

NATURALEZA JURÍDICA DEL CONSENTIMIENTO DE BIENES JURÍDICO-PENALES: UN ANÁLISIS A LA LUZ DE LA CONSTITUCIÓN

LEGAL NATURE OF THE CONSENT OF LEGAL-CRIMINAL ASSETS: ANALYSIS IN THE LIGHT OF THE CONSTITUTION

Romy Chang Kcomt*

Pontificia Universidad Católica del Perú
y Universidad de Salamanca

The Criminal Code exempts from criminal liability any person when they act with valid consent from the holder of the legal asset of free disposal. This exclusion of criminal responsibility raises multiple questions.

Which legal rights can be freely disposed? Is it that all individual legal rights are of free disposal? If that is the case, which legal basis justifies it? Does the holder's consent mean that the behavior is unlawful, or is it a non-criminal behavior?

In this paper, the author answers all these questions, emphasizing that, according to the type of State we live in, the legal-criminal rights are protected to allow the self-realization of every person. Based on that, the author maintains that all criminal-legal rights are of free disposal, and that the holder's consent is a non-criminality cause.

KEY WORDS: Criminal Law; Constitutional Law; consent; individual legal assets; dignity; self-determination; self-realization; non-criminality; unlawfulness.

El Código Penal exime de responsabilidad penal a quien actúa con consentimiento válido del titular del bien jurídico de libre disposición. Esta eximente trae múltiples cuestionamientos.

¿Qué bienes jurídicos tienen dicha naturaleza? ¿Acaso todos los bienes jurídicos individuales son de libre disposición? De ser ese el caso, ¿cuál sería el fundamento de ello? ¿El consentimiento del titular implica que la conducta es antijurídica, o estaríamos ante una conducta atípica?

En el presente artículo, la autora responde a estas interrogantes resaltando que, en el modelo de Estado en que vivimos, los bienes jurídico-penales se protegen porque se busca la autorrealización del individuo. Sobre la base de ello, la autora sostiene que todos los bienes jurídico-penales individuales son disponibles, siendo el consentimiento una causa de atipicidad de la conducta.

PALABRAS CLAVE: Derecho Penal; Derecho Constitucional; consentimiento; dignidad; bienes jurídicos individuales; autodeterminación; autorrealización, atipicidad; antijuricidad.

* Abogada. Magíster en Derecho Penal por la Universidad de Salamanca (España). Profesora de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Socia fundadora del Estudio Padilla & Chang Abogados. Contacto: romy.chang@padillachang.com.

Nota del editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Editorial el día 09 de mayo de 2015, y aceptado por el mismo el 08 de junio de 2015.

I. INTRODUCCIÓN

La esencia del bien jurídico-penal se explica en la protección de los intereses o valores que se consideran indispensables para que las personas alcancen la autorrealización personal, lo que vincula intrínsecamente dicho concepto con los de (i) dignidad humana; (ii) libre autodeterminación; y, (iii) consentimiento (o disponibilidad).

En lo que sigue, se analizarán las vinculaciones existentes entre estos conceptos y el papel que el consentimiento desempeña en el marco de la teoría del bien jurídico-penal y en el marco constitucional propio de un Estado Constitucional moderno.

El consentimiento, como figura que exime de responsabilidad penal, se encuentra previsto en el artículo 20 del Código Penal peruano, el cual establece lo siguiente:

Artículo 20.- “Está exento de responsabilidad penal: [...]

10. El que actúa con el consentimiento válido del titular de un bien jurídico de libre disposición”.

El problema es que el legislador no indica cuáles son los bienes jurídicos que considera de libre disposición, lo que nos hace pensar que es posible distinguir entre (i) bienes jurídicos disponibles; y, (ii) bienes jurídicos indisponibles.

Lo que se pretende, a partir del fundamento ontológico y constitucional que ostenta el consentimiento, es analizar la naturaleza jurídica del mismo, pronunciándonos por la validez o invalidez de esta distinción efectuada por el legislador.

II. BIEN JURÍDICO Y ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

Luego de la postguerra y tras el fracaso del positivismo, se restableció el Derecho con un aura

iusnaturalista, caracterizada por dos elementos: (i) el otorgamiento a la persona humana y a su dignidad de una posición central en el texto constitucional, dándole a este último un carácter de norma política y jurídica suprema e inviolable, capaz de limitar y racionalizar el poder, convirtiéndose la Constitución y el sistema legal en instrumentos para proteger la dignidad; y, (ii) la refundación del Estado, no sólo en el principio de legalidad o en el principio social, sino también en el principio democrático, **en la fórmula de Estado Social y Democrático de Derecho**¹.

Por este último debe entenderse (i) un reconocimiento al principio de legalidad que suponga un sometimiento del poder al Derecho; (ii) una separación de poderes que suponga un contrapeso entre los mismos; (iii) el reconocimiento y protección de derechos fundamentales clásicos y de otros nuevos derechos de carácter económico, social y cultural²; (iv) el reconocimiento de la soberanía popular; (v) la legitimación de los gobernantes por medio de elecciones democráticas y periódicas; y, (vi) una concepción pluralista de la sociedad³.

Por ello, a efectos del establecimiento de criterios para la criminalización de ciertas conductas, resulta imperioso atender a las características sustanciales del Estado Social y Democrático de Derecho⁴, el que supone el reconocimiento de ciertos derechos fundamentales como la libertad, la igualdad y todos los que tienen su sustento en la dignidad humana.

Así, para la determinación de los bienes jurídicos que deben ser protegidos en el ámbito penal y para la tipificación de las conductas más graves que lesionen los mismos⁵, debe situarse la **autorrealización del individuo** como elemento central del concepto de bien jurídico, sobre todo cuando

¹ LANDA ARROYO, César. “Dignidad de la persona humana”. En: Cuestiones Constitucionales: Revista Mexicana de Derecho Constitucional 7. 2002. pp. 116-117.

² “La experiencia enseña que sin el reconocimiento de los derechos mínimos del hombre, la vida se torna difícil, en última instancia insostenible”. En: ROBBERS, Gerhard. “El Estado de derecho y sus bases éticas”. En: THESING, Josef (Compilador). “Estado de Derecho y Democracia”. Segunda edición. Buenos Aires: Konrad-Adenauer-Stiftung-CIEDLA. 1999. p. 42.

³ Ver: AGUIAR DE LUQUE, Luis y Ricardo BLANCO CANALES. “Constitución Española 1978-1988”. Tomo I. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1988. p. 6.

⁴ “[...] en un Estado democrático de Derecho, que es el modelo de Estado que tomo por base, las normas penales sólo pueden perseguir la finalidad de asegurar a los ciudadanos una coexistencia libre y pacífica garantizando al tiempo el respeto de todos los derechos humanos. [...] el Estado debe garantizar penalmente no sólo las condiciones individuales necesarias para tal coexistencia [...], sino también las instituciones estatales que sean imprescindibles a tal fin (una Administración de justicia que funcione, unos sistemas fiscales y monetarios intactos, una Administración sin corrupción, etc.)”. ROXIN, Claus. “¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho Penal?”. En: HEFENDEHL, Roland (Editor). “La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?”. Madrid-Barcelona: Marcial Pons. 2007. p. 447.

