

EL CONSENTIMIENTO DEL OFENDIDO: ENTRE LA JUSTIFICACIÓN Y LA EXCLUSIÓN DE LA TIPICIDAD

*Dr. Marcelo Domínguez Correa*¹

SUMARIO:

1. Introducción. 2. Situaciones reguladas en nuestro derecho. 3. Estado actual de la cuestión.
- A. El consentimiento como causa de exclusión de la tipicidad. B. El consentimiento como causa de justificación.
4. Teorías diferenciadoras: “Acuerdo” y “Consentimiento stricto sensu”. 5. Ámbito de aplicación: bienes jurídicos disponibles e indisponibles. 6. Requisitos para su validez. 7. El consentimiento presunto. 8. El consentimiento en los delitos culposos. 10. Conclusiones. 11. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo, trataremos de abordar todo lo concerniente al instituto del consentimiento del ofendido, desde las posiciones que hay al respecto: la teoría diferenciadora, como la posición unitaria, pasando por la ubicación que le correspondería dentro de la teoría del delito, sin olvidar de los bienes jurídicos en cuanto a su disponibilidad o no, los requisitos necesarios para la validez del mismo, como asimismo los vicios del consentimiento como hipótesis de invalidez, enfrentarnos al consentimiento presunto y su hermandad con el estado de necesidad, precisar el alcance del consentimiento en los delitos culposos, concluyendo con un apartado de conclusiones al respecto.

El estudio de la eficacia del consentimiento del titular del bien jurídico protegido, a nuestro juicio, tiene una importancia preponderante como excluyente del ilícito, no obstante, se podrá comprobar tras la consideración de la voluntad del sujeto pasivo, una determinada concepción del individuo y del Estado, plasmada a través de la prelación de valores tenidos en cuenta por el ordenamiento jurídico de una sociedad en un momento determinado, por ello, la problemática del consentimiento está íntimamente ligada al propio concepto de bien jurídico y a las facultades de disposición que se le otorgue a su titular.

Cuando hacemos referencia al consentimiento, concurre éste cuando el sujeto pasivo acepta, en determinadas condiciones, que el autor realice la conducta que constituiría delito sin dicho consentimiento². En cuanto a los antecedentes del consentimiento del titular del bien jurídico protegido, el mismo se remonta a la época de los romanos, donde el gran jurista romano, Ulpiano (aproximada-

¹ Ayudante (G 1) de Derecho Penal en la Universidad de la República.

² MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, 7ª ed., 2ª reimp., Reppertor, Barcelona, 2005, p. 503.

mente 170-228 d. C), se transmite en el Libro 47 del Digesto (D. 47. 10. 1. 5) la frase “*nulla iniuria est, quae in volentem fiat*”; es decir, “lo que se realiza con la voluntad del lesionado, no constituye injusto”. Según ROXIN: *Con ello hay que entender por “iniuria” no sólo la injuria en sentido estricto, sino cualquier lesión de los derechos de la personalidad (honor, salud, libertad, e incluso la vida)*³. La frase de Ulpiano se transforma posteriormente en la máxima jurídica “*volenti non fit iniuria*” (frente a aquel que lo quiere, no tiene lugar ningún injusto), que vemos citada reiteradas veces por parte de la doctrina nacional⁴, como foránea⁵. No obstante, se constata una gradual pérdida de importancia a medida que se destaca el carácter público del derecho penal⁶. En la actualidad según lo expresa RUSCONI: *se puede sostener que la no vigencia general del consentimiento como eximente...es una de las causas de la falta de claridad a la hora de definir su situación sistemática*⁷y, es por eso, que el consentimiento, es uno de los temas más debatidos dentro de la dogmática jurídica penal, ya sea por su verdadera naturaleza jurídica, su correcta ubicación sistemática, ya fuere dentro del tipo, o dentro del injusto⁸. En efecto, hoy en día, todavía se discute en la doctrina si el consentimiento del titular del bien jurídico constituye una causa de exclusión de la tipicidad⁹, que trae como consecuencia que la conducta de un tercero consentida por el ofendido ni siquiera sea típicamente relevante. Huelga precisar que a esta posición se pliegan los defensores de la teoría de los elementos del tipo, quienes aprecian en toda causa de justificación supuestos de causa de exclusión de la tipicidad. En contraposición a la posición considerada precedentemente, encontramos aquellos que sostienen que la validez del consentimiento opera como causa de exclusión de la antijuridicidad¹⁰. Sin perjuicio, de una tercera posición, denominada teoría diferenciadora, según la cual, algunas veces el consentimiento del sujeto pasivo –sobre bienes disponibles, del cual es titular- excluye a veces la tipicidad y, en otras ocasiones, enerva el carácter antijurídico de la conducta¹¹ -volvemos sobre las diferentes posiciones en profundidad, en los puntos 3, 4 y 5 del presente trabajo-.

³ ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General*, t. I, trad. y notas: Luzón Peña-Díaz-García y De Vicente, Civitas, Madrid, 1997, p. 511. En contra de esa interpretación, DOHNA, Alexander Graf zu, *La Illicitud como característica general en el contenido de las acciones punibles. La Estructura de la Teoría del Delito*, trad. Ballve-Fontan Balestra, Del Foro, Buenos Aires, p. 131.

⁴ CAIROLI, Milton, *El Derecho Penal Uruguayo y las nuevas tendencias dogmático penales*, t. I, 2ª ed., FCU, Montevideo, 2001, p. 258; BAYARDO BENGEOA, Fernando, *Derecho Penal Uruguayo*, t. I, 3ª ed., FCU, Montevideo, 1975, p. 218.

⁵ ZAFFARONI, Eugenio-ALAGIA-SLOKAR, *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., Ediar, Buenos Aires, 2002, pp. 498-499.

⁶ Sobre como fue perdiendo importancia el consentimiento, ver, RUSCONI, Maximiliano, *Imputación, Tipo y Tipicidad Conglobante*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, pp. 40-41.

⁷ Ídem, p. 41.

⁸ FERNÁNDEZ, Gonzalo D., *Bien Jurídico y Sistema del Delito*, B de F, Buenos Aires, 2004 p. 184; SEGURA GARCÍA, María José, *El consentimiento del titular del bien jurídico en Derecho Penal*, tirant lo blanch, Valencia, 2000, p. 55. Asimismo, PIERANGELI, José Enrique, *O consentimiento do ofendido*, 3ª ed., Editora Revista dos Tribunais, Sao Paulo, 2001, p. 87. También, RUSCONI, Maximiliano, *Imputación, Tipo y Tipicidad Conglobante*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, pp. 42-45; BACIGALUPO, Enrique, *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 1987, pp. 238-239; JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, vol. I, Trad. S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, Bosch, Barcelona, 1981, pp. 510-511; MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, 7ª ed., 2ª reimp., Reppertor, Barcelona, 2005, pp. 205-207.

⁹ ZAFFARONI, Eugenio-ALAGIA-SLOKAR, *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., Ediar, Buenos Aires, 2002, p. 501. También: BACIGALUPO, Enrique, *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 1987, pp. 238-239; ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General*, t. I, trad. y notas: Luzón Peña-Díaz-García y De Vicente, Civitas, Madrid, 1997, pp. 517-526.

