

La causa de justificación de ejercicio legítimo de un derecho presupone también una situación de crisis (se da *ex ante*, y se confirma *ex post*) que el ordenamiento resuelve a favor del interés preponderante. Su relevancia se halla prevista, aunque de manera muy genérica, en el art. 20.7.º, cuando se considera exento de responsabilidad penal a quien «obre en el ejercicio de un derecho, oficio o cargo» (C.89). Así, quien para defender la integridad de un valioso jarrón de su propiedad impide acercarse a él a quien desea tomarlo en sus manos (las llamadas «vías de hecho» para la tutela de la propiedad y otros derechos). Este derecho de defensa no llega a ser el de la legítima defensa, pues falta una agresión ilegítima de las que exige tal causa de justificación, pero tampoco es irrelevante que el propietario pueda proteger sus bienes. Obviamente, puede ejercer su derecho con límites. De ahí la mención legal a que el ejercicio del derecho sea «legítimo» (art. 20.7.º); por tanto, no estaría justificado, por ejemplo, ejercer violencia física sobre quien se aproxima al bien protegido por el propietario; sólo lo estaría cuando su aproximación se torne en un apoderamiento antijurídico (hurto, por ejemplo), en cuyo caso daría lugar a legítima defensa (de los bienes).

Se incluyen aquí situaciones de ejercicio de derechos de corrección en el ámbito familiar, educativo, por ejemplo, siempre que medie proporcionalidad entre el fin de la corrección y el medio empleado. También derechos derivados del cargo o profesión (del médico, por ejemplo); en este ámbito, la proporcionalidad de los medios al fin de la intervención o tratamiento vendrán dados en buena medida por el respeto a la *lex artis* profesional y por la presencia del consentimiento del paciente. También el consentimiento del paciente tiene relevancia en la participación en deportes que pueden provocar lesiones, pero siempre que impere cierta proporcionalidad.

Se percibe así que el consentimiento despliega un especial papel en esta materia, como muestra de ejercicio de un derecho. Se trata del consentimiento que emite un sujeto y que hace desaparecer la realización del tipo por parte de otro agente. Así, hay que plantearse si comete delito –o, en cambio, está justificado– que el titular de un bien consienta en que dicho bien sea afectado por una conducta ajena: por ejemplo, si al propietario le resulta indiferente que alguien dañe los bienes de su propiedad, es difícil entender que se comete contra él el delito de daños patrimoniales; en cambio, no puede decirse que desaparezca el delito de lesiones cuando la víctima consiente que alguien le golpee brutalmente. En ambos ejemplos hay consentimiento del sujeto pasivo, y se ve que el tratamiento no puede ser igual.

Conviene diferenciar el consentimiento como «acuerdo» (i) y «consentimiento en sentido estricto» (ii). En los casos de acuerdo, i) la conducta del agente va dirigida directamente contra la voluntad (en delitos contra la libertad, como las detenciones ilegales, el allanamiento de morada, algunos de los que afectan a la libertad e indemnidad sexuales...), por lo que el consentimiento del sujeto pasivo hace desaparecer todo contenido de antijuricidad: al ser la libertad lo afectado primariamente, no se vería afectada. Pero en otros casos, ii) el consentimiento del sujeto pasivo es sólo un componente del delito –no el único– (en delitos contra la vida, la integridad física, la salud, algunos de los que afectan a la libertad e indemnidad sexuales...), en cuyo caso no siempre quedará justificada la conducta, sino que se estaría cometiendo un delito aun que la víctima consienta.

Así, es razonable que en ciertos delitos el consentimiento de la víctima no haga desaparecer la antijuricidad: que el sujeto pasivo acepte que le den muerte, o que sea mutilado, o la madre embarazada que se cometa un aborto... no justifica la conducta. Hay entonces otros motivos, que forman parte del delito en cuestión, que impiden sacrificar el bien jurídico en aras del mero consentimiento del titular del bien en cuestión. Puede en algunos casos preverse una atenuación, pero entonces estará motivada más por razones referidas a la culpabilidad (sufrimiento que padece la víctima, el temor ante un mal inminente...) que por la permisón de la conducta en ese caso. Con otras palabras, que no llega a ser una causa de justificación, pero tampoco es irrelevante: el lugar idóneo de atender a estos motivos de culpabilidad es la inexigibilidad (N.112). Y, en el marco de ésta, aunque tampoco llega a ser exculpante, sí puede atenuar la responsabilidad, sea a través de previsiones expresas del legislador en el delito respectivo (arts. 143.3, 155, por ejemplo), sea con carácter más general (arts. 20.6.º y 21.1.ª ó 3.ª).

Particular interés reviste el consentimiento a intervenciones médicas (el paciente consiente ser operado, aun sabiendo que la operación causará un menoscabo a la salud: extirpación de un órgano, por ejemplo). Se entiende que en tales casos, la conducta del médico queda justificada si obra con el consentimiento del paciente y se mantiene dentro de la *lex artis*, es decir, a las reglas de la experiencia médica admitidas en ese momento. Ambos datos (consentimiento y respeto de la *lex artis*) son condiciones de que la intervención es proporcionada y por tanto queda justificada.

No es preciso que el agente obre sólo por ejercer el derecho, sino que éste es compatible con motivos espurios (cerrar legítimamente el paso al vecino es compatible con sentir odio hacia él), que no impiden la justificación de su conducta (N.71). Se precisa en cambio que se represente los elementos objetivos. En efecto, como en las restantes causas de justificación, la situación típica ha de darse *ex ante* en la representación del agente que percibe la situación como de crisis (por ejemplo, el particular se percata de que si ejerce su derecho de paso, tendrá que invadir el jardín del vecino y pisar sus plantas); y confirmarse *ex post* en la realidad extramental (en ese mismo ejemplo, tiene derecho a pasar, y las plantas en efecto resultan dañadas). Sólo en este caso quedará justificada la conducta del particular que daña bienes ajenos. Así, por ejemplo, el médico piensa que le está permitido improvisar una arriesgada técnica de operación quirúrgica de urgencia: si su suposición coincide con la situación extramental (existe urgencia, consentimiento al menos presunto y se mantiene dentro de lo que exige la *lex artis*), quedaría justificado. En cambio, si no convergen representación y realidad extramental (es decir, situación *ex ante* y situación *ex post*), no podemos hablar de justificación, sino de los respectivos tipos divergentes (en ese mismo ejemplo, el médico se extralimita y opera de manera inadecuada o sin urgencia). Según el régimen general (N.72) de estas situaciones de divergencia, si el error del agente recae sobre los datos que dan lugar al derecho de obrar, estaremos ante un caso de error de tipo (del respectivo tipo comisivo u omisivo, a castigar como imprudente si se ha previsto la modalidad imprudente; de lo contrario, impune); mientras que, si yerra sobre los límites hasta los que puede llegar en ejercicio de su derecho, el error no será de tipo, sino referido a la antijuricidad (sobre la permisón, en sede de culpabilidad: N.111).

Si concurren *ex ante* los elementos objetivos y se confirman *ex post* (convergencia), operará el efecto justificante, por lo que procederá la impunidad para todos los que intervienen (accesoriedad limitada*: N.131), pues es el hecho lo que queda justificado.