

EL CONSENTIMIENTO

*William Monroy Victoria**

I. PRESENTACIÓN

En el derecho romano se excluía el hecho delictivo frente a la aceptación del sujeto pasivo del menoscabo del derecho o bien jurídico particular. Sostiene MAURACH que la frase *violenti non fit iniuria*, desde su inclusión hasta hoy, tiene una importancia relativa. Se afirma que la aceptación del sujeto pasivo debe primar sobre el interés de la norma, pues el mismo titular renuncia a su derecho.

En el derecho romano se manejaba el concepto de injuria frente a las lesiones personales dolosas en su propio cuerpo, y por tanto excluía el delito. Lo anterior nos permitía aseverar que desde esa época existían precisiones en torno a qué clase de comportamientos podían ser cobijados por el consentimiento y cuáles no, así se diferenciaba entre injuria y delito contra el Estado o la comunidad, lo cual permitía aceptar frente a la injuria el consentimiento como exclusión y negarlo frente a los segundos.

FEUERBACH aceptaba la renuncia de la persona a sus derechos voluntariamente y, por tanto, el sujeto que consentía en esas circunstancias “suprimía la acción del delito”.

Con el paso de los años, y frente a lo que llama ZAFFARONI “la extensión absurda del *crimen majestatis*”, se genera una oficiosidad del conflicto, lo cual lleva a la negación del consentimiento del sujeto pasivo frente al comportamiento del sujeto activo por parte de varios autores. Sin embargo, esta posición se ha atemperado.

* Profesor de derecho penal de la Universidad Externado de Colombia.

A. TEORÍAS DESDE EL ANÁLISIS DE LOS ELEMENTOS DEL DELITO

Hoy en día la mayoría de autores admiten frente a la existencia del consentimiento del sujeto pasivo, de una u otra manera, la inexistencia de comportamiento penal, bien por ausencia de tipicidad, bien por existir una causal excluyente de antijuridicidad cuando se consiente por el titular del bien jurídico.

Este tema no ha sido pacífico, la doctrina demuestra lo pendular del comportamiento legislativo en torno a la aceptación del consentimiento como causal. En algunos casos hasta se ha prohibido que se utilice el consentimiento de la víctima (Ley Teresiana del Código Austríaco de 1853). En Alemania nada se dijo en el código de 1909, y en las disposiciones de los códigos de 1913, 1925 y 1933 se permite y se acepta utilizar el consentimiento como exclusión en las lesiones, y sólo se castiga el comportamiento si “viola las buenas costumbres”.

El código italiano, desde 1930, plasmaba la exclusión general de punibilidad por consentimiento válido del sujeto pasivo.

En esencia, el tratamiento a través de las diversas legislaciones permite aseverar que existe desde el mismo siglo XIX una recurrencia a aceptar, de una u otra manera, parcial o totalmente, el consentimiento como una forma de permitir el comportamiento y excluir, por tanto, la tipicidad o la antijuridicidad; o la sanción penal.

Podemos concluir que durante muchos años se ha consagrado el consentimiento como causa expresa de exclusión del injusto o se ha considerado extralegalmente como causal de justificación penal.

Varias son las teorías que a lo largo de la evolución dogmática se evidencian sobre este tema:

a. Son varios los autores quienes sostienen que en algunos casos se impone para la configuración del comportamiento delictivo el hecho que el sujeto no haya consentido. Es decir que es parte de los elementos integrantes del delito la demostración de ausencia de consentimiento, y, por ende, su verificación genera una falta de adecuación al tipo penal, por la misma esencia de la norma penal descrita.

El consentimiento como excluyente del tipo en JAKOBS¹ se resume en lo siguiente: “Numerosos bienes jurídicos penalmente protegidos están sujetos a disposición de su titular. En esa medida excluye la realización del tipo [...] Quien consciente renuncia a la protección penal” mantiene su “dominio autónomo sobre los bienes”. En resumen,

1. GÜNTER JAKOBS. “Fundamentos y teoría de la imputación”, en *Derecho Penal*. Parte general, Madrid, Edit. Marcial Pons, 1995, p. 303.

para este autor existe un acuerdo y, desde luego, no hay defraudación de expectativas ni conflicto porque el titular renuncia a ese bien o a la protección de ese bien. O en términos de ZAFFARONI²: “acuerdo que elimina la tipicidad objetiva sistemática”, “consentimiento que elimina la tipicidad objetiva conglobante”.

