

EL CONSENTIMIENTO EN MATERIA PENAL

*Camilo Iván Machado Rodríguez**

Resumen: Se plantea un estudio de las diferentes posturas dogmáticas que se han suscitado en la doctrina jurídico-penal en torno a la relevancia del instituto del consentimiento, como su regulación, recorriendo las legislaciones penales española, alemana, italiana y colombiana. Así mismo, se toman en consideración las recientes posturas, en donde se entiende el consentimiento como un supuesto de autopuesta en peligro, o como uno de heteropuesta en peligro de la víctima. Se propone un entendimiento de la figura desde la óptica de la teoría de la imputación objetiva, y para ello se incluye el consentimiento como causa de ausencia de la imputación objetiva.

Palabras clave: consentimiento; autopuesta y heteropuesta en peligro; imputación objetiva; riesgo permitido; dogmática.

THE CONSENT IN CRIMINAL MATTER

Abstract: The article studies the different dogmatic positions that have arisen in the legal-penitentiary doctrine regarding the relevance of the consent and its regulation, taking into account the criminal legislations in Spain, Germany,

* Abogado y especialista en Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia. Licenciado en Derecho y doctorado en Derecho en la Universidad de Salamanca. Docente del Departamento de Derecho Penal de la Universidad Externado de Colombia. Contacto: camilo.machado@uexternado.edu.co Fecha de recepción: 17 de septiembre de 2012; fecha de modificación: 4 de diciembre de 2012; fecha de aceptación: 17 de diciembre de 2012.

Italy and Colombia. Also, it analyzes the recent positions and recommends a viewpoint that considers the consent as a cause of absence of objective imputation.

Keywords: consent, objective imputation, permitted risk, dogmatic.

INTRODUCCIÓN

La problemática de la eficacia del consentimiento en materia penal ha suscitado en su largo recorrido dos tesis en conflicto: la que reconoce y la que niega efectos plenos al consentimiento del lesionado sobre la lesión producida por un tercero; esta, a su vez, ha originado básicamente dos teorías que intentan explicar su naturaleza dogmática: la teoría unitaria y la teoría diferenciadora.

Estas construcciones teóricas dan eficacia al consentimiento desde dos puntos de vista diferentes: en la teoría unitaria se fundamenta el consentimiento como una causa de atipicidad, y en la teoría diferenciadora, se admite que en algunos supuestos el consentimiento hace las veces de una causa de atipicidad en forma excepcional, y como regla general posee una naturaleza jurídica de causa de justificación.

Es importante mencionar que fuera de estas posturas se encuentran aquellas, como la consagrada en el artículo 155 CP español, en donde se le atribuye al consentimiento la eficacia de atenuante punitivo¹.

La mayoría de los ordenamientos jurídico-penales no contienen una regulación general del consentimiento: así ocurre, verbigracia, en el Código Penal español, cuyo artículo 20 no se contempla expresamente el consentimiento entre las causas de exención de responsabilidad. Por ello, su relevancia jurídica y su campo de aplicación se buscan en los tipos delictivos concretos de la Parte Especial. Luego la eficacia del consentimiento se limita a desplegar sus efectos en el caso aquellos tipos penales protectores de bienes jurídicos disponibles².

Como lo sostiene BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, “este asunto se encuentra impregnado de condicionamientos de carácter ideológico, pues debemos partir de la disponibilidad o no disponibilidad de la salud personal y condicionante de carácter dogmático, como lo

1 Artículo 155 CP español: “En los delitos de lesiones, si ha mediado el consentimiento válida, libre, espontánea y expresamente emitido del ofendido, *se impondrá la pena inferior en uno o dos grados*. No será válido el consentimiento otorgado por un menor de edad o un incapaz”.

2 ORTOS BERENGUER, ENRIQUE y GUINARTE CABADA, GUMERSINDO. “Consideraciones en torno a la vertiente jurídica del denominado consentimiento informado”, en AA.VV. *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo*, Libro Homenaje al profesor Doctor Don JOSÉ CEREZO MIR, JOSÉ LUIS DíEZ RIPOLLÉS, CARLOS MARÍA ROMEO CASABONA, LUIS GRACIA MARTÍN *et al.* (eds.), Madrid, Tecnos, 2002, pp. 889 y ss.

son la concepción que se tenga del bien jurídico (para el presente caso del bien jurídico protegido en el delito de lesiones), o la posición que se tenga con relación al injusto”³.

La ubicación del consentimiento en la teoría del delito, como causa de atipicidad, o como causa de justificación, comporta importantes consecuencias en relación con temas como el error, la violencia y el engaño.

En la doctrina alemana, el criterio dominante ha sido la teoría diferenciadora, que distingue entre el supuesto del consentimiento en sentido estricto y el del denominado “acuerdo o conformidad”. También en la doctrina italiana se ha optado de modo predominante por el planteamiento diferenciador, aunque en este caso la idea de la existencia de una causa de justificación viene favorecida por la previsión expresa del consentimiento como circunstancia excluyente de la responsabilidad criminal. Lo cual no impide que en otros esté contenido en el tipo⁴.

1) ANTECEDENTES DE LA FIGURA

El término “consentimiento”, entendido “como la autorización o permiso para que se haga algo”⁵, proviene del latín *consentire*, y en su acepción originaria expresa la concordancia entre las partes o la uniformidad de opinión. Por tal razón se emplea la expresión mutuo consentimiento, con análogo significado⁶.

Los primeros antecedentes del consentimiento los encontramos en el Digesto (47.10.1.52), en un texto de la época del gran jurista romano ULPIANO (170-228 d.C.) en donde se consigna el aforismo *nulla iniuria ets, quae in violentem fiat* (lo que se realiza con voluntad del lesionado, no constituye injusto)⁷, mediante el cual se señalaba que *el consentimiento de la víctima excluye el delito de injuria*, entendiendo tal situación con una significación restringida, y nunca general, pues se distinguían dos grandes categorías (delitos públicos y delitos privados) de actos que en la conciencia social se reputaban merecedores de pena; no cabía por lo tanto dar aplicación a tal principio entratándose de delitos contra el Estado o la comunidad, debido a su carácter de delitos públicos.

Aquí el término *iniuria* debe entenderse no solo en su sentido estricto, sino como cualquier lesión de los derechos de la personalidad (honor, salud, libertad e incluso la

3 BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, IGNACIO. “El consentimiento en las lesiones veinte años después”, en *Libro Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos, In Memoriam*, vol. II, Cuenca, 2001, pp. 46 y ss.

4 TAMARIT I SUMALLA, JOSEP-MARÍA. *La víctima en el Derecho Penal*, Pamplona, Aranzadi, 1998, p. 57.

5 Según el *Diccionario de la Lengua Española* de la Real Academia Española, 22ª. ed., 2001.

6 PIERANGELI, JOSÉ ENRIQUE. *El consentimiento del ofendido. Una Teoría del Delito*, trad. de LUIS FERNANDO NIÑO y STELLA MARIS MARTÍNEZ, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1998, p. 61.

7 En fórmula simplificada, *volenti non fit iniuria*.

vida), y el brocárdico de ULPIANO con el tiempo se transformó en la máxima jurídica *volenti non fit iniuria*, que significa: *respecto del que lo acepta no tiene lugar ningún injusto*⁸. Así, este principio en su contexto original se refería a un grupo muy restringido de hechos punibles, vale decir, a los delitos de carácter privado.

La teoría del consentimiento en materia penal busca dar solución a las grandes controversias que se han suscitado, sobre todo, las relacionadas con su misma eficacia (es decir, sobre qué bienes jurídicos tiene relevancia jurídica) y las que se refieren a los presupuestos necesarios de dicho consentimiento para que sea válido.

