

## ¿Volenti non fit iniuria?

### Sobre la discutible distinción entre acuerdo y consentimiento en Derecho penal

Miguel Polaino-Orts

*Sumario: I. Introducción. II. La teoría dualista o delimitadora: acuerdo versus consentimiento. 1. Los supuestos de acuerdo penalmente eficaz: características y constelaciones de casos. 2. Los casos de consentimiento justificante stricto sensu: características y constelaciones de casos. 3. Diferencias esenciales derivadas de la distinción sistemática entre acuerdo y consentimiento. A. Suficiencia de la voluntad interna en el acuerdo versus exteriorización de la voluntad en el consentimiento. B. Voluntad natural en el acuerdo versus capacidad de comprensión de voluntad en el consentimiento. C. Irrelevancia de los vicios de la voluntad en el acuerdo versus relevancia de los vicios de la voluntad en el consentimiento. D. Irrelevancia del atentado contra las buenas costumbres en el acuerdo versus relevancia del atentado contra las buenas costumbres en el consentimiento en las lesiones. E. Otras diferencias derivadas de la distinción entre acuerdo y consentimiento. III. Revisión crítica de la distinción entre acuerdo y consentimiento. 1. Los casos de acuerdo. 2. Los casos de consentimiento justificante. 3. Las supuestas diferencias esenciales entre acuerdo y consentimiento. A. Irrelevancia de la aprobación interna: la «satisfacción interna» no es consentimiento. B. Exigencia de capacidad de comprensión para el acuerdo aprobatorio. C. La eficacia excluyente de los vicios de la voluntad que condicionan la libertad o autonomía del sujeto pasivo. D. La problemática del atentado contra las buenas costumbres. IV. Consideraciones finales: el consentimiento como causa de atipicidad. 1. La incorrección de la distinción entre acuerdo y consentimiento. 2. El consentimiento como manifestación de la autodeterminación personal de los bienes disponibles afectante al tipo.*

#### I. Introducción

(p. 216) La cuestión relativa a si una actitud aprobatoria por parte del titular del bien jurídico sobre una conducta lesiva que a él le afecta directa o indirectamente puede tener algún efecto exonerador de la responsabilidad penal es, ciertamente, discutida desde antiguo. Suele citarse al respecto la máxima del jurista romano Ulpiano en virtud de la cual nulla iniuria est, quae in volentem fiat, luego cristalizada en el devenir del pensamiento jurídico en la abreviada versión de volenti non fit iniuria, que representa el más radical reconocimiento de la capacidad de disposición que el titular de un bien tiene sobre la sanción de una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. Una aceptación ilimitada o incondicional del efecto liberatorio de la responsabilidad ha sido, en todo caso, materia sometida siempre a enconadas discusiones y agrias polémicas. Cuándo —en qué supuestos— y en qué medida —bajo qué presupuestos o limitaciones— pueda eximirse de la responsabilidad caso de concurrir tal consentimiento constituye, pues, una problemática que no ha sido firmemente decidida jamás.

Las posiciones doctrinales en torno a esta cuestión pueden resumirse, esencialmente, en direcciones: a) aquella que distingue entre acuerdo y consentimiento, considerando que al primero

como causa de atipicidad y al segundo como causa de justificación (doctrina dualista)<sup>1</sup>; b) la posición que (p. 217) considera superflua la distinción entre acuerdo y consentimiento, y considera que todo consentimiento excluye el tipo (doctrina unitaria o de la atipicidad)<sup>2</sup>; y c) la corriente que distingue entre acuerdo (causa de atipicidad) y consentimiento excluyente del tipo y consentimiento excluyente de la antijuricidad (doctrina diferenciadora)<sup>3</sup>.

De entre los amplios y variados problemas que genera el tema del consentimiento en Derecho penal nos ocupamos en este trabajo únicamente de algunas cuestiones fundamentales, centradas en la concepción dualista y en las consecuencias de su relevancia práctica. Así, expondremos en primer lugar la generalizadamente aceptada doctrina dualista o delimitadora entre acuerdo y consentimiento (II), analizando los supuestos de acuerdo (II, A), de consentimiento stricto sensu (II, B) y las diferencias fundamentales derivadas de tal distinción (II, C). A continuación, someteremos a análisis crítico las conclusiones de esta doctrina bifurcadora (III), analizando con lente crítico las principales diferencias y consecuencias que la doctrina dualista extrae de su básica distinción. Finalmente, dedicamos algunas reflexiones a la consideración del consentimiento como causa de atipicidad (IV).

## II. La teoría dualista o delimitadora: acuerdo versus consentimiento

Desde hace aproximadamente medio siglo es doctrina dominante en Alemania la distinción teórica entre «acuerdo» (Einverständnis) y «consentimiento» (Einwilligung). Esta delimitación doctrinal procede de Geerds, quien —por primera vez en su tesis doctoral en 1953<sup>4</sup>, y posteriormente en otros trabajos sobre el tema<sup>5</sup>— llamó la atención sobre la necesidad de distinguir ambos institutos jurídicos: este autor reconoce que ambas figuras comparten la característica común de suponer que «el lesionado acepta un hecho que a él, de algún modo, le afecta; él permite, configura, acepta; no tiene nada en contra»<sup>6</sup>, y sin embargo «jurídicamente esta voluntad aprobatoria del lesionado (p. 218) opera (en ambos casos) de manera muy diferente»<sup>7</sup>, por lo que —según señala— ambas categorías requieren de una nítida delimitación y no deben —aunque ello suela ocurrir— ser confundidas.

Conforme a esta doctrina, suelen distinguirse dos constelaciones de casos: en primer lugar, aquellos supuestos cuya realización presupone una ausencia expresa e inherente de la voluntad del sujeto pasivo y, en segundo término, los casos en los que la lesión típica subsiste a pesar del consentimiento válido y eficaz. En ambos casos el asentimiento del titular del bien jurídico tiene, según la doctrina dualista, un tratamiento dogmático distinto: en los primeros supuestos, el acuerdo tiene un efecto excluyente del tipo (causa de atipicidad), mientras que, en los segundos, el consentimiento es excluyente de la antijuricidad (causa de justificación). De esta distinción se extraen, además, importantes consecuencias dogmáticas en materias diversas (tentativa, error, etc.).

---

<sup>1</sup> Doctrina mayoritaria, defendida, además de por Geerds, por un importante sector de la jurisprudencia y de la doctrina. Véase, por todos, Welzel, 1969, p. 95; Bockelmann, 1973, p. 102; Bockelmann/Volk, 1987, p. 102; Baumann/Weber/Mitsch, 1995, § 17, nm. 93 ss.; Jescheck/Weigend, 1996, § 34, I, 1 ss. Cfr. Schmidhäuser, 1975, p. 269.

<sup>2</sup> Zipf, 1970, pp. 28 y ss.; Roxin, 1973, p. 25, nota 57; el mismo, 1984, pp. 404 y ss.; el mismo, 1998, pp. 133 y ss.; el mismo, 1997, § 13, nm. 11 ss.; Rudolphi, 1974, p. 87; Arm. Kaufmann, 1983, p. 282; Weigend, 1986, pp. 47 y ss.

<sup>3</sup> Mantenido esencialmente por Jakobs, 1991, § 7, nm. 111 ss.

<sup>4</sup> Véase Geerds, 1953.

<sup>5</sup> Véase Geerds, 1954, pp. 262-269; el mismo, 1960, pp. 42 y ss.

<sup>6</sup> Geerds, 1954, p. 263.

<sup>7</sup> Geerds, 1954, p. 263.

### **1. Los supuestos de acuerdo penalmente eficaz: características y constelaciones de casos**

Los casos en los que opera un acuerdo jurídico-penalmente válido y eficaz se caracterizan porque el actuar contra o sin la voluntad del sujeto pasivo es elemento del tipo, inherente a la realización delictiva, de manera que la presencia de ese acuerdo, asentimiento o voluntad aprobatoria del titular del bien jurídico (o de su representante legal o jurídico) determina la ausencia de un elemento esencialmente integrante del tipo y, por ende, la atipicidad de la conducta, a diferencia del consentimiento stricto sensu, que operaría como causa de justificación<sup>8</sup>.

Este primer grupo de delitos encuentra como rasgo distintivo el mayor peso de la libertad de disposición por parte del sujeto pasivo en relación con el objeto de protección<sup>9</sup> y entre ellos pueden distinguirse varias constelaciones (p. 219) de casos: 1) en primer lugar, aquellos delitos cuya descripción típica exige expresamente, ya en su propia redacción positiva, el actuar contra o sin la voluntad del sujeto pasivo; 2) en segundo término, los delitos que, sin exigir en su redacción típica tal voluntad contraria, la misma se desprende, se presupone o se infiere como inherente a la actuación delictiva; 3) por último, las figuras delictivas que protegen bienes de carácter individual, de manera que la libertad de disposición o disponibilidad de los mismos por parte de sus titulares sea tan grande que una manifestación aprobatoria por parte de los mismos pueda considerarse por el Ordenamiento jurídico como una causa suficiente para la exención de responsabilidad.

En primer lugar, hay determinados tipos de delitos cuya descripción típica exige de manera expresa que el actuar se lleve a cabo contra o sin la voluntad del titular del bien jurídico. Así, pueden citarse a modo de ejemplo, en el Código penal español de 1995, el delito de hurto, que sanciona al que «con ánimo de lucro, tomare las cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño» (art. 234), el allanamiento de morada, cuya descripción típica sanciona al «particular que, sin habitar en ella, entrare en morada ajena o se mantuviere en la misma contra la voluntad de su morador» (art. 202.1), el delito de abusos sexuales, que castiga al «que sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona» (art. 181.1), el delito de práctica de reproducción asistida a una mujer: «sin su consentimiento» (art. 162.1), el delito de descubrimiento o revelación de secretos del art. 197.1: «sin su consentimiento» o los delitos contra la propiedad intelectual de los arts. 274 y 275: «sin consentimiento del titular de una patente o modelo de utilidad», «sin consentimiento del titular de un derecho de propiedad industrial registrado conforme a la legislación de marcas». Así, a modo de ejemplo, si la voluntad del dueño de la cosa o del morador es favorable a que se tome tal cosa o se entre en su morada es claro que no se dan todos los elementos del tipo y que la acción en cuestión ha de reputarse atípica, de mismo modo que lo serían los actos no violentos ni intimidatorios pero consentidos que afecten a la libertad e indemnidad de la persona, la reproducción (p. 220) asistida consentida, el descubrimiento o revelación de secretos aprobado o la aprobación por parte del titular de la patente o modelo de utilidad.

También cabe incluir en esta clasificación aquellos supuestos que, sin exigir expresamente una actuación contraria o al margen de la voluntad del titular del bien jurídico, dicha oposición se desprende o se presupone de manera más o menos fehaciente en la propia dinámica del tipo en cuestión (exigencia tácita)<sup>10</sup>, así como los delitos en los que la disponibilidad del bien jurídico sea clara y evidente, debido a la propia característica, estructura o configuración individual del objeto

---

<sup>8</sup> Así ya Geerds, 1954, pp. 262, 264 y ss. En el mismo sentido se manifiesta la doctrina mayoritaria. Véase, entre otros, Bockelmann, 1973, p. 102; Bockelmann/Volk, 1987, p. 102; Baumann/Weber/Mitsch, 1995, § 17, nm. 93 ss.; Jescheck/Weigend, 1996, § 34, I, 1 ss.; Otto, 2000, § 8, nm. 127.

<sup>9</sup> Casas Barquero distingue dos grupos de casos de acuerdo excluyente del tipo: aquellas «figuras delictivas en que junto a la existencia de un bien jurídico, se protege la libertad de disposición (por ejemplo, en el hurto, la violación o el allanamiento de morada)» y aquellos delitos donde «precisamente la libertad de disposición misma (es) la que constituye el bien jurídico, esto es, la libertad de la persona sin más (por ejemplo, detenciones ilegales, coacciones, delitos contra la libertad en general)». Véase Casas Barquero, 1987, p. 31.

