecto, el consentimiento es

-
- 2 La posición de RODRÍGUEZ MUÑOZ, J. en Notas al Tratado de Mezger, I, pág. 421, que no reconoce, al consentimiento ninguna relevancia, se puede considerar aislada.
 - 3 DEL ROSAL -COBO-R. MOURULLO, *Derecho Penal Español, PE*, 1962, pág. 276; en igual sentido: QUINTANO RIPOLLÉS, A. *Tratado de la PE del Derecho Penal*, I, 1972, pág. 416; *Comentarios al Código Penal*, 1966, pág. 747; ANTÓN ONECA, J. *Derecho Penal I*, 2ª ed. 1986, pág. 288 y sgte. (ídem en la 1ª ed. 1949, pág. 324; JIMÉNEZ DE ASÚA, L. *Tratado de Derecho Penal IV*, pág. 609; RODRÍGUEZ DEVESA, J. / SERRANO GÓMEZ, A. *Derecho Penal Español, PE*, 11ª ed. 1988, pág. 69; COBO DEL ROSAL, M. / VIVES ANTÓN, T. y otros, *Derecho Penal, PE*, 2ª ed. pág. 547 y sgte.; en contra, respecto del art. 405 CP, FERRER SAMA, A. *Comentarios al Código Penal*, IV, 1956, pág. 273.
 - 4 Con toda claridad: ANTÓN ONECA, J. pág. 288 CP: (el consentimiento) “es irrelevante para el homicidio”.
 - 5 Mantienen una solución similar en el derecho alemán ESER, A. en SCHÖNKE- SCHRÖDER, *StGB*, 23 ed. 1988, § 216, 2; JAHUKE, H. en *LK*, 10ª ed. § 216,2; LACKNER, *StGB*, 17 ed. 1987, § 216,1. Las circunstancias del § 211 *StGB* no coinciden totalmente con las del art. 406 CP.

claramente incompatible con la alevosía, incluyendo el veneno, que se debe considerar una forma de ésta. Si la víctima requiere la muerte, induciendo para ello al autor a ejecutar el hecho⁶, no cabe hablar de alevosía, pues ésta presupone que el autor haya aprovechado de lo inesperado del hecho o de la indefensión de la víctima y que haya actuado con una actitud de desprecio hacia ella que no se pueden apreciar cuando la propia víctima lo ha inducido a causarle la muerte.

Por el contrario, ya no es claro que el consentimiento deba excluir en todos los casos la agravación por la premeditación, ni por el precio o promesa, ni por el uso de medios que provocan un peligro común (inundación, incendio, explosión), y es, por lo menos dudoso, que deba tener efecto excluyente respecto del ensañamiento.

En los casos de premeditación y precio o promesa, anteriores al consentimiento de la víctima, es evidente que el autor ya está decidido a matar; por lo tanto, en la medida en que el tipo del art. 409, II CP requiere que el consentimiento de la víctima sea determinante del hecho, su efecto excluyente de la agravación del asesinato en estos casos resulta totalmente neutralizada, pues el *omnimodo facturus* está fuera del alcance del art. 409, II CP⁷.

En el supuesto de la muerte causada por inundación, incendio o explosión la agravación proviene del peligro común creado por estos medios comisivos; por lo tanto, el consentimiento en la muerte no podrá tener efecto alguno sobre el peligro corrido por bienes jurídicos cuya protección no depende del interés del sujeto que consintió.

Acaso sea dudosa la cuestión respecto del ensañamiento, pero lo cierto es que consentir morir no significa, sin más, otorgar una autorización para ser sometido a sufrimientos inhumanos de dolor⁸.

Por lo tanto, el efecto del consentimiento respecto de las circunstancias del asesinato, fuera del caso de la alevosía, no es tan obvio ni automático como, en general, se lo ha supuesto y en algunos casos, como en el supuesto del art. 406,3° CP, directamente no puede existir. Dicho de otra manera: comprobado el consentimiento todavía no es seguro que se deba excluir el asesinato, por lo que la tesis tradicional del efecto atenuante del consentimiento adolece, por lo menos, de una generalidad no demostrable.

2) Otro intento de reducir la equivalencia de la pena del homicidio simple y del homicidio consentido, sin poner en tela de juicio la premisa de la irrelevancia del

6 Confr. HORN, en RUDOLPHI / HORN / SAMSON / SCHREIBER *StGB*, II, § 216, 3.

7 Confr. ESER, A. loc. cit. § 216, 9; DREHER / TRÖNDLE, *StGB*, 43ª ed. 1986, § 216, 4; HORN, loc. cit. § 216, 5; ARZT / WEBER, *Strafrecht, BT, LH 1*, 2ª ed. 1981, pág. 74.

8 Otro punto de vista: ESER, A. loc. cit. § 216, 2.

mismo, se ha buscado por la vía del traslado de la cuestión de su eficacia atenuante al ámbito de la culpabilidad, que es donde la conformidad del sujeto pasivo tendría su reflejo en una motivación del autor menos reprochable⁹.

Este punto de vista se basa en que en la muerte a petición del que no quiere vivir más, entran en consideración, muchas veces, motivaciones piadosas y humanitarias, como la de acortar los sufrimientos de quien se sabe que va a morir pronto. Estas motivaciones, cuando concurren, deberían servir, por lo menos, para atenuar la pena¹⁰. La solución, empero, tiene un alcance muy limitado. En la medida en que la atenuación se fundamente en la motivación del autor, no se podrá extender a los partícipes, dado que sólo consistirá en una “disposición moral del delincuente” menos reprochable y, por lo tanto, sólo servirá para atenuar la responsabilidad “de aquellos culpables en quien concurran” (art. 60 CP).

Pero, de todos modos, tampoco en este caso estamos en presencia del efecto del consentimiento sobre la punibilidad, sino de los efectos de las motivaciones piadosas y humanitarias sobre la reprochabilidad cuando el sujeto pasivo ha consentido expresamente en su muerte. En realidad, en tales supuestos el consentimiento ni siquiera es un presupuesto necesario del efecto atenuante que se atribuye a tales motivaciones, pues éstas podrían operar por sí solas reduciendo la reprochabilidad.

3) Las orientaciones más recientes han replanteado el problema del consentimiento desde la perspectiva del bien jurídico protegido por el delito del homicidio.

Las diferentes soluciones difieren, sin embargo, en lo referente a las posibilidades de lograr, mediante una redefinición del bien jurídico del homicidio, resultados sostenibles a la luz del derecho vigente.

a) La posición más radical en este sentido parte de la reformulación de las relaciones entre la vida y la libertad. “Todos los derechos fundamentales de la persona -se sostiene-¹¹ (se deben considerar) como emanaciones del derecho al libre desarrollo de la personalidad o, si se prefiere, de la dignidad de la persona”. Por lo tanto, el bien jurídico protegido por el homicidio no sería sino una especie de la libertad y, como ésta es renunciable, el consentimiento tendría respecto de ella toda su eficacia. La consecuencia prácticamente necesaria de este punto de vista debe ser “la absoluta irrelevancia constitucional de la vida no deseada por su titular”, de lo que se deriva “un derecho al suicidio que debería comportar la nulidad de la tipificación del auxi-

9 Así probablemente MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal, PE*, 7ª ed. 1988, pág. 68; BUSTOS RAMÍREZ, J. *Manual de Derecho Penal, PE* 1986, pág. 50, respecto de los casos de eutanasia.