2) UBICACIÓN DOGMÁTICA EN LA TEORÍA DEL DELITO

En la doctrina penal se ha distinguido entre “acuerdo y consentimiento”⁹, en donde el “acuerdo” actúa excluyendo la tipicidad en los casos en que la acción típica presupone ya conceptualmente un actuar contra o sin la voluntad del lesionado. Ejemplo de esta clase de delito lo es el de coacción. Al paso que en aquellos supuestos donde una mujer consiente el acto sexual la conducta del hombre no será típicamente la de una violación por mediar el acuerdo de la mujer; en este grupo de supuestos es común que se excluya de antemano la lesión del bien jurídico protegido, pues no es efectivamente lesionado en las hipótesis de acuerdo del lesionado con la acción del autor¹⁰.

En cambio, en los supuestos propiamente de “consentimiento” se tendrá el efecto de justificación, lo que presupone la aceptación de la realización del tipo; por ello, se tendrá que el consentimiento posee la relevancia jurídica de ser una causa de justificación. En donde el fundamento reside en ser entendido el consentimiento como “una renuncia al bien jurídico que tendría fuerza justificante desde el punto de vista jurídico-consuetudinario como consecuencia del derecho de autodeterminación individual o sobre la base jurídico-constitucional de la libertad de acción”¹¹.

Otro sector doctrinal atribuye la justificación a que el desvalor de la lesión del bien jurídico se sopesaría con “la libertad de disposición del particular”¹², con la consecuen-

8 ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, ALAGIA, ALEJANDRO y SLOKAR, ALEJANDRO. *Derecho Penal. Parte General*, 2ª. ed., Buenos Aires, EDIAR, 2002, pp. 498 y ss.

9 Esta distinción entre los dos institutos jurídicos concebidos como independientes dentro del fenómeno de la voluntad aquiescente del lesionado fue propuesta por FRIEDRICH GEERD, en su tesis doctoral *Einwilligung und Einverständnis des Verletzten*, Kiel, 1953: cfr. “El acuerdo y el consentimiento en las lesiones”.

10 ROXIN, CLAUS. *Derecho Penal, Parte General*, t. I, “Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito”, trad. de la 2.ª ed. alemana y notas de DIEGO-MANUEL LUZÓN PEÑA, MIGUEL DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO y JAVIER DE VICENTE REMESA, reimpr., Madrid, Civitas, 2000, p. 512.

11 *Ibíd.*, pp. 512 y ss.

12 *Ibíd.*, pp. 512 y 513.

cia de que el consentimiento surtiría efecto en el caso de un mayor valor de la libertad de disposición.

Es importante resaltar que en los casos de consentimiento propiamente dicho la lesión no desaparece, así haya mediado el consentimiento del titular del derecho. Es precisamente en los casos en que se ha intentado afirmar que el consentimiento tiene eficacia jurídica como causa de justificación en donde más se han presentado problemas de fundamentación y postura dogmática.

Ahora bien, la distinción conceptual y jurídica entre “acuerdo” y “consentimiento” fue realizada por el ya citado GEERDS¹³, con el fin de poder establecer los efectos prácticos de cada instituto en la teoría del delito. La ubicación del consentimiento en la teoría del delito, ya sea como causa de atipicidad o como causa de justificación, tiene grandes consecuencias no solo sistemáticas, sino también prácticas¹⁴, como lo son las relacionadas con el error¹⁵, el engaño, la violencia, y específicamente en el caso alemán, con las buenas costumbres¹⁶.

Así, cuando exista error, en los casos de acuerdo (asentimiento), este se manejaría como un error de tipo, con sus normales consecuencias¹⁷, y en el supuesto de error en casos de consentimiento, se trataría de un error de prohibición¹⁸. Ahora, el engaño, la violencia

13 Como lo indica DE LA GÁNDARA VALLEJO, ob. cit., p. 75.

14 En los casos en donde el agente no sabe que cuenta con el consentimiento del portador del bien jurídico (asentimiento) y en los casos de consentimiento, excluyente del injusto, el hecho no se quedaría en tentativa sino que sería un delito consumado, mientras que sería una tentativa inidónea en los de asentimiento, excluyente del tipo.

15 CASAS BARQUERO, ENRIQUE. *El consentimiento en el derecho penal*, Universidad de Córdoba, 1987, pp. 40 y ss.

16 El 226ª STSB dispone: “Quien cometa un daño físico con conformidad del herido actuará entonces ilícitamente solo cuando el hecho, a pesar de la conformidad, atente contra las *buenas costumbres*”.

17 Como indica AGUDELO BETANCUR, NODIER. *Curso de Derecho Penal. (Esquemas del delito)*, Bogotá, Linotipia Bolívar, 1992, pp. 102 y ss.: “El error de tipo entendido como un error sobre los elementos de la descripción legal [...] en donde el error de tipo descarta la acción típica ya que como la voluntad no está referida a la acción. Esto quiere decir que en el esquema finalista resuelve el problema del error que se refiere a elementos del tipo (fácticos o normativos) en un estrato distinto a aquel en el que lo resuelve la teoría causalista, ya que esta dice que este es un problema de culpabilidad”.

18 *Ibíd.*, pp. 104 y ss. El error de prohibición es “aquel que versa sobre la permisión de la conducta [...] si el error de prohibición vencible podrá ser responsable por un delito doloso, con reproche atenuado, aquí el sujeto activo por comisión de un hecho doloso, a pesar de que el sujeto obró sin conciencia actual de la antijuridicidad, por cuanto el dolo no implica la conciencia de la antijuridicidad y de todas formas el sujeto conoció y quiso el hecho, y en esto consiste precisamente el dolo, y si se trata de un error de prohibición invencible habrá falta de culpabilidad por falta de reproche”. Podría mencionarse el caso del consentimiento dado por una persona, que adolece de vicios que conllevan su ineficacia o invalidez, que trae consigo la antijuridicidad de la conducta, pero podrían asimismo plantearse los casos de un error, en donde el autor cree subjetivamente en la eficacia del consentimiento debido a un error de hecho: de darse lo anterior, y estando plenamente demostrado, llevaría a la exclusión de la antijuridicidad por falta de la antijuridicidad subjetiva, y con ello la conducta no sería culpable.

y la oposición a las buenas costumbre desvirtúan el consentimiento, no sucediendo lo mismo en los supuestos de asentimiento¹⁹.

Otro sector de la doctrina concibe el consentimiento como una causa de justificación, y en algunos eventos se admite como una causa de atipicidad. Esta mixtura en los últimos años ha tenido una gran evolución y en gran medida depende de la concepción que se tenga del bien jurídico.

La doctrina alemana, en especial ROXIN, considera sobre este punto que “[e]n todos los supuestos que se refieren a ataques a bienes jurídicos individuales, la concurrencia de la voluntad del titular del bien jurídico siempre excluye la tipicidad por ausencia de lesividad del hecho”²⁰.

La división terminológica ha servido de punto de partida a la doctrina para el establecimiento de la naturaleza dogmático-jurídica de cada uno de los supuestos (acuerdo y consentimiento). Esta división doctrinal, entre quienes consideran que existen diferencias sustanciales entre el acuerdo y el consentimiento, y quienes sostienen que se trata en realidad de un mismo instituto, ha dado lugar a la conformación de dos teorías sobre la naturaleza dogmático-jurídica del consentimiento. Veamos.

a. Teoría diferenciadora

La doctrina mayoritaria considera que el consentimiento podría tener una doble finalidad dentro del esquema dogmático del delito, pues en unos casos actuaría como causa de atipicidad de la conducta, y en otros, como causa de justificación. Lo anterior tiene como finalidad principal ampliar el ámbito de la eficacia del consentimiento en Derecho Penal.

