



**UNIVERSIDAD SAN GREGORIO DE PORTOVIEJOCARRERA**

**DE DERECHO**

**Trabajo de investigación de Artículo Científico previo a la obtención del título de Abogado**

**Título:**

Ubicación sistemática del consentimiento en la teoría del delito

**Autor:**

Joseph Wilmer Ramos Pico

**Tutor:**

Abg. Jorge Luis Villacreses Palomeque. Ph.D.

Cantón Portoviejo – Provincia de Manabí - República del Ecuador

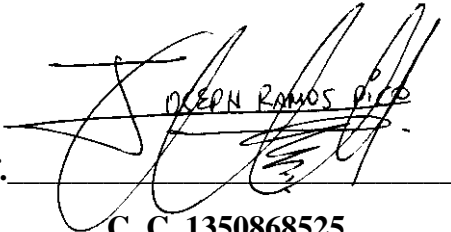
**Abril – Septiembre 2023**

### **Cesión de derechos de propiedad intelectual**

Yo, Joseph Wilmer Ramos Pico, declaro ser el autor del presente trabajo investigativo, cuyo contenido es auténtico y original que no infringe derechos de propiedad intelectual de terceros. En este sentido, asumo la responsabilidad correspondiente ante cualquier falsedad, ocultamiento u omisión de la información contenida en el proceso de investigación.

De manera expresa cedo los derechos de propiedad intelectual del artículo científico: “Ubicación sistemática del consentimiento en la teoría del delito”, a la Universidad San Gregorio de Portoviejo, para que publique el texto impreso y electrónico por ser la Institución de Educación Superior que me acogió en todo el proceso de desarrollo del mismo.

Portoviejo, 20 de octubre del 2023

f.   
C. C. 1350868525

*A Dios, por regalarme dos cosas: la vida y el libre albedrío.*

*A Wilmer, mi padre, por enseñarme que ser honesto es el mejor  
negocio de la vida.*

*A Yuri, mi madre, por tener la admirable e inentendible capacidad  
de lidiar con tres Ramos dentro la misma casa.*

## **Ubicación sistemática del consentimiento en la teoría del delito**

Systematic location of consent in the theory of crime

### **Autor**

Joseph W. Ramos

<https://orcid.org/0000-0003-3722-7172>

*Universidad San Gregorio de Portoviejo*

[e.jwramos@sangregorio.edu.ec](mailto:e.jwramos@sangregorio.edu.ec)

### **Tutor**

Abg. Jorge Luis Villacreses Palomeque. Ph.D.

*Docente de la Universidad San Gregorio de Portoviejo*

[jlvillacreses@sangregorio.edu.ec](mailto:jlvillacreses@sangregorio.edu.ec)

## Resumen

El objeto de este artículo fue determinar la ubicación sistemática del consentimiento en la teoría del delito. La investigación requirió del abordaje de diferentes temas cuyo análisis preliminar era mandatorio. Entre esos estuvieron el estudio de las diferentes teorías de la protección penal de los bienes jurídicos, la disponibilidad de esos bienes cuya base es la autonomía y dignidad de los individuos y, por último, un contraste entre las teorías que existen respecto de la ubicación sistemática del consentimiento; entre estas últimas teorías se encuentran la dualista, la diferenciadora y la unitaria. La investigación respondió a un persistente debate entre varias concepciones sobre el tema del consentimiento, por eso se realizó una revisión teórica concisa pero completa y, por su puesto, se hizo una toma de postura respecto del tema principal. La metodología utilizada fue de carácter cualitativo, además, se utilizó el método teórico-jurídico el cual nos permitió abordar las bases teóricas del consentimiento en el Derecho penal con la revisión tanto de libros como de artículos científicos en idioma español, inglés y alemán.

**Palabras clave:** Bienes jurídicos; dignidad; disponibilidad; consentimiento; teoría del delito.

## Abstract

The purpose of this article was to determine the systematic location of consent in the theory of crime. The investigation required addressing different topics whose preliminary analysis was mandatory. Among these were the study of the different theories of criminal protection of legal goods, the availability of those goods whose basis is the autonomy and dignity of individuals and, finally, a contrast between the theories that exist regarding the systematic location of consent; Among these latter theories are the dualistic, the differentiating and the unitary. The research responded to a persistent debate between various conceptions on the topic of consent, which is why a concise but complete theoretical review was carried out and, of course, a position was taken regarding the main topic. The methodology used was qualitative, in addition, the theoretical-legal method was used which allowed us to address the theoretical bases of consent in Criminal Law with the review of both books and scientific articles in Spanish, English and German.

**Keywords:** Legal goods; dignity; availability; consent; theory of crime.

## 1. Introducción

Stephen Hawking dijo que la física nunca podrá arribar a respuestas finales porque cada hallazgo siempre crea más preguntas de las que ya existían antes del nuevo descubrimiento. (Hawking, 2018). Si bien la física –que pertenece a las ciencias naturales– y el Derecho penal –que pertenece a las ciencias del espíritu– son materias incomparables e incompatibles, sí que tienen un punto en común que viene dado por la citada afirmación que otrora hiciera el Profesor Hawking y que puede reelaborarse de la siguiente manera: cada vez que un físico o un penalista llega a un nuevo conocimiento, está condenado a obtener más preguntas de las que pudo imaginarse.

Lo anterior puede verse concretizado en la histórica y ardua tarea que ha tenido el Derecho penal, y en concreto la dogmática penal, para ubicar a la institución jurídico-penal del consentimiento en una (o algunas) de las categorías de la teoría del delito. Cuando la dogmática penal intentó recalar a esa respuesta, se dio cuenta que aparecieron otras preguntas que debían ser contestadas para rellenar de contenido a una posible ubicación sistémica del consentimiento. Esas nuevas preguntas tienen que ver con una teoría de la protección penal de bienes jurídicos y sobre la disponibilidad de estos para, partiendo de esa base, otorgar argumentos racionales a una teoría de ubicación del consentimiento que presuma corrección.

Bajo ese contexto, la pregunta fundamental sería ¿Cuál es la ubicación sistemática del consentimiento en la teoría del delito? Y para llegar a obtener una respuesta es mandatorio seguir el modelo ya mencionado de revisión de otros tópicos imprescindibles al momento de abordar al consentimiento en el Derecho penal como son las teorías sobre la protección penal del bien jurídico y su disponibilidad basada dignidad de los seres humanos. Sin perjuicio de ello, en este trabajo también se hace referencia a cuestiones históricas y, como propuesta de discusión de lo abordado en el apartado teórico, se acoge una postura que resolvería la pregunta planteada.

## **2. Metodología**

La metodología utilizada en este trabajo de investigación fue de carácter cualitativo. Además, se utilizó el método teórico-jurídico que permitió abordar las bases teóricas del consentimiento en el Derecho penal mediante la revisión de libros y artículos científicos. Esto, a la vez, tributa a la técnica de recolección de datos documentales con el fin de recabar información sobre los temas tratados en el apartado teórico y aquello sirvió para fundamentar todo el desarrollo de la investigación en su integralidad.

## **3. Fundamentos teóricos**

### **3.1. El bien jurídico y su protección penal**

Todo aquel que se digne de apreciar el Derecho penal debe comprender que tratar de encontrar una teoría sobre el bien jurídico protegible por el Derecho penal que pretenda ser correcta y perfecta es una tarea que puede denominarse “sisifiánica”, pues es como la infinita e inútil tarea de Sísifo en empujar la roca hasta la cima de la montaña para luego verla caer con mucha mayor fuerza de la que ascendió. Cualquier tema atinente al Derecho penal lleva incrustado (ya sea de forma explícita o implícita) al bien jurídico, y de aquella realidad no escapa la institución jurídico-penal del consentimiento y su rol en la teoría sistémica del delito.

Es necesario enfatizar en la equivocada utilización del término “bien jurídico-penal”, ya que hacerlo significaría caer en un irrespeto no solo hacía la teoría general del Derecho a la cual pertenece el adagio “bien jurídico”, sino hacía las otras ramas jurídicas que también protegen, aunque con menor intensidad, bienes jurídicos. Entonces, aunque sea un golpe bajo al ego penalista, lo correcto es hablar sobre la protección penal de bienes jurídicos y no de “bienes jurídico-penales”. (Amelung, 2016). Sin perjuicio de aquello, hay autores como Mir Puig que sí utilizan el término “bien jurídico-penal”, lo cual no obsta a que dicho planteamiento vaya a ser utilizado en este trabajo. (Mir, 1991).

