



Cláusula de cesión de derecho de publicación de tesis/monografía

Yo ZENOBIÁ MARIN CRUZ C.I. 5471445 LP
autor/a de la tesis titulada

.. EL TRATAMIENTO JURÍDICO PENAL DEL CONSENTIMIENTO ..
.. DEL OFENDIDO Y SU INSERCIÓN EN EL CÓDIGO PENAL BOLIVIANO
mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva
autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos
para la obtención del título de

... MAGISTER EN DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL
.....

En la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede académica La Paz.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Académica La Paz, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación a partir de la fecha de defensa de grado, pudiendo, por lo tanto, la Universidad utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en formato virtual, electrónico, digital u óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamo de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría Adjunta a la Secretaria General sede Académica La Paz, los tres ejemplares respectivos y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Fecha. 4 DE MAYO 2019

Firma: 



UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR

SEDE CENTRAL

Sucre-Bolivia

CURSO DE MAESTRÍA (ESPECIALIDAD) EN

“DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL”

**“EL TRATAMIENTO JURÍDICO PENAL DEL CONSENTIMIENTO DEL OFENDIDO Y SU
INSERCIÓN EN EL CÓDIGO PENAL BOLIVIANO”**

Tesis presentada para obtener el Grado
Académico de Magister en “derecho penal y
procesal penal”

ALUMNO: ZENOBIA MARIN CRUZ

TUTOR: Dr. EDWIN COCARICO LUCAS

La Paz-Bolivia
2018

AGRADECIMIENTO:

A Dios por guiarme en la vida con su infinita misericordia

A la Universidad Andina “Simón Bolívar” por su acogida y erudición.

*A mi tutor, Dr. **Edwin Cocarico Lucas**, un extraordinario ser humano que ha dirigido la presente tesis con dedicación y que, pese a sus ocupaciones, siempre atendió mis consultas y me brindó su apoyo.*

DEDICATORIA:

*A mi esposo y mis hermanos, por haberme
brindado su apoyo en todo momento.*

RESUMEN

Se concibe al **consentimiento** como una manifestación de la dignidad humana y la libre autodeterminación, expresada en su voluntad que le permite disponer libremente de sus bienes jurídicos dentro de una determinada esfera de dominio. En ese entendido la presente investigación establece que el **consentimiento del ofendido puede, además de exonerar de responsabilidad a título de justificación una conducta desvalorada, también rechazar la existencia de una conducta típica en tanto que la autorización del sujeto pasivo enervaría la existencia de una conducta típica**. En esa línea, se sugiere **la introducción del mencionado instituto en el código penal boliviano como otra causa de justificación que exima de responsabilidad penal al sujeto activo**.

Los fundamentos para tales razonamientos radican en los postulados teórico-dogmáticos que propician el tratamiento del consentimiento en la norma penal. Si bien, la propuesta tiene al consentimiento como causa de justificación que excluya la antijuricidad, no se puede obviar la tipicidad ya que ella, también es objeto de afectación. Por lo que, se instituye la vinculación entre estos elementos (tipicidad y antijuricidad) del delito, a partir de las consideraciones de la teoría indiciaria de la antijuridicidad y la teoría de los elementos negativos del tipo. En el mismo entendido, los postulados de la teoría dualista y las críticas hechas a la misma, en cuanto a la diferencia entre el consentimiento (como causa de justificación) y el acuerdo (como causa de exclusión del tipo), se establece que ambos reciben el mismo tratamiento dogmático al grado de emplearlos sin distinción.

Por otro lado, a fin de fortalecer la propuesta, se recurre al análisis de legislaciones penales de países que contemplan al consentimiento como eximente de responsabilidad penal. Asimismo, se realiza el análisis del código penal boliviano a efectos de establecer la admisibilidad o no del consentimiento. En la misma línea, se realiza una encuesta sobre el consentimiento, su tratamiento, sus ventajas y la necesidad de su incorporación en la legislación penal del país.

INDICE	N° de Págs.
CAPÍTULO I	1
ASPECTOS GENERALES	1
1. Introducción	1
2. Planteamiento del problema	4
2.1. Situación problemática	5
2.2. Situación deseada o proyectada	6
2.3. Formulación del problema	7
3. Justificación	7
4. Delimitación	9
4.1. Delimitación temática	9
4.2. Delimitación espacial.....	9
4.3. Delimitación temporal.....	9
5. Objetivos	9
5.1. Objetivo general	9
5.2. Objetivos específicos	10
6. Hipótesis	10
7. Análisis de las variables.....	170
7.1. Variable independiente.....	170
7.2. Variable dependiente	170
7.3. Definición operacional de variables	170
8. Metodología	192
8.1. Tipo de Estudio	192
8.2. Diseño de la Investigación	203
8.3. Métodos	203
8.4. Técnicas.....	204
 CAPITULO II	 225
MARCO TEÓRICO	225
1. Aspectos generales	225
1.1. Tipicidad.....	236
1.2. Antijuricidad.....	16

1.3.	Teorías sobre la vinculación entre tipo y la antijuricidad	18
1.4.	Bien jurídico.....	19
2.	El consentimiento del ofendido	20
2.1.	Definición conceptual del consentimiento del ofendido	20
2.2.	Antecedentes históricos	20
2.3.	Naturaleza jurídica del consentimiento.....	22
2.4.	Consentimiento en el ámbito penal y su diferencia en relación al ámbito civil	24
2.5.	Fundamentos del consentimiento.....	27
2.6.	Fundamentos jurídicos del consentimiento	29
2.7.	Ámbito de aplicación del consentimiento	30
2.8.	Requisitos para el consentimiento.....	381
2.9.	Consentimiento y acuerdo.....	392
2.9.1.	Teoria dualista.....	33
2.9.2.	Teoria unitaria.....	36
2.9.3.	Teoria diferenciadora.....	37
2.10.	Diferencias entre consentimiento y acuerdo.....	40
2.11.	Formas de consentimiento	41
2.11.1.	Consentimiento expreso.....	41
2.11.2.	Consentimiento tácito.....	42
2.11.3.	Consentimiento presunto.....	43
2.12.	Condiciones que Deben Tenerse en Cuenta para dar Curso al Consentimiento.....	44
2.13.	Tipos que no admiten o limitan al consentimiento	45
2.14.	Vicios en la voluntad en el consentimiento y su concurrencia o no concurrencia	46
2.15.	El consentimiento como expresión de la libre disponibilidad de los bienes jurídicos propios y la exclusión de la antijuricidad y del tipo.....	48
2.16.	Algunos casos en los que se dio el consentimiento como eximente, atenuante de pena o en su caso genera controversias.	571
CAPÍTULO III.....		660
ANÁLISIS DE LA LEGISLACIÓN BOLIVIANA		660
1.	Código Penal boliviano	660

1.1.	Las causas de justificación en el Código Penal.....	671
1.2.	Consideraciones sobre el consentimiento del ofendido en el Código Penal Boliviano	704
2.	Código del Sistema Penal.....	761
2.1.	Las Causas de Justificación en el Código del Sistema Penal Boliviano	771
2.2.	Consideraciones sobre consentimiento del ofendido en el Código del Sistema Penal.....	793
CAPÍTULO IV		872
LA LEGISLACIÓN COMPARADA		872
1.	Justificación de la consideración de legislaciones de países.....	872
2.	Análisis de categorías.....	86
2.1.	Causas de justificación.....	86
2.2.	Admisibilidad del consentimiento	88
2.3.	Contemplación del consentimiento en las bases de punibilidad.....	89
2.4.	Descripción del consentimiento en el tipo	961
2.5.	Ttratamiento en el nivel de la tipicidad o antijurídica	994
2.6.	Consentimiento como eximente de responsabilidad penal o atenuante.....	96
CAPÍTULO V		99
ANÁLISIS DE LOS CRITERIOS EMITIDOS POR JURISTAS SOBRE EL CONSENTIMIENTO DEL OFENDIDO Y SU INSERCIÓN EN EL CÓDIGO PENAL BOLIVIANO		99
1.	Análisis, descripción e interpretación de datos	99
2.	Aportes a considerar.....	1194
CAPÍTULO VI		12217
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....		12217
1.	Conclusiones	12217
2.	Recomendaciones	1316
3.	Bibliografía.....	13328

CAPÍTULO I

ASPECTOS GENERALES

1. Introducción

En Bolivia, el Derecho penal como instrumento de control social, debe tener en cuenta los postulados de la dogmática penal moderna que promueve actitudes humanitarias en cuanto a su aplicación acorde a las políticas criminales sensibles a las formas de vida desplegadas en la sociedad. En ese entendido, es importante para el Derecho penal boliviano, comprender la trascendencia que algunos ordenamientos jurídicos otorgan al consentimiento y el debate dogmático que la misma ha generado debido a su importancia, por la aplicación práctica que esta institución tiene en la vida diaria. Por lo que, al igual que en cualquier otra sociedad, en la colectividad boliviana se da la posibilidad de manifestar el consentimiento propio sobre: una transfusión sanguínea, una intervención quirúrgica, sobre la vida misma (eutanasia), aspectos que se han constituido en temas de debate generando gran polémica.

Sin embargo, el consentimiento, al igual que en muchas legislaciones penales, aún no está referido en el código penal del país en su parte general, pero, la misma prevén tipos penales que describen al consentimiento entre sus elementos constitutivos, lo que permite establecer que se la regula, con la parte especial. A pesar de esto, es importante que esta norma penal admita e introduzca al consentimiento como causa de justificación, entre sus bases de punibilidad para que dicho instituto opere como eximente de responsabilidad penal. Por lo que se propone realizar nuevas reformas al código penal boliviano, con miras de incorporar al mencionado instituto en su parte general, ya que las reformas realizadas según la Ley 1768 en 1997, fueron las últimas que trabajaron tanto la parte especial como la parte general, sin embargo, a partir de aquel entonces, hasta la fecha no se ha realizado mayores innovaciones a la parte dogmática de la norma en cuestión.

En ese entendido el Estado boliviano, en su función de protector de la libertad y los derechos individuales tiene la labor de posibilitar la contemplación del consentimiento en su norma penal ante la creciente importancia que va cobrando dicho instituto en el escenario jurídico. Aseveraciones que permiten, por un lado, concebir al consentimiento como un instrumento de expresión de libertad democrática y afirmación humana jurídico-constitucional aprobado y necesaria como manifestación de derechos humanos y fundamentales. Y, por otro lado, en sentido estricto, se entiende que consentir es permitir algo, en derecho penal es la facultad que tiene el titular de bien jurídico para permitir que alguien haga alguna cosa, obligándose dicho titular a la renuncia del bien respectivo. Tales razonamientos le atribuyen al consentimiento su carácter trascendental.

Por todo ello, el consentimiento en el marco de la ciencia penal, no puede estar lejos de los cambios y de los avances sociales que se viven en el país, pues el Derecho penal no es una ciencia invariable sino un mecanismo jurídico para el desarrollo de la persona y la sociedad. Por lo que el sistema penal del país, aparte de adecuarse a los cambios sociales vividos en los últimos tiempos, debe estar sujeta a las peculiaridades de su ordenamiento jurídico penal, con todas sus reformas y elaboración de normas adicionales que la hacen cada vez más compleja y radical. En ese entendido se pretende determinar si a través de la introducción de otra acusa de justificación, como es el consentimiento del ofendido dentro del Código Penal Boliviano se podrá exonerar de responsabilidad penal al sujeto activo, flexibilizando y promoviendo a su vez, la mínima intervención del derecho penal que conlleva otras ventajas como ser la descongestión del sistema en sí.

Así se parte de la hipótesis central que pretende establecer si la introducción de otra acusa de justificación, como es el consentimiento del ofendido dentro del Código Penal Boliviano, podrá exonerar de responsabilidad penal al sujeto activo. Para tal efecto, se considera necesario dividir la tesis en cinco capítulos a través de los cuales se sustentará la presente propuesta con la intención de alcanzar los objetivos que guían esta investigación.

En este orden de ideas, en el primer capítulo se aborda aspectos metodológicos. Indicar en ese entendido que se realiza una investigación exploratoria sobre el consentimiento del ofendido como un tema poco abordado en el país, recurriendo a su vez, al diseño de investigación no experimental, utilizando, asimismo, el método teórico sintético analítico que permita la interpretación y estudio de los datos y, además, se emplea la técnica de la entrevista como instrumento de recopilación de criterios sobre el consentimiento en la población.

En el segundo capítulo se fundamenta los aspectos teóricos, conceptuales, históricos y jurídicos sobre el consentimiento del ofendido como causa de justificación que exima de responsabilidad penal al sujeto activo. En tal sentido se desarrollan conceptos y los diversos postulados dogmáticos existentes en torno al consentimiento (antecedentes históricos, su naturaleza jurídica, sus fundamentos, su aplicación, sus requisitos, su procedencia en el injusto doloso y culposo, diferencia entre acuerdo y consentido, los vicios en el consentimiento y otros aspectos) que conlleva a la exoneración de responsabilidad penal.

En el capítulo tercero, se hace el análisis de la legislación boliviana, sus consideraciones respecto a las causas de justificación y la posibilidad de admitir el consentimiento del ofendido como causa de justificación estableciéndolo en su parte general. Asimismo, se especifica y menciona los tipos penales que describen la ausencia del consentimiento entre sus elementos constitutivos, además se pretende establecer su tratamiento como eximente o atenuante de la responsabilidad penal.

El capítulo cuarto, aborda el análisis de la legislación comparada y sus disposiciones sobre el consentimiento del ofendido como causa de justificación de la acción penal. En ese entendido se estudia el código penal de; Alemania, México, Perú y Colombia. Se procede al estudio de las mismas debido a que, de manera similar, sus normas penales contemplan entre sus disposiciones legales al consentimiento del ofendido en su parte especial, con excepción de la legislación alemana. Por otro lado, las mencionadas legislaciones, en su generalidad, prevén

tipos penales que en su descripción indican la ausencia o presencia del consentimiento como una condición *sine qua non* que determina la penalidad o en su caso la atenuación de la misma, en la comisión del delito.

El capítulo quinto, aborda el análisis de los criterios emitidos sobre el consentimiento del ofendido por: funcionarios del órgano judicial (jueces, fiscales y policías investigadores), abogados de profesión libre, estudiantes y otros, sobre el consentimiento del ofendido como causa de justificación de la acción penal. El objeto de este análisis es establecer el grado de conocimiento que se posee sobre el consentimiento y determinar a su vez, la aceptación que la misma tiene entre los actores del sistema penal del país. Para tal cometido, se emplea un cuestionario que contiene preguntas relacionados al tema.

Y finalmente, se desarrollan las conclusiones y recomendaciones. En la primera se expone aspectos relevantes que permiten establecer la importancia del consentimiento del ofendido como causa de justificación que excluye la antijuricidad pero a su vez repercute en la tipicidad eliminándolo también. En las recomendaciones se recalca lo conveniente que podría ser introducir al consentimiento del ofendido como causa de justificación en las bases de punibilidad (parte general) del código penal boliviano como eximente de responsabilidad penal.

2. Planteamiento del problema

A lo largo de su historia, el código penal boliviano ha sufrido muchas reformas, entre las más importantes están las realizadas según la Ley 1768 en 1997. Dichas reformas fueron plasmadas sobre todo en la parte especial de la norma penal, pero también se trabajó los problemas de política criminal y los aspectos dogmáticos. Respecto a esta última pretende seguir los lineamientos establecidos por el Derecho penal moderno, sin embargo, no se profundizan los planteamientos dogmáticos doctrinales del mismo. Si bien se trabaja la parte dogmática; estableciendo la importancia de la constitución de los elementos del tipo penal, las causas de

exclusión, sus atenuantes y las causas de justificación, estas no siempre están instituidas con claridad y amplitud.

Por otro lado, el código penal vigente, producto de dichas reformas ha generado desconcierto en los sujetos de derecho ya que la misma no va acorde a las políticas criminales y a las formas de reacción de los grupos sociales que de un tiempo a esta parte se han inmiscuido en el sistema judicial. En consecuencia, en estos últimos tiempos las normas penales se han radicalizado teniendo como fin principal la aplicación de penas severas y dejando de lado el análisis dogmático de los distintos niveles del delito y sus aspectos negativos, o en su caso no son considerados adecuadamente, nos referimos a las causas de atenuación, las causas de exclusión, de exculpación y justificación, generando la vulneración de los principios constitucionales y derechos fundamentales.

En tal contexto, el presente trabajo de investigación plantea la introducción del consentimiento del ofendido como causa de justificación a la par del estado de necesidad y la legítima defensa en el código penal. figura que es reconocida y estudiada por la dogmática penal como otra causa de exoneración de la responsabilidad penal del sujeto activo. Esto en el entendido, de que, el código penal de 1997 contempla como causas de justificación al estado de necesidad y la legítima defensa y como desde aquel entonces hasta la actualidad se ha omitido la importancia de reorganizar la parte dogmática de la norma penal se plantea la necesidad de analizarla y buscar otras formas de atenuación y exoneración de la responsabilidad penal del sujeto activo a fin de beneficiar al sistema judicial promoviendo su descongestión, evitando la retardación de justicia y haciendo prevalecer el principio de última ratio del derecho penal, en cierta forma.

2.1. Situación problemática

En los últimos años la población boliviana ha mostrado su preferencia por la aplicación del Derecho penal dando lugar al desarrollo de procesos que tienen como finalidad sanciones punitivas. En este sentido, se exige el endurecimiento de las

penas y la creación de nuevos tipos penales y con ello se pretende castigar todo acto punible, sin considerar que tales aspectos no son la solución para evitar el delito. Por otro lado, en la aplicación de las normas penales no se respetan los planteamientos dogmáticos doctrinales y en consecuencia los principios constitucionales que hacen referencia al debido proceso y la favorabilidad que el sistema penal debe ofrecer al sujeto activo. Asimismo, los procesos penales son espacios en los que los abogados y fiscales buscan, prioritariamente, penas privativas de libertad y durante el desarrollo de los procesos no se hace el análisis correspondiente de los elementos negativos en los distintos niveles del delito.