Quienes defienden la teoría diferenciadora necesariamente deben reconocer la eficacia del consentimiento, en unos casos como causa de atipicidad, y en otros, como causa de justificación²¹. En este sentido señala CEREZO MIR: “En aquellos tipos en que se protege un bien jurídico cuyo portador es el individuo (una persona física o una persona jurídica), pero en los que no se protege al mismo tiempo la libertad de disposición del mismo, siempre que se trate de un bien jurídico disponible”²².

En síntesis, ubicar el consentimiento como una causa de justificación, no significa otra cosa que el deseo por parte del legislador de controlar que el ejercicio que el indivi-

19 ROMEO CASABONA, CARLOS MARÍA. *El médico y el derecho penal (Licitud y responsabilidad penal)*, Barcelona, Bosch, 1981, pp. 292 y ss.

20 ROXIN, ob. cit., pp. 397 y ss.

21 En España sostienen este punto de vista COBOS y VIVES, CEREZO MIR, CASAS BARQUERO y ROMEO.

22 CEREZO MIR, JOSÉ. “El consentimiento como causa de exclusión del tipo y como causa de justificación”, en *Estudios de Derecho Penal y Criminología en memoria de Rodríguez Devesa*, I, Madrid, 1989, p. 208.

duo hace de su libertad sea afín a un teórico desarrollo ideal que, sin embargo y por lo mismo, ya no puede calificarse de libre²³.

Concebir el consentimiento como una causa de justificación²⁴, no compatible en un sistema dogmático, conduce necesariamente a admitir un concepto naturalista de bien jurídico²⁵, en donde se identifica el sustrato material con el propio bien jurídico, o a tener que concederle al Estado el poder de evaluar, en cada caso en concreto, y en el ámbito de las causas de justificación, el motivo que lleva al individuo a permitir que un tercero lesione o no sus bienes jurídicos, así como de valorar si debe o no prevalecer, por sobre el interés individual, el interés general en materia del bien jurídico.

Con base en lo anterior se ha venido hablando en la doctrina de bienes jurídicos individuales, subdivididos a su vez en bienes disponibles y bienes indisponibles, distinción que es tautológica y carente de significado, dado que el bien jurídico debe considerarse como dominio autónomo del titular sobre el ámbito de organización que le corresponde, y ello no solo respecto de los llamados bienes jurídicos disponibles, sino de igual modo respecto de todos los bienes jurídicos individuales²⁶.

Ahora bien, del análisis de los códigos penales se desprende que la disponibilidad de los bienes individuales está regulada y determinada para ciertos bienes jurídicos por medio de la contemplación de ciertos delitos (homicidio consentido o pietístico, ayuda o colaboración en el suicidio, etc.)²⁷. Así, por ejemplo, se ha afirmado que la punición de la intervención en un suicidio ajeno demuestra que la vida es un bien jurídico indis-

23 SEGURA GARCÍA, MARÍA JOSÉ. *El consentimiento del titular del bien jurídico en Derecho Penal: naturaleza y eficacia*, Tirant lo Blanch, 2000, p. 98.

24 En las legislaciones italiana y colombiana se expresa en la Parte General de sus códigos el consentimiento en forma expresa como una causa de justificación.

25 FERNÁNDEZ, GONZALO D. *Bien jurídico y sistema del delito. Un ensayo de fundamentación dogmática*, Buenos Aires y Montevideo, Fairs Editor, 2004, p. 21, sostiene sobre este punto que “Liszt como fundador del sistema del delito [...] responde a la matriz del pensamiento naturalista, que exige una objetivización del sustrato del delito, el cual debe salir del mundo espiritual al mundo real y, por tanto, ello determina al Derecho penal a proteger cosas concretas, objetos del mundo exterior”.

26 DE LA GÁNDARA VALLEJO, BEATRIZ. *Consentimiento, bien jurídico e imputación*, Madrid, Cóllex, 1995, pp. 102 y ss.

27 CEREZO MIR, JOSÉ. *Curso de Derecho Penal español. Parte General II*, 6ª. reimpr., Madrid, Tecnos, p. 102, manifiesta que “el que el sujeto pasivo haya creado dolosamente el peligro para su vida [...] no permite excluir la imputación del resultado al sujeto activo [...] en el código penal, como en el nuestro, en el que se castiga (a diferencia de lo que sucede en el código penal alemán) la inducción y cooperación necesaria al suicidio. Estamos ante una decisión político-criminal implícita en nuestro código y que obliga a llegar a conclusiones distintas. En los supuestos de creación dolosa del peligro por otra persona, con el consentimiento de la víctima [...] es difícil admitir que no estén comprendidos en el ámbito de protección de la norma implícita en el homicidio imprudente [...] cuando la vida no es en nuestro código un bien jurídico disponible (como se deduce de la punición en el art. 143.3 y 4º del homicidio consentido)”. Conforme a esta opinión, por tanto, todo el sector de comportamientos relacionados con el bien jurídico vida quedaría abarcado por la valoración expresada por el legislador al incriminar determinadas modalidades de intervención en un suicidio.

ponible, y que como consecuencia de ello, aun en supuestos en los que el titular del bien jurídico no lo quiera sacrificar, si no asume una conducta que lo pone en riesgo —dicho de momento, de modo aproximativo—, esta conducta carece de relevancia respecto de la valoración del comportamiento de quien interviene en el hecho junto a ella²⁸.

Las posiciones que le sirven de soporte a la teoría diferenciadora se apoyan a su vez en elaboraciones doctrinales tales como la teoría de FEUERBACH, la teoría de la acción jurídica, la tesis del negocio jurídico (ZITELMANN), el principio de ausencia de interés (MEZGER) y la teoría de la ponderación de valores (NÖLL). A continuación explicaremos en forma breve cada una de ellas.

1. Teoría de VON FEUERBACH

Para este autor, “[d]ado que una persona puede renunciar a derechos mediante un acto voluntario, el permiso para la realización del hecho, concedido por el lesionado, excluye el concepto de crimen: *volenti non fit iniuria*. La acción adecuada al permiso sólo debe dirigirse contra el derecho que se halla sometido a la posible disposición del lesionado. Por el contrario, estando el titular privado del derecho de arbitrio libre o siendo éste incapaz para disponer libremente de sí mismo o de lo suyo, el permiso carecerá de eficacia jurídica”²⁹.

De esta forma, la validez del consentimiento depende de la naturaleza del derecho y de la capacidad de disposición del bien jurídico, cuestiones cuya solución queda adscrita a los principios del Derecho Privado de la época³⁰. Ahora bien, aun cuando sea innegable que los límites de disposición de un derecho solo se pueden deducir de la rama del ordenamiento jurídico en la que tenga su sede natural, con la posición sustentada por FEUERBACH el Derecho Penal estaría renunciando a su autonomía, circunstancia comprensible si tenemos en cuenta que para este autor el delito es una lesión del Derecho³¹.

Por tanto, el consentimiento consistiría en un permiso que configura la facultad de cumplir una acción de otra manera prohibida³².

28 CANCIO MELIÁ, MANUEL. *La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima. “Imputación a la víctima”*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, pp. 18 y 19.

29 FEUERBACH, PAUL JOHANN Anselm Ritter von. *Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania*, en apéndice: “Código Penal para el Reino de Baviera. Parte General”, trad. de la 14ª ed. (Giessen, 1847) de EUGENIO RAÚL ZAFFARONI e IRMA HAGEMEIER, Buenos Aires, Hammurabi, 1989, p. 71.

