



**Universidad del Azuay**

**Facultad de Ciencias Jurídicas**

**Carrera de Derecho**

Antijuricidad: El problema con el consentimiento en el Código Orgánico Integral Penal.

**Trabajo de titulación previo a la obtención del grado en Abogado de los juzgados y tribunales de la República del Ecuador**

Autor:

**José Alberto Ayora Ortega**

Director:

**Dr. Juan Carlos López Quizhpi.**

Cuenca – Ecuador

**Año: 2023**

## **Dedicatoria**

Este trabajo investigativo, va dedicado para mi toda mi familia, pero especialmente para mis padres José y Priscila, mis hermanos Emilia y Pablo, gracias por siempre estar conmigo y presionarme para ser una mejor persona, son el motivo de todo.

## **Agradecimiento**

Me gustaría agradecer a todos los profesores en mi vida universitaria, especialmente al Dr. Juan Carlos López Quizhpi, quien me ayudó con su vasto y ejemplar conocimiento para realizar la presente tesis de grado.

## Índice

Dedicatoria .....	vi
Agradecimiento .....	vii
Índice .....	viii
Resumen .....	xi
Abstract.....	xii
Introducción.....	1
<b>CAPÍTULO 1</b> .....	<b>2</b>
1.1 Definición del Consentimiento.....	2
1.2 Definición de Derecho Penal.....	3
1.2.1 Derecho Penal Objetivo.....	4
1.2.2 Derecho Penal Material o Sustantivo. ....	4
1.2.3 Derecho Penal Adjetivo.....	5
1.2.4 Derecho Penal Subjetivo. ....	5
1.3 Antecedentes históricos sobre el Consentimiento en el Derecho en General. ....	12
1.3.1 Algunas menciones sobre el consentimiento en el Derecho Civil .....	13
1.4 Antecedentes históricos sobre la Antijuricidad en la teoría del Delito. ....	15
1.4.1 Sistema Clásico y Neoclásico.....	16
1.4.2 Antijuricidad y Tipo .....	17
1.4.3 Antijuricidad e Injusto.....	18
1.4.4 Funcionalismo .....	19
1.4.5 Teoría de los Elementos Negativos del Tipo.....	20
1.4.6 Esquema Finalista: Funcionalista.....	21

CAPITULO 2 .....	24
2.1 El Consentimiento y su Análisis en la Legislación Penal .....	24
2.1.1 Algunas menciones del consentimiento en el Derecho Penal .....	25
2.1.2 Naturaleza del Consentimiento.....	27
2.2 Doctrina referente a la antijuricidad. ....	35
2.2.1 Elementos Comunes de la Antijuricidad Penal. ....	37
2.2.2 Antijuridicidad Formal .....	39
2.2.3 Antijuridicidad Material .....	39
2.2.4 Tesis de la Independencia.....	40
2.2.5 Tesis Intermedia .....	41
2.2.6 Tesis de la Correspondencia.....	41
2.2.7 Punto de Vista de la No distinción .....	42
2.2.8 Concepto de Lesión y Peligro en la Antijuricidad Material .....	43
2.2.9 Desvalor de Acto y Desvalor de Resultado.....	44
2.3 Breve análisis a las causas que excluyen la antijuridicidad en el Código Orgánico Integral Penal .....	45
2.3.1 Causales de Justificación.....	45
2.3.2 Causas de justificación en el Código Orgánico Integral Penal.....	49
2.4 El consentimiento debería ser analizada dentro de las causales de la antijuridicidad en la legislación Nacional. ....	59
2.4.1 Requisitos para la validez del consentimiento.....	62
2.4.2 Bienes Jurídicos Protegidos Disponibles.....	74
CAPITULO 3 .....	78
3.1 El consentimiento dentro de las legislaciones colombiana y española, análisis sobre el tratamiento del mismo si como causa de justificación o elemento de la tipicidad. ....	78
3.2 Legislación de España .....	78

3.3 Legislación de Colombia.....	82
3.4 Conclusiones y Recomendaciones .....	85
3.4.1 Recomendación .....	89
Bibliografía.....	90

## Resumen

El ordenamiento jurídico penal ecuatoriano sigue la dogmática de la teoría del delito, dentro de ella se encuentra la antijuricidad como un pilar necesario para la configuración de una conducta delictiva, este pilar tiene ciertas normas permisivas conocidas como causales de justificación cuyo fin es destruir el juicio de antijuricidad y volver lícita a la conducta típica del sujeto, pero, dentro ellas en la legislación nacional no se encuentra regulado al consentimiento, a pesar que en otras legislaciones si se lo regula, es por ello que el presente trabajo investigativo busca analizar por qué esta causal si tuviera validez cuando existe una renuncia consciente a los beneficios por parte de quienes tienen derecho a disponer legalmente del bien jurídico en cuestión con el ordenamiento jurídico ecuatoriano; cuando él que da su consentimiento es el titular del bien jurídico protegido, debido a ello la presente investigación se enfocará en un análisis detallado y pormenorizado de lo que la doctrina sostiene frente a esta causal no regulada en el Ecuador.

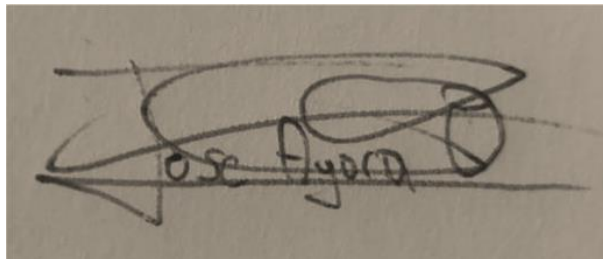
**Palabras claves:** Consentimiento - Antijuricidad – Causas de Justificación - Bienes Jurídicos – Disponibilidad – Capacidad – COIP.

## Abstract

The Ecuadorian criminal legal system follows the dogmatics of the theory of crime; within it, there is illegality as a necessary pillar for the configuration of criminal conduct. This pillar has certain permissive rules known as grounds for justification whose purpose is to destroy the trial of illegality and make the typical behavior of the subject lawful, but, within them, consent is not regulated in national legislation, despite the fact that in other legislations it is regulated, which is why the present research work seeks to analyze why this causal would be valid when there is a conscious waiver of the benefits by those who have the right to legally dispose of the right in question with the Ecuadorian legal system, when he who gives his consent is the owner of the protected legal asset. Due to this, the present investigation focused on a detailed analysis of what the doctrine maintains against this unregulated cause in Ecuador.

**Keywords:** Consent - Unlawfulness - Causes of Justification - Legal Assets - Availability - Capacity - COIP.

Translated by:

A photograph of a handwritten signature in black ink on a light-colored surface. The signature is written in a cursive style and reads "Jose Alberto Ayora Ortega".

Jose Alberto Ayora Ortega





## **Introducción**

Se puede sostener que el Derecho Penal viene a regular como se ejecuta el ejercicio punitivo y también preventivo por parte del Estado, y su finalidad no es una sola ya que por una parte se dedica a la tipificación de conductas que son dañosas para la vida en comunidad ya que las mismas vienen a causar lesionan a bienes jurídicos fundamentales para la sociedad y, por otro lado a su vez, es minimizar lo máximo posible la realización del poder punitivo del Estado para evitar abusos y arbitrariedades para de cierto modo ayudar a garantizar la convivencia en un Estado constitucional de derechos y justicia.

Por ello dentro del Código Orgánico Integral Penal, que tiene la finalidad tanto el proteger los derechos de las personas, y por otro a limitarlos y que el mismo debe, por su naturaleza de materia penal, se requiere siempre de una renovación tanto de forma teórica como conceptual y cuya finalidad está encaminada a fortalecer la justicia penal en el Ecuador. No es posible limitar el ejercicio abusivo del poder punitivo si no se tienen en consideración los derechos de los ciudadanos. Sobre la parte teórica en materia penal debido a su naturaleza tan delicada para el ciudadano el Derecho Penal debe seguir evolucionando y aceptando nuevas formas que lo que buscan es tanto limitar el poder estatal como defender al ciudadano y la vida en comunidad. El Ecuador no debería de quedarse atarascado referente a nuevos conceptos aceptados por la doctrina, como dentro de la antijuricidad y sus normas permisivas que, en determinadas circunstancias, frente a ciertos supuestos facticos el agente que ha cometido una conducta típica está justificado gracias a las posibles causas que eximen de la responsabilidad penal.

Doctrinariamente el consentimiento puede servir como una herramienta que ayudaría, a través de ciertos principios como mínima intervención, proporcionalidad, renuncia a la protección de la norma, entre otros; para tanto limitar el poder punitivo como defender Derechos y garantías de los ciudadanos sin dejarlos en indefensión ya que el mismo puede tener una naturaleza de norma permisiva que permite que el supuesto delito deje de serlo ya que este perdería su elemento de antijuricidad, por ello la conducta que si bien es típica la misma dejaría de ser antijurídica en base a que el agente, actuó bajo justificación.

## CAPÍTULO 1

### 1.1 Definición del Consentimiento.

Para partir de un punto fundamental, cabe aclarar que el consentimiento no tiene su origen como una institución o una figura perteneciente ni al Derecho Penal, ni al Derecho en general. Consentir es un verbo que significa permitir algo, condescender a hacer algo, aceptar una propuesta o una sugerencia, unir o promulgar la voluntad mediante una aceptación o un asentimiento. El término consentimiento en resumidas cuentas se lo entiende como la aprobación o el permiso para que se haga algo (La Real Academia Española, 2020), proviene del latín “*consentirē*”, y en su acepción originaria expresa la concordancia entre las partes, la uniformidad de opinión o la anuencia de lo sucedido. No es nueva la relevancia que se le ha dado al consentimiento de la persona que se ha visto perjudicada en algún Derecho.

Conociendo entonces que es una figura externa de lo jurídico lo que ha hecho el Derecho en general es incorporarla dentro del marco de su regulación. Es elemental en los aspectos centrales de la teoría general del acto jurídico, para exteriorizar una voluntad válida, libre e inteligente. Dentro del consentimiento hay subdivisiones dependientes en la manera en la que el mismo pueda ser exteriorizado al mundo real, sin embargo la división más extensa es el expreso y el tácito, el primero se puede expresar de manera verbal, mediante signos inequívocos, por escrito y por medios electrónicos pero tiene la característica de siempre se manifiesta explícitamente de algún modo; el segundo es consecuencias de las circunstancias que permiten (Arredondo Galván, 2014).

En el ámbito jurídico, y específicamente la rama del Derecho Penal, sí reconoce al consentimiento del titular del derecho o interesado como elemento de afectación del delito, pero lo más primordial para tener en cuenta del consentimiento en esta rama referida es el hecho que cuando se produce se sobreentiende que se trata de un acuerdo con la realidad, en donde la afectación no es importante o es insignificante para su titular y que resulta en una renuncia a la protección que brinda el ordenamiento jurídico, sostenido de otra forma “...la aceptación o permiso por parte de un particular para que otro realice una conducta típica” (Rios Arenaldi, 2006). Inclusive en la doctrina nos solemos encontrar con tratadistas que

sostienen que el abandono de los bienes jurídicos personales afectados por dicha aceptación hace que estos bienes jurídicos amparados en la ley penal sean excluidos del ámbito de competencia de la misma ley por disposición del objeto de la acción.

En un estado libre, es seguro que la voluntad del individuo debe prevalecer, con respecto a sus bienes existentes, sobre la voluntad del Estado, con excepción de los bienes legales de suma importancia para el general de la comunidad. Desde un punto de vista filosófico se lo puede entender como que se trata de un resultado de la deliberación previa entre las partes no es la caracterización unilateral del acto, sino el hecho de que el acto es un proceso transitorio, donde una parte es pasiva, se resuelve que la otra parte puede ser activa. Porque solo se puede vincular uno o ambos están activos. En este caso, la reciprocidad es forzada (Garcés Vásquez, 2014). Una vez esclarecido el tema referente al concepto de consentimiento y su origen ajeno a lo jurídico es menester definir con brevedad y a groso modo el significado de Derecho Penal para poder entender cómo ha ido siendo introducido a esta rama tan compleja del Derecho.

## **1.2 Definición de Derecho Penal.**

Si el Derecho Penal es una rama más del Derecho, la ciencia del Derecho Penal no puede tratar el concepto de la rama referida de una manera similar a como lo hace la filosofía del Derecho con el concepto de Derecho en general, ya que a los penalistas prefieren las propiedades formales, en lugar de buscar las propiedades materiales del Derecho Penal, sin embargo, tampoco se puede establecer un concepto sin tomar en consideración al factor material de esta rama, por ello los doctrinarios han decidido diferenciar en esta rama entre “concepto formal, como acotación formal de lo que es derecho penal frente a lo que no lo es, y concepto material, destinado a la esencia de la norma penal y a la función del derecho penal previamente definido” (Mir Puig, 2003). Por ello es que el derecho penal no puede considerarse único. Establecido esto ya es practica muy aceptada que la doctrina lo subdivide en un derecho penal objetivo que se subdivide en derecho penal formal y material; y la otra subclasificación es del derecho penal subjetivo.

### **1.2.1 Derecho Penal Objetivo.**

En este sentido se puede determinar que el Derecho Penal formal como el conglomerado de normas jurídicas, que tiene la finalidad de definir conductas como los delitos y señalar las penas y medidas de seguridad que se atribuirán al individuo que rompe el contrato social, y daña con su actuación a la sociedad (Lopez Guardiola, 2012). Esta definición es producto de una evolución que se ha dado desde el siglo XIX con VON LISZT como cabeza de las antiguas definiciones donde solo se limitada a establecer al Derecho Penal como el Derecho de las Penas.

La afirmación o concepto antiguo ya ha sido superada y nos encontramos en la actualidad con demás instituciones elementales o fundamentales que integran a esta rama del Derecho, como por ejemplo las medidas de seguridad que para varios doctrinarios ha adquirido una relevancia muy alta, no al nivel tan indispensable como en de las penas mismas pero si lo suficientemente importante como para ser tomado en consideración para su definición, por ende se sostiene de manera acertada que el Derecho Penal ha desbordado el alcance de su designación literal, no obstante la pena sigue siendo la integrante esencial del derecho penal común y las medidas de seguridad han tomado un lugar secundario. Algunos doctrinarios para entender de mejor manera el Derecho Penal Objetivo lo han subdividido en Derecho Material o Sustantivo y Adjetivo.

### **1.2.2 Derecho Penal Material o Sustantivo.**

Como se trata de una subrama del Derecho objetivo podemos definirlo como un conjunto de normas que determinan lo que se puede considerar punible, imputable y su sanción correspondiente; es decir se trata de una especie de maquinaria que genera una clase de control social en la ciudadanía y si ellos incumplen con lo establecido se les atribuye un castigo ya predeterminado. Esto es fácil de determinar ya que tenemos aquí a los varios tipos establecidos en el Código Orgánico Integral Penal (COIP de ahora en adelante) y sus respectivas penas.

De manera ilustrativa podemos poner como ejemplo al Homicidio que se encuentra regulado en el Art. 144 ibidem, la conducta típica regulada a través del Derecho Material Penal

sería “La persona que mate a otra” y la pena o condena serían los trece años de privación de libertad que recibiera esa persona. “La persona que mate a otra será sancionada con pena privativa de libertad de diez a trece años.” (Asamblea Nacional de la República del Ecuador, 2021). Como se puede observar se compone de supuestos y consecuencias reguladas en el cuerpo normativo encargado de ello, en el Ecuador antes existía la diferencia entre un Código Penal sustantivo y un Condigo de Procedimiento penal o Adjetivo, sin embargo, en la actualidad tanto la parte material como la parte procesal se encuentran reguladas en el mismo cuerpo normativo.

### **1.2.3 Derecho Penal Adjetivo.**

El Derecho Penal Adjetivo o Procesal Penal surge para tutelar la efectividad del Derecho Penal Sustantivo, un mecanismo efectivo de aplicación desarrollo a través del proceso penal. Es un conjunto de normas que vienen a realizar el derecho penal objetivo (Clariá Olmedo, 2008). Como se observa se trata de una disciplina jurídica reguladora de la efectiva realización del derecho penal, que establece los principios que gobiernan esa realización y determinan los órganos, actividad y procedimiento para actuar la ley sustantiva.

Se puede sostener que las normas de Derecho Penal Sustantivo, los tipos penales, solo serían hipótesis si no tuvieran su mecanismo, instrumento o media para aplicar las sanciones o penas; o por defecto ratificar el estado de inocencia. Solo el derecho procesal penal a través de un proceso hace efectivas las normas sustantivas o materiales del derecho penal. Permite la existencia de un proceso donde se determinará la existencia de una infracción, la determinación de participes, la existencia de elementos de convicción, de prueba y no se podría declarar a una persona culpable o inocente

### **1.2.4 Derecho Penal Subjetivo.**

El derecho penal Subjetivo o conocido como el *ius puniendi*, hace alusión a la potestad para castigar del Estado misma que se materializa con la creación de delitos, en el juzgamiento, imposición de penas y medidas de seguridad y ejecución de las mismas (Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, 2020). Proviene del latín *IUS* que significa

Derecho y *puniendi* que significa castigo. Se puede sostener que simplemente es la correcta aplicación o materialización, a través de los diferentes órganos del estado, del Derecho Penal objetivo. Esta parte del Derecho Penal tiene una doble justificación, una conocida como el fundamento funcional y otro conocido como el fundamento político.

Hablando del fundamento funcional de esta potestad que adquiere el Estado se justifica debido a que es necesario castigar o imponer medidas de seguridad para alcanzar los objetivos que se atribuyen a la pena o a las medidas de seguridad, se fundamenta en cuanto a la función que está destinado a cumplir, que es una protección para la sociedad, ya sea a través de la imposición de un castigo por la transgresión de ciertas normas de convivencia conocido como pena, medidas de seguridad entendidas como medios exigidos por razones de eficacia, para completar la función de prevención no asumible por las penas y como tratamientos para que los sujetos vuelvan a integrarse a la sociedad y no como un doble castigo como se sugería en la antigüedad, e inclusive por medio de la prevención del cometimiento de delitos.

En cuanto al fundamento político, se sostiene que este nació de la necesidad de los hombres de renunciar a una pequeña porción de su libertad para así buscar una convivencia social y dejar atrás el conflicto constante en el que vivían, “La suma de todas esas porciones de libertad, sacrificadas al bien de cada uno, forma la soberanía de una nación, y el soberano es su administrador y legítimo depositario” (Mir Puig, 2003). Esto es ampliamente observado con el cambio del Estado Liberal, que se caracterizaba por ser un cuidador del orden público, a un Estado Social más intervencionista que se preocupe tanto de la aplicación de penas como también la implementación de medidas de seguridad que buscan de cierta forma combatir más eficazmente la delincuencia. En otras palabras, el fundamento político conlleva la imposición al respeto a las exigencias que un Estado de Derecho implica.

#### **1.2.4.1 Límites del Ius PUNIENDI.**

Por estos enunciados sostenidos no se puede llegar a otra conclusión que el *IUS PUNIENDI* es la expresión absoluta de la soberanía de un Estado ya que solo él puede hacer uso de esta facultad, ya que el Estado es el encargado de la protección de los ciudadanos, pero entendido esto como un deber del Estado y no como un Derecho absoluto de este. A diferencia del Derecho Penal antiguo que tenía particularidades como falta de racionalidad, crueldad,

arbitrariedad, entre otros. Se empieza a considerar de suma importancia el establecer que el Estado no puede tener esta atribución de manera absoluta ya que esto generaría ciertos menoscabos a Derechos fundamentales como el patrimonio, la libertad, la intimidad, entre otros. Para evitar abusos por parte del Estado esta posibilidad de sancionar conductas a los transgresores de las normas de convivencia social está sujeta a ciertos límites. Cualquier conflicto que surge entre el derecho legítimo a usar la violencia por parte de los Estados y las libertades individuales deben evaluarse sobre la base de principios.

Es trascendental que existan limitaciones en el ejercicio de este deber estatal, por ello la importancia de preestablecer los mecanismos a través de los cuales se regirá esta atribución. Los límites de esta facultad han sido tratados por la doctrina de manera amplia y desarrollada, sin embargo, se considera necesario hacer una referencia a los que han sido más reiterativos por parte de los doctrinarios; sabiendo de antemano que, si la base funcional del derecho penal es la necesidad para proteger a la sociedad a través del castigo o la aplicación de medidas de seguridad, se debe encontrar el primer límite del *ius puniendi* en la misma necesidad.

#### **1.2.4.2 Principio de Legalidad**

Los límites no son solo para el individuo sino también para el Estado, a lo que puede o no intervenir el Estado, sosteniendo en esencia que no puede imponerse una pena a alguien sin que exista esta como una consecuencia jurídica prevista para su comportamiento y que la también que comportamientos deben pensarse y cómo deben pensarse (Lascurain Sánchez, 2019). Es más conocido por su aforismo en latín *nullum crimen, nulla poena sine lege* y sostiene a modo general que siempre se exige la existencia de una ley previa al cometimiento del delito, que contenga la descripción del mismo y la pena que se le debe imponer. Muchos doctrinarios sostienen que este principio es la columna vertebral referente a los límites que tiene esta atribución exclusiva del Estado, ya que se puede advertir que constituye como un mecanismo para impedir las posibles arbitrariedades que se podrían generar mediante una absoluta actuación por parte del legislador.

En la legislación Nacional tenemos un claro ejemplo en el artículo 76.3 de la Constitución que sostiene:

*“Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley” (Asamblea Nacional, 2008).*

De igual manera se encuentra manifestado en el Código Orgánico Integral Penal (COIP) en el artículo 5 numeral 1 sosteniendo que:

*“Art. 5.- Principios procesales. - El derecho al debido proceso penal, sin perjuicio de otros establecidos en la Constitución de la República, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado u otras normas jurídicas, se regirá por los siguientes principios:*

*1. Legalidad: no hay infracción penal, pena, ni proceso penal sin ley anterior al hecho. Este principio rige incluso cuando la ley penal se remita a otras normas o disposiciones legales para integrarla” (Asamblea Nacional de la República del Ecuador, 2021).*

#### **1.2.4.3 Principio de Intervención Mínima.**

Conocido también como principio de mínima intervención, o de *ultima ratio* sostiene que el Derecho Penal solo puede participar cuando exista una transgresión a un bien jurídico fundamental para la convivencia social, que sea de un interés general y esencial la protección de este bien. El Derecho Penal solamente debe operar al momento que haya ataques graves a los bienes jurídicos tutelados; en cambio sí hay vulneraciones mínimas, el Derecho Administrativo se encargará de solucionarlas y no así el Derecho Penal (Lopez Guardiola, 2012). Este principio si se encuentra regulado en el COIP en su artículo tres “Principio de mínima intervención. La intervención penal está legitimada siempre y cuando sea estrictamente necesaria para la protección de las personas. Constituye el último recurso, cuando no son suficientes los mecanismos extrapenales.” (Asamblea Nacional de la República del Ecuador, 2021). Por ello el Derecho Penal debe ser criticado y analizado regularmente para determinar en cada momento qué acciones son tan perjudiciales que merecen castigo mediante sus instituciones y cuáles ya no, a esta característica se la conoce como carácter fragmentario del Derecho Penal.



#### **1.2.4.4 Principio de Exclusiva Protección de Bienes Jurídicos.**

Va de la mano con el principio analizado con anterioridad, este sostiene que el Derecho Penal no puede castigar conductas consideradas derivaciones sociales, sino su fundamento siempre tiene que ser un bien jurídico. Siempre es un requisito que la conducta que se coerce con la imposición de una pena ataque a un bien jurídico (Guerra de Villalaz, 2013). Se lo conoce también con el nombre de Principio de Lesividad debido a que el Estado no puede efectivizar sanciones o penas siempre es que estas no tengan un fundamento en algún bien jurídico. La admisión de la protección de la norma penal se sostiene solo si tiene como cimiento el resguardo de un bien jurídico protegido penalmente

Aquí se puede observar una clara correlación entre este principio y el fragmentario del Derecho Penal, y así se da un uso más restrictivo del Derecho Penal y un concepto político-criminal de bien jurídico que lo diferencia de valores puramente morales (Fernández Rodríguez, 1994). Para esclarecer más el tema se entiende a bienes jurídicos como algo tangible o inmaterial que se considera tan valioso para la sociedad, tanto así que requiere de una garantía legal de que no será dañado por las acciones de un tercero, es una condición necesaria o considerada por la comunidad como necesaria y ventajosa para el progreso tanto de la vida humana como de la misma sociedad.

#### **1.2.4.5 Principio de Proporcionalidad.**

Se vincula con la idea de prohibición de exceso, sostiene que las penas o sanciones deben ser correspondientes, conformes o equitativas a la gravedad del hecho realizado.

Cundo se impone una sanción debido al cometimiento de un delito la calidad y cantidad de la pena deben de tener una equivalencia con la gravedad y naturaleza de la infracción (Ferrajoli, 2005). Consta también reconocida en la constitución de la Republica es el artículo 76 y 77 referidos a las garantías básicas del debido proceso como de las garantías básicas de los procesos donde se pueda privar la libertad.

De igual manera, se encuentra regulado en el COIP, específicamente en el numeral 16 del artículo 12 que sostiene lo siguiente.

*“Art. 12.- Derechos y garantías de las personas privadas de libertad. - Las personas privadas de libertad gozarán de los derechos y garantías reconocidos en la Constitución de la República y los instrumentos internacionales de derechos humanos:*

*16. Proporcionalidad en la determinación de las sanciones disciplinarias: las sanciones disciplinarias que se impongan a la persona privada de libertad, deberán ser proporcionales a las faltas cometidas.*

*No se podrán imponer medidas sancionadoras indeterminadas ni que contravengan los derechos humanos. Se respetarán estos derechos, en lo que corresponda, durante el cumplimiento de la medida cautelar de prisión preventiva, el cumplimiento de la pena, en los traslados, registros, requisas o cualquier otra actividad.”* (Asamblea Nacional de la República del Ecuador, 2021)

El estado al momento que tiene que tomar acciones de carácter punitivo como la de la imposición de una pena o el otorgamiento de medidas cautelares de ultima ratio como la presión preventiva tiene que hacerlo de manera racional a través del órgano jurisdiccional. Este principio permite hacer una especie de medidor, de un parámetro de conducta que debe ser observada por el juez durante todo el proceso penal cuya meta es un equilibrio entre el castigo producido y los derechos del sometido tomando en consideración varios factores como el grado de participación, el grado de culpa que tuviera el sujeto activo, el tipo penal del cual se estuviera tratando, si existieron circunstancias atenuantes o agravantes en el caso concreto e inclusive también tomando en consideración cuestiones personales del sujeto siempre relacionadas con la acción ya que siempre la pena tiene un carácter de rehabilitación y nunca dejando atrás el respeto total a la dignidad humana.