10 MUÑOZ CONDE, F. loc. cit.

11 COBO DEL ROSAL, M. / CARBONELL, M. loc. cit. pág. 540.

lio, la inducción e, incluso, la ejecución del suicidio”¹². El art. 409 CP, en definitiva, sería inconstitucional, pues en él se equiparan diversos supuestos en forma contraria al principio de proporcionalidad¹³.

Esta concepción del bien jurídico, sin embargo, no tendría, para estos autores, ninguna trascendencia en la interpretación del derecho vigente, pues éste se puede interpretar “sin la menor concesión a los deseos político-criminales”¹⁴. En este sentido, Cobo del Rosal / Carbonell piensan que en el derecho vigente al consentimiento sólo le cabe la eficacia que tradicionalmente le fue reconocida, es decir, la exclusión de las agravaciones del asesinato y del parricidio¹⁵.

b) Similar al anterior es el punto de vista que trata la cuestión desde la perspectiva del conflicto entre los bienes jurídicos de la vida y la libertad, pero sin aludir al libre desarrollo de la personalidad como única fuente de los derechos fundamentales.

Según este criterio “en una cultura donde la libertad personal parece ser la piedra angular sobre la que se edifica el sistema social no puede desconocerse (...) que en caso de conflicto entre la vida y la libertad de vivir, el titular de ambos bienes puede optar por la libertad de no vivir”¹⁶. Por lo tanto, el consentimiento debería ser eficaz, pues “la vida deja de tener valor para su titular cuando considera que se le hace imposible vivir”; “no se protege el valor vida, sino la vida concreta en su funcionalidad social” de una persona determinada¹⁷, es decir, dando preferencia a la libre disposición sobre la vida.

Sin embargo, para este punto de vista, a diferencia del anterior, en los casos de homicidio a ruego en el derecho vigente se puede lograr “una significativa reducción de la penalidad apreciando la eximente incompleta de estado de necesidad o la atenuante muy calificada de poderosos estímulos de piedad (art. 9, 10^a en relación con la 8^a); ello podría permitir -se agrega- bajar la pena dos grados y aplicar la remisión

12 COBO DEL ROSAL, M. / CARBONELL, M. loc. cit. pág. 540.

13 COBO DEL ROSAL, M. / CARBONELL, M. loc. cit. pág. 548; críticamente: LUZÓN PEÑA, D. en *La Ley* (26-2-88), pág. 4, especialmente nota 40). Aquí no es posible considerar el punto de vista de Luzón, pero, sin embargo, se debe señalar que no parece acertado argumentar que la preponderancia de la vida sobre la libertad se deduce del orden numérico de los artículos constitucionales que los regulan, con lo que la vida es preferente a la libertad por estar regulada en el art. 15, mientras que la segunda lo está en el 17.

14 COBO DEL ROSAL, M. / CARBONELL, M. loc. cit. pág. 548.

15 Loc. cit. pág. 541.

16 QUERALT, J. *Derecho Penal Español, PE*, I, 1986, pág. 8.

17 QUERALT, J. loc. cit. págs. 8/9.

condicional¹⁸. Pero, de esta manera, la redefinición del bien jurídico queda desprovista de significado en lo referente al consentimiento, dado que se retorna a una búsqueda de la solución en el plano de la culpabilidad.

c) La redefinición del bien jurídico protegido en el homicidio, tomando en cuenta, de alguna manera¹⁹, el derecho a la libertad y la dignidad de la persona, tiene mucho a su favor. Por mi parte, he tratado de avanzar en esa misma dirección proponiendo una consideración pluralizada del bien jurídico protegido por el delito de homicidio²⁰. De acuerdo con ello el delito de homicidio no sólo protege la vida, sino, también la dignidad de la persona²¹. En otras palabras, se protege la vida como soporte de la dignidad de la persona. Admitiendo este punto de partida es posible también extraer consecuencias para la interpretación del derecho vigente de una manera diferente a las postuladas hasta ahora y acordar al consentimiento una significación que no quedará reducida a la cuestionable exclusión del asesinato y del parricidio o a la simple apreciación de una atenuante con fundamento en los sentimientos de piedad, que se puede haber dado o no en el caso concreto.

El punto de partida de esta reinterpretación se puede formular de la siguiente manera: el reconocimiento constitucional de la dignidad de la persona como un fundamento del orden político y de la paz social (art. 10.1 CE) no permite desconocer en la protección penal de los bienes jurídicos personales un cierto grado de autodeterminación de la persona protegida, aunque, en ciertos casos de conflicto, el reconocimiento de la misma no sea total²². En el caso de la vida, esta premisa impide que se pueda desconocer al individuo con capacidad para decidir sobre su propia muerte, aunque teniendo en cuenta la complejidad de tales decisiones el derecho penal quiera impedir toda clase de ayuda a otros para la realización de las mismas. Consecuentemente, cuando la víctima ha determinado al autor a cometer el homicidio, habrá naturalmente una lesión del bien jurídico vida; pero no se habrá vulnerado su propia autodeterminación, ejercida, precisamente, al determinar a otro a su propia muerte, y, por lo tanto, tampoco de su dignidad como persona.

18 QUERALT, J. loc. cit. pág. 9.

19 Aquí no es posible entrar en la consideración del derecho al libre desarrollo de la personalidad como única fuente de los derechos fundamentales.

20 Confr. BACIGALUPO, E. *Estudios de Derecho Penal (PE)*, 1989, pág. XXX. Sobre la problemática de los tipos penales caracterizados por varios bienes jurídicos: confr. MAURACH, R. *Deutsches Strafrecht, AT*, 4 ed. 1971, pág. 218 y sgte.

21 Confr. también BACIGALUPO, E. en *Documentación Jurídica*, 34/40, 1983, pág. 334.

22 Confr. STRATENWERTH, G. *Strafrecht, AT*, 3ª ed., N° 374 y sgte.; SCHMIDHAUSER, E. *Strafrecht, AT*, 2ª ed. 1975, pág. 267 y sgts.; críticamente respecto del homicidio: HIRSCH, H. en *Fest. F. Welzel, J.* 1974, pág. 775 y sgts. (782 y sgts.).

Por lo tanto, aunque la vida sea el núcleo indispensable de la protección del homicidio, la dignidad de la persona ocupa un lugar que no se puede ignorar en la protección de la vida.