⁵ Ello, conforme con los principios de ofensividad y mínima intervención. Sobre la vinculación entre estos dos principios, ver: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. “Manual de Derecho Penal. Parte General”. Tercera edición. Navarra: Aranzadi. 2002. pp. 283 y siguientes.

éste se define como una circunstancia o finalidad **útil para el individuo y para su libre desarrollo**⁶.

De esta manera, se descartará la punibilidad de cualquier hecho que, a pesar de generar una disfuncionalidad en el sistema, no afecte las posibilidades de autorrealización del individuo, puesto que una posición contraria “[...] podría llevar a proteger valores morales, estrategias políticas, o dar cabida a puntos de vista totalitarios”⁷. Esta referencia a la autorrealización del individuo, a diferencia de la dañosidad social, es específica de la lesión o puesta en peligro de un **bien jurídico penal**, no requiriéndose para el resto de conductas dañosas en otros ámbitos del ordenamiento jurídico⁸, condiciéndose plenamente con lo expresamente regulado en la norma constitucional.

De lo dicho, considero necesario que el bien jurídico penal tenga un referente constitucional que legitime su protección y que se derive de la dignidad, en su calidad de principio trascendente al sistema jurídico. La exigencia del bien jurídico como objeto de protección del Derecho penal revaloriza la necesidad de crear un sistema penal en función a los postulados que viabilizan la autorrealización del individuo, es decir, la consecución de una vida digna.

En esta línea, siguiendo el concepto proporcionado por Roxin, entiendo por bienes jurídicos “[...] circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema”⁹; es decir, presupuestos necesarios para la autorrealización del individuo a través de una vida digna.

Ahora bien, en tanto la protección de un bien jurídico penal debe necesariamente responder a la consecución de la autorrealización de las personas, resulta indudable que éste cumple una función de

límite al legislador, lo que le hace conformarse como un concepto crítico con la legislación¹⁰. Así, son ilegítimas las normas penales exclusivamente motivadas por ideologías, o las que exclusivamente sancionan ilicitudes morales, o las que protejan meros sentimientos¹¹, o las que protegen meros tabúes, entre otras.

Esta dimensión crítica del bien jurídico supone también un rechazo al paternalismo estatal injustificado, que implica un exceso en la actuación del Estado que atenta contra la autonomía de la voluntad de sus miembros y que, en lugar de promover o viabilizar la autorrealización del individuo, crea obstáculos para su desarrollo. El paternalismo injustificado desnaturaliza la función que el Estado debe cumplir: propiciar un libre desarrollo de las personas, más aún cuando las mismas se encuentran plenamente capacitadas para autodeterminarse.

El rechazo a un paternalismo estatal se refleja en el reconocimiento de la garantía de la libertad propia del Estado liberal: la estructura democrática del Estado supone que las personas puedan optar libremente por lo que les beneficia o afecta –posibilidad de manifestarse con total libertad–, decidiendo así, conforme con una ética propia, la manera más idónea para alcanzar su autorrealización.

Esta visión personalista y liberal del bien jurídico penal parte de la premisa de que el individuo es el fin supremo de la sociedad y del Estado, y de que debe ser tratado como un fin en sí mismo y no como un medio para alcanzar otros fines –principio de dignidad humana–, sin que ello suponga olvidar que dicha libertad coexiste con la libertad de las demás personas y que se ejerce dentro de una comunidad¹².

Por ello, los bienes jurídicos colectivos no podrán entenderse si no ostentan un referente en el individuo, en tanto se protegen en la medida en que

⁶ Ver: ROXIN, Claus. “Derecho Penal. Parte General”. Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducido de la segunda edición alemana por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier Vicente Remesal. Madrid: Civitas. 1997. p. 56.

“La idea clave es, pues, que sólo pueden ser bienes jurídicos aquellos objetos que el ser humano precisa para su libre autorrealización (que obviamente tiene lugar en la vida social)”. En: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. “Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo”. Barcelona: Bosch. 1992. p. 271.

⁷ Ibid. p. 270.

⁸ Ibid. p. 276.

⁹ ROXIN, Claus. Óp. cit. Loc. cit.

¹⁰ ROXIN, Claus. “¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho Penal?”. Óp. cit. pp. 448 y siguientes.

¹¹ Roxin exceptúa los sentimientos de inseguridad, los que señala sí pueden ser protegidos por normas penales, colocando como ejemplo la amenaza con pena de la discriminación de parte de la población –la incitación al odio, la violencia o el desprecio– que realiza el legislador penal. Ibid. p. 450.

¹² “La comunidad no es sólo el marco necesario de nuestra libertad, no es una mera condición de la posibilidad de llevar acabo nuestros asuntos de forma tranquila. La comunidad constituye el punto de referencia de nuestra identidad social”. En: STRATENWERTH, Günter. “La criminalización en los delitos contra bienes jurídicos colectivos.” En: HEFENDEHL, Roland (Editor). Óp. cit. p. 367.

viabilizan que el mismo pueda conseguir su libre desarrollo al interior de una comunidad¹³. La protección de un interés colectivo sin referente al individuo, por el mero hecho de serlo, carece de legitimidad en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho.

En este contexto, debe analizarse el papel que el consentimiento desempeña en el marco de la teoría del bien jurídico penal, sin olvidar los postulados que conlleva un modelo de Estado constitucional moderno.

III. FUNDAMENTO ONTOLÓGICO DEL CONSENTIMIENTO: DIGNIDAD Y AUTODETERMINACIÓN

La dignidad humana es el fundamento de todo derecho y libertad humana, en tanto constituye el presupuesto para que el individuo se realice plenamente en los ámbitos en los que se desarrolla la personalidad. La esencia del concepto de dignidad se encuentra en la libertad de elección, elemento sin el que ésta no puede ser entendida, y sin el que sería imposible cualquier forma de autorrealización personal¹⁴. Es esta libertad, junto con el reconocimiento de derechos, lo que constituye el medio para alcanzar una vida digna dentro de un Estado Social y Democrático de Derecho.

En torno a la dignidad, se pueden distinguir dos dimensiones: (i) una primera, de índole abstracto-filosófica, que la considera un “*prius* lógico y ontológico”¹⁵ en relación con los derechos fundamentales, que tiene como función explicar el sentido de la moralidad y acreditar la vinculación entre ésta y la humanidad¹⁶, de manera que cada persona la posee por el sólo hecho de ser tal; y, (ii) una segunda, más concreta e intrínsecamente vinculada con

los derechos, valores e intereses que dan lugar a la protección de un bien jurídico penal, concibiéndola como la razón de ser, fin y límite de los derechos que se derivan de ella.