#### **1.2.4.6 Principio de Culpabilidad.**

Este principio sostiene que al autor se le puede imponer una pena solo una vez que se ha comprobado que ha cometido un delito tipificado como tal en el código de su nación correspondiente. Cuando se forma parte de un Estado de Derecho siempre es necesario que exista como presente una ley antes de cometer un delito, y que dicha normativa incluya explicaciones sobre el delito y las sanciones aplicables, ese es el caso del principio de legalidad

del derecho penal, previamente explicado, y este es sólo una manifestación del imperio de la ley, explicación que viene a colación debido a que existen tratadistas que confunden los dos principios en uno solo. Para partir podemos sostener que la culpabilidad se la considera como el conjunto de suposiciones que sostienen la atribuibilidad de una conducta antijurídica a un individuo (Gómez Ramírez, 2004).

Este principio se basa en la responsabilidad para el ciudadano de las acciones u omisiones que cometa en base a su libertad y la relevancia de las mismas para el Derecho Penal, si existe ya una ley previa que las sancione y si las mismas son atribuibles al individuo. La pena necesita de la existencia de culpabilidad por ello el que no tiene culpa es impune y la pena no debe ser desproporcionada en relación con la culpabilidad (Hans-Heinrich, 1995). Limita el ius puniendi a la pena impuesta, ya que, esta sanción que se le imponga por parte del soberano al individuo debe ser proporcionada tanto en calidad como en cantidad a la culpabilidad que tenga el autor de la pena.

- a) Responsabilidad sobre el hecho: Esto se basa en que sólo se sancionan los actos que se originan de conductas que generan un daño para la sociedad y que son penalmente relevantes, solo los actos que constituyen delitos,
- b) Responsabilidad personal: Solo se sanciona a personas por su propio actuar, sin embargo, este anunciado con las teorías modernas ha sido modificado, ampliado o con la responsabilidad de la persona jurídica, la autoría mediata, etc.,
- c) La necesidad de existencia de dolo o culpa: Solo lo doloso o culposo, es objeto de ser imputables del autor, dejando fuera a lo irresistible o inevitable,
- d) La imputabilidad del autor al hecho cometido: “Es una condición jurídica poseída por todo aquel que tenga madurez mínima fisiológica y psíquica, salud mental y conocimiento de los actos que se realizan” (Patitó, 2000). La obligación de pagar las consecuencias penales por el hecho cometido siempre que se le pueda atribuir el actuar u omisión tomando en consideración factores físicos, psicológicos, salud mental, madurez, etc.

#### **1.2.4.7 Principio de Humanidad.**

Este principio tiene un trasfondo y antecedente histórico para justificar su incorporación en el Derecho Penal moderno, puesto que era ajeno al Derecho antiguo que, como medio de castigo o como parte integral de la pena se utilizaba la tortura, las confesiones que realizaba el acusado para condenarlo se obtenían mediante procedimientos que llevaban al suplicio de este. Trata de evitar el suplicio de los individuos y limitar la crueldad del ser humano. La prohibición de la tortura y trato inhumano es el primer juicio práctico del principio de humanidad en Derecho Penal (De La Cuesta Arzamendi, 2009). Forma parte de la humanización del Derecho Penal y significó el distanciamiento con concepciones religiosas o pseudoreligiosas que tenía esta rama del Derecho y que tanto lo había intensificado.

Como claro ejemplo tenemos el artículo 66 que habla de las ciertas garantías y reconocimientos que hace el estado, en su numeral tercero que dispone que dentro del Derecho a la integridad personal se incluye “La prohibición de la tortura, la desaparición forzada y los tratos y penas crueles, inhumanos o degradantes” (Asamblea Nacional, 2008), e inclusive se sostiene que el establecimiento de límites máximos de una pena son consecuencia de la aplicación del presente principio. Asimismo, se dispone en el artículo 12 numeral primero inciso segundo del COIP dispone lo siguiente la misma prohibición incluyendo los castigos corporales, la anulación de la personalidad, disminución de la capacidad tanto física como mental, tratos crueles, discriminatorios, denigrantes (Asamblea Nacional de la República del Ecuador, 2021) Como se observa este principio garantiza al ciudadano que la pena impuesta no puede ir en contra de su dignidad, por más reo que sea sigue siendo humano y un ser con derechos.

#### **1.3 Antecedentes históricos sobre el Consentimiento en el Derecho en General.**

Como ya se aclaró con anterioridad, el consentimiento o consentir es un concepto que el Derecho lo ha incorporado a sus diferentes ramas debido a la importancia que tiene el mismo, ha llegado a tener fines constructivos, remediadores, extintivos o restauradores. Poniendo el caso de cuanto al acuerdo que puede llegar a existir cuando se dos autonomías de voluntades, libertades individuales se unen para formar una nueva y, de esta última puede

llegar a nacer Derechos, Obligaciones, negocios jurídicos, establecer la existencia o inexistencia de una afectación a bienes jurídicos protegidos por el Derecho Penal.

### **1.3.1 Algunas menciones sobre el consentimiento en el Derecho Civil.**

En la rama en la que se produce una mayor exposición al consentimiento es en la rama de lo Civil, como antecedente se tiene a la importancia que el Derecho Romano le dio al consentimiento dentro del IUS CIVILE. Tanto en el Corpus Iuris Civilis y posterior la teoría del negocio jurídico, dentro de la cual uno de los puntos importantes es el consentimiento (Madrid Mata, 2004). Los romanos ya detectaron que era esencial que para que pueda existir relaciones jurídicas entre los particulares la existencia de un acuerdo previo que era una armonía de voluntades que producían efectos jurídicos.

Como se observa que es indispensable para la existencia de relaciones jurídicas entre particulares, sobre todo en su noción de indispensabilidad para la existencia y validez de los contratos, que es una convención productora de obligaciones, una anuencia de voluntades de acreedor y deudor que da nacimiento a la obligación (Abeliuk Manasevich, 1993). Por ejemplo, el consentimiento es tratado en el código civil español en su artículo 1263 que sostiene es el concurso entre la oferta y la aceptación sobre la cosa y el motivo que ha de constituir el contrato (Gobierno de España, 2022). En la legislación ecuatoriana no existe un artículo en el código civil que hable expresamente de cómo se manifiesta el consentimiento, sin embargo, la doctrina sostiene lo que regula el código de España.

Continuando con la referencia al consentimiento en el ámbito de los contratos, el código civil ecuatoriano en su artículo 1459 regula lo referente al momento cuando se perfecciona el contrato y dispone que son reales cuando para que surta efectos requiere la tradición, solemne que requiere el cumplimiento de ciertas formalidades y consensual solo requiere del consentimiento (Asamblea Nacional de la República del Ecuador, 2021). El consentimiento también es indispensable en la institución del matrimonio, que si bien en la actualidad se la define como Unión de dos personas, concertada mediante ciertos ritos o formalidades legales, para establecer y mantener una comunidad de vida e intereses (La Real Academia Española, 2020) esta institución ha sido objeto de varios cambios a través del tiempo debido a la

evolución de las sociedades y las costumbres que se practican en ellos, de la influencia o no de ciertas religiones o simplemente de las nuevas necesidades sociales.

Primero Herenio Modestino la definió la unión del hombre y la mujer de por vida, con derechos divinos y humanos, comunes (Castro & Canales, 2020), para los romanos más que un contrato se trataba de una unión heterosexual para toda la vida con fines copulativos, pero, el elemento subjetivo esencial del mismo era el referido *affectio maritalis* que justamente tiene que ver con el consentimiento de las partes, que era el elemento que permitía la permanencia continua del matrimonio, este elemento hace referencia a la permanente intención de los cónyuges de permanecer unidos dentro del matrimonio. El matrimonio en Roma se basaba en el consentimiento perpetuo y en la convivencia; inclusive la *affectio maritalis* era un elemento que diferenciaba el matrimonio del concubinatus (unión de hecho romana) puesto que si no existía este elemento subjetivo no existía matrimonio sino la unión de hecho.

Esta institución en la actualidad en la legislación nacional el código civil la regula en su artículo 81 y sostiene “es un contrato solemne por el cual dos personas se unen con el fin de vivir juntos y auxiliarse mutuamente.” (Asamblea Nacional de la República del Ecuador, 2021); al tratarse de un contrato es obvio que el consentimiento es un elemento necesario para la validez del mismo, tanto así que el artículo 95 que habla de la nulidad del contrato del matrimonio, toma en consideración al contraído por una persona con cualquier discapacidad intelectual que afecte su consentimiento y voluntad

Una institución que va de la mano con el matrimonio es el divorcio. “El divorcio como la disolución de la convivencia marital en vida de los cónyuges decretada por autoridad competente por causas posteriores a la celebración del matrimonio, establecida expresamente por la ley” (De la MataPizaña & Garzón Jimenes, 2008), es decir, que al divorcio se lo puede entender como la culminación o finalización por medios jurídicos del régimen de matrimonio contraído entre los cónyuges. Viene del latín *divortium* que se traduce como alejarse, separarse, irse cada uno por su lado (Castro & Canales, 2020). El consentimiento como tal recién entraría a formar parte de esta institución en la época de Justiniano mediante el aforismo conocido como “*divortium bona gratia*”, que era una especie de culminación del matrimonio que se producía mediante una causa independiente de la voluntad o culpabilidad de uno de los cónyuges, y en Derecho hay el principio de que las cosas se deshacen como se hacen, si ya

no existía el *affectio maritalis* pues no había esa voluntad continuada de permanecer unidos mediante ese vínculo matrimonial, se lo llegó a conocer como divorcio *communi consensu*.

No es sino hasta la Revolución francesa que al divorcio se lo consideró como un contrato, y se instaura el divorcio consensual, pero el mismo estaba limitado en cuanto a las causas para ejercerlo ante el tribunal, era costoso y complicado el proceso. Fue práctico recién desde la tercera república (1816). (Chávez Asencio, 2003). Gracias al reconocimiento de esta figura como un contrato es posible la disolución por disconformidad de voluntades. En nuestra legislación tanto el divorcio como la unión de hecho se pueden ver finalizados por mutuo consentimiento, en el caso del divorcio el proceso varía dependiendo si existen hijos menores de edad, en ese supuesto los cónyuges acordarán en la misma audiencia de conciliación sobre la pensión de alimentos, la tenencia y la régimen de visitas debido a que en estos casos debe siempre estar por encima el interés superior de los niños, (Asamblea Nacional de la República del Ecuador, 2021).

La ley notarial artículo 18 numeral vigesimosegundo modificada por la disposición transitoria tercera de la Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico General de Procesos se regula lo referente al divorcio y terminación de la unión de hecho cuando no existen hijos menores de edad o bajo la dependencia de los padres, además de también poder optar por esta opción cuando si se tenga hijos, pero de igual manera siempre se va a tener de resolver lo referente a visitas, alimentos, la tenencia y también se deberá de llenar un formulario que se obtiene a través del Consejo de la Judicatura, luego hay que acudir donde el notario y manifestar la voluntad de disolver el vínculo matrimonial. (Asamblea Nacional de la República del Ecuador, 2019). La terminación de la unión de hecho está establecida en el artículo 226 numeral primero y respecto a la situación de la existencia o no de hijos menores de edad o bajo dependencia se observarán las mismas reglas que las establecidas para los divorcios consensuales que se revisó en líneas anteriores.

#### **1.4 Antecedentes históricos sobre la Antijuricidad en la teoría del Delito.**

La antijuricidad y su evolución es indirectamente propia de la teoría del delito dentro de la dogmática jurídica/penal, ya que se pudo diferenciar de manera clara a dos categorías que en antaño no se las distinguía, a la antijuricidad y a la culpabilidad que si bien son claramente

desemejantes hubo momentos en las que se las agrupaba en una sola categoría; ya que existía una parte muy considerable de los doctrinarios cuya de opinión tenía preceptos que formaban parte de la teoría de la norma, la cual entendía que la culpabilidad es parte sustancial en la contrariedad a derecho, negando, por tanto, el modelo de la distinción.

Hoy en día existe una especie de consenso donde se trata a cada una de ellas como dos categorías separadas pero necesarias para cumplir con los requisitos necesarios para definir a una conducta humana como delito. Por ello es que el acuerdo general actual sostiene que la teoría del delito parte de un sistema tripartito, donde a la antijuricidad se la considera como un segundo momento de la acción, posterior a la tipicidad y previo a la culpabilidad, es decir una vez verificado que la acción es típica se analiza si esta es contraria a derecho y no existe alguna causa de exclusión del injusto para poder seguir con la siguiente categoría que es la culpabilidad.

#### **1.4.1 Sistema Clásico y Neoclásico.**

La antijuridicidad comenzó siendo una categoría poco común para el positivismo jurídico del Esquema Clásico, sobre todo por su parte valorativa ya que la misma no era apreciable de manera simple en el mundo real material a diferencia de las demás categorías, con la acción misma que se encontraba establecida mediante la tipicidad, o el juicio de reprochabilidad que se la podía encontrar tomando en consideración las características psicológicas del victimario.

Estos encontraron una solución haciendo caso exclusivamente a la concepción objetiva, formal de la antijuridicidad, simplemente el Juez verificaba que la acción que se produzca sea típica, que esta misma sea contraria al Derecho y no existiese alguna causa de justificación favorable para el autor. Todo esto permite deducir que tenían una absoluta inclinación por la parte netamente formal de esta categoría, simplemente era trabajo del legislador de turno de establecerla.

Pero luego sería en el neokantismo que se introdujo a la antijuridicidad el aspecto material que se le entendió con el concepto de “dañosidad social” usualmente implantado



mediante el aforismo en lengua latina “nullum crimen, nullun poena sine iniuria”; es decir, no hay crimen, ni pena sin daño previo. Optaron considerar a la tipicidad como la razón de ser de la antijuricidad, si la conducta es típica implica ya que es antijurídica, se estimó que era mejor considerar a estas como una sola categoría que la denominaron como el injusto penal o solo el injusto.

Los neokantistas no conformaron con una antijuricidad que sea la simple descripción externa de las características del delito, intentaron encontrar una explicación también desde un significado valorativo. La antijuridicidad apareció entonces como juicio de desvalor sobre el hecho. Sin embargo, no renunciaron al punto de partida mayoritariamente objetivista del positivismo “la antijuridicidad comprendía sólo de los elementos objetivos de la acción, mientras que lo injusto era para ellos la infracción de la norma de valoración del hecho objetivo o desvalor de resultado” (Mir Puig, 2006). Era diferente la situación de la culpabilidad, a la que se reservaba el dolo y la culpa, como infracción de la “norma de determinación” dirigida a la voluntad.

Aquí a la antijuricidad está formada de dos aristas, una que es predominantemente objetiva, sin embargo, de manera excepcional puede contener algún elemento subjetivo, por ejemplo, el conocimiento en ciertas causales de justificación. No pierde su condición de ser valorativa y formal, pero adicionalmente se exige dañosidad o nocividad social. Sin embargo, esta visión ambigua generó concepciones que le las aprecia de forma clara como completamente contradictorias de la antijuridicidad. Para empezar, no se apreciaba una armonía correcta que el carácter objetivo del injusto y la presencia en él de ciertos elementos subjetivos. Tampoco era coherente la ausencia tanto de dolo como de imprudencia con la naturaleza valorativa de la antijuridicidad, elementos que para estos doctrinarios formaban parte de la culpabilidad y no del injusto.

#### **1.4.2 Antijuricidad y Tipo.**

No es demás aclarar a su vez que para que la antijuricidad no sea un elemento del tipo se ha optado por hablar de un concepto amplio de antijuricidad o del injusto como se lo ha tratado en términos en español, se los utiliza como sinónimos para fines prácticos, que tiene como objeto producir un examen general de un juicio complejo que vendría a ser el de la

contradicción el hecho con el ordenamiento jurídico en su conjunto y a la vez desde la perspectiva penal.

Es indispensable mencionar para esclarecer ideas a la teoría del tipo de Beling, en donde el tipo estaba claramente purificado de todo momento relativo a la antijuridicidad dejando a esta última solo en un único sentido formal, es decir que era solo todo lo que se consideraba contrario a derecho; sin embargo, esto se vio alterado con la corriente neokantiana que considera que, para la dogmática, la dimensión jurídica tiene que conllevar una extensión valorativa. Por lo cual, en el tema de la antijuridicidad, ésta deja de ser meramente formal para pasar a ser material, y un elemento propio del delito y no una subdivisión o elemento de la tipicidad.

Para referido autor la presencia de tipicidad no supone juicio de desvalor jurídico sobre el hecho, basta con que sólo se produzca la constatación lógica de que el mismo es subsumible en una figura de delito. De ello se sigue que la tipicidad no implica la antijuridicidad de la acción. Posteriormente con las aportaciones que se dieron con el neokantismo surge el juicio provisional de desvalor de la antijuridicidad, sin tipicidad no hay antijuridicidad ya que la primera es la ratio essendi de la segunda., por ende, no puede entenderse a la tipicidad desvinculada de la antijuridicidad. Esto será explicado de mejor manera a ver el desarrollo de la antijuridicidad y el injusto.

### **1.4.3 Antijuridicidad e Injusto.**

De igual manera se tomó en consideración al injusto para diferenciar de mejor modo a estos dos elementos del delito, cuya significación también ha ido modificándose a lo largo del desarrollo de la dogmática penal. Una parte de la doctrina considera que es óptimo hablar de una especie de supra-categoría y que a lo que se denomina como injusto penal o ilícito penal está compuesta por dos categorías individuales que se suman en una solo, la tipicidad y la antijuridicidad sin que haya la presencia de las normas permisivas o causales de justificación (Peláez Mejía, 2019). Esta posición es defendida por doctrinarios como Frank, Merkel, Wofl; consideran que el injusto es la fusión de la tipicidad y la antijuridicidad y que las causas de justificación actúan como elementos negativos del tipo.

Mientras que otras sostienen que tipicidad era la razón de ser (ratio essendi) de la antijuridicidad pero que no se fusionan estas dos categorías, la eliminación de la antijuridicidad sigue dejando intacta la tipicidad. Por ello se optaron caminos referentes para poder posicionar y esclarecer de mejor manera a lo que se considera como al injusto.

- (1) Una encabezada por MEZGER quien no lo consideraba como una de los elementos negativos del tipo, pero sí que la tipicidad es ratio essendi de la antijuridicidad, que se la debe separar a la antijuridicidad porque aun cuando sea un tipo de injusto no es idéntico al injusto, que es su ratio cognoscendi de su antijuridicidad (da un indicio de antijuridicidad) en el caso concreto el injusto se entiende como la acción + tipicidad + antijuridicidad y luego se hace el juicio de culpabilidad.
- (2) Un punto de vista que mantuvo la teoría de los elementos negativos del tipo, las causales de justificación integran una parte del tipo penal y que, por ende, la tipicidad implica siempre su antijuridicidad de forma que con la existencia de causales de justificación se ha de excluir también la tipicidad del comportamiento. Siguiendo con las fórmulas matemáticas el tipo total de injusto equivale a tipo positivo + tipo negativo y después el juicio de reprochabilidad.

Para culminar con el injusto, cabe aclarar después de todo lo analizado que este no es una categoría dogmática más del delito, más bien viene ser una apreciación de un suceso, que se produce cuando se comprueba dos categorías propias, el tipo y la antijuridicidad siempre que no haya una causa que excluya la antijuridicidad de la conducta típica. A la antijuridicidad debe de entenderse como un calificativo de la acción, un predicado, mismo que sostiene que dicha acción es contraria al ordenamiento jurídico mientras que el injusto es un sustantivo que denomina a la acción ya antijurídica (Muñoz Conde & García Arán, Derecho Penal: Parte General, 2010)

#### **1.4.4 Funcionalismo.**

El mayor representante de esta visión más moderna de la dogmática penal es Claus Roxin, quien consideró que, si bien tanto la antijuridicidad como la tipicidad son categorías claramente diferenciadas y con sus propios elementos, eso no impide que los dos puedan

unirse en un solo tipo global, este precisamente se referente al injusto, es como una especie de unidad superior de tipo y antijuridicidad.

El tipo se lo entiende como un conjunto, como una especie de tipo sistemático, y este a su vez se encuentra compuesto tanto de una parte objetiva como de una parte subjetiva, eso por un lado y por otro, la antijuridicidad se confirma con su elemento negativo, con la comprobación de la inexistencia de causales de justificación de ella misma. Esto permite explicar que el concepto de tipo, debe entenderse que se encuentra sistemáticamente separado de la antijuridicidad, “es un tipo de injusto, pero no es idéntico al injusto; es ... ‘ratio essendi de la pertenencia del hecho al typus de injusto, pero en cambio sólo ratio cognoscendi de su antijuridicidad en el caso concreto” (Roxin, Derecho Penal. Parte General. Tomo I: Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito, 1997)

#### **1.4.5 Teoría de los Elementos Negativos del Tipo.**

Esta teoría es una visión extremista que tiene Merkel referente a lo que defendía el planteamiento neokantiano, es decir que si el tipo es un juicio de valor y no de manera provisional sino de forma definitiva. Esta teoría sostiene que la tipicidad implica siempre la antijuridicidad y la antijuridicidad siempre implica una conducta típica por ello referente a la presencia de causas de justificación estas excluyen la tipicidad y no a la misma antijuridicidad.

Según esto, el tipo consta de dos partes una positiva y otra negativa o tipo positivo y tipo negativo respectivamente. La parte positiva equivale al tipo en sentido tradicional, esto es, conjunto de elementos que fundamentan positivamente el injusto. La parte negativa añade la exigencia de que no concurren causas de justificación.

*“en el tipo hay que distinguir un aspecto positivo explícito y otro negativo implícito. (...) Ambos aspectos conforman el tipo total. De esta forma, dado que el tipo contiene no sólo elementos positivos, sino también negativos (las causas de justificación), quiere decir que, constada la tipicidad en su conjunto, queda también afirmada la antijuridicidad. Igualmente, la tipicidad es ratio essendi de la antijuridicidad” (Peláez Mejía, 2019)*

En su aspecto negativo las causales de justificación hacen parte del tipo penal como tipo total y cuando se produce su concurrencia dentro de una conducta ello trae como resultado no

la exclusión de la antijuricidad de la conducta sino la atipicidad de la misma, en consecuencia, no era necesaria la concurrencia de ningún elemento subjetivo.

#### **1.4.6 Esquema Finalista: Funcionalista.**

Con la aparición y adopción del finalismo la antijuricidad adoleció de una muy fuerte incorporación de la subjetivación por parte de los doctrinarios, como se adoptó el concepto de injusto personal tomó una preponderancia inusitada el denominado desvalor de la acción. El finalismo parte de la existencia de ciertas estructuras lógico-objetivas que forman parte de la naturaleza de las cosas; y que tanto el legislador como la ciencia jurídica deben de manera respetar, distanciándose de lo que sostenía el relativismo subjetivista neokantiano.

Considera que el dolo debe formar parte del injusto y no, como se sostenía antes, de la culpabilidad. Por ello que la acción final es ... una de esas estructuras ontológicas, la normativa que regula lo penal y la dogmática que explica al delito deben partir de ese concepto, y es inadmisibles el apartar la intención precedida al hecho del que se trate (Mir Puig, 2006). Ya que la antijuricidad al ser un juicio sobre el hecho depende tanto de elementos objetivos como subjetivos, en este caso de la finalidad del hecho. El desvalor de resultado es penalmente relevante cuando se parte de una conducta final, desvalor de la acción.

Ellos lo que hicieron fue abandonar el punto que sostenía que la tipicidad constituía ratio essendi y más bien concluyeron que es la ratio cognoscendi de la antijuricidad, lo que no conllevó el abandono del concepto de injusto, sino la consideración de éste como un injusto personal. La acción es antijurídica sólo como el obrar de un determinado autor, se debe de tener siempre en consideración el fin que el autor asignó al hecho y la actitud con la que lo realizó, también los deberes que lo obligaban al autor de dicha conducta respecto de la misma, todo esto determina de un modo decisivo lo injusto del hecho junto a la eventual lesión del bien jurídico. Mientras que la antijuricidad es siempre la desaprobación de un hecho referido a un autor determinado.

El finalismo defiende lo que ya en un inicio sostenía Beling, el tipo actúa simplemente como un indicio de la antijuricidad, como la ratio cognoscendi de este último y que puede la antijuricidad desvirtuarse por la concurrencia de causas de justificación, debido a que no

toda acción típica es antijurídica, y el mismo tiene un significado independiente de la antijuridicidad. No es una misma categoría, son diferenciadas.

De ahí que vuelva a preferir la separación de la tipicidad y antijuridicidad dentro de la definición de delito, por ello, como se mencionó antes, que se vuelve al modelo tripartito y se abandona el bipartito, pero, a diferencia de lo que sostenía Beling, el tipo pasa a ser considerado tanto como portador de elementos subjetivos y el mismo se encuentra incorporado también de un significado valorativo, recalcando que este significado valorativo es independiente del que corresponde al juicio de antijuridicidad por ser diferentes categorías dogmáticas.

Esto mejora la selección de los hechos relevantes para el Derecho penal, esta importancia, en el infringir las normas prohibitivas de la lesión de los bienes jurídicos y aun así exista alguna una causa de justificación y el actuar no sea antijurídico, el hecho típico seguirá siendo relevante. Además, aunque la antijuridicidad se vuelve tanto objetiva como valorativa, en lo que concierne a las causas de justificación si generaliza la exigencia de un requisito subjetivo para su configuración.

La no existencia de causales de justificación ya no pertenece al tipo penal, como se sostuvo dentro de la teoría de los elementos negativos del tipo, más bien esto pasa a ser un requisito de la antijuridicidad, con la concurrencia de dichas causales se genera simplemente la ausencia de antijuridicidad, pero la tipicidad sigue intacta dentro del hecho. Además de exigirse los elementos objetivos de la causa que excluye la antijuridicidad de la conducta típica, el autor debe tener como elementos subjetivos los de conocer los hechos adecuables a los mismo y tener el animus justificante y solo así se puede hablar de que se produce la configuración de la eximente de responsabilidad.

Analizando el desarrollo que ha tenido la antijuridicidad dentro de la teoría del delito y viendo los diferentes puntos de vista de los distinguidos doctrinarios a lo largo del tiempo es fundamental simplemente sintetizar que la misma en la actualidad es un componente que viene a regular, a dar directrices de cómo debe darse el comportamiento humano, estableciendo cuales son los comportamientos tolerados por la sociedad y cuáles son los que la misma debe reprochar y castigar. No es solo una norma que indica un comportamiento reprochable sino a

su vez es una norma sancionadora y la misma integra un sistema tripartito que vuelve al accionar humano en un delito punible para la normativa penal.

## **CAPITULO 2**

### **2.1 El Consentimiento y su Análisis en la Legislación Penal.**

El consentimiento dentro de la rama penal se manifiesta cuando el sujeto pasivo acepta, respetando ciertos requisitos y condiciones, que el autor realice la conducta que sin el consentimiento de la presunta víctima sería considerado un delito. No es reciente el tratamiento que se le ha dado a esta figura dentro de las legislaciones penales, inclusive ha generado gran debate dogmático de este, sobre todo debido a la gran aplicación práctica que esta institución tiene en la vida diaria.

