

DOCTRINA

Proyecciones de un derecho penal deliberativo sobre  
la relevancia jurídica del consentimiento:  
Un análisis sobre sus límites como mecanismo para la distribución  
de consecuencias lesivas<sup>1</sup>

*Projections of a deliberative criminal law about the legal relevance of  
consent:*

*An analysis of its limits as a mechanism for distribution of harmful consequences*

HERNÁN DARÍO GRBAVAC\*

\*Abogado (Universidad Nacional del Nordeste, Argentina). Profesor en Ciencias Jurídicas y Especialista en Derecho Penal (Universidad de la Cuenca del Plata, Argentina).

Universidad de la Cuenca del Plata, Becario Doctoral del CONICET, IDIC (Sede Central), Corrientes, Argentina. Profesor Adjunto de Derecho Penal II –Parte Especial- (Universidad de la Cuenca del Plata) y Jefe de Trabajos Prácticos de Metodología de la Ciencia Jurídica (Universidad Nacional del Nordeste). [hernangrabavac@hotmail.com](mailto:hernangrabavac@hotmail.com)

1. Quiero agradecer a Juan I. Díaz, Juan G. Giménez, Marta M. Fassano y Estefanía Rivas por su colaboración en el presente trabajo. El agradecimiento se extiende también a los evaluadores anónimos, por sus sugerencias y sus correcciones.

**RESUMEN:** El consentimiento ha tenido un amplio reconocimiento en la tradición liberal como mecanismo adecuado para distribuir cargas entre las personas. Como el Estado no se encuentra legitimado para imponer un modo de vida determinado, los individuos están facultados para, a través de su autonomía individual, elegir los cursos de acción que se adecúen a sus respectivos intereses. Una concepción de este tipo trae consigo el peligro –ante la prohibición de cualquier restricción al consentimiento de las partes– de una justificación perfeccionista del castigo y de la legitimación de graves desigualdades. Así, el «consentimiento» y la «autonomía privada» permitirían validar sanciones draconianas y bloquearían cualquier posibilidad de restaurar un equilibrio entre los interesados sobre los que reinan diferentes poderes de negociación, de disposición de recursos económicos, etc. Sin embargo, una teoría que restrinja la validez del consentimiento podría estar encubriendo, al vetar ciertas autonomías, una legislación perfeccionista. Este trabajo explora una posible respuesta al conflicto planteado, apelando a una noción deliberativa del derecho penal que, al tiempo que no abjura de un «objetivismo moral», prioriza el rol de la deliberación pública y de sus precondiciones en la legitimación de la sanción y aplicación de las normas penales.

**PALABRAS CLAVES:** Democracia deliberativa – Autonomía – Delitos – Sanción penal.

**ABSTRACT:** Consent has had a broad recognition in the liberal tradition as an adequate mechanism to distribute social charges. As the State cannot legitimately impose a determined way of living, the individuals are empowered to choose their actions according to their own interests because of their individual autonomy. However, this entails the risk of adopting a perfectionist justification of the punishment and the legitimization of severe unevenness before the prohibition of any restriction to the consent of the parties. As such, «consent» and «private autonomy» would justify draconian punishments, and would inhibit any possibility to strike a balance between the parties involved which have a different negotiation power, different economic power, among others. Nevertheless, a theory that restricts the validity of consent could be concealing, by vetoing certain autonomies, a perfectionist legislation. This paper explores a possible answer to the conflict stated, appealing to a deliberative notion of the criminal law which, while not rejecting a «moral objectivism», prioritizes the role that public deliberation plays as well as the preconditions in the legitimization of the punishment and application of the criminal laws.

**KEY WORDS:** Deliberative Democracy – Autonomy - Crimes – Punishment

## INTRODUCCIÓN

Con el presente trabajo reflexionaremos sobre las proyecciones que un derecho penal deliberativo podría arrojar sobre la relevancia jurídica del consentimiento, tanto de quien realiza un hecho delictivo como de quien aparece como víctima del mismo. De otro modo, la realización voluntaria de un hecho del que se desprenden consecuencias normativas disvaliosas para quien lo efectúa, ¿podría justificar que legalmente se le imputen a aquél tales consecuencias?

El titular de un bien jurídico que ha sido lesionado en el marco de una interacción en la que voluntariamente decidió participar, ¿debe soportar jurídicopenalmente los daños ocasionados?, ¿deben imputársele a él los resultados producidos? Asimismo, quien comete un delito sabiendo las penalidades con las que se encuentra conminado, ¿autoriza con ello la imposición de tales sanciones contra su persona? Es decir, la aplicación de una pena, ¿puede legitimarse, con independencia de la afectación de derechos o intereses ajenos, apelando exclusivamente al «consentimiento», esto es, a la «libre voluntad» del infractor «expresada» al tiempo de cometer el delito?

A primera vista, podría pensarse que un derecho penal deliberativo debería otorgar un amplio reconocimiento al consentimiento como mecanismo idóneo para distribuir las consecuencias jurídicas disvaliosas derivadas de las acciones que se realizan voluntariamente. Sin embargo, esta conclusión daría lugar a un posible dilema:

Si se admite ampliamente la validez del consentimiento para justificar la sanción al autor de un hecho punible, ello implicaría adoptar una fundamentación exclusivamente subjetivista o perfeccionista del castigo, lo que se encuentra vedado por el artículo 19 de la Constitución argentina (ello es lo que sucedería, v. gr., cuando un delito se agrava por los motivos o las ultra-finalidades perseguidas

por el autor al momento de cometerlo).<sup>2</sup> De igual manera, si la realización de una acción con consecuencias dañosas graves para quien sufre sus efectos puede justificarse a partir de su consentimiento, ello permitiría validar posibles situaciones de explotación ante las desigualdades (v. gr., económicas, de poder) vigentes, so pretexto de observar el principio de autonomía personal (artículo 19 de la Constitución argentina).

Sin embargo, restringir la validez del consentimiento podría traer aparejada la recepción, de manera encubierta, de un modelo perfeccionista de legislación, incompatible con el postulado de la autonomía privada, al introducir un «poder de veto» sobre la voluntad de las partes.

¿Cómo resolver entonces el dilema planteado? Éste es el fin al que se dirige el presente trabajo apelando, para dicha tarea, a una concepción deliberativa del derecho penal.