<sup>10</sup> Véase Casas Barquero, 1987, p. 32.

de tutela en cuestión. Así, por ejemplo, se citan los delitos de coacciones, contra la libertad ambulatoria, los delitos contra el honor o la violación.

- El tipo de coacciones castiga al «que sin estar legítimamente autorizado impidiere a otro con violencia hacer lo que la Ley no prohíbe, o le compeliere a efectuar lo que no quiere, sea justo o injusto», de modo que si el supuestamente coaccionado manifiesta su conformidad con tal pretensión (y, en tal sentido, de alguna forma sí quiere hacer lo que formalmente se le coacciona realizar) no podría hablarse de coacción, merced precisamente a la voluntad concordante entre el supuesto coaccionador y el posible coaccionado.

- En los otros ejemplos la voluntad contraria del sujeto pasivo se presupone como inherente al tipo, al entrar en juego prioritariamente la libertad o autonomía de decisión del titular del bien jurídico, precisamente por la peculiar característica de disponibilidad del bien jurídico individual (libertad, libertad sexual, honor, etc.): así, si el detenido consiente la detención, manifestando su voluntad favorable a ser detenido, no puede hablarse de detención ilegal, del mismo modo que si la mujer consiente el acto sexual no existe violación sino conducta atípica, y por ello adecuada a Derecho.

En resumen: Todos los supuestos aludidos tienen en común, según resalta la teoría dualista, la característica de que la lesión al bien jurídico no llega siquiera a producirse porque el acuerdo aprobatorio del titular del mismo determina que la conducta en cuestión no supone una arrogación o invasión no permitida de la esfera de competencia ajena: la propiedad no se ve perturbada si el propietario consiente que un tercero tome, con voluntad aprobatoria del primero, cosas de su dominio; la intimidad no se resulta (p. 221) perjudicada si el dueño de una vivienda consiente la entrada a un repartidor de propaganda (incluso con procederes embaucadores por parte de éste); la libertad de obrar de la persona no se ve lesionada si el sujeto pasivo acepta la pretensión que se le exige; la libertad sexual no resulta vulnerada si se muestra aprobación respecto al acto sexual, etc. La capacidad de disposición del titular del bien —su autonomía o autodeterminación— determina que se irroge plenamente la decisión sobre la suerte que haya de correr una determinada acción que afecta a sus intereses, de manera que la lesión no llega a producirse desde el punto de vista normativo.

## **2 Los casos de consentimiento justificante stricto sensu: características y constelaciones de casos**

Junto a los supuestos de acuerdo recién aludidos, aparece —según el planteamiento doctrinal mencionado— otro grupo de casos que tienen en común la incidencia lesiva sobre el bien jurídico y la subsistencia de tal lesión aún a pesar de la concurrencia de un consentimiento por parte del titular del bien jurídico. El efecto jurídico que, en estos supuestos, tendría el consentimiento sería el de exclusión de la antijuricidad, mas no el de exclusión de la realización del tipo: la lesión existe y subsiste al consentimiento, sólo que resulta en estos supuestos jurídico-penalmente justificado.

Como ejemplos paradigmáticos de esta constelación de casos suelen citarse los delitos de lesiones y los delitos de daños. Si un sujeto consiente la realización de una -incluso arriesgada- operación de cirugía estética y se produce un daño colateral sobrevenido, la imputación de tal lesión de la integridad física puede quedar desvirtuada por la existencia del consentimiento eficaz y válido, de manera que —siendo la conducta típicamente relevante— su potencial lesivo quedaría justificado para el Derecho penal<sup>11</sup>. (p. 222) Del mismo modo, el sujeto que consiente que un

---

<sup>11</sup> La regulación del consentimiento en las lesiones constituye, empero, una problemática muy concreta y cada Código penal concede al consentimiento del lesionado un valor diferente. A modo de ejemplo citaremos, someramente, la solución ofrecida en las legislaciones penales de Alemania, España y Perú.

- En Alemania el consentimiento en las lesiones tiene, por regla general, el efecto de causa de justificación. Sólo en el supuesto de que la acción de lesión «atente contra las buenas costumbres» dicho efecto justificador queda desvirtuado (§ 228 StGB). De ello se extraen diversas consecuencias: 1) No puede ser justificada ninguna lesión corporal que contradiga las buenas costumbres; 2) Una opinión minoritaria (v.gr. Geerds, 1954, p. 268; Mayer, 1953, p. 167; Welzel, 1969, p. 97; En contra, por todos, Roxin, 1997, § 13, nm. 8 y 41, Baumann/Weber/Mitsch, 1995, § 17, nm. 112: «una extensión de esta regla a otros tipos penales no es

tercero dañe un objeto de su propiedad, tal consentimiento no hace desaparecer la lesión realmente (p. 223) efectiva, si bien resultaría a la postre justificado por mor de la presencia del consentimiento del titular del bien jurídico protegido.

### **3. Diferencias esenciales derivadas de la distinción sistemática entre acuerdo y consentimiento**

Como resumen de lo anterior puede afirmarse que, según la aludida posición doctrinal, mientras que el acuerdo es una causa de atipicidad, el consentimiento stricto sensu es cuestión que atañe a la antijuricidad, esto es, opera como causa de justificación. Además, de esta distinción entre acuerdo y consentimiento deducen Geerds y otros defensores de esta doctrina delimitadora una serie de diferencias esenciales que recomendaría un tratamiento dogmático diferente de los casos en cuestión. Las aludidas diferencias afectan, como sistematiza Roxin<sup>12</sup>, bien al carácter predominantemente «fáctico» del acuerdo frente al carácter esencialmente «jurídico» del consentimiento, bien a la diversa clasificación sistemática de ambas figuras. Esquemáticamente pueden resumirse las aludidas diferencias de la siguiente manera<sup>13</sup>:

---

admisibles»; *cfr.*, empero, El mismo, § 10, nm. 10) considera que la regla del actual § 228 StGB contiene un principio jurídico general aplicable, no sólo a las lesiones, sino a todas las acciones que atenten contra las buenas costumbres: en todos esos supuestos el consentimiento sería ineficaz. Véase, ampliamente, sobre el tema del consentimiento en las lesiones, entre la amplia bibliografía al respecto, Niedermaier, 1999, *passim*; Roxin, pp. 373 y ss.; Sternberg-Lieben, 1997, *passim*; Zipf, 1970, *passim*).

- En España también ha tenido el tema del consentimiento en las lesiones una evolución legislativa y doctrina particular. Hasta 1963 el Código penal español no contenía regla alguna sobre el valor del consentimiento en las lesiones, aunque su efecto justificante era defendido por un cualificado sector de la doctrina y la jurisprudencia (*v.gr.* Rodríguez Muñoz, 1955, p. 427; en contra, con diversos argumentos, Suárez Montes, 1959, p. 26 ss.). La reforma de 1963 introdujo un polémico precepto, el art. 428, que negaba eficacia liberadora al consentimiento en las lesiones y cuya constitucionalidad fue puesta en duda por la doctrina, en tanto impedía un libre desarrollo de la personalidad y cercenaba su autonomía y libertad de disposición (en contra de ese precepto, por ejemplo, Quintano Ripollés, 1962, pp. 698 y ss.; Gimbernat, 1972, pp. 795 y ss.; Berdugo, 1981, pp. 206 y ss.; sobre el alcance de la reforma, ampliamente, Cobo del Rosal, 1962, pp. 303 y ss.). Ciertas concepciones exoneradoras se introdujeron en sendas reformas de 1983 y 1989. Finalmente, el vigente Código penal de 1995 contiene la siguiente regulación: 1) Por regla general, el consentimiento en las lesiones no tiene un efecto justificante, sino únicamente un mucho más limitado efecto atenuante de la responsabilidad (pena inferior en uno o dos grados: art. 155); 2) En cambio, en los supuestos de trasplante de órganos, esterilizaciones y cirugía transexual sí exime de responsabilidad, siempre que concurran en el consentimiento algunos requisitos positivos y negativos («válida, libre, consciente y expresamente emitido», «salvo que el consentimiento se haya obtenido viciadamente, o mediante precio o recompensa, o que el otorgante sea menor de edad o incapaz»: art. 156).

- En el Perú el Código penal de 1991 concede plena eficacia liberatoria, con carácter general, al consentimiento (art. 20.10). Según esta disposición, quedará exento de responsabilidad penal «el que actúa con el consentimiento válido del titular del bien jurídico de libre disposición». No se contienen reglas especiales en el consentimiento en las lesiones, por lo que procede aplicar la regla general citada. En cambio, en otros tipos delictivos que protegen bienes jurídicos individuales sí se contienen algunas reglas especiales que excepcionan el principio exonerador general: así, el llamado «homicidio piadoso» (art. 112) castiga al que mata a un enfermo incurable que le solicita (consentimiento) que lleve a cabo tal acción para poder fin a sus intolerables dolores; también algunas sobre el consentimiento en el aborto se contienen en los arts. 114, 115 y 116. El art. 119 exime de responsabilidad al médico que, con el consentimiento de la mujer o de su representante legal, practique un aborto, cuando éste sea «el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitar en su salud un mal grave y permanente».

<sup>12</sup> Véase Roxin, 1984, p. 398 ss. (*Idem.*, 1998, p. 129 ss); también, el mismo, 1997, § 13, nm. 4 ss.

<sup>13</sup> Seguimos en este punto fundamentalmente la exposición sistemática ofrecida por Roxin (*l.u.c.*), aunque consultando las fuentes originales que, en cada caso, proponen una tal diferencia.

### A. Suficiencia de la voluntad interna en el acuerdo versus exteriorización de la voluntad en el consentimiento

La primera diferencia esencial entre acuerdo y consentimiento sería, según los partidarios de la teoría bifurcadora<sup>14</sup>, que en el primero ya es relevante la actitud interna del titular del bien jurídico, sin necesidad de que manifieste al exterior su acuerdo aprobatorio, mientras que en el consentimiento se exige una manifestación exterior de la voluntad aprobatoria, perceptible (**p. 224**) en el mundo de los sentidos y expresada mediante acciones (gestos) o palabras.

Por ello, un acuerdo interno (no manifestado al exterior) podría tener relevancia jurídica, a diferencia del consentimiento. Así, en los supuestos de «trampa al ladrón» son, igualmente, hartos discutidos. Así, los casos en los que el propietario está internamente de acuerdo con la sustracción de una cosa de su propiedad para poder luego probar la culpabilidad del ladrón<sup>15</sup>:

Caso número 1: el propietario muestra una satisfacción interna por la sustracción de una cosa de su propiedad (v.gr. un vehículo viejo aparcado en su garaje) pues así le exime de la carga de llamar a la grúa y llevar el automóvil al desguace o, incluso, para poder denunciar el robo al seguro y cobrar una indemnización: ¿relevancia del acuerdo (interno)? ¿delito de robo?

En este supuesto, la mera aprobación interna del titular del bien tendría validez, de forma que el acuerdo excluye el tipo y únicamente podría dar lugar, según esta doctrina dualista, a la exclusión del tipo (por ausencia de elementos típicos) y en este sentido, a lo sumo, a una tentativa (inidónea) de delito<sup>16</sup>, pues el acuerdo imposibilitaría la realización del resultado, y la imposibilidad de producción del resultado impediría, a su vez, la consumación delictiva.

En otros supuestos semejantes de «trampa al ladrón» se compagina la eventual voluntad interna aprobatoria del titular del bien con una cierta o parcial exteriorización de tal voluntad. En estos supuestos, lógicamente los defensores de la teoría de la teoría delimitadora defienden, con mayor razón, igualmente la exclusión del tipo o, en su caso, la imposibilidad de consumación delictiva, pudiendo sancionar el acto únicamente tentativa inidónea. Veamos un ejemplo.

Caso número 2: un policía encubierto, haciéndose pasar por traficante de droga, corre la voz de que en un determinado domicilio (que se corresponde (**p. 225**) con el suyo particular) hay gran cantidad de cocaína pura abandonada. Varios narcotraficantes se dirigen a la vivienda, acceden a ella forzando la cerradura y sustraen la mercancía. El policía encubierto les espera en su vivienda para detenerles: ¿puede apreciarse en este supuesto allanamiento de morada y hurto o robo?