Podría hablarse aquí, entonces, en mi criterio, de una acción a propio riesgo, pues el sujeto consciente en una puesta en peligro de su bien jurídico; si bien es cierto, puede no concurrir la división de trabajo, se ha reconocido que las acciones a propio riesgo pueden ser también obra de una autopuesta en peligro.

b. Otros autores aceptan la existencia de la tipicidad, pero el consentimiento invalida la injusticia del comportamiento y por lo tanto “justifica” el comportamiento. Se resalta que esta aceptación de la aplicación del consentimiento siempre ha reunido una serie de requisitos. En otras palabras, no cualquier consentimiento conlleva a las exclusiones mencionadas y no se permite, en algunos casos, sobre todos los bienes jurídicos (realizando divisiones como las de bienes disponibles; o bienes alienable o inalienables; o bienes innatos o adquiridos; tangibles y renunciables).

Para el consentimiento excluyente de la antijuricidad “no basta la autorización del titular sino que debe añadirse un empleo racional de esos bienes”³. Aquí se puede mencionar como ejemplo las intervenciones médicas con fines terapéuticos. No sólo basta el consentimiento del titular sino debe tenerse en cuenta el contexto (y el conocimiento del titular que consciente) (extracción de un riñón).

Veamos cómo, en esencia, esa voluntad frente a mi propio bien jurídico se transforma en un *acuerdo* que me permite aceptar el daño o lesión o puesta en peligro del bien jurídico y que, por lo tanto, prescinde de un ingrediente normativo, y en segundo término, existe un consentimiento como voluntad hacia ese bien jurídico, por lo cual no hay lesividad y no hay conflicto.

En palabras de ZAFFARONI, ROXIN y JAKOBS, se creó una definición artificiosa al remitirse a diferenciar entre “un consentimiento del riesgo y un consentimiento de la lesión” para separar las acciones a propio riesgo.

Hoy en día muchos autores coinciden en sostener que la existencia de consentimiento excluye simplemente la tipicidad y creo que obedece a la configuración de la actual dogmática penal, puesto que si analizamos teorías como la de la imputación objetiva o del funcionalismo, el concepto del riesgo jurídicamente desaprobado genera desde ya una solución frente al análisis del tipo objetivo y la existencia del consentimiento.

2. RAUL EUGENIO ZAFFARONI. *Derecho Penal*. Parte general, Buenos Aires, Edit. Ediar, 2000, p. 475.

3. CLAUS ROXIN. *Fundamentos del Derecho Penal*, Edit. Marcial Pons.

B. BIEN JURÍDICO

La conclusión que se adopte, en mi opinión, debe ser analizada, como sostenía SEBASTIÁN SOLER: “de la forma y el motivo de la tutela del Estado sobre determinado bien jurídico”. Pero además del mismo marco de Estado frente a la consagración y respeto de las libertades y de los ejercicios del derecho.

Por esta razón continuaré mi escrito sobre la siguiente premisa: “Si la misión del derecho penal es proteger a los sujetos pasivos que fungen como titulares de los bienes jurídicos, estará facultado a actuar cuando se viole el derecho protegido, y su legitimidad dependerá del cumplimiento de la finalidad. Si, por el contrario, ese bien es entregado pacífica y voluntariamente por su titular, simplemente será ‘un acto de disposición en manos del tercero a quien se le confiere’”.

En mi opinión, no puede interponerse el Estado en estos casos, ya que el individuo goza de libertad para administrar sus derechos y puede, entonces, dentro de la libertad que lo acompaña, cederlos o disponerlos.

Esta convicción debe ir soportada sobre la concepción constitucional de individuo, derechos y libertades, así como de los parámetros establecidos para la intervención del Estado, sobre todo en materia penal.

1. Para estos efectos miremos cómo se ha construido el concepto de bien jurídico

VON LISZT da un concepto material del bien jurídico y afirma que éste encuentra su origen en un interés de la vida previo al derecho, que surge de las relaciones sociales; pero advirtió que dicho interés vital no se convierte en bien jurídico hasta que es protegido por el derecho. Es éste el que decide entre los intereses sociales y cuáles deben convertirse en bienes jurídicos.