## UN DERECHO PENAL DELIBERATIVO

En un derecho penal deliberativo, el fundamento de legitimación de la sanción y aplicación de las normas penales se encuentra en los procesos de

---

2. En Argentina, v. gr., el artículo 80 del Código Penal prevé diferentes supuestos de homicidios dolosos agravados. En ellos, la escala penal de ocho a veinticinco años -vigente para el delito de homicidio doloso (artículo 79, Código Penal)- se eleva a la pena única de prisión perpetua, si el autor comete un homicidio con algunas de las modalidades previstas en el artículo 80, entre las que se encuentra el hecho de haber matado por «codicia» (inciso 4) o «para preparar (...) otro delito» (inciso 7). Como se observa, en el primer caso el aumento de pena descansa en el motivo (la codicia) presente en el autor al momento del homicidio; en tanto, en el segundo supuesto, el agravante –que al referirse a la fase preparatoria de otro delito («preparar») no exige ni siquiera que este último haya comenzado a ejecutarse- se explica a partir de lo que el autor pensaba cometer en un futuro (véase Edgardo Alberto Donna, *Derecho Penal Parte Especial* [t 1], [Santa Fe, Rubinzal- Culzoni Editores, 1999], 45 y 49-51). En ambos casos, sin embargo, el aumento de pena respecto de la figura base no se justifica a partir de la afectación de derechos de terceros sino de circunstancias presentes en el interior del autor. En otras palabras, tales agravantes sólo se validan a partir del «consentimiento» del autor, quien al realizar un hecho sabiendo que se encontraba conminado con una pena, «consentiría» normativamente, de esa manera, dicha sanción. Para la noción de «consentimiento» como equivalente a «asunción de las consecuencias jurídicas de la pena», Carlos Santiago Nino, *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*. Guillermo Rafael Navarro (trad.) (Buenos Aires: Astrea, 2006 [1980]), cap. 3.

deliberación pública: las prohibiciones penales y el reproche estatal se conciben así en el contexto de la práctica democrática de toma de decisiones. Por lo tanto, las preguntas fundamentales que atraviesan al derecho penal no pueden encontrarse disociadas de las razones que permiten sostener la legitimidad de la democracia, en tanto sistema de gobierno.

Como se ve, esta concepción reconecta los lazos valorativos que hacen posible justificar por qué una comunidad de iguales puede prohibir ciertos actos y establecer determinadas sanciones —gravosas, muchas veces— en detrimento de algunos de sus miembros. La legitimación del derecho penal, como institución política, no se divorcia así de las razones que sostienen la autoridad normativa de una institución política en el marco de un Estado democrático.<sup>3</sup>

Sin embargo, un derecho penal deliberativo no se contenta con que se reconozca su íntima conexión con las teorías de la democracia.<sup>4</sup> Exige, por el contrario, la promoción y la existencia de un espacio de discusión pública en el que los ciudadanos, en tanto agentes con capacidad de dar y actuar conforme a razones morales, puedan deliberar entre sí para, a partir de allí, decidir cuáles serán las normas fundamentales que habrán de regir sus vidas.<sup>5</sup> El derecho penal es inscripto así en un proceso más amplio: aquél en el que la comunidad política discute y delibera públicamente, lo que no implica sino tomar partido por una teoría robusta de la democracia.

En ese marco, bajo el paradigma deliberativo, lo que confiere legitimidad a la democracia y la convierte en un sistema moralmente superior a cualquier otra forma de gobierno no solo radica entonces en que ella asegura que los ciudadanos puedan concurrir a las urnas cada cierto tiempo para elegir quiénes

---

3. Antony Duff, *Sobre el castigo. Por una justicia penal que hable el lenguaje de la comunidad*, Horacio Pons, Ignacio Noel y Julieta Vecchione, (trads.) (Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2015), cap. 1; y Carlos Santiago Nino, «Derecho Penal y Democracia», en *Los Escritos de Carlos S. Nino: Fundamentos de Derecho Penal (vol. 3)*, ed. por Gustavo Maurino (Buenos Aires, Gedisa, 2008 [1989]).

4. Ya que las teorías de la democracia, al fin y al cabo, abarcan un gran abanico de propuestas, algunas de las cuales tienen una visión escéptica de aquélla. Véase, p. ej., Carlos Santiago Nino, *La constitución de la democracia deliberativa*, Roberto Saba (trad.), (Buenos Aires, Gedisa, 2003 [1996]), cap. 4.

5. Duff, *Sobre el castigo...*, cap. 1 y 3; Roberto Gargarella, *Castigar al prójimo. Por una refundación democrática del derecho penal* (Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2016), 32-38, 69-79 y cap. 8.

serán los representantes que administrarán la «cosa pública» (contentarse con ello implicaría adoptar una concepción delegativa que reduciría la democracia a un acto puntual, v. gr., cada dos o cada cuatro años) sino que exige, además del acto electoral realizado, la existencia de un espacio o foro de discusión pública en el que cada ciudadano, en condiciones de igualdad, presente las razones —sus razones— que permitan entablar y enriquecer un diálogo público entre todos los sectores que puedan resultar afectados por lo que se discute. La deliberación pública se transforma así en el medio más idóneo (o menos imperfecto) para arribar a la respuesta que se encuentra en consonancia con (o, cuanto menos, más cerca de) los principios morales en los que se funda el derecho.<sup>6</sup> Ello exige que «todas las partes interesadas participen en la discusión y decisión; que participen de una base razonable de igualdad y sin ninguna coerción; que puedan expresar sus intereses y justificarlos con argumentos genuinos; que el grupo tenga una dimensión apropiada que maximice la probabilidad de un resultado correcto; que no haya ninguna minoría aislada, pero que la composición de mayorías y minorías cambie con diferentes materias; que los individuos no se encuentren sujetos a emociones extraordinarias».<sup>7</sup> Un enfoque democrático-deliberativo exige así la inclusión en el debate y su participación en él en condiciones de igualdad.<sup>8</sup>

Una concepción deliberativa de la democracia parte de reconocer que ningún ciudadano es dueño de la verdad y que esa insuficiencia es producto de las experiencias o visiones sesgadas que cada uno, en tanto persona,<sup>9</sup>

---

6. David Estlund, *La autoridad democrática. Los fundamentos de las decisiones políticas legítimas*, Sebastián Linares y Sara Palacio Gaviria (trads.), (Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2011 [2008]); y Carlos Santiago Nino, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, 2ª ed. ampliada y revisada 2ª reimp., (Buenos Aires: Astrea, 2007 [1989]).

7. Nino, *La constitución...*, 180. Véase también 187 y ss.

8. Roberto Gargarella, *De la injusticia penal a la justicia social*, (Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes, 2008), cap. 2 y 3. No obstante, este autor no se detiene a analizar los posibles mecanismos a adoptar cuando el (aparente) consentimiento alcanzado es producto de las graves desigualdades fácticas con la que se arriba al debate.