La solución que propugnaría el parecer mayoritario en este supuesto tendría que afirmar, de conformidad con la relevancia del acuerdo interno, la imposibilidad de consumir estos delito, porque el propietario de la casa (policía infiltrado) estaba internamente de acuerdo con que los sujetos entraran en su vivienda (no se daría, pues, el elemento típico «contra la voluntad del morador») y se apoderaran de la mercancía (faltaría la exigencia de tomar las cosas muebles ajenas «sin la voluntad de su dueño»). Sobre la solución de estos ejemplos volveremos, críticamente, más adelante.

### B. Voluntad natural en el acuerdo versus capacidad de comprensión de voluntad en el

---

<sup>14</sup> Geerds, 1954, p. 266; «el consentimiento, para excluir el injusto del hecho, debe ser explicitado de manera expresa o concluyente, y debe llegar a ser conocido con la voluntad del lesionado por el autor antes del hecho, mientras que para el acuerdo es suficiente el mero presupuesto de una correspondiente dirección de voluntad»; también, Hirsch, 1985, «Vor § 32», nm. 102, 109, p. 56, 58 s.: «por regla general no es necesaria una *declaración* del acuerdo, sino que ya es suficiente el mero e interno estar de acuerdo con la acción del autor» (32/102, p. 56); Wessels/Beulke, 2002, nm. 368.

<sup>15</sup> Así, el ejemplo traído por Jakobs, § 7 nm. 110, a colación (sujeto que cae en una trampa, haciéndose con el la posesión de un señuelo dispuesto para la detención del ladrón) y los varios casos de la jurisprudencia alemana citados por Roxin 1979, p. 729; OLG 1992, p. 237, que concluyen el valor del acuerdo interno del propietario, de modo que no puede apreciarse delito consumado sino sólo tentativa de hurto.

<sup>16</sup> Así, Jakobs, § 7 nm. 110.

### *consentimiento*

Una segunda diferencia entre el acuerdo y el consentimiento sería que en el primer supuesto la eficacia del acuerdo aprobatorio se satisfaría, por mor de su carácter puramente fáctico<sup>17</sup> (esto es, no lesiona bien jurídico alguno si hay acuerdo), con la mera capacidad de voluntad «natural» del que muestra la aprobación<sup>18</sup> (invito laeso), sin necesidad de una especial capacidad de comprensión, mientras que en el caso del consentimiento justificante el sujeto que da la aprobación habría de aceptar conscientemente lo que consiente, esto es ha de conocer lo que aprueba y quererlo para sí, esto es, se exigiría para este segundo supuesto la capacidad de comprensión (entendimiento y voluntad) de lo que se hace. Como consecuencia de ello, válidamente pueden prestar un acuerdo aquellos sujetos que carezcan de capacidad de comprensión bien por su edad (menores de edad) bien por su especial estado (enfermos mentales, incapacitados, etc.), mientras que el consentimiento válido exigiría un plus de comprensión, lo cual excluiría a los mencionados sujetos. **(p. 226)**

Caso número 3: Un adulto subtrae, con consentimiento del menor, la bicicleta de un niño de 10 años, para su uso propio o para destruirla: ¿delito de hurto? ¿delito de daños?

Según la doctrina dualista, el acuerdo del niño sobre la substracción de la bicicleta es válido, con lo cual excluiría el delito de hurto, habida cuenta de que en este tipo de delito (en el que operaría eficazmente el acuerdo) protege prioritariamente la custodia (Gewahrsam) de la cosa, que no quedaría lesionada con la dación del acuerdo por parte del menor, y además sólo se requeriría la voluntad natural del mismo para la eficacia de su aprobación. Sin embargo, el menor no podría en el mismo supuesto consentir que la bicicleta fuera dañada, toda vez que el delito de daños (supuesto típico de consentimiento) exige un plus de comprensión, que no podría apreciarse en la emisión de su consentimiento. En resumen: para esta teoría, el menor puede consentir (mediante su acuerdo) que el tercero substraiga su bicicleta (no habría delito de hurto), pero no puede consentir válidamente que el tercero la dañe (delito de daños).

De las dos diferencias anteriores se deriva la siguiente consecuencia: el acuerdo es válido siempre (se haga o no conscientemente, tenga o no el sujeto capacidad de entendimiento, concorra dolo o imprudencia, sea o no voluntario, e —incluso— se manifieste o no al exterior), mientras que el consentimiento sólo sería válido si el sujeto actúa conscientemente, pero no sería válido, sino —incluso— delictivo, sino si el sujeto conscientemente dispone de un bien de su posesión, más no de su propiedad.

Caso número 4: Un padre presta su bicicleta a su hijo menor, quien la usa como propia. Un tercero solicita el objeto al niño y éste se la entrega. Un adulto presta su coche a un conocido para su uso durante un mes. Un tercero le solicita el automóvil y el sujeto lo entrega: ¿acuerdo válido en uno y otro caso?

La solución según la doctrina dualista (compartida en este caso por la unanimidad de la doctrina y la jurisprudencia) rezaría como sigue: el acuerdo del niño es plenamente válido, por lo que excluye el hurto por parte del tercero (el niño no podría, en cambio, dar un consentimiento válido: por ejemplo, no podría consentir al tercero la destrucción de la bicicleta); en el supuesto del adulto el acuerdo no sólo no es válido (el tercero cometería, pues, hurto) sino incluso delictivo: el amigo que entrega el coche comete apropiación indebida. También sobre estos casos volveremos críticamente más adelante. **(p. 227)**

---

<sup>17</sup> Geerds, 1954, p. 264 ss.; Bockelmann, 1973, p. 102; Bockelmann/Volk, 1987, p. 102; Wessels/Beulke, 2002, nm. 367; en contra, Jescheck/Weigend, 1996, § 34 I 2 a, p. 374: «en realidad el acuerdo *no* es en todos los casos de naturaleza puramente fáctica», remitiendo la resolución de los supuestos de engaño o fuerza a la interpretación de cada tipo penal, en función de su sentido y fin.

<sup>18</sup> Wessels/Beulke, 2002, nm. 367; *Cfr.*, empero, Geerds, 1954, p. 265.

*C. Irrelevancia de los vicios de la voluntad en el acuerdo versus relevancia de los vicios de la voluntad en el consentimiento*

Otro significativo rasgo distintivo estriba, según la doctrina dualista, en el tratamiento de los vicios de la voluntad (error, engaño, fuerza). Si concurre algún elemento que vicie la voluntad del que muestra su aprobación sobre la realización de una determinada acción, tal elemento no haría decaer la eficacia del acuerdo<sup>19</sup>, toda vez que —como se expuso líneas atrás— es suficiente para la viabilidad de dicho acuerdo la voluntad natural del titular del bien jurídico.

Caso número 5: A conmina a la fuerza a B para que manifieste su aprobación a mantener relaciones sexuales.

Caso número 6: Un curandero hace creer a un enfermo de cáncer haber encontrado la solución de sus males con una fórmula revolucionaria que le sanará de su enfermedad. El paciente, inducido a engaño, consiente la operación.

Caso número 7: Un enfermo consiente someterse a una operación de cataratas en el Hospital H. Por problemas de espacio, la operación se lleva a cabo en el Hospital Y.

Caso número 8: Una prostituta consiente mantener relaciones sexuales con un cliente a cambio de 100 Euros. El cliente no satisface el precio acordado.

Caso número 9: Una actriz se somete al tratamiento médico del famoso galeno G, que le someterá a una operación de cirugía estética. El día de autor, tal médico se halla ausente, y la operación la lleva a cabo un compañero, igualmente cualificado para desempeñar tal actividad.

Caso número 10: En un mercado ambulante un sujeto vende una imitación valiosa, de perfecta técnica pictórica, de un lienzo; un paseante, que aparenta ser experto en arte, se acerca lleno de curiosidad, afirma que es un «Dalí» y ofrece por él un alto precio. El vendedor, sabedor del error en que el comprador se hallaba, calla y entrega el cuadro por el precio ofrecido.

Caso número 11: Un sujeto hace creer a un convecino que se ha producido una grave accidente ferroviario y que necesitan urgentemente recolectar (**p. 228**) la mayor cantidad de dinero posible para ayudar a los damnificados. Conmovido por esta trágica situación, el convecino entrega una alta cantidad en efectivo.

Caso número 12: Un supuesto vendedor de coches o de electrodomésticos induce a engaño al propietario de una vivienda y, so pretexto de explicarles las características de los productos que supuestamente vende, se introduce en la vivienda con el consentimiento del morador, aprovechando la situación para inspeccionar de visu, a fin de hallar objetos de valor para substraerlos: ¿allanamiento de morada? ¿tentativa de hurto (o robo)?

Caso número 13: Un fanático coleccionista de lienzos de Dalí o de libros incunables, empleando técnicas embaucadoras, logra convencer a su propietario de que se trata en realidad de una burda falsificación carente de valor o de un panfleto irrelevante, consiguiendo que se los entregue: ¿hurto (o estafa)?

Dejando al margen los tipos en los que se ejerce violencia, fuerza o intimidación para arrancar del sujeto pasivo una voluntad aprobatoria (a ellos nos referiremos más adelante), en los supuestos de insinuaciones fraudulentas o engañosas, según la doctrina dualista, sería indiferente la inducción a engaño al propietario de la vivienda que franquea su puerta al supuesto vendedor, como sería irrelevante que el engaño del joven que, con intenciones fraudulentas acompaña al anciano hasta su vivienda. En estos supuestos concurriría la voluntad natural del sujeto pasivo, el acuerdo sería válido y no podría apreciarse delito de allanamiento de morada. Del mismo modo que no cabría apreciar hurto en la acción del fanático coleccionista de lienzos dalinianos (o de libros antiguos de gran valor) que consigue de ese modo embaucador que el propietario se los entregue, pues faltaría el elemento típico de que el sujeto se apoderara de las cosas ajenas «sin la voluntad de su dueño».

---

<sup>19</sup> Geerds, 1954, p. 265; Bockelmann, 1973, p. 102; Bockelmann/Volk, 1987, p. 102.

Por el contrario, los vicios de la voluntad en el consentimiento tendrían el efecto de hacerlo inválido o ineficaz, no pudiéndose excluir la antijuricidad de la conducta en cuestión. Si un supuesto especialista en cirugía estética o plástica hace erróneamente creer a una paciente que, con el empleo de renovadoras técnicas, puede someterla a una operación que haga desaparecer sus incipientes arrugas, siendo el remedio de funestos resultados, el consentimiento prestado bajo error hace decaer la eficacia de tal asentimiento, pudiéndose en consecuencia apreciar delito de lesiones. (p. 229)

*D. Irrelevancia del atentado contra las buenas costumbres en el acuerdo versus relevancia del atentado contra las buenas costumbres en el consentimiento en las lesiones*

El § 228 StGB<sup>20</sup> (que reproduce, después de la reforma introducida por la sexta ley de reforma<sup>21</sup> del texto punitivo alemán, el antiguo § 226a StGB) contiene un correctivo a la exoneración de la antijuricidad en las lesiones estableciendo que, aunque medie consentimiento, los hechos constitutivos de lesiones serán siendo antijurídicos si el acto (¡no el consentimiento!) en cuestión «atenta contra las buenas costumbres». Según algunos partidarios de la doctrina dualista este precepto contiene una regla o principio general aplicable, no sólo a los delitos de lesiones, sino a todos los supuestos de consentimiento, no así a los casos de acuerdo<sup>22</sup>.

De este modo, toda conducta delictiva que suponga un atentado contra las buenas costumbres será antijurídica, pues en ella el consentimiento del titular del bien jurídico es irrelevante, y no puede tener el efecto de justificar la acción en cuestión. Por el contrario, en los supuestos de acuerdo, aunque el hecho atente contra las buenas costumbres, el acuerdo será válido y excluirá el tipo de delito de que se trate<sup>23</sup>.