El bien jurídico, se ha dicho, constituye el núcleo de la interpretación de las normas jurídico-penales, porque a su tutela tienden éstas; él es su *ratio* insoslayable. Pero él es ante todo el núcleo material del injusto. WELZEL recuerda con énfasis que el bien jurídico es un bien vital del grupo o del individuo, que en razón de su significación social es amparado jurídicamente, que puede, como tal, presentarse de las más diversas maneras. La suma de los bienes jurídicos no constituye un montón de valores atomizados, sino tan sólo en relación conjunta con la totalidad de orden social. Como es bien sabido, el bien jurídico (objeto jurídico en la terminología en FERRÍ) no es idéntico al objeto material. Aunque con frecuencia es la base fenoménica de aquél. Hoy en día se le conoce como objeto de protección⁴.

4. ANTOLISEI. *Manual de Derecho Penal*, Parte general, Temis, 1988, p. 124.

2. *En Colombia la Constitución Nacional establece, en su artículo primero: Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con economía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general*⁵.

El Estado social debe proteger a la colectividad, y el derecho penal que nace dentro de un Estado de esta naturaleza debe buscar la protección de la sociedad y anotar desde ahora, claro está, que los intereses que proteja éste deben ser relevantes para el núcleo social que los posee, esto en íntima relación con el principio de mínima intervención y en consonancia con la fragmentariedad que debe predicarse en un derecho penal.

El derecho penal debe proteger los bienes jurídicos o los intereses que la sociedad considera importantes, por lo cual puede y debe evolucionar de acuerdo con esa comprensión. Lo anterior no obsta para reconocer la existencia de algunos intereses que permanecen inmutables dentro de un núcleo social y que responden a valores filosófico-ético-culturales, los cuales permanecen en el núcleo social particular con matices.

Para hablar de la teoría del delito que se desprende con esta concepción de bien jurídico es realmente fácil, puesto que todos sus aspectos: tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad dependen de este marco. "... La Constitución tiene un sistema de valores compuesto por los derechos fundamentales, los derechos de los ciudadanos, los valores que de ellos emanan, aquellos que son necesarios y convenientes para hacer efectivos los fundamentales y los que simplemente se desprenden como desarrollo de aquéllos. Por otra parte, la interpretación que se realice de la norma fundamental no ha de ser estática sino dinámica; esto es, adecuada a los cambios sociales y de cualquier otra índole que se vayan produciendo. De esta manera puede decirse que el derecho penal desarrolla, tutelándolos, los valores proclamados en la Constitución y de los que de ella emanan; en fin, puede decirse que detrás de cada precepto penal debe haber un valor con relevancia constitucional, lo cual, por cierto, no se produce de manera absoluta en el vigente código penal"⁶.

Lo anterior nos lleva a extraer los parámetros con los que contamos en nuestro sistema jurídico, con la intención de tomar postura frente a la aceptación generalizada de los efectos del consentimiento del sujeto pasivo, o para aceptar la figura con las excepciones que surgen del mismo marco constitucional.

A su vez debemos analizar si la Constitución nos obliga a hacer una diferenciación de los bienes, y, por lo tanto, nos sirve para decidir qué bienes pueden ser disponibles por

5. Constitución Nacional, art. 1.º.

6. JUAN CARLOS CARBONELL MATEUS. *Derecho Penal. Concepto y principios constitucionales*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, 1996, p. 34.

el titular de derechos y cuáles no, por ser de interés general y no renunciables, y cuáles el Estado no puede sobreponer al individuo como ser de derechos.

C. CONCEPTOS MODERNOS

En la imputación objetiva deben analizarse dos aspectos:

En la imputación objetiva se parte de un riesgo jurídicamente desaprobado o en la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, pues en una sociedad de “riesgos” se permite, en aras del beneficio social, que con ciertas actividades se pongan en peligro algunos bienes jurídicos, pero sólo y en cuanto el beneficio sea mayor para ese núcleo social⁷.