Dicho de otro modo, las partes procesales, si bien tiene en cuenta la dogmática penal, lo emplean según su conveniencia, con la finalidad de lograr la pena máxima para el agresor atentando muchas veces contra sus derechos. Todo ello es producto del sistema vigente y la negligencia del órgano judicial que, en la práctica del Derecho penal, no se llega a profundizar en el análisis y la aplicación de aspectos que propone la dogmática a pesar de que los mismos están contemplados en la norma penal. En tal sentido y ante la existencia de algunos planteamientos de los teóricos dentro de la dogmática penal, no adoptados en el sistema penal del país, se plantea la inserción en el código penal boliviano de otra causa de justificación como es el consentimiento del ofendido a fin de evitar la responsabilidad penal del sujeto activo y el desarrollo de procesos penales innecesarios, descongestionando de esta manera el sistema judicial.

2.2. Situación deseada o proyectada

Los operadores de la justicia, tienen la labor de analizar y aplicar las normas dentro de los presupuestos dogmáticos establecidos en el derecho penal a fin de dar cumplimiento con los lineamientos dispuestos en la Constitución Política del Estado y demás normas. Asimismo, teniendo en cuenta el objeto del derecho penal, que es el de regular el poder punitivo del Estado, impidiendo la vulneración de los derechos de la persona, se recurre a principios constitucionales por los cuales debe guiarse todo proceso penal. En este sentido es menester el análisis de las acciones

ilícitas, teniendo en cuenta cada uno de los elementos del delito y sus presupuestos, en el marco de los principios mencionados. Además, y sobre todo en dicho análisis se debe considerar los aspectos negativos presentes en los distintos niveles del delito, para de este modo determinar causas de atenuación, exclusión, exculpación y justificación de la acción penal, con la finalidad de buscar lo más ventajoso para el sujeto activo.

En este sentido, introducir al consentimiento del ofendido como causa de justificación en el código penal boliviano para eximir de responsabilidad penal al agente del delito, está acorde a las políticas criminales que deben ser puestas en práctica en el país a fin de soslayar el desarrollo de procesos penales que implican prejuicios sociales, vulneración de derechos y la inversión de recursos económicos, no sólo para las partes sino también para el Estado.

2.3. Formulación del problema

¿Con la introducción de otra causa de justificación como es el consentimiento del ofendido en el Código Penal boliviano se podrá eximir de responsabilidad penal al sujeto activo?

3. Justificación

De lo expuesto arriba se puede entender que las modificaciones realizadas mediante la Ley 1768 en 1997 al código penal boliviano, fueron los últimos en lo que respecta a la parte dogmática de dicha norma penal. Esto se constituye en un problema de política criminal, ya que desde la gestión mencionada hasta la actualidad han transcurrido 20 años, tiempo en el cual se han suscitado muchas transformaciones en los distintos ámbitos del país, mismos que repercutieron en el sistema judicial, y producto de ello son las constantes modificaciones realizadas a la parte especial de esta norma penal.

En tal sentido los cambios que ha sufrido la parte especial del código penal boliviano, están marcados: por un lado, con la creación nuevos tipos penales con penas severas, por otro, con la promulgación de algunas normas cuestionables

debido a la finalidad que tienen, o por su remisión al ámbito penal que no siempre ofrecen soluciones para problemas criminológicos. Con todo ello, se ha priorizado la aplicación del Derecho penal lo que está mal, debido a que no prevalece el principio de ultima ratio del Derecho penal y se deja de lado otras formas de solución a los conflictos.

En este entendido, se considera necesaria que a la par del trabajo que se hace en la parte especial del código penal boliviano, también se debe trabajar la parte general a fin de considerar los presupuestos planteados por los teóricos del derecho penal, enriqueciendo de esta forma el sistema penal. Todo ello con el fin de adoptar y poner en práctica lo planteado por la teoría del delito y sobre todo tener en cuenta los elementos negativos de las mismas para evitar la aplicación de penas severas y juzgamiento innecesarios. Entre dichos elementos negativos es importante considerar las causas de justificación de la acción penal, como ser el estado de necesidad y la legítima defensa, pero además, debería tenerse en cuenta el consentimiento del ofendido como otra causa de justificación por lo que se plantea su inserción en el código penal boliviano como una elemento que pueda exonerar o atenuar la responsabilidad penal del sujeto activo, esto debido a que lo que se quiere es lo más beneficioso para el sujeto activo.

En tal sentido, establecer que un hecho delictivo se ha suscitado ante el consentimiento de la víctima, daría lugar a la justificación de la acción, evitando de esta manera la condena de sujetos o en su caso se atenué la misma. Entonces, el presente trabajo de investigación tiene como finalidades primordiales: evitar la responsabilidad penal del agresor cuando medie el consentimiento de la víctima y a partir de ello exigir el cumplimiento del principio de última ratio del Derecho penal, la descongestión procesal, el cumplimiento de los principios procesales. De esta manera el derecho penal responderá a la conflictividad de manera favorable procurando siempre la solución, protegiendo a la víctima y formando una sociedad que fomente el respeto mutuo y la convivencia pacífica.

4. Delimitación

4.1. Delimitación temática

La investigación se enmarcará en el área del Derecho público, específicamente en la rama del Derecho penal, toda vez que, lo que se plantea es la regulación de otra forma de justificación del delito con la introducción del consentimiento del ofendido como causa de justificación, esto a efectos de promover la descongestión del sistema judicial y evitar el juzgamiento y condena a actos consentidos.

4.2. Delimitación espacial

La presente investigación se desarrollará en la ciudad de La Paz, pero se provee que tendrá alcance a nivel nacional.

4.3. Delimitación temporal

La presente investigación se centra en el año 1997. Año en el que entra en vigencia la Ley 1768, misma que modifica el código penal Banzer, tanto su parte especial como la dogmática. Como referente, se tiene que, desde esa gestión hasta la fecha no se han hecho más modificaciones en la parte dogmática, pues todas las leyes que se han trabajado, estuvieron orientadas a modificar, complementar y/o atenuar los tipos penales, dejándose de lado la parte dogmática. La ley 1768 modifica la parte dogmática pero dichas modificaciones, tampoco prevén el consentimiento de ofendido como otra causa de justificación y desde aquel entonces hasta la actualidad (2017) no se hizo trabajo alguno al respecto.

5. Objetivos

5.1. Objetivo general

Determinar si a través de la introducción de otra acusación de justificación, como es el consentimiento del ofendido en el Código Penal Boliviano se podrá eximir de responsabilidad penal al sujeto activo.

5.2. Objetivos específicos

- Analizar los aspectos teóricos, conceptuales, históricos y jurídicos sobre el consentimiento del ofendido como causa de justificación de la acción penal.

- Considerar la legislación boliviana y sus disposiciones sobre el consentimiento del ofendido como causa de justificación de la acción penal.
- Contrastar la legislación comparada y sus disposiciones sobre el consentimiento del ofendido como causa de justificación de la acción penal.
- Analizar los criterios emitidos por juristas sobre el consentimiento del ofendido como causa de justificación de la acción penal de manera cualitativa y descriptiva

6. Hipótesis

La hipótesis de investigación es la siguiente.

La introducción de otra acusa de justificación, como es el consentimiento del ofendido en el Código Penal Boliviano, permitirá, eximir de responsabilidad penal al sujeto activo.

7. Análisis de las variables

7.1. Variable independiente

El consentimiento del ofendido como causa de justificación

7.2. Variable dependiente

Exonerar la responsabilidad al sujeto activo

7.3. Definición operacional de variables

DEFINICIÓN CONCEPTUAL	DEFINICIÓN OPERACIONAL	INDICADORES	RESULTADO
El consentimiento del ofendido “se trata del derecho y del poder que la persona tiene para expresar libremente	El consentimiento del ofendido se constituye en causa de justificación cuando el titular del	Analizar las posibilidades de la admisibilidad de otra causa de justificación como es el	Determinar la admisibilidad de otra causa de justificación, como es el consentimiento

<p>su propia voluntad, renunciando, total o parcialmente, en lo que se refiere a bienes jurídicos individuales dentro de su respectiva esfera de dominio...”¹</p> <p>Causa de justificación “Todas las causas de justificación confieren un derecho para obrar; es decir, otorgan un permiso, sea dejando sin efecto una prohibición, o libertad del cumplimiento de un mandato”²</p>	<p>bien jurídico protegido, condesciende la realización de un hecho al agente, dejando de esta forma sin efecto la prohibición. El consentimiento como causa de justificación radica en la renuncia al bien jurídico por parte del titular del mismo.</p>	<p>consentimiento del ofendido en el código penal boliviano</p>	<p>del ofendido en el código penal boliviano</p>
<p>Eximir “librar, desembarazar, de cargas, obligaciones,</p>	<p>Eximir de responsabilidad del sujeto activo, es liberarlo del</p>	<p>Identificar las causas que dan lugar a la exoneración de la</p>	<p>Introducir el consentimiento del ofendido como otra causa</p>

¹ Vital de Almeida, Ricardo. *El Consentimiento y su relevancia para la Teoría Jurídica del Delito*. Tesis Doctoral, Granada-España 2006, p. 63.

² Bacigalupo, Enrique, *Manual de Derecho Penal*, Editorial Temis S.A. Santa Fe de Bogota-Colombia, 1996, p. 122.

<p>cuidados, culpas, etc.”³</p> <p>Responsabilidad penal del sujeto activo “es el deber jurídico que pesa sobre el individuo imputable para responder ante el Estado por el delito cometido.”⁴</p>	<p>cumplimiento de una obligación que surge a partir de la realización de un acto u omisión penado por ley.</p>	<p>responsabilidad penal del agente en el código penal boliviano.</p>	<p>de justificación que exonere de responsabilidad penal al agente.</p>
---	---	---	---

8. Metodología

8.1. Tipo de Estudio

El tipo de estudio al que corresponde la presente investigación es el exploratorio ya que la misma tiene como objeto “... examinar un tema o problema de investigación poco estudiado, del cual se tienen muchas dudas o no se ha abordado antes. Es decir, cuando la revisión de la literatura reveló que tan sólo hay guías no investigadas e ideas vagamente relacionadas con el problema de estudio, o bien, si deseamos indagar sobre temas y áreas desde nuevas perspectivas”⁵. En tal sentido, el tema de investigación abordado en el presente trabajo – el consentimiento del ofendido como causa de justificación que exonere de responsabilidad penal al agente – no ha sido considerado hasta la fecha en el Código Penal Boliviano, razón por la que se aborda su análisis y se propone su incorporación.

³ Real academia española, *Diccionario de la lengua española*, vigésimo tercera edición, edición del tricentenario Espasa, 2014, p. 990.

⁴ Machicado, Porfirio M. *Edición anual de ciencias penales*. Editorial el original San José, La Paz – Bolivia 2013, p. 115.

⁵ Hernández, Roberto, Fernández, Carlos y otros, *Metodología de la investigación*, Quinta edición, editorial Mc Graw Hill educación, México D.F.2010, p. 121.

8.2. Diseño de la Investigación

En cuanto al diseño de investigación, el presente trabajo se enmarcó en el diseño no experimental “en ellos el investigador observa los fenómenos tal y como ocurren naturalmente, sin intervenir en su desarrollo”⁶ ya que no se hizo la manipulación deliberada de variables, simplemente se realiza la observación de fenómenos en su círculo habitual.

8.3. Métodos

Respecto a la metodología empleada en la realización de la presente investigación, se acudió al **método de investigación teórica** que permitió revelar las causas y relaciones entre los procesos y fenómenos de la realidad que por lo general no se pueden observar directamente o que se salen del marco de las características sensorialmente observables, elaborar y generalizar nuevas ideas.

En tal sentido **el método teórico empleado fue el sintético analítico**: “el análisis maneja juicios, la síntesis considera los objetos como un todo. El método que emplea el análisis y la síntesis consisten en separar el objeto de estudio en dos partes y una vez comprendida su esencia, construir un todo”⁷, de esta manera recurriremos al análisis de documentos, realizando la separación material del objeto de investigación en sus partes integrantes con el propósito de descubrir los elementos esenciales que lo conforman.

8.4. Técnicas

La investigación se fundó sobretodo en el análisis de documentos, sin embargo se recurrió a la técnica de entrevista, “es una forma de interacción social que tiene

⁶ Behar, Daniel, *Metodología de la investigación*, Editorial Shalom, México, 2008, p. 19.

⁷ Behar, Daniel, *Metodología de la investigación... Opus cit.*, p. 45.

por objeto recolectar datos para una indagación”⁸. De esta manera se formuló preguntas a las personas capaces de aportar datos de interés para la investigación.

⁸ Behar, Daniel, *Metodología de la investigación... Opus cit.*, p. 55.

CAPITULO II

MARCO TEÓRICO

En el presente capítulo se fundamenta los aspectos teóricos, conceptuales, históricos y jurídicos sobre el consentimiento del ofendido como otra causa de justificación que exima de responsabilidad penal del agente. En tal sentido se desarrollan conceptos y teorías que sustenten el marco teórico del presente trabajo de investigación.

1. Aspectos generales

La teoría del delito es una construcción analítica que implica distintos niveles y que responde a preguntas lógicas que abren la intervención del poder punitivo del Estado. Dichos niveles, son de vital importancia para determinar si una conducta puede o no ser establecido como delito. El problema que centra especial atención en el presente trabajo, está relacionado con el tercer nivel de análisis de la teoría del delito, es decir la antijuricidad.

En el nivel de la antijuricidad se hacen presente las causas que exoneran la responsabilidad, respecto a ellas, la doctrina se ha encargado de estructurar dos categorías tradicionales: el estado de necesidad y la legítima defensa. Sobre estos dos puntos se ha escrito mucho desde el punto de vista teórico doctrinal, tanto con el aporte causalista como del finalista. Sin embargo, considerando que no son objeto de estudio en esta ocasión, se los aborda de manera muy precisa. Pero, se centra especial atención a una tercera causa de justificación como es el consentimiento del ofendido del cual se pretende estudiar sus particularidades a fin de determinar la viabilidad para su incorporación en el Código Penal boliviano como otra institución que exonere de responsabilidad penal al sujeto activo.

A continuación, se hace una exposición sucinta de algunos conceptos que nos ayudaran a sustentar los conceptos relacionados con el consentimiento como una causa de justificación que exonere de responsabilidad penal al agente del delito.

1.1. Tipicidad

La tipicidad, es definida como “la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace en la ley penal...sólo los hechos tipificados en la ley penal como delitos pueden ser considerados como tales”⁹ Del enunciado, se deduce que, para que una conducta sea típica, debe estar descrita en la norma penal. Además, esa conducta debe presentar las características específicas de la tipicidad (infracción de una norma) es también antijurídica (no autorización de la conducta por el orden jurídico) ya que la tipicidad es indicio de la antijuricidad. Aun esta última afirmación es motivo de debate para los teóricos de la dogmática penal.

1.2. Antijuricidad

Para determinar el supuesto de hecho del tipo establecido en la norma penal hay que averiguar si ese hecho amerita responsabilidad penal, para lo que se debe establecer la antijuricidad, que vendría a ser “la constatación de que el hecho producido es contrario a derecho, injusto o ilícito”¹⁰. Es decir que una acción realizada, que produzca un resultado o hecho contrario a las exigencias del ordenamiento jurídico, se constituye en antijurídico. En la misma línea Roxin indica que una conducta típica es antijurídica si no se presenta ninguna causa de justificación que excluya la antijuridicidad¹¹. Entonces un hecho típico, será antijurídico si no interviene a favor del autor una de las causas de justificación como ser la legítima defensa o el estado de necesidad.

Respecto a las causas de justificación Bacigalupo indica que todas ellas confieren al agente un derecho para obrar¹², es decir, otorgan un permiso, dando

⁹ Muñoz Conde, Francisco, *Derecho Penal Parte General*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 251.

¹⁰ Muñoz Conde, Francisco, *Derecho Penal Parte General... opus cit.*, p. 299.

¹¹ Roxin, Claus, *Derecho Penal Parte General Tomo I, Fundamentos; La Estructura de la Teoría del Delito*. Editorial Civitas S.A. Madrid- España 1997, p. 557.

¹² Bacigalupo, Enrique, *Manual de Derecho Penal*, Editorial Temis S.A. Santa Fe de Bogotá-Colombia 1996, p. 122.

lugar a la exoneración de la responsabilidad penal. Entre las causas de justificación tradicionalmente desarrolladas por la doctrina se encuentran las siguientes:

a) Defensa necesaria

A esta causa de justificación, se le conoce también como legítima defensa, que según Bacigalupo sólo es legítima si es necesaria. Y siempre que la defensa “sea respuesta proporcionada a una agresión injusta, no cabe duda de que, cualquiera que sea la actitud anímica del que se defiende, existe una autentica causa de justificación que legitima el acto realizado”¹³. Es decir, que, si la agresión realizada, es la reacción ante otra agresión injusta, no importa el estado anímico en el que se encuentre el agresor que se defiende, es justificable por lo que no es susceptible de sanción penal.

b) Estado de necesidad

Para esta causa de justificación debe existir una situación de necesidad, sin ella no sería legítima. El estado de necesidad, por otro lado, exige la presencia del conflicto entre dos bienes jurídicos, en la que se da preferencia en su resguardo (se trata de salvar) a uno de los mismos por considerarla de mayor valor. Entonces, el bien jurídico que se trata de salvar debe estar en peligro eminente y ser de mayor valor. En este sentido Según Bacigalupo; el fundamento justificante del estado de necesidad es el interés preponderante¹⁴, entonces lo que determina la exclusión de la antijuricidad es la necesidad de la lesión unidad a la menor significación del bien sacrificado respecto del salvado que sería de mayor significación.

El estado de necesidad se presenta en dos formas: por un lado, es el estado de necesidad por colisión de bienes o intereses que surge de la colisión de dos bienes jurídicos de distinto valor, lo que hace que se opte por el sacrificio de del bien de menor valor para salvar el de mayor valor y por otro lado está el estado de necesidad

¹³ Muñoz Conde, Francisco, *Derecho Penal Parte General... opus cit.*, p.321.

¹⁴ Bacigalupo, Enrique, *Manual de Derecho Penal... opus cit.*, p.122.

por colisión de deberes en el que cumplimiento de un deber determina la lesión del otro.

1.3. Teorías sobre la vinculación entre tipicidad y la antijuricidad

En la discusión entablada por los distintos teóricos sobre el consentimiento del ofendido y su procedencia en el nivel de la tipicidad o de la antijuricidad, es necesario determinar lo que dice la doctrina sobre la vinculación entre la tipicidad y la antijuricidad. En tal sentido la doctrina ha escrito muchos aspectos vinculantes que se pueden traducir en tres teorías fundamentales.