Por ejemplo se encuentra la posibilidad de consentir de acuerdo a la libertad sexual el mantenimiento de relaciones sexuales que impliquen algunas prácticas de carácter sadomasoquistas, dentro de la medicina y la intervención de cirugías que dañarían la integridad corporal, sobre una cirugía transexual, inclusive en los casos más extremos se tiene a la posibilidad de consentir sobre la muerte digna o conocido más como la eutanasia, constituyen temas de debate diario sobre los que la sociedad suele enfocar su atención con gran preocupación, escepticismo, taboo y fuerte crítica.

De igual manera que sucede en los casos en que una persona tiene ciertas limitaciones sobre la capacidad de decidir por sí misma y ello acarrea la intervención de terceros, eso se da cuando la persona titular del bien jurídico que debe dar el consentimiento se encuentra imposibilitada de hacerlo por razones fácticas o jurídicas, la doctrina permite que un tercero pueda efectuarlo por ella (Ruiz Rodríguez). Es muy controversial el tema de que un tercero pueda disponer sobre bienes jurídicos de alguien ajeno a su persona y ello será desarrollado con mayor exactitud más adelante.

El tema del consentimiento es tan complejo que inclusive, a pesar de que cada Estado tiene la potestad fundamentado en su soberanía de delinear las relaciones internas que se darán en su territorio, con esta institución hay mayor diversidad de criterios que con otras figuras dentro de la teoría del delito, los ordenamientos jurídicos no otorgan al consentimiento un tratamiento tan uniforme como con otras figuras; así, por ejemplo, mientras que en el ordenamiento jurídico colombiano se le otorga de forma expresa valor de una de las causales



de ausencia de responsabilidad penal, en el ordenamiento español, tan solo le otorga un valor de atenuante de la pena, mientras que en el ecuatoriano no se encuentra regulado de forma taxativa dentro de las causales que excluyen la antijuricidad de la conducta típica.

### **2.1.1 Algunas menciones del consentimiento en el Derecho Penal.**

#### **2.1.1.1 Consentimiento en Materia Penal el Derecho Romano.**

Como ya se hizo alusión la integración de la figura del consentimiento dentro del Derecho en general no es algo novedoso y este no viene de la época de la ilustración y racionalización del Derecho que se dio a finales del siglo XVIII, sino ha sido tratado desde la antigüedad del mismo Derecho Romano, y referente a la Rama Penal, se tiene el más claro ejemplo del jurista romano Ulpiano, el cual plasmó en el libro 47 del Digesto el aforismo jurídico *nulla iniuria est, quae in volentem fiat* que vendría a traducirse como “lo que se realiza con la voluntad del lesionado, no constituye injusto”, cabe recalcar para el jurista debido a la época en la que él vivía la *iniuria* se la comprendía como una injuria en un vasto sentido, abarcaba a lesiones a derechos que formaban parte de la personalidad.

Ulteriormente este precepto evolucionaría a la frase *volenti non fiat iniuria*, que se lo entiende como “frente a aquel que así lo quiso, no tiene a lugar ningún injusto” lo que significa la aceptación de la capacidad de disposición del titular de un bien sobre la sanción que acarrearía una lesión o puesta en peligro de un bien tutelado (Polaino Orts, 2003), esto se encuentra respaldado por el principio de respeto por la autonomía privada, habla de un consentimiento libre de vicios y que si se produce un daño en este no debería de existir la antijuridicidad ya que el perjudicado, a treves de su libertad, ha consentido el mismo, es consiente el daño producido y este último lo ha aceptado sin que esto signifique que se vuelva obsoleta la protección que busca producir el Derecho Penal hacia los sujetos de derecho.

También los romanos consideraron a esta figura como parte importante de los delitos contra el patrimonio, se va a acuñar otro aforismo en latín, “*Nemo enim videtur fraudare eos, qui scitunt et consentiunt*”, esto se traduce al castellano como el que consiente no puede ser objeto de fraude; este principio se fue aplicando desde los delitos contra el derecho a la propiedad, luego a los delitos contra el patrimonio; y se extendió a los delitos de carácter privado (García Calderón, 2014), esto es esencial ya que es diferente el tratamiento que

sostiene la doctrina referente a delitos de carácter público, en los cuales nunca tendrá eficacia la voluntad del ofendido o interesado debido a que no son de libre disposición.

#### **2.1.1.2 Consentimiento en el Derecho Natural.**

Posteriormente, los autores inspirados en la doctrina del Derecho Natural, entendida a esta rama del Derecho como el conjunto de normas que tienen la posibilidad de solventar conflictos humanos, a cuyas reglas que tienen total valor jurídico y que son conocidas por el hombre gracias al uso de la razón (Miranda Guimaraes, 1988). No obstante, las leyes humanas no se las positiviza en normas expresas, sostenían que el consentimiento solo podía ser aprobado cuando el sujeto renuncie a sus derechos subjetivos, ya que estos estaban sujetos a la posibilidad de disposición del individuo y de ello que, el consentimiento no atentaba contra la voluntad de aquel, en otras palabras, para los hegelianos existía posibilidad de disponibilidad y consecuentemente la posible renuncia del bien jurídico por parte del titular.

#### **2.1.1.3 Consentimiento en la Escuela Histórica del Derecho.**

Caso contrario era lo que sostenía la Escuela histórica del Derecho, esta escuela y sus seguidores simplemente la rechazaba la influencia del consentimiento sobre la punibilidad debido a que el Derecho penal, es la máxima forma de manifestación histórica del orden estatal, es tan absoluto que está legitimado a ofender y castigar a los sujetos que se supone que en primera instancia busca resguardar y proteger, siempre y cuando se cumplan ciertos requisitos mínimos o principios ya analizados, por ende no puede subyugarse a la simple disposición o arbitrio del individuo.

#### **2.1.1.4 Consentimiento en la corriente Sociológica.**

Y haciendo de antítesis a lo sostenido por la Escuela Histórica la corriente sociológica del Derecho que sostenía dentro de sus considerandos al delito como una lesión de intereses, motivo que hacía que se justifique al consentimiento como un elemento que excluye de forma absoluta la infracción jurídica de quien actúa, ya que considera que al no haber un conflicto

de intereses motivado por la existencia de ese hecho consensuado entonces no sería necesaria la aplicación de la normativa penal.

### **2.1.2 Naturaleza del Consentimiento.**

De igual manera, la doctrina no tiene un criterio unánime referente a la verdadera naturaleza del consentimiento, se tiene por ejemplo a las posturas monistas, esto es, el consentimiento siempre tiene una única naturaleza jurídica, o el mismo es una figura que causa de atipicidad o que se trata de causa de justificación que destruye la antijuricidad de la conducta penalmente relevante.

Posteriormente saldrían doctrinarios que defienden una postura diferente, se habla de las teorías diferenciadoras o dualistas, se sostiene que la verdadera naturaleza del consentimiento es la doble, es decir, a veces actúa como causa de atipicidad o exclusión de la tipicidad y, en otras ocasiones es una causa de justificación que excluye la antijuricidad de la conducta típica, dependerá de cada caso concreto.

#### **2.1.2.1 Teoría Monistas.**

Los sujetos que defienden la teoría monista consideran al consentimiento exclusivamente como de una sola naturaleza, puede ser atípica o norma permisiva una causa de justificación de la conducta típica, esto debido a que, si bien existe el consentimiento del afectado, ya existe una lesión el bien jurídico. Sus defensores sostienen que al momento en que el sujeto pasivo demuestra su falta de interés al momento de otorgar el consentimiento entonces ya no hay interés estatal en la protección del bien jurídico.

El bien se va a ver afectado por la conducta del sujeto activo y consentida por el sujeto pasivo, por ello se entiende que si el sujeto pasivo renuncia a la protección de su bien jurídico, tampoco el Estado tiene interés en la protección de ese. De igual manera los defensores de esta teoría sostienen que, puede cambiar el principio que puedes ser origen o el fundamento de esta causa de justificación, ya vendría a ser el de la ausencia de interés sino el de la de prevalencia del derecho, debido a que, si ya se dio el consentimiento del sujeto pasivo, del

ofendido el Derecho ha de hacer prevalecer la libertad de decisión del mismo frente al interés que existe en la protección del bien jurídico.

En cuanto los defensores de la teoría monista, pero encaminada solo como una causa de exclusión de la tipicidad, esto debido a las críticas y problemática que puede darse debido a la libertad del titular, se considera que esta debe tener límites y para su validez debe condicionarse y supeditarse a lo que es lo mejor para la sociedad, debiendo de existir una ponderación entre los dos puntos de vista referidos.

Considerarlo como elemento de atipicidad proviene de la teoría liberal del bien jurídico, considerando que los bienes jurídicos tutelados deben tener como una de sus finalidades el de ser una herramienta para el libre desarrollo del individuo, por ello se rechaza que haya lesión alguna del bien tutelado cuando una acción se basa en una decisión del titular del bien jurídico que no detrimento su desarrollo, sino, constituye su expresión (Roxin, Derecho Penal Parte General: Fundamentos de la Estructura de la Teoría del Delito, 1997). Si existe un menoscabo a un bien penalmente relevante sustentado en el consentimiento del supuesto afectado no se puede considerar que se ha generado una lesión al mismo, sino se ha dado ejercicio a su libertad.

De igual manera, los defensores del punto de vista monista enfocado en la exclusión de tipicidad consideraban que la libertad del titular no es absoluta, que la misma solo puede tener validez siempre que no genere inconvenientes dentro de la sociedad, por ello debería existir una especie de ponderación entre la libertad del individuo y el interés de la comunidad, este último siempre tendría mayor relevancia y ello conlleva a que el consentimiento solo se refiera a un bien jurídico individual mas no uno colectivo. Por ello no se lo puede considerar como una causal de exclusión de antijuricidad de una conducta ya típica.

#### **2.1.2.2 Trato del Consentimiento en la Escuela Alemana del siglo XX o Teoría Dualista**

El trato más elaborado que se le dio al consentimiento se lo realizó a través de la escuela alemana de Friedrich Geerd, a partir de 1953 donde supo diferenciar en su tesis doctoral dentro del consentimiento a dos figuras o instituciones que si bien tienen características similares ya

que el “lesionado acepta un hecho que a él, de algún modo, le afecta; él permite, configura, acepta; no tiene nada en contra, y sin embargo jurídicamente esta voluntad aprobatoria del lesionado opera (en ambos casos) de manera muy diferente” (Polaino Orts, 2003) por lo que deben de ser individualizadas y tratadas de manera singular, esas instituciones son el asentimiento y el consentimiento.

#### **2.1.2.2.1 Asentimiento (Einverständnis)**

El asentimiento o más conocido como Acuerdo en las teorías modernas que excluye el tipo penal; en los supuestos en los cuales la acción típica presupone un actuar del sujeto activo sin la existencia de la voluntad del lesionado o de la víctima, es decir cuando haya una imposición contra la voluntad del individuo. Por ejemplo, el artículo 164 de Código Orgánico Integral Penal regula lo referente a la inseminación no consentida que versa que sobre el individuo que insemine artificialmente o transfiera un óvulo fecundado a una mujer, con la característica de hacerlo sin el consentimiento femenino, será sancionado con privación de libertad de cinco a siete años (Asamblea Nacional de la República del Ecuador, 2021). No hay delito si dicha inseminación se da con el acuerdo de la mujer, no hay conducta típica, consecuentemente las restantes categorías del delito ni siquiera entran en discusión ya que fueron desvirtuadas antes de ser analizadas, no es que la coacción está justificada por el acuerdo, sino que no existe coacción en absoluto, si el afectado está de acuerdo con la acción del autor.

Otro ejemplo vendría a ser del abuso sexual, existe una clara coacción por parte del victimario al sujeto pasivo, pero si la persona consciente en los actos no existiría la tipicidad exigida por el artículo 170 del Código Orgánico Integral Penal ya que se habla de que la persona que sin la voluntad de otra, realiza u obliga que esta última ejecute un acto de naturaleza sexual, sin que exista penetración o acceso carnal, su sanción es la privación de libertad de tres a cinco años (Asamblea Nacional de la República del Ecuador, 2021). De igual manera el acuerdo elimina a la coacción de la conducta y ello elimina la tipicidad de la misma. Esta figura, sostienen los alemanes, se manifiesta cuando se está ante una injerencia de voluntad del sujeto pasivo, dicha intervención lo que produce es que él que actúa lo hace con la tipicidad excluida de la conducta, ya que, si el sujeto pasivo está de acuerdo con la aspiración de otro, no es materia de confusión el hecho de que no se encuentra ante una coacción justificada, sino que no hay ninguna coacción en absoluto.

#### **2.1.2.2.2 Consentimiento (Einwilligung)**

El consentimiento (Einwilligung), que excluye la antijuridicidad tiene su validez cuando el consentimiento de la persona o conjunto de ellas sean los titulares del bien jurídico, pero nunca el Estado o la comunidad (Romeo Casabona, 2011). Es indispensable que para que se considere como elemento de justificación el consentimiento debe de tener capacidad para consentir y este debe ser manifestado de forma expresa o de forma clara, pero siempre antes del hecho. El consentimiento viene a ser como una manifestación del titular del bien jurídico que provoca la justificación de una acción típica, o que el consentimiento viene a excluir la antijuridicidad de una conducta típica pero no como una de causa de atipicidad; tiene que ser proporcionado por el portador del bien jurídico protegido y este, como se mencionó, sólo tendría el efecto de justificación, pero no el de excluir la realización del tipo.

Los ejemplos fundamentales los proporcionan los tipos de daños y lesiones. Si es el mismo señor o dueño el que permite que un tercero produzca un detrimento en una cosa suya, el consentimiento no impide que la cosa se dañe, no evita la lesión, se está efectivamente ante una conducta típica; pero, el consentimiento excluye la antijuridicidad de la conducta, lo cual se funda debido a que el consentimiento produce una renuncia al bien jurídico, a la protección que ofrece la norma penal pero debido a que la afectación no es importante o es insignificante para su titular, por otro lado se fundamenta en la autonomía de la voluntad del titular del bien. El consentimiento del renunciante o interesado conlleva una conformidad con el hecho, y no significa un simple dejar hacer; implica una renuncia a las protecciones previstas por la norma, se traduce en un aceptar o permitir que una persona realice un comportamiento típico hacia otra (Rios Arenaldi, 2006). Este consentimiento es justificante debido al derecho de autodeterminación individual o sobre la base de la libertad de acción, autonomía de la voluntad.

En cambio, hay un punto de vista que sostiene que el carácter de justificación del consentimiento es que “el desvalor de la lesión del bien jurídico se sopesaría con la libertad de disposición del particular, con la consecuencia de que el consentimiento surtiría efecto en el caso de un mayor valor de la libertad de disposición.” (Roxin, Derecho Penal Parte General: Fundamentos de la Estructura de la Teoría del Delito, 1997). El consentimiento del titular del

bien jurídico solo tendría efectos justificantes o de exclusión de la antijuridicidad, pero nunca sería una causa de que excluya a la tipicidad.

### **2.1.2.3 Diferencias en el ámbito de aplicación de las dos figuras**

La diferencia entre ambas instituciones tiene relevancia en puntos concretos de la dogmática penal, esto opera ya que según la institución de que se trate, sea asentimiento o consentimiento, la forma de operar dentro de la teoría del Delito es diferente, partiendo del hecho de que según la visión diferenciadora uno elimina tipicidad y otro genera una causa de justificación, operan dentro de diferentes categorías dogmáticas y sus respectivas implicaciones. Otra discrepancia se da tomando en consideración el contenido de cada institución, se sostiene que mientras el acuerdo es meramente de carácter fáctico, y que el consentimiento tiene un carácter jurídico, por eso es que el acuerdo se puede expresar de manera interna a diferencia del consentimiento que debe de ser expresado de manera externa mediante las palabras o acciones.

Se genera otra disparidad tomando en consideración los requisitos necesarios para que opere cada una de estas dos instituciones, mientras que para el acuerdo o asentimiento se requiere únicamente la manifestación de la voluntad natural de la víctima, se aceptaría inclusive si esta se encuentra mentalmente alterada. En cambio, en el consentimiento se requiere de requisitos explícitos que serán desarrollados en el siguiente capítulo para su validez, pero no estaría demás nombrarlos y estos son que el que otorga el consentimiento deberá tener la capacidad de comprensión, que la voluntad esté libre de vicios y su exteriorización deberá ser anterior a la acción. Por ello quien consiente debe de estar en su pleno juicio para poder tomar una decisión y por ello los vicios del consentimiento deben ser necesariamente considerados.

Otra diferencia que es apreciable entre las dos figuras es la del error, entendido a este como una discrepancia que existe entre lo que la persona cree y la realidad. Dicha carencia de sincronía puede darse debido a que el sujeto ignora algo de la realidad o a que tiene una equivocada visión de la misma. Para una mejor comprensión se procederá a explicar de forma resumida las dos clases de errores y su asociación con estas dos figuras.

### 2.1.2.3.1 Error de tipo (Asentimiento)

De igual manera es importante diferenciar el error en las dos figuras, ya que se considerará, por parte de los doctrinarios, error de tipo solo dentro del asentimiento, eso quiere decir, que el error recae sobre elementos del tipo objetivo y este elimina el dolo. Es necesario recordar que los elementos del tipo objetivo son la parte, valga la redundancia, de naturaleza objetiva que caracterizan objetivamente la acción típica que se encuentra descrita en la norma penal, o tipo penal (el sujeto activo, la conducta, las formas y medios de la acción, el resultado, la relación de causalidad y los criterios para imputar objetivamente el resultado a la conducta, el objeto material, etc.), es el lado externo de la conducta.

El error de tipo está regulado en el artículo 28.1 del Código Orgánico Integral penal, que versa lo siguiente.

*“Art. 28.1.- Error de tipo.- No existe infracción penal cuando, por error o ignorancia invencibles debidamente comprobados, se desconocen uno o varios de los elementos objetivos del tipo penal.*

*Si el error es vencible, la infracción persiste y responde por la modalidad culposa del tipo penal, si aquella existe.*

*El error invencible que recae sobre una circunstancia agravante o sobre un hecho que califique la infracción, impide la apreciación de esta por parte de las juezas y jueces.”*  
(Asamblea Nacional de la República del Ecuador, 2021)

No obstante, cada uno de elementos objetivos del tipo no son materia de estudio de esta tesis por ello no se procederá a especificarlos, lo importante es que un error sobre estos operaría solo para el asentimiento. Esto se da ya que se supone que el autor debe conocer los elementos objetivos que integran el tipo de injusto. Cualquier desconocimiento o error sobre la existencia de algunos de estos elementos repercute en la tipicidad excluyendo el dolo. El error debe referirse a cualquiera de los elementos integrantes del tipo, sean de naturaleza descriptiva o normativa.



Respecto los elementos normativos basta con que el autor tenga una valoración paralela en la esfera del profano, o en otros términos que el sujeto ha de tener un conocimiento aproximado de la significación social o jurídica de los elementos del tipo, para imputar el conocimiento del elemento normativo a título de dolo. Se elimina el dolo cuando el autor no conoce o erra en una circunstancia objetiva del hecho y forme parte del tipo. (Welzel, 1969). Un claro ejemplo tenemos a un cazador que en la oscuridad que dispara sobre algo que toma por un ciervo, pero en realidad se trataba de una recolectora de frutas.

También existe la posibilidad de considerar una eventual tipicidad culposa si se está tratando dentro de los parámetros de un error vencible, en el error de tipo la persona no sabe que está cometiendo una infracción penal. Como se manifestó en acápites anteriores, recae sobre la tipicidad y que puede excluir al dolo, atenuarlo o en su efecto al dolo y a la culpa quedando libre de responsabilidad penal. Este tipo de error se subclasifica en error de tipo vencible e invencible.

Error de tipo invencible es aquel error en que la persona no ha podido prever. Aparece cuando es imposible conocer la realidad típica objetiva, no valorativa, a pesar de tener el cuidado posible y adecuado para no caer en una falta de apreciación (Merino Sánchez, 2014). Por más que atendiendo a las circunstancias personales y del hecho, no se podrían haber evitado. Conlleva la exclusión de la pena del delito doloso. En el error de tipo invencible por más que la persona haya tomado debidas diligencias o precaución necesaria no puede evitar el resultado convirtiendo en la conducta atípica eliminando completamente tanto al dolo como a la culpa.

El error de tipo vencible es aquel error que se ha podido prever, es decir el sujeto activo debió tener precauciones debidas para ejecutar ciertas diligencias, se pudo haber evitado el resultado. Referente a la responsabilidad que conlleva el mismo existen dos teorías, una que sostiene que subsiste el dolo, pero con responsabilidad atenuada y otra en la que subsiste el delito imprudente o culposos.

### 2.1.2.3.2 Error de Prohibición (Consentimiento)

Partiendo del hecho de que tanto el dolo como el conocimiento de la antijuricidad en la teoría finalista de la acción, en la que la misma parte voluntariamente de una finalidad, se convirtieron en dos categorías dogmáticas distintas que se analizan tanto en el tipo subjetivo (dolo), como en el conocimiento de la antijuricidad (culpabilidad). Gracias a Welzel la estructuración del dolo sufrió una modificación importante pues el mismo dolo pasó de la culpabilidad a la tipicidad subjetiva en donde se empezó a estudiar tanto el dolo como la imprudencia; y, el conocimiento de la antijuricidad se convierte en uno de los tres presupuestos necesarios para el establecimiento de la culpabilidad. Por ello se sostiene que el error de prohibición no afecta al dolo sino a la culpabilidad.

En cuanto al consentimiento, se sostiene que el error que se trata en esta figura, según la doctrina, es el de prohibición, que es un yerro sobre la antijuricidad del hecho con pleno conocimiento de la realización del tipo, el autor sabe lo que hace, pero presupone de manera incorrecta que está permitido, la persona se representa en su actuar pero, piensa o cree que no está prohibido dicha conducta, es decir, considera que está permitido o amparado bajo la ley penal, recae sobre el conocimiento del acto, versa sobre su comprensión o sobre la intensidad de la ilicitud del hecho que está ejecutando. Es cuando el autor cree que actúa lícitamente o inclusive se observa esta clase de error cuando el autor ni siquiera se plantea la ilicitud de su hecho. De igual manera este concepto se encuentra incorporado en el COIP, incorporado desde el 24 de diciembre del 2019 que sostiene:

*“Art. 35.1.- Error de prohibición.- Existe error de prohibición cuando la persona, por error o ignorancia invencible, no puede prever la ilicitud de la conducta.*

*Si el error es invencible no hay responsabilidad penal.*

*Si el error es vencible se aplica la pena mínima prevista para la infracción, reducida en un tercio.”* (Asamblea Nacional de la República del Ecuador, 2021)

A su vez el error de prohibición puede referirse al yerro en cuanto a la existencia de la norma prohibitiva o a la existencia de una causa de justificación que autorice la acción prohibida, en un caso concreto. Este a su vez, la doctrina ha aceptado una subclasificación y divide al error de prohibición en error directo y en error de prohibición indirecto.

En el error de prohibición directo o inmediato el autor desconoce la existencia de una norma que prohíbe su hacer, simplemente es el error en el que la ilicitud es desconocida por el sujeto que a su vez no conoce el contenido de la norma penal. Aquí el sujeto estima que su actuación no es ni ilegítima ni tampoco es injusta por el simple desconocimiento de una norma que sostenga su prohibición.

La jurisprudencia española en cuanto al error de prohibición ha desarrollado de manera amplia el tema y considera que esta figura es la ignorancia de la antijuricidad del accionar, en el que diferencia entre un error sobre la norma prohibitiva o de prohibición directo y uno que recae en la causa de justificación o error de prohibición indirecto (Recurso de Casación., 2015). Además, un requisito fundamental es que en este error no se puede aceptar su invocación en aquellas infracciones que sean de ilicitud notoriamente evidente. Por ejemplo, el campista que hace una fogata en un bosque sin saber que eso está prohibido.

De igual manera también la doctrina sostiene la existencia del error de prohibición indirecto, mediato o error sobre las causas de justificación en donde el autor sabe que su hacer está prohibido en general, pero cree que en el caso concreto se da una causa de justificación, que lo permite. Se manifiesta en los supuestos que el autor sabe la situación objetiva en la elige actuar, pero yerra pensando que está bajo la causa de justificación (Luzón Peña, 1996). Es diferente que el error inmediato ya que en este caso la persona es consciente del carácter injusto de su conducta, sin embargo, esta yerra o su representación, es erróneamente creyente que se encuentra ante una posible validez de una causa que justifica su actuar. Por ejemplo, una persona que dispara a una persona que él considera que está a punto de allanar a su casa y piensa que está actuando en la legítima defensa.

## **2.2 Doctrina referente a la antijuricidad.**

El derecho es una creación que permitió al ser humano regular su comportamiento dentro de una sociedad, señala cuales son los comportamientos correctos, permitidos y los inadmisibles; esta ciencia social sentó bases que permitió posibilitar los primeros, busca impedir los segundos y si no es posible bloquearlos pues se aplicará un castigo pertinente, estas facultades se pueden realizar gracias a la aplicación y respeto de normas jurídicas. Sabiendo que la antijuricidad forma parte de una de las categorías dogmáticas del delito, que

se sigue un orden establecido que consta de diferentes categorías, y una vez que confirma que se trata de un actuar del individuo y ese actuar se encuentra supuesto de hecho de una norma penal, el siguiente paso es, y previo a la averiguación de si ese caso puede engendrar responsabilidad penal, es la determinación de la antijuridicidad, es decir, la constatación de que el hecho producido es contrario a derecho, injusto o ilícito, ya que la misma expresa la contradicción entre la acción realizada y las exigencias de ordenamiento jurídico.

Es menester establecer que el término antijuridicidad no es un elemento exclusivo del Derecho Penal, más bien es un concepto que envuelve al Derecho en general, es un juicio negativo que por lo general se lo entiende como algo contrario a Derecho, a las normas o a alguna ley de un lugar en específico; sin embargo esa noción, que es aceptada en cuanto al ordenamiento jurídico en general, no es la adecuada específicamente en materia penal, ya que lo antijurídico debe entenderse como lo que se opone a las normas de cultura, ya que estas están investidas de los principios fundamentales que la convivencia social los incorpora, que el derecho regula como manifestación de una cultura de un lugar. La rama penal no crea la antijuridicidad, más bien la escoge mediante la tipicidad, a las conductas que son ataques graves a bienes jurídicos, condenándolos con una pena (Muñoz Conde & García Arán, Derecho Penal: Parte General, 2010). A esto se lo denomina como la función indiciaria de tipicidad, es decir, que un hecho sea típico acarrea sospechas de antijuridicidad, pero no la confirma.