Este concepto normativo de dignidad tiene como rasgo distintivo el constituir un límite para la libre elección de las personas, lo que hace que la misma se establezca como un baremo para solucionar los conflictos concretos. Así, se pueden vincular a este ámbito de la dignidad tres aspectos: “[...] primero, el derecho de las personas para tomar sus propias decisiones; segundo, el derecho a que las decisiones sean respetadas; y tercero, el derecho a ver aseguradas las condiciones más favorables (supervivencia, seguridad y salud) para que las personas sean dueñas de su destino”¹⁷.

En esta misma línea, para Nino –quien sigue una concepción liberal de la sociedad–, el principio de dignidad de la persona “[...] prescribe que los hombres deben ser tratados según sus decisiones, intenciones o manifestaciones del consentimiento”¹⁸, no pudiendo tomarse en cuenta para su determinación otros factores que no estén sujetos a la voluntad de los individuos, como pueden ser el color de la piel, la raza, la inteligencia, entre otros.

En un Estado Social y Democrático de Derecho, esta libertad de elección, propia de la segunda dimensión o ámbito de la dignidad, se sustenta en el reconocimiento de la autonomía de la voluntad como mecanismo que viabilice el diseño de un plan personal de vida, es decir, como medio para la autorrealización del individuo¹⁹.

La dignidad entraña, ineludiblemente, la libre autodeterminación de toda persona para actuar en el mundo que le rodea²⁰. Esta vinculación cobra es-

¹³ Berdugo considera más adecuado el término “bienes jurídicos colectivos” al de “bienes jurídicos supraindividuales”, dado que el primero exterioriza la pertenencia de estos bienes a los integrantes de la comunidad. Ver: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. “Viejo y Nuevo Derecho Penal. Principios y desafíos del Derecho penal de hoy”. Madrid: Iustel. p. 205.

¹⁴ “[...] la máxima e igual libertad del individuo garantizada en el Estado liberal de Derecho, se muestra, no como un fin en sí mismo, sino como un mero medio para un fin, a saber, producir y culminar lo humano en la libre autodeterminación moral del hombre” [El énfasis es nuestro]. MAIHOFER, Werner. “Estado de Derecho y Dignidad Humana”. Buenos Aires: Editorial B de F. 2008. p. 72.

¹⁵ ATIENZA, Manuel. “Sobre el concepto de dignidad humana”. En: CASADO, María (Coordinadora). “Sobre la dignidad y los principios. Análisis de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO”. Pamplona: Civitas. 2009. p. 88.

¹⁶ GARCÍA MANRIQUE, Ricardo. “La dignidad y sus menciones en la Declaración”. En: CASADO, María. Óp. cit. p. 51.

¹⁷ VELÁSQUEZ JORDANA, José Luis. “Dignidad, derechos humanos y bioética”. En: CASADO, María. Óp. cit. p. 108.

¹⁸ NINO, Carlos Santiago. “Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación”. Barcelona: Ariel. 1989. p. 287.

¹⁹ “En lo que al principio de dignidad de la persona concierne, lo que se prescribe es que la decisión sea considerada como parte del plan de vida del individuo, y que por lo tanto (y aquí interviene el principio de autonomía) se mantengan, en cuanto ello sea posible sin violar otros principios, las consecuencias de la acción voluntaria que el individuo previó al decidir actuar e incorporó, por lo tanto, a ese plan de vida [...]”. *Ibid.* p. 291.

²⁰ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. “La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico español y como fuente de todos los derechos”. En: Jus: Rivista di Scienze Giuridiche 50. Milán: Università Cattolica del Sacro Cuore. Mayo-Agosto 2003. pp. 206 y 213.

pecial importancia al ser indispensable para la consecución de la dignidad: que el individuo pueda elegir la realización o no de conductas que considere necesarias para su autorrealización, elección que efectuará conforme con su ética propia y cultural; es decir, conforme con la visión que tenga en función al entorno social que lo rodea (pautas de comunicación socialmente aceptadas²¹) de forma directa (pares más cercanos a la persona: amigos, familia, trabajo, escuela, entre otros) y de forma indirecta (comunidad política, ámbito internacional y modelos que recoja producto de la globalización que caracteriza la sociedad moderna)²².

Esta libertad de elección es la que legitima al individuo a optar entre los bienes jurídicos que considera necesarios de protección para su autorrealización, lo que, en el caso de los bienes jurídico-penales, incluso puede llevarlo a renunciar, a través de la figura del consentimiento, a la protección que el legislador le da, disponiendo de ellos en el límite del entorno social que lo rodea; es decir, siempre y cuando ello no implique la afectación de un tercero que también tiene derecho a optar por su autorrealización (por ejemplo, la posibilidad que una persona tiene para rechazar una transfusión sanguínea, incluso atentando contra su integridad y hasta su propia vida).

Por tanto, el hecho de que la libertad deba siempre entenderse en el marco del respeto a la ley y nunca al margen del Derecho²³, debe interpretarse en este sentido, es decir, tomando en cuenta las posibilidades de disposición que toda persona tiene para alcanzar su autorrealización, sin perjuicio de terceros ni del entorno colectivo directo o indirecto en el que se desenvuelve²⁴.

De lo expuesto, se desprende que el primer valor que se puede derivar de la dignidad es la autonomía personal del individuo –capacidad de las personas para tener concepciones sobre sus planes de vida y hacer elecciones en función a ellos–²⁵, la que lo legitima en la toma de decisiones en función a las condiciones que considera necesarias para una vida digna, es decir, para su autorrealización personal²⁶.

Así, un sector de la doctrina distingue entre: (i) **libertad negativa**, la que el individuo ejerce para elegir entre las acciones que requiere para una autorrealización conforme con su ética propia, es decir, la orientada a proteger la libertad de la persona para perseguir su propio plan de vida; (ii) **libertad positiva**, la que busca proporcionar una serie de condiciones mínimas e iguales para que todas las personas puedan elegir un proyecto vital sobre la base de las mismas oportunidades; y, (iii) la **libertad participativa** o libertad como participación, que es el reconocimiento de la autonomía en sentido colectivo y no únicamente individual, es decir, tomando en cuenta que la comunidad política debe valorar los intereses de todos y no sólo los de unos pocos, lo que también supone un ejercicio de la libertad personal, en respeto de la autorrealización de los demás miembros del entorno social²⁷.

En la línea de lo expuesto, en tanto la autonomía, la libertad y la posibilidad de elegir que en ella se asientan constituyen el medio para la realización personal, el reconocimiento de la autonomía de los individuos debe excluir, por regla general, las tesis perfeccionistas o paternalistas.

A las primeras, por partir de la premisa de que la libertad consiste en un tipo de realización perso-

²¹ HÄBERLE, Peter. "La dignidad del hombre como fundamento de la comunidad estatal". En: FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco (Coordinador). "Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional". Madrid: Dykinson. 2008. p. 210.