El problema, planteado por Cobo del Rosal y Carbonell de hasta dónde resulta proporcional la reducción del ámbito de eficacia de la autodeterminación, es decir, de la constitucionalidad del art. 409 II CP es una cuestión a la que no es posible dar respuesta aquí de una manera definitiva. Aunque sea una cuestión previa de primera importancia, parece que no afecta hoy en día a la justificación de un tratamiento dogmático del art. 409 CP. En la medida en que no cabe pensar, que la polémica sobre la inconstitucionalidad de la “ayuda” ejecutiva al suicidio haya alcanzado un estadio en el que sea probable que los tribunales excluyan dicha norma del ordenamiento jurídico por incompatibilidad con la Constitución.

Si se admiten estas premisas es incuestionable que el homicidio consentido es un caso de suicidio mediante inducción de otro a la ejecución de la muerte, en el que la ejecución de esta muerte por el inducido, sin embargo, tiene un contenido de ilícito menor que en el homicidio simple, pues no vulnera la autodeterminación del inductor-víctima²³. Por lo tanto, ello excluye, en primer lugar, la aplicación del asesinato sin las dificultades del criterio tradicional, dado que éste, como figura agravada del homicidio, requiere por lo menos un contenido de ilícito no menor que el del homicidio. Pero, por otra parte, a diferencia de lo que sostiene la doctrina mayoritaria, debe ser sancionado con una pena atenuada que encuentra su fundamento legal en el art. 9, N° 10 CP. Un hecho de menor contenido de ilícito debe ser necesariamente menos punible, pues se trata de una situación análoga a la de los restantes atenuantes, cuyo fundamento es la menor culpabilidad del autor: el “menea” contenido de ilicitud es análogo al menor contenido de reprochabilidad. Una última consecuencia, que también separa nuestro punto de vista del de la teoría dominante, consiste en lo siguiente: en tanto la atenuación se fundamenta en la menor gravedad del hecho será de aplicación el 2° párrafo del art. 60 CP y la atenuante tendrá carácter accesorio, es decir, beneficiará también a los partícipes que hayan tenido conocimiento del consentimiento de la víctima.

IV

En el ámbito de problemas que tienen que ver con la cuestión de la eutanasia el criterio postulado tiene también consecuencias.

23 Coincidente, aunque sin una fundamentación expresa, TORÍO, A. en *Estudios Penales y Criminológicos*, IV, 1981, pág. 189.

1) La primera cuestión que se presenta es la de establecer hasta qué punto la falta de conformidad del paciente con la muerte influye sobre el mantenimiento de la posición de garante del médico (eutanasia pasiva contra la voluntad del paciente). Como es sabido, el derecho del paciente a decidir sobre su propia muerte tiene consecuencias, ante todo, respecto del deber de garante del médico que ha aceptado libremente la responsabilidad del tratamiento. En principio, el médico en estas condiciones está obligado a extender la vida del paciente que ha manifestado su voluntad respecto de una terapia alargadora de la vida hasta que se produzca la muerte cerebral. La aceptación del tratamiento convierte al médico en garante y su omisión, dolosa o culposa, daría lugar a un homicidio cometido por omisión. En este sentido, se sostiene en la teoría que “aquí se debe afirmar la tipicidad de la omisión (homicidio por omisión), si el paciente exige del médico tales procedimientos”²⁴.

Este punto de vista llevado a sus últimas consecuencias, sin embargo, puede entrar en conflicto con la dignidad de la persona (art. 10.1 CE). Por ello se propone limitarlo y que los casos en los que ha comenzado el proceso de la muerte de una manera definitiva y el paciente ha perdido irreversiblemente la conciencia, cese el deber que surge de la posición de garante: el médico, en consecuencia, no obrará en forma antijurídica, si en tales situaciones interrumpe la terapia o no comienza con una nueva (eutanasia pasiva contra la voluntad del paciente)²⁵. En estos casos -a pesar de la voluntad contraria del paciente- el deber de garante no se debería extender al mantenimiento de meras funciones biológicas. Pero, de todos modos, dicho deber se debe mantener si el paciente exige la terapia y puede recuperar la conciencia, inclusive cuando esta continuación del tratamiento importe dolores más o menos intensos. El derecho a la autodeterminación es aquí preponderante.

2) La voluntad del paciente, por el contrario, excluye completamente el deber del médico cuando aquél rechaza en forma autorresponsable la prolongación posible de la vida mediante una terapia o la continuación de la misma (eutanasia pasiva con la conformidad del paciente). En estos casos la omisión del médico de continuar no cumple con el tipo del homicidio por omisión (art. 407 CP), ni tampoco con el de ayuda (omisiva) al suicidio (art. 409, primera alternativa). Contra la voluntad del paciente no hay posición de garante del médico²⁶.

La exclusión del homicidio por omisión es consecuencia, como es claro, de que toda actuación médica sólo puede ser autorizada cuando el paciente la consiente

24 MAURACH, R. / SCHRÖDER, F. *Strafrecht. BT*, 1, 6 ed. 1977, pág. 16.

25 Confr. OTTO, H. *Recht auf den eigenen Tod?*, 1986, pág. 35 y sgts.; ESER, A. en SCHÖNKE-SCHRÖDER. *StGB*, 23 ed. 1988. Vorb. 27 al §§ 211 y sgts.

26 Confr. BACIGALUPO, E. en *Rev. de Derecho Público*; OTTO, H. loc. cit. pág. 40; ESER, A. loc. cit. Vorb. §§ 211 y sgts. N° 28; probablemente también TORÍO, A. loc. cit. pág. 194, aunque argumentando desde otra perspectiva.

y la autoriza. En este sentido, por lo tanto, no parece acertada la propuesta de un importante sector de la teoría, que estima de aplicación del art. 8, N° 11 CP²⁷. En la medida en que no existe ni un derecho del médico a curar, ni un deber de hacerlo con independencia del consentimiento del paciente, reconocer al médico un derecho de tratar al paciente sería, en principio, dogmáticamente incorrecto y, además, contrario a la dignidad de la persona reconocida en el art. 10.1 CE. Más aún, la intervención del médico, no consentida por el paciente podría constituir un delito de lesiones, inclusive en los casos de la llamada eutanasia genuina (medidas terapéuticas que no llevan consigo acortamiento de la vida) sobre todo si se acepta el criterio teórico que estima que toda intervención médica realiza el tipo de las lesiones y que sólo cabe su justificación (en su caso la exclusión del tipo) cuando hubo consentimiento del paciente y actuación dentro de la *lex artis*²⁸.

La aplicación del art. 409,1° CP, por otra parte, se excluye en la medida en que la dignidad de la persona impide imponer al paciente un deber de someterse a un tratamiento médico para extender su propia vida.

Bajo estas condiciones es evidente que permitir la continuación del proceso final de la propia muerte no puede ser considerado como un suicidio, dado que “a la vida pertenece también la muerte”²⁹. La figura de un suicidio por omisión, por lo tanto, resulta imposible de construir.

3) El consentimiento del paciente es también decisivo en ciertos casos de eutanasia activa (cuando activamente se produce en fama directa o indirecta la muerte como consecuencia de una terapia destinada a eliminar dolores o sufrimientos insostenibles).