¹⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco-GARCÍA ARAN, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General*, 4ª ed., tirant lo blanch, Valencia, 2000, p. 391; JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, vol. I, Trad. S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, Bosch, Barcelona, 1981, pp. 514-517. Asimismo, MEZGER, Edmund, *Derecho Penal. Parte General. Libro de Estudio*, trad. de la 6ª edición Alemana (1955) por Finzi-Nuñez, Din editora, Buenos Aires, 1989, pp. 163-166; REYES ECHANDÍA, Alfonso, *Antijuridicidad*, 4ª ed., Temis, Bogotá, 1989, pp. 255-256; FERNÁNDEZ, Gonzalo D., *Bien Jurídico y Sistema del Delito*, B de F, Buenos Aires, 2004 p. 185.

¹¹ GEERDS, Friedrich, citado por ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General*, t. I, trad. y notas: Luzón Peña-Díaz-García y De Vicente, Civitas, Madrid, 1997, pp. 512-513.

Como bien nos adentramos al instituto en estudio, se aprecia *prima facie* que no es un tema donde se halle unanimidad por parte de la doctrina en cuanto a su ubicación sistemática en la teoría del delito, pero en algo está de acuerdo la doctrina, en el carácter determinante del consentimiento como causa de exclusión del ilícito y de esa forma acotar el *ius puniendi* del Estado, que en estos tiempos tan caracterizados por una hiperinflación penal, se hace necesario de forma urgente.

2. SITUACIONES REGULADAS EN NUESTRO DERECHO

En lo que se refiere a la contemplación legal del instituto del consentimiento del ofendido, nuestro Código Penal de 1934 ha optado por no incluir de forma general y expresa, el consentimiento entre las causas de exclusión del ilícito, pero la ausencia de una referencia expresa en la parte general de nuestro Código no es óbice, sin embargo, para que entre los tipos de la parte especial, en atención al bien jurídico tutelado por la norma, el consentimiento sea relevante a efectos de la adecuación típica, ya sea para confirmarla como para excluirla. En nuestro Código Penal existen determinados tipos penales en los cuales el legislador exige de forma expresa para su realización una determinada actitud de no conformidad del sujeto pasivo con la conducta típica, por ejemplo: el delito de Incapacidad compulsiva (art. 291) utilizando la referencia “sin su consentimiento”, Violación de domicilio (art. 294) expresando “contra la voluntad...”, también se puede apreciar en el delito de violación (art. 272) cuando hace referencia a la posibilidad de realizar prueba en contrario a efectos de probar la no concurrencia de la violencia o amenazas como medios típicos de la figura en cuestión. En algunos casos incluso es el verbo típico el que lleva implícito de forma inevitable, la necesidad de una voluntad contraria del ofendido como, por ejemplo, en el delito de extorsión (art. 345), en el que la conducta típica se verifica cuando, para procurarse un provecho injusto, se “obligare a alguno” a hacer o tolerar o dejar de hacer algo contra su propio derecho. Por otro lado, en algunos casos el consentimiento del sujeto pasivo trae como consecuencia, la mayor o menor penalidad, tal como se establece en el delito de aborto en sus diversas modalidades (arts. 325, 325 bis, 325 ter y 326) o como causa de atenuación, tal como reza el art. 328 num. 1º, 2º, 3º y 4º. Otras veces el consentimiento opera como causa de impunidad, en la disposición sobre causas de atenuación o eximentes del delito de aborto (art. 328 num. 1º, 2º y 3º), en el numeral 1º hace mención a que si el delito se cometiere para salvar el propio honor el de la esposa o un pariente próximo, en el caso de aborto consentido y atendidas las circunstancias del hecho, el juez podrá eximir totalmente de castigo, operando en ese caso el perdón judicial como causal de impunidad; en el numeral 2º del referido artículo, concurrimos a un caso de excusa absoluta, cuando se realice el aborto con consentimiento de la mujer para eliminar el fruto de una violación, sin perjuicio del numeral 3º que establece que cuando el aborto se practique con el consentimiento de la mujer por causas graves de salud o para salvar su vida, el autor será eximido de pena, determinado en ese caso la exclusión de la punibilidad del mismo mediante una excusa absoluta. No obstante y para terminar, el numeral 4º del art. 328, establece otro caso de perdón judicial, cuando dicho aborto se lleve a cabo por razones de angustia económica y con el consentimiento del sujeto pasivo.

En cuanto a otros casos, LANGÓN expresa: *Hay acciones normales en la vida social que a nadie se le ocurre decir que son delictivas porque hay un consentimiento de la posible “víctima”, sino simplemente porque no lo son, porque no son típicas, o porque no entran en la descripción de la figura. Así, por ejemplo, el que toma un libro prestado no comete hurto (art. 340 C.P.), el que visite en su residencia a un amigo no comete violación de domicilio (art. 294 C.P.), en el primer caso, porque no hay sustracción ni apoderamiento, y en el segundo, porque no hay “violación” del hogar del otro*¹².

¹² LANGÓN, Miguel, Curso de Derecho Penal y Procesal Penal, t. II, Ediciones Del foro, Montevideo, 2001, p. 281.

Y el citado catedrático concluye: *En estos casos es claro que el consentimiento excluye la tipicidad de la conducta, porque esta exigido en el tipo que se haya actuado contra la voluntad*¹³. De igual forma lo aprecia CAIROLI, el citado profesor compatriota dice: *en el caso donde se exige la falta de consentimiento para que se perpetre el delito, por ejemplo, la violación de domicilio donde se penetra en una morada ajena contra la voluntad de su morador, si esta presta la conformidad, no habrá delito por falta de tipicidad*¹⁴. BAYARDO BENGOA opina de idéntica forma: *...el consentimiento puede excluir el tipo, y ello ocurre en todos los casos en que un actuar contra la voluntad del afectado, pertenece al tipo legal. Así por ejemplo, no hay delito de violación de domicilio ante el consentimiento del dueño o de la persona que hiciere sus veces (art. 294), prestado para que el agente de la conducta se introduzca en su morada; el hacer se vuelve en la hipótesis antedicha, completamente atípico*¹⁵.

Como se pudo apreciar precedentemente, hay unanimidad en la doctrina penal nacional, en cuanto a la validez del consentimiento como causa de atipicidad, en aquellos casos donde el actuar contra la voluntad del afectado, pertenece al tipo legal.

Sin perjuicio de lo dicho, en sede de causas de impunidad, nuestro codificador consagró una excusa absoluta¹⁶ en el artículo 44 del Código Penal patrio, la disposición citada, establece que sólo es posible consentir el daño al bien jurídico integridad física en lo que se refiere a la lesión consensual, con las limitaciones impuestas por la propia disposición, dicho artículo reza: “No es punible la lesión causada con el consentimiento del paciente, salvo que ella tuviera por objeto sustraerlo al cumplimiento de una ley, o inferir un daño a otros”.