²² Es por ello que los mecanismos de control social informal son importantes como medio para prevenir delitos, en tanto influyen en la toma de decisión de los individuos, en aras de su realización. Sobre los mecanismos de control social, ver: VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. "Manual de Derecho Penal. Parte General". Cuarta edición. Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales. 2010. pp. 5-7.

²³ JIMÉNEZ CAMPO, Javier. "Artículo 10.1". En: CASAS BAAMONDE, María Emilia y Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER (Directores). "Comentarios a la Constitución Española, XXX Aniversario". Madrid: Fundación Wolters Kluwer. 2008. p. 187.

²⁴ "El pleno desarrollo de la personalidad implica, a su vez, de un lado, el reconocimiento de la total autodisponibilidad, sin interferencias o impedimentos externos, de las posibilidades de actuación propias de cada hombre; de otro, la autodeterminación que surge de la libre proyección histórica de la razón humana, antes que de una predeterminación dada por la naturaleza de una vez por todas". PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. "Sobre los valores fundadores de los derechos humanos". En: PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio (Director). "El fundamento de los derechos humanos". Madrid: Debate. 1989. p. 280.

²⁵ REY PÉREZ, José Luis. "El discurso de los derechos. Una introducción a los derechos humanos". Madrid: Universidad Pontificia Comillas. 2011. pp. 44-45.

²⁶ "El reconocimiento de la dignidad de la persona y del libre desarrollo de la personalidad son por tanto presupuestos de la participación en un sistema social". BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. "Revisión del contenido del bien jurídico honor". En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Tomo XXXVII. Fascículo II. 1984. p. 310.

²⁷ Sobre los tipos de libertad, ver: REY PÉREZ, José Luis. Óp. cit. pp. 46-47. También distingue entre libertad negativa y positiva. Véase: BERLIN, Isaiah. "Cuatro ensayos sobre la libertad". Madrid: Alianza Editorial. 1988. pp. 191-211.

nal que no se circunscribe a los deseos de la persona, debiendo el Estado suplantar en el lugar de la misma a efectos de buscar la perfección –“vida buena”– de todos sus miembros²⁸. Bajo esta premisa, el Estado haría caso omiso de la ética propia de cada individuo, buscando imponer la que considera idónea para todos los miembros del entorno social y dejando elegir a los individuos únicamente entre las acciones que considera tendientes al fin utópico que se ha planteado, lo que deviene en contrario a las premisas de un Estado constitucional moderno. A las segundas, por buscar proteger al individuo de sus propias acciones u omisiones, que se considera son contrarias a su realización personal²⁹.

El problema del perfeccionismo y el paternalismo es que parten de una ética universal que consideran debe ser compartida por todos los individuos, olvidando que la autorrealización de cada persona –en los casos en los que ésta ostente plena capacidad para elegir– siempre dependerá de sus valores e intereses, es decir, de una ética personal o propia que podrá ser modificada a lo largo de toda la vida, la que puede ser influenciada, pero no determinada, por el entorno social, no pudiendo imponerla o propiciarla el Estado a través de medidas o normas. El Estado siempre deberá limitar su actuación a la autorrealización personal, respetando la ética de cada individuo.

La dignidad y la autonomía –entendida esta segunda como presupuesto para alcanzar la primera– son conceptos que sirven como baremos para determinar el grado de afectación de la libertad que se impondrá frente a la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, de manera que no será posible la imposición de una sanción penal en los casos en los que el desvalor de acción y/o el desvalor de resultado efectuados por el sujeto no lesionen la dignidad o el libre desarrollo de otra persona.

De esta manera, y en tanto las bases del Estado Liberal Constitucional moderno únicamente le-

gitiman la intervención del Derecho Penal en los casos en los que la conducta efectuada por el sujeto lesione o ponga en peligro el bien jurídico protegido **de otra persona** y, con ello, impida la autorrealización y convivencia pacífica de las personas en sociedad, en principio, **devendría en contrario a los fines del modelo de Estado Constitucional que se sancionase a alguien por consentir en la vulneración o puesta en peligro de su propio bien jurídico**, puesto que, con ello, se estaría negando la capacidad de disposición inherente al ciudadano, premisa de todos los bienes jurídicos individuales.

Respecto a este punto, debe recordarse que la importancia de que el Derecho Penal proteja bienes jurídicos penales radica en que estos permiten la autorrealización del individuo, constituyendo condiciones necesarias para su libre desarrollo, por lo que dichos bienes jurídicos individuales llevan intrínseca la posibilidad de disposición. La naturaleza jurídica del consentimiento deberá determinarse a partir de este fundamento ontológico del mismo, el que legitima que sea considerado como una eximente de responsabilidad penal.

IV. NATURALEZA JURÍDICA DEL CONSENTIMIENTO. DISTINCIÓN ENTRE ACUERDO Y CONSENTIMIENTO EN SENTIDO ESTRICTO

En sus inicios, en tanto se concebía al Derecho Penal como de carácter público, el consentimiento únicamente era aplicable en algunos tipos penales que protegían bienes jurídicos individuales, quedando básicamente reservado para los casos de injuria³⁰. Esto fue modificándose paulatinamente para otorgarle una doble función: (i) como causa de atipicidad de la conducta; y, (ii) como causa de justificación³¹. Así, surgió una distinción entre los términos “acuerdo” y “consentimiento”, ambos usados por la doctrina española y alemana³².

El primero en distinguir entre estas dos formas de operar del consentimiento fue Quintano Ripollés,

²⁸ REY PÉREZ, José Luis. Óp. cit. p. 50.

²⁹ “Tanto el perfeccionismo como el paternalismo suponen que no sólo son posibles planes de vida mejores que otros, y que constituyen la realización de ideales de excelencia, sino que en el primer caso se supone que esos ideales han de ser impuestos para obligar a las personas a ser mejores, y en el segundo para evitar que se dañen a sí mismos”. VÁZQUEZ, Rodolfo. “Autonomía y responsabilidad individual”. En: CASADO, María. Óp. cit. p. 201.

³⁰ “El consentimiento de la víctima excluía, pues, el delito de injuria; pero el homicidio cometido mediante el consentimiento del sujeto pasivo no se estima como injuria, sino como un delito contra el Estado, contra la comunidad”. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. “Tratado de Derecho Penal”. Tomo IV. Buenos Aires: Losada. 1952. p. 574.

³¹ La doctrina alemana utiliza para referirse a los supuestos de causa de atipicidad el término “*Einverständnis*”, que es el equivalente a los de “acuerdo, asentimiento o conformidad” usados por la doctrina española; mientras que, para los supuestos de causa de justificación, utiliza el término “*Einwilligung*”, equivalente al “consentimiento” usado en España. Ver: SEGURA GARCÍA, María José. “El consentimiento del titular del bien jurídico en Derecho Penal. Naturaleza y Eficacia”. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch. 2000. p. 55.