- a) **Teoría Acromática**, indica que la tipicidad no tienen ninguna relación con la antijuricidad, en tal sentido, Beling, citado por Peña y Almanza dice que el tipo penal “tiene carácter puramente descriptivo y, por ende, con ellos no se contesta la cuestión de la antijuricidad o de la licitud...”¹⁵ en tal sentido, existen acciones descritas en el tipo penal que no siempre se constituyen en antijurídicas y acciones antijurídicas, que no siempre están descritas en el tipo penal. Por tanto, las causas de justificación no tienen repercusión alguna en la tipicidad.
- b) **Teoría Subsidiaria**, respecto a esta teoría Weber citado por Peña y Almanza, señala que la tipicidad cierra el juicio de antijuricidad y las causas de justificación actúan como elementos negativos del tipo¹⁶, lo que hace que el consentimiento excluye la tipicidad.
- c) **Teoría Indiciaria**, es la más aceptada en la actualidad y dice que una vez que se ha advertido que la conducta es típica se presupone su antijuricidad, por lo que “la tipicidad es un indicio o presunción *juris tantum*”¹⁷, por lo que no es un deber corroborar la existencia de la antijuricidad esta se presupone

¹⁵ Beling, citado por, PEÑA, Oscar y ALMANZA, Frank, *Teoría del delito, Manual práctico para su aplicación en la teoría del caso*, Asociación Peruana de ciencias jurídicas y conciliación, A.P.C.C. 2010, p. 184.

¹⁶ Weber citado por Peña, Oscar y Almanza, Frank, *Teoría del delito, Manual práctico para su aplicación en la teoría del caso...opus cit.*, p. 185.

¹⁷ Peña, Oscar y Almanza, Frank, *Teoría del delito, Manual práctico para su aplicación en la teoría del caso...opus cit.*, p. 184.

con la simple constitución del tipo. En este caso, la carga se invierte por lo que no se trata de probar que la conducta es antijurídica, sino más bien que no concurren causas que exoneren la antijuricidad. Entonces, el consentimiento opera tanto en el nivel de la tipicidad como en la antijuricidad.

- d) **Teoría de los elementos negativos del tipo** plantea que “la tipicidad cierra el juicio de la antijuricidad, y que la justificación elimina a la tipicidad”¹⁸. Se entiende entonces que para la teoría de la *ratio escendi*, la tipicidad es igual a la antijuricidad, porque el tipo está estructurado como un tipo total de injusto, que abarca aspectos positivos y aspectos negativos, los aspectos positivos tienen que ver con lo que constituye el fundamento de la prohibición y los aspecto negativo de ese mismo tipo total de injusto aparece la causa de justificación eso significa que para esta teoría una conducta es típica cuando se lleva a cabo aquella conducta que es el fundamento de la prohibición sin que exista ninguna causa que justifique ese comportamiento, de manera que si la conducta está justificada entonces no es típica

1.4. Bien jurídico

El bien jurídico, según Jescheck citado por Zamora son “...aquellos intereses de la vida, de la comunidad a los que presta protección el derecho penal”¹⁹. De lo que se deduce que el bien jurídico es todo valor individual o de conjunto, objeto de protección para el Derecho Penal que evita su vulneración a partir de una acción u omisión.

En el ámbito del consentimiento, el bien jurídico, está vinculado a la renuncia – libre y voluntaria – de protección que hace el titular del mismo, dando lugar, ya sea a la atipicidad o a una causa de justificación. Es decir, cuando el titular del bien a proteger otorga su consentimiento (antes de la realización del hecho) respecto de

¹⁸ Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio, *Curso de Derecho penal. Parte general*, Ediciones experiencia, España, 2004, p. 293.

¹⁹ Jescheck citado por Zamora, Rodrigo, *El consentimiento en la Eutanasia*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2001, p. 4.

aquellos bienes disponibles por él se genera la atipicidad o en su caso la antijuridicidad de la conducta.

2. El consentimiento del ofendido

2.1. Definición conceptual del consentimiento del ofendido

Vital de Almeida dice del consentimiento: “sobre el consentimiento autentico puede decirse que se trata del derecho y el poder que la persona tiene para expresar libremente su propia voluntad, renunciando total o parcialmente, en lo que se refiere a bienes jurídicos individuales dentro de su respectiva esfera de dominio...”²⁰. Según el autor mencionado el termino consentimiento proviene del latín *consentire*, y en su acepción originaria expresa la concordancia entre las partes o la uniformidad de opinión. En tal sentido, el consentimiento del ofendido se efectiviza cuando el titular del bien jurídico protegido, condesciende la realización de un hecho al agente, dejando de esta forma sin efecto la prohibición. En lo que respecta al consentimiento del ofendido como causa de justificación que exonere de responsabilidad penal al sujeto activo, está acorde a lo enunciado ya que el titular del bien jurídico acepta la vulneración de sus derechos, por lo que se hace presente una causa de justificación que exonera de responsabilidad penal al sujeto activo.

2.2. Antecedentes históricos

El consentimiento del ofendido tuvo mucha relevancia en el Derecho Romano, esto se puede deducir de la disposición del jurista Ulpiano quien, entre los años 170 y 228 d.C. establece en el libro 47 del Digesto, la frase “*nulla iniuria est, quae in volentem fiat* que quiere decir, lo que se realiza con la voluntad del lesionado, no constituye injusto”²¹. El autor realiza una explicación respecto al término “*iniuria*” y dice que esta no sólo hace referencia a la injuria en sentido estricto, sino cualquier lesión de los derechos de la personalidad (honor, salud, libertad, e incluso la vida).

²⁰ Vital de Almeida, Ricardo. *El Consentimiento y su relevancia para la Teoría Jurídica del Delito*. Tesis Doctoral. Granada-España 2006, p. 63.

²¹ Roxin, Claus, *Derecho Penal Parte General Tomo I, Fundamentos; La Estructura de la Teoría del Delito...opus cit., p. 551.*

Entonces se deduce que, el consentimiento del ofendido, en la Roma antigua era motivo exclusión de la tipicidad por lo que no constituía delito la acción realizada.

En la época contemporánea, la teoría de Ulpiano fue en detrimento debido a que no se podía aplicar en el derecho inalienable del hombre pues las mismas eran de interés público y no podían estar sujetos al interés individual. En esta misma época la filosofía Hegeliana “le dio eficacia al considerar que la voluntad subjetiva individual no contravenía la voluntad objetiva de la comunidad”²² Siguiendo esta misma línea, la escuela sociológica del derecho considera que al faltar el interés de la persona, la conducta del sujeto activo no puede ser antijurídica, incluso en delitos contra la vida ya que concibe al delito “como lesión de intereses, debía llegar al resultado, contrario, de que el consentimiento excluye absolutamente (también, por ejemplo, en el ataque a la integridad física y la vida) la infracción jurídica de quien actúa”²³.

En la actualidad, en palabras de Enrique Díaz la doctrina dominante – alemán – sostiene que; el sujeto que consiente la agresión, renuncia mediante el abandono de sus intereses, a la protección penal²⁴, por lo que no existe punibilidad. Esta doctrina ha denominado como un acuerdo al consentimiento del sujeto pasivo que excluye la tipicidad, ello en ciertos supuestos de hecho. En este sentido se puede considerar al consentimiento-acuerdo como un hecho irrelevante para el derecho penal, debido a que esta es un suceso normal de la vida social que no lesiona al bien jurídico tutelado. En dichos supuestos indica Díaz el consentimiento tiene plena eficacia, pues en ellos el legislador quiere proteger, única y exclusivamente, la libre disposición del titular de un bien jurídico y evitar aquellas conductas que atentan

²² Díaz, Enrique, *El Consentimiento en el Derecho Penal Mexicano*, Publicación en el diario oficial de la federación, México 1994, p. 1007.

²³ Roxin, Claus, *Derecho Penal Parte General Tomo I, Fundamentos; La Estructura de la Teoría del Delito...opus cit., p. 551.*

²⁴ En palabras de Díaz, Enrique, *El Consentimiento en el Derecho Penal Mexicano...opus cit., p.1007-1008.*

contra su voluntad, sin importar el objeto en sí mismo²⁵. Esto no da lugar a que, el derecho penal pierda su naturaleza pública, al contrario, el interés particular está inmersa en el interés colectivo y viceversa.

Por otro lado, en la evolución de la dogmática penal, se ha visto la importancia de diferenciar entre consentimiento y acuerdo, respecto a ello Quintano Ripolles mencionado por Díaz indica que, mientras el primero implica un “querer” el segundo responde a un “tolerar” o resignarse²⁶. Dichas diferencias serán abordadas más adelante. En conclusión, la doctrina entiende que el consentimiento concurre cuando el sujeto pasivo acepta, en determinadas condiciones, que el autor realice la conducta que constituiría delito sin dicho consentimiento.

2.3. Naturaleza jurídica del consentimiento

En cuanto a la naturaleza jurídica del consentimiento del ofendido, debemos partir desde el Derecho Romano y su contemplación en la misma. Como se mencionó anteriormente, en los antecedentes históricos, el consentimiento en la legislación romana, sólo se aplicaba a delitos de carácter privado, pero, cuando el Derecho penal surge como tal y a medida que adquiere carácter público, esto va modificándose. Es decir: “el consentimiento únicamente era aplicable en algunos tipos penales que protegían bienes jurídicos individuales, quedando básicamente reservado para los casos de injuria. Esto fue modificándose paulatinamente para otorgarle una doble función: como causa de atipicidad de la conducta y como causa de justificación”²⁷. Lo manifestado, afirma que la tipicidad se excluye por el acuerdo entre partes, en cambio el consentimiento es una causa de justificación. Tales

²⁵ En palabras de Díaz, Enrique, *El Consentimiento en el Derecho Penal Mexicano...opus cit.*, p.1008.

²⁶ Quintano Ripolles mencionado por DÍAZ, Enrique, *El Consentimiento en el Derecho Penal Mexicano...opus cit.*, p. 1008.

²⁷ Chang, Romy, *Consentimiento en Derecho Penal: Análisis Dogmático y Consecuencias Prácticas*, Tesis doctoral, Universidad de Salamanca, escuela de doctorado, doctorado en derecho penal, 2017, p. 267.

afirmaciones hacen que más adelante enfatizamos en las diferencias que existen entre estas dos instituciones.

Por otro lado, Muñoz Conde respecto a la naturaleza jurídica del ofendido, coincide con lo expuesto, y afirma que el consentimiento del ofendido puede generar tres efectos; una como causas de exclusión de la tipicidad, otra como causa de justificación y finalmente como un atenuante de la pena. A continuación, explicamos cada una de ellas:

a) Causa de atipicidad

Los tipos penales en su generalidad no presuponen la presencia del consentimiento del titular del bien jurídico por lo que en caso de darse el consentimiento se produce la atipicidad. “los tipos penales protectores de bienes jurídicos disponibles aluden, en forma directa o indirecta, a la ausencia de consentimiento, o bien lo dan por supuesto”²⁸ por lo que, ante el incumplimiento de una de las condiciones, es decir, el tipo penal no prevé el consentimiento pero en la realización del hecho se materializa la misma, entonces la acción del sujeto activo se torna en atípica.

b) Causa de justificación

En caso de que el consentimiento se presente como una de las causas de justificación, implica que el titular de la bien jurídica renuncia a protección que las normas penales le ofrecen. En este caso según Wessels citado por Zamora indica que; “su alcance se limita a aquellos casos en que el ordenamiento jurídico le conceda a la persona protegida la posibilidad de emplear su derecho de autodeterminación”²⁹, en tal sentido, es el ordenamiento jurídico la que determina al consentimiento como una causa de justificación, por lo que, el titular del bien jurídico

²⁸ Zamora, Rodrigo, *El consentimiento en la Eutanasia...opus cit., p. 2.*

²⁹ En palabras de Wessels citado por ZAMORA, Rodrigo, *El consentimiento en la Eutanasia...opus cit., p. 3.*

sólo hace uso de dicha institución recurriendo a su derecho de autodeterminación renunciando al bien jurídico protegido.

c) Como un atenuante de la pena

Las corrientes, española y alemana concuerdan en que el consentimiento del ofendido está directamente relacionado con la libre disponibilidad que tiene el titular del bien jurídico protegido, sin embargo, en este caso en particular se hace mención a bienes jurídicos colectivos, por lo que se da lugar a otro efecto del consentimiento. Es decir, el consentimiento del ofendido generara la atenuación de la pena; “cuando el consentimiento se otorgue en relación a bienes jurídicos cuyo titular sea la colectividad, sin importar que la conducta se oriente sobre un sujeto en específico”³⁰. Al respecto, este efecto puede ser inidóneo, debido a que nadie, que no tenga la titularidad de un bien jurídico puede disponer sobre la misma, pero, esta se hace presente cuando un sujeto en particular, porta el deber de cuidado sobre bienes colectivos y posee ciertas atribuciones sobre las mismas, consiente su vulneración y obviamente, a partir de ello el sujeto activo goza del beneficio de la atenuación de la pena.

2.4. Consentimiento en el ámbito penal y su diferencia en relación al ámbito civil

En el afán de establecer, hasta qué punto el Derecho penal necesita o puede recurrir a otras ramas del Derecho, y tomar de ellas vocablos como ser el consentimiento que es propio del Derecho Civil, la doctrina ha establecido tres teorías³¹, mismas que son desarrolladas por Chang en su tesis doctoral:

³⁰ Zamora, Rodrigo, *El consentimiento en la Eutanasia...opus cit.*, p. 3.

³¹En cuanto a la diferencia sobre la concepción del consentimiento en el derecho civil y el derecho penal, se puede profundizar en la tesis doctoral de CHANG, Romy, *Consentimiento en Derecho Penal: Análisis Dogmático y Consecuencias Prácticas...opus cit.*, p. 336-343.

a) Concepción privatista o civilista

Esta teoría nos dice que el Derecho Penal sancionador, para reforzar sus perspectivas jurídicas necesita recurrir a otras ramas del ordenamiento jurídico. En tal sentido y considerando que el Derecho Penal recoge algunos términos del Derecho Civil, como ser el consentimiento, se plantea la **“teoría del negocio jurídico fundada por Zitelmann”**³². La mencionada teoría “concibe al consentimiento como un negocio jurídico privado, es decir, como una obligación (...), otorgándose al agente un derecho de intervención revocable”³³. Esta teoría, según la autora mencionada, ha sido rechazada debido a que el consentimiento no puede ser concebido como una obligación, al igual que en el Derecho Civil, sino más bien, como la libre disponibilidad de un bien jurídico, que es propio del Derecho Penal.

b) Concepción autonomista

Esta teoría defiende la autonomía del Derecho Penal, rechazando la validez de los conceptos elaborados por otra rama del ordenamiento jurídico, por lo que “la subsidiariedad con la que debe recurrirse al Derecho Penal, lo obliga a estar en contacto con las demás ramas del ordenamiento jurídico”³⁴. En este afán el Derecho penal se ve en la necesidad de recurrir, siempre que sea inevitable y de manera accesoria a otras ramas del Derecho.

Siguiendo esta línea, la **teoría de la dirección de voluntad** expuesto por Chang, dice que para “el consentimiento únicamente es necesaria una aprobación interna, que no requiere de su manifestación externa; la misma que se fundamenta en la renuncia a la voluntad de protección jurídica”³⁵. Esto, para algunos autores

³² Chang, Romy, *Consentimiento en Derecho Penal: Análisis Dogmático y Consecuencias Prácticas...opus cit., p. 339.*

³³ Chang, Romy, *Consentimiento en Derecho Penal: Análisis Dogmático y Consecuencias Prácticas...opus cit., p. 339.*

³⁴ Chang, Romy, *Consentimiento en Derecho Penal: Análisis Dogmático y Consecuencias Prácticas...opus cit., p. 337.*

³⁵ Chang, Romy, *Consentimiento en Derecho Penal: Análisis Dogmático y Consecuencias Prácticas...opus cit., p. 340.*

representa un conflicto, sin embargo para otros como Cobo del Rosal y Vives Antón es perfectamente aceptable, ya que los mismos consideran que, para que exista consentimiento válido, es suficiente con que éste se halle expresado por la realización de cualquier acción³⁶. Ello pareciera ser más aceptable estas para el Derecho Civil, pues el consentimiento en esta rama, puede ser tácito o expreso, pero en lo que respecta al Derecho Penal debe ser manifestada a efectos de viabilizar su consideración y análisis probatorio.

c) Concepción intermedia

Según esta teoría, el Derecho Penal admite las definiciones y los conceptos de otras ramas del Derecho y en lo que respecta al consentimiento se plantea **teoría intermedia, mediadora o ecléctica** que dice que, la misma, debe ser exteriorizado pero no “conforme con las reglas del negocio jurídico; por ello, en todos los casos no se requiere de un consentimiento expreso, siendo suficiente un consentimiento mediante una acción concluyente”³⁷. En tal sentido se exige la exteriorización de la voluntad, que según lo planteado puede ser expresa o tácita, ambos tienen validez para la admisibilidad del consentimiento. Ésta es la postura con mayor aceptación por encontrarse más cerca a la teoría de la dirección de la voluntad.

En conclusión, el consentimiento en el ámbito penal no cumple los mismos requisitos exigidos en el ámbito civil, presentándose las siguientes diferencias:

- Para el consentimiento en el ámbito penal es irrelevante la capacidad de obrar del ofendido ya que en ciertas circunstancias o respecto a determinados bienes, un menor puede consentir. Pero en el ámbito civil tienen capacidad de obrar solo los mayores de edad

³⁶ Cobo del Rosal y Vives Antón. Derecho Penal. Parte General, cuarta edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996, cuarta edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996 p. 498, citados por Chang, Romy, *Consentimiento en Derecho Penal: Análisis Dogmático y Consecuencias Prácticas*, Tesis doctoral, Universidad de Salamanca, escuela de doctorado, doctorado en derecho penal, 2017, p. 340.

³⁷ Chang, Romy, *Consentimiento en Derecho Penal: Análisis Dogmático y Consecuencias Prácticas...opus cit.*, p. 341.

- En el ámbito penal el consentimiento siempre debe manifestarse antes de la lesión del bien jurídico protegido para que la misma no sea considerado como delito. Lo que no siempre ocurre en sede civil.

2.5. Fundamentos del consentimiento

Considerando que el Derecho Penal protege los intereses y valores indispensables para todo ser humano y que la dignidad y el libre desarrollo de las personas son principios fundamentales inmersos en dichos valores, el instituto del consentimiento, según Chang es una manifestación de dichos principios.