Enunciadas estas importantes aclaraciones, en este apartado se abordará –sin pretensiones de exhaustividad– la historia reciente de la protección penal del bien jurídico. Iniciando con la protección de intereses teológicos o religiosos, pasando por la protección de la sociedad y el contrato social, la proclamación de derechos subjetivos, hasta llegar a un concepto primitivo de bien jurídico. Posterior a ese lapso histórico, se describirán las principales posturas que siguen siendo objeto de disputa respecto de cuál sería la teoría del bien jurídico que, con pretensiones de corrección, fundamenta la ubicación sistemática del consentimiento en la teoría del delito. Finalmente, se hará un breve repaso sobre la disponibilidad de los bienes jurídicos como parte del tema del consentimiento.

### ***3.1.1. Breve historia de la protección penal del bien jurídico***

Para el año 1532, bajo el mandato de Carlos V del Sacro Imperio Romano Germánico, se promulgó la Ordenanza Judicial Penal, cuyo idioma original fue latín y se la conocía como la *Constitutio Criminalis Carolina*. En ese cuerpo normativo convivían tanto normas jurídicas sustantivas como procesales, pero la particularidad es que era un texto normativo adelantado para su época, pues, aunque en el apartado de los delitos en particular siempre se trataba de proteger el orden teológico y religioso, el fundamento de la pena estaba dirigido al bienestar común, lo cual, sin embargo, no elimina el hecho de que estaba enfocado a cuestiones estrictamente morales que eran producto del alto grado de religiosidad como lumbrera de la sociedad. Se castigaba la homosexualidad, la blasfemia y el adulterio, por citar algunos ejemplos. (Jakobs, 2022).

No es hasta el siglo XVIII, con el iluminismo, donde la protección de intereses teológicos y religiosos va perdiendo fuerza con posturas como la de Beccaria, cuando planteó que lo que protege el Derecho penal es el bien de la sociedad y la ratificación del contrato social, es decir, se inició un enfoque más comunitario y menos teocrático. (Beccaria, 2015). En el mismo siglo estuvo vigente la Ley General de Joseph II en la que ya no se contemplaba, por ejemplo, la



blasfemia como un delito tan grave, sino que, al que blasfemaba se lo consideraba un loco que debía permanecer en un manicomio. (Jakobs, 2022).

Una primera aproximación al concepto de bien jurídico tal y como lo conocemos hoy en día no aparece hasta el siglo XIX de la mano de Feuerbach, quien describió al delito como un ataque de derechos subjetivos. (Schünemann, 2007). Esta visión arribaba a conclusión de que no existiría ilícito siempre y cuando se cumpliera con un ideal que consistía en la obligación de una persona de abstenerse a entrometerse en la libertad de otra persona, so pena de caer en la nada agradable situación de lesionar el derecho de éste a vivir conforme a los designios del contrato social y, por lo tanto, ahora sí, cometer un delito. Sin embargo, para ese tiempo Feuerbach seguía considerando a la meras “inmoralidades” como delitos. (Dubber, 2006).

Unos años más tarde, el Profesor de la Universidad de Giessen Michael Birnbaum, escribe un artículo en el que refiere que la teoría de la lesión de derechos subjetivos no es correcta y postula, por primera vez, que delito es toda acción que lesione o ponga en peligro aquellos “bienes” que deben ser protegidos por el Estado, esto es, por quien ostenta el *Ius Puniendi*. (Pawlik, 2016). Para Birnbaum, los bienes jurídicos trascienden al Derecho positivo, esto es, su nacimiento no es la voluntad arbitraria de un legislador, por el contrario, su génesis corresponde a la naturaleza misma de la persona humana y de su vida en sociedad y, por lo tanto, suponía una limitación a la facultad de creación de tipos penales por parte del legislador. (Valásquez, 2009).

Desde una visión mucho más positivista, aunque con posturas opuestas, aparecen dos profesores alemanes bastante reconocidos como son Binding y von Liszt. Mientras el primero defendió una concepción bastante formalista del bien jurídico, el segundo tuvo una visión mucho más sociológica. Ambos profesores serían los precursores de una teoría del bien jurídico con miras a racionalizar la criminalización de conductas, pero sus tesis necesitaron mucho mayor

desarrollo. (Ambos, 2019).

En Binding lo que existe es una apelación a un normativismo formalista. Si una persona era renuente a su deber jurídico de respetar las normas creadas por el legislador, no solo cometía un delito, sino que, además, irrespetaba un derecho subjetivo, pero ya no desde la perspectiva de Feuerbach sobre los derechos subjetivos de los individuos, sino desde la perspectiva de la facultad del Estado para exigir que se respeten los deberes jurídicos impuestos por éste último; y todo esto devenía en la violación de bienes jurídicos dependiendo de la naturaleza del delito. (García P. , 2019).

Contrastando esa percepción del bien jurídico aparece von Liszt, para quien, con fundamentos en el positivismo naturalista, el bien jurídico existe antes que el Derecho positivo, es decir, aquí se encontraría un límite al legislador para que no tipifique lo que su subjetivismo le impone, sino lo que la realidad social manda. (Berdugo, 2016).

En el periodo entreguerras, una nueva corriente denominada neokantismo, entre cuyos representantes figuraba el profesor Honig, profesó una idea del bien jurídico como un valor perteneciente a la cultura y, por lo tanto, ya no se fundamentaba al bien jurídico desde una visión normativa o social, sino desde el mundo espiritual de los valores culturales. (Stratenwerth, 2022). Si bien es cierto que bajo esta concepción el bien jurídico es anterior al Derecho, un punto negativo de esta postura es que, como consecuencia de dificultad para determinar los valores culturales, decayó la función delimitadora del Ius Puniendi que sí estaba presente con von Liszt. (García P. , 2019).

Toda ésta concepción neokantiana supuso una puerta de entrada para el nacionalsocialismo, pues el contenido del bien jurídico podía ser rellenado con cualquier valor cultural de la época, y eso contribuyó a que la escuela de Kiel defendiera la irracionalidad de que el bien jurídico es todo objetivo perseguido por el régimen nacionalsocialista, y quien osara en ir

en contra de estos objetivos violaba un deber jurídico impuesto por el Estado, es decir, se convertía en un enemigo. (Chang, 2020).

### ***3.1.2. El bien jurídico como fundamento de la ubicación del consentimiento***

Como se ha visto en el breve abordaje histórico, el concepto de bien jurídico fue acuñado por Birnbaum y de ahí en adelante se realizaron varios aportes con vistas a racionalizar el entendimiento de éste concepto; aunque claro, es innegable la excepción de los postulados de la escuela de Kiel y su defensa de un bien jurídico irracional. Sin embargo, y con total consciencia de ello, no se han descrito aún las visiones teóricas más consistentes de los últimos cuarenta años: la teoría del bien jurídico con fundamentos sociológicos y la teoría del bien jurídico con fundamentos constitucionalistas, que a su vez es la base de otras posturas teóricas importantes. En las siguientes líneas se describirán los postulados de cada una de ellas y se describirá cuál es su importancia para la institución jurídico-penal del consentimiento.

Una aclaración necesaria con respecto a la tendencia sociológica y a la tendencia constitucionalista es que ambas responden a bases de política criminal, y eso es un primer punto de encuentro entre ambas. Otra identidad propia de ambas tendencias es su utilización para efectuar distintos puntos de vista en lo atinente a la ubicación sistemática del consentimiento en la teoría del delito, pues, sin ánimos de entrar en detalles de lo que se desarrollará en otro apartado (*ver infra* 3.2.), la tendencia sociológica ha servido para que, por ejemplo, Jakobs defienda una teoría diferenciadora sobre el consentimiento y, por el otro lado, Roxin defienda una teoría unitaria basándose en su teoría liberal del bien jurídico, la cual es propia de una tendencia constitucionalista.

Si bien la teoría del bien jurídico sostenida por la tendencia sociológica puede dividirse en dos grupos como son el interaccionismo simbólico y el funcionalismo sistémico, solo se tomará en cuenta a éste último, toda vez que es la tesis de Jakobs la que mayor repercusión ha tenido

tanto en Europa como en América Latina. De la misma manera, del lado de las tendencias constitucionalistas, se hará alusión, por un lado, a la teoría constitucionalista estricta y, por otro lado, a la teoría constitucionalista amplia. Finalmente, debe cristalizarse que es con fundamento en la tendencia constitucionalista que se trata de construir un concepto material de bien jurídico, el cual responde a la noción de bien jurídico mayoritariamente aceptada, aunque varios autores han efectuado sus propios matices.