El concepto de antijuridicidad surgió para expresar una contradicción entre el comportamiento de una persona, sea una acción o una omisión y lo jurídicamente preestablecido. La antijuridicidad se crea como un concepto que permita expresar la ilicitud de un comportamiento, que este mismo se encuentra en contradicción con un orden jurídico preestablecido y reconocido por el Estado. Una característica de una conducta que se traduce como la contradicción con el ordenamiento jurídico (Demetrio Crespo, 2016). Si bien es un concepto que pertenece al Derecho en general si es posible diferenciar, por ejemplo, a la antijuridicidad penal de la civil tomando en consideración qué resultado y cuál es el objetivo de cada una; por ejemplo, el daño que se produce dentro de la rama civil solamente viene a afectar los intereses privados, el interesado no es la sociedad en general, mientras que, en la rama penal los intereses que se ven socavados son intereses de la sociedad en general y a la sociedad le preocupa lo que suceda.

El castigo que busca el Derecho Penal primero es de evitar conductas que afectan a la sociedad en general y si no logra garantizar la integridad de los bienes sociales pues buscará sancionar a aquel sujeto o conjunto de sujetos que atenten contra los bienes jurídicos más indispensables para el desarrollo y convivencia social, recordar que el *ius puniendi* es la máxima expresión coactiva de que dispone el Estado, resguardará siempre a los bienes y derechos que se estiman esenciales no solo para la persona, sino también para el Estado y la propia sociedad, y para cuya tutela son insuficientes las sanciones de derecho privado o las de cualquiera otra rama del derecho.

La antijuricidad dentro de la rama penal se debe de entenderla como una de las categorías dogmáticas del delito en esta rama del Derecho, a groso modo se la puede definir como un acontecimiento socialmente dañoso, que el hecho producido es contrario al Derecho, es injusto o es ilícito, siendo independiente tanto de la culpabilidad como la tipicidad. “A diferencia de lo que sucede con otras categorías de la teoría del delito, la antijuricidad no es un concepto específico del derecho penal sino un concepto unitario, válido para todo el ordenamiento jurídico” (Muñoz Conde, 1999). Otro suceso que se encuentra presente dentro de esta categoría propia del delito es que siempre el juicio de antijuricidad versa sobre una acción que se encuentra desvalorada, conocida como desvalor de acción y que procede una amenaza, puesta en peligro o directamente una lesión a un bien jurídico protegido o un desvalor de resultado.

### **2.2.1 Elementos Comunes de la Antijuricidad Penal.**

1. El primer elemento de esta categoría es el de que haya un tipo penal y a su vez la inexistencia de causas de justificación. Si es que un código, ley o normativa penal no tiene prevista a una conducta dentro de su regulación como un tipo penal pues ese hecho no es penalmente típico, ya que no todo hecho antijurídico es exclusivo de la rama penal, lo antijurídico pertenece al Derecho en general, no obstante, este se incorpora a la teoría del delito sólo si existe una actuación u omisión que se encuentre determinada en un tipo de delito.
2. La tipicidad es un requerimiento de un Estado de Derecho, y él siempre debe ir vinculado con el principio de legalidad. Dicho principio no solo requiere que tanto los

delitos como las penas se hallen previstas por una ley anterior sino también que la ley determine con precisión los límites de los hechos punibles y sus penas. Es indispensable para el derecho penal poder diferenciar las conductas típicas penalmente relevantes ya que estas generan detrimentos para todo el conglomerado social.

3. Al mismo tiempo los tipos penales para que se materialicen en el mundo exterior necesitan que sea a través de un comportamiento o conducta humana, sea esta ya por acción u omisión de los partícipes. Solo los Estados pueden tratar de evitar lesiones de bienes jurídico-penales mediante valoraciones y normas, ya que son legítimamente encargados de eso. Una revisión del derecho penal puede comenzar por ampliar los efectos nocivos en la medida en que esto pueda servir de punto de partida para desvalorizar y, en su caso, prohibir conductas humanas que puedan conducir a esos efectos. (Mir Puig, 2006). Por ello se desvaloran las conductas que lesionan o ponen en peligro a bienes jurídicos protegidos imputables al comportamiento humano ya que este último requiere de una definida voluntad.
4. Por último, se requiere de la no existencia de una causa de justificación, ya que cuando se ejecuta una conducta que se subsume dentro de un tipo penal, esta puede que no sea antijurídica cuando se efectúa bajo el amparo de una norma permisiva o causa de justificación. Respecto de las causas de justificación se las desarrollara con mayor profundidad más adelante.

Es fundamental indicar que la simple contrariedad a la norma, si bien era la única manera de delimitar la antijuridicidad como contrariedad al Derecho posteriormente el aspecto material de la lesividad del hecho fue tomado en consideración junto con la teoría de la norma para la correcta delimitación de lo que se puede considerar como lesivo, esto generó una ruptura y permitió diferenciar a la antijuridicidad y antinormatividad ya que a la antijuridicidad también se la considera como una norma de sanción. Por ello el que la antijuridicidad no solo se conforme de una significación simplemente formal, sino también adquiere una connotación material.

### **2.2.2 Antijuridicidad Formal**

La antijuridicidad formal lo que viene a realizar es señalar una relación de contradicción de un actuar con lo que establece el Derecho, no obstante, todavía la pregunta de por qué un hecho es contrario al Derecho Penal no es precisada si solo se observa la parte formal de la antijuridicidad. La antijuridicidad, a secas, solo acatando a lo formal lo que haría es simplemente describir una acción ya típica que a su vez se encuentra prohibida por el ordenamiento jurídico.

A primera vista lo que realiza es expresar la ilicitud formal de un comportamiento ya que este se opone o trasgrede el orden jurídico dado, esto se lo conoce como la perspectiva formal del injusto como contrariedad a derecho.

No obstante, no se trata de limitarse a constatar que son penalmente antijurídicos los hechos que la norma penal los define como tales, no son solo los simples comportamientos humanos típicamente antijurídicos. En consecuencia, la antijuridicidad formal por sí sola no constituyera una parte integrante de la tercera categoría dogmática del delito, sin su otra parte material se convertiría solo una expresión con la cual se representa una acción típica y que al mismo tiempo contraviene lo establecido por el legislador en el código que regula esta rama del Derecho y que no pose alguna causa de justificación.

### **2.2.3 Antijuridicidad Material**

Además de la significancia formal, para que el injusto exista, esto es la acción típica y antijurídica la antijuridicidad necesita de otro elemento, existe también una parte denominada como concepto material de antijuridicidad. Esta antijuridicidad material se produce cuando un hecho es lesivo o dañoso para bienes jurídicos protegidos, esto se lo conoce como la perspectiva material del injusto o como la lesividad para los bienes jurídicos. La antijuridicidad material es la que dispone los motivos por los que se conmina una pena Es la pauta que tiene el legislador para determinar los tipos penales, así como el fundamento de los órganos enfocados a la persecución penal al momento de elegir el precepto penal aplicable en el caso concreto (Jescheck & Weigend, 2014). Posibilita escalonar el acto típico y antijurídico según su gravedad e interpretar los tipos según sus fines.

Se observa la importancia de la parte material de la antijuricidad en los casos de que exista alguna conducta típica, sin embargo la misma no ha lesionado o ni siquiera ha hecho peligrar el bien jurídico, con ello la misma conducta que en un inicio es típica no llega a ser antijurídica, como el caso de que alguien posea droga pero para el consumo personal, no sea una cantidad exorbitante y no afecta al bien jurídico salud pública pues no se le considerará antijurídico ya que no cumple lo necesario para considerarlo en su parte material.

Entre ambos tipos de antijuricidad se da una correspondencia en la cual la antijuricidad material es imprescindible en cuanto al efecto de que se realice una interpretación restrictiva de los tipos penales, es parte clave en la práctica y aplicación del principio de mínima intervención penal. Un actuar u omisión es lesiva para bienes jurídicos esenciales y se produce la dañosidad social del hecho. Además de lo mencionado con anterioridad, al día de hoy incluirse en lo injusto no sólo el aspecto objetivo del hecho, sino también el aspecto subjetivo representado por la finalidad que guía la acción. “También esto influye en el «desvalor de la conducta». El carácter penal de la antijuricidad que importa al Derecho Penal obliga, finalmente, a incluir en su contenido material el significado de relevancia penal que aporta la tipicidad penal” (Mir Puig, 2006).

Lo que busca también es ser fundamental para atender a los principios jurídicos generales que inspiran el ordenamiento a la hora de crear o derogar tipos penales. La existencia de estos dos elementos, tanto el material como el formal han provocado que surja entre los doctrinarios corrientes referentes a esta categoría, la corriente conocida como la de la independencia, una idea de tesis intermedia y la tesis de la correspondencia como dos elementos de una sola categoría.

#### **2.2.4 Tesis de la Independencia**

La independencia de la antijuricidad, sostiene que el componente material de esta categoría está vinculado a un concepto sociológico, pero limitada en el campo de lo jurídico, ya que se tratan de elementos distintos. Los críticos de esta tesis no le dan una validez debido a que defendían que la antijuricidad es un concepto jurídico y no debe tratárselo como un concepto sociológico; como se observa es una crítica bien arraigada del positivismo que predominaba en la época. A su vez, se sostenía que la constatación de que un hecho permitido,



por el derecho es a la vez socialmente lesivo no basta para calificarlo de antijurídico. A pesar de ello también hay puntos de vista que sostienen que entre la antijuridicidad formal y material se convierten en dos perspectivas de una única antijuridicidad.

### **2.2.5 Tesis Intermedia**

Se basa en la distinción que logro establecer Von Liszt, que defendía que mientras el acto era contrario a alguna norma, mandato o prohibición al ordenamiento jurídico se lo considera como un acto formalmente contrario al Derecho y que para que sea materialmente contraria al Derecho se da cuando se trate de una conducta contraria a la sociedad o antisocial como él lo llamaba. Era la antijuridicidad material como principio extralegal de la antijuridicidad. La parte material o antisocial de la infracción es independiente de su percepción formal por el legislador, la ilegalidad formal y material pueden coincidir o discrepar (Molina Fernández, 1998). Sin embargo, al decir que pueden discrepar entre las dos le va preferencia desde su punto de vista a la parte formal, que en conflicto entre las dos debe priorizarse al contenido formal.

Para la tesis intermedia la parte material de la antijuridicidad se la concibe como una reprobación de carácter jurídico, hay un detrimento a intereses indispensables tanto para el individuo o como para la sociedad, pero siempre con una norma que los resguarde. No forma parte en si de la parte formal pero tampoco se considera como algo completamente aislado. Criticable es el punto de vista de Von Liszt ya que si se sigue con lógica el concepto material de la antijuridicidad tiene un carácter meta-jurídico, es decir el criterio rector de la justificación material de un hecho formalmente antijurídico es el propio ordenamiento jurídico.

### **2.2.6 Tesis de la Correspondencia**

Quiere decir que el actuar que formalmente está prohibido tiene su razón de ser en parte por poseer un contenido material disvalioso, esto es, por lesionar o poner en peligro algún bien que el soberano ha estimado merecedor de protección. La antijuridicidad material se deduce de la propia norma prohibitiva y le ayuda al legislador para cuando considere necesaria la creación de nuevos tipos penales en adecuación a la realidad de cada sociedad. Esto es lo

que también sostiene la posición moderna sobre la antijuridicidad material, defiende que sin excepción alguna la ubicación de éste debe ir siempre dentro del derecho positivizado, por ende, se desiste de situarlo dentro de un ámbito puramente sociológico. La antijuridicidad material es el cimiento que antecede la creación de los tipos penales y sirve además como una manera facilitadora de la consecución del tipo penal aplicable al caso (Salgado González, 2020).

La postura de la correspondencia apunta a que, si la antijuridicidad es un concepto jurídico, valga la redundancia, que establece que hay una contrariedad entre el acto, hecho y el ordenamiento en su conjunto, entonces se puede concluir que todo hecho formalmente antijurídico posee un contenido material que justifica la prohibición de este y todo hecho materialmente antijurídico lo es si este concierne a una prohibición formal. Todo precepto jurídico tiene un contenido material o puesto de otro modo todo hecho formalmente ilícito es a su vez materialmente ilícito, siempre que eso sea lo que dispone el derecho.

El Derecho regula cuales son los contenidos materiales que determinan cuando un hecho se convierte en prohibido y a su vez, el contenido material es una ayuda para el legislador al momento de establecer graduaciones entre lo prohibido de acuerdo a que tan lesivo sea para la sociedad. Son dos aspectos de un mismo fenómeno. La antijuridicidad se refiere siempre a una oposición del hecho con el ordenamiento jurídico. Esta tesis de la correspondencia de los dos elementos de la antijuridicidad consolida que siendo esta categoría un concepto claramente jurídico, las fuentes formales que determinan la contrariedad a derecho son a la vez el exponente material del desvalor del hecho o lesividad en el ordenamiento jurídico referido.

### **2.2.7 Punto de Vista de la No distinción**

No está demás de indicar que hay una parte de la doctrina que sostiene que no es posible teóricamente ni por fines prácticos hacer una distinción entre la antijuridicidad formal y material alegando que esta categoría es una sola y que esta diferenciación de elemento solamente trae confusión y es además innecesaria. Mediante este punto de vista no se sostiene que Un actuar formalmente antijurídico carezca de la antijuridicidad material, sino que esta última debe ayuda a generar un criterio para cuantificar el injusto y para la representación en

lo que respecta al tipo y la antijuridicidad (Roxin, Derecho Penal Parte General: Fundamentos de la Estructura de la Teoría del Delito, 1997).

Esta tercera vertiente no toma en consideración el objeto de la parte material de la antijuridicidad ni los fines o usos que la doctrina le otorga a la parte material de la antijuridicidad como ser orientador para el legislador a la hora de crear tipos penales, generar la graduación del injusto en función de su gravedad, captar los principios básicos de la justificación y eventualmente para ampliar las causas de justificación a supuestos no expresamente recogidos por la ley, etc.

### **2.2.8 Concepto de Lesión y Peligro en la Antijuridicidad Material**

Como ya se mencionó antes la ofensa que puede existir hacia un bien jurídico protegido que a su vez constituye la esencia del juicio de antijuridicidad, puede tratarse bien o de una lesión o de una puesta en peligro de un bien jurídico. Tanto la lesión del bien jurídico como la puesta en peligro del mismo son los dos conceptos normativos, sin embargo, no se tratan de los mismo. La lesión puede hacer referencia a varios asuntos o cuestiones como por ejemplo la destrucción o el daño de un objeto corporal, también puede versar sobre las ofensas inferidas a bienes jurídicos de tipo ideal, son los bienes que carecen de un sustento material.

Normalmente, la forma consumada de los tipos delictivos contiene una lesión del bien jurídico protegido en dicho tipo. Junto a la lesión, en el Derecho Penal, se castiga también la puesta en peligro de bienes jurídicos, como se mencionó antes el peligro también es un concepto normativo en la medida en que descansa en un juicio de probabilidad de que un determinado bien pueda ser lesionado por el comportamiento realizado, aunque después esa lesión de hecho, no se produzca o haya quedado en camino a producirse.

El juicio de peligro es, pues, un juicio EX ANTE, que se emite situándose el juzgador en el momento en que se realizó la acción. Para lograr establecer si la acción realizada era peligrosa para un bien jurídico o era probable que se produjera su lesión, es preciso que el juzgador conozca cual fue la situación fáctica en la que se realiza la acción que está juzgando, conocido como el conocimiento ontológico y sepa además las leyes de la naturaleza y las reglas de experiencia por las que se puede deducir que esa acción podría producir una lesión.

### **2.2.9 Desvalor de Acto y Desvalor de Resultado**

Un apartado esencial de la antijuridicidad penal que logra hacer una clara distinción con la antijuridicidad que forma parte de las demás ramas del Derecho en General es el hecho de que se exige en principio un desvalor de resultado, el requerimiento de bien una lesión o una puesta en peligro de un bien jurídico-penal protegido, siempre dentro de ciertas condiciones. A su vez, el resultado ha de ser, en segundo lugar, imputable a una conducta desvalorada por su peligrosidad o la lesión que pueda causar, esto se denomina el desvalor de acto o conducta, debido a que la comparación entre el hecho y el ordenamiento jurídico se la realiza sobre el hecho típico.

Estableciendo que toda conducta humana, para bien o para mal, está sujeta a ser valorada, las conductas antijurídicas penalmente relevantes van a estarlo sobre todo en dos aspectos valorativos diferentes, ya sea el resultado que origina, entendido como el Valor del resultado; o también independientemente del logro del resultado, según el sentido de la actividad como tal conocido como el valor del acto. Ambas formas de valor son importantes para el Derecho Penal.

Si es que el Derecho Penal tiene como uno de sus múltiples objetivos el de proteger a determinados bienes que son vitales para la comunidad, esto obliga a buscar soluciones prácticas para su consecución, es por ello y por qué está legitimado para hacerlo, que él mismo es el que impone consecuencias jurídicas a su lesión o su puesta en peligro, el desvalor de resultado, esta protección de los bienes jurídicos la cumple en cuanto prohíbe y castiga las acciones dirigidas a la lesión de bienes jurídicos. Se impide el desvalor material o de resultado, mediante la punición del desvalor de acto.

Por ello es fundamental saber determinar que el contenido material de la antijuridicidad no se agota solo en la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, ya que no toda lesión o puesta en peligro de un bien jurídico (desvalor de resultado) es antijurídica, es sustancial tener en consideración que solo se toma en cuenta el desvalor de resultado que se provenga exclusivamente de una acción desaprobada por el ordenamiento jurídico (desvalor de acción). “La norma penal, cuya infracción constituye la esencia de la antijuridicidad o antinormatividad, no es sólo una norma de valoración de un determinado estado o resultado, sino también una

norma de determinación que se dirige a los ciudadanos” (Muñoz Conde & García Arán, Derecho Penal: Parte General, 2010), por ello es la misma norma que les establece a los ciudadanos que deben hacer o dejar de realizar.

El Derecho Penal, por imperativo del principio de mínima intervención tratado en el primer capítulo, no sanciona toda lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, sino solo aquellas que son consecuencia de acciones especialmente intolerables. El valor o desvalor de una conducta supone siempre el valor o desvalor de resultado. Para clarificar las cosas mejor un par de ejemplos, la prohibición de violar es una consecuencia de la protección que el ordenamiento jurídico le da a la integridad sexual y reproductiva del individuo, de igual manera, la prohibición de realizar una extorsión se debe a la consecuencia que genera la protección a la propiedad. Como se observa en ambos ejemplos, el desvalor de la acción (violar y extorsionar), se deriva ya del desvalor de resultado (destrucción de la integridad sexual y reproductiva, lesión de la propiedad).

El legislador, sin embargo, a través de la norma penal busca la protección de esos valores por medio de la misma y lo realiza sancionando o prohibiendo las conductas humanas que generen una lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos. Por ello el Derecho Penal no protege por ejemplo la vida de una inundación o un terremoto, ya que no provienen de un accionar o una omisión de una persona. Desvalor de acto y desvalor de resultado, contribuyen, al mismo nivel a constituir la antijuridicidad de un comportamiento. Simplemente lo que acontece es que, por razones de política criminal el legislador a la hora de configurar los tipos delictivos puede destacar o hacer recaer más el acento en uno u otro tipo de desvalor.

## **2.3 Breve análisis a las causas que excluyen la antijuridicidad en el Código Orgánico Integral Penal**

### **2.3.1 Causales de Justificación**

Toda acción que se ve incorporada en un tipo injusto, sin importar si sea dolosa o culposa será antijurídica siempre no confluya una causa de justificación. Por ello si al tipo antijuridico está formado de todos los elementos fundamentales del mismo, sabiendo las particularidades de cada figura delictiva, no puede ser esta una acción típica jurídicamente neutral que no le interesa al Derecho Penal.

Como se profundizo en párrafos anteriores, la antijuricidad no se confirma simplemente con la comprobación tanto de que se trate de una conducta típica, ni de su elemento formal o del material del mismo, este debe a su vez estar libre de alguna causa de justificación que vuelva a la conducta antijurídica en no antijurídica. Por ello es un requisito que también para conformar el juicio de antijuricidad es necesario verificar si existen o no unos preceptos permisivos que logran que se permita o apruebe realizar un hecho que en principio se encontraba prohibido.

Según algunos doctrinarios las mismas pueden ser entendidas como “disposiciones que prevén casos excepcionales en los que se puede violar la norma, excluyendo totalmente la posibilidad de cualquier consecuencia jurídica, no solo penal sino también civil, administrativa” (Rodríguez Hurtado, Fernando, Gamero Calero, & Schönbohm, 2012). Puede existir entonces causales de justificación para que el comportamiento que un inicio se le consideraba como típico se encuentre justificado, destruyendo así la antijuricidad y evitando que el mismo pueda considerarse como un delito. Se acepta el hecho típico por motivos políticos, sociales y jurídicos que así lo permiten y genera como consecuencia que el indicio de antijuricidad que viene con la tipicidad queda eliminado por una causa de justificación (Muñoz Conde & García Arán, Derecho Penal: Parte General, 2010). Se transforma el hecho típico en lícito y aprobado por el ordenamiento jurídico hecho que diferencia las causas de justificación de las de culpabilidad ya que estas últimas no vuelven lícito al hecho solo impiden la imposición de una pena.

Las causas de justificación rigen solo en cuanto conflicto material ya que las mismas no se las considera norma de conducta, por ende, no son ni mandatos ni prohibiciones sino normas que permiten una realización. Se las considera como normas autónomas y de permisión independientes de las normas de conducta y estas tienen la particularidad de que hacen retroceder a las normas de conducta al momento en el que logran suprimir las sanciones que se encuentran en la norma penal.

Por otro lado, Donna sostiene que respecto de las causas de justificación y del bien tutelado que este ya no es merecedor de protección, atrae la norma hacia ellas y la norma retrocede, ni se mantiene el juicio de desvalor para el caso de ataque a éste (DONNA E. A., 2001). Se destruye el indicio de antijuricidad que tenía el tipo lo que conlleva a que la acción sea lícita. Por todo lo expuesto se puede inferir que las causas de justificación contienen un

precepto permisivo, que afecta a los mandatos o prohibiciones, dando lugar a que la licitud tanto de la conducta prohibida como la licitud de la no realización de la conducta ordenada, en los delitos de omisión (Cerezo Mir, 2006)

Es necesario para su comprensión entonces recordar que el ordenamiento jurídico en general está compuesto de normas que no son solo mandatos o prohibiciones sino también existen las normas que permiten ciertas conductas, debido a cuestiones fácticas y por la libertad del hombre el Derecho debe permitir ciertas actuaciones del individuo. El motivo de la exclusión de la antijuridicidad se da gracias a que el ordenamiento jurídico se forma tanto de prohibiciones, como de autorizaciones (Jescheck & Weigend, 2014). Respecto a los efectos predicables para todas las causas de justificación no hay una unanimidad de criterios, hay autores que sostienen que en efecto si hay estos enseres propios, este modo de relación dentro de las causas de justificación por igual dentro de un ordenamiento jurídico.

De igual manera cuando se comprueba la existencia de cualquier causa de justificación ya no es necesario pasar a la siguiente categoría dogmática que es la atribuibilidad del hecho al autor, ya que la culpabilidad es el siguiente camino cuando ya se ha verificado la existencia de antijuridicidad. Por último, la esfera de aplicación de las causas de justificación solamente se extiende hasta la protección normativa del bien ya que, o bien por renuncia de parte de su titular o por ponderación y mayor relevancia de otro, se permite atacar. Por ello es que cualquier extralimitación o exceso en el ejercicio de una causa de justificación será antijurídica.

### **2.3.1.1 Sistemática en las Causas de Justificación**

En cuanto a los principios que regulan su situación jurídica o que buscan una sistematización de las causas de justificación se tiene dos puntos de vista, una es la teoría monista y la otra vendría a ser la teoría pluralista. Los defensores de la primera teoría, la monista, buscan limitar todas las causas de justificación a un principio único denominado el empleo de medios adecuados para un fin lícito. Se justifica a un actuar típico cuando sea el medio adecuado que permita conseguir un fin justificado o correcto (Roxin, Derecho Penal Parte General: Fundamentos de la Estructura de la Teoría del Delito, 1997). Esto también tiene mucho que ver con la teoría de un fin lícito que sostiene que siempre se debe de buscar un

mayor beneficio y el menor perjuicio posible. "Conforme a Derecho (en sentido material) es una actuación... que en su tendencia general le garantiza a la comunidad estatal de modo generalizado más beneficio o provecho (ideal, cultural) que perjuicio" (Sauer, 2019).

Buscan siempre como resultado que el respeto al bien es prioritario, es mucho más importante en comparación disvalioso de la lesión del bien, debido al producto de una ponderación de bienes jurídicos. No obstante, la misma ha sido superada ya que se les considera muy vagas, no se explica la naturaleza de cada causa de justificación de manera específica o individualizada además de que cada causa de justificación responde a ideas diferentes o a la combinación de varios principios.

La teoría más aceptada en la actualidad es la pluralista, la misma que busca justificar estas causas que excluyen la antijuricidad de la conducta típica en los principios rectores, las causas de justificación se clasifican según sobresalga ya sea el principio de interés preponderante o bien puede ser el principio de la ausencia de interés. En las causas de justificación en las que el principio predominante es la ausencia de interés el hecho queda justificado debido a que el titular del bien jurídico es el que renuncia a la protección que la norma le otorga, a pesar de ser víctima de una conducta típica, en el caso concreto, en este principio se observa muy bien el caso donde el consentimiento puede destruir la antijuricidad del hecho típico volviéndolo lícito mientras que en las causas de justificación en la que el principio que sobresale es el de interés preponderante el actuar típico queda justificado ya que la lesión que se produce en un bien jurídico es resultado de un actuar para salvar otro bien jurídico considerado de mayor valor, un claro ejemplo sería el estado de necesidad justificante.

Finalmente, y muy a pesar de que la teoría más aceptada sea la pluralista por parte de la doctrina actual cabe recalcar que no solo esos dos principios ya referidos son los únicos que dan sustento a las causas de justificación, se tiene por ejemplo a otros como el de proporcionalidad, el de necesidad, principio de ponderación de bienes, el principio de autonomía, principio del prevalecimiento del Derecho, etc.; si bien es más aceptada que la teoría anterior no siempre se puede compendiar todas las causas de justificación a los dos principios del pluralismo.

Como se observa existen varios principios ordenadores y los mismos u otros más se suman o restan en varias y diferentes combinaciones en las diversas causas de justificación;



simplemente se deben de entender como directrices interpretativas para concretar su contenido y permiten ver tanto la estructura de las causas de justificación en particular como su contexto. Realmente se debe de estudiar en cada causa de justificación en concreto cuáles son los principios que lo permiten.