La cuestión se presenta de una manera particularmente aguda, en primer lugar, en los casos de desconexión de medios artificiales operantes de la respiración, que conducen a la terminación de funciones vitales aún existentes³⁰.

27 Confr. ANTÓN ONECA, J. loc. cit. pág. 290; otro punto de vista TORIO, A. loc. cit. pág. 198; R. DEVESA, loc. cit. XXX, pág. XXX [sic].

28 Confr. sobre esta problemática: OTTO, *Grundkurs Strafrecht, Die einzelne Delikte*, 1977, pág. 69; HORN, *SK StGB*, § 223, 31; ARZT / WEBER, *Strafrecht, BT*, 1, 2 ed. 1981, pág. 118 y sgts.; ESER, loc. cit § 223, 29 y sgts; MAURACH / SCHRÖDER, loc. cit. pág. 82 y sgts; BLEI, *Strafrecht II*, 12 ed. 1983, pág. 55 y sgts.; BOCKELMANN, *Strafrecht, BT*, 2, 1977, pág. 58 y sgt.: SCHMIDHÄUSER, loc. cit. 191, piensa, sin embargo, que todo acto de eutanasia genuina sería atípico, como consecuencia de un supuesto “deber médico, cuyo incumplimiento puede, en su caso, plantear la existencia de una omisión punible de socorro”.

Este deber independiente del consentimiento del paciente es, también en esos casos, como se dijo, difícilmente compatible con la dignidad de la persona (art. 10.1 CE).

29 SCHMIDHÄUSER, loc. cit. pág. 15.

30 Confr. TORÍO, loc. cit. pág. 197; recientemente la prensa informó sobre el dramático caso

En tales casos la problemática más difícil sólo se plantea para quienes entienden que en estos casos el comportamiento del que desconecta el aparato, constituye una acción positiva en el sentido de poner una causa para el resultado de muerte³¹.

Por el contrario, quienes estiman que en estos casos no se da una acción positiva, sino una omisión³², no encontrarán problema alguno, pues la falta de consentimiento respecto del tratamiento cancela la posición de garante del médico.

Si se entiende, por el contrario, que se trata de una acción en sentido positivo³³, la tipicidad respecto del art. 407 CP no es discutible.

Pero, si el derecho al libre desarrollo de personalidad y a la autodeterminación imparta concretamente un derecho del paciente a liberarse del tratamiento que no desea³⁴, estamos ante un supuesto de estado de necesidad por colisión de deberes. En el conflicto entre el deber de respetar la decisión del paciente y el de continuar el tratamiento, debe prevalecer, como es claro, el primero (art. 8,7° CP), pues aquél es consecuencia del respeto de la dignidad humana.

4) Fuera de estos casos, son también problemáticos los supuestos de eutanasia indirecta, es decir, aquéllos en los que los calmantes aplicados al paciente tienen como consecuencia accesoria, efectos que acortan la vida.

En la actualidad, se afirma, no hay ningún analgésico eficaz que no conlleve estos efectos³⁵.

Si bien existe un difundido consenso sobre la no punibilidad de estas acciones, el fundamento de la misma es muy discutido.

Por un lado, se ha sostenido que, en estos casos, el médico, o el que proporcione los calmantes al enfermo, obrará sin dolo³⁶. Pero este punto de vista es fácilmente rebatible: si el autor sabía de los efectos colaterales del medicamento, el dolo no puede ser discutido, dado que tuvo que representarse el resultado y sin embargo no desistió de la acción³⁷.

ocurrido en Chicago en el que el padre de un niño de 16 meses desconectó a punta de pistola el respirador que lo mantenía con vida, ver *El País*, 28-4-89.

31 Confr. OTTO, *Recht auf den eigenen Tod?*, pág. 43; SAMSON, en *Fést. für Welzel*, 1974, pág. 579 y sgts.

32 Confr. WESSELS, *Strafrecht, AT*, 17 ed. 1987, pág. 214 y sgts.

33 Confr. BACIGALUPO, *Principios de Derecho Penal Español*, 1985, pág. 182 y sgts.

34 Confr. OTTO, loc. cit. pág. 46 y sgte.

35 Confr. KREY, *Strafrecht, BT*, 1, 7ª ed. 1989, pág. 6.

36 Confr. TORÍO, loc. cit. pág. 191 y sgte.

37 En el mismo sentido: OTTO, *Recht auf den eigenen Tod?* pág. 54 y sgte.

Por otra parte, se afirma que “la acción del médico que calma los dolores torturantes de un moribundo aceptando un efecto acelerador de la muerte, no está alcanzada por el ámbito de protección de la norma del § 211 *StGB*, (asesinato) pues no puede ser el sentido y el fin de esta norma obligar al médico a omitir toda acción calmante del moribundo, cuando ésta lleva consigo el riesgo de acortar la vida como efecto secundario”³⁸.

En el mismo sentido, se afirma que tal hecho carece del “sentido social” de la actuación de homicidio³⁹. Este punto de vista tampoco es convincente.

El sentido social de la acción de homicidio está íntegramente contenido en el acortamiento de la vida de otro, aunque ello se lleve a cabo con buenas intenciones. El legislador no ha querido que ciertas formas de homicidio piadoso, aunque sea médico, queden totalmente impunes y no ha renunciado a la protección de la vida de los moribundos. Por lo tanto, una exclusión de estas acciones del ámbito de la tipicidad con argumentos tan vagos y cercanos a los de la adecuación social no parece ser una solución plausible: la adecuación social supone que el comportamiento no cae fuera del orden social, lo que no se puede afirmar con relación a estos homicidios piadosos.

También se postula la no punibilidad desde la óptica del riesgo permitido. “Lo correcto -dice en este sentido Eser⁴⁰- será tener por justificada la conducta del médico, cuando se haya mantenido dentro de los límites configurados por el riesgo permitido”.

Lo más correcto parece ser, sin embargo, la invocación del estado de necesidad (art. 8,7° CP)⁴¹. El conflicto entre el peligro para la vida y la dignidad de la persona, se sostiene, se debe resolver a favor de esta última. En los casos en que el paciente no se encuentre en situación de expresar su consentimiento, el médico obrará justificadamente, siempre que no lo haga contra su voluntad expresada de alguna manera por el moribundo antes de entrar en la situación crítica⁴². Este punto de vista se encuentra recogido en el Proyecto Alternativo sobre Eutanasia (AE-Sterbehilfe), § 214 a, en cuya fundamentación se reconoce a la eliminación de los dolores el carácter de un interés preponderante⁴³.