La Dignidad, puede ser considerada como un principio humano de suma importancia, por lo que está prevista en las distintas legislaciones tanto a nivel nacional como internacional. Respecto a ella, Talavera citando Kant, indica; “la persona humana es un fin en sí misma y jamás un medio destinado a satisfacer intereses ajenos”³⁸, dando a entender de esta manera, que la dignidad esta inherente a la naturaleza humana por lo que la coloca por encima de todo y no puede ser considerada como un objeto.

La dignidad en el ámbito jurídico “se la invoca tanto para justificar como para rechazar posiciones controvertidas”³⁹. Es decir, lo que para unos es digno para otros puede no serlo, un ejemplo claro; tratándose de la eutanasia, aquellos que están a favor, hablan del derecho a morir dignamente; los que se oponen califican la eutanasia como un atentado contra la dignidad de la persona humana. Al respecto, el hecho de considerar y respetar la voluntad del que pide morir (consentimiento) es un acto de respeto a la dignidad humana. En definitiva, dignidad es el respeto que se debe dar a todo ser humano por el hecho de ser humano, permitiendo de esta

³⁸ Respecto a la dignidad como fundamento y/o principio del consentimiento, Kant citado por Talavera, Luz, *La dignidad de la persona humana y el conocimiento informado*, Revista de la facultad de derecho, Argentina, 2016, p. 101.

³⁹ Talavera, Luz, *La dignidad de la persona humana y el conocimiento informado...opus cit.*, p. 101.

manera, el **libre desarrollo de las personas**, conforme su propia ética y toma de decisiones (libre albedrío) es decir, autoanalizarse con dignidad.

Por otro lado, es en la relación existente entre la dignidad y los bienes jurídicos, valores, derechos e intereses que coadyuvan en la autorrealización, donde cobra importancia el consentimiento. Es decir, el consentimiento como una manifestación de la voluntad humana, es la máxima expresión de dignidad y la autodeterminación. Para mejor comprensión, se plantea el siguiente ejemplo; si una persona decide hacerse un tatuaje lesionando su integridad física, esta lesión al bien jurídico protegido, no sería tal si se cuenta con el consentimiento válido del titular de dicho bien jurídico. Esto debido a que el consentimiento se constituirá en; “una expresión de su autodeterminación, no pudiendo afirmarse una afectación a su autorrealización personal (dignidad); sino, por el contrario, un pleno ejercicio de sus derechos en busca de la consecución de la misma”⁴⁰.

Es justamente, esta expresión de dignidad y autodeterminación lo que busca proteger el Estado a través de sus presupuestos normativos, coadyuvando en la autorrealización de las personas. Pero ¿qué sucede cuando las personas, deciden renunciar a la protección ofrecida por el Estado y consienten la vulneración de sus derechos? El Estado por respeto a la dignidad y libre determinación de las personas no puede insistir en la configuración del delito e imponerse con la sanción ya que la configuración del tipo no es suficiente en tanto existe el consentimiento como una manifestación de dignidad y libre determinación personal. Al respecto y con mayor precisión expone Chang indicando que, “El consentimiento efectuado por el titular del bien jurídico, como elemento que despenaliza la conducta en cada caso concreto, evidencia que la flexibilidad del concepto de dignidad es justamente su mayor virtud; al no sólo permitir la creación de tipos penales orientados a su protección, sino también que los mismos se adapten a la ética propia de cada individuo: **el consentimiento válido del titular del bien jurídico convierte lo**

⁴⁰ Chang, Romy, *Consentimiento en Derecho Penal: Análisis Dogmático y Consecuencias Prácticas...opus cit.*, p. 145.

ilícito en lícito, evitando que las normas penales se tornen en obstáculos para la autorrealización personal”⁴¹.

2.6. Fundamentos jurídicos del consentimiento

Como ya se ha expuesto, la aceptación de una conducta punible que afecta a un bien jurídico disponible y cuya lesión no desaparece, importa ausencia de interés del titular del derecho en obtener protección jurídica y, por ende, la afección no amerita sanción penal. Esto debido a que el consentimiento emitido por el titular del bien, da lugar a que la conducta no se constituya en tipo o la misma sea considerada como una causa de justificación, por lo que, la conducta se desarrolla conforme a derecho. En caso de que, el consentimiento opera en el nivel de la tipicidad o en el nivel de la antijuridicidad, evitando la responsabilidad penal del agente del delito por cuanto el asentimiento de la víctima está en armonía con la libre autodeterminación.

Desde la doctrina el consentimiento del ofendido tiene como su fundamento, al bien jurídico protegido que puede ser libremente dispuesto o sacrificado por quien lo ostenta. De esta manera la aceptación de un hecho típico por parte del interesado es solamente la fiel expresión de la libertad que las normas le otorgan. Entonces si un propietario consiente la vulneración o destrucción del bien de su propiedad ejerce la facultad de disposición que tiene este en relación a su propiedad.

Quien se abandona a las manos de un barbero consintiendo en que éste al término de la sesión le deje como resultado – verbalmente anticipado – un bigote semejante a la raya de un lápiz, que es a todas luces hilarante, no ha sido menoscabado en su libertad de disponer sobre el trato que da a su cuerpo sino que, muy por el contrario, ha sido ayudado en la realización de su imagen corporal; igual puede afirmarse del individuo que se deja atender, y previamente informado del resultado futuro, por un podólogo, un cirujano plástico, etc.

⁴¹ Chang, Romy, *Consentimiento en Derecho Penal: Análisis Dogmático y Consecuencias Prácticas...opus cit.*, p. 146.

Por lo demás, la propia Constitución Política del Estado sirve de base para consagrar el consentimiento como justificante si no es posible ello desprenderlo del tipo legal del delito ya que en ella se establece, en las bases de la institucionalidad, la dignidad del ser humano y su libre desarrollo, y además le asigna al Estado la tarea de estar al servicio de la persona humana y tener como fin promover el bien común y para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, es decir, el consentimiento del interesado, y en tanto importe el libre desarrollo de la personalidad, es justificante.

2.7. Ámbito de aplicación del consentimiento

2.7.1. El Consentimiento en el injusto doloso

La configuración de un delito doloso, requiere tanto el disvalor de la acción como del disvalor del resultado, si sólo se diera el disvalor de la acción, estamos ante una tentativa y si de lo contrario, solo se produce el disvalor del resultado, no se configura el delito. En ese sentido, el consentimiento, en estos delitos, debe abarcar ambos aspectos, es decir tanto la acción como el resultado ya que, “no es posible consentir sobre la acción que lesiona o pone en peligro un bien jurídico individual, sin consentir con ello también en el resultado (querido y conocido) que dicha acción va a causar”⁴². Es decir, si se alega el consentimiento sólo sobre la acción y no sobre el resultado, se configuraría la tentativa y dicha acción sería sancionada en tal calidad ya que se supondría la ausencia del consentimiento porque al consentir la acción también se consiente el resultado, de lo contrario no hay consentimiento.

2.7.2. El Consentimiento en el injusto imprudente

En caso de los delitos imprudentes, la doctrina no se ha puesto de acuerdo sobre si el disvalor del resultado es esencial para la configuración del delito. En cuanto al consentimiento en estos delitos, se puede afirmar que no es aplicable ya que; “quien

⁴² Chang, Romy, *Consentimiento en Derecho Penal: Análisis Dogmático y Consecuencias Prácticas...opus cit., p. 282.*

consiente en la acción en un delito imprudente, lo hace con la expectativa de que no ocurra el resultado (esta postura generaría que en la mayor parte de los casos el consentimiento sea inaplicable para los injustos imprudentes)⁴³. Entonces el consentimiento, en los delitos imprudentes se da en el disvalor de la acción, pero en el disvalor del resultado, por lo que, ante la configuración de ambos el consentimiento se anula y la acción se constituye en delito sancionable.

2.8. Requisitos para el consentimiento

Los requisitos para el consentimiento proceda, según Ríos son cuatro⁴⁴ y se las expone a continuación:

- La titularidad del bien jurídico

El consentimiento debe emanar personalmente del titular del bien jurídico y excepcionalmente y sólo pueden ser titulares los sujetos de derecho. Por otro lado, es necesario tener la posibilidad de disponer del bien jurídico protegido Junto con la titularidad.

- La capacidad

Para consentir se requiere que el titular del derecho goce de juicio y equilibrio mental suficiente como para comprender el alcance de su aceptación y calcular razonablemente los beneficios y/o perjuicios que el acto le puede ocasionar.

- La libertad y consciencia

El consentimiento debe darse libremente, sin que medie coacción o engaño, y debe ser la manifestación de la verdadera voluntad del que consiente.

-

⁴³ Chang, Romy, *Consentimiento en Derecho Penal: Análisis Dogmático y Consecuencias Prácticas...opus cit.*, p. 339. p. 283.

⁴⁴ Ríos, Jaime, *El consentimiento en materia penal*, revista política Criminal N° 1, universidad de Talca Chile, 2006, p. 8-12.

- La exteriorización

El consentimiento, en sentido legal, de alguna forma ha de exteriorizarse ya que si ello no ocurre no se está frente a una voluntad comprobada que permita vincular a ella consecuencias jurídicas. El consentimiento no requiere de manifestación expresa basta que se produzca una acción cualquiera.

- La libertad de acción de quien consciente

Entre los requisitos para la legalidad del consentimiento se mencionó la libertad con la que debe obrar el titular del bien jurídico. En este sentido, “el argumento decisivo para la aceptación de que todo consentimiento eficaz excluye el tipo radica en la teoría liberal, aquí desarrollada, del bien jurídico referido al individuo”⁴⁵. El propietario del bien jurídico puede disponer libremente de lo que es suyo ya que tiene la facultad de disposición y en virtud de su libertad de decisión puede solicitar la vulneración de dicho bien sin que ello se constituya en delito, al contrario – según criterio del autor mencionado – una cooperación en su ejercicio libre tolerado. El ejercicio de la libertad de acción es garantizado por la legislación y, por tanto, cualquier persona que consienta la lesión en su bien jurídico y se produzca con ello el tipo la misma no es punible.

2.9. Consentimiento y acuerdo

Respecto a las diferencias, entre acuerdo y consentimiento, la doctrina presenta tres teorías: Por un lado, se tiene a, “aquella que distingue entre acuerdo y consentimiento, considerando el primero como causa de atipicidad y el segundo como causa de justificación (la doctrina mayoritaria denomina a esta tendencia como dualista)⁴⁶; Por otro lado, una segunda vertiente, considera redundante la

⁴⁵ Roxin, Claus, *Derecho Penal Parte General Tomo I, Fundamentos; La Estructura de la Teoría del Delito...opus cit., p. 517.*

⁴⁶ La corriente, también considerada como doctrina mayoritaria, fue perfilada de inicio defendida por Welzel, Hans, *Das deutsche Strafrecht. Eine systematische darstellung*, 11, Auflage, Walter de Gruyter & Co., Berlín 1969. Desde entonces, la literatura de habla española también abordó este aspecto. En ese sentido, es de interés consultar la obra de Cerezo Mir, José, *El consentimiento como causa de exclusión del tipo y como causa de*

distinción entre acuerdo y consentimiento, y entiende que todo consentimiento excluye el tipo (a esta corriente se la denomina como la doctrina unitaria o de la atipicidad)⁴⁷; y una tercera corriente que distingue entre acuerdo (como causa de atipicidad), por un lado, y consentimiento excluyente del tipo y consentimiento excluyente de la antijurídica (a esta vertiente se la denominó como la doctrina diferenciadora⁴⁸), respectivamente.

2.9.1. Teoría dualista

Para esta teoría, como se indicó líneas arriba, el acuerdo es causa de atipicidad y el consentimiento causa de justificación. En esta línea y siguiendo la fuente, Polaino–Orts, quien identifica a la tesis doctoral de Geerds, como el primer documento en el que se establece por primera vez la diferenciación entre acuerdo y consentimiento,⁴⁹ establece que, para Geerds, la importancia de diferenciar ambos institutos jurídicos es muy importante, en la medida en que ambas figuras comparten la característica común de suponer que “el lesionado acepta un hecho que a él, de algún modo, le afecta: él permite, configura, acepta; no tiene nada en contra”⁵⁰, y sin embargo “jurídicamente esta voluntad aprobatoria del lesionado opera (en ambos casos) de manera muy diferente”⁵¹, por lo que – en su perspectiva– las dos categorías conceptuales ameritan de una necesaria delimitación, a fin de evitar su utilización indistinta, cuan si se tratase de un mismo fenómeno, al punto de confundir su esencia.

justificación, en Estudios de Derecho penal y criminología, en homenaje al profesor José María Rodríguez Devesa, volumen I, UNED, Madrid, 1989.

⁴⁷ Las aportaciones sobre este ámbito pueden consultarse en Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, 5ª edición, Barcelona, 1998, p. 516 y ss.

⁴⁸ Sobre el particular, véase la obra Jakobs, Günther, *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, traducción por Cuello Contreras Joaquín y Serrano González de Murillo, José Luís, Marcial Pons Ediciones jurídicas, S.A., Madrid, 1995.

⁴⁹ Geerds, Friedrich, *Einwilligung und Einverständnis des Verletzten*, tesis doctoral presentada en la Universidad de Kiel, 1953.

⁵⁰ Geerds, Friedrich, *Einwilligung und Einverständnis...opus cit.*, p. 263.

⁵¹ Ibidem.

Al respecto, se ha llegado a diferenciar dos supuestos concretos. Así, en una dimensión, se identifica a aquellos supuestos cuya realización presupone una ausencia expresa e inherente de la voluntad del sujeto pasivo y, en una segunda dimensión, se identifica a aquellos casos en los que la lesión típica subsiste a pesar del consentimiento válido y eficaz por parte del sujeto pasivo. Luego, en ambas dimensiones, el asentimiento del titular del bien jurídico tiene, según la doctrina dualista, un tratamiento dogmático distinto, es decir, en lo concerniente a los dos primeros supuestos, el acuerdo desprende un efecto excluyente del tipo (causa de atipicidad), mientras que en los segundos el consentimiento es excluyente de la antijurídica (causa de justificación).

Según el razonamiento de Polaino–Orts, el acuerdo, asentimiento o voluntad aprobatoria del titular del bien jurídico determina la ausencia de un elemento del tipo y por ende opera como causa de atipicidad de la conducta, a diferencia del consentimiento que procedería como causa de justificación⁵², mas no excluirá la realización del tipo. Por otro lado en la perspectiva de Geerds, la diferencia esencial entre acuerdo y consentimiento radicaría, según los defensores de la teoría vindicadora, “que en el primero ya es relevante la actitud interna del titular del bien jurídico, sin necesidad de que manifieste al exterior su acuerdo aprobatorio, mientras que en el consentimiento se exige una manifestación exterior de la voluntad aprobatoria, perceptible en el mundo de los sentidos y expresada mediante acciones (gestos) o palabras”⁵³.

Insistiendo en la diferencia entre acuerdo y consentimiento, Roxin, dice del **consentimiento** en sentido estricto; “es prestado por el portador del bien jurídico,

⁵² Polaino – Orts, Miguel, *Alegato en favor de un tratamiento jurídico–penal unitario para los casos de acuerdo y consentimiento como causas de atipicidad*, en Cuadernos de política criminal, Centro de Estudios Superiores de Especialidades Jurídicas, No. 82, Madrid, 2004, p. 166.

⁵³ En opinión de Geerds, Friedrich, *Einwilligung und Einverständnis...opus cit.*, p. 266, «el consentimiento, para excluir el injusto del hecho, debe ser explicitado de manera expresa o concluyente, y debe llegar a ser conocido con la voluntad del lesionado por el autor antes del hecho, mientras que para el acuerdo es suficiente el mero supuesto de una correspondiente dirección de voluntad».

sólo tendría el efecto de justificación, pero no el de excluir la realización del tipo”⁵⁴. En este caso el consentimiento, vendría a ser una causa de justificación en el nivel de la antijuricidad, ya que, a pesar de ser consentida la acción por el titular del bien jurídico, el tipo se constituye, pero es justificable. Respecto al **acuerdo**, el autor mencionado, afirma que, actúa excluyendo la tipicidad⁵⁵. Ello entra en consideración en los tipos en que la acción típica presupone ya conceptualmente un actuar contra o sin la voluntad del lesionado. En este caso se entiende que el tipo penal debe disponer conceptualmente al consentimiento entre sus condiciones propias para su exclusión.

Ante tales posturas surgen algunas críticas desde la perspectiva de Polaino–Orts que a la final permiten establecer la improcedencia de las diferencias que plantea la teoría dualista entre el acuerdo y el consentimiento:

- En el acuerdo penalmente eficaz, la descripción típica requiere, que el actuar, se lleva a cabo sin o contra la voluntad del titular del bien jurídico, teniendo como efecto la exclusión del tipo. Ahora bien, los exponentes de la teoría dualista no consideran: por un lado, que la conducta consentida puede dar lugar a otra tipicidad deferente; por otra, dejan de lado, que en determinados supuestos delictivos la atipicidad de la conducta no dependa de la aprobación del titular del bien jurídico, sino más bien, de la regulación penal de esa actividad, y finalmente no hay claridad en cuanto al tratamiento dogmático que se le asigna al asentimiento aprobatorio, es decir, como causa de atipicidad o justificación. Otro aspecto difuso de esta teoría, es la concerniente a la libertad de disponibilidad del sujeto en relación a un determinado bien jurídico.

⁵⁴ Roxin, Claus, *Derecho Penal Parte General Tomo I, Fundamentos; La Estructura de la Teoría del Delito...opus cit.*, p. 512.

⁵⁵ Roxin, Claus, *Derecho Penal Parte General Tomo I, Fundamentos; La Estructura de la Teoría del Delito...opus cit.*, p. 512.

- En cuanto al consentimiento como causa de justificación, existe la dificultad de diferenciar aquellos tipos de delitos que se fundamentan en un acuerdo jurídico eficaz, o como causa de atipicidad; de aquellos otros, en los cuales la lesión al bien jurídico llega efectivamente a producirse, y – por ello – una actuación aprobatoria del sujeto (consentimiento) tendría el valor de causa de justificación.