9. Recuérdense que la etimología de la palabra «persona» se remonta a la noción de «máscara» con la que los actores representaban un papel teatral. Por tanto, podríamos afirmar entonces que una persona se encuentra impedida —por poseer o portar una máscara— de conocer, por sí misma, todos los aspectos relevantes de una situación.

tiene sobre los intereses y las necesidades de otros. En este marco, el valor de la discusión como mecanismo previo a la toma de decisiones reside –entre otras cosas- en que permite revelar las preferencias individuales; disminuir el efecto de la racionalidad limitada; alentar un modo específico de justificación de las demandas; favorecer una elección definitiva y legítima, que promueva la observancia colectiva de la decisión y mejorar las cualidades morales de los participantes.<sup>10</sup> Consecuentemente, la necesidad de asegurar un espacio de diálogo y discusión entre la mayor cantidad posible de personas con intereses y visiones diferentes se convierte en un prerequisite a la hora de juzgar la legitimidad o imparcialidad de una decisión pública.

Asimismo, reconocer al hombre como titular de derechos y obligaciones exige tomar partido por una concepción no nihilista de la naturaleza humana y compatible al mismo tiempo con el poder de agencia. En ese marco, el principio de igual dignidad moral trae consigo el deber de reconocer en el otro a un sujeto que debe ser consultado cuando se trata de asuntos públicos que puedan generar algún efecto sobre su persona o sus bienes,<sup>11</sup> lo que implica que el requisito de la deliberación pública sólo deba extenderse a los temas que guarden relación con la moral pública o intersubjetiva,<sup>12</sup> es decir, respecto de aquellos actos que afecten o puedan afectar de un modo relevante a terceros.

Cada persona es un agente con capacidad para dar, y actuar conforme a, razones morales y por ello no hay nadie mejor que cada uno para reconocer aquello que lo beneficia o perjudica en la medida en que, desde luego, cuente con la información suficiente (lo que explica la trascendencia de la libertad de expresión e información)<sup>13</sup> y no se encuentre constreñido a actuar de uno u otro modo por graves circunstancias externas. Sostener lo contrario, esto es, pensar que existen «iluminados» que deben dirigir o decidir por otros, implica

---

10. Fearon, James D., «La deliberación como discusión» en *La democracia deliberativa*, Jon Elster (comp.), José María Lebrón (trad.). (Barcelona: Gedisa, 2001 [1998]), 65-93.

11. Jeremy Waldron, *Derecho y desacuerdos*, José Luis Martí y Águeda Quiroga (trads.). (Madrid: Marcial Pons, 2005 [1999]), cap. 13.

12. Nino, *La constitución...*, 277-280 y Nino, «Derecho Penal y Democracia», 22-23.

13. Como decía el adagio romano, recordado por Urfalino: «*Quod omnes tangit, ab ómnibus tractari et approbari debet*» («Lo que concierne a todos, debe ser considerado y aprobado por todos»), en Philippe Urfalino, *Cerrar la deliberación. Teoría de la decisión colectiva*, Rocío Annunziata (trad.) (Buenos Aires: Prometeo Libros, 2013), 32.

tomar partido por una concepción elitista<sup>14</sup> de la democracia, profundamente desigualitaria y que, por ello mismo, debe ser rechazada.

Sin embargo, la necesidad de asegurar un amplio espacio de deliberación pública puede ser la derivación de, al menos, dos concepciones.

Una de ellas, relativista, que considera que la verdad –entendida como verdad por consenso- es una construcción del proceso de discusión que sólo es posible dentro de ese contexto, lo que implica rechazar la existencia de un «objetivismo moral» ajeno e independiente al proceso de discusión. En esa línea, como no hay una «verdad» afuera de la discusión, la verdad sería una construcción del propio contexto procesual, con lo que se podría validar, en los hechos, un relativismo ético, ya que no se podría juzgar o cuestionar «desde afuera» las conclusiones a las que dio lugar el consenso.

Sin embargo, el hecho de que «todos» los participantes estén de acuerdo –como requisito que legitima lo resuelto- presenta el problema de lo que Urfalino<sup>15</sup> llamó el «consenso aparente». Este autor ha explicado cómo la exigencia de unanimidad genera, en realidad, una ficción de consentimiento o, en sus palabras, un «consenso aparente» entre todos los intervinientes cuando, en verdad, lo que sucede es que uno de los participantes aprovechándose de sus cualidades retóricas, de su prestigio, de su influencia o experticia, expone una propuesta que no recibe ningún cuestionamiento público por parte del resto de los participantes de dicha práctica, al no considerarse éstos (v. gr., por razones de desconocimiento, por razones relacionadas con el deseo de no contradecir a quien realiza la propuesta, etc.) en condiciones de cuestionar la moción de aquel participante.

Por otra parte, el requisito de la unanimidad en el contexto de espacios públicos en los que deben estar presentes voces que representen intereses diversos, es una exigencia muy costosa de ser alcanzada ante «los desacuerdos»<sup>16</sup> permanentes que existen en nuestras sociedades, lo que genera el reenvío o

---

14. Sin embargo esta visión elitista se encuentra afianzada en lo atinente a la elaboración y aplicación de las normas penales. La escuela dogmática, vigente en la mayoría de los países de tradición continental europea, parte de ese supuesto: el derecho penal debe ser la obra de los especialistas, de los dogmáticos, de los que hacen ciencia del derecho penal, en definitiva, de «los que saben».

15. Urfalino, *Cerrar la deliberación...*, cap. 2.

16. Véase Waldron, *Derecho...*, cap. 1 y 4

bien al «consenso aparente», o bien a una situación de veto funcional al *statu quo*.

No obstante, puede existir también otra concepción deliberativista – podríamos llamarla objetivista- que, al tiempo que reconoce o por lo menos no abjura de la existencia o de la posibilidad de un «objetivismo moral», prioriza el procedimiento no como un fin en sí mismo sino como el medio más idóneo (o menos imperfecto) para acceder a aquellos principios morales;<sup>17</sup> esto es, la deliberación no construiría la decisión correcta, sino que permitiría su conocimiento. Esta tesis, además de considerar que hay ciertos hechos o acciones moralmente correctos o incorrectos con independencia de las creencias de quien los realiza, reconoce al hombre como un agente moral que debe participar en el proceso en el que se decidirán acciones que tendrán repercusiones sobre sus derechos o intereses, evitando, de ese modo, que unos impongan a otros sus respectivos puntos de vista.