³² Sobre los antecedentes dogmáticos de ambos términos en la doctrina alemana, ver: JESCHECK, Hans-Heinrich y Thomas WEIGEND. “Tratado de Derecho Penal. Parte General”. Quinta edición. Granada: Editorial Comares. 2002. p. 400.

al señalar en 1950 que “[...] en estrictos principios de técnica, el consentimiento tiene diversas formas de operar: unas, excluyendo efectivamente la tipicidad, cuando la definición positiva del delito presupone como necesaria la voluntad adversa del sujeto pasivo, mientras que otras lo que destruye es la antijuridicidad de la acción, persistiendo, en cambio, la estructura típica del delito”^{33 y 34}.

Así, sobre esta distinción, en principio puede decirse lo siguiente: **el acuerdo** (llamado **también asentimiento o conformidad**³⁵) excluye la tipicidad debido a que elimina de antemano la lesión del bien jurídico protegido por el tipo. Por ello, se aplica en los casos en los que la acción típica presupone conceptualmente un actuar contra o sin la voluntad del lesionado³⁶, es decir, cuando el tipo penal se dirige directamente contra la voluntad de la víctima y su libre ejercicio; desapareciendo, a partir de la falta de oposición del sujeto pasivo, toda lesividad de la conducta, por no existir lesión del bien jurídico protegido³⁷.

Sobre este punto, la doctrina suele colocar como ejemplos los delitos de detenciones ilegales, allanamiento de morada y hurto, en los que “[...] el Código Penal tiene en cuenta el consentimiento del sujeto pasivo. Su presencia dará lugar a una acción normal de la vida social y carente de significación para el ordenamiento penal. No es preciso recurrir a causas de justificación, ni de inculpabilidad, para eludir la pena, por cuanto la presencia del consentimiento opera a nivel de tipicidad. El consentimiento es relevante desde el momento que su concurrencia da lugar a la atipicidad del hecho”³⁸.

Al igual que el acuerdo, el **consentimiento** presupone la existencia de un bien jurídico disponible; aunque, a diferencia del primero, la lesión sobre el bien jurídico respecto del que el titular ha ejercido su libertad de disposición no desaparece, de forma que “[...] el menoscabo mismo del bien jurídico tie-

ne lugar incluso cuando el hecho sucede de acuerdo con la voluntad de su titular. La acción descrita en el tipo no es, por tanto, un suceso normal de la vida social sino que probablemente conduce a una pérdida bastante dolorosa que, no obstante, el titular del bien jurídico protegido está dispuesto a tolerar por motivos derivados del marco de su libertad de disposición”³⁹.

En la doctrina, el clásico ejemplo de tipo penal en el que a pesar del consentimiento de la víctima se produce un daño irreversible para el bien jurídico es el delito de lesiones, en tanto una intervención médica en cualquier caso supondrá una afectación irreversible al objeto material del bien jurídico.

En tal sentido, a partir de la distinción entre ambos conceptos –acuerdo y consentimiento–, respecto de la ubicación sistemática del consentimiento podemos distinguir dos líneas doctrinales: (i) una primera, que considera que, dependiendo del caso, el consentimiento puede conformar una causa de atipicidad o una causa de justificación (teoría diferenciadora); y, (ii) una segunda, que, en todos los casos y sin ninguna excepción, entiende al consentimiento como acuerdo, es decir, como una causa de atipicidad (teoría unitaria).

A. Teoría diferenciadora

Los seguidores de esta teoría distinguen entre dos grupos de casos: unos en los que el consentimiento actúa como causa de atipicidad (en donde le denominan “acuerdo, asentimiento o conformidad”) y otros en los que actúa como causa de justificación (en donde le denominan “consentimiento en sentido estricto”). Es decir, para quienes siguen esta postura, el consentimiento puede tener una doble naturaleza: (i) la de causa de exclusión de la tipicidad; y, (ii) la de causa de exclusión de la antijuridicidad. Todo dependerá del caso concreto y del bien jurídico disponible del que se trate.

³³ QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio. “Relevancia del consentimiento de la víctima en materia penal”. En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Tomo III. Fascículo II. 1950. p. 329.

³⁴ En Alemania, el gran cambio en la concepción sobre el consentimiento se genera a partir de 1953 con las aportaciones de Geerds, quien partió de adjudicar una distinta eficacia a la voluntad del interesado, en el sentido de excluir en algunos casos la tipicidad y en otros el injusto, desglosando el consentimiento en dos institutos totalmente independientes y con unas características que les son propias: distingue entre asentimiento –acuerdo– y consentimiento. Sobre la construcción de Geerds, ver: (i) ROMEO CASABONA, Carlos María. “El Médico y el Derecho Penal I. La actividad curativa (licitud y responsabilidad penal)”. Barcelona: Bosch. 1981. pp. 292 y siguientes; y, (ii) DE LA GANDARA VALLEJO, Beatriz. “Consentimiento, bien jurídico e imputación objetiva”. Madrid: Colex. 1995. pp. 75-79.

³⁵ Estos términos son usados como sinónimos. Por todos, ver: LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. “Lecciones de Derecho Penal. Parte General”. Segunda edición. Valencia: Tirant lo Blanch. 2012. p. 370.

³⁶ ROXIN, Claus. “Derecho Penal. Parte General”. Óp. cit. p. 512.

³⁷ MIR PUIG, Santiago. “Derecho Penal. Parte General”. Novena edición. Barcelona: Reppertor. 2011. p. 516.

³⁸ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. “El consentimiento en el derecho penal”. Madrid: Dykinson. 1999. p. 7.

³⁹ JESCHECK, Hans-Heinrich y Thomas WEIGEND. Óp.cit. Loc. cit.

1. Consentimiento –léase acuerdo, asentimiento o conformidad– como causa de exclusión de la tipicidad

Se establece que el consentimiento opera al nivel de la tipicidad, haciendo el acto atípico por no existir lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido. Se identifican dos grupos de casos⁴⁰:

- a) Los tipos penales en los que el bien jurídico es la libertad de disposición que ostenta la persona, es decir, en los que el fundamento de la ilicitud del hecho se basa en que éste se dirige directamente contra la voluntad del lesionado. En estos casos, la ausencia del acuerdo es un elemento típico, es decir, el consentimiento forma parte de la estructura típica como una característica negativa que aparece de forma expresa o se deduce tácitamente del tipo, lo que convierte al hecho en atípico. Verbigracia, las coacciones, las detenciones ilegales, entre otros⁴¹.
- b) Los casos en los que, junto con la tutela de un determinado bien jurídico, se protege igualmente la libertad de disposición del mismo, es decir, en los que la acción ofensiva se dirige contra la voluntad del sujeto pasivo y contra otro valor –bien– protegido por el Derecho Penal, siendo que este último no se ve lesionado o puesto en peligro gracias al acuerdo o disposición sobre el mismo. Verbigracia, los casos de hurto, en los que la disposición evita que se llegue a poner en peligro o lesionar el patrimonio⁴². En estos casos, la presencia del asentimiento –acuerdo– hace irrelevante la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido, el que no llega a ser afectado, razón por la que el hecho se convierte en un suceso habitual, aceptado desde el punto de vista de lo social⁴³, y atípico.