Luego de lo expresado hasta ahora, huelga precisar, que nuestro Código Penal no establece de forma expresa el instituto del consentimiento, ya sea como causa de justificación, que por ende excluye la antijuridicidad de la conducta del agente, ni tampoco como causa de atipicidad. No obstante, nos consta que el Proyecto de Parte General creado por la Comisión para la reforma del Código Penal, presidida por el Catedrático en Derecho Penal Profesor Dr. Milton Cairolí, establece el consentimiento como causa de justificación. Lo que en el caso de ser aprobado, sería la primera vez que haya una norma expresa sobre el consentimiento en nuestro ordenamiento jurídico penal.

3. ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN

Hoy en día, la dogmática penal sigue discutiendo si se considera al consentimiento como causa de exclusión de la antijuridicidad o como hipótesis de atipicidad, en esta línea encontramos a ROXIN¹⁷, que a partir de una determinada concepción del bien jurídico postulada en Alemania, afirma que en todos los supuestos que se refieren a ataques a bienes jurídicos individuales, la concurrencia de la voluntad del titular del bien jurídico siempre excluye la tipicidad por ausencia de lesividad del hecho, esta posición es seguida en España por autores de la talla de BACIGALUPO, BUSTOS RAMÍREZ¹⁸, etc. Otra vertiente la encontramos en autores que prefieren plegarse a la teoría diferenciadora, según la cual, algunas veces el consentimiento del sujeto pasivo sobre bienes

¹³ Ídem, p. 282.

¹⁴ CAIROLI, Milton, *El Derecho Penal Uruguayo y las nuevas tendencias dogmático penales*, t. I, 2ª ed., FCU, Montevideo, 2001, p. 258.

¹⁵ BAYARDO BENGOA, Fernando, *Derecho Penal Uruguayo*, t. I, 3ª ed., FCU, Montevideo, 1975, p. 221.

¹⁶ Es unánime esa posición en la doctrina nacional.

¹⁷ ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General*, t. I, trad. y notas: Luzón Peña-Díaz-García y De Vicente, Civitas, Madrid, 1997, pp. 517 y ss.

¹⁸ Ver sobre el estado de la cuestión en España, la extensa monografía de: SEGURA GARCÍA, María José, *El consentimiento del titular del bien jurídico en Derecho Penal*, tirant lo blanch, Valencia, 2000, pp. 33-37.

disponibles del cual es titular excluye a veces la tipicidad y, en otras ocasiones, enerva el carácter antijurídico de la conducta. Por otro lado, se ha tratado de forma exhaustiva en la doctrina extranjera la relevancia del consentimiento en los delitos culposos, la cuestión que presenta el consentimiento en este tipo de delitos, y que nos llevara a tratar el tema de forma diferenciada, no se determina a la naturaleza jurídica del instituto en estudio, ni a los requisitos que requiere —que desde ya expresamos que son idénticos a los exigidos para la eficacia del consentimiento en los delitos dolosos, sino como expresa SEGURA GARCÍA: *a su dirección, en el sentido que debemos preguntarnos si el consentimiento ha de referirse a la acción generadora del riesgo, al resultado lesivo, o a ambas cosas a la vez*¹⁹.

En la doctrina nacional, el consentimiento aún hoy, no ha despertado mayor interés, ya que si bien el tema es tratado en forma genérica en los textos de cursos, no hemos encontrado ninguna monografía al respecto que profundizara de forma acabada sobre el mencionado instituto. La distinción entre el consentimiento que excluye la tipicidad y otro que excluiría la antijuridicidad, se da en merito a la posición que se adopte sobre el bien jurídico, quienes distinguen entre el valor protegido y el sustrato material²⁰, admiten que ya hay lesión del bien jurídico cuando la acción recae sobre el sustrato material de éste, por lo que estos casos, opera como causa de exclusión de la antijuridicidad, diversa es la postura de quienes entienden que en las hipótesis de bienes disponibles, es decir, respecto de los que el consentimiento puede excluir la responsabilidad, la acción sólo realizara el tipo en la medida en que importe, en palabras de BACIGALUPO: *una lesión del ámbito de dominio autónomo del sujeto pasivo: la lesión de su voluntad respecto de la conservación del bien jurídico*²¹.

A. EL CONSENTIMIENTO COMO CAUSA DE EXCLUSIÓN DE LA TIPICIDAD

Hay cierto sector de la doctrina que considera que el consentimiento opera como causa de exclusión de la tipicidad, si bien dicha expresión se usa de forma corriente, consideramos que la misma no es del todo apropiada, ya que en estos casos lo que se da es ausencia de adecuación típica ya que la conducta no se subsume en el tipo penal. No obstante la apreciación realizada y a efectos de claridad expositiva utilizaremos la expresión “como causa de exclusión de la tipicidad”, ya que es la denominación seguida por la doctrina. Dentro de esta posición encontramos autores de la talla de ROXIN, BACIGALUPO y SEGURA GARCÍA en el viejo continente y en latinoamérica ubicamos a ZAFFARONI y RUSCONI. Huelga precisar que algunos de estos autores son acérrimos defensores de la teoría de los elementos negativos del tipo, para quienes toda causa de justificación es un supuesto de exclusión del tipo²².

El argumento decisivo para la aceptación de que todo consentimiento eficaz excluye el tipo

¹⁹ SEGURA GARCÍA, María José, *El consentimiento del titular del bien jurídico en Derecho Penal*, tirant lo blanch, Valencia, 2000, p. 158.

²⁰ Esta es la posición que sostiene en nuestro país, FERNÁNDEZ, Gonzalo D., *Bien Jurídico y Sistema del Delito*, B de F, Buenos Aires, 2004 p. 185.

²¹ BACIGALUPO, Enrique, *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 1987, pp. 238-239.

²² La teoría de los elementos negativos del tipo, se basa en la teoría monista de las normas, creada por August Thon, al respecto Bustos Ramirez expresa: que el aspecto principal de la teoría monista de los imperativos es que el derecho está compuesto sólo por normas de carácter imperativo, luego en el ámbito jurídico, sólo hay mandatos y prohibiciones. Ello no quiere decir que se desconozca la existencia de otras reglas jurídicas, que no están formuladas de esa manera, pero ellas no tiene autonomía y sólo cobran significación en su relación con los imperativos. Esta formulación tiene repercusiones inmediatas sobre la teoría del derecho penal y, por tanto, respecto del modelo que se ha elaborado para la comprensión del delito; es lo que se ha llamado la teoría de los elementos negativos del tipo, que ha tenido una larga tradición en la dogmática del derecho penal. Las reglas de permiso aparecen como presupuestos de la norma prohibitiva formuladas ne-

radica según ROXIN: *en la teoría liberal del bien jurídico referido al individuo. Si los bienes jurídicos sirven para el libre desarrollo del individuo, no puede existir lesión alguna del bien jurídico cuando una acción se basa en una disposición del portador del bien jurídico que no menoscaba su desarrollo, sino que, por el contrario, constituye su expresión*²³. En la misma línea se ubica ZAFFARONI para quien dicha posición *se funda, en general, en la inexistencia del conflicto, por lo cual resulta más adecuada a la tradición liberal. Por ende existen razones que se deducen del objetivo mismo del derecho penal, tanto como razones sistemáticas, que hacen preferible la posición moderna: (a) por un lado, es más limitativa del ejercicio del poder punitivo; (b) por otro, resulta difícil sostener la presencia de un conflicto cuando el titular del bien ha consentido. En consecuencia, se trataría siempre de relevarlo como excluyente de tipicidad*²⁴. Agregando el citado Profesor Rioplatense que es preferible llamar *aquiescencia* al género y distinguir (a) el *acuerdo*, que elimina la tipicidad objetiva sistemática, (b) del *consentimiento*, que elimina la tipicidad objetiva *conglobante*²⁵.