Esta lectura, asimismo, permite reconocer y defender la existencia de un piso valorativo común, que la tradición jurídica moderna ha llamado «derechos humanos». Este «objetivismo moral», además, no sólo no es incompatible con las diferentes culturas<sup>18</sup> sino que, además, la posibilidad de su desarrollo cuenta con evidencia empírica.<sup>19</sup> De este modo, esta lectura deliberativa de la democracia puede priorizar aquellos mecanismos de toma de decisiones, como v. gr., la regla de mayoría simple,<sup>20</sup> que no guarden una actitud de pasividad o complacencia con el *statu quo* (lo que ocurriría, en cambio, con un sistema que, al consagrar el poder de veto individual, exigiera el requisito de la unanimidad).<sup>21</sup>

---

17. Estlund, *La autoridad democrática...*; Nino, *Ética y derechos humanos...*; y Nino, *La constitución...*

18. Otfried Höffe, *Derecho intercultural*, Rafael Sevilla (trad.) (Barcelona: Gedisa, 2008).

19. Lawrence Kohlberg, *De lo que es a lo que debe ser. Cómo cometer la falacia naturalista y vencerla en el estudio del desarrollo moral*, María Rosa Michel (trad.) (Buenos Aires: Prometeo libros, 2009).

20. También en el marco de procesos deliberativos, el voto es el único procedimiento que iguala a cada hombre con sus semejantes: Urfalino, *Cerrar la deliberación...*, 86.

21. Estlund, *La autoridad democrática...* 328 y ss.; Nino, *Ética y derechos humanos...*, cap. 9; y Nino, «Derecho Penal y Democracia», 20-21.

## LA RELEVANCIA DEL CONSENTIMIENTO EN UN DERECHO PENAL DELIBERATIVO

Un derecho penal deliberativo funda entonces su legitimidad en la existencia de un espacio de deliberación pública en el que todas las partes puedan expresar, en condiciones de igualdad, sus razones sobre el objeto de discusión. Un derecho penal así entendido rompe con la dicotomía individuo / Estado, propia de la tradición penal liberal. Ya no se trata de concebir al individuo aislado de sus semejantes ni tampoco de mirar al Estado (sólo) con desconfianza. Por el contrario, de lo que se trata es de organizar una comunidad que se encuentre comprometida con la maximización de los espacios de libertad y de dominio de las personas que les permitan gobernarse por sí mismas y participar activamente del autogobierno colectivo.<sup>22</sup>

De igual modo, el delito y el castigo tampoco pueden ser entendidos como una cuestión meramente adversarial, como un conflicto privado entre victimario y víctima, como sucede bajo los sistemas acusatorios puros de enjuiciamiento penal. Por el contrario, un derecho penal deliberativo incorpora junto al par victimario / víctima, a la comunidad. Así entonces el conflicto y las respuestas disponibles para hacer frente a ese conflicto dejan de ser entendidas como un asunto privado o como una cuestión que alcanza a un individuo aislado de sus conciudadanos.

En ese marco, ¿cuál es la relevancia que deberían adquirir tanto el consentimiento de la víctima como del ofensor en la imputación de los efectos jurídicos de ciertos actos? Responder esta pregunta exige efectuar una aclaración previa.

Cuando nos referimos al «consentimiento de la víctima», estamos haciendo referencia a la situación en la que el titular de un bien jurídico lesionado intervino de manera previa y voluntaria en un hecho generador de aquella lesión (v. gr., el caso de un sujeto que acepta ser trasladado en un automóvil por un conductor notoriamente alcoholizado y que sufre graves lesiones en su integridad física producto del «vuelco» del automotor, generado por el modo imprudente en que era conducido). Por su parte, cuando aludimos al «consentimiento del infractor», estamos haciendo mención a lo que Nino llamaba el «principio de asunción de la

---

22. John Braithwaite y Philip Pettit, *No sólo su merecido. Por una justicia penal que vaya más allá del castigo*, Elena Odriozola (trad.) (Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2015 [1990]).

pena»,<sup>23</sup> es decir, las actitudes subjetivas –amén de ciertas condiciones objetivas previas- que deben estar presentes en el infractor al momento de realizar una acción ilícita para que pueda afirmarse que la sanción penal que puede imponerle el Estado es legítima, en virtud de que ha sido consentida normativamente por aquél. En el ámbito del Derecho Penal de tradición continental europea, el principio de culpabilidad pretende cumplir con esa función.

Como se observa entonces, con la expresión «consentimiento» (tanto de la víctima como del ofensor) nos referimos a la realización consciente y voluntaria de un hecho sabiendo que del mismo pueden derivarse consecuencias disvaliosas para quien lo ejecuta: en el caso de la víctima, sufrir la lesión o pérdida de un bien jurídico; en el caso del ofensor, experimentar el sufrimiento propio de la aplicación de una pena.

Efectuada la aclaración, entonces, ¿la mera existencia del consentimiento torna legítimas las consecuencias normativas disvaliosas que se derivan para las personas que realicen consciente y voluntariamente un acto determinado? Es decir, ¿se puede consentir cualquier consecuencia adversa? Si así fuese ¿sería legítima cualquier acción dañosa que se desplegara con el consentimiento o autorización del titular del bien afectado?, o ¿ello permitiría encubrir ciertas situaciones de desigualdad o explotación previas, bajo el argumento o la excusa de la «autonomía de las partes»? A la inversa, la apelación al consentimiento de quien voluntariamente comete un delito como recurso para justificar la aplicación de la pena prevista ¿no legitimaría un modelo perfeccionista del castigo penal?<sup>24</sup>

Ante esa situación, ¿es posible que el consentimiento sólo pueda tener legitimidad dentro de ciertos límites objetivos? En tal caso ¿cuáles serían esos límites?, o ¿el reconocimiento de esos límites traería consigo una legislación perfeccionista al «pasar por alto» la autonomía de las partes?

En principio, podría afirmarse que, si las personas son agentes capaces de actuar conforme a razones morales y si la deliberación pública es un prerrequisito para la legitimidad y la aplicación de las disposiciones penales, debería reconocérsele un amplio marco de actuación al consentimiento. En esta línea, podría agregarse, una concepción liberal de la sociedad exigiría respetar

---

23. Nino, *Los límites...*, cap. 3.

24. Véanse los supuestos referidos en nota número 2.

las diferentes preferencias o deseos de las personas, lo que implica que el Estado se encuentra imposibilitado de conceder o negar eficacia al consentimiento o a la voluntad de aquéllas, a partir de criterios valorativos objetivos.