2.9.2. Teoría unitaria

Para los defensores de esta teoría, el bien jurídico y su legítima protección, debe promover el desarrollo personal de los individuos y a partir de esta condición; “no distinguen entre el acuerdo como causa de atipicidad (acuerdo, asentimiento o conformidad) y el consentimiento como causa de justificación (consentimiento en sentido estricto), sino que consideran que en el caso de bienes jurídicos individuales disponibles, siempre debe excluirse la tipicidad de la conducta”⁵⁶. Es decir, en tanto los bienes jurídicos sean de carácter individual y susceptible de libre disponibilidad por su titular, el asentimiento (consentimiento o acuerdo) desplegado por el mismo, dará lugar a la exclusión del tipo penal. Para esta teoría, el asentimiento eficaz opera en el nivel de la tipicidad excluyendo el tipo, como manifiesta Jiménez de Asúa, quien considera como principio general que el consentimiento de la parte lesionada no puede constituir una causa justificante, sino más bien una causa de atipicidad, en tanto impide que el delito nazca por falta de uno de los elementos característicos de la especial figura delictiva de que se trate⁵⁷. A partir de tales razonamientos, la teoría unitaria no hace distinción entre acuerdo y consentimiento. Para esta teoría ambos presupuestos son una manifestación de la voluntad del titular del bien jurídico y dicha manifestación opera en el nivel de la tipicidad, excluyendo el tipo penal. Para tales efectos, la facultad de libre disponibilidad que se le atribuye al

⁵⁶ Chang, Romy, *Consentimiento en Derecho Penal: Análisis Dogmático y Consecuencias Prácticas...opus cit.*, p. 270.

⁵⁷ Este autor considera que, el consentimiento no puede figurar entre las causas de justificación, ya que esta última tiene carácter general y la primera se da en casos muy particulares, Jiménez de Asúa, Luis. *Tratado de Derecho Penal. El Delito. Segunda Parte: Las causas de justificación*. Tomo IV, Losada, Buenos Aires, 1952, p. 595-596.

titular del bien jurídico es esencial, por otro lado, para los defensores de esta teoría como el consentimiento debe estar descrito en el tipo penal como uno más de sus elementos.

Para Roxin, el consentimiento eficaz desplegado por el titular del bien jurídico, puede evitar el disvalor de la acción y con ello el disvalor del resultado⁵⁸, pero al estar la acción descrita en un tipo en concreto, no se evita su configuración, por lo que, es importante abordarla en el nivel de la antijuricidad como una causa de justificación. Esto a efectos de evitar la responsabilidad penal del agente que obra condicionado por el consentimiento.

2.9.3. Teoría diferenciadora

Los teóricos que defienden esta teoría y que son la mayoría, consideran que el acuerdo actúa como causa de atipicidad y el consentimiento como causa de justificación. Al respecto, se ha establecido – líneas arriba – el modo en que cada uno de estos elementos opera ya sea en el nivel de la tipicidad como en el nivel de la antijuricidad. Ahora bien, concibiendo al acuerdo y el consentimiento como una forma de asentimiento eficaz se procede a determinar cuándo, la misma, es causa de atipicidad y cuando de antijuricidad y respecto a ello, Chang menciona que; “...todo dependerá del caso concreto y del bien jurídico disponible del que se trate”⁵⁹, por lo que a continuación se expone su procedencia en uno y otro caso:

a) Acuerdo como causa de atipicidad

El acuerdo o asentimiento del titular del bien jurídico, opera al nivel de la tipicidad, haciendo el acto atípico, por no existir lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido. Para tal efecto, es necesario considerar a los tipos penales en los que el bien jurídico está sujeta a la libertad que tiene el titular para disponer del mismo. En estos casos; “el consentimiento forma parte de la estructura típica como

⁵⁸ Roxin. Derecho Penal, Parte General. Tomo I *Fundamentos; La Estructura de la Teoría del Delito* ... op. cit., p. 519

⁵⁹ *Ibíd.*, p. 256.

una característica negativa que aparece de forma expresa o se deduce tácitamente del tipo, lo que convierte al hecho en atípico”⁶⁰. Por lo que, entender al asentimiento como un aspecto negativo en la estructura del tipo que requiere de manifestación de la voluntad expresa o tácita, es sugerir su positivización en la norma penal.

Al respecto, Roxin indica: “resulta que con un consentimiento eficaz no tiene lugar el desvalor del resultado y con él el desvalor de acción y el tipo delictivo”⁶¹. Es decir que, de acuerdo a las disposiciones normativas que admiten el consentimiento, cuando esta emana del portador del bien jurídico y carece de vicios no puede considerarse al resultado ocasionado como ilícito y por tanto la acción tampoco es típica.

En algunos casos las acciones, producto del consentimiento de la víctima genera lesiones o daños irreparables vulnerando de esta manera el bien jurídico protegido, por lo que se produce el disvalor del resultado por tanto la acción es típica pero no punible ya que existe una causa de justificación. Entonces, “el consentimiento, según la situación concreta, actuaría excluyendo el tipo o justificando la conducta”⁶². Es decir, si el consentimiento no excluye el tipo debido a que la acción dio como resultado la vulneración del bien jurídico protegido, esta, se puede justificar por mediar en ella, el consentimiento.

En efecto, se establece que la manifestación expresa o tácita del consentimiento en la estructura del tipo penal, sería lo más apropiado en el proceso de análisis y adecuación de la acción al tipo, sin embargo, no se debe obviar, que el consentimiento no evita la lesión al bien jurídico, excepto en delitos de índole patrimonial, en los que el consentimiento opera sobre la voluntad y no así sobre el

⁶⁰ Chang, Romy, *Consentimiento en Derecho Penal: Análisis Dogmático y Consecuencias Prácticas...opus cit., p. 257.*

⁶¹ Roxin, Claus, *Derecho Penal Parte General Tomo I, Fundamentos; La Estructura de la Teoría del Delito...opus cit., p. 519.*

⁶² *Ibíd., p. 519.*

bien jurídico patrimonial. Dicha vulneración significa una dificultad, pero, considerando la estructura del tipo, la misma no se configura.

b) Consentimiento como causa de antijuricidad

El consentimiento se constituye en una causa de justificación en el nivel de la antijuricidad, cuando la disposición que se realice sobre el bien jurídico afecte a la misma sin impedir con ello la configuración del tipo. Respecto a este planteamiento la doctrina presenta distintas teorías que son expuestas por Chang, entre estas están: la teoría del negocio jurídico (consentimiento concede al autor un derecho revocable a la infracción, el mismo que – por ser un derecho – no puede ser antijurídico, sino más bien, constituir una causa de justificación), la teoría de la renuncia al interés (el consentimiento se justifica en tanto el ordenamiento abandona en el titular del bien jurídico la decisión acerca de la conservación de sus bienes), la teoría de ponderación de bienes (el valor de la “libertad de disposición del individuo sobre sus bienes jurídicos” debe ser, suficientemente grande como para doblegar al “disvalor” del hecho cometido con consentimiento)⁶³.

La teoría más aceptada, es la teoría de **renuncia a la protección jurídica** en el que “el ordenamiento jurídico le concede a la persona protegida la posibilidad de emplear su derecho de autodeterminación renunciando a sus bienes”⁶⁴. Esto en caso de que los bienes jurídicos tengan el carácter de libre disponibilidad por parte del titular, a quien la norma le otorga la facultad de renuncia a su derecho.

En conclusión, es importante comprender que, cuando el consentimiento en sentido estricto, opera en el nivel de la antijuricidad, no se evita la configuración del tipo penal, esto independientemente de la voluntad del titular del bien jurídico. En tal sentido el consentimiento únicamente se constituiría en una causa de

⁶³ Mayores referencias sobre las teorías que consideran al consentimiento como causa de justificación pero que excluyen al tipo, en; CHANG, Romy, *Consentimiento en Derecho Penal: Análisis Dogmático y Consecuencias Prácticas...opus cit.*, p. 260-261.

⁶⁴ Chang, Romy, *Consentimiento en Derecho Penal: Análisis Dogmático y Consecuencias Prácticas...opus cit.*, p. 261.

justificación que excluye el injusto, pero no evita que se configure la tipicidad. Siguiendo esta línea, consideramos que tiene mayor juicio, debido a que, cualquier acción – descrito en un tipo penal – que se efectiviza, sea que la misma produzca o no, un resultado, al operar el consentimiento sobre ella, no evita la configuración del tipo, pero la justifica.

2.10. Diferencias entre consentimiento y acuerdo

Par mayor precisión y a efectos de establecer de manera puntual, a continuación, se exponen algunos aspectos que establecen las diferencias entre el acuerdo y el consentimiento, mismas que son expuestas por el profesor Claus Roxin⁶⁵:

- a) El acuerdo implica sólo de la voluntad interna de quien asiente, aun cuando esa voluntad no se haya manifestado al exterior, por el contrario, en el consentimiento se exige como mínimo que la voluntad sea reconocible en el mundo exterior a través de palabras o acciones.
- b) El acuerdo presupondría para su eficacia sólo la voluntad "natural" de la víctima, incluso cuando a ésta le falte la capacidad de comprensión por su edad juvenil o por una perturbación mental. En el consentimiento, por el contrario, es presupuesto de su eficacia que el afectado goce del juicio y equilibrio mental necesarios para comprender el alcance de su manifestación y para sopesar razonablemente los pros y los contras.
- c) Los vicios de voluntad (error, engaño y fuerza) serían irrelevantes para el acuerdo, pero harían ineficaz el consentimiento. Quien, por ejemplo, mediante simulaciones astutas da lugar a que el propietario de la vivienda le autorice la entrada, no comete allanamiento de morada. Tampoco una coacción por parte del autor convertiría en ineficaz un acuerdo
- d) Para las lesiones, en las cuales el consentimiento tiene a lo mucha fuerza, a pesar de atentar contra las buenas costumbres, sólo puede ser válida para

⁶⁵ La puntualización de las diferencias entre el acuerdo y consentimiento son expuestas por Roxin, Claus, *Derecho Penal Parte General Tomo I, Fundamentos; La Estructura de la Teoría del Delito...opus cit.*, p. 513-515.

los casos de consentimiento, pero no para los de acuerdo. Por ejemplo, si alguien permite a otro entrar en su casa para lograr un fin delictivo, puede calificarse de contraria a las buenas costumbres, pero en cualquier caso no es un allanamiento de morada.

- e) de la diferente ubicación sistemática del acuerdo y del consentimiento se pueden derivar soluciones discrepantes para el caso en que el autor desconozca una aprobación efectivamente existente del portador del bien jurídico. En los casos de acuerdo tan sólo entra aquí en consideración una tentativa porque no se realiza el tipo objetivo, y por tanto el dolo delictivo del autor se dirige a un objeto inidóneo. Si, por el contrario, en unos daños o en unas lesiones, el autor nada sabe del consentimiento de la víctima, se puede llegar a la aceptación de un delito consumado porque desde este punto de vista se da el resultado típico y también un dolo delictivo del autor dirigido a su realización.

2.11. Formas de consentimiento

La doctrina presenta, en el ámbito jurídico penal, diferentes modalidades de consentimiento, esto según la variación de sus características y elementos estructurales. En tal sentido, el consentimiento puede presentarse, de manera expresa, tacita y presunta.

2.11.1. Consentimiento expreso

El consentimiento expreso es la más real expresión del ser humano, es la “que alcanza el más explícito e inequívoco significado de exteriorización de la libre voluntad del titular del bien personal y jurídicamente protegido, a partir de su capacidad jurídica para consentir...”⁶⁶. Dicho de otro modo, el consentimiento expreso es incuestionable y representa con legitimidad la libre manifestación de la voluntad del titular del bien jurídico por ser esta perceptible a simple vista. Según el

⁶⁶ Vital de Almeida, Ricardo, *El Consentimiento y su relevancia para la Teoría Jurídica del Delito*, Tesis Doctoral, editorial de la universidad de Granada-España, 2006, p. 286.

autor ya mencionado, este consentimiento puede manifestarse de tres maneras: el escrito, el verbal y el estrictamente mecánico.

El consentimiento expreso escrito, es la libre expresión del titular del bien jurídico con las letras, es decir se escribe los términos y los límites del consentimiento debiendo estar firmado de conformidad a algo normalmente ya escrito. El consentimiento expreso verbal es manifestado a través de las palabras. Y el consentimiento expreso mecánico o físico es la exteriorizada mediante los gestos. Todas estas deben materializarse en el mundo exterior.

2.11.2. Consentimiento tácito

Algunos teóricos de la dogmática penal lo consideran como, consentimiento presunto, sin embargo, para Vital de Almeida se trata de una manifestación psicológica externa y libre de la voluntad del titular del bien jurídicamente protegido, sin embargo, el consentimiento tácito no se da precisamente en forma expresa pero tampoco es presunta. Esto en razón de que; “el autor no deduce el consentimiento tácito solamente a causa de la existencia de unas circunstancias objetivas y muy normalmente incluso materiales, sino también de un comportamiento humano complementario e imprescindible del afecto indicando su asentimiento, aunque no esté esta manifestación de acuerdo con las exigencias precisas de la modalidad expresa de consentimiento (escrito verbal o estrictamente somático)”⁶⁷.

De lo expuesto, se deduce que el consentimiento tácito es algo abstracto, sobre todo al momento de valorar las pruebas, el autor mencionado, indica que es necesario una acción u omisión del afectado que pueda ser permisiva para la realización del hecho por parte del agresor ya que dicho asentimiento no debe ser presunta. Para mejor comprensión el consentimiento tácito se refleja en el siguiente ejemplo: un hombre enfermo de SIDA le comunica a su enamorada que es portador del virus, sin embargo, en un momento apasionado, ella termina teniendo relaciones

⁶⁷ Vital de Almeida, Ricardo, *El Consentimiento y su relevancia para la Teoría Jurídica del Delito...opus cit. p.304.*

sexuales con él, contagiándose de esta forma con el virus. En el ejemplo, la mujer no manifiesta su voluntad de forma expresa, pero consiente las relaciones sexuales con su enamorado a pesar de saber las consecuencias.

2.11.3. Consentimiento presunto

El consentimiento presunto se da ante la falta de uno de los requisitos para que el consentimiento procesado, la misma es, la capacidad que tienen que ver con el sano juicio. Dicho de otra manera; “el consentimiento se denomina *presunto* si se puede conjeturar que el titular del derecho, que al tiempo del suceso no se halla en situación de por sí aceptar (v. gr., está dormido, inconsciente), habría efectivamente consentido de haber estado en condición de hacerlo y se necesita, además, realizar a su respecto una conducta punible, y, la que inclusive el agente puede llevar a cabo en interés propio”⁶⁸. Entonces el consentimiento presunto tiene lugar cuando el titular del bien jurídico no se halla en capacidad plena para autorizar la realización del hecho. En estas condiciones Cousiño citado por Ríos, indica que el consentimiento presunto carece de autonomía y es un sub-caso del consentimiento en su sentido genérico ya que importa la falta de expresión de voluntad del interesado⁶⁹, la que se reemplaza, en el ánimo del que obra, por la persuasión de su realidad y, por ende, le son aplicables las normas generales del consentimiento.

De todo lo expuesto se puede establecer la diferencia existente entre, consentimiento expreso, tácito y presunto: el primero expresa de modo absolutamente inequívoco y determinado lo que consiente y en que límites lo hace el titular del bien jurídico protegido; mientras que el segundo manifiesta el cómo asiente el afectado, sin la claridad con que aquel es exteriorizado, pero de manera racionalmente comprensible y el tercero nos hace presumir de qué manera consentiría el titular de este derecho si conocería la situación concretamente.

⁶⁸ Ríos, Jaime, *El consentimiento en materia penal...opus cit.*, p. 13.

⁶⁹ Mayores referencias sobre el consentimiento presunto, Cousiño citado por RÍOS, Jaime, *El consentimiento en materia penal...opus cit.*, p. 14.

2.12. Condiciones que Deben Tenerse en Cuenta para dar Curso al Consentimiento

Según Roxin, las condiciones que debe cumplir el consentimiento efectivo son las siguientes:

a) La manifestación

El consentimiento no es meramente subjetivo ella debe ser exteriorizada y expresada con claridad es decir debe ser manifestada por propia voluntad. En este sentido, Zitelmann citado por Roxin, sostiene la **teoría de la declaración de la voluntad**, concebía el consentimiento como un negocio jurídico privado, mediante el cual se otorgaba al agente un derecho de intervención revocable⁷⁰. De ello se deduce que el consentimiento es la manifestación de la voluntad que hace posible la intervención del agente del delito en la realización del hecho ilícito, ante la autorización de la víctima, por lo que este hecho no es susceptible de sanción penal.

b) La acción y resultado

El consentimiento tiene como objeto a la acción del autor y también el resultado producido por la acción. Por tales razones, “el consentimiento debe referirse también al resultado, es algo bastante evidente en los delitos dolosos. Sin embargo, en los hechos imprudentes es discutible si no puede darse un consentimiento en acciones y riesgos sin que simultáneamente se consienta en el resultado”⁷¹. La manifestación del consentimiento en los delitos de resultado y además dolosos, es motivo de análisis ya que la misma según la vulneración al bien jurídico protegido y el resultado ocasionado puede ser causa de justificación y no de exclusión de la tipicidad. En cuanto a los delitos imprudentes es mayor la complejidad por qué no siempre se consiente el resultado por no ser predecible la misma.

⁷⁰ Sobre a la teoría de la declaración de la voluntad, Zitelmann citado por ROXIN, Claus, *Derecho Penal Parte General Tomo I, Fundamentos; La Estructura de la Teoría del Delito...opus cit., p. 533.*

⁷¹ Roxin, Claus, *Derecho Penal Parte General Tomo I, Fundamentos; La Estructura de la Teoría del Delito...opus cit., p. 535.*

c) Revocación del consentimiento

El consentimiento producto de la manifestación de la voluntad humana es susceptible de revocación. Ello ocurre, “en tanto no exista en el caso concreto un vínculo contractual. Además, para su revocación tampoco puede ser suficiente el cambio de voluntad puramente interno, sino que debe exigirse su manifestación al exterior”⁷². El autor manifiesta que el consentimiento es revocable siempre que no exista un contrato sobre la misma y además la revocabilidad debe ser manifestada objetivamente.