### **2.3.2 Causas de justificación en el Código Orgánico Integral Penal**

Una vez hecho un breve análisis de lo que sostiene la doctrina referente a este elemento de la teoría del delito es necesario analizar lo que sostiene que Código Orgánico Integral Penal (COIP de ahora en adelante). Cabe recalcar que las causas de justificación o como las llama en cuerpo normativo, causas de exclusión de la antijuricidad se encuentran establecidas en el artículo 30 y 30.1 de la norma penal ecuatoriana. Pero se puede afirmar, a primera vista, que las únicas causas de justificación son que reconoce el ordenamiento jurídico interno son la legítima defensa, el estado de necesidad, la orden legítima y expresa de autoridad competente o un deber legal. Más adelante en el presente trabajo se hará alusión al consentimiento

*Art. 30.- Causas de exclusión de la antijuricidad.- No existe infracción penal cuando la conducta típica se encuentra justificada por estado de necesidad o legítima defensa. Tampoco existe infracción penal cuando se actúa en cumplimiento de una orden legítima y expresa de autoridad competente o de un deber legal, debidamente comprobados. (Asamblea Nacional de la República del Ecuador, 2021).*

*Art. 30.1.- Cumplimiento del deber legal de la o el servidor de la Policía Nacional y de seguridad penitenciaria. - Existe cumplimiento del deber legal cuando una o un servidor de la Policía Nacional y de seguridad penitenciaria, al amparo de su misión constitucional, en protección de un derecho propio o ajeno, cause lesión, daño o muerte a otra persona, siempre y cuando se reúnan todos los siguientes requisitos:*

- 1. Que se realice en actos de servicio o como consecuencia del mismo;*
- 2. Que para el cumplimiento de su misión constitucional, dentro de su procedimiento profesional, observe el uso progresivo, proporcional y racional de la fuerza; y,*

3. *Que exista amenaza o riesgo inminente a la vida de terceros o a la suya propia o para proteger un bien jurídico.*

*Por acto de servicio se entienden las actuaciones previas, simultáneas y posteriores, ejecutadas por la o el servidor en cumplimiento de su misión constitucional y el deber legal encomendado, inclusive el desplazamiento del servidor o servidora desde su domicilio hasta su lugar de trabajo y viceversa.*

*También se considera acto de servicio, cuando la actuación del servidor o servidora se realiza fuera del horario de trabajo, en cumplimiento de su misión constitucional, observando el riesgo latente, eficacia de la acción y urgencia de protección del bien jurídico.* (Asamblea Nacional de la República del Ecuador, 2021).

### **2.3.2.1 Estado de Necesidad**

A esta causal se la puede entender como el momento de peligro actual para intereses legítimos, superiores que únicamente puede mantenerse a través de la lesión de intereses ajenos menores. Como considera la doctrina este nace al momento de existir un encuentro de dos bienes tutelados de diferente valor y se sacrifica el bien de menor valor para salvar el de mayor valor a través de la ponderación de bienes (Muñoz Conde & García Arán, Derecho Penal: Parte General, 2010). La doctrina reconoce a dos estados de necesidad, al justificante y al disculpante, cuando el estado de necesidad surge de la colisión de dos bienes jurídicos de distinto valor es justificante; y es disculpante cuando los bienes jurídicos en pugna son equivalentes. Como causa de justificación ley aprueba el sacrificio del bien de menor valor, pero en el segundo estado de necesidad la ley no puede inclinarse a favor de ninguno de los dos bienes y lo que hace es disculpar a quien actúa en dicha situación, el estado de necesidad disculpante no entra dentro del ámbito del presente trabajo, así que no se profundizará más.

El estado de necesidad se lo puede considerar como una acción mientras que la legítima defensa es una reacción, la primera es un ataque y la segunda surge como contrataque. El estado de necesidad se centra en la pugna producida entre dos intereses legítimos, en dos bienes protegidos por la norma penal (Jiménez de Asúa, Principios del Derecho Penal: La Ley y el Delito, 1953). Se lo considera como causa de justificación debido a que el necesitado

tiene el derecho de zanjar la contraposición de bienes, él hará prevalecer el superior sacrificando el interés jurídico de entidad menor. Esta causa de justificación tiene como origen ciertas situaciones imprevistas que generan peligro, frente a la cual el necesitado actúa lesionando un bien ajeno para precautelar otro, pero siempre con el cumplimiento de ciertos requisitos establecidos y que han sido recogidos dentro de la legislación ecuatoriana.

#### **2.3.2.1.1 Regulación del Estado de Necesidad en el COIP**

Esta causa de justificación se encuentra regulada en el art 32 del COIP y como se apreciará la misma consta a su vez de tres elementos fundamentales para poder alegarla correctamente y destruya la antijuricidad.

*Art. 32.- Estado de necesidad. - Existe estado de necesidad cuando la persona, al proteger un derecho propio o ajeno, cause lesión o daño a otra, siempre y cuando se reúnan todos los siguientes requisitos:*

- 1. Que el derecho protegido esté en real y actual peligro.*
  - 2. Que el resultado del acto de protección no sea mayor que la lesión o daño que se quiso evitar.*
  - 3. Que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para defender el derecho.*
- (Asamblea Nacional de la República del Ecuador, 2021)

#### **2.3.2.1.2 Que el derecho protegido esté en real y actual peligro**

Es el punto de partida del estado de necesidad, es su origen o primera condición, versa sobre que el bien jurídico que se pretende proteger se encuentre en una situación de amenaza, en un peligro que debe de cumplir con los requisitos de ser real y actual. El peligro debe ser una probabilidad inminente y al hablar de actual, también se hace alusión a que debe de existir una continuidad temporal entre el peligro y el acto que lo evita, caso contrario no se hablaría de necesidad. Al juntar dichos elementos se concluye que el peligro debe ser presente debido

a que si se cuenta con el tiempo suficiente como para reflexionar y preverlo el sacrificio de otro bien jurídico no se justifica.

Con esto se busca que se produzca un actuar inmediato y así evitar la afectación del bien tutelado penalmente que se considera de mayor jerarquía, para lo cual se tiene que afectar el bien jurídico ajeno de menor jerarquía, es decir que no se podría suponer el peligro, se caería en estado de necesidad putativo donde si el error era invencible solo puede dar lugar a una causa de exculpación y si el error era vencible una atenuación de la responsabilidad. Es irrelevante que el peligro que se trata de evitar amenace a bienes jurídicos propios o de terceros.

#### **2.3.2.1.3 Que el resultado del acto de protección no sea mayor que la lesión o daño que se quiso evitar**

Con este requisito del estado de necesidad justificante se puede llegar a una correcta conclusión de que no solo se hace una ponderación de bienes jurídicos, sino que también es necesaria una comparación entre los males causados y los males que se han evitado. Por ello la aplicación de principio de ponderación de intereses forma parte de manera implícita en el estado de necesidad, siempre se debe de dar una adecuación o proyección entre el mal causado y el mal que se intenta evitar.

Como bien se mencionó antes la doctrina sostiene que debe existir un bien jurídico de mayor jerarquía se es precautelado en detrimento de otro de menor importancia, este requisito viene a fortificar eso. En el estado de necesidad esta comparación de males evitados y causados debe recibir un análisis más amplio que una ponderación de bienes. Esto se debe a que el código en este requisito no compara los bienes, sino que el resultado no sea más malo del que se pretendió evitar, por ello no sólo influye el valor del bien típico lesionado, sino también la forma en que se lesiona ya que en el momento en que se atenta contra un bien jurídico protegido supone a su vez un ataque en contra del orden jurídico, por ello el mal causado debe ser menor de manera obligatoria que la lesión que se evitó que se materialice.

#### **2.3.2.1.4 Que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para defender el derecho**

Este punto tiene que ver con que, si la acción era necesaria o no por parte de quien alega dicha norma permisiva, este medio es el único que se puede emplear en protección del derecho propio o ajeno, si es posible dar solución al problema utilizando otra medida diferente que la de lesionar bienes jurídicos ajenos, tendrá que utilizarse esa otra posibilidad. Con la colisión de bienes y la salvación condicionada al detrimento de uno es estado de necesidad puro. Con la salvación a través de intervenciones de diversos bienes tutelados, quien actúa en estado de necesidad debe elegir la vía con el menor coste relativo (González Castro, 2008). El peligro debe ser de tal intensidad que sea inevitable por medios distintos a los ejecutados. Es el único camino y además debe ser menos perjudicial.

#### **2.3.2.2 Legítima Defensa.**

Dogmáticamente la legítima defensa o defensa necesaria proviene del derecho romano mediante el aforismo *vim vi repellere licet*, entendido como la licitud de repeler violencia a través de la violencia, era un derecho que se limitaba a la protección de la vida o la integridad física. Mientras que, los germánicos lo analizaron desde una óptica más colectiva, se lo considero como la defensa del orden jurídico y por ello el individuo representaba a la comunidad. Posteriormente los clásicos lo examinaron como un requerimiento del ciudadano cuando no encontraba protección por parte del Estado, debido a que una de las principales obligaciones estatales es de proteger a los ciudadanos.

Sin embargo, en la actualidad se ha llegado a una precisión más exacta respecto de esta causal, la misma tiene un fundamento doble, que a su vez se sustenta en la existencia de dos principios, uno es la protección individual y el otro es el prevalecimiento del Derecho. De dichos principios se colige este doble ámbito de la legítima defensa. Su causal se la ve desde dos puntos de vista, La necesidad de defender los bienes jurídicos individuales y, en la de asegurar la primacía del Derecho frente al injusto (González Castro, 2008).

La primera es el producto de una agresión injusta que busca la protección de viene individuales ya sean de la propia persona o de extraños o terceros. Observando que el ataque es injusto se sostiene que de la relación entre el agresor y defensor los mismos no se hallan en

una posición igualitaria frente al orden jurídico. Esto es obvio ya que el agresor con su actuar está atentando contra el Derecho, mientras que el defensor lo intenta proteger, es debido a ello que el Derecho se inclina a favor del defensor y, en principio, le permite lesionar al agresor en la medida en que resulte necesario para impedir que el injusto prevalezca sobre el Derecho. Al lado de este primer fundamento individual de la legítima defensa convive uno que es supraindividual, este tiene como finalidad máxima hacer prevalecer la defensa del orden jurídico y por ende del Derecho en general, que se encuentra quebrantado debido a la agresión antijurídica, este es una necesidad ya que lo que se pretende conseguir es que el derecho siempre debe triunfar sobre el injusto.

Sin embargo, una vez expuesto esta doble función se podría concluir que el carácter individual otorga legitimación al individuo a ejecutar en nombre del Estado la función de defender del Derecho y esta causa de justificación encuentra su razón de ser en la defensa del Derecho en el marco de los bienes jurídicos individuales (Mir Puig, 2006). Por ello es más acertado defender que la naturaleza de la legítima defensa es fáctica y se defienden intereses tanto individuales como colectivos ya que cuando se da la agresión ilegítima esto permite la posibilidad jurídica de su utilización, por parte de la persona agredida o de la persona que defiende bienes jurídicos ajenos a él, concluyendo que por una parte se defienden derechos individuales y por otra se reafirma la validez del ordenamiento jurídico. Esta causal, luego de haber observado su tratamiento se la puede definir como el acto de repeler una agresión que ocurre en el tiempo presente cuyo origen es antijurídico y no provocado, a través de conductas de defensa que provocarán un daño al agresor.

#### **2.3.2.2.1 Regulación de la Legítima Defensa en el COIP**

Haciendo alusión a esta causa dentro de la legislación nacional la misma se encuentra regulada en el artículo 33 del COIP, el mismo que versa lo siguiente:

*Art. 33.- Legítima defensa.- Existe legítima defensa cuando la persona actúa en defensa de cualquier derecho, propio o ajeno, siempre y cuando concurren los siguientes requisitos:*

*1. Agresión actual e ilegítima.*

*2. Necesidad racional de la defensa.*

*3. Falta de provocación suficiente por parte de quien actúa en defensa del derecho.*

(Asamblea Nacional de la República del Ecuador, 2021)

Después de observar lo que dispone el COIP se puede concluir que la legítima defensa se refiere no solo a los bienes individuales propios del sujeto atacado, sino que también abarca la defensa de bienes ajenos a la persona, puede ser tanto de un familiar, amigo o conocido como también de un completo extraño, ya que la norma simplemente habla de derechos propios o ajenos. A su vez, el código establece unos requisitos recogidos por la doctrina que justifican y dan validez a esta causal.

#### **2.3.2.2 Agresión Actual e Ilegítima**

Respecto de la agresión actual e ilegítima primero se debe de entender que se refiere el código con la agresión, la misma puede interpretarse como el acometimiento físico en contra de la persona o ataques a sus bienes inmateriales, un atentado ya sea por medio de una acción e inclusive actualmente abarca hasta la omisión que pone en peligro un bien jurídico protegido propio o ajeno abarcando hasta los derechos morales como el honor. La misma debe ser una agresión verdadera y no una apariencia de agresión, no basta para quien se defiende que lo haga frente a una agresión que solo existen en su imaginación.

Por ello hay casos en los que el individuo cree que será víctima de un ataque, se defiende, pero si ello no era real no se puede alegar la legítima defensa. Debe ser a su vez actual, no se puede alegar una legítima defensa posterior ya que se podría convertir en un acto de venganza y ello no está tutelado dentro de la protección individual ni de la prevalencia del ordenamiento jurídico, en otras legislaciones a la actualidad se la complementa la palabra inminente, con lo que se busca mayor precisión a este requisito de continuidad, esto es debido a que se considera que la agresión ya ha comenzado o está a punto de hacerlo y como resultado se obtiene la reacción de defensa; sin embargo no es indispensable la inclusión de referida palabra ya que la doctrina considera que lo necesario es que todo suceda dentro de una unidad de acto, es decir, una constancia entre la agresión y la defensa.

La misma debe ser ilegítima, por ello el agredido no está jurídicamente obligado a soportarla, es antijurídica y dolosa, es decir el ataque al bien jurídico debe ser intencional por ello si se encuentra en el caso de lesiones o puestas en peligro imprudentes, no cabe legítima defensa; al ser ilícita se entiende que quien actúa legalmente no se puede hablar de legítima defensa. Pero esta antijuricidad no debe ser puramente formal, sino material; es decir, debe darse una efectiva puesta en peligro de bienes jurídicos protegidos. No requiere que la agresión sea culpable, si bien por motivos éticos se recomienda reaccionar con violencia frente a ataques de menores o inimputables, no hay obstáculo legal para actuar alegando legítima defensa contra ellos (Muñoz Conde & García Arán, Derecho Penal: Parte General, 2010). La riña mutuamente aceptada no da lugar a legítima defensa, debido a que la primera acción de cada parte no es defensa ante una agresión previa sino atacar; solamente si se habla de que existe una desproporcionalidad en el ataque o que se encuentra una de las partes en una verdadera imposibilidad de despegarse del verdadero agresor.

#### **2.3.2.2.3 Necesidad racional de la defensa**

Este segundo requisito se regula para la no utilización de legítima defensa, cuando se ha buscado intencionalmente la agresión y se busca reaccionar de manera violenta. La necesidad de defenderse se refiere que al momento de que la persona sufre un ataque y solo le queda defenderse dicha defensa es el único medio proteger un bien jurídico tutelado. Dependerá de cada caso en concreto, por ejemplo, no es lo mismo la necesidad de defender cuando se atenta a la vida que como cuando se ataca al honor; sin olvidar que por más que el bien jurídico agredido sea de menor importancia, se justifica la defensa dentro de los límites de la necesidad.

También dependerá de la naturaleza de la agresión, con que medios fue, si participaron varios sujetos y por ultimo las posibilidades de salvar el bien que tuvo el agredido y las alternativas que pudo utilizar para defenderse. No se puede obligar al injustamente agredido a huir, aunque pudiera hacerlo, no se puede poner la carga al agredido el de humillarse antes de defenderse (Gaceta Judicial, 1971). No se puede sostener que existe una obligación del agredido de huir o esconderse.

En cuanto a la racionalidad del medio empleado se la debe de analizar cuál es la situación del agredido, este debe de tomar una decisión inmediata, que no es otra que aquella



que la razón, el sentido común aconseja. Se traduce a “la exigencia de que, entre todos los medios eficaces de los que disponga el sujeto para impedir o repeler la agresión, utilice en menos dañino.” (Martínez Escamilla, Lorenzo, & Mariscal de Gante, 2012). La racionalidad del medio empleado para la defensa exige la existencia de proporcionalidad, tanto en la especie como en la medida, de los medios empleados para repeler la agresión.

La sustancia de la defensa debe de corresponder con la sustancia de la agresión, esto no quiere decir que si el agresor utiliza como medio material un resolver el agredido puede disparar a discreción. Siempre se debe se proceder de acuerdo a las normas de sano juicio, hacer ponderación para así poder determinar de forma objetiva, teniendo en cuenta particulares como las condiciones del agredido, de que medios se basaba, el tiempo, el lugar, las modalidades de la agresión, etc. Conlleva oportunidad del empleo de la defensa, la no posibilidad de emplear otros medios menos drásticos, si se pudo evitar el peligro por otros medios, ello en relación y subordinación al peligro de la amenaza (Gaceta Judicial, 1979).

#### **2.3.2.2.4 Falta de provocación suficiente por parte de quien actúa en defensa del derecho**

A primera vista se podría dar una interpretación estricta de este requisito llevaría a la injusta conclusión de que, cuando la agresión es consecuencia de una previa provocación del que posteriormente empleará la legítima defensa, en ningún caso se lograría alegarla. Pero eso dista de la realidad, la provocación es ejecutar actos que tengan el afán de que otro tenga el ánimo de agredir al que los realiza, y con la suficiencia se refiere la norma a un acto con cierta significación que explique la reacción conforme al modo racional del humano de reaccionar. Dicha suficiencia de provocación debe estar sujeta a la sana crítica del juez considerando factores como educación, cultura, medio en el que se encuentran, etc y su finalidad es de evitar que alguien provoque a una persona para después utilizar a la legítima defensa de pretexto (Albán Gómez, 2016).

Como se puede observar lo que pretende este requisito es que no exista provocación que contenga un nivel de influencia suficiente en el agresor en su actuar, en estos casos se observa que la principal voluntad del que se defiende no es la defensa como tal sino provocar la ira del agresor y así poner a la legítima defensa para actuar de manera impune. El derecho no defiende

la conflictividad sino más bien reconoce el derecho de la legítima defensa en la medida en que el agente no se haya puesto en esa circunstancia (Zaffaroni, Alagia, & Slokar, 2006). Se daría un caso de *actio libera in causa*, sería imputable, el sujeto que al tiempo de cometer sus actos no lo era, pero sí lo era en el momento en que ideó cometerlos o puso en marcha el proceso causal que tuvo como resultado la excusa de defensa.

Como conclusión de la legítima defensa en el COIP el mismo no hace discriminación respecto de los bienes jurídicos que pueden ser objeto de protección de esta causal, pudiendo ser bienes jurídicos individuales, como bienes jurídicos de uso común. No obstante, no todos los doctrinarios sostienen eso, por ejemplo, se fundamenta que los derechos que son relativos a reclamaciones y otras pretensiones contractuales no son objetos de esta causa debido a que, si se pudiera actuar en legítima defensa contra infracciones contractuales, cualquier acreedor podría imponer su derecho violentamente.

### **2.3.2.3 Cumplimiento de una Orden Legítima y Expresa de autoridad competente**

Este punto ha sido tratado por la doctrina como la obediencia debida. “la orden de autoridad se refiere a quienes reciben órdenes emanadas en conformidad con la ley y, en cumplimiento de esas órdenes, lesionan un determinado bien” (Albán Gómez, 2016). El sujeto no actúa de forma libre, no hace lo que quiere en términos vagos, sino, se ampara al mandato de una autoridad, misma que goza de legitimidad por parte del Estado. Fundamental sostener que no se puede exponer al que actúa en el cumplimiento de una orden legítima a una reacción de legítima defensa particular. Un ejemplo claro se lo tiene en el allanamiento que efectúa un policía en cumplimiento de una providencia judicial.

La doctrina sostiene que debe de exigirse ciertos requisitos para considerar esta causa de justificación. Se tiene a la relación de jerarquía, aunque esta solo se puede dar dentro del derecho militar y del público, fundamentado en la subordinación que es la obediencia del inferior al superior. Otro requisito es que el superior actúe dentro de su competencia abstracta, debe ser una orden que forme parte de sus facultades; y así, también el subordinado debe ser competente para ejecutar la orden. Otro punto importante es que la orden cumpla requisitos de formalidad, no sea ilegal y sea expresa. La orden debe encontrarse en los límites de la competencia y contener las solemnidades legales o teoría de la apariencia (Muñoz Conde &

García Arán, Derecho Penal: Parte General, 2010). Empero si la orden infringe un precepto legal no hay obligación de acatarla y no se podrá alegar en el posterior como norma permisiva. En otras palabras, el subordinado tiene un examen es un deber de examinar la orden, el mismo, según la doctrina es limitado debido a que la orden del superior gozará de la presunción de legalidad.

#### **2.3.2.4 Cumplimiento del deber legal**

Conocido también como el actuar en cumplimiento de un deber legal se encuentra justificado siempre que se actúe conforme a derecho, es decir, que se ejecute dentro de los límites legales. Es “una cláusula de cierre del sistema jurídico que impide que la aplicación de preceptos normativos que establecen deberes, derechos o funciones sociales pueda verse confrontada con la incidencia en figuras típicas penales” (Martínez Escamilla, Lorenzo, & Mariscal de Gante, 2012). Para hacer valer esta norma permisiva es necesario remitirse a la norma jurídica que regula el acto en cuestión, sea de un médico, policía, militar, etc esto es debido a que es necesario revisar si su conducta está de acuerdo o no a derecho. Por ello en el ejercicio de determinadas profesiones que obligan al cumplimiento de deberes o la ejecución de actos que no justificados fuera de su ámbito de cada profesión.

Recién en la reforma al COIP del 24 de diciembre del 2019 se agregó un artículo que regula lo referente al cumplimiento de un deber legal del servidor de la policía nacional o de seguridad penitenciaria. Aquí se les autoriza la violencia que generará desde lesiones hasta en algunos casos la muerte por ello es fundamental el uso racional de la violencia para utilizar dicho medio y la adecuación proporcional al hecho., para evitar cualquier exceso. Por ello esta norma busca regular la necesidad racional del medio empleado y que el cumplimiento del deber no se realice solo para perjudicar a alguien.

#### **2.4 El consentimiento debería ser analizada dentro de las causales de la antijuridicidad en la legislación Nacional.**

Como se ha expresado con anterioridad esta causa de justificación no se encuentra reconocida de forma expresa en el COIP, no se encuentra en el artículo 30 del cuerpo

normativo referido, pero del contexto podemos encontrarla. Para sostener semejante afirmación es necesario contemplar lo que la doctrina sostiene respecto del consentimiento, y la misma señala que esta figura puede que forme parte de las causas de justificación que excluyen la antijuricidad de la conducta típica en los supuestos donde es el titular de un derecho el que renuncia a la protección jurídica de la norma penal. Empero, y sin perjuicio de reconocer que el consentimiento en algunos casos pueda funcionar como un elemento que podría excluir ya la tipicidad del comportamiento, hay casos en los que el consentimiento no excluye la tipicidad, sino que siguiendo ciertos requisitos podría excluir la antijuricidad, es decir, justificar una conducta que sigue siendo típica.

Cuando es el titular del bien el que da el consentimiento Elimina la antijuricidad de la acción o la omisión en los tipos que tienen como requisito que la acción u omisión se realiza en contra o sin la voluntad del sujeto pasivo (Cerezo Mir, 2006). Según el referido autor el bien jurídico que daría un claro ejemplo de esto sería la libertad del individuo. También defensores de este punto de vista sostienen que debido a que la antijuricidad es un concepto, como ya se lo ha explicado antes, que engloba a todo el ordenamiento jurídico y no solo la rama penal, pues ello conlleva pensar que no es descabellado sostener su posible aplicación a la figura del consentimiento, dentro de lo basto que se puede considerar a la antijuricidad.

Parecería fácil a primera vista defender al consentimiento dentro de la antijuricidad como una causal que lo excluye o justifica basándose en la teoría del negocio jurídico que se aplica en el derecho civil ya que, considera al consentimiento como un negocio jurídico privado, o una obligación donde la manifestación de voluntad debe respetar las reglas jurídico-negociales, otorgándose la posibilidad de revocarlo (Chang Kcomt, 2017). Pero esta posición ha sido ya abandonada por los defensores de la exclusión de antijuricidad debido a que el consentimiento en el Derecho penal es un elemento que viabiliza la posibilidad o no de disponer de los bienes jurídicos en torno a una autorrealización personal y no una obligación.

Una parte de la doctrina considera que el principio que tiene relación con el consentimiento es el de ausencia de interés, el mismo que se ve plasmado cuando la voluntad, que por lo general se aprecia menoscabada por la ejecución de la conducta típica, no existe en el caso concreto; para este punto de vista al consentimiento se asimila como el abandono de los intereses por parte del que legítimamente tiene la facultad de disposición sobre el bien jurídico. La doctrina sostiene a esta posición como la de renuncia del interés. Otro principio

de los que se puede utilizar es el de ponderación de bienes jurídicos, en el caso del consentimiento se tiene por un lado a la autonomía de la voluntad del titular del bien jurídico y por el otro lado se tendría al valor del bien jurídico como tal, no obstante, y muy a pesar de que tanto la autonomía de voluntad como el valor del bien jurídico tutelado le pertenezcan al mismo individuo hay bienes jurídico penales tan trascendentales para la sociedad que la normativa no puede dejarlos a la libre disposición por parte de su titular.

El momento en que ambos principios colisionan entre si cierto sector de la doctrina sostiene que es la ponderación de bienes la solución para discernir la problemática de preferir entre ellos; “la libertad del individuo para disponer y el desvalor de la acción y del resultado representado por el hecho típico, por ende, el consentimiento como causa de justificación supralegal puede llegar a excluir totalmente la ilicitud” (Domínguez Correa, 2011); esta conclusión tiene siempre la condición de que resulte preponderante el principio de autonomía de la voluntad sobre el valor representado por el bien jurídico.

Esto en parte gracias a la política jurídica la misma que se la entiende como el conjunto de criterios, condicionantes o valores que guardan entre sí una relación de que lo que aspiran es orientar como se debe utilizar al derecho y la política criminal diligencia realizada por el Estado sobre el fenómeno delictivo cuya finalidad es tanto de prevenir como de combatir a dicho fenómeno para volver posible la vida en sociedad (Gálvez Puebla & de la Guardia Orio, 2012). Mediante la solución de la ponderación de bienes garantizados se puede esclarecer cuales son los límites hasta los cuales el particular puede disponer de ellos y cuál es la relación entre el ejercicio de esta libertad y los intereses para la sociedad, concluyendo que, el consentimiento sólo puede entrar en consideración en relación a intereses jurídicamente tutelados individuales y que igualmente sólo merece ser tenido en cuenta cuando el que consciente es a la vez titular del bien jurídico tutelado, ya que una libertad que se realizare a costa de los bienes de la sociedad produjera lo contrario de lo que busca el derecho penal.