El funcionalismo sistémico de Jakobs y su visión del bien jurídico en el ámbito penal tiene un antecedente bastante marcado que proviene de (al menos) dos perspectivas distintas, pero dependientes la una de la otra: una de corte sociológica (Luhmann) y otra de corte estrictamente dogmática (Welzel). Es el sociólogo Niklas Luhmann quien desarrolla una visión del Derecho desde una perspectiva institucional basada en la entronización de la sociedad como punto de partida y de la expectativa de ésta en que la norma jurídica siempre se hará respetar. (Arenas, 2020).

Al otro extremo, el penalista y filósofo del Derecho Hans Welzel defendía una protección de bienes jurídicos, pero de forma mediata, y consideraba que el fin del Derecho penal debía estar enfocado en garantizar “la vigencia de valores positivos ético-sociales”. (Welzel, 1956). Tanto el sociólogo Luhmann como el jurista Welzel influirían grandemente en el pensamiento de Jakobs.

Desde un punto de vista funcional-sistémico, el bien jurídico ya no está dirigido a la protección de intereses previos al Derecho y que son propios del ser humano y de la sociedad, más bien, el soporte de esta visión viene dado por un normativismo que genera expectativas de confianza por parte de la sociedad de que las normas penales –y en general, cualquier tipo de normas– se obedezcan y se cumplan. (Fernández, 1995). Bajo esta corriente, el ilícito no es una acción humana reprochable en detrimento del bien jurídico como valor o interés de otra persona, sino que es una transgresión a la confianza que tiene la sociedad sobre la norma. En definitiva,

aquí hay una especie de transición “de lo intersubjetivo a lo suprasubjetivo”. (García J. , 2000).

No suele enunciarse que cuando Jakobs habla sobre bienes jurídicos sí que lo hace desde una base política criminal, pues él defiende que la legitimidad formal del Derecho penal se da a partir de la aceptación de que las normas penales deben estar en consonancia con los contenidos de la Constitución y de las necesidades contextuales. Sin embargo, es desde una visión material que no concibe hablar de la función del Derecho penal como protección de bienes jurídicos (vida, libertad, etc.), a contrario sensu, cree que el bien jurídico es la protección de las expectativas normativas imprescindibles para la sociedad, es decir, el bien jurídico protegido por el Derecho penal es la vigencia o ratificación de la norma. (Jakobs, 2010). A fin de cuentas, lo que hace Jakobs es desarrollar mucho más esta relación entre Derecho y sociedad con gran carga filosófica. (Henkel, 2016).

El punto de partida de la tendencia constitucionalista es que a pesar de que dentro de esta macro-tendencia existen dos micro-tendencias, ambas tienen algo en común, esto es, tanto la tesis constitucionalista estricta como la amplia reconocen que la Constitución es la fuente de la que provienen los bienes jurídicos que deben ser protegidos por el Derecho penal, pero con ciertos límites basados en la existencia de los principios de subsidiariedad y de fragmentariedad. (Urbano, 2019). La fórmula sería la siguiente: escoger los derechos fundamentales contenidos en la Constitución de un Estado social y democrático de Derecho y, mediante la creación de tipos penales moldeables a cada derecho fundamental, principio o valor constitucional, plasmarlos en un código penal.

Pero esa visión general viene a concretizarse con cada tesis o micro-tendencia. Por una parte, la tesis constitucionalista estricta pretende una conexión directa entre los principios y valores contenidos en un texto constitucional y los bienes jurídicos protegidos por el Derecho penal, lo cual transforma la relación en estrictamente positivista, pues el legislador solamente

podrá criminalizar conductas que vayan en contra de los valores o principios constitucionales de una constitución. La mayor crítica que se le hace a esta tesis estricta es que puede llegar a pecar de estática debido a que no tiene en cuenta el apareamiento de nuevas formas de criminalidad que no estuvieron pensadas por el constituyente. (García P. , 2019).

Por otra parte, la tesis constitucionalista amplia apela al carácter general de una constitución para, a partir de ella, derivar las directrices que hacen las veces de faro para la concreción de intereses, reconocidos constitucionalmente, que merecen protección penal. A diferencia de la tesis estricta, en la tesis amplia no se exige una conexión inequívoca entre los valores constitucionales y los intereses merecedores de protección por parte del Derecho penal, y eso a su vez repercute en la amplia ventaja de poder –mediante la interpretación– conservar una visión dinámica del bien jurídico. (Chang, 2020).

Ahora, no puede negarse la ayuda que esta visión constitucionalista ha aportado al estudio del bien jurídico, no obstante, sus postulados han sido defectuosos para arribar a un concepto material de bien jurídico debido a que, al final del día, apelar a los “valores constitucionales” termina siendo casi comparable con la teoría neokantiana de apelar a “valores culturales” y aquello puede devenir en la criminalización de meras inmoralidades. Un ejemplo de aquello podría ser el contexto ecuatoriano antes de la sentencia de la Corte Constitucional que permitió el matrimonio entre personas del mismo sexo.

Antes de ese pronunciamiento, en Ecuador no se podían casar dos personas del mismo sexo debido a la prohibición expresa contenida en el artículo 67.2 de la Constitución. Sin embargo, aquel “valor constitucional” estrictamente conservador, no influyó en los legisladores para que el matrimonio entre dos personas del mismo sexo sea considerado un delito, porque en realidad eso solo era –para algunas personas– una mera inmoralidad. Eso demuestra que las tesis constitucionalistas son insuficientes para arribar a un concepto adecuado de bien jurídico

protegible por el Derecho penal y hace aprehensible que se deben tener en cuenta otros aspectos al momento de considerar qué es un bien jurídico.

Entendidas esas premisas, es momento de describir esos otros aspectos necesarios para arribar a un concepto material de bien jurídico. Sin embargo, hay que tener en cuenta que esos aspectos también son objeto de debate y es aquí donde siguen existiendo posturas distintas sin perjuicio de que sí existe un acuerdo mayoritario. El primer aspecto tiene que ver con el modelo de Estado que rige en cada país. La mayoría de países occidentales profesan un Estado social de Derecho (en Ecuador, por ejemplo, se denomina Estado constitucional de derechos), y eso quiere decir que la libertad y la dignidad de la persona, como fin primero y último del Estado social de Derecho, es la clave para consignar sentido material al bien jurídico. (García C. , 2022).

El siguiente aspecto es, a modo de lo que ya planteara von Liszt, el aspecto social como parte de un proceso de interacción entre los personajes que confluyen en una misma sociedad. (Bustos y Hormazábal, 1997). Este segundo aspecto no está desligado del primero, pues es en Estado social de Derecho donde ésta comunicación o interacción es posible. Además, el bien jurídico cuya protección depende del Derecho penal es tal, solo en la medida en que exista un interés –sea este previo o posterior a la existencia de una norma– que la sociedad considere imprescindible para su correcto funcionamiento y subsistencia.

El último aspecto (sin perjuicio de que hay muchos más, pero la naturaleza de este trabajo no permite ahondar mucho más) va a ir enfocado a la exclusión de las inmoralidades, las ideologías y los castigos estrictamente arbitrarios; esto quiere decir que todo lo que en realidad no suponga una puesta en peligro o una lesión a “circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo”, no serán tomadas en cuenta para la criminalización de conductas y, por lo tanto, no constituyen ningún bien jurídico cuya protección penal sea mandatorio o, en su defecto, necesaria. (Roxin, 1997).

Se ha hecho una alusión al concepto que Roxin otorga al bien jurídico de forma totalmente consciente y con la concreta finalidad de poner en evidencia la particularidad de su postura y su influencia en una teoría sobre la ubicación del consentimiento denominada “unitaria”. Y se toma en cuenta a Roxin no porque es el único autor que defiende esa postura, sino porque ha sido uno de los principales cultores de la teoría unitaria que viene sustentada en una postura sobre el bien jurídico conocida como “liberal”.

La postura de Roxin tiene un fundamento mucho más profundo que viene dado por la diferenciación que la doctrina ha realizado entre teoría del bien jurídico dualista y monista. Y dentro de las teorías unitarias existe una subdivisión que da vida a una postura denominada personalista, y es a partir de ella que nace la concepción de Roxin con respecto al bien jurídico. (Hassemer y Muñoz, 1989). Bajo estas consideraciones, Roxin defiende que los bienes jurídicos individuales no deben concebirse solo como meras finalidades para el individuo, sino que existe un elemento adicional. Ese elemento es la relación que debe existir entre la autonomía de la personalidad de una persona (portador del bien jurídico) y un objeto material, ya sea este cognoscible (por ejemplo, integridad física) o no cognoscible por los sentidos (por ejemplo, el honor). (Roxin, 2016).