De igual forma lo aprecia BACIGALUPO, para él, dicho consentimiento es eficaz en aquellos bienes disponibles, es decir, respecto de los cuales el ordenamiento jurídico le otorga poder de decisión al titular del mismo sobre su mantenimiento, desde este ángulo el consentimiento si tiene relevancia y por ende, excluirá en todos los casos el tipo penal²⁶. Para RUSCONI, la conducta sólo es relevante cuando viola el derecho del sujeto pasivo a la disposición del bien jurídico, es decir el “dominio autónomo del autorizado” no debe ponderarse con el bien material mismo, sino que justamente es el criterio que sirve de contorno al tipo penal y este contorno no debe esperar una consideración conglobada si es que en la labor clásica de interpretación y construcción del tipo “legal” la conducta está fuera de consideración, por lo tanto el citado autor argentino, cree que es más racional entender al consentimiento relevante siempre y en todo caso como circunstancia que obsta a la adecuación típica²⁷.

A modo de conclusión, dicha ubicación sistemática del consentimiento del titular del bien jurídico como causa de exclusión del tipo, es en palabras de SEGURA GARCÍA: *fruto de una determinada concepción que podemos llamar “liberal” del bien jurídico, que interpreta los bienes jurídicos individuales como ámbitos de autodeterminación referidos a distintos bienes, intereses o sustratos materiales o inmateriales. En consecuencia, concurriendo la voluntad del titular se excluye el disvalor del resultado y, con ello, la misma tipicidad de la conducta; dicho en otros términos: el acuerdo provoca que el bien jurídico individual afectado sea extraído del campo de protección de la norma penal mediante el acto de disposición del sujeto legitimado*²⁸.

B. EL CONSENTIMIENTO COMO CAUSA DE JUSTIFICACIÓN

Determinado sector de la doctrina jurídico penal tanto nacional como extranjera precisan que

gativamente. Una conducta que cumple con los presupuestos de una regla permisiva no es contraria a la norma desde un principio. Por lo tanto sólo hay comportamientos prohibidos y no prohibidos, relevantes o irrelevantes jurídicamente. Entre los autores más reconocidos que se afilian a esta teoría encontramos a Mezger y en estos tiempos a Claus Roxin, entre otros. Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Introducción al Derecho Penal*, Temis, Bogotá, 1986, pp. 45-48.

²³ ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General*, t. I, trad. y notas: Luzón Peña-Díaz-García y De Vicente, Civitas, Madrid, 1997, p. 517.

²⁴ ZAFFARONI-ALAGIA-SLOKAR, *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., Ediar, Buenos Aires, 2002, p. 500.

²⁵ Ídem, p. 500.

²⁶ BACIGALUPO, Enrique, *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 1987, pp. 238-239.

²⁷ RUSCONI, Maximiliano, *Imputación, Tipo y Tipicidad Conglobante*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, p. 51.

²⁸ SEGURA GARCÍA, María José, *El consentimiento del titular del bien jurídico en Derecho Penal*, tirant lo blanch, Valencia, 2000, pp. 91-92.

el instituto del consentimiento del titular del bien jurídico protegido enerva el carácter antijurídico del acto, por ende la conducta realizada no sería delictiva ya que operaría una causa de justificación²⁹. En nuestro país autores de la talla de BAYARDO BENGEOA, GONZALO FERNÁNDEZ, se afilian a esta postura, en el extranjero encontramos a MEZGER, JESCHECK, MUÑOZ CONDE, entre otros.

A la hora de fundamentar el consentimiento como causa de justificación han aparecido diversas posiciones doctrinales entre las que, fundamentalmente, cabe recordar la teoría del negocio jurídico, la teoría de la ausencia de interés y, finalmente, la teoría de la ponderación de valores.

La teoría del negocio jurídico, desarrollada por ZITELMANN, considera que el consentimiento excluye la antijuridicidad de la conducta cuando se trata de un negocio jurídico dirigido a esa exclusión, el consentimiento es un acto jurídico de naturaleza negociado mediante el cual se concede una autorización al destinatario para realizar la acción. Este ejerce un derecho ajeno que es atribuido por aquella autorización, y su conducta estará justificada frente a todo el ordenamiento jurídico, para el citado autor, las normas reguladoras del consentimiento pertenecen al derecho civil y su regulación legal se deduce de la causa de justificación, ejercicio legítimo de un derecho³⁰. Pero en contra de ella se alzó MEZGER, quien entendía que no es posible aplicar la teoría del negocio jurídico civil al ámbito de la antijuridicidad penal, para el ilustre profesor de Munich, el fundamento del consentimiento como causa de justificación se encuentra en el principio de la ausencia de interés: partiendo de que es la lesión de intereses el contenido de todo injusto, una justificación con arreglo al principio de la ausencia de interés aparece cuando la voluntad, que normalmente se entiende lesionada por la realización típica, no existe en el caso concreto. Así las cosas, el consentimiento supone el abandono consciente de los intereses por parte del que legítimamente tiene la facultad de disposición sobre el bien jurídico. En conclusión: para MEZGER la eficacia del consentimiento del titular del bien jurídico se resume, pues, en que concurriendo éste desaparece el interés que, en otro caso, hubiera sido lesionado por el injusto y, por lo tanto, la acción queda justificada³¹. No obstante ser admitida esta teoría, en contra de ella surgió la teoría de la ponderación de valores, esta tesis parte de la idea de que cuando se da una total ausencia de interés, falta el conflicto que da base a los problemas de justificación, debiéndose en estos casos trasladar el problema a la tipicidad: cuando no concurre un mínimo de daño o peligro para el bien jurídico, la conducta es atípica y no sólo justificada. Ahora bien, lo supuestos de consentimiento no son de ausencia de interés sino de ponderación de valores, ya que en ellos el principio de autonomía de la voluntad entra en colisión, como un valor más, con el valor que el bien jurídico (en el sentido de sustrato material) tiene de suyo, con la particularidad de que se trata de dos bienes pertenecientes a la misma persona. No obstante hay bienes jurídicos de tal importancia que el derecho no puede dejarlos a la libre determinación de su titular, en estos casos cabe la ponderación de valores entre 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, siempre que resulte preponderante el principio de autonomía de la voluntad sobre el valor representado por el bien jurídico, o puede, en casos de agresión a bienes totalmente disponibles, tras la ponderación, no excluir totalmente el injusto, pero sí aminorarlo³². En

²⁹ Sobre la historia del consentimiento como causa de justificación, ver por todos, JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, vol. I, Trad. S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, Bosch, Barcelona, 1981, p. 515.