38 KREY, loc. cit. pág. 7.

39 WESSELS, *Strafrecht*, BT 1, 12 ed. 1988, § 1 III 2

40 ESER loc. cit. *Vorbem.* §§ 211 y sgts. N° 26.

41 Confr. OTTO, *Recht auf den eigenen Tod?*, pág. 56 y sgts.

42 Confr. OTTO, *ibidem.* pág. 57 y sgte.

43 Confr. AE-STERBEHILFE, presentado por J. BAUMANN y otros, 1986, pág. 24.

5) En la práctica se presentarán casos en los que el consentimiento del paciente en situaciones límite no siempre será expreso ni claro a pesar de lo dramático de la situación. Por lo pronto, como vimos, el mandato de mantener la vida tiene su límite allí donde la persona ya ha sufrido una pérdida irreversible de las posibilidades de reacción y de comunicación⁴⁴. Pero la prohibición de acortar la vida plantea otra cuestión, dado que rige también frente al moribundo y aunque el autor tenga la finalidad de liberar al paciente de insoportables sufrimientos. Estos casos, de liberación de sufrimientos mediante la muerte, no se pueden resolver como un problema técnico-médico a partir de la *lex artis*⁴⁵, pues ésta sólo puede establecer qué se debe hacer técnicamente para mantener la vida, pero no hasta cuándo rige la prohibición jurídica de extinguirla. Esto último es, en realidad, competencia del Parlamento y no de los médicos. En consecuencia, cuando no se haya producido la muerte cerebral, sólo cabe la exclusión de la punibilidad por la vía del estado de necesidad.

En este sentido dice Otto: “una justificación sólo entrará, excepcionalmente, en consideración desde la perspectiva de la salvación del interés de mayor rango y por medio del § 34 *StGB* (estado de necesidad), si, independientemente de la relación médico-paciente, el respeto de la dignidad de la persona precede al respeto de la vida, dado que el proceso mortal ha alcanzado una fase, en la que el dolor anula todo otro contenido de conciencia y ya la muerte sólo es una cuestión de tiempo”^{45 bis}). En la solución propuesta para estos casos, de todos modos, se debe subrayar el carácter excepcional y extremo de la justificación, ya que no se trata de calmar dolores mediante medios que puedan acortar la vida (eutanasia indirecta), sino de la terminación del sufrimiento por medio de la muerte de la otra persona, por lo que, en general, encuentran, en principio, completamente fuera de los límites de la actuación médica, justificable⁴⁶.

V

El tema del consentimiento tiene también importancia en relación a las esterilizaciones. La reforma de 1983 (L.O. 8/83) se hizo cargo de la significación de la dignidad de la persona en el ámbito de los delitos de lesiones⁴⁷. Si bien su técnica no fue ciertamente depurada, lo cierto es que introdujo una serie de excepciones al

44 Confr. ESER, loc. cit. S 211, 29 y sgts; OTTO, *Recht auf den eigenen Tod?* pág. 56.

45 Así, lo propone, sin embargo, TORÍO, loc., cit. pág. 201.

46 Confr. OTTO, loc. cit. pág. 58.

47 Sobre los proyectos de 1980 y 1983 confr. BOIX REIG / ORTS BERENGUER/ VIVES ANTÓN, “*La Reforma Penal de 1989*”, 1989, pág. 127 y sgtes. Ver también BERDUGO, en CPC 14 (1981), pág. 203 y sgtes., que postula una consecuencia de la Constitución de mayor extensión que la adoptada por el legislador de 1983, al sostener que el art. 428 CP, anterior a la reforma es inconstitucional.

principio general que quitaba toda relevancia al consentimiento en las lesiones, cuyo amplio alcance permite concluir que indirectamente se invirtió el viejo principio de la irrelevancia establecido en el art. 428 CP. En efecto, aunque el nuevo texto al atribuir relevancia al consentimiento sólo se refiere al trasplante de órganos, a la esterilización y a la cirugía transexual realizada por facultativos, lo cierto es que estos supuestos no pueden ser entendidos sino como casos particulares de lo que el legislador considera un consentimiento válido en materia de lesiones. En tanto la técnica interpretativa de las circunstancias que excluyen de alguna forma la punibilidad no se encuentra limitada por la prohibición de la analogía, tales casos no pueden ser sino la expresión de un reconocimiento más general del derecho a la autodeterminación en relación a la integridad corporal y la salud, pues es evidente, que toda intervención médica será dependiente del consentimiento, toda vez que no existe razón alguna para limitar la relevancia del consentimiento sólo a ciertas especies de intervenciones quirúrgicas, dejando, como lo hace -a mi juicio incorrectamente- la doctrina, otros casos para ser justificados por la dudosa vía del art. 8,11° CP, que ya ha sido criticada en este trabajo.

En la situación legal actual en materia de esterilizaciones se plantean tres cuestiones que se intentarán responder aquí: a) El significado del primer párrafo del art. 428 CP en relación a las esterilizaciones médicamente no indicadas; b) La constitucionalidad de la esterilización de incapaces; c) Las condiciones bajo las que el Juez puede autorizar la esterilización de un incapaz.

a) Si se admite el punto de vista expuesto, es claro que el primer párrafo del art. 428 CP quedará sumamente reducido. Si el legislador admite que el consentimiento excluye la responsabilidad penal en casos de esterilización y cirugía transexual (que puede implicar una mutilación grave), qué legitimidad podría tener sancionar al que golpea y lesiona considerablemente a un masoquista que lo desea y lo consiente. Pero, ¿cabría, sin embargo, fundamentar en el art. 428 CP una limitación del consentimiento respecto de la esterilización de las personas capaces, cuanto éstas no resultan médicamente indicadas?

Una rápida visión del derecho comparado puede ser útil para descubrir el significado que aún queda del primer párrafo del art. 428 CP.

En el derecho penal alemán⁴⁸, y en el austríaco⁴⁹, rige el criterio de la validez del consentimiento respecto de las lesiones, siempre y cuando el hecho “no vulnere las buenas costumbres”⁵⁰. Esta configuración del derecho alemán y austríaco lleva

48 § 226 a StGB.

49 § 90 OStGB.

50 El Código Italiano, art. 50, deja la cuestión abierta, aunque sin embargo hay puntos de vista muy limitados en la teoría, p. ej. VANNINI, en *Studi in memoria di Arturo Rocco, II*, 526 y sgtes: lo

a la teoría a admitir la exclusión de la responsabilidad en los casos de castración y esterilización, en principio⁵¹, sólo cuando tales intervenciones sean médicamente indicadas⁵². En el derecho español este punto de vista, sin embargo, no se podría imponer, ante todo, por impedirlo el principio de legalidad. Como es sabido, la prohibición de la analogía en el marco de las circunstancias que excluyen la punibilidad no permite reducir el alcance del texto de las mismas por razones teleológicas⁵³: introducir el límite de las buenas costumbres respecto de la exclusión de la punibilidad en estos casos no resulta, obviamente, compatible con el texto de la ley, pues éste no establece distinción alguna en relación a las buenas costumbres.

Más cercana al derecho español es la doctrina, que en el derecho suizo, distingue entre lesiones que importan una grave intervención en el cuerpo y aquellas que no tienen tanta trascendencia⁵⁴. “El criterio decisivo -dice Noli⁵⁵- es la relación entre gravedad y fin de la lesión”. Por lo tanto la relevancia del consentimiento se excluirá cuando se consiente en lesiones que tienen consecuencias irreversibles y que no tienen una finalidad probable⁵⁶.