El consentimiento como causa de justificación se defiende considerando que el mismo no se entiende solo dentro de la tipicidad de manera absoluta, por ejemplo, en los delitos de contra el honor, patrimonio, lesiones, etc el tipo penal se ve configurado ya sea con o sin la voluntad del titular del bien objeto de protección. El consentimiento únicamente forma una

causa de justificación que excluye la antijuricidad del injusto mas no evita la tipicidad (Chang Kcomt, 2017). A su vez el consentimiento como una causa de justificación tiene sentido gracias a la diferenciación entre el objeto material de protección y la facultad de disposición del mismo descartando a esta última. Por ello se sostiene que la conducta típica si se realiza pese al consentimiento, se lesionó al bien, pero se justifica el daño excluyendo la antijuricidad y evitando la responsabilidad a pesar de que si se configuró la tipicidad.

El consentimiento viene a ser una norma que no hace que le lesión al bien no se permita, La conformidad del afectado impide la lesión atribuible del bien protegido, caso de exclusión de tipo o la permite donde se constituiría una causa de justificación (Mir Puig, 2006). Dependerá del bien jurídico que se lo analice y de cómo fueron las circunstancias del injusto. “La sola voluntad del autorizado a disponer no proporciona ya un motivo jurídicamente suficiente para intervenir en sus bienes, sino que debe añadirse además un empleo racional de tales bienes” (Jakobs, 1997). Es debido también a que se alega que el verdadero bien jurídico protegido en los tipos penales que protegen bienes jurídicos disponibles, es el dominio autónomo del titular de los mismos y no la integridad del objeto, ello conlleva a una subjetivización del concepto de bien jurídico, no siempre tiene un valor comunitario, siempre que dicha disposición de los bienes sea racional.

#### **2.4.1 Requisitos para la validez del consentimiento**

La doctrina cuando establece las reglas referentes para la validez del consentimiento como causal que excluye la antijuricidad de la conducta típica y de esa forma evitar que al autor se le reproche la conducta hace énfasis en la necesidad de que se cumplan ciertos requisitos para su cumplimiento: que el bien jurídico sea disponible, que el titular del bien tenga capacidad jurídica de disposición del mismo y que el consentimiento sea libre de vicios y se materialice de manera expresa, tacita o que quede de manifiesto que si se lo hubiera consultado se la habría otorgado.

Antes de realizar un breve análisis de cada uno de los mismos no está demás de indicar que la misma doctrina, si bien tiene un criterio mayoritario respecto de los requisitos, este mismo no es unánime, existiendo una parte mayoritaria que sostiene que los requisitos penales del consentimiento deben de diferenciarse de los civiles puesto se encuentran en diferentes

ramas con diferentes principios, objetivos, orígenes, etc; y uno que sostiene que los requisitos deben ser los mismos para todo el derecho en general, sin importar la rama de la que se trate el consentimiento en debe tener los mismos requisitos.

Simplemente para culminar este punto se puede sostener que en la rama penal el consentimiento no se trata de un negocio jurídico del derecho privado, no se puede hablar de una teoría del negocio jurídico, como ya se sostuvo antes, más bien se está dentro de una acción jurídica de naturaleza propia. El consentimiento y su eficacia dentro de la rama penal no es la misma que la civil, por ello no es aplicables los principios del derecho civil que sostiene la teoría de la declaración de la voluntad, sino debe de existir por parte del sujeto que otorga el consentimiento, un camino reconocible de la voluntad.

#### **2.4.1.1 Persona que otorga el consentimiento**

##### **2.4.1.1.1 Consentimiento del autor**

Un elemento que ha sido discutido en la doctrina es el de que si el autor que al parecer realiza la conducta típica debe conocer si el titular del bien jurídico ya ha consentido y que su actuar es producto de ese consentimiento, para la posición defendida en cuanto al consentimiento como causa de justificación este elemento subjetivo es necesario para la validez de la norma permisiva. Se dan los elementos objetivos de la causa de justificación, pero no el elemento subjetivo en la norma permisiva, en dichos supuestos la doctrina sostiene varios puntos de vista.

Mientras el finalismo ortodoxo sostendría que hay un delito doloso consumado, no hay causa de justificación. Otro punto de vista más moderno del finalismo es de considerarlo como una tentativa, hay un disvalor de acción, pero no un disvalor de resultado ya que desde el punto de vista objetivo los resultados se neutralizan y la tentativa implica una disminución de la pena. Técnicamente no es tentativa, pero se realiza una analogía *in bonam partem*, que es una analogía que se utiliza para crear preceptos normativos que favorezcan al procesado y contribuir a la realización de un derecho penal mínimo como busca el COIP, no se opone al respeto del principio de legalidad y ayuda a la defensa de un derecho constitucional

ecuatoriano garantista en un alto grado, al menos visto desde la cantidad de garantías y derechos contenidos en la Constitución.

*“el agente debe conocer al realizar el hecho la existencia del consentimiento. Esto significa que también en esta causa de justificación es necesaria la presencia del elemento subjetivo, el cual es exigido por la doctrina en las causas de justificación. La consecuencia de la falta de este requisito es muy importante, pues si el sujeto cree erróneamente que el portador del bien jurídico no ha consentido el delito de lesiones, existirá y habrá sido consumado, al no actuar la causa de justificación en una conducta ya típica”* (Romeo Casanaba, 1983)

#### **2.4.1.1.2 Consentimiento del titular del bien jurídico protegido**

Lo general es que el titular es quien puede consentir respecto de su bien jurídico individual, y la excepción es que podrá consentir un tercero cuando el titular no pueda hacerlo. El sujeto pasivo titular del interés jurídicamente protegido en la norma debe ser la persona sobre quien se vierte la conducta, pero es de suma importancia establecer cuándo es que el titular del bien jurídico posee capacidad para consentir sobre su bien y cuando dependerá de un tercero. En cuanto a la capacidad para disponer del bien jurídico, siguiendo el punto de vista aceptado por la mayoría doctrinal, la misma no debe ser la que se entiende en el campo civil.

Debe ser la posibilidad real de discernir sobre el contenido, las circunstancias, consecuencias de lo que está otorgando, esto deberá analizarse en cada caso en particular para que se considere proporcionado en base la libertad plena del otorgante y entendimiento real de las cosas, depende de la voluntad responsable y no turbada del portador del bien jurídico, por ello el consentimiento irrelevante se daría en los casos de sujetos que carezcan de la capacidad de juicio, que no puedan entender las circunstancias ni consecuencias de su actuar, que no puedan comprenderlo debido a enfermedades mentales y estados de deficiencia psíquica temporales o estados de embriaguez.

La exigida capacidad de comprensión y de juicio no debe entenderse limitada por la edad como en el ámbito civil, más bien es una cuestión de las circunstancias fácticas de cada



caso. Por ejemplo, la Corte Constitucional en la Sentencia No. 13-18-CN/21 estableció una regulación más correcta en el artículo 175 del COIP numeral quinto referente al consentimiento de la víctima menor de dieciocho años en delitos contra la integridad sexual y reproductiva. Antes todo consentimiento de la víctima que era menor de edad era irrelevante, luego aquello se modificó y se habla ahora de que tiene relevancia ellos mayores de catorce años que se encuentren en capacidad de consentir en una relación sexual. (Asamblea Nacional de la República del Ecuador, 2021)

Esto se dio debido a que la Corte Considero que la irrelevancia del consentir los menores de edad atentaba contra el ejercicio de los derechos que permiten un libre desarrollo de la personalidad que viene acompañado de la libre toma de decisiones, las mismas deben estar informadas, ser voluntarias y responsables sobre la sexualidad de las y los adolescentes, conforme a sus capacidades (Sentencia No. 13-18-CN/21, 2021). La Corte aquí realizó un análisis considerando que en las y los adolescentes desarrollan su capacidad y madurez para ejercer sus derechos, que dicha capacidad se verificará a través de un proceso de escucha en el que se pueda determinar el nivel de autonomía y desarrollo de la o el adolescente y verificar que el consentimiento sea libre de vicios, no sea producto de relaciones de poder, etc.

Lo que impera para el presente trabajo es el hecho de que la capacidad para consentir un proceso personal, se sustenta en la capacidad natural de juicio de cada individuo, en la capacidad para tomar una decisión orientada a alcanzar su autorrealización personal, en función a cada bien jurídico respecto del que es titular, se debe de analizar de acuerdo a la madurez del sujeto, y deberá ser la necesaria para que el mismo comprenda cómo dicha decisión afectará en su autorrealización personal. El factor determinante no es tan simple como disponer que un mayor de 18 es absolutamente capaz y un menor no. “El titular del bien jurídico debe, sobre todo, poseer una capacidad de razonamiento y juicio natural para poder calcular en esencia el significado de la renuncia al interés protegido y el alcance del hecho” (Jescheck & Weigend, 2014).

Se habla entonces de una capacidad natural para poder consentir válidamente, es comprender la trascendencia de su decisión tomada al aceptar la renuncia de la protección del Derecho penal y su alcance o consecuencia. El poder comprender la naturaleza del acto al que se va a someter en beneficio de su salud (López Frías, 1999). Esta voluntad personal es la base

del consentimiento aceptado por el Derecho. Será el juez, sostiene la doctrina mayoritaria, el que evaluará la capacidad para consentir en cada caso en concreto.

#### **2.4.1.1.3 Consentimiento a través de un representante**

En cuanto cuando el titular no está en capacidad para consentir pues nuestro ordenamiento jurídico en general y nuestra sociedad establece que lo pueden hacer por él sus representantes legales, pero no de manera absoluta, por ejemplo, en las decisiones personalísimas o de tipo existencial, este inconveniente es más fácil de resolver si se divide a la incapacidad de acuerdo al tiempo de afección de la misma, por lo que se tiene a los casos cuando es temporal o permanente.

#### **2.4.1.1.4 Incapacidad Temporal**

Si es solamente temporal la incapacidad solo cabe cuando esta sea indispensable para la recuperación del individuo, típico ejemplo es el de la amnesia temporal será el representante quien podrá consentir sobre sus bienes personales, en cuanto se trate de los viene de carácter patrimonial también se acepta la subrogación siempre que su único fin sean la recuperación mas no sobre otro tópico, como por ejemplo alguna intervención estética que nada tiene que ver con la reparación.

También la doctrina se encarga de dividir en las disposiciones reversibles y las irreversibles, en cuanto a las irreversibles están se dan cuando la lesión que afecta al bien tutelado es perentoria y las reversibles son las que no tienen el carácter de definitivo. El consentimiento con efectos irreversibles y reversibles cuando hay una incapacidad de carácter temporal la mayoría defiende que sólo puede hacerse de forma excepcional por parte del representante y debe ser indispensable para la autorrealización del titular del bien jurídico afectado y sea menos perjudicial, como en una intervención quirúrgica que tenga como resultado salvaguardar la vida del sujeto a pesar de provocarle un daño permanente. Si no es de carácter de una emergencia la doctrina sostiene que no debería permitirse hasta que el titular del bien deje de padecer de la incapacidad para hacerlo por sí mismo.

#### **2.4.1.1.5 Incapacidad Permanente**

Por el caso contrario se tiene a la incapacidad permanente, simplemente se defiende el punto de vista que sostiene que la regla general es aceptar el consentimiento del representante y solo excepcionalmente no hacerlo. Cuando se trata de un bien jurídico que afecta a los derechos de carácter patrimonial se sostiene que con la incapacidad permanente si cabe sustitución personal para su ejercicio. Si se trata de derechos cuyo contenido es de materia personal, por ejemplo, el de educación, nacionalidad, etc; la doctrina alega que la sustitución cabe solo cuando el sujeto tiene la incapacidad permanente para disponer de su natural de juicio y la actuación por parte del representante debe verse encaminada exclusivamente al beneficio del incapaz.

El problema viene cuando se tratan de derechos de carácter personalísimos, pues una parte de la doctrina sostiene que no se debe permitir, ni en los casos de incapacidad permanente, una subrogación de decisión. Por ejemplo, en una donación de órganos, cuando el menor o un incapacitado carece de la comprensión que se solicita en ese caso, su consentimiento no puede sustituirse por el de su representante legal, por lo que no debe realizarse la intervención (Roxin, Derecho Penal Parte General: Fundamentos de la Estructura de la Teoría del Delito, 1997).

Sin embargo, también hay quienes sostienen que solo a través de una providencia de un órgano jurisdiccional, proceso que debe de tener un inicio concreto y la solicitud ordenada por el tutor, curador, o quien tiene el cuidado del incapaz para consentir, o con un derecho en conflicto; requiere de una revisión judicial (Chang Kcomt, 2017). Simplemente cabe añadir que no se sigue la regla general de que el representante podrá disponer del bien siempre que busque el beneficio del representado incapacitado, añade un requisito más que es el de un pronunciamiento de un órgano jurisdiccional para dar mayor protección al bien jurídico penalmente relevante en estos casos en concreto. Por último, si se encuentra en una situación en la que son varios los titulares del derecho, por ejemplo, un allanamiento de morada, pues lo que la doctrina considera correcto es que al existir más de un afectado pues se requerirá del consentimiento de todos los sujetos pasivos.

### **2.4.1.2 Consentimiento libre de vicios**

El consentimiento para que posea validez no solo es necesario que sea emitido por los sujetos que forman parte del conflicto, el mismo debe tener una convergencia entre el conocimiento de lo que se hace y la voluntad por parte del titular del bien jurídico que dispone. Pero puede darse situaciones en las que aun existiendo esta concurrencia no se puede afirmar que exista consentimiento, debido a que el mismo se encuentra viciado por elementos como el engaño, error y amenaza o coacción que atentan a la libre autodeterminación del individuo.

#### **2.4.1.2.1 Amenaza o Coacción**

La amenaza se la puede entender como la advertencia de un mal futuro e ilícito, misma que tiene que ser exteriorizada, mientras que la coacción es cuando mediante la fuerza o violencia se impide hacer lo que la ley no prohíbe, o se obliga a hacer algo que la persona no quiere sin importar que eso fuera justo o injusto, actualmente a la coacción se la relaciona también con el temor que se puede producir, la intimidación, la detención, la opresión psicológica y el abuso de poder. “En relación a la amenaza, para afirmar que alguien ha sido coaccionado a consentir, dicha persona debe haber sido obligada a disponer sobre determinado bien jurídico mediante violencia física o intimidatoria” (Díez Ripollés & Gracia Martín, 1997). Lo que la doctrina discute respecto de este apartado es sobre el grado o intensidad que debe tener la amenaza o coacción.

Mientras que otra mucho más restrictiva sostiene que solo la amenaza que se configure como un acto con carácter de antijuricidad necesaria para un delito de coacciones, amenaza o intimidación es la que se le puede considerar como una amenaza suficiente para invalidar el consentimiento del titular del bien jurídico, las amenazas que excluyen la eficacia del consentimiento, son las que perturban la libertad de decisión del titular del bien jurídico, de modo que el suceso ya no es expresión de su libertad de acción (Roxin, Derecho Penal Parte General: Fundamentos de la Estructura de la Teoría del Delito, 1997). El límite es cuando la acción es punible o no. Postura que si bien por un lado da unas reglas claras de cuando tiene repercusión la amenaza para viciar el consentimiento por otro lado se la considerada demasiado restrictiva que dejaría la ventana de los vicios del consentimiento prácticamente cerrada para su aplicación. Solo como ejemplo se podría señalar que en el medio nacional

según este punto de vista solo se consideraría amenaza que vicia el consentimiento la que cumpla lo que regula el artículo 154 del COIP.

*Art. 154.- Intimidación.- La persona que amenace o intimide a otra con causar un daño que constituya delito a ella, a su familia, a personas con las que esté íntimamente vinculada, siempre que, por antecedentes aparezca verosímil la consumación del hecho, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años. (Asamblea Nacional de la República del Ecuador, 2021).*

Otra postura, algo más permisiva, es la que defiende el hecho de que cualquier actuación que atente u obstruya contra la libertad será motivo suficiente para eliminar la validez del consentimiento, es decir, ya no requieren que la presión sobre la voluntad sea la suficiente para producir la invalidación del consentimiento y ello haga que la elección no sea libre ni voluntaria; basta con que la presión sea mínima o no violenta inclusive. Empero la postura más racional y eficaz es la de parte sostener que, efectivamente se deberá de tratar de una amenaza que sea de suficiente relevancia o que produzca un mal de considerable importancia para afectar a la libre voluntad del individuo, pero esta no debe ser siempre la coacción que tipifican los distintos códigos penales bajo de figura de amenaza, intimidación, etc. Con ello se garantiza individualizar el grado de afeción que puede generar la amenaza en cada caso concreto de acuerdo a la apreciación que observen los jueces, pero siempre partiendo del hecho que la misma sea la suficiente fuerte para afectar la libertad de actuación del individuo.

#### **2.4.1.2.2 Error**

El error se puede considerar como la falsa representación de la realidad y puede provenir de la ignorancia, el engaño o la equivocación, en cuanto al error este se toma en consideración si es determinante para la afectación al bien jurídico, eso se refleja al momento de informar al sujeto de forma incorrecta el alcance de la acción que va a sufrir decir. Tiene que influir es una falsa representación de lo que realmente sucederá en la realidad. Esto la doctrina lo llama como error en el modo y en el fin y la postura antes referida es la restrictiva, es decir el error anula el consentimiento solo cuando la persona que lo otorga se equivoca sobre la dimensión o alcance de su renuncia al bien tutelado.

Sin embargo el problema de considerar así el error es que este puede darse en situaciones ajenas al bien penalmente relevante, por ejemplo “si x quiere escribir a su vecino: no estoy de acuerdo con que Ud. tale mi árbol, pero se olvida la palabra "no", entonces hay que partir de la existencia de un consentimiento” (Roxin, Derecho Penal Parte General: Fundamentos de la Estructura de la Teoría del Delito, 1997) ya que el Derecho sólo puede tomar en cuenta como voluntad del titular del bien jurídico lo que ha sido expresado de manera objetiva y no sus pensamientos y ello evitaría que el vecino cometa un acto antijurídico

Diferente es si en el caso planteado el vecino se aprovecha de manera consciente del error, ahí se vuelve ineficaz el consentimiento y por ello se consideraría mejor una interpretación amplia de la relevancia del error en el consentimiento en materia penal. De igual manera si el fin es erróneo el consentimiento debe de verse revocado ya que impide la autorrealización personal, como cuando se consiente una intervención quirúrgica pensando que con la misma se salvará la vida de alguien o la misma. Eso no sería imputable al sujeto sino más bien al que tiene el deber de informar de manera correcta, en este caso el médico. Un error en el motivo o el por qué es irrelevante siempre que no afecte a la finalidad o el para que del otorgamiento del consentimiento.

#### **2.4.1.2.3 Engaño**

De igual manera que con el error el engaño, que se lo puede entender como inducir a alguien a tener por cierto aquello que no lo es o dar a la mentira apariencia de verdad, este tiene un punto de vista restrictivo y uno más amplio. El primer punto de vista se observa al momento de que el engaño ineficaz para el consentimiento se da cuando este conduce a un error referido al bien tutelado, en otras palabras cuando el que consiente yerra sobre la dimensión o peligrosidad de la renuncia al bien jurídico, por ejemplo cuando X consintiendo con Z se somete a un tratamiento pero z le ocultó que el mismo es perjudicial para su salud.

Mas no cuando el engaño tiene como resultado provocar el error sobre una contraprestación esperada, ejemplo de ello sería cuando X manifiesta que quiere donar sangre por unos 50 dólares, pero el representante de la fundación le ha engañado de modo que X se va sin el pago. En este último caso si bien algunos autores consideran que se solucionaría con la imputación del tipo estafa otros consideran que el daño físico al que el consiente se somete

no es equiparable a un tema meramente patrimonial, que hacerlo provocaría caer en la comercialización de bienes penalmente relevantes en la sociedad, cosa que el derecho no busca y por ende considerar que es ineficaz el consentimiento otorgado de esta manera.

También el engaño a otras circunstancias que acompañan al hecho debe ser analizado, la doctrina moderna considera que mientras el engaño no produzca un error que afecte a la autonomía de la decisión del portador del bien jurídico, el consentimiento debe darse como válido, tomando en consideración baremos jurídicos. Igual que con el error el engaño que estropee al motivo por el que el titular renuncia al bien vuelve en inválido al consentimiento, y también aquel engaño que tiene que ver con el fin altruista que busca llegar el que consiente.

#### **2.4.1.3 Exteriorización del Consentimiento**

Por este punto se puede entender que no es suficiente para que tenga validez el consentimiento un mero ejercicio interno no exteriorizado, manifestado por parte del titular del bien tutelado, debe ser reconocido externamente, no obstante, esto no quiere decir que el consentimiento es invalidado si no es expreso de forma verbal, más bien este anunciado apunta a que el mismo debe manifestado al exterior y pueda ser reconocido. Puede que el consentimiento sea tácito, pero, debido a la actitud o el comportamiento del titular el mismo se pueda inferir la existencia y manifestación del mismo. “Debe ser manifestado externamente de un modo inequívocamente reconocible, sin que sean aplicables las reglas del derecho Civil relativas a la declaración de voluntad (capacidad negociar, vicios de consentimiento, recepción)” (Jescheck & Weigend, 2014). La clave es que exista una exteriorización y esta debe ser la declaración de voluntad del sujeto pasivo, inclusive si la misma es tácita.

Es la supuesta víctima que siendo el ser el titular del núcleo del tipo penal tutelado dentro de sus cabales y por ende con el goce de su derecho, ella acepta que su bien protegido se vea vulnerado. Como no es necesario que el consentimiento se exprese sino se acepta el hecho de que con el actuar del interesado se llega a demostrar el acuerdo con la acción del sujeto activo a través de conjeturas que el titular del derecho a consentido. Es tan aceptado por la doctrina que algunos autores defienden que el mismo se lo considera como un sustitutivo eficaz del consentimiento real y llega a excluir la antijuridicidad, aunque se de en contra de la voluntad expresamente declarada del titular del interés (Mezger, 1995).

Este supuesto es aceptado solo en los casos en los que la negativa a priori del interesado tenga su origen en un error al momento de interpretar el hecho. Y esto es promovido por la doctrina ya que se pueden dar casos en los que el sujeto pasivo por alguna razón no exteriorizo su aceptación con el actuar del sujeto activo y esta obra con la seguridad de que no perjudica al titular del bien, su obrar se ampara en el hecho de que la supuesta víctima habría consentido el accionar, esto se denomina como la justa credulidad y tiene su razón de ser en las relaciones de fraternidad, confianza o amistad.

#### **2.4.1.4 Momento del Consentimiento**

En cuanto al momento en el que debe efectuarse el consentimiento se habla del lugar en el tiempo en el que debe ser otorgado por parte de interesado el consentimiento, en este punto hay opiniones doctrinales que hablan de que el mismo debe de tener anterioridad a la realización de la acción, considerando irrelevante la ratificación posterior (Jiménez de Asúa, Tratado de derecho penal tomo IV, 2007). Esto es para una parte de la doctrina y sostiene que la excepción para esto es cuando hay un vínculo contractual entre los sujetos. El no darle validez al consentimiento póstumo tiene lógica ya que lo contrario conllevaría el desconocer que hubo una vulneración a un bien penalmente tutelado consecuencia de un actuar típico y consumado, ello generaría la desnaturalización de la figura del desistimiento, ya que esta tiene lugar “iniciado el proceso de ejecución, el autor abandona voluntariamente la ejecución. Según su representación de los hechos, él considera que no ha hecho lo que tenía que hacer para consumir el delito y decide voluntariamente interrumpir la ejecución” (Villavicencio Terreros, 2006).

Depende mucho de que si el sujeto activo conoce o no sabe que concurre el consentimiento del sujeto pasivo, esto genera una problemática para la doctrina y por ello no hay una unanimidad de criterios. Este problema se encuentra en primer lugar dependiendo si se reconoce la existencia o no de los elementos subjetivos en las causas de justificación; luego si se los reconoce a dichos elementos subjetivos debe darse el tratamiento correspondiente ya que el sujeto activo actúa sin saber que concurre la situación que justifica o en otras palabras actúa sin el elemento subjetivo de la norma permisiva y por ello se considerará una eximente no completada por la carencia de ese elemento. También es importante el dolo o no del que



actuó sin el consentimiento inicial del sujeto pasivo, mientras que se actúa con dolo y con consentimiento inicial se considera que es mejor aplicar las reglas de la tentativa mientras si no hay el dolo debido a que el que actuó pensó que tendría el consentimiento posteriormente debido a que lo dedujo y se confirma dicha deducción pues si se aceptará dicha eximente.

Diferente es el caso donde el consentimiento es tomado como de naturaleza de elemento de la tipicidad, en esos casos cuando no se consta con el consentimiento al momento de iniciar la acción pero que este sea otorgado antes de la consumación del delito, aquí no se ha realizado completamente el hecho típico pero si se ha iniciado con la ejecución del mismo por ello la doctrina soluciona esto considerando que lo correcto es la aplicación de las reglas de la tentativa ya que ha comenzado con la realización de la conducta típica, pero en la fase de ejecución se consiente el hecho quedando incompleta o imperfecta dicha ejecución sin embargo debido a que se inició sin el consentimiento se considera que no puede quedar exenta de responsabilidad penal, por ello el sujeto activo debería ser castigado en grado de tentativa.

El momento suma gran importancia debido a que dependiendo de a que parte se le adjudique la pertenencia del consentimiento en la teoría del delito se actuaría de diferente manera, si se lo considera como parte de la tipicidad pues el actuar erróneo del individuo de quien actúa con la aquiescencia del sujeto pasivo se hablará de un error de tipo, si es vencible, permitirá castigar el delito culposo y si el error es invencible será un supuesto de caso fortuito (de la Gándara Vallejo, 1995). Mientras si cabe colocarlo como una verdadera causa de justificación pues se estaría dentro de un error en las causas de justificación y más que nada este sería un error dentro del elemento subjetivo del mismo por lo que lo cual una mejor solución sería aplicar una especie de tentativa como se indicó cuando se habló del consentimiento del autor con anterioridad ya que no sería justo considerarlo como un delito consumado y peor aún si posteriormente se obtiene el consentimiento del ofendido debido a que se lo infería presuntamente lo que generaría la desaparición no sólo del desvalor de acción, sino también el desvalor de resultado.