³⁰ ZITELMANN, citado por SEGURA GARCÍA, María José, *El consentimiento del titular del bien jurídico en Derecho Penal*, tirant lo blanch, Valencia, 2000, pp. 67-68.

³¹ MEZGER, citado por SEGURA GARCÍA, María José, *El consentimiento del titular del bien jurídico en Derecho Penal*, tirant lo blanch, Valencia, 2000, pp. 68-69.

³² NOLL, citado por SEGURA GARCÍA, María José, *El consentimiento del titular del bien jurídico en Derecho Penal*, tirant lo blanch, Valencia, 2000, pp. 70-71.

esta línea, también se encuentra JESCHECK, para quien *es correcto entender que el consentimiento constituye una causa de justificación. Para dicho autor: El objeto de la protección jurídico-penal en los tipos que se refieren a bienes jurídicos del particular es la integridad del sustrato que resulta menoscabado bajo la forma del correspondiente objeto de ataque por la acción típica. Si el legitimado deja uno de tales bienes al acceso de un tercero, ello no significa que, pese al consentimiento, dicho hecho sigue siendo significativo para el Derecho Penal y no le es indiferente de antemano. Por ello, la voluntad de aceptación del legitimado no se considera decisiva sin más, sino que se hace depender en su eficacia de ciertas condiciones llamadas a impedir que el titular del bien jurídico se perjudique a sí mismo sin advertir del todo los inconvenientes que implica la renuncia al bien jurídico*³³. Para el citado profesor alemán, la teoría más adecuada para fundamentar el instituto del consentimiento como justificante se encuentra en una consideración de política jurídica en cuanto a la ponderación de bienes, ya que la misma no sólo determina los límites hasta los cuales el particular puede disponer de sus bienes, sino también la relación que guarda el ejercicio de esta libertad con los intereses de la comunidad, determinando, que el consentimiento sólo puede entrar en consideración en relación a los bienes jurídicos 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 demás sería lo contrario a un valor social³⁴. Muñoz Conde, también se afilia a que el consentimiento es una causa de justificación³⁵, asimismo REYES ECHANDÍA³⁶.

En nuestro país BAYARDO BENGEOA, comparte la teoría de la prevalencia de intereses, el extinto profesor de nuestra casa de estudios expresa: ...la antijuridicidad decaece, no solamente cuando no se tiene la ofensa a un interés, sino incluso cuando mediando la referida ofensa, hay otro interés prevalente que lo anula. Para él, el consentimiento es una causa de justificación suprallegal y ello no importa otra cosa que admitir la existencia de una causa implícita de exclusión del ilícito, objetivada para cada caso en concreto; ya sea cuando no se puede pretender para el agente, que soporte el daño inminente, sea cuando la ofensa resulte justificada por el principio de valoración o balanzamiento de los bienes, debiendo ser salvaguardado, por ser de mayor importancia, el interés prevalente³⁷.

En cambio GONZALO FERNÁNDEZ, tomando al bien jurídico como base de la teoría del delito³⁸, manifiesta que comparte que el consentimiento sea una causa de justificación, para él: *El consentimiento desvirtúa la contrariedad a derecho (antinormatividad) del comportamiento; o sea, lo justifica en términos penales y, por ende, constituye una causa de exclusión de la antijuridicidad. De acuerdo con la distinción que hemos propuesto antes entre afectación³⁹ y lesión del bien jurídico, sólo que resultaría una afectación permitida —una afectación no lesiva— del bien bajo protección penal⁴⁰.*

³³ JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, vol. I, Trad. S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, Bosch, Barcelona, 1981, p. 514.

³⁴ Ídem, p. 516.

³⁵ CONDE, FRANCISCO-GARCÍA ARAN, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General*, 4ª ed., tirant lo blanch, Valencia, 2000, pp. 391-395.

³⁶ REYES ECHANDÍA, Alfonso, *Antijuridicidad*, 4ª ed., Temis, Bogotá, 1989, pp. 255-267.

³⁷ BAYARDO BENGEOA, Fernando, *Derecho Penal Uruguayo*, t. I, 3ª ed., FCU, Montevideo, 1975, p. 222.

³⁸ Ver, FERNÁNDEZ, Gonzalo D., *Bien Jurídico y Sistema del Delito*, B de F, Buenos Aires, 2004.

³⁹ Para Gonzalo Fernández, la afectación al bien jurídico se da ya en el estudio de la tipicidad, ver FERNÁNDEZ, Gonzalo D., *Bien Jurídico y Sistema del Delito*, B de F, Buenos Aires, 2004, pp. 158-161.

⁴⁰ Ídem, p. 185.

4. TEORÍAS DIFERENCIADORAS: “ACUERDO” Y “CONSENTIMIENTO STRICTO SENSU”

La opinión hoy dominante distingue, a raíz de Geerds, entre acuerdo y consentimiento⁴¹. Concorre el instituto del consentimiento, cuando el sujeto pasivo acepta, en determinadas condiciones, que el autor realice la conducta que constituiría delito sin dicho consentimiento, ello puede suceder en dos grupos de casos que distingue la doctrina alemana: por una parte, ciertos delitos se dirigen directamente contra la voluntad de la víctima y su libre ejercicio. Es lo que ocurre con el delito de violación de domicilio, faltando la oposición del sujeto titular del bien jurídico tutelado, es indudable que desaparece toda lesividad de la conducta. En algunos casos el consentimiento del sujeto pasivo hace desaparecer la propia acción definida por la ley: por ejemplo en el delito de privación de libertad, no se configurará el mismo, si el sujeto privado de su libertad ambulatoria quiere ser privado de su libertad. Ello también sucede en delitos que no aparecen exclusivamente dirigidos a atacar la voluntad ajena, como los delitos contra la propiedad, cuando un sujeto toma una cosa de otro con consentimiento de éste, no puede hablarse que la conducta se subsuma en el tipo penal de hurto, ya que en palabras de JESCHECK: *la acción punible se convierte en un proceso normal entre ciudadanos en el marco del orden social dado*⁴². La doctrina alemana emplea a este grupo de casos un término específico para designar la conformidad del sujeto titular del bien jurídico: *el acuerdo*⁴³.

En un segundo grupo de casos se contemplan los supuestos en que el consentimiento de la víctima tiene lugar en hechos que atacan un bien jurídico del que puede disponer su titular, pero cuya lesión no desaparece por virtud del consentimiento. La doctrina mayoritaria alemana incluye en este grupo el consentimiento en el delito de lesiones y el de daño⁴⁴, dicha lesión de la integridad física no desaparece por el hecho de que el afectado consienta, y sin embargo se admite en ciertos casos que este consentimiento excluye el delito, por tratarse de bienes jurídicos disponibles, lo mismo sucede con los delitos de daño. Dicho en otras palabras, existen preceptos penales en los cuales, aunque el afectado puede de hecho disponer del bien jurídico protegido, la acción típica no se dirige únicamente contra su voluntad, sino que en ellos el objeto de la acción previsto en el tipo experimenta un menoscabo a causa del hecho que posee un significado propio para la comunidad con independencia de la voluntad del afectado. El actuar con la conformidad del afectado si bien no constituye un proceso normal de la vida social, sino que conduce a un daño que puede ser extremadamente doloroso que, sin embargo, el titular del bien jurídico, en uso de su libertad de disposición, está dispuesto a soportar por las razones que sea. Este segundo grupo de casos se designa en Alemania como *consentimiento en sentido estricto*⁴⁵. Al respecto ROXIN ex-

⁴¹ ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General*, t. I, trad. y notas: Luzón Peña-Díaz-García y De Vicente, Civitas, Madrid, 1997, p. 512.