Caso número 14: Un fornido joven manifiesta a un anciano su deseo de ayudarlo subiendo las bolsas de la compra por la escalera hasta la vivienda, siendo su único propósito era robarle su artístico reloj de pared: ¿allanamiento de morada? ¿tentativa de hurto (o robo)?

Caso número 15: Un joven se somete voluntariamente (con consentimiento) a una operación de cirugía transexual: ¿es válido el consentimiento? ¿atenta contra las buenas costumbres la operación de cambio de sexo? (p. 230) Si se produjeran lesiones sobrevenidas ¿quedan amparadas bajo el consentimiento del sujeto?

Caso número 16: Un estudiante internado en un colegio de férrea disciplina y costumbres tradicionalistas consiente que el peluquero del colegio le haga un corte de cabello que atenta contra las normas de la escuela y que le produce eventualmente unas lesiones: ¿delito de daños o de lesiones?

Caso número 17: «El donante de sangre que, en aprovechamiento de una situación de necesidad, hace depender su consentimiento sobre una transfusión de sangre del pago de unos horrendos honorarios»<sup>24</sup>.

---

<sup>20</sup> § 228 StGB: «Wer eine Körpervletzung mit Einwilligung der verletzten Person vornimmt, handelt nur dann rechtswidrig, wenn die Tat trotz der Einwilligung gegen die guten Sitten verstößt» («Quien, con consentimiento de la persona lesionada, realiza una lesión corporal, actúa antijurídicamente cuando el hecho, a pesar del consentimiento, atenta con las buenas costumbres»).

<sup>21</sup> 6. *Strafrechtsreformgesetz* de 26 de enero de 1998.

<sup>22</sup> Véase, por ejemplo, Geerds, 1954, p. 268; Mayer, 1953, p. 167; Welzel, 1969, p. 97; En contra, por todos, Roxin, 1997, § 13, nm. 8 y 41, Baumann/Weber/Mitsch, 1995, § 17, nm. 112: «una extensión de esta regla a otros tipos penales no es admisible»; *cfr.*, empero, el mismo, § 10, nm. 10);

<sup>23</sup> Geerds, 1954, p. 268.

<sup>24</sup> Caso citado por Bockelmann, 1973, p. 104 (también en Bockelmann/Volk, 1987, p. 104). Caso semejante, pero referido al engaño, en Roxin, 1997, § 13, nm. 67: «A manifiesta a una organización de ayuda que está dispuesto a donar sangre por unos honorarios de 50 marcos. Sin embargo, el representante de la organización le ha engañado sobre su capacidad de pago, de modo que A se va con las manos vacías».

La doctrina delimitadora tendría que resolver estos supuestos, en coherencia con sus planteamientos de la siguiente manera:

- En el caso número 14 el acuerdo aprobatorio del anciano excluye la tipicidad de la conducta (no hay allanamiento de morada), a pesar de que el acto suponga un atentado contra el respeto a la mayor edad: el § 228 StGB sólo se refiere al consentimiento y sólo a los delitos de lesiones.

- En el caso número 15 el consentimiento del paciente que se somete a una operación de cirugía transexual habría de considerarse —según esta doctrina— irrelevante, subsistiendo las lesiones, bajo el pretendido argumento de que la acción en cuestión «atenta contra las buenas costumbres».

- El caso número 16 presenta un supuesto controvertido, aun en el seno de la doctrina delimitadora: mientras que, para algunos, las circunstancias del caso concreto (existencia de unas determinadas reglas disciplinarias de conducta, cívicas, etc. en el seno de una tal institución escolar) habrían de ser tenidas en cuenta (en cuyo caso, podría estimarse «atentado contra las buenas costumbres»), para otros autores, la conducta de someterse a un «original» corte de cabello es socialmente adecuada y el consentimiento excluiría los probables riesgos lesivos producidos en tal situación.

- En el caso número 17 lo que atenta contra las buenas costumbres es el someter a condición el consentimiento mas no el acto en cuestión (donación de sangre): por ello, el consentimiento sería válido y las eventuales lesiones (**p. 231**) producidas durante la extracción de la sangre quedarían amparadas en el consentimiento y, por tanto, justificadas<sup>25</sup>.

Sobre estos problemáticos supuestos volveremos en la tercera parte de este trabajo.

#### *E. Otras diferencias derivadas de la distinción entre acuerdo y consentimiento*

La distinción doctrinal entre acuerdo y consentimiento, cuya doctrina venimos exponiendo, encuentra un reflejo claro en otros institutos dogmáticos, cual el desconocimiento de la existencia de la aprobación, la tentativa o el error<sup>26</sup>. En el ámbito del desconocimiento de la existencia de acuerdo o de consentimiento propugnan algunos defensores de la doctrina dualista una solución diversa para cada supuesto. Así, cuando el sujeto activo desconoce la existencia de un acuerdo por parte del titular del bien jurídico, no puede hablarse, según esta doctrina, de un delito consumado, pues el tipo objetivo queda incompleto, y porque el dolo del autor se refiere a un objeto inidóneo para la producción del resultado: en consecuencia, en los casos de desconocimiento de la existencia de un acuerdo, no puede apreciarse nunca delito consumado, sino únicamente tentativa inidónea. Por el contrario, en los supuestos de desconocimiento de la existencia de un consentimiento no se excluye la posibilidad teórica de consumación delictiva, en tanto que se da la producción de un resultado y el dolo se dirige a ese mismo resultado que, en efecto, llega a producirse<sup>27</sup>.

Finalmente, otro de los ámbitos en los cuales se manifiesta una sensible diferencia entre el tratamiento dogmático del acuerdo y del consentimiento es el tema del error, esto es, la creencia errónea de la existencia de un acuerdo o de un consentimiento en realidad no existentes. Sostiene la teoría dualista o delimitadora que en el supuesto de acuerdo el error afecta a un elemento del tipo y, en todo caso, excluye el dolo, por lo que ha de seguir (**p. 232**) las reglas del error de tipo<sup>28</sup>.

---

<sup>25</sup> Expresamente en este sentido, Bockelmann, 1973, p. 104 (Bockelmann/Volk, 1987, p. 104), quien sostiene que en este caso el donante «actúa contra las buenas costumbres, pero queda justificada la lesión corporal a él producida por la extracción de sangre». También Artz, 1970, pp. 17 y ss. Roxin, 1997, § 13, nm. 67: «el error no afecta a la intensidad y la peligrosidad de la intervención corporal, sino a la contraprestación; por tanto, el consentimiento sería aquí válido y con ello excluiría un castigo por lesiones».

<sup>26</sup> Sobre esto, ya Geerds, 1954, pp. 266 y ss.

<sup>27</sup> Geerds, 1954, pp. 266 y s.; Welzel, 1969, p. 97; Hirsch, «Vor § 13», nm. 59.

<sup>28</sup> Geerds, 1953, p. 167 ss.; el mismo, 1954, p. 267; Bockelmann, 1973, p. 102; Bockelmann/Volk, 1987,

Por el contrario, el error en el supuesto de consentimiento es un error de prohibición, «porque no se refiere a un elemento del tipo, sino a la antijuricidad como elemento del delito»<sup>29</sup>, distinguiéndose dos posibles constelaciones de casos: por un lado, el error sobre elementos fácticos (p. ej. en la manifestación del consentimiento: malinterpretando un movimiento afirmativo de cabeza), que se resuelve —como la legítima defensa putativa— como error de tipo<sup>30</sup>; y, por otro, el error del autor que erróneamente cree que el lesionado puede consentir su muerte: error (ineficaz) de prohibición<sup>31</sup>, o —a juicio de la doctrina mayoritaria— error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación, que se discute si excluye asimismo el dolo o si fundamenta un error de prohibición<sup>32</sup>.

### III. Revisión crítica de la distinción entre acuerdo y consentimiento

Siguiendo el esquema de la exposición anterior, a continuación someteremos a valoración crítica los postulados de la doctrina delimitadora. Dejando al margen lo escasamente común que resulta en los países de habla hispana la distinción lingüística entre acuerdo y consentimiento, analizaremos en este apartado si es acertado -y en qué medida- someter los supuestos de acuerdo y de consentimiento a un tratamiento dogmático diferenciado, así como las diferencias esenciales derivadas de tal distinción.

#### 1. Los casos de acuerdo

Nos referimos en este epígrafe al tratamiento dogmático concedido al llamado acuerdo penalmente eficaz, al que —como vimos líneas atrás— se anuda el efecto de exclusión del tipo. Por un lado, en aquellos supuestos cuya descripción típica exige, como elemento del tipo, que el actuar se lleve (p. 233) a cabo sin o contra la voluntad del titular del bien jurídico (como en el caso del allanamiento de morada o en el delito de hurto), es plenamente irreprochable que la ausencia de tal elemento, esto es, el acuerdo o asentimiento aprobatorio por parte del titular (que consiente que un vecino acceda a su vivienda o tome alguna cosa de su propiedad), excluya la realización típica: si no se cumplen todos los elementos del tipo, no hay realización típica.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que no siempre la actitud aprobatoria del titular del bien en los delitos que exigen expresamente un actuar contra o sin la voluntad del mismo determina automáticamente la atipicidad de la conducta in genere:

- Por un lado, nada se opone a que la conducta en cuestión pueda dar lugar a otra tipicidad diferente. Así, por ejemplo, en el caso de que una mujer consienta el acto sexual después de empleada fuerza, violencia o intimidación por parte de su agresor, puede discutirse si nos hallamos ante un delito consumado de violación o no (en todo caso: ante una tentativa de violación<sup>33</sup>), pero el asentimiento sobre el yacimiento sexual probablemente no excluya los actos de coacción o de violencia ejercida (eventualmente se apreciará, pues, delito de coacciones<sup>34</sup>, de amenazas, de

---

p. 102.

<sup>29</sup> Geerds, 1953, p. 161 ss.; el mismo, 1954, p. 267.

<sup>30</sup> Geerds, 1953, p. 163 ss.; el mismo, 1954, p. 268.

<sup>31</sup> Geerds, 1953, p. 165 ss.; el mismo, 1954, p. 268.

<sup>32</sup> Por todos, Roxin, 1984, p. 404 s. (El mismo, 1998, p. 133); El mismo, 1997, § 13 nm. 10, § 14 nm. 51 ss.

<sup>33</sup> Roxin opina que, en estos casos en los que el consentimiento se presta una vez iniciado el hecho, pero antes de su consumación, cabe apreciar tentativa (de violación), pero no es posible un desistimiento que exonere la pena, aunque reconoce que es raro que sobre estos supuestos llegue a interponerse una denuncia penal. Véase Roxin, 1984, p. 432 s. (el mismo, 1998, p. 167); también, en 1997, § 13 nm. 50.

<sup>34</sup> Este supuesto es problemático: la coacción consiste, en este supuesto, en «compelir a la mujer a efectuar lo que no quiere, sea justo o injusto» (art. 172 Código Penal español de 1995). Pero resulta que, en este caso, después de iniciado el hecho, pero antes de ser consumado, se presta consentimiento sobre el

lesiones, etc.).

- Por otro lado, es preciso tener en cuenta la regulación positiva sobre una determinada actividad, pues es posible que en determinados supuestos delictivos la atipicidad de la conducta no dependa de la aprobación del titular del bien jurídico, sino de la regulación penal de esa actividad. En este sentido, «el que produzca el aborto de una mujer, sin su consentimiento» (art. 144 del Código Penal español de 1995) no quedará necesariamente **(p. 234)** eximido de pena (su conducta no es automáticamente atípica), sino sólo en los casos expresamente previstos en la ley: el consentimiento en el aborto sólo es eficaz en determinados supuestos taxativamente descritos en la ley, con lo cual, la presencia del consentimiento en ese tipo delictivo no convierte necesariamente en atípica la conducta, sino que precisamente será subsumible en el tipo del art. 145: «el que produzca el aborto de una mujer, con su consentimiento, fuera de los casos permitidos por la ley...»<sup>35</sup>.