Sobre la necesidad de que haya una relación entre el riesgo jurídicamente desaprobado y el resultado penalmente relevante⁸ para que pueda estar completo el juicio de imputación objetiva existe consenso⁹. “Relación de causa” se denominó la relación entre la conducta y resultado con base en consideraciones naturalistas. “Relación de contrariedad al deber de cuidado”: para determinar este punto la doctrina se ha referido a varias denominaciones “relación de realización”, o la de “relación del riesgo”, pero apuntan a lo mismo, a determinar una vinculación entre el comportamiento que genera ese riesgo prohibido y el resultado.

Si existe el consentimiento del sujeto pasivo puede edificarse un riesgo permitido y, por lo tanto, ese elemento hace parte de este componente de imputación.

Cuando surge como fundamento de la imputación objetiva la protección de la norma se sugieren denominaciones como “relación del fin de la norma”, o eficacia de la protección.

Ahora bien, dentro de las nuevas tendencias existe una afirmación de un interés social; según algunos autores, “lo que debe buscar el derecho penal es reafirmar la

7. “Se necesita establecer un límite de esa puesta en peligro referente a los bienes jurídicos protegidos, y son varias las consideraciones que se establecen en torno a esta concepción: formalmente el concepto es el mismo en todo tipo de comunidad; porque de lo que se trata es de precisar el límite que socialmente se tiene para permitir un riesgo; lo que ha venido cambiando es el contenido material de la valoración. El riesgo permitido es una expresión de la adecuación social”. CLAUDIA LÓPEZ DÍAZ, *Imputación objetiva*, Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 104.

8. “Cuando ENGLISH desarrolló la fórmula que actualmente sirve de base a la teoría de la imputación objetiva, mencionó expresamente que a nadie se le podía atribuir un resultado, si él no era producto de un riesgo jurídicamente desaprobado que se hubiera realizado en el resultado”, (ENGLISH la llamó relación de antijuridicidad), con lo cual la doctrina empezó paulatinamente a distinguir entre la creación del riesgo y la realización del riesgo, expresión esta última que alude claramente la vínculo que debe existir entre la conducta generadora del riesgo jurídicamente desaprobado y la producción del resultado penalmente relevante”.

9. YESID REYES ALVARADO. *Imputación Objetiva*, Temis, 1994, p. 195.

vigencia de la norma, para proteger el resto de bienes jurídicos de la misma especie y no para proteger el bien jurídico específico que se vulneró con el comportamiento del agente”. Esto implica que la generalidad prima sobre la particularidad, y, así, en estos casos sería más importante el efecto de una aceptación de disposición del titular, pues lo que busca el Estado es reafirmar la norma.

Es una proposición realmente válida en otras latitudes, pero somos conscientes de que el derecho penal en Colombia tiene como expectativa proteger esos bienes jurídicos.

“El nivel de referencia del bien jurídico penal, del que se ha tratado hasta ahora, al debatir el problema ‘el derecho penal como protección de bienes jurídicos’ (o ‘el hecho punible como lesión al bien jurídico’), no se suele hallar en primer plano. Se trata, más bien, de si las normas jurídicas (y con ellas sólo indirectamente también el propio derecho penal), sólo son legítimas si protegen bienes jurídicos sin que esté especialmente claro lo que es un bien jurídico en este contexto. El bien jurídico se ha convertido en un verdadero Proteo, que en las propias manos que creen sujetarlo se transforma en seguida en algo distinto. A partir de aquí se entenderá como bien jurídico el objeto de protección de una norma, en contraposición con la propia validez de una norma como bien jurídico penal”¹⁰.

Los propulsores de la imputación objetiva, consideran que debe estudiarse en sede del injusto, o del tipo objetivo, puesto que ésta teoría parte de la creación del riesgo jurídicamente desaprobado y por lo tanto de la realización de ese riesgo de ese resultado que ellos han considerado precisamente como el “tipo objetivo”.

Desde la óptica de la imputación objetiva diremos que para atribuirle a alguien un resultado se requiere que el primer sujeto origine un riesgo jurídicamente desaprobado y que el riesgo creado por el sujeto sea el mismo riesgo que se concrete en la producción del resultado. La imputación objetiva limita la responsabilidad penal en el plano del tipo atendiendo al llamado fin de protección de la norma.

Sería interesante analizar aquí en extenso el tema de las acciones a propio riesgo, pero dado el objeto de este escrito lo haremos de manera resumida para justificar de una u otra manera la adopción de conclusiones.