No obstante lo expuesto, en el segundo grupo de casos existen ciertas divergencias en la doctrina respecto de algunos tipos penales en concreto. Nótese que, en estos supuestos, considerar o no al

consentimiento como una causa de atipicidad o de justificación dependerá de la posición que se asuma sobre el bien jurídico protegido en cada tipo específico.

Así las cosas, en caso de concluirse que, a pesar de la concurrencia del consentimiento por autorización del sujeto pasivo, se mantiene la vulneración de otro bien jurídico –valor– protegido, no podrá evaluarse el consentimiento como una causa de atipicidad, sino más bien como una causa de justificación –léase, como una causa de exclusión del injusto, pero no del tipo–, en la medida en que sí se llegó a poner en peligro o lesionar el bien jurídico protegido. Esto ocurre, por ejemplo en los delitos contra la integridad, en los que la disposición no evita la lesión al bien jurídico protegido.

2. Consentimiento –léase consentimiento en sentido estricto– como causa de exclusión de la antijuricidad

Por otro lado, para quienes se decantan por la teoría diferenciadora, el consentimiento operará al nivel de la antijuricidad, constituyendo una causa de justificación, cuando la disposición que se realice sobre el bien jurídico llegue a afectar al mismo, no impidiendo con ello que se configure el tipo positivo.

Con relación a la eficacia justificante del consentimiento, se han planteado diversas teorías que buscan darle una explicación. Así, tenemos:

- a) La **“teoría del negocio jurídico”**, según la cual el consentimiento constituye un negocio jurídico que tiene como efecto conceder al autor un derecho revocable a la infracción, el mismo que, por ser un derecho, no puede ser antijurídico, sino más bien constituir una causa de justificación.
- b) La **“teoría de la renuncia al interés”**, según la cual el consentimiento se justifica en tanto el ordenamiento abandona en el titular del bien jurídico la decisión acerca de la conservación de sus bienes⁴⁴.

⁴⁰ Ver: SEGURA GARCÍA, María José. Óp. cit. pp. 55 y siguientes.

⁴¹ “En estos supuestos, si hay conformidad, es decir, falta oposición del sujeto pasivo con la realización de la conducta descrita, no se realiza el tipo de delito. Desaparece así la lesividad de la conducta. La existencia de delito supone el que haya de irse o actuar contra o sin la voluntad del sujeto pasivo y su libre ejercicio, no dándose, por el contrario, cuando la voluntad del sujeto pasivo no resulta atacada”. CASAS BARQUERO, Enrique. “El consentimiento en el derecho penal”. Córdoba: Universidad de Córdoba. 1987. pp. 31-32.

⁴² “[...] el consentimiento del interesado entra en juego porque el bien jurídico tutelado es en realidad doble, o, más exactamente, tiene una doble vertiente que recae en el bien jurídico en sentido estricto y en la libertad de disposición del mismo por su titular. En esencia, podemos decir que la agresión consiste en la violentación no ya (aunque también) de la integridad del objeto, sino del dominio autónomo del mismo por el titular”. ROMEO CASABONA, Carlos María. Óp. cit. pp. 300-301.

⁴³ SEGURA GARCÍA, María José. Óp. cit. p. 57.

⁴⁴ Sobre las diversas teorías, ver: JESCHECK, Hans-Heinrich y Thomas WEIGEND. Óp. cit. p. 404.

- c) La teoría dominante, correspondiente a la de la **“renuncia a la protección jurídica”** –también llamada teoría de la “renuncia de la protección penal” o teoría de la “renuncia del Derecho”–, según la cual, en el caso de bienes jurídicos disponibles, el ordenamiento jurídico le concede a la persona protegida la posibilidad de emplear su derecho de autodeterminación renunciando a sus bienes⁴⁵.
- d) Por último, la teoría de la **“ponderación de bienes”**, según la cual, “[...] el valor de la «libertad de disposición del individuo sobre sus bienes jurídicos» debe ser, en ciertas circunstancias, suficientemente grande como para doblar al «desvalor» del hecho cometido con consentimiento”⁴⁶.

Quienes siguen esta teoría reconocen que el bien jurídico contiene tanto un sustrato material cuanto la posibilidad de su disposición, pero resaltan la imposibilidad de disolver completamente el sustrato material en el “dominio autónomo del autorizado”, debido a la existencia de intereses comunes que también pueden verse afectados con la disposición que pueda realizar el titular del **bien jurídico**⁴⁷.

A favor de esta teoría, también se encuentra Jescheck, para quien “la valoración subjetiva de los bienes jurídicos por el individuo es reconocida decisivamente por el Ordenamiento jurídico, debido a que el **uso sin restricciones de la libertad personal** [...] como tal es considerado como un **valor social** en un Estado de Derecho liberal, que tiene que ser

ponderado frente al interés de la comunidad en la preservación de los bienes jurídicos” [el énfasis es nuestro]⁴⁸.

Así, para quienes consideran que el consentimiento puede constituir en algunos casos una causa de justificación, en los delitos de injuria –en el que se protege el honor como bien jurídico disponible– y daños –en el que se protege el patrimonio–, el tipo penal se configura con o sin la voluntad del titular del bien jurídico, siendo que el consentimiento en sentido estricto únicamente constituiría una causa de justificación que excluiría el injusto, pero no evitaría que se configure la tipicidad penal (que se afecte el bien jurídico protegido).

Ello en virtud de que el análisis de la facultad de disposición sobre el honor o sobre el patrimonio resulta irrelevante para determinar el daño al bien jurídico protegido, dado que, pese al consentimiento, igual se habría lesionado.

Para quienes siguen la teoría diferenciadora, el bien jurídico sólo protege el sustrato material que lo conforma –léase, la vida, la integridad, el patrimonio, entre otros–, pero no la posibilidad de disposición por parte del individuo. Es decir, el bien jurídico no abarca la capacidad de disposición que permite la autodeterminación, que es presupuesto de la dignidad. Esta premisa no es compartida en el presente trabajo.

Entre algunos de los defensores de esta teoría se encuentran Cerezo Mir⁴⁹, Romeo Casabona⁵⁰, Casas Barquero⁵¹, Mir Puig⁵², Luzón Peña⁵³, Muñoz Conde y García Arán⁵⁴; Jescheck y Weigend⁵⁵, Jakobs⁵⁶, entre otros.

⁴⁵ A favor, ver: WESSELS, Johannes. “Derecho Penal. Parte General”. Traducido de la sexta edición. Buenos Aires: Depalma. 1980. pp. 100-101. Este autor considera que esta renuncia constituye una justificación del tipo penal, más no la supresión del mismo (atipicidad). En contra: STRATENWERTH, Günter. “Derecho Penal. Parte General I. El Hecho Punible”. Traducido de la segunda edición alemana. Madrid: Edersa. 1982. p. 126.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ JESCHECK, Hans-Heinrich y Thomas WEIGEND. *Óp. cit.* p. 405.