### ***3.1.3. La disponibilidad de bienes jurídicos***

A la par de comprender la historia y las teorías del bien jurídico que sirven para fundamentar la ubicación sistemática del consentimiento, un último tópico de mandatorio abordaje es el concerniente a la disponibilidad de esos bienes jurídicos. En ese sentido, tal consideración amerita una precisión formal: a pesar de la existencia tanto de bienes jurídicos individuales como bienes jurídicos colectivos, en este trabajo solo se hará referencia a los individuales, pues se considera –al igual que la doctrina mayoritaria– que todos los bienes jurídicos colectivos son indisponibles ya que pertenecen a la sociedad y no a un sujeto en



particular.

Sin perjuicio de lo anterior, ahora es imprescindible hacer una aclaración mucho más importante debido a su sustancialidad en el acometimiento del tema. Esa aclaración tiene que ver con la existencia de dos posturas con relación al entendimiento del bien jurídico, pero ya no desde un punto de vista material (Teorías constitucionalistas vs. Teorías sociológicas), sino desde un enfoque mucho más formal. Por un lado, encontramos a la teoría dualista que hace una separación de igual jerarquía entre bienes jurídicos individuales y bienes jurídicos colectivos y, por el otro lado, salta al juego una teoría monista que se caracteriza por contener dos postulados excluyentes: o se toma como punto de referencia al bien jurídico desde una visión de la sociedad y, por lo tanto, los bienes jurídicos individuales son consecuencia de éste, o se lo hace a la inversa (personalista). (Hassemer y Muñoz, 1989).

Esa aclaración de carácter sustancial es importante porque termina explicando, de cierta forma, cómo, por ejemplo, la visión de Roxin sobre el bien jurídico (y en general, cualquier teoría no sociológica) encaja con una teoría unitaria personalista, pues defienden a los bienes jurídicos individuales como el punto de referencia del cual se derivan los bienes jurídicos colectivos, es decir, el ser humano y su dignidad son el centro del universo penal. Mientras que la visión de Jakobs (teoría sociológica) encaja más bien con una teoría monista colectivista, porque hay que recordar que el fin del Derecho penal, según esta corriente, es la reafirmación de la vigencia de la norma como parte aporte a la correcta funcionalidad de la sociedad.

Ahora bien, disponer significa utilizar algo de la manera que se crea más conveniente. Ese breve concepto tiene mucho que ver con la autonomía del individuo, porque es ahí donde comienza todo y desde donde el ser humano puede alcanzar su libre desarrollo. (Bieri, 2017). Pero esa autonomía no puede ser analizada de forma aislada, sino como especie de un género conocido como dignidad. Esa dignidad que tiene muchos elementos, pero que de forma breve el

filósofo del Derecho Werner Maihofer la ha conceptualizado como “la fundamental indisponibilidad del ser del hombre por parte de los demás y, con ello, a la vez, la fundamental disponibilidad del ser del hombre para sí mismo”. (Maihofer, 2021).

La dignidad humana es proyectada, según los postulados kantianos, como la prohibición de concebir a los seres humanos como meros instrumentos, lo cual a su vez recoge principios como la igualdad y, por supuesto, la autonomía de la persona humana. (Atienza, 2022). Sin perjuicio de aquello, hay quienes afirman que en realidad el núcleo duro de la dignidad humana no está sustentado en el segundo imperativo categórico kantiano sobre el hombre como fin en sí mismo, sino sobre el tercer imperativo categórico, este es, el de la autonomía o también conocido como el de la autolegislación. (Seelmann, 2013).

Incluso en el Derecho penal la dignidad juega un papel tan central que aquél solo se legitima en (al menos) dos momentos. El primer momento se cumple cuando (según opinión mayoritaria) el Derecho penal protege bienes jurídicos para que los individuos puedan realizarse personalmente sin el miedo de que alguien más ponga en peligro o lesione uno de sus bienes. Y el segundo momento llega a su cometido cuando el Derecho penal se abstiene de intervenir en la autonomía de las personas para que puedan tomar sus decisiones según sus propias convicciones y conveniencias. (Chang, 2020).

El derecho penal protege, ya sea directa o indirectamente, bienes jurídicos individuales. De esos bienes jurídicos muchos son disponibles y otros son indisponibles; y claro, podría afirmarse que una indisponibilidad de bienes jurídicos es contranatural a los postulados que ya se han repasado sobre la autonomía y la dignidad humana. (Arocena, 2022). Sin embargo, esa es una aseveración muy prematura debido a la existencia de tipos penales que emanan razones para consolidar la inaccesibilidad, bajo ciertas condiciones, de ciertos bienes jurídicos como la libertad y la integridad personal cuando sobrepasa el límite de las buenas costumbres.

El § 228 del Código Penal Alemán lleva como tema *Einwilligung*, lo cual, traducido al español, es igual a *Consentimiento*, y en ese apartado se menciona que las lesiones que una persona causa a otra con el consentimiento de esta última no son antijurídicas a menos que dicha lesión vaya en contra de las buenas costumbres. Esto quiere decir que ese apartado del Código Penal Alemán predispone a los lectores a pensar que el consentimiento debería ser considerado como una causa de justificación. (Herzog, 2017).

En otro extremo, en Ecuador el art. 149 del Código Orgánico Integral Penal castiga a quien haga abortar a una mujer, incluso mediando el consentimiento de esta. El delito del caso ecuatoriano es solo referencial para ejemplificar la existencia de paternalismo jurídico, es así que estos artículos nos llevan de forma ineludible a dos conclusiones algo apresuradas, pero entendibles: la primera es que el consentimiento funciona como una causa de exclusión de la antijuricidad, y la segunda conlleva a discutir la existencia de un paternalismo jurídico tanto en Alemania como en Ecuador.

La aserción de que el consentimiento es una causa de justificación es discutible, porque si se concibiera como correcta, por ejemplo, a la versión de Roxin sobre el bien jurídico, el consentimiento no sería una causa de justificación como en principio haría pensar la lectura del § 228 del Código Penal Alemán, sino que solamente sería una causa de exclusión de la tipicidad. En tal sentido, esta breve discusión pone de manifiesto la importancia que tiene el análisis de la relación entre la teoría del bien jurídico y la institución del consentimiento, lo cual será abordado con profundidad en otro apartado (*ver infra 3.2.*).

El paternalismo jurídico se traduce a una intervención del Estado en el ámbito de autonomía de las personas con el fin de evitar daños o incluso de consignar beneficios a favor de las personas. Este paternalismo jurídico se manifiesta por medio de normas jurídicas o de políticas públicas, y eso conlleva a que ciertas actividades puedan llegar a ser consideradas como

delito. (Ramiro, 2006). Ahora, siempre y cuando se le otorgue pretensiones de corrección absoluta a los postulados kantianos, los casos enunciados de los tipos penales enmarcados tanto en la legislación alemana como ecuatoriana son buenos ejemplos que dan cuenta de lo que es el paternalismo jurídico.

### **3.2. Perspectivas teóricas sobre el consentimiento**

Llegados a este punto es inevitable volver a realizar una serie de precisiones encaminadas a aterrizar las expectativas de este trabajo. La primera de ellas es que, por motivos naturalísticos de esta investigación, no se hará alusión a temas bastante novedosos como el consentimiento presunto y el consentimiento hipotético, los cuales están enfocados mucho más al ámbito de intervenciones médicas, y, además, existen casos que han sido objeto de debate debido a algunas sentencias del Tribunal Supremo Federal Alemán. (Kuhlen, 2021).

Otra precisión es que si bien no hay duda de la existencia de requisitos básicos para que el consentimiento sea considerado eficaz (capacidad, voluntad, falta de error y engaño), tampoco se los detallará exhaustivamente debido a que su análisis merece mucha profundización e incluso hay varias posturas que confluyen sobre esos requisitos y sobre sus respectivos conceptos. (Angulo, 2007). Sin perjuicio de ello, sí se realizarán, en cierta medida, pequeñas referencias encaminadas a aclarar la importancia de estos requisitos propios del consentimiento en el Derecho penal.