30 Cfr. PIERANGELI, ob. cit., pp. 62 y ss.

31 FEUERBACH, ob. cit., p. 65: “Puesto que la conservación de los derechos es el objetivo general de las leyes penales, serán objeto de sus conminaciones protectoras tanto los derechos de los súbditos, como también los derechos correspondientes al Estado (como persona moral). El que mediante la infracción de una Ley penal lesione en forma directa los derechos del Estado, comete un crimen público (crimen de Estado, del *publicum*); y siendo el derecho de un súbdito objeto inmediato de la contravención, es éste un crimen privado (del *privatum*)”.

32 *Ibíd.*, p. 72: “Con este fundamento me retracto gustoso de mi anterior afirmación acerca de la impunidad

2. Teoría del negocio jurídico de Zitelmann

Esta concepción considera que el consentimiento excluye la antijuridicidad de la conducta cuando se trata de un negocio jurídico dirigido a esa exclusión, es decir, para ZITELMANN, “el consentimiento es un acto jurídico de naturaleza negocial, mediante el cual se concede una autorización al destinatario para realizar la acción”³³.

Este autor parte del principio de la unidad del ordenamiento jurídico, afirmando que el concepto de antijuridicidad debe ser uniforme, en todas las áreas del Derecho (Civil, Penal, Administrativo, etc.). Es por ello que llega a sostener que la totalidad de las causas de exclusión de la antijuridicidad del Derecho Civil rigen de igual forma para el Derecho Penal.

ZITELMANN entiende que el consentimiento es un negocio jurídico, y más concretamente un negocio jurídico de carácter unilateral, en donde no se requiere para su eficacia la aceptación, además de los demás requisitos que en materia civil se exigen para los negocios jurídicos en general³⁴.

En esta teoría se considera que el consentimiento excluye la antijuridicidad de la conducta por cuanto se trata, como ya se ha afirmado, de un negocio jurídico dirigido a tal exclusión. Luego, en esta teoría el consentimiento es un acto jurídico de naturaleza negocial mediante el cual se concede una autorización al destinatario para realizar la acción. Con base en lo anterior, el consentimiento eficaz en materia penal, estaría en la práctica regulado por las normas del Derecho Civil, y su regulación legal se deduce de la causa de justificación “ejercicio legítimo de un derecho”³⁵.

Esta teoría tuvo gran repercusión en la doctrina alemana, especialmente por los autores que sustentaban la posibilidad de adoptar criterios iusprivatistas en el Derecho Penal. A pesar de ello, fue expresamente rechazada en Alemania por MEZGER, quien entendía que “no es posible aplicar la teoría del negocio jurídico civil al ámbito penal de la

de la muerte de un hombre a pedido de éste”. Cfr. STÜBEL, “Über d. Natur d. Handlung, wenn Jemand ein unveräusserliches Gut einem Andern mit dessen Einwilligung beschädigt oder ganz entziehet” (*N. Archiv*, IX, 21) y ABECC, ob. cit. También G. L. GRAVERE, *An injuria volenti facta poenis sit coercenda?*, Gron., 1825; HEPP, “Über den Rechtssatz: volenti non fit injuria” (*N. Archiv*, XI, 4).

33 ZITELMANN, E. “Ausschluss der Widerrechtlichkeit”, en *Archiv für die civilistische Praxis*, t. 99, 1906, pp. 1 y ss., citado por SEGURA GARCÍA, ob. cit., p. 67.

34 PIERANGELI, ob. cit., p. 63: “Esta teoría está construida a partir de los parágrafos 182 y subsiguientes del Código Civil alemán (BGB), y posteriormente trasladada al Derecho Penal, esta teoría funciona en todo como en el ámbito de un negocio jurídico privado. En consecuencia, su esencia consiste en garantizar al que consiente el cumplimiento de la conducta, lo que otorga una naturaleza transaccional al consentimiento”.

35 Esta causa de justificación la encontramos en el artículo 20 numeral 7 (“Eximentes”) CPE que dice: “Están exentos de responsabilidad criminal: [...] 7º El que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo”.

antijuridicidad penal. Además, esta tesis confunde dos institutos jurídicos totalmente diversos: el consentimiento como negocio jurídico y el consentimiento como causa de justificación³⁶. Por ello esta teoría en la práctica sería imposible de aplicarse, pues lo que en realidad hace es tomar la teoría del negocio jurídico civil y trasladarla al ámbito de la antijuridicidad penal, además de confundir dos figuras: el consentimiento y el negocio jurídico.

Así las cosas, la teoría del negocio jurídico resulta rechazada por la propia naturaleza transaccional adjudicada al consentimiento. No se trata realmente de un verdadero negocio jurídico, porque no todas las manifestaciones de la voluntad son negocios jurídicos; ahora, el negocio jurídico es una manifestación de la voluntad dirigida a producir efectos en armonía con el ordenamiento jurídico.

Esta tesis en la actualidad se encuentra superada, pues se considera que el consentimiento es un “hecho jurídico”³⁷ con carácter y trascendencia penal. En la doctrina italiana autores como ANTOLISEI³⁸, MANTOVANI³⁹ y FIANDACA y MUSCO⁴⁰ han seguido esta postura doctrinal.

Existen otras posiciones doctrinales que le atribuyen eficacia jurídica al consentimiento, con apoyo en la ausencia de interés por parte del Estado para castigar ciertos hechos cuando el titular del derecho se desinteresa del bien jurídico protegido.

3. Principio de ausencia de interés de MEZGER

MEZGER encuentra el fundamento del consentimiento en el principio de la ausencia de interés, partiendo de que “es la lesión de intereses” el contenido de todo injusto, por lo cual una justificación con arreglo al principio de ausencia de interés aparece cuando la voluntad, que normalmente se entiende lesionada por la realización típica, no existe en

36 MEZGER, EDMUND. *Derecho Penal*, Buenos Aires, Bibliográfica Argentina, 1958, p. 414.

37 Dentro del sinnúmero de fenómenos, sucesos o situaciones que acaecen constantemente en el mundo externo, hay algunos que tienen la propiedad de dar lugar al nacimiento, adquisición, modificación, conservación, transmisión o extinción de derechos u obligaciones. A estos se les llama “hechos jurídicos”. Si se analiza esta relación entre el hecho y la consecuencia jurídica, es fácil advertir que esta última no deriva de alguna condición o calidad propia de la naturaleza de ciertos hechos, sino simplemente de que la ley así lo establece. De ahí que el hecho jurídico pueda ser definido como “el presupuesto de hecho necesario para que se produzca un efecto jurídico; en otras palabras, es el conjunto de circunstancias que, producidas, deben determinar ciertas consecuencias de acuerdo con la Ley”. Los hechos que no tienen ninguna trascendencia jurídica se llaman simples hechos; tales, por ejemplo, la lluvia, el trueno, la marea, un eclipse lunar, etc. Cfr. CABANELLAS, GUILLERMO. *Diccionario de Derecho usual*, 8ª. ed., Buenos Aires, Heliasta, 1974, p. 287.

38 ANTOLISEI, F. *Manuale di diritto penale, Parte generale*, 6ª ed., Milano, Giuffrè, 1969, p. 261.

39 MANTOVANI, FERRANDO. *Diritto penale*, Padova, 1984, p. 261.

40 FIANDACA, GIOVANNI y MUSCO, ENZO. *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, Zanichelli, 1985, p. 228.

el caso concreto; luego, el consentimiento supone el abandono consciente de intereses por parte del que legítimamente tiene la facultad de disposición sobre el bien jurídico⁴¹.