⁴² JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, vol. I, Trad. S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, Bosch, Barcelona, 1981, p. 510.

⁴³ MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, 7ª ed., 2ª reimp., Reppertor, Barcelona, 2005, p. 504. También, WELZEL, Hans, *Derecho Penal Alemán. Parte General*, 11ª ed., 4ª ed. en castellano, trad. Bustos Ramirez-Yañez Pérez, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1997, p.114.

⁴⁴ ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General*, t. I, trad. y notas: Luzón Peña-Díaz-García y De Vicente, Civitas, Madrid, 1997, p. 512.

⁴⁵ MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, 7ª ed., 2ª reimp., Reppertor, Barcelona, 2005, pp. 504-505. También, WELZEL, Hans, *Derecho Penal Alemán. Parte General*, 11ª ed., 4ª ed. en castellano, trad. Bustos Ramirez-Yañez Pérez, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1997, p.114; JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, vol. I, Trad. S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, Bosch, Barcelona, 1981, p. 511. En nuestro país la teoría diferenciadora es sustentada por CAIROLI, Milton, *El Derecho Penal Uruguayo y las nuevas tendencias dogmático penales*, t. I, 2ª ed., FCU, Montevideo, 2001, pp. 258-259.

presa: *el consentimiento en sentido estricto, cuando es prestado por el portador del bien jurídico, 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 el propietario permite que un tercero dañe o destruya una cosa de aquél, según la doctrina dominante, el consentimiento no remedia que la cosa resulte dañada ni la propiedad típicamente lesionada. Según esta opinión, el consentimiento excluye sólo la antijuridicidad, lo cual se funda la mayoría de las veces en que en el consentimiento descansaría una renuncia al bien jurídico que tendría fuerza justificante desde el punto de vista jurídico-consuetudinario como consecuencia del derecho de autodeterminación individual o sobre la base jurídico-constitucional de la libertad de acción. Otros autores atribuyen la justificación a que el disvalor 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*⁴⁶.

Esta distinción de casos expresados, sirve a la doctrina mayoritaria como punto de partida para determinar la naturaleza jurídica de la conformidad del titular del bien jurídico tutelado. Respecto al primer grupo (acuerdo) existe unanimidad en considerar que resulta excluida la tipicidad de la conducta⁴⁷. En cambio en el segundo grupo de casos (consentimiento stricto sensu) la doctrina mayoritaria expresa que es una causa de justificación, que enerva el carácter antijurídico de la conducta⁴⁸.

5. ÁMBITO DE APLICACIÓN: BIENES JURÍDICOS DISPONIBLES E INDISPONIBLES.

Resulta por demás claro que el consentimiento sólo tiene eficacia allí donde la persona que lo emite es titular de forma exclusiva del bien jurídico, porque en esos casos el bien está a su disposición. Es por este motivo que la disponibilidad se aprecia en los bienes jurídicos individuales y se excluye o son indisponibles los bienes supraindividuales, cuyo titular puede ser tanto el Estado como la sociedad. No existe, sin embargo, ninguna norma que nos precise o indique qué bienes son disponibles o individuales y, cuales son indisponibles o supraindividuales. La forma de salir de este embrollo, es teniendo en cuenta que esta clasificación de los bienes jurídicos se realiza en función de las características del sujeto pasivo, por ende, esa cualidad se debe determinar, en función de cuál sea el interés protegido por la norma. Se puede concluir que el criterio de la disponibilidad penal del bien debe ser extraído de la interpretación del ordenamiento jurídico en su conjunto, incluyendo la costumbre, teniendo en cuenta que, en principio serán disponibles los bienes jurídicos que no ofrecen una inmediata utilidad social y que el Estado reconoce exclusivamente para garantizar al individuo su libre disfrute. En contraposición a estos, por bienes

⁴⁶ ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General*, t. I, trad. y notas: Luzón Peña-Díaz-García y De Vicente, Civitas, Madrid, 1997, pp. 512-513. Sin perjuicio de estar en contra de esta distinción, Ídem, p. 516.

⁴⁷ MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, 7ª ed., 2ª reimp., Reppertor, Barcelona, 2005, p. 505. También, WELZEL, Hans, *Derecho Penal Alemán. Parte General*, 11ª ed., 4ª ed. en castellano, trad. Bustos Ramírez-Yañez Pérez, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1997, p.114; JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, vol. I, Trad. S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, Bosch, Barcelona, 1981, p. 510. Asimismo, CAIROLI, Milton, *El Derecho Penal Uruguayo y las nuevas tendencias dogmático penales*, t. I, 2ª ed., FCU, Montevideo, 2001, p. 258; LANGÓN, Miguel, *Curso de Derecho Penal y Procesal Penal*, t. II, Ediciones Del foro, Montevideo, 2001, pp. 281-282. Si bien Gonzalo Fernández se afilia a la naturaleza jurídica del consentimiento como causa de justificación, sobre este punto esta de acuerdo en que es una causa de atipicidad, ver, FERNÁNDEZ, Gonzalo D., *Bien Jurídico y Sistema del Delito*, B de F, Buenos Aires, 2004, pp. 185-186.

⁴⁸ MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, 7ª ed., 2ª reimp., Reppertor, Barcelona, 2005, pp. 505-506. También, WELZEL, Hans, *Derecho Penal Alemán. Parte General*, 11ª ed., 4ª ed. en castellano, trad. Bustos Ramírez-Yañez Pérez, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1997, pp.114-115; JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, vol. I, Trad. S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, Bosch, Barcelona, 1981, p. 511. Asimismo, CAIROLI, Milton, *El Derecho Penal Uruguayo y las nuevas tendencias dogmático penales*, t. I, 2ª ed., FCU, Montevideo, 2001, p. 259.

indisponibles se consideran los bienes pertenecientes al Estado, (por ejemplo: los delitos contra la soberanía del Estado, contra el orden político, contra la administración pública, contra la administración de justicia, contra la fe pública, etc), a la colectividad no personificada (salud pública, seguridad pública, etc) y a la familia. En estos la doctrina es conteste en sostener que el consentimiento carece de cualquier tipo de eficacia. La ineficacia del consentimiento respecto de las normas que protegen bienes jurídicos colectivos se puede afirmar, incluso, en los supuestos en que una persona concreta sea la directamente afectada por los hechos y manifieste su voluntad conforme a la realización del mismo, la voluntad del que no es titular del bien jurídico no es tenida en cuenta por el legislador para describir el injusto típico en aquellos delitos en los que el bien jurídico lesionado pertenece a la sociedad, o al Estado, o tenga carácter supraindividual, los cuales tienen como característica común el que su proyección sea valiosa para la comunidad, por presentar una utilidad social, con independencia, o aún en contra, de la voluntad del individuo⁴⁹. Respecto a los tipos penales pluriofensivos, que protegen al mismo tiempo bienes jurídicos de la colectividad y del individuo, el consentimiento es ineficaz.