Sin embargo, una tesis de este tipo sería parasitaria de un subjetivismo extremo, ya que, si el acuerdo del interesado basta para la validación de una consecuencia normativa determinada, el instituto de la reincidencia o la aplicación de la pena, v. gr., estarían justificados por la sola culpabilidad del agente (a partir de su «consentimiento») y con exclusión de toda consideración a los efectos lesivos sobre terceros. De igual modo, si el consentimiento de la víctima alcanzara para imponerle legítimamente una consecuencia jurídica lesiva, las acciones prohibidas se «privatizarían», toda vez que el acuerdo del afectado permitiría justificar graves privaciones o sufrimientos (v. gr., los delitos de homicidio, el delito de lesiones gravísimas, la trata de personas), ya que los actos así realizados ni siquiera serían ilícitos al haberse realizado en un marco «consensual».

Un partidario de esta tesis podría decir, tal vez, que esta concepción no sería relativista en términos éticos, ya que el dotar de eficacia o validez al consentimiento de las personas sería una derivación del principio moral de «autonomía personal» que considera per se valioso que las personas puedan elegir libremente la manera de vivir (y tal vez de morir) y desarrollar su personalidad en sociedad. Sin embargo, esta afirmación tiene el serio problema que califica a «la autonomía personal» a partir de una visión instrumentalista de los derechos, creándose así una situación en la que todo podría ser objeto de compra y venta.<sup>25</sup>

En tal sentido, Jakobs,<sup>26</sup> v. gr., al reflexionar sobre la legitimidad de los delitos de ayuda al suicidio y homicidio a petición, descalifica el carácter paternalista de tales normas, que sólo serían compatibles, según él, con una concepción religiosa o colectivista de la vida. En esa línea, sostiene que la existencia misma

---

25. Véase al respecto lo que Nino sostenía respecto a las discusiones sobre la legitimidad de la pena de muerte, en Carlos Santiago Nino, «Pena de muerte, consentimiento y protección social», en *Los Escritos de Carlos S. Nino: Fundamentos de Derecho Penal (vol. 3)*, Gustavo Maurino (ed.), (Buenos Aires, Gedisa, 2008 [1989]), 174-175 y Nino, *Ética y derechos humanos...*, cap. 11.

26. Günther Jakobs, *Sobre el injusto del suicidio y del homicidio a petición*, Marcelo Sancinett y Manuel Cancio Meliá (trads.), (Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 1998 [1993]).

de la persona, como ente valioso reconocido por el derecho, presupone un cierto estatus que debe ser respetado tanto en su faz positiva (v. gr., poder «ser persona», es decir, ser propietario, tener la capacidad de contratar) como negativa (que prohíbe el arrogarse la capacidad de intervenir en el ámbito de organización de otras personas). En consecuencia, lo que un Estado sólo puede legítimamente prohibir son las intrusiones en ámbitos de organización ajenos.<sup>27</sup> Ello, a su vez, se encuentra en consonancia con su tesis de que la sanción penal asegura, a través de la vigencia de la norma, la regularidad y previsibilidad de las expectativas sociales que hacen posible el intercambio y la convivencia social.<sup>28</sup> En ese marco, ciertos intercambios con conocimiento de las partes del riesgo al que se enfrentan, permitirían imputar las consecuencias que se derivarían de aquél a quien termina siendo afectado, ya que el haber consentido la situación de riesgo trae consigo la previsibilidad de los resultados que podían causarse. No se trataría ya de un intercambio en el que uno de los involucrados, excediéndose en su status de persona, desconoce tal calidad en el otro, sino, más bien, de la creación de un ámbito de organización compartido,<sup>29</sup> lo que impediría, como

---

27. Para Jakobs el delito es la invasión que un individuo hace en la esfera de organización de otro individuo sin su consentimiento (lo que implica el excederse en el ejercicio del propio rol) que configura una comunicación alternativa respecto a la identidad normativa vigente en una sociedad y que, por ello, requiere ser neutralizada a través de la aplicación de una pena (Günther Jakobs, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*. Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez [trads.], [Buenos Aires, Ad-Hoc, 2013]), 9-21 y 42-48. Ergo, ni la ayuda al suicidio ni el homicidio a petición podrían ser considerados antijurídicos toda vez que no habría una arrogación no consentida en una esfera ajena (Jakobs, *Sobre el injusto...*, 8). Ahora bien, el argumento podría ser extendido a aquellas acciones que causan lesiones graves contra otro que las autoriza o en los supuestos de hechos portadores de un riesgo prohibido (v. gr., conducir un automóvil en estado de ebriedad) pero cuya materialización del riesgo (v. gr., la muerte de quien se traslada como acompañante del conductor) se le imputa a la víctima, por haber asumido voluntariamente tales riesgos (v. gr., por haber decidido voluntariamente ser trasladada sabiendo que el conductor se encontraba excedido en los límites de alcohol permitidos para poder conducir un vehículo y que ello generaba un peligro contra sus bienes). Véase notas número 29 y 30.

28. Günther Jakobs, *Derecho Penal Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo (trads.) 2ª ed., (Madrid: Marcial Pons, 1997 [1991]), cap. 1.

29. Jakobs, *Derecho Penal...* 288-307.

sostiene Pawlik,<sup>30</sup> penar «al autor» ya que al configurar de común acuerdo junto a quien resulta víctima, un contacto consensuado, las consecuencias lesivas no se proyectarían sobre un tercero, esto es, sobre una persona ajena al hecho y, por lo tanto, quedarían reservadas al ámbito de privacidad de las partes. Una tesis de este tipo, compatible con los presupuestos de un liberalismo conservador, es pasible de una serie de objeciones.

En primer lugar, el autorizar que ciertos actos puedan ser considerados lícitos por el único expediente de haber sido consentidos por los individuos, sería sólo compatible con un relativismo ético (propio de ciertas concepciones liberales), es decir, con una teoría escéptica en materia de moralidad que considere que es imposible afirmar objetivamente la corrección o incorrección moral de un acto. Quienes coincidimos con un «objetivismo moral» nos encontramos imposibilitados de aceptar esta suerte de privatización del espacio de la moral pública.

A su vez, la defensa del consentimiento efectuada por el paradigma liberal-conservador permite arropar de un discurso neutral la convalidación o legitimación del statu quo, esto es, justificar la desigualdad fáctica que existe entre quienes «acuerdan» una relación determinada.