De esta forma, para MEZGER existen dos normas reguladoras dentro de las cuales se pueden encontrar las causas de justificación: 1) la falta de interés, de la que resulta la ausencia del injusto o de necesidad de protección, y 2) la determinación del interés. Luego, la eficacia del consentimiento deberá ser resuelta según que el titular del objeto de la acción lo sea también o no del objeto de protección. Así, cuando el titular del objeto de la acción y del objeto de protección sea la misma persona, el consentimiento será eficaz, de lo contrario, subsistirá la antijuridicidad de la acción, a pesar del consentimiento del sujeto pasivo⁴².

Como se puede apreciar, esta teoría le da eficacia al consentimiento a partir de la renuncia que realiza el titular del bien jurídico, en el sentido de que, una vez concurra el consentimiento, desaparece el interés que, en otro caso, hubiera sido lesionado por el injusto y, por lo tanto, la acción queda plenamente justificada⁴³.

MEZGER fundamenta el consentimiento como una causa de justificación, partiendo del principio de ausencia de interés, en donde la voluntad que normalmente aparece lesionada por la realización del tipo no existe en el caso concreto de darse el consentimiento del sujeto pasivo; de allí deduce que el consentimiento supone la ausencia de interés por parte del titular del bien jurídico disponible⁴⁴.

En el ámbito penal español, esta postura fue acogida por autores como ANTÓN ONECA⁴⁵, CUELLO CALÓN⁴⁶, COBO DEL ROSAL⁴⁷ y RODRÍGUEZ DEVESA⁴⁸. En la actualidad, ROMEO CASABONA entiende que si bien el principio de la ausencia de interés sigue siendo válido,

41 MEZGER, ob. cit., p. 408.

42 *Ibid.*, p. 165.

43 En un sentido contrario ROXIN, ob. cit., p. 521, quien señala: "En el consentimiento no está en juego ni un conflicto de intereses entre el que actúa y el que consiente ni la necesidad del hecho. Esta genuinidad estructural del consentimiento ha dado lugar a que ya MEZGER desarrollara un sistema dualista de las causas de justificación; conforme a ello, la justificación debe obedecer en la mayoría de los casos al principio de interés preponderante, pero en el consentimiento al principio de ausencia de interés: una justificación según el principio de ausencia de interés permite de ese modo que la voluntad imaginada o supuesta como lesionada en el tipo decaiga en el caso concreto. Pero precisamente esta fundamentación demuestra que en realidad no se trata de un problema de justificación sino de tipo".

44 MEZGER, ob. cit., pp. 341 y ss.

45 ANTÓN ONECA, José. *Derecho Penal, Parte General*, p. 186.

46 CUELLO CALÓN. *Derecho Penal*, t. I, "Parte General", vol. 1º, 18ª ed., revisada y puesta al día por C. CAMARGO HERNÁNDEZ, Barcelona, 1980, pp. 418 y ss.

47 CUELLO CALÓN. *Tratado de Derecho Penal español, Parte General*, vol. I, 2ª ed. revisada y corregida por M. COBO, Madrid, 1976, pp. 837 y ss.

48 RODRÍGUEZ DEVESA. *Derecho Penal español. Parte General*, 17ª ed., revisada y puesta al día por A. SERRANO GÓMEZ, Madrid, 1994, p. 503.

coexiste con el principio del interés preponderante, que es la causa del consentimiento; así, el titular, o portador del bien jurídico, tiene un interés efectivo en la protección de este, pero hay otro interés que se le presenta y que predomina en su apreciación, siendo aceptada la misma por el ordenamiento jurídico. Sin embargo, si este principio permite explicar la razón de ser del consentimiento desde el punto de vista del portador del bien jurídico, no sirve para comprender por qué la renuncia subjetiva con motivaciones inmorales puede desligar al Estado de la tarea de protección de intereses objetivos⁴⁹.

4. Teoría de la ponderación de valores de NÖLL

La tesis de la ponderación de intereses o valores parte de la ausencia de interés, caso en el cual faltaría el conflicto clásico que da origen a los problemas de justificación, debiéndose por lo tanto trasladar estos supuestos a la sede de la tipicidad⁵⁰ (cuando no concurre un daño o este es nimio para el bien jurídico tutelado).

Ahora bien, los supuestos que hemos venido mencionando como casos de consentimiento no son supuestos de ausencia de interés, como lo ha entendido la doctrina mayoritaria, son eventos de “ponderación de valores”, pues en ellos el principio de autonomía de la voluntad entra en colisión, como un valor más, con el valor que el bien jurídico (en el sentido de sustrato material) tiene de suyo, con la particularidad de que se trata de dos bienes que pertenecen a la misma persona (es por ello que no podría hablarse de una causa de justificación, en donde los bienes jurídicos, en principio, deberían pertenecer a personas diferentes).

Para entender mejor la anterior definición debemos tener en cuenta que existen bienes jurídicos individuales sobre los que el sujeto tiene poder absoluto de disposición, en donde el consentimiento en la vulneración de tales bienes jurídicos solo podría considerarse como una conducta atípica, por no producirse el quebrantamiento de interés alguno.

Sin embargo, existen otros bienes jurídicos que han sido considerados de suma importancia, por lo cual el Derecho no los deja a la libre disposición de sus titulares: es en estos casos en donde cabe la ponderación de valores entre la libertad del individuo de disponer y el desvalor de la acción (conducta) y del resultado representado por el evento típico. Es aquí precisamente en donde tendría eficacia el consentimiento como una causa de justificación de carácter suprallegal que excluiría totalmente la ilicitud del comportamiento, siempre y cuando le otorguemos prioridad al principio de la autonomía de la voluntad sobre el valor intrínseco representado por el bien jurídico, o en el caso de los bienes absolutamente no disponibles, a condición de que se disminuya el contenido del injusto, para así llegar a una aminoración punitiva.

49 ROMEO CASABONA, ob. cit., p. 307.

50 En este sentido cfr. ROXIN, ob. cit., pp. 511 y ss.

Los bienes jurídicos que son estimados por el legislador como de un valioso contenido y como tales no deben dejarse a la libre autodeterminación de sus titulares, suponen una limitación directa al consentimiento, que se reduce a unos casos y con el establecimiento de ciertos límites⁵¹, como ocurre en la legislación española en los artículos 155 y 156 CP⁵², donde se limita la eficacia del consentimiento. Y ocurre algo similar en la legislación colombiana, en donde el consentimiento se ve limitado a los bienes jurídicos disponibles, fórmula que se contempla en la Parte General del Código Penal, artículo 32, numeral 2⁵³.

JESCHECK parte de la doble función del consentimiento del titular del bien jurídico (esto es, como causa de atipicidad y como causa de justificación), fundamenta el consentimiento como una causa de justificación basado en la teoría de la ponderación de los valores (NÖLL), e indica que “[e]l uso sin obstáculos de la libertad personal es visto en sí mismo dentro del Estado liberal de derecho como un valor social que debe sopesarse con el interés de la comunidad en la defensa de los bienes jurídicos”⁵⁴.

Desde este punto de vista, cabe resaltar que el consentimiento como manifestación del libre desarrollo de la personalidad y del derecho a la autonomía personal no evita de por sí la vulneración o puesta en peligro del bien jurídico, pero la producción del mismo se encuentra incluida dentro de las facultades de libre disposición del titular.

51 Como límite a la eficacia del consentimiento en materia penal tenemos como ejemplo las lesiones corporales en el § 226^a STGB, en donde el consentimiento emitido por la víctima no debe ir en contra de las buenas costumbres. Podría también tomarse como ejemplo el caso del artículo 32 CP colombiano, en donde se pone como límite al consentimiento la característica de la disponibilidad del bien jurídico.