#### **2.4.1.5 Revocatoria del Consentimiento**

En cuanto a la revocatoria la doctrina no tiene mucha discusión, se sostiene que el titular del bien jurídico puede hacer el acto de revocar el consentimiento que se entiende como

prestado y que lo puede hacer en cualquier momento siendo sus excepciones la existencia de un contrato o cuando el titular haya perdido la posibilidad de disposición del bien; el inconveniente con ello es que si el sujeto activo no conocía de la revocatoria se puede encontrar en una clase de error a pesar de que subjetivamente no haya dolo en su actuar si este no conoce que se ha producido esa revocación y continua con su actuando pensando que aun está amparado en el consentimiento inicial. Esto generó que la doctrina considere necesario el hecho de que no basta con el cambio de parecer interno, sino que lo más óptimo es que dicho cambio, revocatoria debe ser expreso y dada a conocer al exterior para que el sujeto activo tenga conocimiento de dicha revocatoria y sea libre de actuar en base a ella.

#### **2.4.2 Bienes Jurídicos Protegidos Disponibles**

Sabiendo que en el Derecho Penal por su naturaleza y características lo mejor es que la protección recaiga sobre aquellos bienes jurídicos reconocidos por la sociedad y por ende el Estado en el que se encuentren cabe destacar que eso no signifique que en todo conflicto o relación en los que los intereses importantes para la sociedad se vean afectados ellos necesiten la intervención del Derecho Penal, entonces existe el punto de vista de que no todos los bienes protegidos exijan la intervención del Derecho Penal, así por ejemplo en el caso que exista el consentimiento del disponente en algunos delitos. Hay que tener como punto de partida que en la actualidad se ha identificado al bien jurídico como una idea de interés, se trata de un bien vital de la comunidad o del individuo, que por su significación social es protegido jurídicamente, es decir que tiene una gran utilidad para la vida en sociedad, es decir, es todo valor individual o de conjunto que merece la garantía de no ser vulnerado por la acción de otro. Ahora bien, sabiendo que estos valores se vuelven en intereses no solo del individuo sino de la sociedad en general, estos se ven incorporados dentro de todo tipo penal y los mismos se ven tutelados a través de “la determinación de un proceso de valoración de la conducta descrita. Esta protección es realizada normativamente mediante la prohibición de acciones cuyos contenidos son la materia descrita por la Ley Penal” (González Ferrer, 1979).

### **2.4.2.1 Bienes jurídicos Individuales y Colectivos**

La doctrina con el pasar el tiempo ha considerado óptimo diferenciar a los bienes jurídicos tutelados en los individuales y los colectivos, los primeros los consideran como aquellos que afectan a la persona individual de manera directa, son los vinculados con el individuo como sujeto de derechos; mientras que los segundos vienen a atacar al conglomerado social o el conjunto de varias personas individuales y que comprende un orden estatal por ello lesión de un bien jurídico colectivo genera la afección de una masa de individuos (Corcoy Bidasolo, 1999). El Estado a través de la protección de los bienes jurídicos considerados como colectivos debido a que son indispensables para el conglomerado, son los indispensables para la comunidad por su utilidad social, presuponen una actuación previa de la Administración, a efectos de darles un contenido material (Chang Kcomt, 2017).

Si bien existe esta diferenciación entre bienes individuales y colectivos la doctrina moderna sostiene que la titularidad en ambos casos pertenece al ser humano, pero en los colectivos los bienes tutelados se dan en función como un instrumento del individuo ya que este es el núcleo de la sociedad. Una convivencia en paz mediante un orden social es un bien tutelado de carácter individual ya que permite su autorrealización (Muñoz Conde & García Arán, Derecho Penal: Parte General, 2010). Es decir, se da una dependencia reciproca en los dos, por ello es que, si se daría la necesidad de ponderar entre bienes colectivos, no se buscaría preferir uno sobre otro, sino más bien de hacerlos compatibles a ambos teniendo como fin la autorrealización del ser humano.

Lo mismo se puede decir dentro del posible conflicto entre un bien jurídico individual uno colectivo, deberá de consultar a la proporcionalidad, no olvidando jamás el objeto de protección de los bienes tutelados colectivos es la autorrealización del ser humano. Por ello resulta imposible imponer una regla general para determinar cuál prevalece sobre cual, siempre dependerá del caso en concreto. Sabiendo que los bienes protegidos por la norma penal de carácter colectivo son indispensables para la autorrealización de los individuos en determinado entorno social se discute la posibilidad de disponer de los mismos puesto que estos pueden ser protegidos incluso en contra de la voluntad de los individuos, fundamentado en que el individuo no puede ir en contra de la posibilidad de realización de los otros sujetos que lo acompañan en sociedad y ello hace que nazca la indisponibilidad de disposición de

forma unilateral que de dichos bienes. Un ejemplo en el COIP serían los Delitos contra la biodiversidad.

*Art. 245.- Invasión de áreas de importancia ecológica.- La persona que invada las áreas del Sistema Nacional de Áreas Protegidas o ecosistemas frágiles, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años. (Asamblea Nacional de la República del Ecuador, 2021)*

Con la concurrencia de la autodeterminación del individuo, la renuncia a la protección de la norma, la ponderación de intereses y deduciendo que el objeto de protección penal desemboca en los derechos y garantías individuales y colectivas; puede justificarse que el individuo tiene toda la capacidad de poder autodeterminarse y por consiguiente el mismo pueda disponer o no del bien jurídico penal. Tomando como base el desarrollo individual como persona se justifica que el individuo puede disponer de sus bienes penalmente relevantes, si este considera que la protección al mismo impide el desarrollo de su autorrealización, es este el motivo por el que se dice que los bienes jurídico penales individuales protegen tanto una parte material que los conforman y la oportunidad de disposición sobre los mismos, de poder decidir si lesiona a dicho bien. El inconveniente de la disponibilidad de los objetos de protección es establecer si se pueden disponer de todos, de algunos o si es posible elaborar una lista de disposición para el ser humano.

Puede que existan ocasiones en que lo ético para el individuo no lo sea para la sociedad, como las lesiones infligidas por cirugías estéticas poco convencionales, si el individuo que realiza esta actividad lo hace debido a que lo considera fundamental para su autorrealización personal, no debería intervenir el Estado ni limitar su derecho a elegir al no verse perjudicada su dignidad, ni menos fundamentado en considerarlo inmoral, contrario a buenas costumbres, etc. Si bien hay sentido es buscar un Estado que busque evitar conductas orientadas a que los individuos se lastimen o perjudiquen a sí mismos no se debe de caer en extremos y sostener afirmaciones donde en conflicto de dignidad y autonomía de voluntad siempre prime el primero, y que el Estado use todos los medios, dentro de la proporcionalidad, para evitar que el individuo ejecute actos contra la dignidad (González Pérez, 2017). Esto también tiene su razón de ser debido a que se pueden considerar a las medidas paternalistas como una especie de póliza de seguros en los casos de decisiones que conllevan cambios irreversibles.

Se dan cuando el consentimiento crea estados que no tienen retorno, o que son elecciones con demasiada presión. Pero también hay autores que tienden a intentar limitar el ámbito de aplicación del paternalismo sólo cuando se está en supuestos donde hay un déficit de autonomía del implicado sea la minoría de edad, anomalías psíquicas o personas que no alcanzan a comprender los riesgos para sí mismas (Roxin, ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?, 2007). Los mencionados serían casos donde el paternalismo se vería aceptado, pero siempre este supeditado a la libertad del individuo cuyo objetivo es su realización, sin olvidar el hecho de que la disposición de los bienes individuales encontrará su límite cuando genere la afectación de la autorrealización de otras personas.

Hay otros puntos de vista que pretenden eliminar por completo el paternalismo de la ecuación, y se lo considera como una forma de despotismo, “tratar a los hombres como si no fuesen libres, sino material humano para que yo, benevolente reformador, los moldee con arreglo a los fines que yo he adoptado libremente, y no con arreglo a los suyos” (Berlin, 1993). No obstante, el paternalismo es una medida de excepción, la cual a la larga pretende evitar que por algún motivo la decisión de autorrealización no sea perjudicial para el individuo, por más de que se trate de un bien tutelado penalmente individual.

Este mecanismo se encontrará legitimado en el momento en que el individuo no se encuentre en capacidad de consentir por existir un vicio de invalidez, el paternalismo tiene su razón de ser cuando haya momentos donde el Estado restringirá derechos, respetando al principio de proporcionalidad o una correcta idoneidad, necesidad y ponderación o proporcionalidad en sentido estricto (Alemany, 2005). Al final es una herramienta que permita protección al individuo para, de manera indirecta, no atentar y más bien ayudar a su realización como ser humano de acuerdo a sus reglas. Para finalizar se puede establecer que la protección penal de bienes obedece a la necesidad de garantizar por su significación social a algunos derechos esenciales para la vida en comunidad y el ámbito personal del hombre, por lo que la aceptación o no de la disponibilidad de los mismos no se puede plantear de manera general, dependerá de factores de distinto orden cuales se puede considerar como de carácter de bienes jurídicos irrenunciables y otros que pueden ser renunciables dentro de cierto límite.

## CAPITULO 3

### **3.1 El consentimiento dentro de las legislaciones colombiana y española, análisis sobre el tratamiento del mismo si como causa de justificación o elemento de la tipicidad.**

Una vez analizado el punto de vista defendido en el presente trabajo y la legislación nacional respecto de este asunto no está demás hacer un breve análisis comparativo referente a los conocimientos de otras legislaciones, este mecanismo es al que se lo denomina como el Derecho comparado y su fin es adquirir conocimiento respecto de otras perspectivas jurídicas.

### **3.2 Legislación de España**

En su Código Penal, en el artículo 20 del mismo, se observa con claridad que el consentimiento no se lo toma en consideración de manera expresa como una de las causas de exención de responsabilidad penal que puede llegar a tener el sujeto activo. Dentro de referido artículo se observa a algunas causales de exclusión de antijuricidad de la conducta típica conocidas en el medio nacional como la legítima defensa o el estado de necesidad, sin embargo, al igual que en el COIP no figura de manera taxativa el consentimiento del ofendido.

*Artículo 20. Están exentos de responsabilidad criminal:*

- 1.º El que al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión. El trastorno mental transitorio no eximirá de pena cuando hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito o hubiera previsto o debido prever su comisión.*
- 2.º El que al tiempo de cometer la infracción penal se halle en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, siempre que no haya sido buscado con el propósito de cometerla o no se hubiese previsto o debido prever su comisión, o se halle bajo la influencia de un síndrome de abstinencia, a causa de su dependencia de tales sustancias, que le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.*

3.º *El que, por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad.*

4.º *El que obre en defensa de la persona o derechos propios o ajenos, siempre que concurren los requisitos siguientes:*

*Primero. Agresión ilegítima. En caso de defensa de los bienes se reputará agresión ilegítima el ataque a los mismos que constituya delito y los ponga en grave peligro de deterioro o pérdida inminentes. En caso de defensa de la morada o sus dependencias, se reputará agresión ilegítima la entrada indebida en aquélla o éstas.*

*Segundo. Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla.*

*Tercero. Falta de provocación suficiente por parte del defensor.*

5.º *El que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurren los siguientes requisitos:*

*Primero. Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar.*

*Segundo. Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto.*

*Tercero. Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse.*

6.º *El que obre impulsado por miedo insuperable.*

7.º *El que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo. En los supuestos de los tres primeros números se aplicarán, en su caso, las medidas de seguridad previstas en este Código. (Jefatura del Estado, 2022)*

No obstante, a pesar de no ser incluido como norma permisiva que excluye la antijuricidad el consentimiento del ofendido adquiere relevancia jurídico penal al momento en el que se consolidan sus efectos en el caso de los tipos penales protectores de bienes jurídicos disponibles. Se observa un claro ejemplo de lo manifestado cuando dentro de su artículo 155 se le adjudica un carácter de atenuante de la responsabilidad penal, una atenuante es el conjunto de “factores objetivos y subjetivos que se presentan en el caso concreto y que,

aunque no llegan a eximir de la responsabilidad criminal, sí la disminuyen, comportando en consecuencia una rebaja de la pena conforme a los parámetros legalmente definidos” (Blanco Lozano, 2005); sin embargo, le da unos requisitos específicos para que tenga este efecto, como que el miso debe ser válido, libre, espontáneo y además debe de ser otorgado por el ofendido. En este artículo se observa que la legislación española no se va por el clásico punto de vista doctrinal de la teoría unitaria o diferenciadora, y más bien es tratada como una atenuante punitiva, merma la pena, pero no exime la responsabilidad, finalmente dispone que no se acepta el consentimiento del menor de edad ni de un individuo con discapacidad.

*Artículo 155: 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 una persona con discapacidad necesitada de especial protección.*

No obstante, en el siguiente artículo del código español viene a dar una excepción de la regla general y permite aceptar al consentimiento como un elemento que exime la responsabilidad penal, esta destruye la antijuricidad de la conducta y de esa forma su actuar va conforme a derecho, no hay injusto por ende no hay sanción; pero, el artículo establece que el consentimiento deberá de ser válido, dispuesto de forma libre, teniendo capacidad de presentación de la renuncia de la protección de la norma penal y debe ser manifestado de forma expresa y solo en relación al trasplante de órganos que debe ser realizado por un facultado de la salud. Sería mejor que el código español tendiera a buscar la autorrealización de los sujetos protegidos por la norma, el derecho debería garantizar por una parte el bienestar del individuo, pero también debería permitir la libertad de que tiene cada individuo para de acuerdo a su capacidad de elegir las acciones que considera faciliten a la realización de su plan de vida.

Para señalar que antes en España se permitía en los casos de esterilización sobre personas con una incapacidad permanente que los representantes puedan decidir por ellos basándose en la necesidad de practicar esterilizaciones para que con ello se reduzca la posibilidad de algún embarazo que en cierta forma condicione la calidad de vida del representado y afecte a bienes jurídicos penalmente tutelados del mismo, siempre que medie una orden de un por órgano judicial, pero dicho artículo fue derogado mediante la Ley Orgánica 2/2020, del 16 de diciembre, que realizaba una modificación del Código Penal para



la erradicación de la esterilización forzada o no consentida de personas con discapacidad incapacitadas judicialmente debido a que este tipo de actuar era discriminatorio contra las personas con discapacidad, no permitía una igualdad entre los individuos y no cabía como norma con discriminación positiva para fomentar una igualdad material entre los sujetos.

A parte de considerarlo como un atenuante como establece el artículo 155 de la legislación penal española el consentimiento se aplica de acuerdo a la naturaleza bipartita, es decir en algunos supuestos se lo ha de considerar como un elemento que excluye la tipicidad como cuando ya en el tipo se describe una conducta en la que su carácter de ilícita se da cuando se actúa contra la voluntad del sujeto pasivo como en el delito allanamiento de morada

*“Artículo 202. 1. El particular que, sin habitar en ella, entrare en morada ajena o se mantuviere en la misma contra la voluntad de su morador, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años”* (Jefatura del Estado, 2022).

Mientras que se le dará otro tipo de tratamiento al consentimiento del ofendido cuando la conducta del sujeto activo conlleve ya una lesión de un bien jurídico disponible por parte del sujeto pasivo, ejemplo de ello se puede observar en el artículo 263 numeral uno ibidem:

*Artículo 263. 1. El que causare daños en propiedad ajena no comprendidos en otros títulos de este Código, será castigado con multa de seis a veinticuatro meses, atendidas la condición económica de la víctima y la cuantía del daño.* (Jefatura del Estado, 2022)

Esto tiene aplicación, como ya se ha señalado antes, en los bienes jurídicos disponibles, “respecto de los que el consentimiento puede excluir la imputación, la acción sólo realiza el tipo en la medida en que importe una lesión del ámbito de dominio autónomo del sujeto pasivo” (Bacigalupo, 1999). Cabe recalcar que esta lesión de acuerdo a su voluntad contra la preservación del bien jurídico no es absoluta, sin embargo, si se permite en los bienes jurídicos disponibles por el individuo sin que ello signifique que se considere irrelevante al sustrato material en la lesión del bien penalmente tutelado.

Si bien en España no hay una norma o un artículo que de una naturaleza única al consentimiento dentro de su codificación penal se puede inferir que solo cuando el núcleo del

tipo pueda ser disponible por el sujeto pasivo y se cumplan los requisitos ya explicados con anterioridad se podría hablar de un consentimiento que excluye la antijuricidad de la conducta típica, en cambio, si forma parte de como un elemento objetivo del tipo el mismo excluirá la tipicidad de la conducta y en el caso de las lesiones se aplicará una regla específica en la que no forma parte ni del tipo ni de la antijuricidad sino como una circunstancia que atenúa la responsabilidad del justiciable pero no la extingue.

### **3.3 Legislación de Colombia**

En la legislación colombiana la situación es más clara, ya que las reglas son claramente esclarecidas debido al tratamiento que le da su código penal, el mismo que en su artículo 32, numeral segundo coloca taxativamente al consentimiento como una de las causales de ausencia de responsabilidad penal. Cabe recalcar que el código colombiano coloca al consentimiento en el mismo artículo donde constan causales de exclusión de la antijuricidad que han sido más aceptadas por la doctrina como la legítima defensa, el estado de necesidad justificante, el cumplimiento de un deber legal, el cumplimiento de orden legítima que provenga de autoridad competente y emitida con las formalidades legales, etc.

El código colombiano cumple a su vez lo que la doctrina sostiene en cuanto a que el consentimiento en materia penal debe cumplir con ciertos requisitos para que tenga validez dentro de la estructura de la teoría del delito y regula que solamente cuando se pueda disponer, por parte del titular de aquel bien jurídico protegido podrá tener efectos jurídicos/penales.

*“Artículo 32. Ausencia de responsabilidad. No habrá lugar a responsabilidad penal cuando:*

*... 2. Se actúe con el consentimiento válidamente emitido por parte del titular del bien jurídico, en los casos en que se puede disponer del mismo.” (El Congreso de Colombia, 2023)*

En cuanto a la responsabilidad penal se la entiende como la “sujeción del agente a las consecuencias jurídicas del hecho punible cometido.... o la Responsabilidad Penal es el compromiso que le cabe al sujeto por la realización de un hecho punible” (Sandoval Fernández, 2003). Es decir, para que haya responsabilidad penal se requiere el cumplimiento

se condiciones tales como que se trate de un sujeto imputable, al mismo tiempo que se esté ante la realización de una conducta calificada como típica, que a su vez sea antijurídica, atribuible o culpable, y además que tenga una pena que sea necesaria.

A su vez el consentimiento puede ser una circunstancia de que puede servir como una atenuante de la pena, por ejemplo, se da en la sanción que se regula para la persona quien realice un aborto, es diferente si existe o no consentimiento de la mujer, si tiene consentimiento pues es atenuante y con menor pena que cuando la mujer no consintió en el hecho.

La legislación colombiana lo que hace para poder permitir al consentimiento como causal de ausencia de responsabilidad penal o norma permisiva de justificación se basa mucho en el punto de vista de la doctrina que sostiene que el consentimiento, como una causa de justificación, se fundamenta en la teoría de la ponderación de los valores “el uso sin obstáculos de la libertad personal es visto en sí mismo dentro del Estado liberal de derecho como un valor social que debe sopesarse con el interés de la comunidad en la defensa de los bienes jurídicos” (Machado Rodríguez, 2012). Sin embargo, como se anunció antes Colombia limita la aplicación del consentimiento solo a los bienes garantizados que son disponibles por parte del titular del mismo.

Los detractores del consentimiento como causa de exclusión de la antijuricidad de la conducta típica sostienen que el Estado a través de los bienes jurídicos cumplen una función indispensable para la rama Penal que es de “protección de los bienes el mínimo ético social necesario para la convivencia en opinión de la mayoría” (Quintero Olivares, 2015). Por ello niegan la libertad de disposición puede equiparar o ir sobre los intereses comunes que el legislador ha considerado como bueno o adecuado para el bienestar del titular del bien jurídico. No obstante, lo que realiza la legislación colombiana que a su vez se ve muy influenciada en la alemana es respetar la libre autodeterminación del interesado o titular del núcleo del tipo y que considera que ciertas decisiones fundadas tanto en su ética personal, libertad individual y autorrealización personal le han llevado a tomar. Por ellos se sustenta que “coartar la capacidad de disponer de este bien jurídico hasta el punto de «obligar a ser sano», es reflejo de una concepción no democrática en las relaciones Estado/ciudadano. Implica que el bien salud personal, sea un bien jurídico estático.” (Bergudo Gómez de la Torre, 1982).

Es importante hacer una breve mención a lo que la Corte Constitucional en su sentencia C-239 del 20 de mayo de 1997 a señalado referente al consentimiento de la víctima y la muerte digna:

*“El homicidio por piedad, según los elementos que el tipo describe, es la acción de quien obra por la motivación específica de poner fin a los intensos sufrimientos de otro. Doctrinariamente se le ha denominado homicidio pietístico o eutanásico. Por tanto, quien mata con un interés distinto, como el económico, no puede ser sancionado conforme a este tipo. Se confunde los conceptos de homicidio eutanásico y homicidio eugenésico; en el primero la motivación consiste en ayudar a otro a morir dignamente, en tanto que en el segundo se persigue como fin, con fundamento en hipótesis pseudocientíficas, la preservación y el mejoramiento de la raza o de la especie humana. Es además, el homicidio pietístico, un tipo que precisa de unas condiciones objetivas en el sujeto pasivo, consistentes en que se encuentre padeciendo intensos sufrimientos, provenientes de lesión corporal o de enfermedad grave o incurable, es decir, no se trata de eliminar a los improductivos, sino de hacer que cese el dolor del que padece sin ninguna esperanza de que termine su sufrimiento. El comportamiento no es el mismo cuando el sujeto pasivo no ha manifestado su voluntad, o se opone a la materialización del hecho porque, a pesar de las condiciones físicas en que se encuentra, desea seguir viviendo hasta el final; al de aquel que realiza la conducta cuando la persona consiente el hecho y solicita que le ayuden a morir.*

*La Corte concluye que el sujeto activo debe de ser un médico, puesto que es el único profesional capaz no sólo de suministrar esa información al paciente sino además de brindarle las condiciones para morir dignamente. Por ende, en los casos de enfermos terminales, los médicos que ejecuten el hecho descrito en la norma penal con el consentimiento del sujeto pasivo no pueden ser, entonces, objeto de sanción y, en consecuencia, los jueces deben exonerar de responsabilidad a quienes así obren. (Homicidio por piedad, 1997)*

La Corte Constitucional de Colombia, referente al consentimiento del paciente que solicita la eutanasia referente al consentimiento del mismo sostiene que este tiene que ser libre, y tiene que ser manifestado sabiendo que la persona tiene capacidad de entender la situación en la que se encuentra. Por ello es que el Estado no se puede oponer a la decisión que toma el individuo referente a ponerme fin a su vida, siempre que sufra una enfermedad terminal que

le produce dolores insoportables, que vuelve incompatible a la alusión de una vida digna según el enfermo, ya que la protección de la vida no es igual a la preservación de la misma sólo como hecho biológico. La corte sostiene a su vez que el consentimiento implica que el individuo que quiere ponerle fin a su sufrimiento debido a la enfermedad que padece por ser terminal y que le produce grandes padecimientos, motivo por el cual este no desea alargar su vida dolorosa, posee información seria y fiable acerca de su enfermedad y de las opciones terapéuticas y su pronóstico, y cuenta con la capacidad intelectual suficiente para tomar la decisión.

### **3.4 Conclusiones y Recomendaciones**

Una vez aclarados y explicados conceptos esenciales para la comprensión y desarrollo del presente trabajo, estableciendo las definiciones de ciertos temas centrales como del consentimiento, mismo que debe se comprende como la armonía de voluntades entre las partes, la paridad de opinión o la anuencia de lo sucedido, y que el mismo no nace como una institución del Derecho sino más bien este sistema de normas, principios y valores lo adopta para poder regular de mejor manera las relaciones entre los particulares. El consentimiento ha sido abordado dentro de diferentes ramas del ordenamiento jurídico y si bien tiene suma importancia en la rama civil para los negocios jurídicos, divorcio, matrimonio, no es la única rama en la que se la puede aplicar. De igual manera dichas instituciones han ido cambiando su forma de regularse referente al consentimiento y ello ayuda a entender que esta figura, aparte de tener su envergadura en la rama Penal, su desarrollo se producirá de acuerdo a las necesidades de la sociedad en la que históricamente se encuentre.

A su vez se consideró crucial referirse al concepto de Derecho Penal entendido el mismo como una rama del Derecho que regula lo referente a ciertas conductas que previamente se encuentran establecidas por su gravedad como delitos y se les asocia su respectiva pena o medidas de seguridad dependiendo del caso, y como esas normas pasan a ser más que simples hipótesis gracias a su parte adjetiva. También para una mejor comprensión fue necesario el análisis de su carácter de subjetivo o la atribución para la imposición de penas para la materialización del Derecho Penal objetivo, pero sin olvidar que siempre se debe de respetar los límites establecidos para esta facultad sancionadora como el principio de legalidad,

mínima intervención, lesividad, proporcionalidad, culpabilidad, humanidad y de esa manera evitar abusos por parte del Estado como titular del ius puniendi para poder relacionarlo con el consentimiento específicamente en esta rama.

Como el trabajo de titulación hace alusión al consentimiento y su validez dentro de la antijuricidad se precisó indispensable consolidar en el primer capítulo la evolución que ha tenido dentro de la teoría del delito esta categoría, desde sus inicios donde no se consideraba como una categoría individual ya que solo se observaba su connotación formal de ser contraria al Derecho por lo que no se profundizaba en su análisis hasta en la actualidad donde la misma se incorporó su parte material encontrando su significación valorativa gracias a la presencia de ciertos elementos subjetivos en la antijuricidad y observar cómo esta categoría se separaba y se relacionaba con las demás para formar un sistema donde se verifica un acto siempre guiado de la voluntad sea típico para poder avanzar a la antijuricidad y solo sino se observaban normas permisivas en ella, una de ellas podría ser el consentimiento del interesado, se podía avanzar a la culpabilidad para atribuir la responsabilidad del cometimiento del delito al individuo.

Posteriormente se profundizó más en el tema del consentimiento específicamente dentro de la rama Penal y su evolución histórica, observando que esta figura se encontraba presente inclusive en los tiempos del Derecho Romano donde ya se debatía sobre si la capacidad de disposición que tenía el titular de un bien jurídico frente a la lesión o puesta en peligro del mismo era válida y como ello progreso hasta las teorías actuales sobre si dicha disposición formaba parte o solo de la tipicidad o de la normas permisivas que se encuentran en la antijuricidad concluyendo que la mejor teoría es que su naturaleza no es exclusiva y que es válido el consentimiento para formar una verdadera causal de justificación dentro de la teoría del delito.