Más problemáticos se muestran, sin embargo, los supuestos cuya descripción típica no exige expresamente ese actuar contra o sin la voluntad del titular del bien jurídico, sobre todo a la hora de determinar qué tratamiento dogmático se le concede al asentimiento aprobatorio: causa de atipicidad o justificación. Este planteamiento teórico distintivo encuentra, a mi juicio, algunos reparos que se tornan incluso insalvables en varios frentes:

- Por un lado, resulta incierta la cuestión relativa al ámbito de aplicación de este régimen distintivo a los tipos de delitos: determinar a qué supuestos de delitos puede aplicarse el régimen del acuerdo, de manera que si existe una actitud aprobatoria del titular del bien jurídico devendría la atipicidad de la conducta, es cuestión ardua e incierta, y no queda satisfactoriamente explicada por los defensores de la presente doctrina dicotómica. Suele decirse que, en principio, sólo podría aplicarse a aquellos tipos de delitos que protegen bienes jurídicos individuales, con lo que cabría excluir ab initio las figuras que tutelan bienes comunitarios o colectivos. Y, a su vez, la cifra de delitos que protegen bienes individuales habría de sufrir también la limitación que supone introducir el criterio de la disponibilidad del bien jurídico en cuestión, esto es, aquellos en los que la capacidad de «autodeterminación» (Selbstbestimmung)<sup>36</sup> del individuo hiciera viable un eventual efecto liberatorio.

- Por otro lado, también se plantean problemas en relación con la limitación del efecto liberatorio en el ámbito mismo de los delitos que tienen como **(p. 235)** base fundamental la propia la libertad o ámbito de autonomía o disponibilidad del sujeto en relación con un determinado bien jurídico. A modo de ejemplo: no puede entenderse por qué razón el acuerdo aprobatorio sobre la disposición del propio cuerpo en el ámbito sexual excluye el tipo de violación y no ocurre lo mismo con la disposición del derecho a la vida, siendo así que se pena todavía en numerosos códigos penales la eutanasia; como tampoco puede verse claro por qué razón ha de considerarse atípica la acción de detener al que quiere ser detenido y castigar, sin embargo, a quien amenazar a otro con causarle un mal constitutivo de delito, por más que el amenazado estuviera dispuesto a aceptar el mal con que se le amenaza; ni tampoco puede entenderse que si alguien muestra su conformidad con la pretensión con que se le coacciona no se lesione su libertad de decisión, siendo la conducta coactiva inocua y atípica, y —por el contrario— si alguien consiente, en el curso de relación sadomasoquista o deportiva de riesgo, las eventuales lesiones que pueda sufrir, tal aprobación no tenga el efecto de hacer atípica la conducta, ni siquiera justificada, sino únicamente un leve efecto

---

acto sexual, de manera que al final «se quiere» lo que se le compele a realizar: ¿subsiste el delito de coacciones? ¿cómo afectaría el consentimiento dado en un momento ejecutivo posterior al comienzo pero anterior a la consumación?

<sup>35</sup> El mismo ejemplo en el CP: el art. 116 sanciona al «que hace abortar a una mujer sin su consentimiento». Si media consentimiento de la gestante, la acción no será automáticamente atípica, sino subsumible en el tipo del art. 115 (aborto consentido, punible), salvo en los supuestos en los que el aborto sea «el único medio para salvar la vida de gestante o para evitar en su salud un mal grave y permanente» (art. 119 CP peruano: aborto terapéutico, no punible).

<sup>36</sup> Sobre este punto, ampliamente, Göbel, 1992, pp. 23 s., y *passim*.

atenuatorio de la pena<sup>37</sup>: en los primeros supuestos (violación, detención, coacción) el acuerdo haría atípica la conducta, y —sin embargo— en los segundos (eutanasia, amenazas, lesiones) el asentimiento tiene un efecto sensiblemente diferente, y —en algún caso, como el de las lesiones— ni siquiera justificante, sino sólo atenuatorio.

- Finalmente, en esta cuestión subyace el riesgo de la privatización que supone el conceder al sujeto una libertad ilimitada para decidir a su conveniencia si, en efecto, el acuerdo o asentimiento es eficaz y, por ello, la conducta perfectamente atípica. Si el legislador considera necesario proteger determinados bienes jurídicos que tienen una incidencia personal y, al tiempo, un aspecto social (de lo contrario, no serían considerados dignos de protección penal, sino sólo de manera privada: civil, mercantil, etc.), no puede entenderse que sólo en algunos delitos fundados en la libertad del sujeto se conceda a ésta la libertad, esto es, el arbitrio de decisión sobre si el agente debe o no ser penado. (p. 236)

## **2. Los casos de consentimiento justificante**

La consideración crítica fundamental en los supuestos de consentimiento justificante estriba en la dificultad de distinguir aquellos tipos de delitos que se fundamentan esencialmente en la libertad de individuo, en su disponibilidad o autonomía del bien jurídico, etc. (esto es, los casos en los que operaría un acuerdo jurídico-penalmente válido y eficaz: causa de justificación) de aquellos otros en los cuales la lesión al bien jurídico llega efectivamente a producirse, y —por ello— una actuación aprobatoria del sujeto (consentimiento) tendría el valor de causa de justificación. Drásticamente: que en la detención del particular querida o tolerada por el mismo no se lesione la libertad ambulatoria de la persona y, sin embargo, en las lesiones consentidas o toleradas o en los daños en un jarrón de porcelana aceptados o tolerados por el propietario sí se produzca una incidencia lesiva (aunque a la postre resulten justificadas por el consentimiento aprobatorio del titular del bien) es distinción, de corte naturalista, que no resulta dogmáticamente satisfactoria.

## **3. Las supuestas diferencias esenciales entre acuerdo y consentimiento**

Una vez analizados críticamente los reparos que se presentan en cada una de las categorías mencionadas (acuerdo y consentimiento), sometemos en este apartado a análisis crítico las supuestas diferencias esenciales existentes entre el acuerdo y el consentimiento, que aconsejaría —según los defensores de la teoría dualista— un tratamiento diferenciado.

### **A. Irrelevancia de la aprobación interna: la «satisfacción interna» no es consentimiento**

La supuesta primera diferencia sería que el acuerdo se satisface con una disposición interna, que no exige su manifestación al exterior, sino sólo su presunción, mientras que el consentimiento exigiría su exteriorización por medio de acciones o palabras. Esta distinción es, a mi juicio, insostenible dogmáticamente. Dos son las críticas esenciales que pueden dirigirse a un planteamiento como el presente: a) la no delimitación respecto al consentimiento presunto; y b) la cuestión inherente a la relevancia de los actos internos.

En primer lugar, es unánimemente aceptada la figura denominada «consentimiento presunto» (mutmaßliche Einwilligung), que consiste —según se (p. 237) afirma— en que el autor actúa tras efectuar un juicio de probabilidad ex ante en virtud del cual se constata que el titular del bien jurídico hubiera consentido, con alta probabilidad, la realización de la acción lesiva, de haber tenido cabal conocimiento de la misma<sup>38</sup>. Esta figura, de aplicación a supuestos excepcionales que se justifican por su especial urgencia o necesidad, reconoce en el fondo una aprobación interna del

---

<sup>37</sup> El art. 155 del CP español de 1995 prevé lo siguiente:

« En los delitos de lesiones, si ha mediado el consentimiento válida, libre, espontánea y expresamente emitido del ofendido, se impondrá la pena inferior en uno o dos grados.

No será válido el consentimiento otorgado por un menor de edad o un incapaz».

<sup>38</sup> Así ya, Mezger, 1949, p. 219 s.; Casas, 1987, pp. 103 ss.

titular del bien jurídico protegido, que el sujeto agente presupone favorable con elevada probabilidad. Así, el sujeto que, durante el período vacacional de su vecino, accede violentamente en la vivienda ajena tras percibir un incendio o una inundación originada en ella. En este caso no podría apreciarse delito de daños si se rompe violentamente la cerradura y la puerta ni allanamiento de morada al acceder precipitadamente con el loable fin de apagar el incendio o cerrar los grifos. La fundamentación que se da a esta figura varía según los autores: a mi juicio, el sujeto que actúa invadiendo una esfera de organización ajena lo hace obligado por un deber genérico de salvamento, similar a la omisión de socorro. Otros autores ponen el énfasis en la presunción de un consentimiento favorable o en la interna relevancia de la conciencia del individuo. Pues bien, la delimitación entre una eventual relevancia de la actitud aprobatoria interna del titular del bien jurídico con carácter general encuentra la dificultad de su distinción de la figura del consentimiento presunto, con la salvedad de que en el primer caso se carece por lo general de fundamento exterior mientras que en el segundo se trataría de un supuesto especial en el que, como he afirmado, el sujeto adquiere un deber de salvamento, y que puede compartir algunos rasgos comunes con el estado de necesidad. Sobre la distinción del consentimiento presunto de otras figuras conexas (como el estado de necesidad justificante), así como sobre el tratamiento jurídico del consentimiento presunto, al que —según la doctrina mayoritaria— se anuda el efecto de exclusión de la antijuricidad (causa de justificación), no nos ocupamos en este lugar. A mi juicio, el consentimiento presunto constituye un supuesto especial de representación necesaria y tiene, como toda figura de consentimiento jurídico-penalmente válido y eficaz, el efecto de causa de atipicidad. Sobre este particular volveremos más adelante.

En segundo término se encuentra la ardua cuestión de la relevancia de los actos puramente internos con un carácter general, esto es, a excepción **(p. 238)** de los casos de consentimiento presunto. A mi juicio, conceder un tratamiento diferencial al acuerdo y al consentimiento, y crear encontrar entrambos la diferencia de que el primero se satisface con una mera disposición aprobatoria interna mientras que el segundo exigiría la manifestación del consentimiento aprobatorio resulta plenamente rechazable: si los pensamientos no pueden ser fundamento de imputación penal, tampoco pueden ser causa de exoneración de responsabilidad. Por ello, no cabe reconocer en el supuesto de acuerdo una virtualidad exoneradora de la aprobación interna y, sin embargo, negar dicho efecto liberatorio en el caso del consentimiento. Ningún argumento dogmático sólido abona, según mi parecer, un tratamiento diferencial como el aludido.

Si rechazable resulta la no manifestación al exterior del asentimiento aprobatorio por parte del titular del bien jurídico, más rechazables aún resultan los supuestos en los cuales el titular del bien jurídico protegido experimente una satisfacción interna o una aprobación íntima ex post facto. En estos casos no puede considerarse que concurra un consentimiento excluyente del tipo ni tampoco excluyente de la antijuricidad, pues lo que acontezca en la conciencia pertenece al fuero interno y es irrelevante para fundamentar o exonerar la responsabilidad jurídico-penal: con el comentarista Groizard<sup>39</sup> podríamos repetir que «la conciencia es un libro cerrado, donde ningún Juez de la tierra puede leer» y con el sociólogo Luhmann<sup>40</sup> afirmar que «la conciencia no comunica nunca»: porque no puede ser expresión de sentido comunicativamente relevante no es fundamento válido de ninguna imputación o exoneración de responsabilidad jurídico-penal. Así, en el ejemplo mencionado supra como Caso número 1 (del propietario de un viejo automóvil, convenientemente aparcado en su plaza de garaje, que resulta substraído), no puede, a mi juicio, decirse que concurra consentimiento aprobatorio por más que él mismo experimente un sentimiento interno de congratulación porque —¡no hay mal que por bien no venga!— le han eximido de tener que soportar la carga de llamar a una grúa para llevarse su inservible vehículo o, incluso, pueda con tal substracción denunciar ante el seguro el robo y poder de ese modo cobrar la indemnización correspondiente<sup>41</sup>. Drásticamente: lo que el propietario piense o deje de pensar no **(p. 239)** excluye

---

<sup>39</sup> Groizard, 1870, p. 74 (*Id.*, 1923, p. 83).

<sup>40</sup> Luhmann, 1987, pp. 193 y ss.