Sin perjuicio de lo expresado, en nuestro derecho CAIROLI ha manifestado que el consentimiento opera en los delitos contra la propiedad y lo establecido en el art. 44 del Código Penal, y reseña los bienes cuales el sujeto no puede disponer, *como el honor, la libertad, la vida, y todos los demás en que exista un interés prevalente de la sociedad en su tutela por sobre el propio particular*⁵⁰. En la misma línea podemos situar a LANGÓN, quien expresa que de acuerdo al respeto absoluto que se debe tener por la dignidad humana, consagrada en la Constitución y en los Pactos Internacionales sobre los Derechos Humanos, lleva a establecer ciertos límites, incluso sobre la disposición autónoma de los bienes jurídicos individuales, poniendo como ejemplos, que un sujeto no puede voluntariamente someterse a la esclavitud, en cuanto al bien jurídico vida, manifiesta que si bien el suicidio no está tipificado en nuestro derecho, si lo está la determinación o ayuda al suicidio, no obstante criticar la disposición del art. 44 del C.P. por su enorme amplitud, ya que la misma abre -según el citado profesor- *las puertas a prácticas que pueden ser atentatorias contra la dignidad humana y que será preciso limitar por el difícil camino de sostener que, en ciertos casos, la lesión no es tolerable por consensual que fuere, por resultar violatoria del respeto debido al ser humano y garantizado por la Constitución (art. 72)*⁵¹.

No tenemos el honor de compartir las opiniones de los distinguidos catedráticos, a nuestro juicio, que partimos de un concepto liberal de los bienes jurídicos individuales los mismos sirven para el libre desarrollo del individuo, por ende, no puede existir lesión alguna del bien jurídico cuando una acción se basa en una disposición del portador del bien jurídico que no menoscaba su desarrollo, sino que, por el contrario, constituye su expresión, de esa forma limitaríamos la intromisión del Estado, que de esa forma vulneraría el dominio autónomo del titular del bien jurídico. En conclusión: cuando estamos frente a bienes jurídicos individuales, el consentimiento de su titular excluye el carácter delictivo de la conducta del agente.

6. REQUISITOS PARA SU VALIDEZ

El consentimiento no requiere reunir los requisitos necesarios para una declaración negocial

⁴⁹ SEGURA GARCÍA, María José, *El consentimiento del titular del bien jurídico en Derecho Penal*, tirant lo blanc, Valencia, 2000, pp. 125-129.

⁵⁰ CAIROLI, Milton, *El Derecho Penal Uruguayo y las nuevas tendencias dogmático penales*, t. I, 2ª ed., FCU, Montevideo, 2001, p. 259.

⁵¹ LANGÓN, Miguel, *Curso de Derecho Penal y Procesal Penal*, t. II, Ediciones Del foro, Montevideo, 2001, pp. 283.

del Derecho Civil, puesto que constituye una institución propia del Derecho Penal, aquí lo que sólo importa es si el consentimiento excluye el merecimiento de pena del hecho consentido⁵². Para que el consentimiento surta efectos es necesario: que la renuncia se debe dar en bienes jurídicos disponibles; que el sujeto que consciente disponga de la capacidad natural de discernimiento, que le permita advertir el significado y consecuencia esenciales de su consentimiento; en cuanto a si es preciso o no que el consentimiento se manifieste externamente, anteriormente se contraponían la teoría de la declaración de la voluntad, que exigía la manifestación externa como un negocio jurídico, y la teoría de la dirección de la voluntad⁵³, que se contentaba con la conformidad interna del titular del bien jurídico. En la actualidad se ha impuesto una dirección intermedia, que exige sólo que el consentimiento sea reconocible externamente, por cualquier medio, aunque no sea de los previstos por el Derecho Civil⁵⁴; quien consciente debe ser el titular del bien jurídico protegido por la norma o por lo menos estar facultado como representante del verdadero titular⁵⁵; el consentimiento no debe prestar vicios esenciales de voluntad, porque si es obtenido por coacción o engaño o se apoya en la violación de un deber jurídico será ineficaz⁵⁶ y por último, el consentimiento debe ser anterior, o concomitante al delito, ya que de ser posterior puede tipificar un caso de perdón, remisión o desistimiento⁵⁷. Huelga precisar que en cuanto al consentimiento justificante, tiene que estar precedido por el elemento subjetivo de justificación, en caso que falte este requisito, habrá que aplicar una eximente incompleta⁵⁸ en forma analógica, con apoyo del num. 13 del artículo 46 del Código Penal.

7. EL CONSENTIMIENTO PRESUNTO

Bajo esta denominación se trata aquellas hipótesis en las que la acción se ejecuta por el autor, en principio sin consentimiento del titular; pero se trata de los supuestos en los que la no existencia de consentimiento (real) por parte del titular del bien jurídico se debe a que *éste se encuentra en una situación en la que no le es posible emitirlo o en la que no es posible recabárselo*⁵⁹. De esta forma, la acción es ejecutada por el autor bajo la presunción de que, de haber conocido el titular la situación y haber podido prestar el consentimiento, éste hubiera consentido en su realización. Cuando la intervención resulte necesaria para salvar un bien no disponible por su titular, como la vida, no hará falta acudir a la figura del consentimiento presunto sino que bastará que el hecho resulte amparado por la justificación estado de necesidad, De acuerdo a lo expresado hasta ahora, dicho consentimiento requiere: que el titular del bien jurídico determinado no pueda manifestar su consentimiento, pero resulta seguro *ex ante* que lo prestaría si pudiera⁶⁰. No dejará de eximir aunque luego *ex post* resulte que, contra todo pronóstico, el titular no aprueba la intervención.

⁵² JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, vol. I, Trad. S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, Bosch, Barcelona, 1981, pp. 520-521. Asimismo, MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, 7ª ed., 2ª reimp., Reppertor, Barcelona, 2005, p. 512. En contra, CAIROLI, Milton, *El Derecho Penal Uruguayo y las nuevas tendencias dogmático penales*, t. I, 2ª ed., FCU, Montevideo, 2001, p. 259.

⁵³ MEZGER, Edmund, *Derecho Penal. Parte General. Libro de Estudio*, trad. de la 6ª edición Alemana (1955) por Finzi-Núñez, Din editora, Buenos Aires, 1989, pp. 164-166.

⁵⁴ MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, 7ª ed., 2ª reimp., Reppertor, Barcelona, 2005, p. 513.

⁵⁵ WELZEL, Hans, *Derecho Penal Alemán. Parte General*, 11ª ed., 4ª ed. en castellano, trad. Bustos Ramirez-Yañez Pérez, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1997, p. 115.