De igual manera como ya se observó la evolución de la antijuricidad que es seleccionada por el Derecho Penal, por lo que es indispensable puntualizar que el mismo no es exclusivo del Derecho Penal sino más bien forma parte del ordenamiento jurídico en general; sosteniendo que se analizó desde su concepción primitiva considerándolo solo como una verificación de acto típico contrario a Derecho hasta la actualidad donde viene a ser la ilicitud de un comportamiento preestablecido por una norma penal que ha su vez es materialmente antijurídico o cuando es lesivo o dañoso para bienes jurídicos protegidos, y que deben ser

vulnerados sino se estaría frente a conductas que si bien son típicas por algún motivo no son antijurídicas y esa eliminación de antijuricidad se encuentra notoriamente plasmada en los casos de encontrarse amparado por causales de justificación o normas permisivas que excluyen la antijuricidad de la conducta típica.

Dentro de referidas normas se encuentran las mayoritariamente aceptadas por la doctrina como la legítima defensa, estado de necesidad justificante, cumplimiento de orden legítimo promulgado por la autoridad competente o el cumplimiento de un deber legal, no obstante, el consentimiento posee las características necesarias para entrar en estas normas permisivas, ya que el mismo llega a viabilizar la posibilidad o no de disposición de los bienes jurídicos en torno a una autorrealización personal, partiendo del hecho que hay una clara ausencia de interés que se plasma en el abandono de la protección de la norma por parte del que legítimamente tiene la facultad de disposición sobre el bien jurídico. A su vez el mismo se encuentra de alguna manera legitimado en base a la autorrealización del individuo y como se realiza una ponderación entre la renuncia a la protección y la autonomía de voluntad del individuo para disponer del bien.

No cabe en estos casos hacer alusión al consentimiento dentro de la tipicidad ya que la conducta típica ya se ejecutó, ya hay una lesión al bien jurídico tutelado, no obstante, el consentimiento viene a actuar como una norma permisiva debido a que se está justificando el daño recibido fundamentándose en los principios ya antes referidos, renuncia de la protección, la realización del individuo disponiendo del bien basado en su autonomía de la voluntad y la ponderación de bienes, principios propios de las causales de justificación.

Como se observa el consentimiento es una figura que se encuentra presente en la dogmática penal y no es extraña su aplicación dentro de la teoría del delito, considerando que si bien tiene diferentes puntos de vista referente a su naturaleza lo más óptimo es sostener que la misma no es exclusiva, no solamente se la puede aplicar partiendo de una categoría dogmática en particular sino más bien, puede analizarse desde diferentes perspectivas, cada una de ellas con sus diferentes características y siempre que se cumplan con ciertos requisitos específicos.

Es completamente válido y aceptado por la doctrina que el consentimiento forma parte de la antijuricidad, específicamente dentro de las normas permisivas conocidas como causas

de justificación que excluye la antijuricidad de la conducta típica haciendo que no sea merecedora de ni de una sanción penal ni de otro tipo de sanción ya que el actuar se volvió lícito, eso sí, siempre que el bien jurídico sea uno disponible por parte de su titular lo que se traduce consideran como aquellos que afectan directamente a la persona teniéndolo en consideración como sujeto de derechos; de igual manera es importante la autodeterminación de la persona titular de derechos y con ella la aceptación propia de la renuncia a la protección que brinda la norma penal tomando en consideración a la ponderación de intereses.

De igual manera el titular del bien jurídico disponible debe de tener capacidad jurídica para poder hacer disposición del mismo, capacidad desde un punto de vista del Derecho Penal, misma que se difiere de la civil puesto que se tratan de dos ramas del Derecho diferentes, mientras que en la primera se la debe de entender como la facultad verdadera de poder percibir acerca del contenido, consecuencias de lo que está otorgando la segunda más bien es una aptitud para ejercitar los derechos, cumplir obligaciones, realizar actos jurídicos y celebrar contratos jurídicos.

El consentimiento a su vez para que tenga validez como norma permisiva debe de encontrarse libre de vicios, entendidos como el error, engaño, amenaza o coacción que de cierto modo perturben la armonía entre la representación de lo que se realiza y la verdadera voluntad por parte del titular del bien jurídico que dispone, mismo que debe de materializarse de forma expresa, aunque, tácitamente también se lo encuentra aceptado por la doctrina, pero asimismo con sus reglas específicas.

En cuanto a la legislación extranjera, la de España no lo toma en consideración explícitamente como una de las causas de exención de responsabilidad penal del sujeto activo, no obstante este ordenamiento jurídico extranjero no considera que tenga una naturaleza única, puesto que el mismo le ha dado también regulación como una atenuante en casos de delitos de lesiones siempre que se cumplan ciertos requerimientos e inclusive y a pesar de no ser regulado como una causa de justificación el código penal de España si permite como norma permisiva al consentimiento siempre que el bien pueda ser disponible por el sujeto pasivo y se cumplan los requisitos del consentimiento, caso contrario excluirá el tipo y en lesiones será atenuante.



Mientras que el caso de Colombia es más sencillo, específicamente se regula dentro de su código penal al consentimiento como causales de ausencia de responsabilidad penal. Incluso comparte el criterio sostenido tanto por la doctrina como por la legislación española referente a los requisitos que debe cumplir el consentimiento para que tenga tal efecto y siempre haciendo énfasis en el hecho que se trate de bienes disponibles. A su vez también tiene una naturaleza no exclusiva y se permite que se lo use tanto como atenuante de ciertas conductas como a su vez como un elemento de exclusión del tipo objetivo.

### **3.4.1 Recomendación**

Si bien el presente trabajo de investigación no tenía como fin el hecho de sugerir una reforma al Código Orgánico Integral Penal no está demás señalar que el tratamiento que se le da en la legislación nacional podría fácilmente ser considerado como insuficiente, se ha observado con más de un fundamento válido y que produce efectos jurídicos reales que la naturaleza del consentimiento no tiene por qué solo ser exclusiva, tiene tanto la eficacia de ser elemento objetivo del tipo como una causa de justificación dentro de la antijuricidad e inclusive se observa que puede tener el carácter como de una atenuante en ciertos casos.

Lo más óptimo sería el hecho de incluirlo dentro de la normativa penal nacional, específicamente en el artículo treinta que regula a las causas que excluyen la antijuricidad de la conducta típica; como en el caso de Colombia, de forma que incluso ayude al Derecho Penal a mantener relaciones pacíficas entre los ciudadanos, también a su vez considerando al consentimiento como causa de justificación se asistiera al individuo para su autorrealización como persona, se adecuara más la normativa que regula el comportamiento humano en la presente época permitiendo una evolución en cuanto a la normativa penal más de acuerdo a tiempos modernos; también es bueno señalar que su regulación dentro del COIP no afectaría a ningún principio base del Derecho Penal, es más, se complementara todavía más su característica de que la sanción no es el fin mismo de esta rama sino más bien la protección de los sujetos de Derecho para una vida en convivencia.

A su vez se permitiría una mayor libertad al individuo y la posibilidad de disponer de ciertos bienes para un desarrollo del mismo, evitando caer en paternalismos que limitan a los sujetos de Derecho sin que ello signifique que haya un abandono por parte de la normativa

Penal hacia las personas que busca proteger. Las conductas de los individuos seguirían reguladas por el ordenamiento jurídico, los bienes jurídicos tutelados no se verían afectados, todo lo contrario, estos se encontrarían más desarrollados para que vayan de la mano con la libertad de su titular y la vida en sociedad no se vería afectada por dicha inclusión sino más bien estaría mayormente garantizada por una normativa penal acorde a las necesidades actuales, respetando sus principios fundamentales.

## **Bibliografía**

- Abeliuk Manasevich, R. (1993). *LAS OBLIGACIONES* (Vol. IV). Santiago de Chile, Santiago, Chile: Tercer S.A Editorial Jurídica de Chile. Obtenido de [https://www.ecotec.edu.ec/material/material\\_2020D\\_DER301\\_01\\_145785.pdf](https://www.ecotec.edu.ec/material/material_2020D_DER301_01_145785.pdf)
- Albán Gómez, E. (2016). *MANUAL DE DERECHO PENAL ECUATORIANO*. Guayaquil, Guayas, Ecuador: Ediciones Legales.
- Aleman, M. (2005). *El concepto y la justificación del paternalismo*. Alicante, Comunidad de Valencia, España: Universidad de Alicante.
- Arredondo Galván, F. X. (2014). *La firma electrónica notarial y la copia certificada electrónica en el Distrito Federal. Colección Colegio de Notarios del Distrito Federal*. Mexico Distrito Federal, Mexico: Librería Porrúa: Colegio de Notarios del Distrito Federal. Obtenido de <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3784-la-firma-electronica-notarial-y-la-copia-certificada-electronica-en-el-distrito-federal-coleccion-colegio-de-notarios-del-distrito-federal>
- Asamblea Nacional de la República del Ecuador. (2019). *Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico General de Procesos*. Quito, Pichincha, Ecuador: Registro Oficial. Obtenido de [https://www.funcionjudicial.gob.ec/www/pdf/LEY\\_REFORMATORIA\\_AL\\_COGEP.pdf](https://www.funcionjudicial.gob.ec/www/pdf/LEY_REFORMATORIA_AL_COGEP.pdf)
- Asamblea Nacional de la República del Ecuador. (2021). *Código Civil*. Quito, Pichincha, Ecuador: Registro Oficial. Obtenido de <https://bde.fin.ec/wp-content/uploads/2021/12/CODIGOCIVIL-ULTMODIF19OCT2021.pdf>
- Asamblea Nacional de la República del Ecuador. (2021). *Código Orgánico General de Procesos*. Quito, Pichincha, Ecuador: Registro Oficial. Obtenido de [https://www.defensa.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2021/03/COGEP\\_act\\_feb-2021.pdf](https://www.defensa.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2021/03/COGEP_act_feb-2021.pdf)
- Asamblea Nacional de la República del Ecuador. (2021). *Código Orgánico Integral Penal*. Quito, Pichincha, Ecuador: Registro Oficial. Obtenido de [https://www.defensa.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2021/03/COIP\\_act\\_feb-2021.pdf](https://www.defensa.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2021/03/COIP_act_feb-2021.pdf)

- Bacigalupo, E. (1999). *Derecho Penal: Parte General*. Buenos Aires, Argentina: HAMMURABI SRL.
- Bergudo Gómez de la Torre, I. (1982). *El Delito de Lesiones*. Salamanca, Salamanca, España: Universidad de Salamanca.
- Berlin, I. (1993). *Cuatro ensayos sobre la libertad*. Madrid, España: Alianza Editorial.
- Blanco Lozano, C. (2005). *Tratado de Derecho penal español (Vol. II)*. Barcelona, España: Bosch Editor.
- Castro, O., & Canales, A. E. (Abril de 2020). EL MATRIMONIO Y SU DISOLUCIÓN: DEL DERECHO ROMANO AL DERECHO MEXICANO. *RIDROM*, 406-453. Obtenido de <http://www.ridrom.uclm.es/documentos24/castro24.pdf>
- Cerezo Mir, J. (2006). *Derecho Penal. Parte general*. Buenos Aires, Argentina: B de F.
- CHANG KCOMT, R. A. (2017). *CONSENTIMIENTO EN DERECHO PENAL: ANÁLISIS DOGMÁTICO Y CONSECUENCIAS PRÁCTICAS*. Salamanca, Salamanca, España: Universidad de Salamanca. Obtenido de [https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/135763/DDPG\\_ChangKcomtRA\\_DerechoPenal.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/135763/DDPG_ChangKcomtRA_DerechoPenal.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
- Chávez Asencio, M. (2003). *La familia en el Derecho*. Ciudad de México: Porrúa.
- Clariá Olmedo, J. (2008). *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni. Obtenido de <https://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/archivosbiblioteca/dpp0226t01.pdf>
- Corcoy Bidasolo, M. (1999). *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales*. Pamplona, Navarra, España: Tirant lo Blanch.
- De La Cuesta Arzamendi, J. L. (2009). *EL PRINCIPIO DE HUMANIDAD (Vol. 23)*. San Sebastián, País Vasco, España: Eguzkilore: cuaderno del Instituto Vasco de Criminología. Obtenido de <https://www.ehu.eus/documents/1736829/2176697/Eguzkilore+23.pdf>
- de la Gándara Vallejo, B. (1995). *Consentimiento, bien jurídico e imputación objetiva*. Madrid, España: Universidad Autónoma de Madrid.
- De la MataPizaña, F., & Garzón Jimenes, R. (2008). *Derecho Familiar y sus reformas más recientes en la legislación del Distrito Federal (Cuarta ed.)*. Ciudad de México, México: PORRÚA.
- Demetrio Crespo, E. (2016). *La antijuricidad penal y lo "injusto" penal*. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continenta.
- Díez Ripollés, J. L., & Gracia Martín, L. (1997). *Comentarios al Código penal. Parte especial*. Valencia: Tirant lo blanch.

- Domínguez Correa, M. (9 de Julio de 2011). El consentimiento del ofendido: entre la justificación y la exclusión de la tipicidad. *Revista De La Facultad De Derecho*(30), 109-122. Obtenido de <https://www.redalyc.org/pdf/5681/568160366009.pdf>
- DONNA, E. A. (2001). *Teoría del Delito y de la Pena 2 Imputació Delictiva*. Buenos Aires, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina: ASTREA .
- DONNA, E. A. (2006). *Derecho Penal Parte General*. Santa Fe, Colombia: RUBINZALCULZONNI.
- El Congreso de Colombia. (2023). *LEY 599 DE 2000 por la cual se expide el Código Penal*. Bogotá, Cundinamarca, Colombia: Diario Oficial No. 44097 del 24/07/2000. Obtenido de <https://www.conceptosjuridicos.com/co/codigo-penal-articulo-32/>
- Fernández Rodríguez, M. D. (1994). *Los Límites del Ius Puniendi*. Madrid, España: Ministerio de Justicia (Centro de Publicaciones).
- Fernández de Buján, A. (2017). *Derecho Privado Romano*. Madrid: Iustel.
- Ferrajoli, L. (2005). *Derecho y la Razon: Teoria del Garantismo Penal*. Madrid, España: Editorial Trotta. Obtenido de <https://clea.edu.mx/biblioteca/files/original/5694a779b4871166c0edb73b407c9529.pdf>
- Gaceta Judicial, 11 (ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR Agosto de 1971).
- Gaceta Judicial, 13 (ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR Abril de 1979).
- Gálvez Puebla, I., & de la Guardia Orio, M. C. (3 de Diciembre de 2012). La Política Criminal y sus campos de actuación. La experiencia cubana. *Revista de la Facultad de Derecho*(40), 125-154.
- Garcés Vásquez, P. A. (2014). *El Consentimiento, su Formación y sus Vicios*. Envigado, Antioquia, Colombia: Institución Universitaria de Envigado. Obtenido de <https://www.iue.edu.co/portal/documentos/fondo-editorial/ElConsentimiento-Suformacionyvicio.pdf>
- García Calderón, B. E. (2014). *El Consentimiento en Derecho Penal*. Valencia, Comunidad Valenciana, España: Tirant lo Blanch.
- Gobierno de España. (2022). *Código Civil*. (J. M. de la Cuesta, Ed.) Madrid, Comunidad de Madrid, España: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Obtenido de [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/codigos/abrir\\_pdf.php?fich=034\\_Codigo\\_Civil\\_y\\_legislacion\\_complementaria.pdf](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/codigos/abrir_pdf.php?fich=034_Codigo_Civil_y_legislacion_complementaria.pdf)
- Gómez Ramírez, N. (03 de 05 de 2004). *Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Obtenido de Corte Interamericana de Derechos Humanos: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/R06737-4.pdf>

- González Castro, J. A. (2008). *TEORÍA DEL DELITO*. San José, Costa Rica: C.R. Poder Judicial.
- González Ferrer, C. E. (1979). *Tipo e injusto*. Panama, Panama: Imprenta Universitaria.
- González Pérez, J. (2017). *La dignidad de la persona*. Madrid, España: Editorial Civitas.
- Guerra de Villalaz, A. E. (2013). *Manual de derecho penal: parte general* (Segunda ed.). Panama: Cultural Portobelo.
- Hans-Heinrich, J. (1995). *El Principio de Culpabilidad como Fundamento y Límite de la Punibilidad en el Derecho Alemán y Español* (Vol. 9). San Sebastián, País Vasco, España: Eguzkilore: cuaderno del Instituto Vasco de Criminología. Obtenido de <https://www.ehu.es/documents/1736829/2170448/05+-+El+principio+de+culpabilidad+como+fundamento.pdf>
- Homicidio por piedad, Sentencia C-239/97 (Corte Constitucional 20 de Mayo de 1997).
- Jakobs, G. (1997). *DERECHO PENAL PARTE GENERAL Fundamentos y teoría de la imputación*. Madrid, Comunidad Autónoma de Madrid, España: MARCIAL PONS.
- Jefatura del Estado. (2022). *Ley Orgánica 10/1995, 23 de noviembre, del Código Penal*. Madrid: Boletín Oficial del Estado.
- Jescheck, H.-H., & Weigend, T. (2014). *Tratado de Derecho Penal Parte General*. (M. Olmedo Cardenete, Trad.) Breña, Perú: Instituto Pacífico.
- Jiménez de Asúa, L. (1953). *Principios del Derecho Penal: La Ley y el Delito*. Buenos Aires, Argentina: ABELEDO-PERROT.
- Jiménez de Asúa, L. (2007). *Tratado de derecho penal tomo IV*. Madrid, Comunidad de Madrid, España: Editorial Reus.
- La Real Academia Española. (2020). *Diccionario de la Lengua Española* (Versión 23.4 en línea ed.). (L. R. Española, Ed.) Obtenido de <https://dle.rae.es>
- Lascuraín Sánchez, J. A. (2019). *Manual de Introducción al Derecho Penal* (Primera ed.). Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estad. Obtenido de [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/abrir\\_pdf.php?id=PUB-DP-2019-110](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-DP-2019-110)
- López Frías, M. J. (Abril de 1999). El ejercicio de los derechos personalísimos de los enfermos psíquicos. *Revista de derecho privado*(84), 296-320.
- Luzón Peña, D. (1996). *Curso de Derecho Penal*. Barcelona, Cataluña, España: UNIVERSITAS.
- Machado Rodríguez, C. I. (Junio de 2012). El consentimiento en materia penal. *La revista de Derecho Penal y Criminología*, 33, 29-49.

- Madrid Mata, O. C. (Julio de 2004). Origen del consentimiento bajo información. *CONAMED*, IX, 14-22. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4051803>
- Martínez Escamilla, M., Lorenzo, M. M., & Mariscal de Gante, M. V. (2012). *Derecho Penal Introducción: Teoría Jurídica del Delito Materiales para su docencia y aprendizaje*. Madrid, Comunidad autónoma de Madrid, España: UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID.
- Merino Sánchez, W. (2014). *Derecho penal parte general : Estudio aplicado al código orgánico integral penal*. Quito, Pichincha, Ecuador: Editorial Jurídica del Ecuador.
- Mezger, E. (1995). *Tratado de Derecho Penal*. Madrid, España: Revista del Derecho Privado.
- Mir Puig, S. (2006). *Derecho Penal: Parte General*. Barcelona, Cataluña, España: Editorial Reppertor. Obtenido de <https://proyectozero24.com/wp-content/uploads/2021/09/Mir-Puig-2006-Derecho-Penal.-Parte-General.pdf>
- Miranda Guimaraes, Y. J. (1988). Derecho Natural y Positivismo Jurídico. En J. Casaubon, A. Caturelli, & A. Rossi, *HOMENAJE A MONS. DR. OCTAVIO N. DERISI EN SUS OCHENTA AÑOS* (págs. 154-162). Buenos Aires, Argentina: Sapientia. Obtenido de <https://repositorio.uca.edu.ar/bitstream/123456789/13517/1/derecho-natural-positivismo.pdf>
- Molina Fernández, F. (1998). *ANTI JURIDICIDAD PENAL Y SISTEMA DEL DELITO*. Madrid, España: UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID.
- Muñoz Conde, F. (1999). *Teoría General del Delito* (Segunda ed.). Bogota: Temis S.A. Obtenido de [https://www.sijufor.org/uploads/1/2/0/5/120589378/06\\_mu%C3%91oz\\_conde\\_t\\_del\\_d\\_elito.pdf](https://www.sijufor.org/uploads/1/2/0/5/120589378/06_mu%C3%91oz_conde_t_del_d_elito.pdf)
- Muñoz Conde, F., & García Arán, M. (2010). *Derecho Penal: Parte General*. Valencia, Comunidad de Valencia, España: Tirant lo Blanch. Obtenido de [https://www.derechopenalened.com/libros/Derecho\\_Penal\\_Parte\\_General\\_Munoz\\_Conde\\_Mercedes\\_Aran.pdf](https://www.derechopenalened.com/libros/Derecho_Penal_Parte_General_Munoz_Conde_Mercedes_Aran.pdf)
- Muñoz Conde, F., & García Arán, M. (2010). *Derecho Penal: Parte General* (Vol. VIII). Valencia, Comunidad de Valencia, España: Tirant lo Blanch. Obtenido de [https://www.derechopenalened.com/libros/Derecho\\_Penal\\_Parte\\_General\\_Munoz\\_Conde\\_Mercedes\\_Aran.pdf](https://www.derechopenalened.com/libros/Derecho_Penal_Parte_General_Munoz_Conde_Mercedes_Aran.pdf)
- Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. (2020). *MANUAL DE DERECHO PENAL*. Panamá, Panamá: UNODC. Obtenido de [https://www.unodc.org/documents/ropan/2021/PANZ41/Manual\\_de\\_Derecho\\_Penal.pdf](https://www.unodc.org/documents/ropan/2021/PANZ41/Manual_de_Derecho_Penal.pdf)
- Patitó, J. Á. (2000). *Medicina Legal*. Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina: EDICIONES CENTRO NORTE . Obtenido de

[https://www.sijufor.org/uploads/1/2/0/5/120589378/patito\\_jose\\_angel\\_-\\_medicina\\_legal\\_2\\_\\_\\_no\\_es\\_para\\_tesis\\_.pdf](https://www.sijufor.org/uploads/1/2/0/5/120589378/patito_jose_angel_-_medicina_legal_2___no_es_para_tesis_.pdf)

- Peláez Mejía, J. M. (2019). *Causales de justificación y ausencia de lesividad como criterios negativos de imputación objetiva*. Bogotá, Colombia: : Universidad Libre. Obtenido de [https://www.sijufor.org/uploads/1/2/0/5/120589378/causales\\_de\\_justificacio%CC%81n\\_y\\_ausencia\\_de\\_lesividad\\_como\\_criterios\\_negativos\\_de\\_imputacio%CC%81n\\_objetiva\\_-\\_jose%CC%81\\_mari%CC%81a\\_pela%CC%81ez\\_meji%CC%81a.pdf](https://www.sijufor.org/uploads/1/2/0/5/120589378/causales_de_justificacio%CC%81n_y_ausencia_de_lesividad_como_criterios_negativos_de_imputacio%CC%81n_objetiva_-_jose%CC%81_mari%CC%81a_pela%CC%81ez_meji%CC%81a.pdf)
- Polaino Orts, M. (2003). ¿Volenti non fit iniuria? Sobre la discutible distinción entre acuerdo y consentimiento en Derecho penal. En J. Hurtado Pozo, *Aspectos Fundamentales de la Parte General del Código Penal Peruano* (págs. 215-252). Lima, Perú: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Obtenido de <https://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/174262/Problemas%20fundamentales%20de%20la%20Parte%20General%20del%20C%C3%B3digo%20Penal.pdf?sequence=1>
- Quintero Olivares, G. (2015). *Parte General del Derecho Penal*. Pamplona, Navarra, España: Editorial Aranzadi.
- Recurso de Casación., 191/2015 (Tribunal Supremo - Sala Segunda, de lo Penal 13 de Octubre de 2015).
- Rios Arenaldi, J. (2006). *El consentimiento en Materia Penal*. Universidad de Talca. Obtenido de <https://www.boe.es/buscar/pdf/1995/BOE-A-1995-25444-consolidado.pdf>
- Rodriguez Hurtado, M. P., Fernando, U. Z., Gamero Calero, L. M., & Schöenbohm, H. (2012). *MANUAL DE CASOS PENALES: LA TEORÍA GENERAL DEL DELITO Y SU IMPORTANCIA EN EL MARCODE LA REFORMA PROCESAL PENAL* (Segunda ed.). Lima, Departamento de Lima, Perú: Ediciones NOVA Print S.A.C.
- Romeo Casabona, C. M. (2011). *El Médico y el Derecho Penal*. Buenos Aires, Argentina: Rubinzal Culzoni.
- Romeo Casanaba, C. M. (1983). El consentimiento en las lesiones, en el proyecto de Código Penal de 1980. En S. Mir Puig, J. Córdoba Roda, & G. Quintero Olivares, *ESTUDIOS JURIDICOS EN HONOR DEL PROFESOR OCTAVIO PEREZ-VITORIA* (págs. 853-894). Madrid, España: BOSCH.
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal Parte General: Fundamentos de la Estructura de la Teoría del Delito*. Madrid, España: CIVITAS.
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal. Parte General. Tomo I: Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*. Madrid, España: CIVITAS.
- Roxin, C. (2007). ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal? En R. Hefendehl, A. Von Hirsch, & W. Wohlers, *La Teoría del bien jurídico* (págs. 443-458). Madrid: Ediciones Jurídicas y Sociales.

Ruiz Rodríguez, M. A. (s.f.). *EL CONSENTIMIENTO EN DERECHO PENAL*. Obtenido de <https://fcp.es/wp-content/uploads/2019/03/Ruiz-Rodr%C3%ADguez.-Comunicaci%C3%B3n.pdf>

Salgado González, Á. (2020). TIPICIDAD Y ANTIJURIDICIDAD. ANOTACIONES DOGMATICAS. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, XII(23), 106. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7501998>

Sandoval Fernández, J. (junio de 2003). Causales de Ausencia de Responsabilidad Penal. *Revista de Derecho*(19), 1-18. Obtenido de <https://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/derecho/article/view/2957/2036>

Sauer, W. (2019). *Derecho Penal Parte General*. Santiago de Chile, Chile: Ediciones Jurídicas Olejnik.

Sentencia No. 13-18-CN/21, CASO No. 13-18-CN (Corte Constitucional del Ecuador 15 de Diciembre de 2021).

Villavicencio Terreros, F. (2006). *Derecho Penal Parte General*. Lima, Perú: Grijley.

Welzel, H. (1969). *Derecho Penal Parte General*. (C. Fontán Balestra, Trad.) Buenos Aires, Argentina: ROQUE DEPALMA EDITOR.

Zaffaroni, E. R., Alagia, A., & Slokar, A. (2006). *Manueal de Derecho Penal: Parte General*. Buenos Aires, Argentina: EDIAR.

*Asamblea Nacional. (2008). Constitución del Ecuador. In Registro Oficial (Issue 20 de Octubre, p. 173). <https://doi.org/10.1017/CBO9781107415324.004>*

*Lopez Guardiola, S. (2012). DERECHO PENAL I.*

*Mir Puig, S. (2003). INTRODUCCIÓN A LAS BASES DEL DERECHO PENAL.*