<sup>41</sup> Este último ejemplo mencionado por Roxin, 1984, p. 432. (*Id.*, 1998, p. 166); también, el mismo, 1997, § 13 nm. 48.

la autonomía del hecho realizado, que es imputable plenamente al sujeto activo. Y ello porque, a más de que la mera satisfacción interna no es comunicativamente relevante (¡ni siquiera se manifiesta al exterior!), con una tal «aprobación sui generis» no se produce una incidencia decisoria por parte del titular en la esfera de organización y de competencia ajenas: el sujeto que penetra en la morada ajena y substraer la cosa mueble de otro actúa por voluntad propia, no coaccionada ni condicionada por una hipotética aprobación del legítimo dueño, esto es, creando por sí sólo un riesgo o peligro que se realiza en la comisión de tipos penales. Por ello, desde esta perspectiva, corresponde castigar estas acciones como hechos consumados (de hurto, de robo, de robo de vehículo de motor, etc.) y no como mera tentativa (inidónea), como estima la doctrina mayoritaria en Alemania.

Discutibles son, a este respecto, los supuestos de agentes infiltrados, agente encubierto o agente provocador<sup>42</sup>, como el Caso número 2 (agente encubierto de la policía que consiente internamente que los narcotraficantes accedan a su vivienda para apoderarse de la droga). En este ejemplo, no puede concluirse, sin más, que tal acuerdo interno tenga el valor de exclusión del tipo ni que ese conocimiento y eventual aprobación determine la imposibilidad material de consumir el delito, pudiéndose apreciar únicamente tentativa delictiva. En primer lugar, no se podría correctamente explicar que, por el hecho de que el policía encubierto los esperara en su vivienda tras hacer correr la voz de la existencia de la mercancía en su vivienda, el hipotético acuerdo interno pueda excluir el tipo de allanamiento de morada, y -sin embargo- no pudiera tener el mismo valor excluyente del tipo el acuerdo interno de que los narcotraficantes se apoderaran de la cocaína, siendo así que ambos delitos (allanamiento de morada y hurto o robo) exigen en su descripción típica el actuar sin o contra el consentimiento del titular del bien jurídico, de manera que —según la doctrina bifurcadora— la presencia del acuerdo (interno relevante) excluiría el tipo: si el propietario internamente está de acuerdo en que accedan a su casa (y este acuerdo interno excluye el tipo de allanamiento), también ha de excluirse el tipo de hurto, pues de igual modo estaba (internamente) de acuerdo en que substraieran la cocaína, y entonces habría de llegarse a la disparatada solución de que unos sujetos, a los que se les da la facilidad de dejarles expedito el camino para el apoderamiento de la mercancía, que acceden violentamente (p. 240) a una vivienda ajena y se apoderan de la preciada mercancía, realizarían acciones atípicas, y ello con el simple fundamento de que al titular del bien jurídico le dio por pensar en la posibilidad de que ello sucediera y consentirlo internamente.

Por otro lado, tampoco puede entenderse por qué razón habría de concederse eficacia al acuerdo interno, y habría de negarla en el caso del consentimiento, exigiendo sólo en este caso que la aprobación se manifieste al exterior. Más lógico —más justo— se muestra, a mi juicio, no realizar esa discriminatoria e insostenible distinción, y afirmar, en consecuencia que, en ambos casos (y salvos casos excepcionales, como el del consentimiento presunto), la voluntad aprobatoria por parte del titular tiene que ser fehaciente, clara, inequívoca y externamente manifestada, y concluir —por ello— que fuera de los supuestos especiales toda voluntad aprobatoria (acuerdo o consentimiento) requiere de una manifestación exterior: el titular del bien jurídico ha de exteriorizar su voluntad acorde a la realización de la acción típica y todo sujeto activo ha de actuar sobre la base de existencia de dicha aprobación. Tampoco la mera suposición, sin que concurren circunstancias de especial necesidad (salvamento del bien jurídico en representación presunta del titular del bien, ante el inminente riesgo o peligro que corre éste, y ante la imposibilidad de que sea el propio titular el que lleve a cabo la actuación de salvamento), puede ser suficiente para la exclusión del tipo ni de la antijuricidad, pues en el aludido supuesto del agente encubierto provocador no se pretende llevar a cabo acción de salvamento alguno, sino la comisión consciente y voluntad (plenamente imputable, pues) de una acción doblemente delictiva: el allanamiento de la morada ajena y la substracción de la mercancía en cuestión.

---

<sup>42</sup> Ampliamente en la doctrina española, sobre esta problemática, Ruiz Antón, 1982, *passim*; Muñoz Sánchez, 1995, *passim*.

### *B. Exigencia de capacidad de comprensión para el acuerdo aprobatorio*

La pretendida diferencia entre el acuerdo y el consentimiento basada en la supuesta exigencia de capacidad de comprensión sólo en el caso del consentimiento justificante, bastando la mera voluntad «natural» para la eficacia del acuerdo resulta igualmente discriminatoria y rechazable, y no puede esgrimirse como argumento en pro de una pretendida distinción entre acuerdo y consentimiento.

En primer lugar, no hay, a mi juicio, razón dogmática de peso para conceder un tratamiento diferencial en ambos supuestos. Es verdad, por un lado, que la decisión del titular del bien jurídico de considerar aceptada una determinada acción que le afecta a él o alguno de sus bienes, esto es, que **(p. 241)** incide en su esfera de competencia, es cuestión estricta e íntimamente conectada a su autonomía, a su libertad y a su capacidad de autodeterminación. Pero, por otro lado, no es menos cierto que el procedimiento de que el Ordenamiento jurídico reconozca al sujeto una capacidad dispositiva según la cual la manifestación de su voluntad consentidora pueda gozar de una eficacia exoneradora de libertad no es un principio general (en tal caso se dejaría a la libertad —esto es, al arbitrio— del particular el decidir qué supuestos lesivos son o jurídico-penalmente relevantes, esto es, cuándo —en qué supuestos— debe intervenir el Derecho penal y cuándo —en qué supuestos— debe mantenerse al margen), sino criterio aplicado únicamente a aquellas figuras protectoras de bienes jurídicos disponibles y en los que la disponibilidad del bien jurídico es funcionalmente viable y dogmáticamente aconsejable. Pero no puede desconocerse que el hecho de considerar atípica una conducta porque concorra la voluntad acorde del titular del bien jurídico debe ir revestido de un arsenal de garantías formales (en la manifestación de la voluntad), así como materiales (en lo referente a la capacidad de comprensión del sujeto), que actúa como contrapartida exigida por el ordenamiento jurídico que, a cambio, concede el efecto liberador de la responsabilidad al sujeto que responsablemente (con capacidad de comprensión) dispone libremente de sus bienes jurídicos.

Sobre esta base, y presupuesto que el Ordenamiento reconoce al sujeto capacidad de disposición de sus bienes jurídicos individuales, me parece exigible que dicho ejercicio de autonomía o autodeterminación del sujeto sea producto, para que el Estado le anude un efecto liberador, de un ejercicio racional de entendimiento y voluntad, porque de lo contrario se dejaría al arbitrio de los ciudadanos el castigar o no una determinada conducta, con el consiguiente riesgo de dejar sin protección determinados bienes por mor de la prestación de una aprobación no razonada ni madura por parte de la persona. Por ello, la mera capacidad de obrar no es suficiente para emitir un acuerdo jurídico-penalmente válido que afecta a un bien de la persona, y que sería perfectamente punible si no concurriera tal voluntad acorde. Se exige, pues, una capacidad jurídica superior, que se ha de concretar en una capacidad de comprensión de la magnitud del acuerdo. La capacidad de entendimiento y voluntad es, pues, presupuesto imprescindible —condicio sine qua non— para la eficacia del acuerdo o consentimiento. Crítica y drásticamente: si no se tiene capacidad de comprensión en el acuerdo difícilmente puede acordarse algo. **(p. 242)**

Por ello, ante ejemplos como el mencionado en el Caso número 3, creo que debiera concluirse que tales sujetos carentes de capacidad de comprensión (menores, enfermos mentales, etc.) no pueden emitir un consentimiento válido, aunque pueden hacerlo por ellos sus representantes legales, dentro de los límites permitidos. Por ello, en este sentido, no llega a entenderse bien el parecer mayoritario en Alemania que propugna la teoría dualista: según ésta, el acuerdo (¡incluso interno!) de un niño en relación a que un tercero substraiga su hucha es válido y excluiría el delito de hurto (a lo sumo, sería sancionable como tentativa inidónea, en España no punible), y —sin embargo— el consentimiento de un mayor de edad que, al fragor de unas copas y en el devenir de una riña tumultuaria, inicia una pelea no sería válido, porque el sujeto no puede llegar a comprender, debido a su estado de embriaguez, la magnitud del consentimiento y de la disposición del bien. El reconocer eficacia al acuerdo del menor y negarla al consentimiento del ebrio es, a mi juicio, lógicamente incoherente y dogmáticamente rechazable.

Por otra parte, tampoco pueden convencer los argumentos esgrimidos por la doctrina y la jurisprudencia unánimes en Alemania ante supuestos como el narrado en el Caso número 4: sostener que la aprobación del menor es válida en los supuestos de especial disponibilidad (el niño

puede aprobar que un tercero substraiga su bicicleta para uso propio o para enajenarla) y negarla en los casos en los que esa disponibilidad no es preponderante (el mismo menor no podría consentir que el tercero substraiera la bicicleta para dañarla) es, a mi juicio, hartamente discriminatorio, discutible e insatisfactorio. A más de ello, el tratamiento diferencial, potenciador de una fundamentación insostenible, se muestra a todas luces cuando no es un menor, sino un adulto plenamente consciente, el que da la aprobación sobre la sustracción por un tercero de una cosa ajena (2 inciso del Caso número 4). En este supuesto, el amigo que entrega el coche ajeno no sólo no manifiesta un acuerdo válido sino que comete un injusto típico y punible (apropiación indebida). La razón de que el acuerdo del menor en casos de disponibilidad sea válido no puede satisfactoriamente hallarse, a mi juicio, en la utilización del menor como instrumento mediato, que no respondería por su propia minoridad. Porque este mismo enrevesamiento argumental sería más una razón para negar eficacia dispositiva y liberadora al acuerdo del menor, y exigir en consecuencia, un plus de racionalidad en su actuación dispositiva. **(p. 243)**

### *C. La eficacia excluyente de los vicios de la voluntad que condicionan la libertad o autonomía del sujeto pasivo*

Los partidarios de la teoría dualista creen hallar otro rasgo distintivo en el tratamiento de los genéricamente denominados vicios de la voluntad: mientras que la concurrencia de alguno de estos vicios (error, engaño, fuerza, violencia) es indiferente para la existencia y la validez del acuerdo, los mismo excluirían sin embargo el consentimiento, deviniendo éste ineficaz. Este argumento, en parte basado en la aplicación al Derecho penal de la doctrina civilista de los vicios de la voluntad, no me parece plausible ni convincente.

Como es sabido, si una sujeto acuerda con otro la venta de un determinado objeto de su propiedad, bajo engaño, error, fuerza o violencia, el contrato es civilmente válido aunque impugnabile. En este sentido, se habla en Derecho civil de una «eficacia claudicante», que hace al contrato válido y eficaz, pero anulable. El vicio de la voluntad sería causa de anulabilidad, pero no de nulidad (invalidación ex radice) del consentimiento.

La aplicación de este esquema civilista al Derecho penal es insostenible<sup>43</sup>. Primero, porque los intereses en juego en el ámbito jurídico-penal no pueden regirse por el mismo sistema jurídico-privado, ni siquiera en este ámbito del acuerdo o del consentimiento, en el que entran en juego exclusivamente bienes individuales y disponibles por su titular. Segundo, porque la no prestación del consentimiento en el ámbito privado determinaría, únicamente, la omisión de realizar un negocio jurídico al que los sujetos no están obligados, y -sin embargo- en Derecho penal la no prestación de un consentimiento en relación a una conducta lesiva tiene como efecto la consideración de esa conducta como típicamente antijurídica, merecedora por regla general de una sanción jurídico-penal. Por ello, en tercer lugar, la libertad de los sujetos en el ámbito privado no puede igualarse a la libertad de los sujetos en el ámbito penal: la primera es autonomía de la voluntad para contratar o no, para obligarse o no; la segunda es autonomía de la voluntad para considerar aceptada una lesión a su esfera de competencia que, de no producirse, sería objeto de una responsabilidad jurídico-penal.