52 Artículo 155 CP español (“Lesiones con consentimiento del lesionado”): “En los delitos de lesiones, si ha mediado el consentimiento válida, libre, espontánea y expresamente emitido del ofendido, se impondrá la pena inferior en uno o dos grados. No será válido el consentimiento otorgado por un menor de edad o un incapaz”.

El artículo 156 ibíd. (“Lesiones causadas en trasplantes de órganos, cirugía transexual y esterilización”) reza: “No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el consentimiento válida, libre, consciente y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de trasplante de órganos efectuado con arreglo a lo dispuesto en la Ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo, salvo que el consentimiento se haya obtenido viciadamente, o mediante precio o recompensa, o el otorgante sea menor de edad o incapaz; en cuyo caso no será válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales.

“Sin embargo, no será punible la esterilización de persona incapacitada que adolezca de grave deficiencia psíquica cuando aquélla, tomándose como criterio rector el del mayor interés del incapaz, haya sido autorizada por el Juez, bien en el mismo procedimiento de incapacitación, bien en un expediente de jurisdicción voluntaria, tramitado con posterioridad al mismo, a petición del representante legal del incapaz, oído el dictamen de dos especialistas, el Ministerio Fiscal y previa exploración del incapaz”.

53 Artículo 32 CP colombiano: “Ausencia de responsabilidad. No habrá lugar a responsabilidad penal cuando: [...] 2. Se actúe con el consentimiento válidamente emitido por parte del titular del bien jurídico, en los casos en que se pueda disponer del mismo”.

54 JESCHECK, HANS-HEINRICH y WEIGEND, THOMAS. *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, trad. de MIGUEL OLMEDO CARDENOTE, 5^a. ed., Granada, Comares, 2002, pp. 398 y ss.

Estos casos deben ser tratados como causas de justificación por razones derivadas de una determinada concepción del bien jurídico que lleva a afirmar a JESCHECK, en forma terminante, “que el objeto de protección jurídico penal en los tipos que afectan a los bienes jurídicos de la persona individual es la incolumidad del sustrato”⁵⁵.

Así las cosas, bienes como la integridad personal, la libertad de movimiento, la propiedad, el honor, y la esfera íntima de las personas, se encuentran protegidos, incluso en su caso garantizados por la Constitución, al margen de la voluntad del titular, “como bienes vitales de la comunidad que integran la libertad, la autodeterminación y la dignidad humana”⁵⁶.

b. Teoría unitaria

La teoría unitaria tiene como fin reunir la totalidad de los supuestos de hecho en donde puede intervenir la voluntad del titular del bien jurídico (el consentimiento, asentimiento, acuerdo, etc.) como excluyente de la propia tipicidad de la conducta⁵⁷.

Esta teoría halla su fundamentación en un concepto liberal de lo que se debe entender por bien jurídico, en donde se interpretan los bienes jurídicos individuales como ámbitos de autodeterminación⁵⁸. De esta forma, al concurrir la voluntad del titular se excluye el desvalor del resultado, y con ello la misma tipicidad de la conducta.

ROXIN⁵⁹ sostiene que el fundamento legal de la eficacia del consentimiento excluyente de la tipicidad no hace falta deducirlo del Derecho consuetudinario, ni de la adecuación

55 *Ibíd.*, pp. 399 y ss.

56 *Ibíd.*, pp. 375.

57 Esta teoría unitaria es sostenida en España por BACIGALUPO ZAPATER, E. *Principios de derecho penal español. Parte General*, Madrid 1997, pp. 155 y ss.; GÓMEZ BENITEZ. *Teoría jurídica del delito*, Madrid, 1984, p. 422; BUSTOS, J. *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 4ª ed. aumentada, corregida y puesta al día por H. HORMAZÁBAL MALARÉE, Barcelona, 1994, p. 194; MIR PUIG, ob. cit., pp. 512 y ss.; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *El consentimiento en el Derecho Penal*, Dykinson, 1999, pp. 8 y ss.; DE LA GÁNDARA VALLEJO, ob. cit., pp. 90 y ss.; y GARCÍA VICTORIA. “Consideraciones acerca de la incidencia de la reforma de 1983 en la naturaleza del consentimiento”, en Homenaje al Profesor JOSÉ ANTONIO SAINZ CANTERO, 1 *Revista FDUGr*, n.º 12/1987, p. 81; entre otros. Sostienen que el consentimiento eficaz excluye en todos los casos la adecuación típica, pues en tales supuestos los bienes jurídicos están a disposición de su titular y, dado su acuerdo para su menoscabo, no cabe pensar en una lesión necesitada de justificación, esto quiere decir que, al no poderse desvalorar el resultado por causa del consentimiento, la acción cae fuera del ámbito de protección de la norma. En el mismo sentido MAIWALD, M. “El consentimiento del lesionado en el Derecho y el la dogmática penal alemanes”, en A. ESER, E. GIMBERNAT y W. PERRÓN (eds.). *Justificación y exculpación en Derecho Penal*, Coloquio Hispano-Alemán de Derecho Penal, trad. de M. BACIGALUPO, Madrid, 1995, p. 128, quien es partidario del punto de vista según el cual el consentimiento en la lesión de bienes jurídicos disponibles siempre excluye la tipicidad.

58 SEGURA GARCÍA, ob. cit., p. 92.

59 ROXIN, ob. cit., pp. 520 y ss.

social de la conducta⁶⁰, sino del artículo 2,I de la Ley Fundamental de Bonn⁶¹, que garantiza la libertad de acción, cuyo ejercicio, por parte del que consiente, hace imposible la lesión del bien jurídico y, con ello, la tipicidad de la conducta.

Este autor objeta a la teoría diferenciadora, en primera medida, la ausencia del conflicto de intereses⁶², como ya se había mencionado (que constituye la base de la justificación), y, por otra, la falta de una limitación clara entre los casos de consentimiento y de acuerdo.

A partir del concepto de bien jurídico manejado por ROXIN, y profundizando en la limitación en ciertos bienes jurídicos, en concreto la “vida y la salud”, como lo afirma MAIWALD⁶³, la legislación positiva alemana no se opone a una tal interpretación del bien jurídico (según la cual, en los tipos que protegen los bienes jurídicos individuales, más allá de la voluntad del titular, falta todo sustrato para una relación de valor), sino que la existencia de dichos tipos solo demostraría que no se están protegiendo bienes jurídicos puramente individuales⁶⁴.

En la doctrina española, autores como BUSTOS RAMÍREZ⁶⁵ y DE LA GÁNDARA VALLEJO⁶⁶, entre otros, se han mostrado partidarios de una consideración unitaria de la eficacia del consentimiento del titular del bien jurídico, al estimar que, por excluir dicho consentimiento la propia lesión del bien jurídico, en todos los casos este excluye la tipicidad de la conducta.

60 En el caso español, para JOSÉ ANTÓN ONECA “[e]l consentimiento ha de admitirse como elemento de acciones socialmente adecuadas como son el tratamiento médico-quirúrgico y los ejercicios deportivos. De esta forma el consentimiento expulsado por la puerta, vuelve por la ventana. Esto sin contar con el campo de las faltas de lesiones donde se admite sin ningún género de cortapisas”: “Notas críticas al Código Penal. Las lesiones”, en *Estudios penales. Homenaje al P. Julián Pereda, S.J., en su 75º aniversario*, Bilbao, Universidad de Deusto, 1965, p. 792.