2.13. Tipos que no admiten o limitan al consentimiento

Según lo expuesto por el profesor Claus Roxin, existen tipos penales que no admiten el consentimiento del ofendido⁷³ por razones expuestas a continuación:

a) En bienes jurídicos que lesionen el interés de la comunidad

Cuando la vulneración del bien jurídico afecta a la comunidad no procede el consentimiento del ofendido ya que no se trata de bienes particulares, aun, si el bien jurídico pertenece a alguien en particular, pero tiene repercusión en la comunidad. En este sentido menciona Roxin que está excluido de antemano un consentimiento en bienes jurídicos cuya lesión se dirige contra la comunidad Incluso cuando es una persona individual la que resulta inmediatamente afectada por el hecho⁷⁴, ella no puede consentir en la lesión, porque el bien jurídico no está a su disposición. Tales afirmaciones son totalmente fundadas en vista de que el derecho penal es público y protege a la sociedad en su conjunto.

b) No Procede el consentimiento en delitos de abuso sexual, usura y delitos contra la función pública

⁷² Roxin, Claus, *Derecho Penal Parte General Tomo I, Fundamentos; La Estructura de la Teoría del Delito...opus cit.*, p. 535.

⁷³ Roxin, Claus, *Derecho Penal Parte General Tomo I, Fundamentos; La Estructura de la Teoría del Delito...opus cit.*, p. 526-528.

⁷⁴ Roxin, Claus, *Derecho Penal Parte General Tomo I, Fundamentos; La Estructura de la Teoría del Delito...opus cit.*, p. 526.

Ratificando lo expuesto con anterioridad, el consentimiento del ofendido no procede en delitos, cuyo resultado o agravio tiene repercusión sobre bienes jurídicos de carácter social. En estos casos generalmente la víctima consiente la realización de un hecho con el fin obtener beneficios personales, por ejemplo; el mercante que consiente la destrucción de sus mercancías a efectos de cobrar el monto del seguro que pesa sobre las mismas. En este entendido, “el consentimiento del portador del bien jurídico tampoco excluye en todos los casos la realización del tipo. Esto rige, en primer lugar, en los tipos que presuponen una cooperación de la víctima y que sirven para su protección”⁷⁵. El autor mencionado clasifica dentro de estos delitos a los delitos que comprenden acciones de abusos sexuales, usura, delitos cometidos por funcionarios públicos, mismos que afectan los intereses colectivos ya sea atentando contra los valores y las buenas costumbres o en contra los bienes de carácter colectivo y/o estatal.

2.14. Vicios en la voluntad en el consentimiento y su concurrencia o no concurrencia

Roxin expone sobre los vicios en la voluntad del consentimiento y los enumera de la siguiente forma:

a) Engaño

Los teóricos de la dogmática penal presentan distintas perspectivas respecto a la procedencia del consentimiento en casos de vicios. Por un lado están los que indican que el consentimiento “sólo puede ser eficaz en la medida en que el acontecimiento se presenta, según haremos normativos, aún como expresión de la autonomía del portador del bien jurídico, como realización de su libertad de acción”⁷⁶. En tal sentido, el consentimiento procede cuando el portador del bien

⁷⁵ Roxin, Claus, *Derecho Penal Parte General Tomo I, Fundamentos; La Estructura de la Teoría del Delito...opus cit.*, p. 528.

⁷⁶Roxin, Claus, *Derecho Penal Parte General Tomo I, Fundamentos; La Estructura de la Teoría del Delito...opus cit.*, p. 535. p. 549.

jurídico autoriza su vulneración de propia, libre y espontánea voluntad, sin que medien vicios de consentimiento.

Por otro lado, están los que afirman que el consentimiento a pesar de los vicios que presente se hace efectivo. En esta línea está Arzt citado por Roxin, ha desarrollado una teoría restrictiva, según la cual un engaño convierte en ineficaz el consentimiento sólo cuando conduce a un error referido al bien jurídico⁷⁷, es decir, cuando el que consiente yerra sobre el modo, dimensión o peligrosidad de la renuncia al bien jurídico; no, por el contrario, cuando su error sólo se refiere a una contraprestación esperada. Al respecto, admitir al consentimiento como eximente de responsabilidad, a pesar de que la víctima incurra en error o por el contrario sufra un engaño en la autorización sobre la forma de proceder del agente, nos parece incorrecto ya que, el consentimiento es la expresión de la dignidad y libre determinación del ser humano por lo que el engaño se constituye en una vulneración a sus derechos.

b) Error

El error es una razón para que el consentimiento no se efectivice debido a que esta no es precisamente una manifestación consciente del que autoriza. En este sentido y “según la opinión probablemente dominante, un consentimiento influido por error es nulo también aunque el error no haya sido causado por engaño, sino que tenga su origen únicamente en la persona del que consiente”⁷⁸. Cuando el sujeto que autoriza la realización de un hecho comete un error, no se puede excluir la acción realizada por el encargado ya que el consentimiento como se indicó con anterioridad debe ser expresa y objetiva, pues el derecho sólo puede considerar como voluntad del titular del bien jurídico aquello que ha manifestado objetivamente, no sus pensamientos. Entonces, si el titular del bien jurídico comete un error al

⁷⁷Referencias sobre el consentimiento y su procedencia a pesar de vicios, Arzt citado por Roxin, Claus, *Derecho Penal Parte General Tomo I, Fundamentos; La Estructura de la Teoría del Delito...opus cit., p. 547.*

⁷⁸ Roxin, Claus, *Derecho Penal Parte General Tomo I, Fundamentos; La Estructura de la Teoría del Delito...opus cit., p. 549.*

consentir la realización de la acción no se considera el consentimiento como causa de exclusión del tipo, ni como causa de justificación.

c) Amenazas y violencia

La amenaza o violencia ejercida para la exteriorización del consentimiento no siempre descarta a esta, por tanto, “no toda amenaza excluye la eficacia del consentimiento, sino sólo aquella que afecte seriamente a la libertad de decisión del titular del bien jurídico, de modo que el suceso ya no es expresión de su libertad de acción”⁷⁹. Entonces, si el agente del delito obtiene, mediante amenazas y el ejercicio de la violencia el consentimiento del portador del bien para destruirlo o dañarlo y a este último no le queda otra opción, más que consentir, no procede el consentimiento. Por otro lado, si la amenaza y violencia ejercida no son coactivas y el portador del bien puede proceder de otra manera y a pesar de ello accede, el consentimiento procede como eximente de responsabilidad.

2.15. El consentimiento como expresión de la libre disponibilidad de los bienes jurídicos propios y la exclusión de la antijuricidad y del tipo

El presente trabajo de investigación presta especial atención a la teoría dualista y las críticas hechas a la misma – líneas arriba – a efectos de abogar para que tanto el consentimiento como el acuerdo reciban el mismo tratamiento dogmático al grado de emplearlos sin distinción.

A efectos de sustentar lo manifestado, se argumenta en cuanto a la inviabilidad de dar un tratamiento diferencial al acuerdo y el consentimiento. Al respecto, el razonamiento del profesor Roxin, pone de manifiesto que, “no sólo es dogmáticamente improductiva, sino también incorrecta, pues concede a tales figuras un tratamiento diferencial, con el pretendido argumento de una mayor actividad del acuerdo en relación al consentimiento y de una preponderancia de la

⁷⁹ Roxin, Claus, *Derecho Penal Parte General Tomo I, Fundamentos; La Estructura de la Teoría del Delito...opus cit.*, p. 549.

disponibilidad del bien jurídico en cuestión”⁸⁰. Al respecto, el profesor Polaino–Orts, entiende que los argumentos de la teoría dualista, resultan insuficientes, en cuanto a dar un tratamiento diferencial entre el acuerdo y el consentimiento. En ese entendido, resulta carente de utilidad el afirmar que, frente al acuerdo, el consentimiento deja inmune la lesión típica. Siguiendo una reflexión llana, es posible coincidir con Mir Puig, al asumir que tanto “el consentimiento, como el acuerdo, sobre la aceptación de un determinado riesgo producido por un tercero, presupone el derecho de autodeterminación del sujeto”⁸¹. Luego, tanto el acuerdo como el consentimiento terminan afectando a la tipicidad de la acción.

Dichos razonamientos se legitiman en el derecho de libre disponibilidad que tiene el titular del bien jurídico, por lo que, cualquiera que sea su decisión sobre el particular, y siempre que se trate de un consentimiento válido, “excluirá *ab initio* cualquier incidencia lesiva en su propio ámbito de organización, es decir, el suceso es incumbencia del que consiente”⁸². En tal sentido, es posible desprender dos aspectos fundamentales sobre el tema. Por un lado, el sujeto sólo podrá disponer de los bienes subjetivos que conformen su propia esfera de libertad, “lo cual excluye la incidencia lesiva en esferas de organización ajenas”⁸³. Por otro lado, debe tenerse presente, que ámbito de organización significa ejercicio de libertad. Luego, “no es que la libertad sea un derivado de la autodeterminación, sino antes bien componente esencial de la misma, sin la cual no habría reconocimiento ni disfrute ni existencia de autodeterminación ni de ámbito de organización propio. El ejercicio de libertad es, pues, presupuesto del actuar a riesgo propio”⁸⁴.

Para llegar a esta conclusión, es importante desterrar la idea formulada por la teoría dualista de diferenciar entre acuerdo y consentimiento, siendo el primero

⁸⁰ Roxin, Claus, *Derecho Penal Parte General Tomo I, Fundamentos; La Estructura de la Teoría del Delito...opus cit.*, p. 86.

⁸¹ Mir Puig, Santiago, *Derecho penal...opus cit.*, p. 570.

⁸² Jakobs, Günther, *Derecho penal. Parte General...opus cit.*, p. 180.

⁸³ Jakobs, Günther, *Derecho penal. Parte General...opus cit.*, p. 182.

⁸⁴ Jakobs, Günther, *Derecho penal. Parte General...opus cit.*, p. 182.

excluyente del tipo, y el segundo, de la antijuridicidad. Como bien lo resume Roxin, “cualquier decisión de la persona, en ejercicio de su derecho de autodeterminación, esto es, de su libertad, dejará inmune, si es ejercicio razonado y si se trata de un bien disponible, la incidencia lesiva que eventualmente pudiera derivarse de tal auto puesta en peligro o de la heterolesión consentida. Conceptualmente, pues, no habría lesión desde el punto de vista normativo, aunque se discute ampliamente sobre la autorresponsabilidad de la víctima en casos concretos”⁸⁵.

Por otro lado, a fin de establecer la relación de la tipicidad y la antijuridicidad, elementos sobre los que operan indistintamente – conforme lo expuesto – tanto el acuerdo como el consentimiento, se apalea a lo señalado por la teoría indiciaria de la antijuridicidad (expuesta anteriormente) que establece que, advertida la concurrencia del tipo, tanto en su dimensión objetiva como subjetiva, se estima que la conducta, no solamente es típica, sino también antijurídica. Ahora bien, en los últimos años, ha venido cobrando fuerza otra teoría que busca sustituir a la teoría indiciaria de la antijuridicidad, esta es, la teoría de la *ratio essendi*, dentro de la cual persisten dos teorías: de los *elementos negativos del tipo* y del *tipo de injusto penal*. La primera – que es de interés del presente trabajo – plantea que “la tipicidad cierra el juicio de la antijuridicidad, y que la justificación elimina a la tipicidad”⁸⁶. Entonces, se establece que; **el consentimiento del ofendido puede, además de exonerar de responsabilidad a título de justificación una conducta desvalorada, también rechazar la existencia de una conducta típica en tanto que la autorización del sujeto pasivo enervaría la existencia de una conducta típica.**

2.16. Algunos casos en los que se dio el consentimiento como eximente, atenuante de pena o en su caso genera controversias.

La doctrina y los teóricos del derecho penal, abordan y analizan hechos precedentes del consentimiento, sucedidos en determinadas legislaciones de los

⁸⁵ Roxin, Claus, *Derecho Penal Parte General Tomo I, Fundamentos; La Estructura de la Teoría del Delito...opus cit.*, p. 91.

⁸⁶ Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio, *Curso de Derecho penal. Parte general*, Ediciones experiencia, España, 2004, p. 293.

cuales exponemos a continuación tres de ellos. Los siguientes ejemplos, son analizados estrictamente a partir de lo ya expuesto, es decir se aborda de ellos todo lo relacionado al consentimiento y no así aspectos de política criminal, ni concepciones ético sociales. La intención es hacer notar, que los casos presentados son una pequeña muestra de lo que ocurre en la realidad.

a) La eutanasia

La eutanasia considerada como una institución en la que el titular del bien jurídico: “consiente, de modo directo, libre, informado y consciente, en interrumpir su vida, superponiendo legítimamente su dignidad y su libertad en el ejercicio del derecho de vivir (bien jurídico), en detrimento del deber de mantener una existencia sin más sentido para el (bien renunciado), antes de que naturalmente llegue su muerte psicosomático”⁸⁷. Dicho de otra manera, la eutanasia es la muerte, producto del consentimiento del sujeto que sufre un padecimiento irremediable, quien en uso de su libertad y dignidad personal decide terminar con su existencia. A continuación, se expone un ejemplo expuesto por Chang en su tesis doctoral:

“Caso E: Doble eutanasia de ancianos por amor

En Bélgica, Francis (89 años) y Anne (86 años), a pesar de no encontrarse en fase de enfermedad terminal, solicitaron una eutanasia de pareja porque querían morir juntos y temían quedar solos si uno de los dos moría antes. La fecha fijada fue el 3 de febrero del 2015, la que coincidía con su 64 aniversario. Francis recibía desde hace 20 años tratamiento para un cáncer de próstata y no era capaz de pasar un día sin morfina, Anne era parcialmente ciega y casi totalmente sorda. Cuando se enteraron de que su pedido había sido aceptado, ambos declararon:

⁸⁷ Vital de Almeida, Ricardo, *El Consentimiento y su relevancia para la Teoría Jurídica del Delito...opus cit. p.346.*

“Cuando nos confirmaron que podríamos morir así, nos sentimos en las nubes. Fue como si hubiese atravesado un túnel y de pronto hubiese vuelto la luz.”⁸⁸

El ejemplo presenta un caso muy común en las disientas sociedades, ya que a cierta edad y con el detrimento biológico que padecemos los seres humanos con el transcurso del tiempo, muchos deseamos morir para evitar padecimientos, no sólo físicos, sino también psicológicos, por lo que como un acto de dignidad humana se presenta la eutanasia.

Ahora bien, hay que establecer si el bien jurídico, vida, está sujeto a la libre disponibilidad del que la porta. Respecto a ello, la doctrina presenta diversas posiciones y una de ellas es la que considere al consentimiento como la lesión al bien jurídico protegido, según la cual todo bien de carácter individual es susceptible de libre disponibilidad por su titular. Conforme lo señalado y considerando que la vida es un bien individual es susceptible de libre disponibilidad.

Por ello y partiendo de la premisa de que es la labor del Estado es garantizar una vida digna con libre determinación para todo ser humano, creemos que es viable el consentimiento en la vulneración de bienes jurídicos individuales. Por lo que, la eutanasia como efecto del consentimiento del que padece un sufrimiento irremediable es admisible y debe ser considerada como eximente responsabilidad penal para el que la ejecuta cualquier acción que contribuya con ella.

b) Consentimiento y lesiones

El consentimiento emitido para permitir las lesiones, ya sean contra la integridad corporal o psicológica, “...implica la cuestión de la disponibilidad o no de la salud, que tiene fundamentalmente idéntica base jurídica a la de la eutanasia, lo que

⁸⁸ Chang, Romy, *Consentimiento en Derecho Penal: Análisis Dogmático y Consecuencias Prácticas...opus cit., p. 451.*

inculca ambos temas con peculiar intimidad”⁸⁹. Es decir, que el bien jurídico salud, al igual que en la eutanasia lo era el bien jurídico vida, es de libre disponibilidad por parte del que la ostenta. En tal sentido, el consentimiento opera como una eximente de responsabilidad penal, ante la lesión de este bien jurídico por ser el mismo producto de la libre disponibilidad de la víctima.

A continuación, Chang nos ilustra sobre el consentimiento en la lesión a la integridad corporal con el siguiente ejemplo:

“Caso A: El consentimiento de Angélica

Javier y Angélica, de común acuerdo, practicaron relaciones sexuales sadoomasoquistas, utilizando métodos y objetos no concretados que terminaron causando lesiones a Angélica. Esto generó que tuviera que ser trasladada al Hospital Clínico, donde en efecto, se establecieron una serie de lesiones que, entre otros, le generaron 30 días de incapacidad laboral.

Producto de ello, inicialmente se condenó a Javier a dos años de prisión por el delito de lesiones, pena que fue reducida luego de que el Tribunal Supremo en lo Penal declarara haber lugar al recurso de casación presentado por su defensa, tras establecer que no se había aplicado el artículo 155 del Código penal español, que prevé una atenuación para los casos de lesiones en los que medie el consentimiento válido”⁹⁰.

En este caso en particular, ocurrido en España, no se admite el consentimiento como una eximente de responsabilidad penal, esto en la línea de la acción penalmente relevante y reprochable, por lo que, el consentimiento opera como una atenuante en el actuar del agente. Según los fundamentos expuesto, sobre la dignidad y la autodeterminación humana, e inclinándonos por la tesis que admite al

⁸⁹ Vital de Almeida, Ricardo, *El Consentimiento y su relevancia para la Teoría Jurídica del Delito...opus cit. p.407.*

⁹⁰ CHANG, Romy, *Consentimiento en Derecho Penal: Análisis Dogmático y Consecuencias Prácticas...opus cit., p. 487.*

consentimiento como la lesión al bien jurídico protegido, producto de la renuncia por parte del titular, creemos que, al igual que en la eutanasia, el consentimiento en lesiones a la integridad física, debe ser considerada como una eximente de responsabilidad penal.

c) EL Consentimiento en las intervenciones estéticas

Al igual que en las intervenciones médicas curativas, las intervenciones estéticas, deben ser autorizadas. En este caso, el consentimiento debe estar sujeta a ciertas condiciones relacionadas principalmente con los riesgos que dichas intervenciones estéticas representan. Sin embargo, la intervención estética, se “diferencia de las intervenciones médico-curativas, en las intervenciones estéticas, lo que principalmente se busca no es mejorar la salud del paciente, sino conseguir una modificación estética y un resultado concreto”⁹¹. Entonces el médico que practica estas intervenciones, está condicionado por las exigencias del titular del bien jurídico. Para mayor comprensión analizamos el siguiente ejemplo, planteado por el autor mencionado:

“Caso B: Cirugía plástica afecta capacidad respiratoria

En Argentina, el 29 de septiembre del 2016, la Quinta Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba dispuso que una médico indemnizara con aproximadamente 30,000 pesos, a una paciente a quien le practicó dos cirugías de nariz, por haber generado dichas operaciones estéticas una afectación a su capacidad respiratoria.”⁹²

El ejemplo expuesto, hace mención a una intervención estética consentida por la víctima, quien a pesar de tener conocimiento de los riesgos que dicha intervención implicaba decide someterse a la misma. La condena emitida por el tribunal argentino

⁹¹ Chang, Romy, *Consentimiento en Derecho Penal: Análisis Dogmático y Consecuencias Prácticas...opus cit.*, p. 580.