Desde el Digesto de Justiniano ya se reconocía al tema del consentimiento. De forma concreta en el Libro 47 (D.47.10.1.5), escrito por Ulpiano, quien solo era uno de varios juristas colaboradores para la redacción del Digesto, se mencionaba que el padre que vendía al hijo, con el consentimiento o voluntad de este último, no cometía ninguna injusticia. Esta redacción no estaba dirigida a todas las clases sociales, sino solo a unas cuantas, no obstante, esa descripción fundió sobre piedra la máxima “*quia nulla iniuria est, quae in volentem fiat*”, que traducida

significa “no hay injuria cuando se ha consentido en aquello”. Y ese es el adagio que luego daría vida a la famosa frase de la época medieval “*violenti non fit iniuria*”, esto es, “*no se comete injusticia con quien actuó voluntariamente*”. (Thommen, 2021).

El concepto de consentimiento parte, de forma ineludible, de la idea de autonomía de la voluntad (*ver supra* 3.3.3.). Desde una perspectiva penal, consentir significa usar la autolegislación (autonomía) propia de los seres humanos para desarrollarse de la manera que más se acerque a su propia concepción de la vida y, a partir de esa base, permitir que un tercero actúe sobre sus bienes jurídicos, ya sea poniéndolos en peligro o lesionándolos. (Íñigo, 2022). En suma, el consentimiento se traduce a la renuncia de un sujeto pasivo a la protección jurídica, es decir, siempre y cuando concurren ciertas circunstancias, no existe delito si una persona, cuyo bien jurídico ha sido intervenido, ha consentido en la injerencia de éste. (Otto, 2004).

Cuando existe aquiescencia por parte de un sujeto para que otro sujeto se inmiscuya en el espacio autónomo que le pertenece e interfiera en sus bienes jurídicos, se abre la caja de pandora y sale a la luz uno de los males del mundo llamado consentimiento penal, cuyo fin es crear un problema para la dogmática penal al momento de ubicar al consentimiento dentro de una de las categorías de la teoría del delito. Este inconveniente ha tratado de ser solventado por los penalistas, pero la realidad es que aún no hay un consenso final y, por el contrario, existen diferentes posturas que serán descritas en este apartado.

### **3.2.1. Teoría dualista**

La teoría dualista ha sido, desde hace más de cincuenta años, la postura mayoritaria entre los penalistas alemanes y españoles. Esta teoría fue muy bien desarrollada en el año 1953 por el profesor alemán Friedrich Geerds, y consiste en la diferenciación entre acuerdo (*Einverständnis*) y consentimiento en sentido estricto (*Einwilligung*). Mientras que el acuerdo actúa desvirtuando la tipicidad penal, el consentimiento en sentido estricto ejerce su función como una causa de

exclusión de la antijuricidad, es decir, sería una causa de justificación. (Jiménez, 2012).

El acuerdo, también conocido como asentimiento, despliega su eficacia en tipos penales en los que la falta de voluntad es el punto central del tipo delictivo. Esto quiere decir que la frase “sin voluntad” es un elemento del tipo, y no solo esa frase debe estar contenida en un tipo penal para poder afirmar que la aquiescencia de una persona excluiría la tipicidad como consecuencia de la presencia de un acuerdo, sino que también puede estar presente la frase “sin consentimiento” como integrante del tipo, y cuando un sujeto consienta en una acción que según la redacción del tipo penal iría, en principio, en contra de su voluntad o consentimiento, dicha acción decaerá y ya no será considerada típica porque faltaría el actuar sin la voluntad o sin el consentimiento del sujeto pasivo y, en consecuencia, no habrá delito. (Hilgendorf y Valerius, 2017).

Ahora, no necesariamente las frases “sin voluntad” o “sin consentimiento” deben estar presentes en la descripción del tipo, sino que es suficiente que con la lectura de este último se infiera la referencia a esos dos elementos. Eso quiere decir que independientemente de la descripción estrictamente gramatical, el acuerdo va a efectivizarse en tanto lo descrito en el tipo delictivo reconozca, ya sea de forma explícita o implícita, que la voluntad o el consentimiento son los puntos de referencia para entender la lógica bajo la que funciona el acuerdo como causa de atipicidad. (Polaino, 2003).

Un clásico ejemplo utilizado por quienes defienden la teoría dualista es el de allanamiento de morada, el cual es conocido en Ecuador como violación de propiedad privada y se encuentra contenido en el art. 181 del Código Orgánico Integral Penal. Dicho tipo penal requiere que el ingreso a la propiedad se haga “en contra de la voluntad”, eso quiere decir que, si concurre la voluntad de quien tiene derecho a emitirla para que alguien más ingrese en su propiedad, no existe acción típica porque existe un acuerdo en que esa otra persona ingrese y, en ese caso, el

acto ya no se adecua a la descripción típica que entre sus elementos contiene la frase “en contra de la voluntad”.

En el otro extremo se encuentra el consentimiento en sentido estricto que se caracteriza por la subsistencia de la lesión al bien jurídico, o sea, sin importar que una persona pueda consentir en que otra persona intervenga en su autonomía y ponga en peligro o lesione uno de sus bienes jurídicos, la lesión a dichos bienes se mantendrá, pero la acción quedará justificada siempre y cuando exista una manifestación expresa de consentimiento. Esto se da cuando el tipo penal no hace ningún tipo de referencia a frases como “sin voluntad” o “sin consentimiento, y eso significa que aquí no se protege la libre disposición del bien jurídico, sino que solo se protege, concretamente, al bien jurídico. (Cancio, 2022).

En virtud de que en estos supuestos el consentimiento se ancla a la acción ya no para declararla atípica, sino para justificarla, aquí aparece un choque o colisión entre el bien jurídico que ha sido lesionado y la voluntad del sujeto pasivo para que dicho bien sea lesionado. Un ejemplo de un tipo penal en el que es posible entender, bajo los parámetros de la teoría dualista, al consentimiento como causa de justificación es el delito de daños (en Ecuador es conocido como daño a bien ajeno – art. 204). En el delito de daños no se hace ningún tipo de referencia al cometimiento del ilícito de forma contraria a la voluntad del individuo, por lo tanto, a pesar del consentimiento la lesión a la propiedad aún subsiste, y eso conlleva a entender al consentimiento como una causa de justificación.

El consentimiento como causa de exclusión de la antijuricidad ha sido fundamentado con varias tesis. Una de esas tesis es la del negocio jurídico según la cual el titular de un bien jurídico le trasladaba a otro el derecho de afectar el bien jurídico en cuestión, esto es, todo se regía por una especie de negocio jurídico propio del Derecho contractual civil. Otra tesis es la de la ausencia de interés propuesta por el jurista alemán Mezger; aquí se defiende que si un individuo

consiente en la lesión de uno de sus bienes jurídicos, es porque existe un desinterés en ellos, y aquella falta de interés es la que justifica la propia lesión del bien jurídico. (Harnisch et al., 2022).

Por último, existen teorías bastante innovadoras que ponen en duda la teoría de Mezger tanto de la ponderación de intereses como núcleo de las causas de justificación como de la ausencia de intereses como base del consentimiento justificante. (Wilenmann, 2017). Sin embargo, existe otra teoría basada en la ponderación de intereses, propuesta por el profesor alemán Peter Noll, y postula que para que el consentimiento sea eficaz se debe realizar una ponderación entre el bien jurídico lesionado y la voluntad del sujeto pasivo en que su bien jurídico sea lesionado. Solo en caso de que la voluntad del titular del bien jurídico se imponga a la lesión del bien jurídico, el consentimiento será eficaz. (García B. , 2014).

Coexisten diferencias marcadas entre el acuerdo y el consentimiento en sentido estricto. En el acuerdo es suficiente con la voluntad interna del titular del bien jurídico; eso significa que no es necesario exteriorizar por medios cognoscibles una voluntad aprobatoria para la lesión de bienes jurídicos. Ese no es el caso del consentimiento, en el cual sí es exigida una exteriorización que sea perceptible en el mundo de los sentidos, ya sea mediante una comunicación escrita, verbal o de señas. (Krey y Esser, 2022).

Otra diferencia entre ambos conceptos es que mientras en el acuerdo es suficiente con la capacidad natural (hasta un niño puede ejercer el acuerdo), en el consentimiento es imprescindible que el titular del bien jurídico tenga el entendimiento y la voluntad suficiente para comprender los efectos de lo que está consintiendo. En consecuencia, mientras el acuerdo puede ser prestado incluso por aquellos que no puedan llegar a comprender todos los efectos de dicho acuerdo aprobatorio de lesión, en el consentimiento es mandatorio que el sujeto no sea, según los designios del Derecho civil, un incapaz. (Otto, 1998).