Este criterio de la “**relación entre la gravedad y el fin de la lesión**” parece más adecuado para la interpretación del primer párrafo del art. 428 CP. Por lo tanto, si se lo acepta en el delito de lesiones, sólo se debería excluir el significado del consentimiento cuando éste se prestara para lesiones graves irreversibles sin una finalidad socialmente aprobable (p. ej. mutilaciones de miembros para cobrar un seguro o para tener más éxito como pordiosero, etc.)⁵⁷.

En consecuencia, entendido de esta manera, el actual art. 428, primer párrafo, **CP** no podría servir de base para una limitación de los casos de esterilización de personas capaces, autorizada en el 2º párrafo de dicho artículo, que la redujera a aquellos casos en los que la intervención resulte médicamente indicada, pues el criterio propuesto no permitiría reducir el ámbito del texto del art. 428 **CP**, que, como se vio, **no reprobaba** ninguna forma de esterilización.

mismo ocurre en el Código Suizo, sobre la situación en Suiza, ver: STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht*, BT 1. 1973, pág. 59 y sgte.

51 En la jurisprudencia, sin embargo, se excluye la tipicidad de la esterilización en todos los casos, confr. BGH 20, 81.

52 Confr. ESER, en SCHÖNKE-SCHRÖDER, *StGB*, § 223, 56 y sgtes.

53 Confr. HIRSCH, en *Gedächtnisschrift f. Zong Uh Tjong*, pág. 50 y sgtes, 63.

54 Confr. NOLI, *Uebergesetzliche Rechtfertigungsgrunde*, 1955, pág. 85.

55 Loc. cit.

56 Confr. NOLI, loc. cit. pág. 86 y sgte; STRATENWERTH, loc. cit. pág. 59.

57 En un sentido similar BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho Penal, PE*, I, pág. 153, y sgtes., con información bibliográfica y además una correcta crítica de la Circular 3/85 de la Fiscalía General del Estado.

b) Diversa es la cuestión que plantea el nuevo párrafo introducido en el art. 428 CP respecto de la esterilización de incapaces que padezcan de grave deficiencia psíquica. Aquí el texto legal de la autorización es, en principio, claro. El problema que se presenta, sin embargo, es el de su compatibilidad con la **dignidad de la persona** (art. 10.1 CE). ¿La decisión sobre la esterilización de otro que no puede consentirla, no implica tratarlo como una cosa y no como una persona?

La respuesta debe ser negativa.

La posibilidad de sustitución del consentimiento del incapaz por el de sus representantes legales es un principio general del derecho español; no debe ser limitado en esta materia, dado que existen razones que justifican la medida en función de los derechos de terceras personas que también son derivados de la dignidad de éstas. En primer lugar, se trata de la dignidad de los propios hijos que podría engendrar él o la incapaz, que carecerían del padre o de la madre que los pudiera educar. En segundo lugar, el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los que, por su cercanía con el incapaz, deberían asumir las funciones sociales de la educación de esos posibles hijos, cuyo engendro no han podido decidir, ni siquiera indirectamente, pero que gravitarían seriamente sobre su propia vida.

Por lo tanto, deben regir aquí las reglas generales de limitaciones a los derechos fundamentales establecidas en la Constitución (art. 53.1 CE). En otras palabras: la limitación será adecuada a la Constitución si, en todo caso, respeta el contenido esencial del derecho que entre en consideración. Tal respeto del contenido esencial no se podrá negar cuando, como ocurre en estos casos, la medida resulte proporcionada al daño que se quiere evitar a terceros en sus derechos fundamentales⁵⁸.

c) La cuestión de las condiciones que debe tener en cuenta el Juez al decidir sobre el otorgamiento de la autorización para esterilizar a un incapaz se plantea básicamente como consecuencia de la exigencia legal de oír el dictamen de dos especialistas. Si bien la ley no aclara qué especialidad deben tener los especialistas, es claro que el legislador se debe haber querido referir a médicos. Esto podría hacer suponer que la autorización sólo dependerá de la indicación médica de la esterilización, lo que excluiría de la posibilidad de la misma en aquellos casos en los que la esterilización sólo tendría una justificación social.

Tal entendimiento, sin embargo, sería claramente contrario a la finalidad de la autorización creada por el legislador. Precisamente las razones sociales que permiten afirmar la compatibilidad de la nueva disposición legal con la Constitución muestran que el objetivo perseguido no es médico, sino social, es decir, la protección de derechos de terceros que se pueden ver afectados por la paternidad o la maternidad

58 Confr. sobre la limitación de derechos fundamentales: PIEROTH / SCHLINK, *Grundrechte-Staatsrecht* II, 3. ed. 1987, pág. 56 y sgtes. (72 y sgtes.).

del incapaz. El dictamen de los médicos especialistas, por lo tanto, sólo se requiere en la ley para garantizar, ante todo, que la incapacidad sufrida por la persona tiene tal magnitud que justifica una medida como la esterilización, pues impide al paciente por sí el ejercicio de las funciones requeridas para la paternidad o la maternidad y, además, para establecer que la intervención sobre el incapaz no afectará su salud de una manera que resulte desproporcionada con el fin social perseguido.

VI

El consentimiento tiene también importancia en la constelación de conocidos casos en los que el paciente o su representante legal niega su consentimiento para la práctica de una transfusión de sangre. Los casos más llamativos se relacionan con personas que rechazan esta terapia por razones religiosas. En la actualidad, sin embargo, es imaginable que ese rechazo tenga su motivación en el temor a un contagio del SIDA⁵⁹.

Las cuestiones que estos casos presentan se deben tratar diferenciadamente, según que se trate del rechazo de un tratamiento por el propio paciente capaz de consentir o de la no autorización del tratamiento mediante transfusión de sangre respecto de un incapaz de consentir.

a) En el caso del capaz de consentir deben regir en forma ilimitada los principios de la legitimación del tratamiento médico. Descartada en el ámbito del tratamiento médico la aplicación del art. 8,11 CP, la cuestión no ofrece especiales problemas.

En la medida en que toda intervención médica sólo es legítima si el paciente la ha consentido, no existe ninguna razón para imponer la tolerancia de la transfusión a persona alguna. Dicha tolerancia, por otra parte, no se puede justificar tampoco recurriendo al estado de necesidad (art. 8, N° 7 CP)⁶⁰, pues es un principio general del estado de necesidad, reconocido hoy en la teoría, que no se lo puede invocar para dejar de lado la aplicación de causas de justificación específicas o “reglas especiales de solución de conflictos”, sobre todo cuando la acción afecta a derechos fundamentales⁶¹.

59 Confr. sobre esta problemática: BOTTKE, en *Die Rechtsprobleme von AIDS*, ed. por SCHUNEMANN / PFEIFFER, 1988, pág. 171.