⁹² Chang, Romy, *Consentimiento en Derecho Penal: Análisis Dogmático y Consecuencias Prácticas...opus cit.*, p. 570.

tiene el siguiente fundamento; “que no era suficiente la firma de un formulario preimpreso con un consentimiento general y que debieron completarse los puntos suspensivos donde debían incluirse los riesgos específicos al sistema respiratorio y una constancia expresa de la posibilidad de un agravamiento de su insuficiencia respiratoria”⁹³, lo que nos da a entender que la autorización firmada por la víctima, no contemplaba la posibilidad de producirse el daño que le fue ocasionado, por lo que el medico (sujeto activo) debe asumir su responsabilidad penal.

En atención a lo expuesto, se establece que, el hecho de que, un documento prevea ciertos riesgos y se muestre abierto para la producción de otros estableciendo literalmente “y otros”, por ejemplo, debe ser consideradas a la hora de determinar el consentimiento de la víctima y su eficacia. Es decir, si la víctima tiene conocimiento de los riesgos que conlleva el procedimiento medico al que se va someter y a pesar de ello lo consiente, no puede responsabilizar al médico por las consecuencias negativas de esta. Entonces, en estos casos, el consentimiento exime de responsabilidad penal al sujeto activo, pero, siempre que la víctima sepa con mucho detalle los efectos de la intervención al que se está sometiendo.

A partir de estos tres ejemplos, se deduce que, la admisión del consentimiento del ofendido ya sea como una eximente de responsabilidad penal en el nivel de la tipicidad o como una causa de justificación en el nivel de la antijuricidad, es viable y de suma importancia en las distintas legislaciones. En lo que respecta a Bolivia, como se mencionó anteriormente, es muy limitado el trabajo que se hizo hasta el momento en el ámbito de la dogmática penal, especialmente en el tema objeto de estudio. Por lo que, determinar la inserción, en el Código Penal boliviano al consentimiento como otra causa de justificación que exima de responsabilidad penal al agente, generaría cierto progreso y amplitud en el análisis de casos

⁹³ Chang, Romy, *Consentimiento en Derecho Penal: Análisis Dogmático y Consecuencias Prácticas...opus cit., p. 571.*

concretos en los que opere el consentimiento, que no están previsto en la legislación nacional.

d) Consentimiento en delito sexuales sadomasoquista

El consentimiento en delitos sexuales masoquistas implica la permisividad de lesión al bien jurídico salud o casos extremos, vida. Ahora bien, la interrogante es; ¿salud es un bien jurídico de libre disposición?, ¿el consentimiento en la lesión de la bien jurídica salud implica necesariamente un consentimiento en el riesgo de afectación a la vida?, ¿puede el Estado impedir o imponer restricciones para que una persona disponga de su bien jurídica salud?

A continuación, y para responder las preguntas formuladas, se expone el caso de Armin Meiwes, más conocido como “caníbal de Rotemburgo”. En este caso en concreto el Tribunal Federal Supremo de Alemania, se encontró en una situación conflictiva, ante la existencia de un vacío legal. Respecto al hecho ilícito, la fiscalía atribuye a Meiwes, el delito de asesinato, mientras que la defensa argumenta consentimiento de la víctima como eximente de responsabilidad penal.

Para mayor comprensión se hace mención del caso en concreto, tal como lo expone RÍOS⁹⁴, con el siguiente título:

Armin Meiwes... ¿un caso paradigmático de consentimiento?

“Buscando a joven, en buena forma, de 18 a 30 años, para matanza”. Este aviso publicado nuevamente en una sala de chat dio el indicio a la policía alemana para dar con la pista de Armin Meiwes y capturarlo un año después. Meiwes, un hombre alto, de complexión recia, rubio, de cabello corto, frente amplia, ojos ligeramente hundidos, nariz aplanada, fue presentado a la justicia germana como autor del homicidio de Bernd Jürgen Brandes, de 42 años, quien, en la mañana de su desaparición, 9 de marzo de 2001, después

⁹⁴ Ríos, Jaime, *El consentimiento en materia penal...opus cit.*, p. 28-29.

de dejar testamento notariado cediendo todas sus posesiones a su novio Rene -con el que vivía-, condujo 300 kilómetros, desde Berlín hasta Rotenburg, para encontrarse con Armin Meiwes, en cuya casa se encontró un video que muestra como éste le corta el miembro a Bernd para, luego de cocinarlo, comérselo entre los dos. En el video, grabado con una filmadora casera, se puede ver todo el proceso, incluyendo la muerte de Bernd, la desmembración y congelación de otras piezas de su cuerpo para su conservación y consumo posterior. Meiwes, quien no fue declarado incapacitado mentalmente, declaró "Mi amigo disfrutó muriendo, su muerte. Yo sólo esperé horrorizado que acabara después de haber cometido el hecho. Fue terriblemente largo". Hasta el final del primer juicio, Meiwes, quien se mantuvo tranquilo e incluso sonriente ante las cámaras, señaló que "tenía esa fantasía, y finalmente la satisface. La fantasía nació cuando tenía 12 años".

Meiwes, detenido en diciembre de 2002, fue condenado el 30 de enero de 2004 a ocho años y medio de presidio. El Tribunal Federal Supremo (BGH) de Alemania, con sede en Karlsruhe (SW), levantó el 22 de abril de 2005 la condena impuesta a Meiwes ordenando repetir el proceso y aceptando así la petición de revisión de éste formulada por la Fiscalía Federal, la que considera que Meiwes es culpable de asesinato "por motivos bajos"¹⁴¹⁻¹⁴² y por lo cual solicitó que se le condene a cadena perpetua.

Durante el segundo proceso la fiscalía plantea que el crimen cometido por Meiwes fue, asesinato para satisfacer los apetitos sexuales. La defensa por su parte, considera que el crimen fue homicidio con consentimiento de la víctima, delito considerado como análogo a la eutanasia que se castiga con penas de presidio de entre seis meses y cinco años. Sin embargo "para las leyes alemanas, un asesinato presupone que hubo en la muerte de una persona "motivos bajos", "codicia" o "satisfacción sexual", lo que, en el parecer de los jueces de la Audiencia Provincial de Kassel, no se dio en Meiwes porque con el crimen ambos satisficieron sus

fantasías de mutuo acuerdo”. Sin embargo, la fiscalía insistió en el delito de asesinato seguido de otro delito la “perturbación del descanso de los muertos”⁹⁵, considerando que Meiwes después de la muerte de la víctima procedió a comer sus restos. Con tales argumentos la fiscalía solicita cadena perpetua.

El caso planteado promovió el análisis del consentimiento en la acción cometido por Meiwes y a pesar de la postura de la defensa y la sustentación del consentimiento como una causa de justificación, el sadismo con que fue ejecutado el hecho, llevo al Tribunal Federal Supremo pronunciar una sentencia condenatoria, para el autor del hecho. Este caso que conmociono a la sociedad alemana, es una referencia que exige la consideración del consentimiento del ofendido como causa de justificación, evitando de esta forma el forzar los tipos penales vulnerando los principios procesales y constitucionales.

En cuanto a las preguntas formuladas arriba, según Chang; “en tanto el bien jurídico salud es de naturaleza personal y disponible, por regla general, cualquier persona capaz y que cumpla con los requisitos para la emisión de un consentimiento válido, podrá consentir en sufrir lesiones con ocasión de prácticas sexuales sadomasoquistas, prácticas de bondage o cualquier otra práctica sexual similar que considere conforme con su ética personal y necesaria para su autorrealización; sin que ello suponga responsabilidad penal alguna ni para el titular, ni para el tercero que participó en el acto”⁹⁶. Por lo que, en el caso mencionado, el Tribunal Federal Supremo de Alemania, no debió atribuir responsabilidad penal para Armin Meiwes ya la víctima consiente la lesión y el canibalismo posterior a su muerte. En dicho consentimiento es el uso de la libre disponibilidad del bien jurídica salud y luego vida, que según la naturaleza de la mencionada institución es el uso de la libre disponibilidad y dignidad de la persona.

⁹⁵ Ríos, Jaime, *El consentimiento en materia penal...opus cit.*, p.29

⁹⁶ Chang, Romy, *Consentimiento en Derecho Penal: Análisis Dogmático y Consecuencias Prácticas...opus cit.*, p.505

CAPÍTULO III

ANÁLISIS DE LA LEGISLACIÓN BOLIVIANA

En el presente capítulo, se hace un análisis de la legislación boliviana, su consideración en relación a las disposiciones normativas respecto a las causas de justificación y la posibilidad de admitir el consentimiento del ofendido como otra causa de justificación de la acción penal que exima de responsabilidad penal al agente.

1. Código Penal boliviano

Como se indicó en el apartado primero, la presente investigación recolecta datos, respecto al tema de interés, desde el año 1997, tiempo en el que el Decreto Supremo N° 10426 (código penal Banzer) del 2 de agosto de 1972 es elevado a rango de ley (Ley 1768) misma que rige desde el 10 de marzo de 1997. La ley 1768, generó las modificaciones más significativas que se hayan hecho al Código Penal hasta la fecha, promovió cambios en; la parte especial, la parte dogmática y hasta en el ámbito procedimental, abarcando asimismo aspectos de política criminal. Es así que, a partir de un estudio realizado sobre las reformas al Código Penal, se tiene que, desde 1997 hasta la fecha no se han hecho mayores innovaciones en la parte dogmática, pues todas las leyes que se han trabajado hasta la fecha, estuvieron orientadas a modificar y complementar la parte especial. Asimismo, en las reformas dogmáticas hechas por la Ley 1768, se mantuvieron las causas de justificación tradicionales (la legítima defensa y el estado de necesidad) no figurando entre ellas el consentimiento de ofendido y desde aquel entonces hasta la actualidad, no se hizo trabajo alguno al respecto.

Aspectos que permiten establecer que la legislación boliviana acude a los presupuestos dogmáticos planteados por los teóricos del Derecho Penal, pero, los mismos no siempre se gestionan conforme lo señalado, más aun, algunos de dichos postulados no están contemplados en la legislación boliviana. En este entendido y respecto al tema objeto de estudio, esta legislación, admite como causas de

justificación: la legítima defensa, el estado de necesidad y el ejercicio de un derecho, oficio o cargo, cumplimiento de la ley o de un deber, sin contemplar entre los mismos al consentimiento del ofendido.

Sobre dichos institutos justificantes se amplía a continuación, teniendo en cuenta la importancia de los mismos en la administración de la justicia, pero sobretodo, se enfatiza en el consentimiento manifestado por el titular del bien jurídico, como otra causa de justificación de la acción penal y lo importante que puede ser este instituto en la legislación penal de Bolivia.

1.1. Las causas de justificación en el Código Penal

El Código Penal boliviano, en su parte general Título II, capítulo II (Bases de punibilidad) en sus artículos 11 romano I establece “está exento de responsabilidad penal:”⁹⁷

- 1) (legítima defensa) el que, en defensa de cualquier derecho, propio o ajeno, rechaza una agresión injusta y actual, siempre que hubiera necesidad racional de la defensa y no existiese evidente desproporción del medio empleado.

Este instituto, conforme lo establecido por los teóricos de la dogmática penal, debe cumplir con cierto requisito. Al respecto, el Código Penal boliviano establece algunas condiciones de cumplimiento obligatorio para la procedencia de la causa de justificación, los mismos son: la acción defensiva debe rechazar una agresión injusta y actual, dicha acción debe ser necesaria, racional y proporcional en cuanto al medio empleado. La concurrencia de dichos requisitos, según Bacigalupo, constituyen el permiso para obrar condicionado por la agresión ilegítima que permite eximir de responsabilidad penal al agente⁹⁸.

⁹⁷ Código Penal y Código de Procedimiento Penal, concordado con la nueva Constitución Política del Estado, Ley 1768, Compilado por CENTELLA, Carmen en octubre de 2014, p. 35

⁹⁸ Bacigalupo, Enrique, *Manual de Derecho Penal*, Editorial Temis S.A. Santa Fe de Bogota-Colombia 1996, p. 122.

- 2) “(Ejercicio de un derecho, oficio o cargo, cumplimiento de la ley o de un deber) el que en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, cumplimiento de la ley o de un deber, vulnera un bien jurídico ajeno”⁹⁹.

Esta causa de justificación, según Muñoz Conde, está inmersa en el estado de necesidad¹⁰⁰, sin embargo la norma penal boliviana, lo contempla como otra causa de justificación que puede darse; ante el cumplimiento de un derecho, oficio o deber y puede presentarse ante la colisión de un deber de actuar y otro de omitir. En este caso en particular, la acción u omisión del sujeto activo, salvaguarda un bien jurídico y lesiona otro bien jurídico que puede ser de menor valor o de igual valor. Dicha lesión al bien jurídico protegido, no es susceptible de sanción, conforme lo establecido por la norma penal boliviana, ya que esta causa de justificación es una eximente de responsabilidad penal.

El párrafo II del artículo mencionado establece penas atenuadas, en caso de presentarse excesos en la ejecución de los presupuestos establecidos en las causas de justificación mencionadas. Por otro lado, se dispone la inimputabilidad del sujeto que actúa con trastornos en su estado de ánimo. Al respecto la norma penal indica literalmente; “el exceso en las situaciones anteriores será sancionado con la pena fijada para el delito culposo. Cuando proviniera de una excitación o turbación justificables por las circunstancias concomitantes en el momento del hecho, estará exento de pena.”¹⁰¹

En el art. 12 de esta norma penal describe al estado de necesidad como otra causa de justificación, al respecto indica “está exento de responsabilidad penal el que para evitar una lesión a un bien jurídico propio o ajeno, no superable de otra manera, incurra en un tipo penal, cuando concurren los siguientes requisitos:”¹⁰²

⁹⁹ Código Penal y Código de Procedimiento Penal... opus cit., p. 35

¹⁰⁰ Muñoz Conde, Francisco, *Derecho Penal Parte General*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 329.

¹⁰¹ Código Penal y Código de Procedimiento Penal... opus cit., p. 35.

¹⁰²¹⁰² Código Penal y Código de Procedimiento Penal... opus cit., p. 35.

- 1) Que la lesión causada no sea mayor que la que se trata de evitar, tomando en cuenta, principalmente, la equivalencia en la calidad de los bienes jurídicos comprometidos;
- 2) Que la lesión que se evita sea inminente o actual, e importante;
- 3) Que la situación de necesidad no hubiera sido provocada intencionalmente por el sujeto; y
- 4) Que el necesitado no tenga por su oficio o cargo, la obligación de afrontar el peligro.

A partir de los presupuestos establecidos para la procedencia del estado de necesidad en el Código Penal boliviano, se puede considerar a esta causa de justificación como una “situación en la que el sujeto se encuentra ante una auténtica encrucijada...”¹⁰³, ya que el sujeto se encuentra en condiciones en el que no tiene otra opción, sino, la de incurrir en la acción ilícita, porque carece de todo medio legítimo para defenderse de la agresión que vulnera un bien jurídico protegido. Para tales efectos, esta norma penal exige el cumplimiento de los requisitos descritos líneas arriba, de lo contrario el estado de necesidad no procedería como causa de justificación que excluya la antijuricidad de la acción.

Respecto a las causas de justificación descritos en el Código Penal boliviano, no se hace mayor énfasis debido a que las mismas no son precisamente el objeto de estudio en la presente investigación, sin embargo se las menciona con fines explicativos y considerando que, según la doctrina, el consentimiento del ofendido es otra causa de justificación que exime de responsabilidad penal al agente del delito, la misma, debe ser analizado dentro de las causas de justificación y en el nivel de la antijuricidad.

¹⁰³ Sáez, José. Bases de la punibilidad: Causas de justificación en el código penal de Bolivia. *Rev. Dig. Acad. Bol. Cienc. Jurid. Penal*, RD. ABOCJUP, Nº 1, abril 2008, p.9.

1.2. Consideraciones sobre el consentimiento del ofendido en el Código Penal Boliviano

El Código Penal boliviano no prevé al consentimiento del ofendido en su la parte general (bases de punibilidad). Por otro lado, del análisis de las causas de justificación realizadas, líneas arriba, se coteja que el consentimiento del ofendido, no forma parte de las mismas. En concreto a partir 1997 hasta la actualidad, las reformas al Código Penal, no incorporaron el consentimiento del ofendido entre sus preceptos dogmático, por lo que el código penal vigente carece de esta institución.

Sin embargo, de la revisión realizada a esta norma penal, se establece que hay algunos tipos penales que hacen mención al consentimiento, pero no precisamente como una causa de justificación, sino más bien como causa de exclusión de la tipicidad. Razonamiento que se sustenta en la siguiente afirmación; “el consentimiento forma parte de la estructura típica como una característica negativa que aparece de forma expresa o se deduce tácitamente del tipo, lo que convierte al hecho en atípico”¹⁰⁴. Al respecto en el siguiente cuadro se exponen y analizan los tipos penales que mencionan la falta del consentimiento de la víctima en la realización de acciones punibles. Para el referido análisis se establecen las siguientes categorías; artículo, supuestos punibles, descripción en el tipo penal, tratamiento en el nivel de la tipicidad y consentimiento como eximente de responsabilidad penal o atenuante.

Cuadro N° 1. Análisis de tipos penales que prevén el consentimiento del ofendido en el Código Penal Boliviano.