También es divergente el trato que el acuerdo y el consentimiento en sentido estricto les



otorgan a los vicios de la voluntad. Por ejemplo, si por cualquier circunstancia concurre error, fuerza o engaño, esa realidad no tendría ningún efecto en la eficacia de un acuerdo aprobatorio de lesión de bienes jurídicos, pero, en el lado del consentimiento, sí que es necesario que no concorra ninguno de esos elementos que pueden viciar la voluntad, de lo contrario, se torna en ineficaz el consentimiento aprobatorio de lesión de bienes jurídicos. (Wessels et al., 2018).

También es sustancial la referencia al tema del desconocimiento de la aprobación, ya sea que esté fundamentada en el acuerdo o en el consentimiento. Si el sujeto activo de la acción desconoce que existe un acuerdo por parte del sujeto pasivo, la acción ya no cumplirá con el tipo objetivo y el dolo de aquel se dirige a un objeto inidóneo, por lo tanto, lo máximo que podría concurrir es una tentativa inidónea.

En cambio, cuando se habla de consentimiento en sentido estricto y el sujeto activo desconoce que el sujeto pasivo ha prestado su consentimiento, el delito sí se consuma porque el dolo del autor cumple todos sus requisitos. Por último, cuando se evidencia un error en el acuerdo, el problema se resolvería acudiendo al error de tipo, mientras que, si aquello sucede con el consentimiento, la cuestión se solventaría acudiendo al error de prohibición. (Polaino, 2003).

### ***3.2.2. Teoría diferenciadora***

La teoría diferenciadora se caracteriza por su remisión a tres postulados. El primer postulado arguye al acuerdo (Einverständnis) como excluyente de la tipicidad, el siguiente postulado apela al consentimiento (Einwilligung) unas veces como excluyente de la tipicidad y, ya haciendo referencia al tercer postulado, otras veces excluyendo la antijuricidad. Esta teoría es sostenida principalmente por Jakobs, quien, con el fin de sustentar sus abalorios teóricos, recurre a ejemplos que cumplen una doble función: explicar pedagógicamente su teoría respecto del consentimiento y, además de eso, marcar diferencias con la teoría dualista.

Según ésta postura, el acuerdo serviría para echar abajo, desde un inicio, la posible

tipicidad de una conducta lesiva. En razón de que los individuos cuentan con varios bienes jurídicos que están a su disponibilidad, siempre y cuando concurra un acuerdo del sujeto titular de esos bienes jurídicos, se excluirá la tipicidad del acto en aquellos delitos en los que, ya sea por su literalidad o interpretación, el bien jurídico que se protege es la “voluntad”. Un ejemplo que propone Jakobs al respecto es el delito de daños, pues si alguien que cuenta con la voluntad del propietario rompe un objeto que le pertenece a este, no genera “daños típicos” y, consecuentemente, no se cumple el primer filtro de la teoría del delito, esto es, la tipicidad. (Jakobs, 2010).

La tesis diferenciadora considera que el consentimiento expresado por el titular de un bien jurídico sirve como fundamento para la atipicidad de una conducta que en principio cumpliría el proceso concreto y ontológico de desvalor de acción y desvalor de resultado, pero un elemento necesario para ello es que el tipo no haga referencia a la voluntad del individuo y que, adicionalmente, el bien jurídico sea totalmente disponible para él o ella. Al otro lado, en lo que se refiere al consentimiento justificante o excluyente de la antijuricidad, para que llegue a ser eficaz debe estar precedido por el hecho de que el titular del bien jurídico tiene una disposición limitada sobre el bien jurídico como sucede en el caso la libertad y la integridad corporal. (Jakobs, 2010).

Es necesario una aclaración final con respecto a esta teoría. Todos estos argumentos los esgrimió Jakobs incluso en su famoso libro de Derecho penal parte general, empero, posteriormente cambió de parecer y adoptó una postura que rechaza la existencia del acuerdo, tratando de demostrar que aquello solo es un consentimiento que excluye la tipicidad y que debe estudiarse atendiendo a las reglas específicas de la parte especial. Sin embargo, sí mantuvo como protagonista al consentimiento, tanto en su vertiente de causa de atipicidad como de causa de justificación. (García B. , 2014).

### ***3.2.3. Teoría unitaria***

La proposición de la tesis unitaria descarta la corrección de la tesis dualista y deja de reconocer una doble función de la aquiescencia del titular del bien jurídico. Al contrario, esta teoría, cuyo mayor desarrollo se le atribuye a Roxin, plantea que el consentimiento funciona –en el caso de bienes jurídicos individuales y disponibles– siempre excluyendo la tipicidad. Esta teoría plantea que cuando concurre el consentimiento del individuo, el desvalor de resultado se pierde y, por esa razón, también lo hace el desvalor de acción. (Machado, 2012).

Esta teoría sienta sus bases en la misma actitud que profesa Roxin sobre el bien jurídico, esto es, el bien jurídico como un concepto liberal enfocado siempre en el individuo y solo de forma secundaria en la sociedad. Eso significa que los valores kantianos como la autonomía o autoleislación y la dignidad en sentido estricto constituyen el punto sólido de esta teoría. Se debe tener presente que para esta visión del bien jurídico no es suficiente hacer énfasis en el objeto de referencia (vida, propiedad, etc.), sino en la relación de dicho objeto de referencia con el individuo o titular del bien jurídico.

La afirmación precedente genera la gran consecuencia de afianzar al consentimiento como causa de atipicidad bajo la venia de la siguiente fórmula: si una persona es titular de un bien jurídico (por ejemplo, integridad física) y consiente en que alguien más lesione dicho bien (por ejemplo, lesiones en una relación sexual sadomasoquista), en realidad no está lesionando, bajo ningún concepto, al bien jurídico, por el contrario, debido a que un individuo es autónomo y libre de conducirse de la manera que mejor le parezca, una vez que expresa su consentimiento lo único que busca es que ese bien jurídico sea potenciado, lo cual conlleva a la inexistencia de una lesión a un bien jurídico como fin de protección de la norma y, por lo tanto, no existe tipicidad. (Roxin, 1997).

Tal vez un punto débil de esta teoría viene dado por el famoso § 228 del Código Penal Alemán, el cual, según su redacción típica (*ver supra 3.2.*), sugiere que el consentimiento es una

causa de justificación siempre y cuando las lesiones realizadas en detrimento de otra persona no sean contrarias a las buenas costumbres. A pesar de ello, los defensores de la tesis unitaria alegan que lo único que demuestra ese tipo penal es que la integridad corporal es un bien jurídico de disponibilidad limitada y no sirve para demostrar que el consentimiento es una causa de justificación, pues la redacción de ese apartado no protege la autonomía individual, sino la prohibición de lesionar de forma burda al cuerpo humano, pese a lo cual, no se demuestra que el consentimiento es una causa de atipicidad cuando de bienes jurídicos disponibles se trata. (García B. , 2014).

#### **4. Resultados**

Para poder responder a la pregunta de cuál es la ubicación sistemática de la institución jurídico-penal del consentimiento como integrante de la teoría sistémica delito y para, además, hacerlo de una forma responsable y alejada de cualquier idea arbitraria contraria a la racionalidad con pretensiones científicas del Derecho en general y de la dogmática penal en particular, hay que sintonizar, preliminarmente, con la teoría de la protección penal de bienes jurídicos y todo lo que ella conlleva; caso contrario, el tratamiento dogmático del consentimiento en el Derecho penal corre el riesgo de ser un concepto vacío y sin hallazgos útiles para la vida práctica.

La revisión histórica de la protección penal de los bienes jurídicos cumple dos funciones. En primer orden funciona como una excusa de culturalización (histórica) sobre una institución más del Derecho penal, pero, en un segundo y fundamental orden, también sirve para entender el contexto y las razones para tratar de encontrar una teoría de protección penal de bienes jurídicos que supere al filtro de científicidad –cuyo método de comprobación es su sujeción a refutaciones– que no solo fundamente el tema que se ha propuesto en este trabajo, sino todo el resto de temas que estudian (y además fundamentan) el Derecho penal, el Derecho procesal penal y la política criminal. (Schurmann, 2019).

De la mano de la segunda función de la revisión histórica de la protección penal de bienes jurídicos surge la enunciación de tesis contemporáneas que establecen las razones para entender al consentimiento como una causal que algunas veces excluye la tipicidad y otras veces la antijuricidad, o, como antítesis al primer supuesto, cumple la función de excluir, siempre y desde el principio, únicamente la tipicidad. Esas tesis a las que se ha hecho referencia se dividen en dos grupos: por un lado, las tesis sociológicas, principalmente en su vertiente funcionalista-sistémica y, por otro lado, las tesis constitucionalistas, tanto en su vertiente estricta como en la amplia.