60 Así, sin embargo, Auto del TS de 4-3-79. Criticado por BAJO FERNÁNDEZ, en *ADPCP*, 1979, pág. 491 y sgtes.

61 Confr. AMELUNG, en *Jus* 1986, pág. 329 y sgtes.; el mismo en *JNW* 1977, pág. 833 y sgtes.; BOTTKE, loc. cit. pág. 226 con especial referencia a introducción de la aguja de una inyección en la vena, ver también: LENCKNER, En SCHÖNKE-SCHRÖDER, *StGB*, 23 ed. 1988, § 34, 6. Otro punto de vista JORGE BARREIRO, en C.P. Cr. 16 (1982), pág. 5 y sgtes. 818);

En consecuencia, en tanto toda intervención médica requiere consentimiento, estos casos no pueden ser resueltos por la vía del estado de necesidad, sino exclusivamente por las reglas específicas de este conflicto, es decir, por las del consentimiento y, en su caso, por las reglas del consentimiento presunto.

Sin perjuicio de ello, el estado de necesidad carece de fuerza legitimante contra la voluntad del titular del bien jurídico que se salva, dado que la acción en estado de necesidad sólo resultará justificada si resulta ser un medio adecuado para la salvación del bien jurídico según las exigencias del orden jurídico y sus contenidos valorativos fundamentales⁶², lo que no cabe afirmar respecto de la salvación de un bien personal contra la voluntad de la persona.

En estos casos, en los que el paciente capaz niega el consentimiento para una intervención que sólo a él mismo concierne, carece de toda relevancia la motivación por la que se niega el consentimiento.

Se trata, simplemente, del ejercicio de un derecho surgido directamente del respeto de la dignidad de la persona y del libre desarrollo de la personalidad.

Por el contrario las transfusiones de sangre practicadas contra el consentimiento del paciente (real o presunto) realizan el tipo de las lesiones corporales (sea del delito o de la falta) y no el de las coacciones⁶³. Las razones que explican esta solución dependen sustancialmente de lo que se debe entender por lesión. Si se piensa, como implícitamente lo hacen quienes estiman que sólo se puede hablar de coacciones, que la introducción de sangre ajena en el propio cuerpo mediante perforación de una vena no tiene entidad para constituir la acción y el resultado del tipo de lesiones, es lógico deducir de ello que sólo se realizará el tipo de las coacciones. Sin embargo, si se piensa que tal hecho puede constituir una lesión corporal, no habrá ninguna alternativa: la acción será adecuada al tipo de las lesiones, y el de coacciones será desplazado por consunción. La existencia del resultado de lesión, en este sentido, se deberá admitir, sin lugar a dudas, cuando la transfusión haya empeorado la salud del paciente (p. ej. determinando una hepatitis, la infección con virus del SIDA, un shock, etc.)⁶⁴.

ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal*, I, 1983, pág. 383; COBO DEL ROSAL / CARBONELL, loc. cit. pág. 581.

62 Confr. por todos LENCKNER, en SCHÖNKE-SCHRÖDER *StGB*, 23 ed, § 34, 46 y sgte.

63 Confr. BAJO FERNÁNDEZ, *Manual*, pág. 164 y sgtes; en contra JORGE BARREIRO, en C.PCr. 16 (1982), pág. 5 y sgtes. (16 y sgtes.); COBO DEL ROSAL / CARBONELL, loc. cit. pág. 581.

64 Confr. BAJO FERNÁNDEZ, loc. cit. pág. 164; ESER, en SCHÖNKE / SCHRÖDER, loc. cit. § 223, 32 y 52, distinguiendo adecuadamente, según el criterio propuesto por SCHRÖDER, acciones terapéuticas “sin una pérdida esencial de sustancia corporal”, de las que conllevan una “pérdida esencial de sustancia corporal”.

b) La cuestión presenta aspectos diversos cuando se trata de la negación del consentimiento del representante legal de un incapaz de consentir o del impedimento activo de transfusión por parte de dicho representante.

aa) La tipicidad respecto de las lesiones y la antijuridicidad de la omisión del representante de hacer efectuar la transfusión o su acción positiva de impedirlo es, a mi juicio, difícilmente discutible cuando la omisión o la acción producen un empeoramiento de la salud del incapaz, que no se puede conjurar de otra manera. Si el representante legal invocara su convicción religiosa y, en este sentido, el derecho a la libertad religiosa reconocido en el art. 16.1 CE como causa de justificación, la solución no debería ser diferente: Ningún derecho fundamental autoriza la producción de males irreversibles en la salud o en la vida de otras personas.

Desde el punto de vista del derecho del art. 16.1 CE, por lo tanto, sólo se podría discutir -como en la teoría alemana- la posibilidad de admitir en estos casos una disculpa basada en la libertad religiosa y de conciencia⁶⁵. La opinión dominante, sin embargo, rechaza la posibilidad de una exclusión de la culpabilidad basada en el derecho a la libertad de la conciencia religiosa⁶⁶ y admite sólo considerar una posible atenuación en el marco de la individualización de la pena, que entre nosotros debería tener lugar por medio del art. 9,10^a CP.

bb) La práctica de la transfusión de sangre contra el consentimiento del representante legal del incapaz no se debe tratar con respecto al tipo de las lesiones como un estado de necesidad (art. 8,7^a CP), sino como un caso de ausencia de consentimiento expreso, es decir, según las reglas del consentimiento presunto.

Ciertamente, el TS en el auto de 14-3-79 aludió al estado de necesidad, y su punto de vista no es necesariamente opuesto a lo que acabamos de afirmar, toda vez que dicha decisión se refiere a la eventual realización del tipo penal del art. 205 CP por parte del Juez que autorizó la transfusión, y no al delito de lesiones.

BIBLIOGRAFÍA

AMELUNG, K. (1977). Erweitern allgemeine Rechtfertigungsgründe, insbesondere § 34 *StGB*, hoheitliche Eingriffsbefugnisse des Staates? *NJW*, 19, pp. 833 - 840.

65 Confr. HIRSCH, *LK*, 10^a ed. 1985, Vor. § 32, 209; RUDOLPHI, en *Fest. f. Welzel, 1974*, pág. 605 t sptes. (630); LENCKNER, en SCHÖNKE / SCHRÖDER, loc. cit. Vor. §§ 32 y sptes., 118 y sptes.; PETERS, *JZ*, 1966, 455 y sptes. STRATENWERTH, *Strafrecht, ATI*, 3a ed. 1981, pág. 182 (N° 616 y sptes.). Ver también la sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, *BVerfG* 32, 98: asimismo en *NJW* 68, 212.