Por su parte, la adopción de cierto «objetivismo moral» no deja de ser compatible con el principio de «autonomía personal».<sup>31</sup> Así, podríamos afirmar que nuestra tesis, al contrario de lo que piensan sus críticos, se encuentra más comprometida con la autonomía personal, dado que garantiza que esa posibilidad de optar entre diferentes planes de vida se mantenga vigente. En ese marco, el problema de tesis como las de Jakobs o Pawlik es que desconocen las diferencias fácticas que existen entre los individuos en materia de libertad e igualdad para poder entablar acuerdos entre sí (estas teorías tendrían problemas para justificar, v. gr., la idea de «orden público laboral» -fundamental en el derecho del trabajo- o las leyes destinadas a asegurar una proporcional representación de mujeres y hombres en los cargos públicos electivos).

---

30. Michael Pawlik, *La libertad institucionalizada. Estudios de Filosofía Jurídica y Derecho Penal*, Enrique Bacigalupo, Paola Dropulich, Pilar González Rivero, Marcelo Lerman, Jacobo López Barja de Quiroga, teresa Manso Porto, Jorge Perdomo, Javier Sánchez-Vera Gómez Trelles y Marcelo A. Sancinetti (trads.) (Madrid: Marcial Pons, 2010), 95-97 y 101.

31. Recuérdese, sin más, la teoría moral que defendiera Nino: Nino, *Ética y derechos humanos...*

Asimismo, si el consentimiento del afectado fuera suficiente para autorizar la imposición de cierta carga contra su persona, ello llevaría a considerar moralmente válida a la pena de muerte.<sup>32</sup>

Al mismo tiempo, el derecho penal se privatizaría, ya que el desarrollo de cada juicio penal estaría sujeto a la conformidad de la presunta víctima, en tanto única persona aparentemente afectada por el hecho que se investiga.<sup>33</sup> Un esquema de este tipo, además, estaría confundiendo los efectos y la característica central de la pena estatal con sanciones como la del derecho civil, destinadas simplemente a la restitución de los daños ocasionados.

Por otra parte, también podría cuestionarse la tesis que le concede un amplio campo de acción legitimante al consentimiento, acudiéndose a la teoría de la identidad gradual de Derek Parfit.<sup>34</sup> Esta teoría permite restringir la validez o eficacia del consentimiento de una persona en la medida en que ello sea necesario para garantizar o asegurar la vigencia del ejercicio de la autonomía de su «yo futuro». Como la identidad personal sería graduable (y, por lo tanto, no susceptible de todo-o-nada), cada individuo se encontraría impedido de realizar actos que impidan o coloquen en serio riesgo su capacidad de actuación futura. De esa manera, el «yo futuro» sería para el «yo actual» un tercero, de igual modo como lo son sus conciudadanos.

Este es un argumento que permitiría legitimar el instituto de la prescripción, los delitos de instigación y ayuda al suicidio, el homicidio a petición (por lo menos en principio) y la trata de personas voluntaria; justificaría también la prohibición de la pena de muerte y de la prisión perpetua sin libertad condicional; e impediría reconocer al instituto de la «competencia de la víctima» con el amplio alcance con el que hoy es reconocido por la doctrina en el marco de los delitos

---

32. Nino, «Pena de muerte, consentimiento y protección social», y Nino, *Ética y derechos humanos...* caps. 10 y 11.

33. Esta sería una consecuencia propia del modelo adversarial de derecho penal, que rechazamos. Por el contrario, el derecho de daños, al formar parte del derecho privado, permite justificar que si una de las partes interviene voluntariamente en la realización de un acto que genera un daño para sus bienes, aquella intervención previa implica una renuncia tácita a la interposición de una demanda futura por los daños y perjuicios resultantes: Nino, «Pena de muerte, consentimiento y protección social», 162.

34. Derek Parfit, *Razones y personas*, Mariano Rodríguez González (trad.), (Madrid: Antonio Machado Libros, 2004 [1984]), esp. cap. 15.

imprudentes.<sup>35</sup>

Esta conclusión, a su vez, sería compatible con una de las exigencias de una concepción deliberativa del derecho penal. Si, en efecto, la legitimación de la sanción y aplicación de las normas penales está sujeta a la existencia de un foro de discusión pública, como mecanismo que permita garantizar la imparcialidad de aquéllas, es necesario que la deliberación pública -presente y futura- no se encuentre atravesada por la exclusión o por la participación en condiciones de notoria desventaja de algunos sujetos o grupos sociales, como lo estaría si a alguien se lo recluye por mucho tiempo en una prisión, se lo castiga con la pena de muerte<sup>36</sup> o en los casos en que quien participa del debate no sea un «hombre libre» o tenga gravemente disminuida su autonomía por daños graves a su integridad corporal. Dicho de otro modo, la validez a la restricción del consentimiento, en tales casos, perseguiría el objetivo de garantizar uno de los prerequisites para la legitimación de las decisiones: la pluralidad de voces en el debate público como precondition para su imparcialidad.

No obstante, llegados a este punto, parecería que nos enfrentamos a un dilema. O restringimos la validez del consentimiento de los ciudadanos para garantizar la mayor existencia de voces en el foro público (como prerequisite para la imparcialidad de las decisiones públicas y para asegurar la autonomía futura de los sujetos) con el consecuente peligro de instaurar, de manera encubierta, una legislación perfeccionista. O, por el contrario, reconocemos la validez plena del consentimiento (como consecuencia del principio de autonomía personal), con el peligro de establecer un modelo perfeccionista del castigo (al justificar la sanción penal por el «consentimiento» del autor de un delito) y convalidar graves desigualdades fácticas (al legitimar hechos cuyos daños fueron «consentidos» por quien resulta víctima de aquéllos) que explicarían buena parte de lo que resulta ser, en los hechos, «objeto de negociación» ¿Cómo salir entonces de este círculo vicioso?

Quienes sostenemos que el consentimiento no puede aparejar efectos

---

35. Véase respecto a los casos de imprudencia grave y de la prescripción, Parfit, *Razones...* 557-560 y 566-568.

36. Ello permite, por sí mismo, invalidar la pena de muerte: Nino, *La constitución...* 186-187 y Nino, *Ética y derechos humanos...* 477-478.

jurídicos en determinados casos<sup>37</sup> debemos asegurarnos de que la invalidación de aquél no esconda, bajo un presunto paternalismo, un caso de perfeccionismo (tal lo sería, v. gr., el prohibir la tenencia de estupefacientes para consumo personal<sup>38</sup> o el denominado «modelo sueco» de penalización del consumo de servicios sexuales en el marco de un acuerdo no forzado entre el/la trabajador/a sexual y el cliente).<sup>39</sup>

La tarea no es sencilla ya que no se encuentran demarcados con precisión los límites entre las citadas formas de legislación, por lo que sólo podríamos esbozar un esquema tentativo.