Las acciones a propio riesgo son un elemento que se analiza dentro del concepto de riesgo jurídicamente desaprobado y tiene la fuerza de excluir este elemento; es decir, la comprobación de una acción a propio riesgo niega la existencia de un riesgo jurídicamente desaprobado.

10. GÜNTER JAKOBS. *Derecho Penal*, Parte general, “Fundamentos y Teoría de la Imputación, Marcial Pons, 1995, p. 48.

Si es el fundamento del derecho penal la manutención de la vida social y el aseguramiento de las “expectativas”, debemos sostener que mientras ellas no se defrauden no existe entonces legitimidad estatal para intervenir porque no hay conflicto. Además hoy en día se amplía mucho más el concepto de que la asunción de riesgos con conocimiento claro y preciso del riesgo (control de ese riesgo), debe generar una situación de exoneración del “coautor”, pues es un hecho imputable a la propia víctima. Si existe autopuesta en peligro con conocimiento, capacidad, control y determinación del riesgo no debe haber responsabilidad frente al tercero que actuó bien directa o indirectamente.

4. DECISIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Después de haber analizado los aspectos constitucionales y doctrinales creo importante resaltar algunas decisiones de la Corte Constitucional que nos llevan a edificar un análisis diverso, pues es esta misma Corporación la que maneja parámetros especiales frente a la libertad del individuo en protección a su *dignidad humana*. Y por lo tanto considera que el consentimiento del sujeto pasivo genera exoneración en muchos casos: eutanasia; derecho a morir dignamente; homicidio por piedad; las autolesiones y mutilaciones consentidas; intervenciones médica-quirúrgicas y estéticas.

Esta situación nos lleva a erigir como principio fundante de la consideración del consentimiento el aspecto de *libertad-dignidad*, por lo que si la vida, el mayor de los bienes (y hasta hace muy poco se consideraba no renunciable), es un bien disponible, dentro de estas decisiones de constitucionalidad diríamos que la Corte acepta el hecho de que no existe bien alguno que no sea susceptible de disposición por el titular.

5. REQUISITOS O ELEMENTOS DE ACUERDO CON TODA ESTA INTERPRETACIÓN

1. Sujeto titular que consiente (con información total sobre el riesgo).
2. Legitimado para disponer del bien (existencia de titularidad y correlación entre el delito dispuesto y afectado).
3. Plenamente enterado en determinadas actividades (consentimiento informado).
4. Consentimiento voluntario (directo o indirecto). Aquí se presenta una discusión doctrinal sobre si debe ser de acuerdo con las normas jurídicas existentes (teoría de la manifestación), pero se llega a un punto intermedio acogiendo las teorías de la voluntad.

Conclusiones

Las justificaciones para mantener el consentimiento pueden ser de diverso orden:

1. Libertad del individuo de ejercer y proteger sus derechos.
2. Falta de intimidabilidad, de capacidad del delito y de inutilidad de la pena, como sostenía JIMÉNEZ DE ASÚA.
3. Autopuesta en peligro.
4. Asunción del riesgo.
5. Libertad de configuración de su mundo.
6. inexistencia de tipo.
7. Inexistencia de lesividad.
8. Acciones a propio riesgo.

Inquietudes sobre los comportamientos:

1. Si el consentimiento vale sólo en los delitos dolosos o también en los imprudentes, “el consentimiento es propio del dolo; no existe consentimiento imprudente. Sin embargo, se menciona que el manejo descuidado de los propios bienes puede llevar a obrar a propio riesgo, que exime de responsabilidad al ‘dañador’. Paralelamente a la solución en la prohibición de regreso, entonces a pesar de existir causalidad de un tercero, el motivo jurídicamente relevante ha de determinarse sólo dentro del ámbito del titular del bien [...] Los terceros no tienen que ajustar su organización a riesgos que el titular del bien ha propiciado, con más cuidado que éste mismo” (JAKOBS).
2. ¿Qué implicaciones puede tener un conocimiento superior o especial o mayor del tercero frente al conocimiento y consentimiento consecuente del titular del bien jurídico?
3. La nueva legislación trae como causal de exclusión de responsabilidad el consentimiento del sujeto pasivo y debemos entenderla entonces, en mi opinión, desde los fundamentos que se han abordado en este ensayo.