La teoría del funcionalismo sistémico considera, desde un enfoque material, a la ratificación de la vigencia de la norma como el bien jurídico protegible por el Derecho penal, y solo de forma mediata (formal) tiene en cuenta que existen bienes propios del individuo como la vida la integridad sexual y la propiedad, por mencionar unos cuantos. Esta teoría, defendida fundamentalmente por Jakobs, sirvió como base para la proposición de la existencia de un acuerdo con eficacia excluyente del tipo (cuando el tipo hace referencia a la voluntad del individuo) y un consentimiento que, para ciertos delitos, excluye la tipicidad (para bienes disponibles) y, para otros, excluye la antijuricidad (para bienes indisponibles).

La vertiente constitucionalista amplia es la que se posiciona como aquella teoría del bien jurídico que genera firmeza tanto en la teoría dualista como en la teoría unitaria; ambas como posturas que pretenden encontrar la naturaleza y ubicación del consentimiento. Sin embargo, esa misma influencia constitucionalista tuvo repercusiones divergentes para las teorías del consentimiento ya mencionadas.

La teoría dualista sirvió para entender al bien jurídico como aquellos intereses necesarios para la protección del libre ámbito de acción de los individuos (autonomía). Con énfasis en ello, la teoría dualista hizo una separación entre acuerdo y consentimiento en sentido estricto. El acuerdo vendría a excluir la tipicidad para aquellos bienes jurídicos individuales disponibles que

dentro del tipo en concreto hagan referencia a la voluntad o al consentimiento del individuo. En cambio, el consentimiento en sentido estricto funge como causa de justificación en aquellos tipos en los que la voluntad o el consentimiento no son parte fundamental de la redacción del tipo y, por lo tanto, aunque medie el consentimiento, la lesión al bien jurídico se mantiene y solo puede analizarse su justificación en el siguiente escalón sistémico, esto es, a nivel de antijuricidad.

Para finalizar, la teoría unitaria, desarrollada fundamentalmente por Roxin, propone una exclusión únicamente de la tipicidad penal; ello en virtud de una concepción del bien jurídico – derivada de postulados constitucionalistas y propia de un Estado social de Derecho– denominada “liberal” que considera como bien jurídico no solo al sustrato material, sino a la relación directa de aquel con la autonomía del individuo (voluntad). Aquello significa que cuando una persona consiente en que alguien más intervenga en sus bienes jurídicos, en realidad no los lesiona, por el contrario, aporta a que estos se potencien como parte del libre desarrollo de la personalidad del sujeto y por eso no habría, desde un inicio, tipicidad por falta de lesión al bien jurídico.

## **5. Discusión**

Solo a partir de todo lo resumido en el apartado de resultados (*ver supra 4.*) es posible decantarse por una teoría del bien jurídico y, consecuentemente, por una teoría de ubicación del consentimiento lo suficientemente racional como para atribuirle nociones de corrección. Sin embargo, no se puede, sin más, afirmar que una teoría es correcta y otra es errónea, puesto que es indefectible esgrimir razones que sustenten aquella afirmación, y eso es a lo que se destinarán los siguientes párrafos.

A diferencia de otros temas, la institución jurídico-penal del consentimiento no exige el seguimiento de reglas específicas con respecto al orden de abordaje de las teorías tanto de la protección penal del bien jurídico como de aquellas que ubican sistemáticamente, en alguna de las categorías del delito, al consentimiento. Con arreglo a esa aseveración, primero se expondrá la

razón por la cual la teoría diferenciadora no es correcta, luego, se argumentará en contra de ciertas características de la diferenciación que la teoría dualista hace entre acuerdo y consentimiento en sentido estricto y, al final, se darán motivos a favor de los postulados de la teoría unitaria como postura que mejor desarrolla al consentimiento penal.

Se debe recordar que la teoría del bien jurídico que sostiene a la teoría diferenciadora es la de ratificación de la vigencia de la norma, y eso conlleva a rechazar de plano una visión estrictamente funcionalista del sistema social que no tiene como principal referente al individuo, porque ello supone aceptar los valores predominantes de una sociedad en concreto sin ser críticos del sistema, lo cual conllevaría a una suerte de adhesión a una realidad sin si quiera poner en duda los medios con tal de alcanzar, a toda costa, el supuesto fin del Derecho penal que es la vigencia de la norma y, por lo tanto, la confianza en la funcionalidad del sistema. Por ello, la teoría diferenciadora no es correcta ya desde su tesis del bien jurídico que le sirve de base.

La crítica a la teoría dualista está dirigida a dos componentes de diferenciación entre lo que ésta tesis propone como acuerdo y consentimiento en sentido estricto. El primer componente es que, a diferencia del consentimiento, en el acuerdo solo basta con la aprobación interna del titular del bien jurídico para que dicho acuerdo gane eficacia, y eso es, por decir lo menos, rechazable. Es muy bien conocido que el mero querer no es punible, esto es, los pensamientos no delinquen; entonces, si eso no sucede en el caso de imputación penal, es inentendible que se quiera aplicar ese argumento para exonerar de responsabilidad a alguien que actúa sin el conocimiento de que otro sujeto ha aprobado (acuerdo), internamente, la lesión de uno de sus bienes jurídicos.

La segunda crítica tiene que ver con la afirmación de que hasta un niño o una persona con una enfermedad mental puede prestar un acuerdo liberatorio de responsabilidad penal en contraste con lo que sucede en el consentimiento que será efectivo solo si la persona es

completamente capaz. No es posible aceptar que se dejen sin castigar conductas solo por el hecho de que una persona incapaz acordó en ello. Aquello es discriminatorio desde el punto de vista de la dignidad, puesto que una persona incapaz siempre necesita de la ayuda de otra persona (capaz) para poder desarrollarse de forma que no sea el medio para alcanzar los fines de alguien más.

Ahora bien, la teoría unitaria tiende a ser la más coherente por (al menos) dos razones. La primera razón es su idoneidad para ubicar al consentimiento en una sola categoría del delito, esto teniendo en cuenta que la doctrina mayoritaria aún defiende a la teoría dualista que ubica al consentimiento, dependiendo del caso, a nivel de tipicidad o de antijuricidad. Entonces, no parece correcto que el consentimiento penal sea una (¿la única?) institución jurídico-penal cuya ubicación dentro de la teoría del delito varíe dependiendo del caso. No es racional pensar, por ejemplo, y aunque una concepción bipartita de la teoría del delito podría objetar ésta afirmación (Luzón, 2016), que unas veces la legítima defensa debe ser analizada en la tipicidad y otras veces en la antijuricidad.

La segunda razón viene dada por la concepción liberal del bien jurídico que sostiene a la teoría unitaria. Entender a un bien jurídico no solo como un sustrato material (vida, propiedad, etc.), sino como la conexión entre éste y el titular de ese sustrato material, promueve la visión del individuo y de su autonomía como esencia y fundamento del Derecho penal. Esto, a su vez, equivale a aseverar que cuando un individuo consiente en que alguien más lesione o ponga en peligro uno de sus bienes jurídicos, no existe una verdadera lesión, pues si el individuo, haciendo uso de su autonomía, considera que dicha intervención potencia el desarrollo de su personalidad según su ética, no habrá tipicidad por faltar el objeto de protección de la norma, esto es, la protección de un bien jurídico.

## **6. Conclusiones**



La determinación de la ubicación sistemática del consentimiento en la teoría del delito siempre dependerá de dos eslabones previos sin cuyo tratamiento y análisis sería inadmisibles cumplir con los parámetros de rigor científico que exige el racionalismo propio de la dogmática penal. Esos dos eslabones son las teorías de la protección penal del bien jurídico y, por otra parte, la disponibilidad de esos bienes jurídicos y su relación con los postulados kantianos de dignidad y autonomía de los individuos. Esos dos pasos previos son los que sostienen a las teorías (dualista, diferenciadora y unitaria) que ubican al consentimiento en determinada categoría de la teoría del delito.