Podríamos valernos, para ello, de la noción de «atribuibilidad»<sup>40</sup> de la teoría del delito, lo que nos permitiría disponer de un estándar objetivo (a semejanza del estado de necesidad exculpante) que prescindiera de averiguar en tales casos si el sujeto en cuestión concretamente consintió -o no- la privación de sus derechos (de la misma manera que en aquella causa de exculpación no se analiza si el sujeto pudo -o no- conducir su conducta conforme a derecho). Es decir, las restricciones para considerar voluntarias a las acciones realizadas en estado de necesidad exculpante o aquéllas en las que no se reconocerían los efectos legales del «consentimiento», no responden a razones subjetivas –toda vez que el sujeto sabía qué actos realizaba o cuáles eran sus efectos- sino objetivas.

En el caso del estado de necesidad exculpante, por las condiciones que rodean al sujeto al momento de tomar su decisión,<sup>41</sup> el Estado carece de la legitimidad que tendría de ordinario para responsabilizarlo por ese hecho, ya que en tales

---

37. Tal lo comentado más arriba en el texto.

38. Carlos Santiago Nino, «¿Es la tenencia de drogas con fines de consumo personal una de las 'acciones privadas de los hombres'?', en *Una teoría de la justicia para la democracia. Hacer justicia, pensar la igualdad y defender libertades*, Gustavo Maurino (ed.), (Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2013 [1979]).

39. Hernán Darío Grbavac, «¿Tras los pasos del modelo sueco? La nueva regulación del delito de promoción o facilitación de la prostitución de mayores de edad en Argentina», *Derecho Penal y Criminología. Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia*, vol. 37 N° 102, (Bogotá: enero-junio de 2016).

40. Reinhart Maurach, *Derecho Penal Parte General tomo 1*, Heinz Zipf (act.), Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson (trads.). (Buenos Aires, Astrea, 1994 [1987]), 511 y ss.

41. En virtud de «la notoria reducción del ámbito de autodeterminación del sujeto en la situación constelacional en que realiza la acción»: Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, *Derecho Penal Parte General 2ª ed.*, (Buenos Aires: Ediar, 2002), 747.

circunstancias no es posible responder afirmativamente a la pregunta: «¿es posible responsabilizar por este hecho a un hombre, en cuanto miembro de la comunidad jurídica?»; dado el contexto en el que se realiza el acto, no puede concluirse que «el hecho concreto pued[a] ser atribuido a su autor como propio y, asimismo, que el juicio de desvalor que caracteriza al hecho como típico y antijurídico se extiend[a] a su autor».<sup>42</sup>

Por su parte, la restricción al consentimiento –que defendemos– pretende asegurar (también para el futuro) la existencia de las precondiciones que permitan afirmar que la decisión tomada tras la deliberación pueda ser considerada imparcial, lo que, por el contrario, sucedería de ordinario si no se restringe (o dificulta gravemente) la participación de todos en el foro público. De este modo, y así como la no «responsabilidad por el hecho», es decir, la afirmación de que el hecho no le es atribuible al autor en virtud de las consideraciones que rodearon a aquél al momento de ser realizado, pretende garantizar que la pena se aplique sólo como consecuencia de la ejecución «libre» de un acto, las restricciones al consentimiento –que propiciamos– intentan asegurar que en el futuro las decisiones colectivas resueltas en el foro público sean las decisiones libres y voluntarias de todos los participantes; en pocas palabras, que sean decisiones imparciales, es decir, nuestras decisiones.

Nino, al defender una concepción objetiva de ciertas causales de no culpabilidad, sostenía: «supongamos una sociedad en que todos sean niños, o todos sean insanos o todos estén sometidos a la presión de la necesidad o a una amenaza externa. Sería absurdo y autofrustrante que en esa sociedad todos los delitos se excusaran y todos los contratos se anularan por vicios de la voluntad. Esto sugiere que estas excusas sólo juegan un papel cuando se refieren a situaciones que afectan desigualmente a sólo un grupo social. Si sólo los factores causales que condicionan la voluntad en forma desigual excluyen el consentimiento, esto sugiere que hay alguna relación entre el principio de dignidad de la persona y la interpretación igualitaria del principio de inviolabilidad».<sup>43</sup>

La conexión entonces entre el principio de dignidad con el principio de

---

42. Maurach, *Derecho Penal...* t 1, 536-537 y 541.

43. Carlos Santiago Nino, «La derivación de los principios de responsabilidad penal de los fundamentos de los derechos humanos», en *Los Escritos de Carlos S. Nino: Fundamentos de Derecho Penal* (vol. 3), Gustavo Maurino (ed.), (Buenos Aires: Gedisa, 2008 [1989]), 41.

inviolabilidad<sup>44</sup> permitiría hacer hincapié en la necesidad de verificar que, bajo la aparente apelación al artículo 19 de la Constitución argentina y al principio de autonomía personal, no se esté encubriendo en los hechos un «consentimiento» brindado en condiciones de notoria desigualdad y, por lo tanto, atentatorio en realidad tanto de aquella autonomía como de las precondiciones que permiten la imparcialidad de una decisión. De este modo, y de igual manera a lo que sucede, v. gr., en el derecho del trabajo con ciertas materias sustraídas a la negociación entre las partes, también existirían en el derecho penal determinadas acciones en las que un posible «consentimiento» de la víctima también sería irrelevante a la hora de determinar el juicio de antijuridicidad del hecho que se analiza. En este marco, incluso, podríamos apelar a la teoría de las «fallas del proceso» que un teórico de la democracia deliberativa como Estlund<sup>45</sup> elabora como mecanismo para remediar situaciones de desigualdad que atentan contra el ideal deliberativo. Este autor legitima la ejecución de ciertos actos disruptivos que, si bien no podrían justificarse en un plano ideal, permitirían maximizar en los hechos el proceso deliberativo al contrarrestar las restricciones que se presenten en la práctica.

En nuestro caso, podría plantearse que, en principio, ninguna limitación al consentimiento podría ser validada desde una situación deliberativa ideal. Sin embargo, como en nuestras democracias reales esta situación ideal no existe ya que, sea por fuerza, dinero o influencia, los ciudadanos no se encuentran realmente en condiciones de igualdad para poder deliberar sin ningún tipo de restricción, el producto de esa deliberación -sin ningún correctivo- reproduciría aquella desigualdad previa. Para evitarla, entonces, legitimaríamos ciertas restricciones al reconocimiento de los efectos legales del «consentimiento», estableciendo así un contrapeso contra la desigualdad existente en los hechos, para maximizar, de ese modo, la igualdad posible.