⁴⁹ CEREZO MIR, José. “Curso de Derecho Penal Español”. Parte General II, Teoría Jurídica del Delito. Sexta edición. Madrid: Tecnos. 1998. p. 331. Mismo texto –pero sin adaptar a la reforma de 1995– en: CEREZO MIR, José. “El consentimiento como causa de exclusión del tipo y como causa de justificación”. En: “Estudios de Derecho Penal y Criminología: En homenaje al profesor José María Rodríguez Devesa”. Volumen 1. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia. 1989. p. 208.

⁵⁰ ROMEO CASABONA, Carlos María. “El consentimiento en las lesiones en el proyecto de Código Penal de 1980”. En: Cuadernos de Política Criminal 17. 1982. p. 276.

⁵¹ CASAS BARQUERO, Enrique. *Óp. cit.* pp. 35-36.

⁵² MIR PUIG, Santiago. *Óp. cit.* p. 518.

⁵³ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. “Curso de Derecho Penal. Parte General I”. Madrid: Universitat. 1996. p. 560. También en: LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. “Lecciones de Derecho Penal. Parte General”. *Óp. cit.* pp. 333-334.

⁵⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco y Mercedes GARCÍA ARÁN. “Derecho Penal. Parte General”. Octava edición. Valencia: Tirant Lo Blanch. 2010. p. 344.

⁵⁵ JESCHECK, Hans-Heinrich y Thomas WEIGEND. *Óp. cit.* p. 403.

⁵⁶ JAKOBS, Günter. “Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación”. Segunda edición. Madrid: Marcial Pons. 1997. p. 294.

B. Teoría unitaria

Esta teoría se vincula con la teoría liberal del bien jurídico, de forma que el bien jurídico se concibe, o bien desde el punto de vista del Estado, o bien desde el punto de vista del individuo, pero siempre tomando en cuenta que la protección de un bien jurídico sólo será legítima en tanto sirva para el desarrollo personal de los individuos⁵⁷.

Desde este punto de vista, el consentimiento y la autonomía de la voluntad cobran mayor importancia a la luz del establecimiento o no de responsabilidades penales, tornándose en relevante la determinación de la disponibilidad y el contenido del bien jurídico en cada tipo penal en concreto, a efectos de verificar si el consentimiento constituye una causa de atipicidad o una causa de justificación. De esta manera, “[s]i los bienes jurídicos sirven para el libre desarrollo del individuo [...], no puede existir lesión alguna del bien jurídico cuando una acción se basa en una disposición del portador del bien jurídico que no menoscaba su desarrollo, sino que, por el contrario, constituye su expresión”⁵⁸.

Las tesis unitarias no distinguen entre el consentimiento como causa de atipicidad –acuerdo, asentimiento o conformidad– y el consentimiento como causa de justificación –consentimiento en sentido estricto–, sino que consideran que en el caso de bienes jurídicos individuales disponibles siempre debe excluirse la tipicidad de la conducta⁵⁹.

Entre algunos de los defensores de las teorías unitarias se encuentran Jiménez de Asúa⁶⁰, Bustos Ramírez⁶¹, Gómez Benítez⁶², Bacigalupo Zapater⁶³, López Barja de Quiroga⁶⁴, De la Gándara Vallejo⁶⁵, Segura García⁶⁶, Roxin⁶⁷, Maiwald⁶⁸, entre otros.

Considero que esta es la opción adecuada en torno a la naturaleza jurídica del consentimiento, el que, en todos los casos, siempre constituiría una causa de exclusión del tipo penal, por no suponer la lesión o puesta en peligro de bien jurídico alguno. Debe agregarse que, conforme se desarrollará en el siguiente apartado, considero que todos los bienes jurídicos penales individuales son disponibles por proteger siempre, además del sustrato material, la capacidad de disposición que permite la autorrealización por parte del sujeto.

V. EL CONSENTIMIENTO CONSTITUYE EN TODOS LOS CASOS UNA CAUSA DE EXCLUSIÓN DEL TIPO –ATIPICIDAD–, POR NO GENERAR LESIÓN O PUESTA EN PELIGRO DEL BIEN JURÍDICO

Conforme se dejó sentado, la dignidad entraña ineludiblemente la libre autodeterminación de toda persona para actuar en el mundo que le rodea, por lo que son la autonomía, la libertad y la posibilidad de elegir que en ella se asientan el medio para alcanzar la autorrealización personal del ser humano. Así, es indispensable para la consecución de la dignidad que el individuo pueda elegir la realización o no de conductas que considere necesarias para su autorrealización, elección que efectuará conforme con su ética propia y dentro de un entorno social.

De esta manera, todos los bienes jurídico-penales individuales no sólo protegerán el sustrato material que los conforma, sino también la posibilidad de disposición –elección– por parte del individuo sobre los mismos; es decir, la capacidad de disposición que permite la autodeterminación, que es presupuesto de la dignidad. Esta libertad de elección es lo que legitima al individuo a disponer de

⁵⁷ “[...] distingue entre bienes «individuales» (vida, libertad, salud, propiedad [...]) y bienes jurídicos «universales» (seguridad del Estado, Administración de Justicia, orden económico, seguridad del tráfico [...]). LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Óp. cit. p. 10.

⁵⁸ ROXIN, Claus. Óp. cit. p. 517.

⁵⁹ Nótese que no todos los autores que se citarán como defensores de la teoría unitaria consideran que todos los bienes jurídicos individuales son de naturaleza disponible. Ésta es una postura defendida en el presente trabajo.

⁶⁰ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Óp. cit. pp. 595-596.

⁶¹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. “Manual de Derecho Penal. Parte General”. Cuarta edición. Barcelona: Promociones y Publicaciones Universitarias. 1994. pp. 303-304.

⁶² GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel. “Teoría Jurídica del Delito. Derecho Penal. Parte General”. Madrid: Civitas. 1984. pp. 422 y siguientes.

⁶³ BACIGALUPO, Enrique. “Principios de Derecho Penal. Parte General”. Cuarta edición. Madrid: Akal. 1997. p. 200.

⁶⁴ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Óp. cit. p. 10.

⁶⁵ DE LA GANDARA VALLEJO, Beatriz. Óp. cit. p.171.

⁶⁶ SEGURA GARCÍA, María José. Óp. cit. p. 105.

⁶⁷ ROXIN, Claus. Óp. cit. p. 519.

⁶⁸ MAIWALD, Manfred. “El consentimiento del lesionado en el Derecho y en la dogmática penal alemanes”. En: ESER, Albin; GIMBERNAT, Enrique y Walter PERRÓN (editores). “Justificación y exculpación en Derecho Penal. Coloquio Hispano-Alemania de Derecho Penal”. Madrid: Universidad Complutense de Madrid. 1995. p. 128.

los bienes jurídicos que son protegidos para alcanzar su realización personal, lo que hace que el consentimiento sobre un bien jurídico individual constituya una causa de exclusión del tipo –no existe disvalor de acción, ni disvalor de resultado–, y no una causa de justificación.