Sobre esta base, se reconoce unánimemente que el Derecho penal ha de aplicar criterios propios en la determinación de los vicios de la voluntad. **(p. 244)** Otra cuestión, ardua y hartamente discutida, es si todos los vicios en la formación y en la manifestación de la voluntad han de tener el mismo tratamiento jurídico-penal. Existe consenso en la doctrina en afirmar que la violencia o fuerza empleada para conseguir el consentimiento hace ineficaz a éste, en tanto que el medio determina la eliminación de la libertad de decisión y la imposición de una voluntad diferente a aquella del que presta el consentimiento. Así, en el Caso número 5 el ejercicio de la fuerza para conseguir el consentimiento sobre el mantenimiento de relaciones sexuales eliminaría ex radice cualquier virtualidad de dicho consentimiento, a más de que daría lugar a una tipificación expresa como coacciones o, en su caso, lesiones. El derecho —todo derecho subjetivo— presupone para

---

<sup>43</sup> Por todos, Mir Puig, 1998, Lecc. 19, nm. 35, p. 527: «no es aplicable la teoría jurídico-civil de los vicios de la voluntad»; Roxin, 1997, § 13, nm. 66.

su ejercicio de un ámbito de libertad, y toda libertad presupone autonomía, y la autonomía nunca puede ser incondicional o ilimitada, esto es, arbitraria o unilateral, sino esencialmente sometida a los límites de otra autonomía, de otra libertad<sup>44</sup>. Y en cada ámbito de organización se requiere de una escrupulosa legitimación de los medios de acción y de una inexorable dependencia de otro ámbito ajeno de organización. Pero, lógicamente, la intimidación, la coacción, la violencia o fuerza deslegitiman el ejercicio del derecho, porque son incompatibles con la libertad y la autonomía de la voluntad de la víctima. Brevemente, el derecho subjetivo presupone autonomía, la autonomía presupone libertad, la libertad presupone legitimación y la violencia es incompatible con todo ello: la violencia es deslegitimación.

En relación al engaño, a diferencia de la fuerza o violencia, no existe unanimidad en cuanto a la exclusión ex radice de la autonomía de la libertad del que presta la aprobación. En concreto se discute en qué casos el engaño ha de ser considerado circunstancia suficiente o bastante para excluir el efecto excluyente de la aprobación. La doctrina alemana mayoritaria sigue el parecer de Artz<sup>45</sup>, quien formuló una doctrina, apegada a la afección al bien jurídico, en virtud de la cual el engaño convertiría la aprobación en ineficaz cuando se refiriera a la esencia material del bien jurídico, pero tendría **(p. 245)** el efecto de dejarlo inmune (y, por tanto, eficazmente excluyente de la responsabilidad) cuando se refiriera a una circunstancia adyacente o circunstancial, no esencial, en concreto, a la contraprestación o expectativa de correspondencia<sup>46</sup>. Así, mientras en el Caso número 6, el consentimiento prestado incide directamente en el bien jurídico (sería, por tanto, inválido en circunstancias normales, si el enfermo de buena fe cree en los remedios fantásticos del curandero, pudiéndose sancionar las lesiones que sobrevinieren), en los supuestos del Caso número 7 y del Caso número 8 el engaño induce a un error que gira en torno de una circunstancia adyacente, no esencial: en el primer supuesto, se trata de una circunstancia accesorio y en el segundo de la contraprestación acordada. Por tanto, sería indiferente que, por cuestiones coyunturales, la operación no se celebrara en un centro hospitalario, sino en otro de la misma calidad y parejas prestaciones, del mismo modo que dejaría indemne la virtualidad del efecto del consentimiento por parte de la prostituta sobre el mantenimiento de las relaciones sexuales con el cliente, al margen de que, en este supuesto, pudiera apreciarse la concurrencia de otro tipo delictivo, cual el de estafa.

Sin embargo, más discutibles se muestran los supuestos, como el del Caso número 9, en los que el consentimiento se presta en razón de una determinada persona. La jurisprudencia alemana, así como la doctrina mayoritaria, defiende la fungibilidad de los facultativos que llevan a cabo una determinada operación, en casos que, por su intrínseca ausencia de complejidad, no exigen un plus de cualificación técnica. Sin embargo, este esquema no puede aplicarse, según la doctrina mayoritaria<sup>47</sup>, al ejemplo mencionado en el Caso número 9, en el que precisamente el consentimiento de la actriz sobre la operación de cirugía estética se realizó *ratione personae*, eligiendo ex profeso a un determinado profesional de la Medicina.

Sin embargo, el tratamiento de esta problemática, y en concreto la doctrina que defiende la referencia de la prestación del consentimiento a la afección del bien jurídico protegido o a una circunstancia adyacente o secundaria no puede dar la sensación sino de estar un tanto desenfocada. Y ello por varias razones: **(p. 246)**

---

<sup>44</sup> Paradigmática es la sentencia de Hegel que define el status de persona en la Sociedad, delineando los límites del propio ámbito de autonomía y de libertad: «sé persona y respeta a los demás como personas». Véase Hegel, 1821, § 36.

<sup>45</sup> Artz, 1970, p. 17 ss., 20, 30, que se refiere en este sentido al engaño o el error «referido al bien jurídico»; en el mismo parecido, Jescheck/Weigend, 1996, p. 383; Jakobs, 1991, § 7, nm.118, con matices propios; Meyer, 1984, p. 163 ss., 166, 182; Kußmann, 1988, p. 29 ss., 214, 340 ss.; Cfr. Hirsch, 1985, «Vor § 32», nm. 119, p. 65; Maurach/Zipf, 1987, § 17, nm. 59; Amelung, 1981, *passim*.

<sup>46</sup> Jakobs, § 7 nm. 104 y 118 ss., considera igualmente válido el consentimiento obtenido mediando engaño, aunque en algunos supuestos aprecia responsabilidad en concepto de autoría mediata.

<sup>47</sup> Así, por ejemplo, Artz, 1970, p. 22, nota 29; El mismo, 1992, p. 201; Roxin, 1997, § 13, nm. 69.

En primer lugar, porque hay errores propios (del que presta el consentimiento) o favorecidos, amparados o no aclarados (por quien posee conocimientos especiales), que afectan al bien jurídico, y que no obstante ello, no excluyen el efecto liberador de tal aprobación. Tal es el supuesto del Caso número 10, en el que el error no tiene origen en el que intenta conseguir la aprobación (vendedor del lienzo), sino precisamente en la persona del que presta su consentimiento (comprador), limitándose el primero a guardar silencio sobre la veracidad de lo afirmado por el segundo (a saber: que el cuadro en venta era un «Dalí»). Aunque no dejan de ser controvertidos los límites del deber de veracidad acordes al rol del vendedor (interesante cuestión en la que no incidiremos aquí), lo cierto es que en este supuesto el consentimiento afecta al bien jurídico, y a pesar de ello el consentimiento prestado por el comprador para hacerse con el cuadro, tiene validez y excluye la responsabilidad del comprador, que actúa con absoluta libertad, sin que el vendedor haya creado ni determinado (aunque sí ciertamente no evitado) la situación de error en que el comprador se hallaba. Por ello, la primera premisa de la que parte la tesis de Artz se ve (el error que afecta al bien jurídico convierte en ineficaz el consentimiento), no ya sensiblemente relativizada, sino nítidamente desdicha.

Por otra parte, en segundo lugar, hay casos en los que se produce la situación exactamente inversa, esto es, la de errores que no afectan al bien jurídico, sino a otras circunstancias adyacentes, y que no obstante ello excluye la eficacia del consentimiento. Ello acontece en el Caso número 11, en el que el sensible convecino que, ante la supuesta noticia de un accidente ferroviario, entrega una cantidad de dinero para ayuda de damnificados, no yerra sobre el bien jurídico (sabe lo que entrega y lo hace conscientemente), sino sobre una situación de gravedad, esto es, sobre una circunstancia adyacente, no afectante al bien jurídico. En este supuesto, y frente a la tesis restrictiva de Artz (que sostiene que el error no referido al bien jurídico, sino a otras circunstancias, es válido), el engaño referido a tal circunstancia convierte el consentimiento en inválido, pudiéndose apreciar delito de estafa<sup>48</sup>.

De todo ello se desprende, en tercer lugar, que el eje en torno al cual ha de girar el consentimiento viciado, a efectos de determinar si el vicio producido es o no suficiente o bastante para invalidar el consentimiento, no **(p. 247)** puede hallarse en que objetivamente se refiera al bien jurídico o a otra circunstancia adyacente, sino más propiamente en la incidencia en la esfera de organización o autonomía ajena. Si, por regla general, el consentimiento ha de ser libre para que surta su efecto aprobatorio<sup>49</sup>, entonces para determinar si un determinado vicio de la voluntad es o no causa suficiente o bastante para invalidar el consentimiento habrá que analizar la incidencia que la maquinación fraudulenta incide o condiciona determinativamente la voluntad del sujeto pasivo que presta el consentimiento. Por ello, si un sujeto se irroga la esfera de organización ajena y, con engaño, hace creer a otro sujeto la existencia de una situación inexistente, distinta de la realidad, para conseguir de éste un determinado acto en su perjuicio propio, el consentimiento será viciado y por tanto inválido, porque quien presta el consentimiento lo hace guiado precisamente por el engaño de quien embauca (Caso número 13). No será, por el contrario, bastante el engaño que incide de manera imperceptible en la esfera de organización ajena (ejemplo de esto podría ser el Caso número 12).

#### *D. La problemática del atentado contra las buenas costumbres*

Como expusimos en su momento, algunos de los defensores de la teoría delimitadora creen hallar en la regla del § 228 StGB una regla general aplicable a todos los supuestos de consentimiento (y no sólo al consentimiento en las lesiones), de manera que cualquier consentimiento prestado en acciones que atenten contra las buenas costumbres sería ineficaz, a diferencia de lo que ocurriría en los casos de acuerdo, en los que la lesión de las buenas costumbres por parte de la acción aprobada por el titular del bien jurídico no excluiría la validez y el efecto excluyente del tipo de dicho acuerdo.

---

<sup>48</sup> Cfr. Jakobs, § 7 nm. 104 y 118.

<sup>49</sup> Casas Barquero, 1987, pág. 77.

Esta conclusión debe ser, igualmente, rechazada. En primer lugar, se trata, como se ha encargado de resaltar la doctrina, de un precepto enormemente discutido, cuya constitucionalidad es incluso puesta bajo la sombra de la duda, cuando no pregonada expresamente<sup>50</sup>. En segundo lugar, la imprecisión de muchos de sus elementos levantan las dudas sobre la correcta **(p. 248)** interpretación de este precepto, de modo que se elevan considerablemente las discrepancias sobre cómo interpretar correctamente todos sus extremos, al tiempo que se pone en peligro la seguridad jurídica: por ejemplo, el propio concepto de «buenas costumbres» es objeto de las más enconadas polémicas; asimismo es discutida la determinación de qué debe ser contrario a las buenas costumbres: la acción consentida, el consentimiento, una de las dos cosas o las dos al tiempo<sup>51</sup>; también el alcance de la propia cláusula del § 228 StGB es controvertido: ¿el atentado contra las buenas costumbres hace irrelevante el consentimiento sólo en las lesiones corporales (y en su caso, sólo en las dolosas o también en las imprudentes), o en todos los casos de consentimiento, o acaso también en los casos de acuerdo?<sup>52</sup>; igualmente la interpretación del término «hecho» se muestra a controversias<sup>53</sup>.

En todo caso, y al margen de la muy probable inconstitucionalidad de la restricción contenida en el párrafo en cuestión, la aplicación de la misma es enormemente conflictiva y ciertamente marginadora de semejantes situaciones. **(p. 249)** Los autores que defienden una aplicación de la cláusula restrictiva de la libertad de autonomía individual más allá de los límites que marca el § 228 StGB se basan en una interpretación extensiva de dicho párrafo que no me parece convincente, pues no sólo supone una limitación de la libertad de disposición de bienes jurídicos personales, sino que además constituye una analogía ampliadora in malam partem, que dudosamente puede considerarse acorde a la Constitución.