---

44. El principio de dignidad dispone que se debe tomar en cuenta seriamente el consentimiento de las personas como mecanismo tendiente a distribuir cargas. En tanto, el principio de inviolabilidad personal pretende capturar la máxima kantiana de que los hombres son fines en sí mismos y, por lo tanto, no pueden ser usados como medios. En este caso, el consentimiento juega un papel, a diferencia de lo que ocurre en el principio de dignidad, de barrera o defensa del individuo contra la imposición de consecuencias para su persona. Véase, p. ej., Nino, *Ética y derechos humanos...* cap. 6 y 7.

45. Estlund, *La autoridad democrática...*, cap. 10.

No obstante, existen algunas situaciones (excepciones) en las que el no reconocer la validez del consentimiento causaría la frustración de derechos fundamentales en la propia persona o en un tercero. Un supuesto referido al primer caso estaría dado cuando quien profesa una religión determinada expresa su rechazo, en función de sus creencias personales, a recibir una transfusión de sangre, aunque no exista otra alternativa para salvar su vida. Negar aquí el consentimiento del paciente implicaría no sólo su instrumentalización por parte del médico sino, además, frustraría el ejercicio de su derecho a la libertad religiosa. En tanto, el segundo caso tendría lugar en ciertas situaciones de legítima defensa ejercidas contra un agresor culpable.<sup>46</sup> Rechazar la justificación de la acción defensiva afirmando que el eventual homicidio cometido de ese modo no puede ser legitimado -ya que el agresor no puede consentir válidamente su muerte- implicaría sostener que no se podría ejercer legítimamente la defensa de los derechos fundamentales ante agresiones ilegítimas, al no disponerse en el caso de otros medios menos lesivos, lo que supone validar la instrumentalización del agredido. Como se observa, también son consideraciones objetivas las que se imponen en estas soluciones.

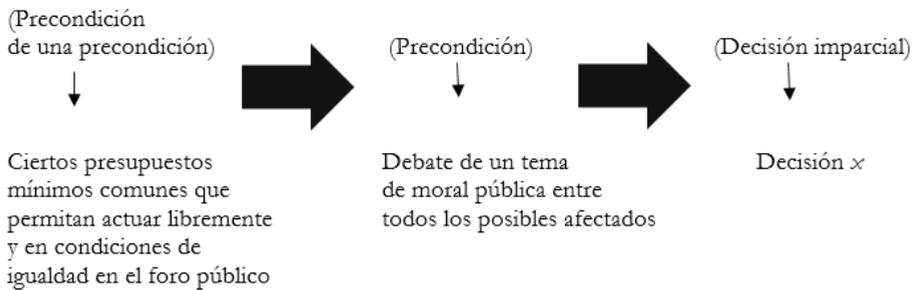
De esta manera, la necesidad de que se garantice que cada persona pueda concurrir en tiempo presente y futuro y en condiciones de igualdad a deliberar sobre asuntos de moral pública exige asegurar la existencia de una serie de presupuestos objetivos mínimos. Al servicio de estos presupuestos es que la eficacia jurídica del consentimiento de los sujetos involucrados puede, en ocasiones, ser restringida o, incluso, no reconocida.

En síntesis, si la corrección o incorrección de una decisión en materia de moral pública está sujeta a la precondition «existencia de un debate colectivo entre todos los sectores potencialmente afectados», no debería ser menos cierto que esta precondition supone la existencia de un prerequisite previo: «que quienes participan de ese debate cuenten con ciertos presupuestos objetivos mínimos que les permitan valerse por sí mismos y en condiciones de igualdad en el foro público».

Gráficamente:

---

46. Como recordaba Nino, éste es un caso en el que el derecho positivo reconoce, bajo ciertos requisitos, la disponibilidad de la propia vida: Nino, «Pena de muerte, consentimiento y protección social», 174.



## CONCLUSIÓN

Con el presente trabajo hemos reflexionado sobre las proyecciones que un derecho penal deliberativo podría arrojar sobre la relevancia jurídica del consentimiento, tanto de quien realiza un hecho delictivo como de quien aparece como víctima del mismo.

Pese a que, a primera vista podría creerse que un derecho penal deliberativo debería conceder un amplio reconocimiento al consentimiento como mecanismo idóneo para distribuir las consecuencias jurídicas disvaliosas derivadas de las acciones realizadas voluntariamente, vimos cómo esta afirmación genera un aparente dilema:

Un reconocimiento amplio de los efectos legales del consentimiento del autor de un hecho punible, a efectos de la justificación de la sanción penal, traería consigo una fundamentación exclusivamente subjetivista o perfeccionista del castigo, (ello es lo que sucedería, v. gr., cuando un sujeto realiza un delito que se agrava en virtud de los motivos o de las ultra-finalidades que eran perseguidos por aquél al momento de cometerlo) lo que se encuentra vedado por el artículo 19 de la Constitución argentina. Asimismo, si la realización de una acción con consecuencias dañosas graves para quien sufre sus efectos puede justificarse a partir de su consentimiento, ello permitiría validar posibles situaciones de explotación ante las desigualdades (v. gr., económicas, de poder) vigentes, so pretexto del cumplimiento del principio de autonomía personal, consagrado en el artículo 19 de la Constitución argentina.

Pero, la restricción a la validez legal del consentimiento podría derivar en la recepción, de manera encubierta, de un modelo perfeccionista de legislación

incompatible con el postulado de la autonomía privada, al vetar la validez de ciertas voluntades expresadas libremente.

Planteado el problema en estos términos, propusimos para resolver la controversia del «consentimiento», asegurar la existencia de ciertos presupuestos objetivos mínimos, en tanto prerequisites que sólo tornarían válido el procedimiento del debate colectivo. Así entonces, si la corrección de una decisión sobre un tema de moral pública exige como precondition «la existencia de un debate entre todos los sectores posiblemente afectados», esta última requerirá también de su propia precondition: «la existencia de ciertos presupuestos objetivos comunes que aseguren que quienes participarán del foro público lo hagan en condiciones de igualdad». Sólo ello garantizaría un verdadero debate -y no una farsa- entre ciudadanos iguales. Por lo tanto, al servicio del aseguramiento de estas condiciones de la precondition «debate de un tema de moral pública entre todos los posibles afectados», es que podría ser válido para la legitimación de una decisión pública, restringir el reconocimiento legal del consentimiento, en tanto mecanismo para distribuir cargas entre las personas.