⁵⁶ CAIROLI, Milton, *El Derecho Penal Uruguayo y las nuevas tendencias dogmático penales*, t. I, 2ª ed., FCU, Montevideo, 2001, p. 260.

⁵⁷ Ídem, p. 260.

⁵⁸ MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, 7ª ed., 2ª reimp., Reppertor, Barcelona, 2005, p. 514.

⁵⁹ SEGURA GARCÍA, María José, *El consentimiento del titular del bien jurídico en Derecho Penal*, tirant lo blanch, Valencia, 2000, p. 148.

⁶⁰ MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, 7ª ed., 2ª reimp., Reppertor, Barcelona, 2005, p. 515.

Concurriendo la suficiente probabilidad *ex ante* conocida por el autor, los delitos en que puede eximir, así como los requisitos que exige, son los mismos que para el consentimiento efectivamente formulado⁶¹.

8. EL CONSENTIMIENTO EN LOS DELITOS CULPOSOS

El consentimiento como causa de exclusión de la penalidad es aplicable tanto a los delitos dolosos como también a los delitos culposos. La cuestión que presenta el consentimiento en los delitos culposos, no se refiere a la naturaleza ni a los requisitos de este instituto, que son idénticos a los exigidos para la eficacia del consentimiento en los delitos dolosos, sino a su dirección, en el sentido de que debemos preguntarnos si el consentimiento ha de referirse a la acción generadora del riesgo, al resultado lesivo, o ambas cosas a la vez. La respuesta a la cuestión planteada se ha dicho que depende, en principio, de la concepción del injusto que se mantenga. Así, cierto sector de la doctrina, afiliada a una concepción personal del injusto, ha mantenido que en los delitos culposos de resultado el consentimiento no precisa extenderse a la producción del mismo, el objeto del consentimiento es siempre la acción antijurídica y no es obstáculo para la eficacia del consentimiento que éste se refiera sólo al disvalor de la acción, aunque se produzca el resultado lesivo, pues en el delito culposo el resultado no pertenece a la acción antijurídica⁶². En cambio para WELZEL, el consentimiento también procede en hechos culposos y se refiere a la puesta en peligro que lleva ínsita la culpa, lo que supone una apreciación correcta del peligro⁶³.

A nuestro juicio el problema se puede resolver mediante la teoría del consentimiento en el riesgo⁶⁴, para dicha teoría, puede ser suficiente para exonerar al autor que la víctima haya consentido tan sólo la acción peligrosa, sin que sea necesario, por lo tanto, que se produzca consentimiento respecto de las posibles consecuencias del riesgo⁶⁵. De este modo se evita la colisión con las normas positivas que limitan la disposición sobre ciertos bienes jurídicos, extendiendo sus efectos también a supuestos de homicidio⁶⁶.

10. CONCLUSIONES

A nuestro juicio, en cuanto a la naturaleza jurídica del consentimiento, nos parece acertada la posición de cierta parte de la doctrina que considera al consentimiento como causa de exclusión de la tipicidad, o mejor, dicho cuando el consentimiento obsta la adecuación típica de la conducta realizada por el agente, en mérito, a que para nosotros, que aceptamos, una teoría liberal del bien jurídico, que interpreta los bienes jurídicos individuales o disponibles como ámbitos de autodeterminación del individuo, donde los bienes jurídicos sirven para el desarrollo de ellos, concurriendo la voluntad del titular del bien jurídico protegido se excluye el disvalor del resultado y, con ello la misma tipicidad de la conducta, en otras palabras concurriendo el consentimiento del sujeto titular del bien jurídico, dicho bien afectado es extraído del ámbito de protección de la norma penal, ya que medió un acto dispositivo por parte del sujeto legitimado. Y en virtud de que no hay

⁶¹ Ídem, p. 515.

⁶² Cerezo Mir, citado por SEGURA GARCÍA, María José, *El consentimiento del titular del bien jurídico en Derecho Penal*, tirant lo blanch, Valencia, 2000, p. 158.

⁶³ WELZEL, Hans, *Derecho Penal Alemán. Parte General*, 11ª ed., 4ª ed. en castellano, trad. Bustos Ramirez-Yañez Pérez, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1997, p. 117.

⁶⁴ Sobre dicha teoría, ver por todos, CANCIO MELIA, Manuel, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal*, 2ª Ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001, pp. 183-185.

⁶⁵ Ídem, p. 183.

⁶⁶ Ídem, p. 184.

conflicto, se hace innecesario la intervención del Estado y de ese modo, se limita el ius puniendi, que tan necesario se hace en estos tiempos caracterizados por una hiperinflación penal.

11. BIBLIOGRAFÍA

- BACIGALUPO, Enrique, *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 1987.
- BAYARDO BENGEOA, Fernando, *Derecho Penal Uruguayo*, t. I, 3ª ed., FCU, Montevideo, 1975.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Introducción al Derecho Penal*, Temis, Bogotá, 1986.
- CAIROLI, Milton, *El Derecho Penal Uruguayo y las nuevas tendencias dogmático penales*, t. I, 2ª ed., FCU, Montevideo, 2001.
- CANCIO MELIA, Manuel, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal*, 2ª Ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001.
- DOHNA, Alexander Graf zu, *La Illicitud como característica general en el contenido de las acciones punibles. La Estructura de la Teoría del Delito*, trad. Ballve-Fontan Balestra, Del Foro, Buenos Aires, (sin año).
- FERNÁNDEZ, Gonzalo D., *Bien Jurídico y Sistema del Delito*, B de F, Buenos Aires, 2004.
- JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, vol. I, Trad. S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, Bosch, Barcelona, 1981.
- LANGÓN, Miguel, *Curso de Derecho Penal y Procesal Penal*, t. II, Ediciones Del foro, Montevideo, 2001.
- MEZGER, Edmund, *Derecho Penal. Parte General. Libro de Estudio*, trad. de la 6ª edición Alemana (1955) por Finzi-Nuñez, Din editora, Buenos Aires, 1989.
- MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, 7ª ed., 2ª reimp., Reppertor, Barcelona, 2005.
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO-GARCÍA ARAN, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General*, 4ª ed., tirant lo blanch, Valencia, 2000.
- PIERANGELI, José Enrique, *O consentimento do ofendido*, 3ª ed., Editora Revista dos Tribunais, Sao Paulo, 2001.
- REYES ECHANDÍA, Alfonso, *Antijuricidad*, 4ª ed., Temis, Bogotá, 1989.
- ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General*, t. I, trad. y notas: Luzón Peña-Díaz-García y De Vicente, Civitas, Madrid, 1997.
- RUSCONI, Maximiliano, *Imputación, Tipo y Tipicidad Conglobante*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005.
- SEGURA GARCÍA, María José, *El consentimiento del titular del bien jurídico en Derecho Penal*, tirant lo blanch, Valencia, 2000.
- WELZEL, Hans, *Derecho Penal Alemán. Parte General*, 11ª ed., 4ª ed. en castellano, trad. Bustos Ramirez-Yañez Pérez, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1997.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., Ediar, Buenos Aires, 2002.