61 Artículo 2º (“Libertad de acción, libertad de la persona”): “(1) Toda persona tiene el derecho al libre desarrollo de su personalidad siempre que no viole los derechos de otra ni atente contra el orden constitucional o la Ley moral”: Ley Fundamental de la República Federal de Alemania de 23 de mayo de 1949 (Boletín Oficial Federal 1, p. 1), (BGBL III 100-1) enmendada por la Ley de 26 de noviembre de 2001 (Boletín Oficial Federal 1, p. 3219).

62 ROXIN, ob. cit., pp. 521 y ss., señala: “Todas las causas de justificación, como aún se puntualizara, descansan en los principios de ponderación e intereses y de necesidad: en una situación de conflicto inevitable es legítimo el sacrificio de un interés menos valorado por el ordenamiento jurídico cuando dicho sacrificio es necesario en salvaguardia de un interés mayor. Pero en el consentimiento no está en juego un conflicto de intereses entre el que actúa y el que consiente ni la necesidad del hecho”.

63 MAIWALD. “El consentimiento del lesionado en el derecho y el la dogmática penal alemanes”, cit., p. 128.

64 Es así como en el caso de las lesiones consentidas priva el interés general en la búsqueda de evitar que el cuerpo humano sufra finalidades reprobables, o como en el caso del homicidio a ruego la sociedad, en su interés general, busca que un ser humano no muera a manos de otro.

65 BUSTOS RAMÍREZ, JUAN. *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 4ª. ed. comentada, corregida y puesta al día por HERNÁN HORMAZÁBAL MALARÉE, Barcelona, PPU, 1994, p. 303.

66 DE LA GÁNDARA VALLEJO, ob. cit., pp. 89 y ss.

Esta última autora parte de un concepto de bien jurídico individual similar al planteado y expuesto por ROXIN, en el sentido de admitir que el verdadero objeto de protección de las normas penales que tutelan bienes jurídicos individuales es el dominio autónomo del titular sobre una esfera o ámbito de organización que le corresponde, y no la integridad *per se* de esa esfera.

La razón de ser de la anterior afirmación es que los bienes jurídicos mencionados son amparados en cuanto contribuyen al desarrollo personal del individuo, de manera que la libertad de disposición del titular está integrada en esta clase de bienes jurídicos. Lo anterior, debido a que el valor social que justifica la protección jurídica es el aseguramiento de las condiciones mínimas de la libertad del individuo.

Podría pensarse, de aquel sector de la doctrina que sostiene el consentimiento como una causa de justificación, debido al fin de mantener una postura indirecta, desde el punto de vista ideológico de la doctrina penal, en admitir la plena libertad del ciudadano para poder disponer de determinados bienes jurídicos, libertad propia de un Estado con una marcada tendencia paternalista en las relaciones Estado-individuo.

Se concluye de esta manera haciendo énfasis en la defensa de la teoría unitaria, porque se origina en el acogimiento de una concepción liberal del bien jurídico, en donde se le concibe, en cuanto *bien jurídico individual*, como un ámbito de autodeterminación referido a distintos bienes, intereses o sustratos materiales o inmateriales. Para esta concepción, el acuerdo provoca que el bien jurídico individual afectado sea extraído del campo de protección de la norma penal, mediante el acto de disposición del sujeto legitimado.

En España, DE LA GÁNDARA VALLEJO⁶⁷ señala que, desde el punto de vista del bien jurídico, el consentimiento del titular es un instituto que despliega siempre su eficacia a nivel de tipicidad objetiva y por lo tanto hace desaparecer el indicio de antijuridicidad que el tipo supone. Por ende, para esta autora existen suficientes argumentos para afirmar

... la naturaleza unitaria del consentimiento en el carácter de cuerpo extraño que éste tiene dentro de las causas de justificación, pues se está trasladando a la justificación una conducta que no ha lesionado el bien jurídico, y ello es reflejo de una reticencia ideológica de la doctrina penal en admitir la plena libertad del ciudadano para disponer de determinados bienes, lo que es considerado como una actitud paternalista del Estado que intenta evitar que el individuo haga un uso irracional o racional de su libertad, y ello resulta incompatible con el propio sistema dogmático que conduce a una concepción naturalista del bien jurídico, en donde se estaría equiparando bienes jurídicos con su sustrato material o lo

67 *Ibíd.*, p. 100.

que es lo mismo concederle [*sic*] al Estado la facultad para que en cada caso en particular evalúe los motivos que llevan al individuo a permitir que un tercero lesione sus bienes jurídicos dentro del marco de una causal de justificación⁶⁸.

3) NUESTRA POSICIÓN

Dentro de los criterios que han servido para fundamentar el consentimiento como una causa de atipicidad (como una autopuesta o heteropuesta en peligro, Teoría de los elementos negativos del tipo, Teoría de la conducta socialmente adecuada), dentro de la teoría unitaria se ha partido de la teoría de la imputación objetiva. De esta forma se desprende que el examen de la realidad social pone de relieve la existencia de conductas peligrosas, en las que es previsible un resultado lesivo para el bien jurídico, pero que pese a ello quedan fuera del Derecho Penal: son estos los casos del “riesgo permitido”.

Es interesante exponer la posición que sustenta la relevancia jurídica del consentimiento como una causa de exclusión de la “imputación objetiva”, en donde se excluye la tipicidad de las intervenciones en bienes jurídicos individuales, siempre que se haya otorgado con la concurrencia de los requisitos necesarios para que sea eficaz, como se desprende del análisis de los artículos 155 y 156 CP español.

Es decir, el consentimiento de la víctima opera excluyendo la tipicidad de las lesiones, con la exigencia de los requisitos de eficacia, tanto generales como, en su caso, especiales (dados por leyes extrapenales).

Autores como DE LA GÁNDARA VALLEJO deducen que la función exacta que le corresponde al consentimiento, dentro de la teoría del delito, “es la de actuar como causa de exclusión de la imputación objetiva”, más concretamente, el consentimiento constituye una causa de exclusión de la competencia por la causalidad, abarcando así tanto los delitos de mera actividad como los delitos de resultado⁶⁹.

De esta forma, el consentimiento será válido en el delito de lesiones, en el sentido de que no se trata de que “el consentimiento convierta en atípicos los comportamientos lesivos típicos, sino al revés, cuando no media el consentimiento válidamente emitido, se cometen delitos de lesiones”⁷⁰.

En el aspecto relacionado con la disponibilidad del bien jurídico vida y salud, el Código Penal español prescribe que en el primero su titular podrá disponer de ella pero la

68 *Ibíd.*, p. 101.

69 *Ibíd.*, p. 172.

70 COBOS GÓMEZ DE LINARES, M. A., en COBOS DE LINARES, M. A., LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. y RODRÍGUEZ RAMOS, L. *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, 1, Madrid, 1990, p. 187.

misma será indisponible respecto de terceros, así medie el consentimiento del propio titular para que un tercero lo prive de dicho bien jurídico: es decir, lo que se prohíbe por el legislador es la posibilidad de transmitir la capacidad de disposición del sustrato, posibilidad que sí se reconoce a él mismo⁷¹; y en las lesiones, si media el consentimiento, esta será una causa de atenuación punitiva o causa de ausencia de responsabilidad en los supuestos de donación de órganos, cirugía transexual y esterilización, realizadas por facultativo.

Hoy se verifica, dentro de la teoría de la imputación objetiva, una tendencia a conceder al consentimiento de la víctima una mayor relevancia en el terreno de la tipicidad, y no en el de la antijuridicidad; la actual doctrina está empezando a considerar que la contribución del ofendido en la realización del hecho, a través de su consentimiento –aun en los casos en que el tipo penal objetivo no menciona el disentimiento– debe producir un efecto en la tipicidad, excluyéndosela, y no tan solo en la ilicitud (antijuridicidad)⁷².