Esta regla no sólo se aplicará a los delitos de encuentro, en los que el tipo penal exige para su configuración de la conformidad de ambas partes, como ocurre en la estafa⁶⁹, sino a todos los tipos penales que protejan un bien jurídico individual –de naturaleza personal–, en tanto el consentimiento eliminará la posibilidad de puesta en peligro o lesión del bien jurídico protegido⁷⁰.

Por tal razón, no tiene mayor sentido distinguir, como hacen quienes siguen la teoría dualista, entre los casos de acuerdo –asentimiento o conformidad– y los casos de consentimiento en sentido estricto. Ello en tanto, a efectos del presente trabajo, en la medida en que el bien jurídico protegido supone no sólo la protección del sustrato material, sino también de la libertad y autonomía que conlleva a su disposición, éste siempre constituirá una causa de exclusión del tipo penal por no lesión ni puesta en peligro del bien jurídico.

Así, en tanto los bienes jurídicos penales individuales o personales tienen por objeto viabilizar la autorrealización del individuo, se encuentran estrechamente vinculados con el libre ejercicio de la autonomía de la voluntad. Ello hace que, a efectos de alcanzar la realización personal, el individuo pueda disponer de los mismos, sobre todo en los casos en los que considere que su protección impide el desarrollo de su ética personal.

Así, el consentimiento sobre un bien jurídico personal excluirá de plano la comisión de un delito, no llegando a ser la conducta siquiera típica, por no haberse afectado interés o valor protegido por el Derecho Penal: sólo se podrá afectar un bien jurídico-penal cuando el titular del mismo considere que existe una afectación o peligro de afectación a su autorrealización; caso contrario, la intervención penal no tendrá mayor sentido.

En otras palabras, en la medida en que el reconocimiento y la protección de bienes jurídico-penales tienen como objeto viabilizar la autorrealización del individuo –lo que a su vez implica un reconocimiento de su autodeterminación–, éste puede disponer de cualquiera de ellos, por encontrarse en dicha disposición su autorrealización.

Así, todos los bienes jurídico-penales individuales no sólo protegerán el sustrato material que los conforma –léase la vida, la integridad, el patrimonio, entre otros–, sino que, además, protegerán la posibilidad de disposición –elección– por parte del individuo sobre los mismos, es decir, la capacidad de disposición que permite la autodeterminación, que es presupuesto de la dignidad.

En esta línea, cuando se protege a la integridad como bien jurídico penal, no sólo se está protegiendo la integridad física y mental –salud– del individuo, sino también la posibilidad del mismo de decidir si quiere o no lesionar dicha integridad, deviniendo en totalmente atípica cualquier lesión –léase tatuaje, cicatriz o marca– que el titular del bien jurídico consienta realizarse a sí mismo, conforme con su ética personal y por considerarlo conforme y necesario para su autorrealización⁷¹.

En esta línea es que debe interpretarse el artículo 20 inciso 10 del Código Penal peruano, entendiéndose que el consentimiento, en tanto causa de atipicidad por no lesión de bien jurídico protegido alguno, **puede darse respecto de todos los bienes jurídicos penales individuales, por ser todos disponibles.**

VI. A MANERA DE CONCLUSIÓN

A la luz del modelo de Estado recogido en la Constitución, y tomando en cuenta la posición central que la dignidad ocupa como valor supremo, considero que todos los bienes jurídico-penales individuales son disponibles, por proteger todos no solo el sustrato material que constituye su razón de ser –vida, libertad, patrimonio, entre otros–, sino también la libertad de disposición sobre los mismos a efectos de alcanzar la autorrealización personal.

⁶⁹ Jescheck y Weigend señalan que en el caso de los delitos de encuentro, la “conformidad” –consentimiento– pertenece a los elementos del tipo penal, por lo que debe deducirse que no existiría mayor oposición en considerar al consentimiento, en estos casos, como un supuesto de exclusión de la tipicidad. Ver: JESCHECK, Hans-Heinrich y Thomas WEIGEND. Óp. cit. p. 399.

⁷⁰ Esto mismo no puede afirmarse respecto de los bienes jurídicos colectivos, de los que no es titular una persona en concreto, sino una masa de individuos –una colectividad–, razón por la que una única persona no puede consentir sobre su afectación.

⁷¹ En esta línea, Bacigalupo señala: “[E]n los bienes jurídicos disponibles, es decir, respecto de los que el consentimiento puede excluir la imputación, la acción sólo realiza el tipo en la medida en que importe una lesión del ámbito de dominio autónomo del sujeto pasivo: la lesión de su voluntad respecto de la conservación del bien jurídico”. BACIGALUPU, Enrique. Óp. cit. Loc. cit.

Así, la dignidad no se protege en tanto bien jurídico autónomo, sino en tanto constituye el fundamento de todos los bienes jurídicos protegidos por el Derecho Penal, lo que a su vez implica que no podrá hablarse de afectación a un bien jurídico penal si éste no supone necesariamente una afectación a la dignidad de la persona. De esta manera, en los casos en los que el titular del bien jurídico penal considere que no existe tal afectación –exista consentimiento válido–, ni siquiera podrá afirmarse la existencia de un delito, dado que no existirá desvalor de acción ni desvalor de resultado que atente contra la autorrealización de dicha persona.

La sola configuración de la conducta típica no es suficiente para afirmar la existencia de un delito, haciéndose necesaria la vulneración de un bien jurídico penal y, a su vez, la lesión o afectación de la posibilidad de autorrealización de la persona (dignidad). En tal sentido, el consentimiento válido del titular del bien jurídico, al convertir lo ilícito en lícito, evita que las normas penales se tornen en obstáculos para la autorrealización personal y permite que cada persona alcance la misma conforme con su ética propia y en el marco del entorno social –interés común– que busca proteger el Estado.

Esto es lo que convierte al consentimiento, en todos los casos, en una causa de atipicidad penal, y lo que hace que todos los bienes jurídicos penales individuales sean disponibles.

Sobre los bienes jurídicos individuales, la regla general será que el sujeto, titular del bien jurídico protegido, pueda consentir libremente, eligiendo, conforme con su propia ética personal, si realiza o no determinada conducta que pueda afectarlo o ponerlo en peligro, no siendo tolerada ninguna fórmula paternalista por parte del Estado, el que no tendrá justificada su actuación ni podrá imponer “modelos éticos o morales” ajenos para el titular del bien jurídico protegido.

Esta regla se aplicará en todos los casos en los que el consentimiento sea posible por cumplirse con los requisitos de validez para su emisión, en tanto, de no encontrarse el sujeto en la capacidad de consentir, o de faltar algún requisito o formalidad para la validez del consentimiento, cabrá la aplicación de alguna medida paternalista excepcional orientada hacia la autorrealización del individuo y emitida conforme con el principio de proporcionalidad. ¶