Así las cosas los ejemplos mencionados anteriormente son, en la doctrina germana, intensamente discutidos. Supuestos como el aludido en el Caso número 14, que delataron la disparidad doctrinal al respecto, fueron resueltos por los tribunales alemanes en el sentido de limitar, como expresamente hace el párrafo en cuestión, el ámbito de aplicación de tal precepto al consentimiento en las lesiones, de modo que un acuerdo que atentara hipotéticamente contra

---

<sup>50</sup> A favor de la inconstitucionalidad de este precepto se muestran, en la doctrina alemana actual, Sternberg-Lieben, 1997, p. 136, 157 ss., 162; Rönnau, 2001, p. 165 ss.; Paeffgen, 2000, § 228 nm. 43, 50: «la determinación del § 228 es inconstitucional»; en principio, también, Niedermaier, 1997, p. 33, aunque luego (p. 257 s.) se preocupa de intentar dotar de un contenido concretizador a tal precepto, resaltando en todo caso su ausencia de función; de dudosa constitucionalidad lo tilda Kühl, 2002, § 9 nm. 30.

<sup>51</sup> Aunque el § 228 StGB deja intacta la antijuricidad en cuestión «cuando el hecho, a pesar del consentimiento, atenta con las buenas costumbres», algunos autores, como Baumann/Weber/Mitsch, 1995, § 17, nm. 112, extienden la contrariedad a las costumbres también al consentimiento. El Tribunal Supremo alemán ha determinado, en varias ocasiones (últimamente, por ejemplo, BGH *NStZ*, 2000, p. 87 f.) que lo que debe contrariar las buenas costumbres es el hecho no el consentimiento. Así, también, Bockelmann, 1973, p. 104: «determinante es el juicio ético sobre el hecho que se consiente, no sobre el consentimiento. El donante de sangre que, en aprovechamiento de una situación de necesidad, hace depender su consentimiento sobre una transfusión de sangre del pago de unos horrendos honorarios, actúa contra las buenas costumbres, pero queda justificada la lesión corporal a él producida por la extracción de sangre» (también en Bockelmann/Volk, 1987, p. 104); Kühl, 2002, § 9 nm. 30; Kindhäuser, 2002, § 12 nm. 7.

<sup>52</sup> Un reducido pero significativo sector doctrinal sostiene que la cláusula del § 228 StGB contiene un principio general, aplicable a todos los supuestos de consentimiento, no sólo a las lesiones corporales. Así, Geerds, 1954, p. 268; Mayer, 1953, p. 167; Welzel, 1969, p. 97; En contra, entre otros, Roxin, 1997, § 13, nm. 8 y 41, Baumann/Weber/Mitsch, 1995, § 17, nm. 112; Jescheck/Weigend, 1996, § 34 III 3, p. 380, y se muestran partidarios de la aplicación restrictiva de dicha regla a los supuestos de puesta en peligro imprudente de la vida (p. 378 s., 590 s.); Otto, 2000, § 13, nm. 119, señala que el § 228 StGB no tiene como contenido un principio limitador general, por lo que únicamente se refiere a las lesiones corporales, y —en todo caso— no al consentimiento de la producción de una muerte (§ 216 StGB). Para Kühl, 2002, § 9/30, dicha regla sólo se aplica a los supuestos de lesiones corporales.

<sup>53</sup> Según algunos autores, con el término «hecho» se alude, no sólo al resultado de lesión corporal, sino también al fin perseguido con ese mismo hecho. Así, en este sentido, Kühl, 2002, § 9/30; Lackner/Kühl, 2001, § 228 nm. 10; Paeffgen, 2000, § 228 nm. 40; En contra, Hirsch, 1985, § 226a nm. 9.

las buenas costumbres (como el del anciano que permite entrar en su vivienda a un joven so pretexto de ayuda con el cargamento) sería válido y eximiría de responsabilidad por ausencia de un elemento del tipo.

Harto discutibles se muestran, empero, los supuestos (como el del Caso número 15) de consentimiento en las lesiones cuando el hecho en cuestión atenta contra las buenas costumbres. La solución que propondría la doctrina dualista, al menos la mas apegada a criterios conservadores o moralistas, en el Caso número 15 (operación de cirugía transexual) o en el Caso número 16 (corte de cabello a colegial), esto es, la de dejar intacta la antijuricidad de la acción, no obstante mediar consentimiento por parte del joven que se somete a tal operación de cambio de sexo o a rasurado de cabello, con el pretendido argumento de atentado contra las buenas costumbres, es sólo insatisfactoria sino aberrante. Estas actuaciones a riesgo propio, o de (hipotéticas) heterolesiones consentidas, no pueden sino resolverse concediendo plena virtualidad exoneradora si media consentimiento válido por parte del joven. Y el estimar pretendidamente que se atentan las buenas costumbres no puede ser un criterio, ni fundamento, ni limitación a la libertad del ciudadano. Sólo así puede deslindarse debidamente el ámbito de lo jurídico y lo moral; sólo así puede tutelarse la libertad del sujeto y sólo así puede considerarse un sistema jurídico como democrático: sin contaminaciones ni cortapisas de índole moral. Como diría Radbruch: «el Derecho penal sólo es moral en tanto es posibilidad de lo inmoral»<sup>54</sup>. **(p. 250)**

Por último, en el supuesto mencionado en el Caso número 17 se pone, de nuevo, a prueba de fuego la ausencia de unidad de criterio en la doctrina penalista. En una interpretación fiel a la letra de la ley alemana, que —como sabemos— exige que el acto consentido sea contrario a las buenas costumbres para invalidar el consentimiento prestado, ha apuntado un sector de la doctrina que el consentimiento sigue siendo válido si lo que atenta contra las buenas costumbres es el sometimiento de dicho acto a desproporcionada condición (en ese supuesto: al pago de unos honorarios desorbitados como pago por la donación de sangre), y -por ello- serán justificadas las eventuales lesiones que en el curso de dicha donación pudieran sobrevenir.

#### *E. Otras diferencias derivadas de la distinción entre acuerdo y consentimiento*

Sobre otras diferencias o consecuencias que la doctrina dualista extrae de la distinción entre el acuerdo y el consentimiento válido en Derecho penal no nos vamos a detener más en este lugar. En las páginas anteriores hemos intentado, al hilo de algunos ejemplos problemáticos, esbozar también cuestiones atinentes a la punibilidad de la tentativa y del error inducido al sujeto pasivo que presta la aprobación. Únicamente anotaremos aquí que los supuestos de desconocimiento de la existencia de acuerdo y de consentimiento, como los ejemplos de creencia errónea de existencia de acuerdo o consentimiento no admiten tampoco un tratamiento diferencial, y permiten ser solucionados aplicando a ellos las reglas del error de tipo.

### **IV. Consideraciones finales: el consentimiento como causa de atipicidad**

#### **1. La incorrección de la distinción entre acuerdo y consentimiento**

En la segunda parte de este trabajo se ha intentado una revisión crítica de la doctrina delimitadora o dualista, dedicando algunas consideraciones críticas a las principales consecuencias extraídas de la distinción entre acuerdo y consentimiento. Creemos haber puesto de manifiesto que una tal distinción no sólo es dogmáticamente improductiva, sino también incorrecta, pues concede un tratamiento diferencial a tales figuras, con el pretendido argumento de una mayor facticidad del acuerdo en relación con el consentimiento y de una preponderancia de la disponibilidad del bien jurídico en **(p. 251)** cuestión<sup>55</sup>. Ambos argumentos son, a nuestro juicio,

---

<sup>54</sup> Radbruch, 1950, p. 141.

<sup>55</sup> Otros argumentos en Jakobs, § 7 nm. 113 y 125 ss., en relación con el riesgo permitido y el actuar a riesgo propio.

inconsistentes, y no abonan convenientemente la supuesta conveniencia de un tratamiento diferencial.

## **2. El consentimiento como manifestación de la autodeterminación personal de los bienes disponibles afectante al tipo**

Antes bien, consideramos que tanto el acuerdo como el consentimiento han de tener el mismo tratamiento dogmático (pudiéndose usarse, pues, como sinónimos), y que el acuerdo aprobatorio por parte del titular de un bien jurídico es cuestión que excluye la tipicidad de la conducta. En efecto, no tiene sentido, según nuestro punto de vista, considerar que, frente al acuerdo, el consentimiento deja inmune la lesión típica, aunque —si el consentimiento es válido— excluya la antijuricidad de la acción. El consentimiento, como el acuerdo, sobre la aceptación de un determinado riesgo producido por un tercero presupone el derecho de autodeterminación del sujeto<sup>56</sup>. Precisamente por disfrutar el sujeto de un ámbito de autonomía o de libertad sobre el manejo de bienes de su titularidad, cualquiera que sea su decisión sobre el particular, y siempre que se trate de un consentimiento válido, excluirá ab initio cualquier incidencia lesiva en su propio ámbito de organización: en este sentido, como dice Jakobs<sup>57</sup>, «el suceso es incumbencia del que consiente».

De esta perspectiva se derivan dos cuestiones fundamentales. En primer lugar, el sujeto sólo podrá disponer de los bienes subjetivos que conformen su propia constitución como persona responsable. Si la persona se define como un haz de derechos y deberes, se incluye en el rol del ciudadano la posibilidad de disponer a su libertad su esfera de organización, de modo que suponga un ejercicio racionado de su autodeterminación, lo cual excluye la incidencia lesiva en esferas de organización ajenas. En segundo término, ámbito de organización significa ejercicio de libertad: no es que la libertad sea un derivado de la autodeterminación, sino antes bien su componente esencial, sin la cual no habría reconocimiento ni disfrute ni existencia de **(p. 252)** autodeterminación ni de ámbito de organización propio. El ejercicio de libertad es, pues, presupuesto del actuar a riesgo propio<sup>58</sup>.

Precisamente por ello, no puede entenderse que se distinga entre un acuerdo excluyente del tipo y un consentimiento excluyente de la antijuricidad. Cualquier decisión de la persona, en ejercicio de su derecho de autodeterminación, esto es, de su libertad, dejará inmune, si es ejercicio racionado y si se trata de un bien disponible, la incidencia lesiva que eventualmente pudiera derivarse de tal autopuesta en peligro o de la heterolesión consentida. Conceptualmente, pues, no habría lesión desde el punto de vista normativo, aunque se discute ampliamente sobre la autorresponsabilidad de la víctima en casos concretos<sup>59</sup>.

En las páginas que anteceden nos hemos ocupado, únicamente, de un aspecto primario o fundamental de la teoría del consentimiento, siendo nuestro único propósito el desvirtuar las propuestas delimitadoras todavía imperantes en Alemania y en muchos países cuyas construcciones teóricas o proposiciones doctrinales siguen las directrices de los aportes alemanes. En todo caso, la moderna Dogmática jurídico-penal se ocupa, al hilo de la cuestión tradicional del consentimiento, de renovadas cuestiones (como, muy especialmente, las relacionadas con la imputación objetiva en casos de concurrencia de riesgos o responsabilidad de autor y víctima, la participación en supuestos de autopuesta en peligro por parte de la víctima o en casos de heteropuesta en peligro aprobada por el sujeto pasivo, los deberes de autoprotección de la víctima, etc.<sup>60</sup>) que, de propósito, han quedado al margen del estrecho límite de este estudio.

---

<sup>56</sup> Sobre este punto, extensamente, Göbel, 1992, p. 23 ss.

<sup>57</sup> Jakobs, § 7 nm. 104.

<sup>58</sup> Jakobs, § 7 nm. 125 ss.

<sup>59</sup> Zaczyk, 1993, 5 ss.; Cancio, 2001, p. 325 ss.; Feijóo, 2002, p. 471 ss.

<sup>60</sup> Sobre estas cuestiones, recientemente, con amplitud, Cancio Meliá, 2001, *passim* (y revisión de la más reciente problemática, con abundante bibliografía y propuestas sugerentes, pp. 427 y ss.). Igualmente,