BIBLIOGRAFÍA

AGUDELO BETANCUR, NODIER. *Curso de Derecho Penal. (Esquemas del delito)*, Lino-tipia Bolívar, Bogotá, 1992.

ANTOLISEI, F. *Manuale di diritto penale, Parte generale*, 6ª ed., Milano, Giuffré, 1969.

ANTÓN ONECA, JOSÉ. “Notas críticas al Código Penal. Las lesiones”, en *Estudios penales. Homenaje al P. Julián Pereda, S.J., en su 75º aniversario*, Bilbao, Universidad de Deusto, 1965.

BACIGALUPO ZAPATER, E. *Principios de Derecho Penal español. Parte General*, Madrid, 1997.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, IGNACIO. “El consentimiento en las lesiones veinte años después”, en *Libro Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos, In Memoriam*, vol. II, Cuenca 2001.

BUSTOS RAMÍREZ, JUAN. *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 4ª. ed. comentada, corregida y puesta al día por HERNÁN HORMAZÁBAL MALARÉE, Barcelona, PPU, 1994.

71 Piénsese por ejemplo en los casos en donde un suicida falla en su intención, acto este que no está penado por la ley penal. Debe recordarse que, en cambio, los actos de cooperación al suicidio sí están prohibidos y penados.

72 DE JESÚS, DAMÁSIO E. *Imputación objetiva*, trad. de Mario Pereira Garmendia, Buenos Aires, Editorial de Montevideo, 2006, pp. 68 y 69.

CABANELLAS, GUILLERMO. *Diccionario de Derecho usual*, 8ª. ed., Buenos Aires, He-
liasta, 1974.

CANCIO MELIÁ, MANUEL. *La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víc-
tima. "Imputación a la víctima"*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998.

CASAS BARQUERO, ENRIQUE. *El consentimiento en el Derecho Penal*, Universidad de
Córdoba, 1987.

CEREZO MIR, JOSÉ. *Curso de Derecho Penal español. Parte General II*, 6ª. reimpr.,
Madrid, Tecnos, 2004.

CEREZO MIR, JOSÉ. "El consentimiento como causa de exclusión del tipo y como causa
de justificación", en *Estudios de Derecho Penal y Criminología en memoria de Rodrí-
guez Devesa*, I, Madrid, 1989.

COBOS GÓMEZ DE LINARES, M.A., en COBOS DE LINARES, M.A., LÓPEZ BARJA DE
QUIROGA, J. y RODRÍGUEZ RAMOS, L. *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, I,
Madrid, 1990.

CUELLO CALÓN, EUGENIO. *Derecho Penal*, t. I, "Parte general", vol. 1º, 18ª ed. revisada
y puesta al día por C. CAMARGO HERNÁNDEZ, Barcelona, 1980.

CUELLO CALÓN, EUGENIO. *Tratado de Derecho Penal español, Parte general*, vol. I, 2ª
ed. revisada y corregida por M. COBO, Madrid, 1976.

DE JESÚS, DAMASIO E. *Imputación objetiva*, trad. de MARIO PEREIRA GARMENDIA,
Buenos Aires, Montevideo, 2006.

DE LA GÁNDARA VALLEJO, BEATRIZ. *Consentimiento, bien jurídico e imputación*, Ma-
drid, Cóllex, 1995.

FERNÁNDEZ, GONZALO D. *Bien jurídico y sistema del delito. Un ensayo de fundamen-
tación dogmática*, Montevideo y Buenos Aires, Fara Editor, 2004.

FEUERBACH, PAUL JOHANN ANSELM RITTER VON. *Tratado de Derecho Penal común
vigente en Alemania*, en apéndice: "Código Penal para el Reino de Baviera. Parte
General", trad. de la 14ª ed. (Giessen, 1847) de EUGENIO RAÚL ZAFFARONI e IRMA HA-
GEMEIER, Buenos Aires, Hammurabi, 1989.

FIANDACA, GIOVANNI y MUSCO, ENZO. *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, Za-
nichelli, 1985.

GARCÍA, VICTORIA. “Consideraciones acerca de la incidencia de la reforma de 1983 en la naturaleza del consentimiento”, en Homenaje al Profesor José Antonio Sainz Cantero, *Revista FDUGr*, n.º 12/1987.

GEERD, FRIEDRICH. *Einwilligung und Einverständnis des Verletzten*, Kiel, 1953.

GÓMEZ BENÍTEZ, JOSÉ MANUEL. *Teoría jurídica del delito*, Madrid, 1984.

JESCHECK, HANS-HEINRICH y WEIGEND, THOMAS. *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, trad. de MIGUEL OLMEDO CARDENOTE, 5ª. ed., Granada, Comares, 2002.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, JACOBO. *El consentimiento en el Derecho Penal*, Madrid, Dykinson, 1999.

MAIWALD, M. “El consentimiento del lesionado en el derecho y el la dogmática penal alemanes”, en ESER, A., GIMBERNAT, E. y PERRÓN, W. (eds.). *Justificación y exculpación en Derecho Penal*, Coloquio Hispano-Alemania de Derecho Penal, trad. de M. BACIGALUPO, Madrid, 1995.

MANTOVANI, FERRANDO. *Diritto penale*, Padova, 1984.

MEZGER, EDMUNDO. *Tratado de Derecho Penal*, trad. de la 2ª. ed. (1933).

MIR PUIG, SANTIAGO. *Derecho Penal, Parte General*, 7ª ed., reimpr., Barcelona, Repertor, 2005.

ORTS BERENGUER, ENRIQUE y GUINARTE CABADA, GUMERSINDO. “Consideraciones en torno a la vertiente jurídica del denominado consentimiento informado”, en AA.VV. *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo*, Libro Homenaje al profesor Doctor Don JOSÉ CEREZO MIR, JOSÉ LUIS DíEZ RIPOLLÉS, CARLOS MARÍA ROMEO CASABONA, LUIS GRACIA MARTÍN *et al.* (eds.), Madrid, Tecnos, 2002.

PIERANGELI, JOSÉ ENRIQUE. *El consentimiento del ofendido. Una Teoría del Delito*, trad. de LUIS FERNANDO NIÑO y STELLA MARIS MARTÍNEZ, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1998.

RODRÍGUEZ DEVESA, JOSÉ MARÍA. *Derecho Penal español. Parte General*, 17ª ed. revisada y puesta al día por A. Serrano Gómez, Madrid, 1994.

ROMEO CASABONA, CARLOS MARÍA. *El médico y el Derecho Penal (Licitud y responsabilidad penal)*, Barcelona, Bosch, 1981.

ROXIN, CLAUS. *Derecho Penal, Parte General*, t. I, “Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito”, trad. de la 2ª ed. y notas de DIEGO-MANUEL LUZÓN PEÑA,

MIGUEL DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO y JAVIER DE VICENTE REMESA, reimpr., Madrid, Cívitas, 2000.

SEGURA GARCÍA, MARÍA JOSÉ. *El consentimiento del titular del bien jurídico en Derecho Penal: naturaleza y eficacia*, Tirant lo Blanch, 2000.

TAMARIT I SUMALLA, JOSEP-MARÍA. *La víctima en el Derecho Penal*, Pamplona, Aranzadi, 1998.

ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, ALAGIA, ALEJANDRO y SLOKAR, ALEJANDRO. *Derecho Penal. Parte General*, 2ª. ed., Buenos Aires, EDIAR, 2002.