Quienes cultivan una teoría dualista pecan de simplistas en la argumentación de las antítesis recurrentes entre el acuerdo y el consentimiento en sentido estricto. La apelación a una innecesaria capacidad civil por parte de quien extiende un acuerdo liberatorio es inadmisibles por ir en contra de la prohibición de ser un medio para los fines ajenos y eso acarrea el descarte de la teoría dualista para encontrar la naturaleza jurídica del consentimiento. Algo parecido a aquello es criticable respecto de la teoría diferenciadora, pero con la particularidad de que su principal deficiencia está en su teoría del bien jurídico que le sirve de base, pues la ratificación de la vigencia de la norma como bien jurídico protegible por el Derecho penal no es predicable en todos los contextos sociales.

La teoría unitaria es la única que fundamenta, con pretensiones de corrección y racionalidad, a la institución del consentimiento; esto en virtud de la preponderancia que le otorga a la voluntad y autonomía del individuo, lo cual supone que el consentimiento del titular de un bien jurídico constituye una causa de atipicidad por faltar la lesión del bien jurídico como elemento perteneciente a la descripción del tipo.

## 7. Referencias bibliográficas

- Ambos, K. (2019). Bien jurídico y harm principle: bases teóricas para determinar la «función global» del derecho penal internacional: una segunda contribución para una teoría coherente del derecho penal internacional. *Revista de Derecho Penal y Criminología*(10), 343-378. <https://doi.org/https://revistas.uned.es/index.php/RDPC/article/view/24556>
- Amelung, K. (2016). El concepto "bien jurídico" en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos. En R. Hefendehl, A. Von Hirsch, & W. Wohlers, *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación penal o juego de abalorios dogmático?* (págs. 221-257). Marcial Pons.
- Angulo, G. (2007). El consentimiento frente a los bienes jurídicos indisponibles. *Revista Latinoamericana de Derecho*(7-8), 55-88.
- Arenas, R. (2020). *Del primer al segundo Niklas Luhmann: las consecuencias del giro autopiético en su teoría sociológica del Derecho*. Universidad Externado de Colombia.
- Arocena, G. (2022). *A vida o muerte. Sobre la disponibilidad de la propia vida, la eutanasia, el suicidio y otros asuntos incluso más graves ante el Derecho penal*. Editorial Reus.
- Atienza, M. (2022). *Sobre la dignidad humana*. Editorial Trotta.
- Beccaria, C. (2015). *Tratado de los delitos y de las penas*. Universidad Carlos III de Madrid.
- Berdugo, I. (2016). El Derecho penal. En E. Demetrio, & C. Rodríguez, *Curso de Derecho Penal. Parte General* (págs. 9-54). Ediciones Experiencia.
- Bieri, P. (2017). *La dignidad humana. Una manera de vivir*. Herder Editorial.
- Bustos, J., & Hormazábal, H. (1997). *Lecciones de derecho penal. Volumen I*. Editorial Trotta.
- Cancio, M. (2022). *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal. Estudios sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*. Editorial B de F.

- Chang, R. (2020). *El consentimiento en el Derecho penal*. Tirant lo Blanch.
- Dubber, M. (2006). Theories of crime and punishment in German criminal law. *American Journal of Comparative Law*, 53(3), 679-707.  
<https://doi.org/https://doi.org/10.1093/ajcl/53.3.679>
- Fernández, G. (1995). Bien jurídico y principio de culpabilidad. En J. Maier, & A. Binder, *Bien jurídico y principio de culpabilidad* (págs. 169-185). Editores del Puerto.
- García, B. (2014). *El consentimiento en Derecho penal*. Tirant lo Blanch.
- García, C. (2022). Sobre el concepto de bien jurídico. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 12(24), 1-45.
- García, J. (2000). ¿Dogmática penal sistémica?: sobre la influencia de Luhmann en la teoría penal. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*(23), 233–264.  
<https://doi.org/https://doi.org/10.14198/DOXA2000.23.09>
- García, P. (2019). *Derecho Penal. Parte General*. Ideas Solución Editorial.
- Harnisch, S., Knaupe, S., & Schröder, R. (2022). *Falltraining Strafrecht Allgemeiner Teil*. C.F. Müller.
- Hassemer, W., & Muñoz, F. (1989). *Introducción a la criminología y al Derecho penal*. Tirant lo Blanch.
- Henkel, H. (2016). *Filosofía del Derecho*. Editorial B de F.
- Herzog, F. (2017). *Strafrecht Allgemeiner Teil für dummies*. WILEY-VCH Verlag GmbH & Co.
- Hilgendorf, E., & Valerius, B. (2017). *Derecho Penal Parte General*. Ad-Hoc.
- Íñigo, E. (2022). El consentimiento de la víctima. Hacia una teoría normativa de la acción del que consiente. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 75(1), 167-204.
- Jakobs, G. (2010). *Derecho Penal Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. Marcial Pons.

Jakobs, G. (2022). *¿Protección de bienes jurídicos? Sobre la legitimación del Derecho penal.*

Editorial B de F.

Jiménez, F. (2012). Consentimiento y delitos contra la vida humana desde la perspectiva constitucional. *Revista de Estudios de la Justicia*(16), 259-278.

<https://doi.org/https://doi.org/10.5354/rej.v0i16.29508>

Krey, V., & Esser, R. (2022). *Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil. Studienbuch in systematisch-induktiver Darstellung.* Kohlhammer.

Kuhlen, L. (2021). *Contribuciones al método, la teoría y la dogmática del Derecho penal.*

Marcial Pons.

Luzón, D. (2016). *Derecho Penal Parte General.* Editorial B de F.

Machado, C. (2012). El Consentimiento En Materia Penal. *Derecho Penal y Criminología*, 33(95), 29-49.

Maihofer, W. (2021). *Estado de Derecho y dignidad humana.* Editorial B de F.

Mir, S. (1991). Bien jurídico y bien jurídicopenal como límites del Ius Puniendi. *Estudios Penales y Criminológicos*(14), 203-216.

Otto, H. (1998). *Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte.* De Gruyter.

Otto, H. (2004). *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre.* De Gruyter.

Pawlik, M. (2016). El delito, ¿lesión de un bien jurídico? *InDret Revista para el análisis del Derecho*(2), 1-16.

Polaino, M. (2003). *¿Volenti non fit iniuria? Sobre la discutible distinción entre acuerdo y consentimiento en Derecho penal.* Université de Fribourg:

[https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an\\_2003\\_11.pdf](https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2003_11.pdf)

Ramiro, M. (2006). A vueltas con el paternalismo jurídico. *Derechos y Libertades: revista de filosofía del derecho y derechos humanos*(15), 211-256.

<https://doi.org/http://hdl.handle.net/10016/7044>

Roxin, C. (1997). *Derecho Penal Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Editorial Civitas.

Roxin, C. (2016). *La teoría del delito en la discusión actual*. Editorial Grijley.

Schünemann, B. (2007). *¿El derecho penal es la última ratio para la protección de bienes jurídicos?: Sobre los límites inviolables del derecho penal en un Estado liberal de derecho*. Universidad Externado de Colombia.

Schurmann, M. (2019). ¿Es científico el discurso elaborado por la dogmática jurídica? Una defensa de la pretensión de racionalidad del discurso dogmático elaborado por la ciencia del derecho penal. *Política criminal*, 14(27), 549-598.

<https://doi.org/https://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992019000100549>

Seelmann, K. (2013). *Estudios de filosofía del Derecho y Derecho penal*. Marcial Pons.

Stratenwerth, G. (2022). *Derecho Penal. Parte General I*. Editorial Hammurabi.

Thommen, M. (2021). *Einwilligung*. UZH: Universität Zurich:

<https://www.ius.uzh.ch/dam/jcr:c972ceac-7df3-4624-a4ed->

[1ec3cc03ecb0/Marc%20Thommen%20-%20Einwilligung%2001.11.2021%20final.pdf](https://www.ius.uzh.ch/dam/jcr:c972ceac-7df3-4624-a4ed-1ec3cc03ecb0/Marc%20Thommen%20-%20Einwilligung%2001.11.2021%20final.pdf)

Urbano, J. (2019). Concepto y función del Derecho penal. En J. Andrade, N. Agudelo, G.

Barbosa, H. Barreto, D. Bazzani, & J. Bernal, *Lecciones de Derecho penal: Parte general* (págs. 5-63). Universidad Externado de Colombia.

Valásquez, F. (2009). *Derecho Penal. Parte General*. Comlibros.

Welzel, H. (1956). *Derecho Penal Parte General*. Depalma Editor.

Wessels, J., Werner, B., & Satzger, H. (2018). *Derecho Penal Parte General. El delito y su estructura*. Pacífico Editores.

Wilenmann, J. (2017). *La justificación de un delito en situaciones de necesidad*. Marcial Pons.