66 Confr. por todos HIRSCH, loc. cit. N° 211.

- AMELUNG, K. (1986). Die Rechtfertigung von Polizeivollzugsbeamten, *JuS*, pp. 329.
- ANTÓN ONECA, J. (1986). *Derecho Penal I*. (2ª ed.). Akal.
- ARZT, H. / WEBER, H. (1981). *Strafrecht. Besonderer Teil. LH 1*. (2ª ed.). Gieseking.
- BACIGALUPO, E. (1983). *Documentación Jurídica*, (34/40), 334.
- BACIGALUPO, E. (1983). Los delitos de homicidio en el derecho vigente y en el futuro Código Penal. *Documentación Jurídica*, 1(37/40), 328.
- BACIGALUPO, E. (1985). *Principios de Derecho Penal español*. Akal.
- BACIGALUPO, E. (1989). *Estudios de Derecho Penal. Parte especial*. Akal.
- BAJO FERNÁNDEZ, M. (1979). La intervención médica contra la voluntad del paciente. *ADPCP*, 32(2), 491-500.
- BAJO FERNÁNDEZ, M. (s/f). *Manual de Derecho Penal. Parte especial*. Centro de Estudios Ramón Areces.
- BERDUGO, I. (1981). El consentimiento en las lesiones. *Cuadernos de Política Criminal*, (14), 203-221.
- BLEI, H. (1983). *Strafrecht II*. (12ª ed.). C.H. Beck
- BOCKELMANN, P. (1977). *Strafrecht Besonderer Teil*. C.H. Beck.
- BOIX REIG, F. / ORTS BERENGUER, E. / VIVES ANTÓN, T. (1989). *La reforma penal de 1989*. Tirant Lo Blanch.
- BOTTKE, W. (1988). En: SCHUNEMANN, B. / PFEIFFER, G. (Eds.), *Die Rechtsprobleme von AIDS*. Nomos.
- BUSTOS RAMÍREZ, J. (1986). *Manual de Derecho Penal. Parte especial*. Ariel.
- COBO DEL ROSAL, M. et al. (1988). *Derecho Penal. Parte especial*. (2ª ed.). Tirant Lo Blanch.
- DEL ROSAL, J. / COBO DEL ROSAL, M. / RODRÍGUEZ MOURULLO, M. (1962). *Derecho Penal español. Parte especial*.
- DREHER, E. / TRONDLE, H. (1986). *Strafgesetzbuch*. (43ª ed.). C.H. BECK.
- ESER, A. (1988). §216, 2. En: SCHÖNKE, A. / SCHRÖDER, H., *Strafgesetzbuch*. (23ª ed.). C.H. BECK.
- FERRER SAMA, A. (1956). *Comentarios al Código Penal*. (Tomo IV). Artes Gráficas.

- HIRSCH, H. (1974). Einwilligung und Selbstbestimmung. En: STRATENWERTH, G. (Ed.) et al, *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. März 1974*. Walter de Gruyter.
- HIRSCH, H. (1985). § 32, 209. En: *Leipziger Kommentar*. (10ª ed.). De Gruyter.
- HORN, E. (1977). § 216, 3. En: RUDOLPHI, H. / HORN, E. / SAMSON, E. / SCHREIBER, M., *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*. (Tomo II). Carl Heymanns Verlag.
- JAHNKE, H. (s.f). § 216,2. En: *Leipziger Kommentar*. (10 ed.). De Gruyter.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, L. (1952). *Tratado de derecho penal*. (Tomo IV). Losada.
- JORGE BARREIRO, A. (1982). La relevancia jurídico-penal del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico. *Cuadernos de política criminal*, (16), 5-34.
- KREY, V. (1989). *Strafrecht Besonderer Teil*. (7ª ed.). Kohlhammer.
- LACKNER, K. (1987). *Strafgesetzbuch*. (17ª ed.). C.H. BECK.
- LENCKNER, W. (1988). § 34, 46. En: SCHÖNKE, A. / SCHRÖDER, H., *Strafgesetzbuch*. (23ª ed.). C.H. BECK.
- LUZÓN PEÑA, D. (1988). Estado de necesidad e intervención médica (o funcional, o de terceros) en casos de huelga de hambre, intentos de suicidio y de autolesión. *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, (1), 992-1003.
- MAURACH, R. (1971). *Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil*. (4ª ed.). Verlag C.F. Müller karlsruhe.
- MAURACH, R. / SCHRÖDER, F. (1977). *Strafrecht Besonderer Teil*. (6ª ed.). Heidelberg.
- MUÑOZ CONDE, F. (1988). *Derecho Penal. Parte especial*. (7ª ed.). Tirant lo Blanch.
- NOLL, P. (1955). *Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, im besonderen die Einwilligung des Verletzten*. Verlag Recht und Gesellschaft.
- OTTO, H. (1977). *Grundkurs Strafrecht. Die einzelne Delikte*. De Gruyter.
- OTTO, H. (1986). *Recht auf den eigenen Tod? Strafrecht im Spannungsverhältnis zwischen Lebenserhaltungspflicht und Selbstbestimmung, Gutachten D zum 56. Deutschen juristentag Berlin*.

- PIEROTH, B. / SCHLINK, B. (1987). *Grundrechte-Staatsrecht II*. (3ª ed.). C.F. Müller.
- QUERALT, J. (1986). *Derecho Penal español. Parte especial*. Bosch.
- QUINTANO RIPOLLÉS, A. (1966). *Comentarios al Código Penal*. Editorial Revista de Derecho Privado.
- QUINTANO RIPOLLÉS, A. (1972). *Tratado de la parte especial del Derecho Penal*. (Tomo I). Editorial Revista de Derecho Privado.
- RODRÍGUEZ DEVESA, J. / SERRANO GÓMEZ, A. (1988). *Derecho Penal español. Parte especial*. (11ª ed.). Dykinson.
- ROMEO CASABONA, C. (1983). *El médico y el derecho penal*. (Volumen I). Bosch.
- RUDOLPHI, H. (1974). Die Bedeutung eines Gewissensentscheides für das Strafrecht. En: STRATENWERTH, G. (Ed.) et al, *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. März 1974*. Walter de Gruyter.
- SAMSON, E. (1974). Begehung und Unterlassung. En: STRATENWERTH, G. (Ed.) et al, *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. März 1974*. Walter de Gruyter.
- SCHMIDHÄUSER, E. (1975). *Strafrecht Allgemeiner Teil*. (2ª ed.). Tübingen (Mohr).
- STRATENWERTH, G. (1973). *Schweizerisches Strafrecht. Besonderer Teil I*. Stämpfli.
- STRATENWERTH, G. (1981). *Strafrecht Allgemeiner Teil*. (3ª ed.). Carl Heymanns. Verlag.
- TORÍO, A. (1981). Instigación y auxilio al suicidio, homicidio consentido y eutanasia como problemas legislativos. *Estudios Penales y Criminológicos*, (4), 169-202.
- VANNINI, O. (1952). La lesione personale del consenziente nel progetto preliminare del codice penale. En: *Studi in memoria di Arturo Rocco*. (Volumen II). Giuffrè.
- WESSELS, J. (1987). *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. (17ª ed.). C.F. Müller.
- WESSELS, J. (1989). *Strafrecht. Besonderer Teil 1*. (12ª ed.). C.F. Müller.