Artículos	Supuestos punibles	Descripción en el tipo penal	Tratamiento en el nivel de la tipicidad	Consentimiento como eximente de responsabilidad
-----------	--------------------	------------------------------	---	---

¹⁰⁴ CHANG, Romy, *Consentimiento en Derecho Penal: Análisis Dogmático y Consecuencias Prácticas...opus cit., p. 257.*

				penal o atenuante
Artículo 263 (aborto)	<p>“El que causare la muerte de un feto en el seno materno o provocare su expulsión prematura, será sancionado:</p> <p>1. Con privación de libertad de dos a seis años, si el aborto fuere practicado sin el consentimiento de la mujer o si ésta fuere menor de diez y seis años.</p> <p>2. Con privación de libertad de uno a tres años, si fuere practicado con el consentimiento de la mujer.</p> <p>3. Con reclusión de uno a tres años, a la mujer que hubiere prestado su consentimiento.”¹⁰⁵</p>	<p>Núm. 1) sin consentimiento de la víctima.</p> <p>Núm. 2) con el consentimiento de la víctima.</p> <p>Núm. 3 con el consentimiento de la víctima.</p>	No procede en ninguno de los numerales mencionados	<p>En el numeral 1) no es ni eximente, ni atenuante de la pena.</p> <p>En los numerales 2 y 3, el consentimiento de la víctima procede como atenuante.</p>
Artículo 264 (aborto seguida de lesión o muerte)	<p>“Cuando el aborto con el consentimiento de la mujer fuere seguido de lesión, la pena será de privación de libertad de uno a cuatro años; y si sobreviniere la muerte, la sanción será agravada en una mitad.”¹⁰⁶</p>	Prevé el consentimiento de la víctima	No procede	Procede como atenuante
Artículo 265 (aborto honoris causa)	<p>“Si el delito fuere cometido para salvar el honor de la mujer, sea por ella misma o por terceros, con consentimiento de aquella, se impondrá</p>	Prevé el consentimiento de la víctima	No procede	Procede como atenuante

¹⁰⁵ Código Penal y Código de Procedimiento Penal, concordado con la nueva Constitución Política del Estado, Ley 1768, Compilado por Centella, Carmen en octubre de 2014, p. 122.

¹⁰⁶ Código Penal y Código de Procedimiento Penal... opus cit., p. 122.

	reclusión de seis meses a dos años, agravándose la sanción en un tercio, si sobreviniere la muerte.” ¹⁰⁷			
Artículo 271 bis. (esterilización forzada)	“La persona que prive a otra de su función reproductora de forma temporal o permanente sin su consentimiento expreso , voluntario, libre e informado, o de su representante legal en caso de persona con discapacidad intelectual severa, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco (5) a doce (12) años.” ¹⁰⁸	Establece la ausencia del consentimiento de la víctima. Caso contrario se deduce tácitamente la presencia del consentimiento	Procede ante la presencia del consentimiento	Procede como eximente de responsabilidad penal siempre que esté presente el consentimiento de la víctima, de lo contrario no procede ni como eximente, ni como atenuante de la pena.
Artículo 308 (violación)	“Se sancionara con privación de libertad de quince a veinte años a quien mediante intimidación, violencia física o psicológica realice con persona de uno u otro sexo, actos sexuales no consentidos que importen acceso carnal, mediante la penetración del miembro viril, o de cualquier otra parte del cuerpo, o de un objeto cualquiera, por vía vaginal, anal u oral, con fines libidinosos; y quien bajo las mismas circunstancias, aunque no mediare violencia física o intimidación, aprovechando de la enfermedad mental grave o insuficiencia de la inteligencia de la víctima o que estuviera	Establece la ausencia del consentimiento de la víctima. Caso contrario se deduce tácitamente la presencia del consentimiento	Procede ante la presencia del consentimiento	Procede como eximente de responsabilidad penal siempre que esté presente el consentimiento de la víctima, de lo contrario no procede ni como eximente, ni como atenuante de la pena.

¹⁰⁷ Código Penal y Código de Procedimiento Penal... opus cit., p. 123.

¹⁰⁸ Código Penal y Código de Procedimiento Penal... opus cit., p. 127.

	incapacitada por cualquier otra causa para resistir.” ¹⁰⁹			
Artículo 317 (disposición común) en delito de rapto	“No habrá lugar a sanción, cuando los imputados, en los casos respectivos, no teniendo impedimento alguno, contrajeran matrimonio con las víctimas, siempre que existiera libre consentimiento , antes de la sentencia que cause ejecutoria.” ¹¹⁰	Prevé el consentimiento de la víctima	Procede	Procede como eximente de responsabilidad penal
Artículo 323 bis. (pornografía)	“I Quien procure, obligue, facilite o induzca por cualquier medio, por si o por tercera persona a otra que no de su consentimiento a realizar actos sexuales o de exhibicionismo corporal con fines lascivos con el objeto de video grabarlos, fotografiarlos, filmarlos, exhibirlos o describirlos a través de anuncios impresos, transmisión de archivos de datos en red pública o de comunicaciones, sistemas informáticos, eléctricos o similares, será sancionado con pena privativa de libertad de diez a quince años.” ¹¹¹	Establece la ausencia del consentimiento de la víctima. Caso contrario se deduce tácitamente la presencia del consentimiento	Procede ante la presencia del consentimiento	Procede como eximente de responsabilidad penal siempre que esté presente el consentimiento de la víctima, de lo contrario no procede ni como eximente, ni como atenuante de la pena.

A continuación, se presentan algunos de los tipos penales que conciben entre sus elementos, ya sea la ausencia o presencia del consentimiento de la víctima. Asimismo, se expone sobre el tratamiento que le da a este instituto, la norma penal

¹⁰⁹ Código Penal y Código de Procedimiento Penal... opus cit., p. 155.

¹¹⁰ Código Penal y Código de Procedimiento Penal... opus cit., p. 155.

¹¹¹ Código Penal y Código de Procedimiento Penal... opus cit., p. 163.

mencionada, para lo cual se procede a analizar, conforme las categorías establecidas:

a) Descripción en el tipo penal

A continuación, y en mérito a lo expuesto en el cuadro N°1, se razona respecto a los tipos penales que describen al consentimiento de la víctima entre sus elementos, entre los que se encuentran los siguientes:

El artículo 263 (Aborto) que en su numeral 1, establece como condición *sine qua non*, la falta de consentimiento de la víctima en la realización de la acción. Sin embargo, en sus numerales 2 y 3, exige el consentimiento emitido por la víctima como condición para la realización del ilícito. Otros tipos penales identificados son; el Art. 264 (aborto seguida de lesión o muerte) y Art. 265 (aborto honoris causa), mismos que exigen la manifestación del consentimiento de la víctima para la constitución del tipo penal. Asimismo, se tiene el Art. 317 (disposición común) en los delitos raptó (Art. 313, Art.314 y Art. 315) que prevén la admisibilidad del consentimiento como opción contradictoria.

También están los tipos penales del: Art. 271 bis. (esterilización forzada), Art. 308 (violación) y el Art. 323 (pornografía), en los que se establecen, como condición *sine qua non*, la ausencia del consentimiento de la víctima, para la constitución del tipo penal. Sin embargo, los mencionados tipos penales, prevén la acción no consentida, pero, ¿Qué sucede cuando la misma es consentida?, en este sentido se deduce que el tipo penal, da lugar a la presencia tácita del consentimiento, como una opción inversa a lo establecido en la descripción del tipo.

b) Tratamiento en el nivel de la tipicidad

De los tipos penales mencionados, los señalados en los artículos; 308 (violación), 271 bis. (esterilización forzada) y 323 (pornografía), exigen como condición *sine qua non*, la ausencia del consentimiento en la ejecución de la acción ilícita. Ahora bien, las acciones descritas en estos tipos penales pueden ser realizadas también, con el consentimiento de la víctima, por lo que, la presencia de

este instituto, daría lugar a la exclusión del tipo. Es decir, los tipos penales mencionados, exigen para su constitución acciones no consentidas, por lo que, la acción consentida, descarta el tipo penal. A partir de tales razonamientos, se asevera que el consentimiento de la víctima, en estos casos en concreto, opera en el nivel de la tipicidad.

Por otro lado, el Art. 317 (disposición común) en delitos de rapto, en relación a los artículos; 313, 314 y 315, prevé que la acción consentida, en estos casos, exime de responsabilidad penal al agente del delito, pero ¿Qué sucede si no se efectiviza el consentimiento de la víctima?, los tipos penales mencionados se constituyen ya que la acción desplegada por el sujeto activo es ilícita y sancionable. Lo que permite afirmar que, en estés tipos penales, el consentimiento opera en el nivel de la tipicidad. Tratamiento distinto se da a los delitos descritos en los artículos; 264 (aborto seguida de lesión o muerte) y 265 (aborto honoris causa) en los que la norma penal, a pesar de la presencia del consentimiento en la descripción del tipo, prevé sanciones penales atenuadas, lo que permite establecer que, en estos casos en concreto, la acción consentida no excluye el tipo y mucho menos opera como causa de justificación, debido a que, este instituto no está mencionada entre las mismas.

c) Consentimiento como eximente de la responsabilidad penal o atenuante

En lo que respecta, al consentimiento del ofendido como eximente o atenuante de responsabilidad penal:

El artículo 263 (Aborto), conforme lo dispuesto en su numeral 1, no procede, ni como eximente de responsabilidad penal, ni como atenuante de la pena, simplemente prevé una sanción penal, pero según lo determinado en sus numerales 2 y 3, el consentimiento de la víctima opera como atenuante. De igual forma, procede el consentimiento de la víctima en los artículos: 264 (aborto seguida de lesión o muerte) y 265 (aborto honoris causa).

En lo que respecta al artículo 317 (disposición común- en delito de rapto) el consentimiento es tenida como eximente de responsabilidad penal ya que, esta

disposición común, establece literalmente “No habrá lugar a sanción... siempre que **existiera libre consentimiento...**”¹¹². Este supuesto, se administra en todos los tipos penales pertenecientes a este grupo (rapto)¹¹³ de delitos, es decir los delitos previstos en los artículos: 313 (rapto), 314 (rapto impropio) y 315 (con mira matrimonial). De similar forma procede el consentimiento de la víctima en los tipos penales descritos en los artículos; 271 bis. (esterilización forzada), 308 (violación) y 323 (pornografía), ello, siempre que el mismo, esté presente en la realización de la acción, dando lugar a la exclusión del tipo y por ende se descartará la responsabilidad penal del agente, de lo contrario (ausencia del consentimiento en la realización del hecho) no procede ni como eximente de responsabilidad penal, ni como atenuante de la pena.

Del análisis realizado, se establece que los tipos penales expuesto, contemplan al consentimiento del ofendido entre sus elementos constitutivos, por lo que, según el criterio de algunos teóricos de la dogmática penal, que afirman que la descripción del consentimiento entre los elementos del tipo, hacen posible la exclusión de la tipicidad, se asevera que dicha institución, en la norma penal en cuestión, opera el nivel de la tipicidad. En esta línea, el consentimiento descrito en algunos de los tipos penales mencionados arriba, excluye el tipo eximiendo de responsabilidad penal al agente del delito. Por otro lado, el consentimiento, en otros tipos penales también mencionados, sólo llega a atenuar la pena por lo que no aplica ni en el nivel de la tipicidad, ni en el nivel de la antijuricidad. Sin embargo, el consentimiento del ofendido debe estar presente en la parte general, entre las causas de justificación, siendo la misma de aplicación transversal.

2. Código del Sistema Penal

El código del sistema penal, Ley N° 1005 de 15 de diciembre de 2017, abrogada por Ley 1027 promulgada el 25 de enero de 2018, fue la copia del anteproyecto

¹¹² Código Penal y Código de Procedimiento Penal... opus cit., p. 155.

¹¹³ Código Penal y Código de Procedimiento Penal... opus cit., p. 154-155.

presentado por Eugenio Zaffaroni, sin embargo, a pesar del aporte de tan ilustre jurisconsulto argentino, el mencionado código le presta mayor importancia a la parte especial y procesal, dejando de lado, en cierto modo, aspectos dogmáticos. En este sentido, esta norma penal que aparentemente modifica en su generalidad a la Ley 1768, no hace trabajo alguno en lo que respecta las causas de justificación, manteniendo las descritas en la norma mencionada. En lo que respecta al consentimiento del ofendido, la misma no tuvo mayor relevancia, ya que semejante al Código Penal vigente, no es admitida en su parte general.

Es de conocimiento general que, ante las polémicas suscitadas en la sociedad, esta norma penal se abroga a pesar de su aprobación y posterior promulgación. Sin embargo, se procede a realizar el análisis de la misma con el fin de establecer que consideraciones y avances se realizó respecto a las causas de justificación y más específicamente del consentimiento del ofendido.

2.1. Las Causas de Justificación en el Código del Sistema Penal Boliviano

El Código del Sistema Penal; en el libro primero de la parte segunda, despliega los planteamientos teóricos de la dogmática penal, estableciendo en el capítulo II las reglas generales para determinar la infracción penal y en la sección II, expone las bases de la punibilidad¹¹⁴. En ese entendido, el artículo 24 de esta norma penal, establece las **circunstancias que eliminan o disminuyen la responsabilidad penal**, a partir del tratamiento de los elementos negativos concurrentes en los distintos niveles del delito como causas que eximen o atenúan la responsabilidad penal del agente del delito.

En cuanto las causas de justificación, admite las mismas que están prevista en el Código Penal vigente y las describe en sus numerales 4, 5 y 6 del artículo mencionado, bajo la premisa que indica: “no es punible quien:”¹¹⁵ núm. 4 “...Actúe

¹¹⁴ Código del Sistema Penal, Ley N° 1005, decretado por la Asamblea Legislativa Plurinacional el 15 de diciembre de 2017, p. 18.

¹¹⁵ Código del Sistema Penal, Ley N° 1005..., p.18

en cumplimiento de un deber jurídico o en el legítimo ejercicio de un derecho, autoridad o cargo...”¹¹⁶ y núm. 5 “Actúe en legítima defensa de cualquier derecho propio o ajeno, siempre que concurren las siguientes circunstancias:”¹¹⁷ agresión injusta y actual o inminente, necesidad racional de la defensa y proporcionalidad del medio empleado, mismas que en la Ley 1768 son consideradas como requisitos. Por otro lado, esta norma penal determina que se presume legítima defensa, en acciones ilícitas desplegadas por mujeres en condición de violencia, eximiéndolas de responsabilidad penal siempre que no se pruebe lo contrario. En suma, las causas de justificación descritos en los numerales mencionados, operan como eximentes de responsabilidad penal, sin embargo, la norma en cuestión, establece que el exceso en estos casos, será sancionado como infracción culposa, dando lugar a la atenuación de la pena.

Otra causa de justificación, es la descrita en el núm. 6 que indica; “Actúe en estado de necesidad para evitar una lesión a un bien jurídico propio o ajeno, no superable de otra manera, siempre que:...”¹¹⁸, seguidamente refiere a los requisitos (similar a lo dispuesto en el Código Penal vigente) para su procedencia, que vendrían a ser: que la lesión causada no sea mayor que la que se trata de evitar, teniendo en cuenta los bienes jurídicos protegidos; la lesión que se evita sea inminente o actual; que la situación de necesidad no haya sido provocado intencionadamente y que la persona necesitada no tenga por su oficio o cargo, la obligación de afrontar el peligro. Esta causa de justificación de la acción penal, exime de responsabilidad penal al agente del delito, sin embargo, a la falta de uno de los requisitos mencionados, la punibilidad es ineludible.

Recalcar que el Código del Sistema Penal, adopta y mantiene las distintas causas de justificación vigentes en la Ley 1768 con algunas variantes. Respecto a la admisibilidad del consentimiento del ofendido entre dichas causas, se observa

¹¹⁶ Código del Sistema Penal, Ley N° 1005..., p.19

¹¹⁷ Código del Sistema Penal, Ley N° 1005..., p.19

¹¹⁸ Código del Sistema Penal, Ley N° 1005..., p.19

que la misma no es reconocida. Sin embargo, de una revisión realizada a la norma penal abrogada, se tiene que existen algunos tipos penales que describen al consentimiento entre sus elementos. Lo que permite establecer qué; el consentimiento del ofendido, al igual que en el Código Penal vigente, está previsto someramente y se le da el mismo tratamiento.

2.2. Consideraciones sobre consentimiento del ofendido en el Código del Sistema Penal.

Reiterar que el Código del Sistema Penal no concibe al consentimiento del ofendido entre sus bases de punibilidad descritos en su parte general, por lo que, la misma no aplica como causa de justificación, sin embargo, puede ser concebida como causa de exclusión del tipo. Dicho razonamiento ya fue fundamentado líneas arriba, por lo que, sin hacer mayor énfasis en ello, pasamos a la exposición y análisis de los tipos penales que contemplan como condición *sine qua non*, la ausencia, o en su caso la presencia del consentimiento, entre sus elementos descriptivos. Para tal efecto, se retoma las categorías aplicadas en el análisis del Código Penal vigente.

Cuadro N° 2. Análisis de tipos penales que prevén el consentimiento del ofendido en el Código del Sistema Penal de Bolivia.

Artículos	Supuestos punibles	Descripción en el tipo penal	Tratamiento en el nivel de la tipicidad	Consentimiento como eximente de responsabilidad penal o atenuante
Artículo 95 (esterilización forzada)	"I. La persona que prive a otra de su función reproductiva de forma temporal o permanente sin su consentimiento expreso , voluntario, libre e informado, o de su representante legal en caso de persona con	Sin su consentimiento expreso Caso contrario se deduce tácitamente la presencia	Procede ante la presencia del consentimiento	Procede como eximente de responsabilidad penal siempre que esté presente el consentimiento de la víctima, de lo contrario no

	discapacidad intelectual severa, será sancionada con prisión de cinco(5) a diez (10) años y reparación económica” ¹¹⁹	del consentimiento.		procede ni como eximente, ni como atenuante de la pena.
Artículo 96 (violación)	“I. Será sancionada con prisión de catorce (14) a veinte (20) años, reparación económica y, cuando corresponda, inhabilitación, la persona que mediante intimidación o violencia, física o psicológica, realice con persona de uno u otro sexo, actos sexuales no consentidos mediante:” ¹²⁰	Establece la ausencia del consentimiento de la víctima. Caso contrario se deduce tácitamente la presencia del consentimiento	Procede ante la presencia del consentimiento	Procede como eximente de responsabilidad penal siempre que esté presente el consentimiento de la víctima, de lo contrario no procede ni como eximente, ni como atenuante de la pena.
Artículo 133 (homicidio piadoso)	“I. La persona que, por móviles piadosos, determinantes y apremiantes, a instancia del interesado , a fin de acelerar la muerte inminente o de poner fin a graves padecimientos o lesiones corporales probablemente incurables, provoque su muerte, será sancionada con prisión de uno (1) a tres (3) años.” ¹²¹	Prevé el consentimiento de la víctima	No procede	Procede como atenuante
Artículo 157 (aborto)	“I. La persona que cause el aborto a una mujer embarazada sin el expreso y libre consentimiento de ésta, o de su representante legal cuando ella esté impedida de manifestar su voluntad por cualquier causa, será sancionada con tres (3) a	Tanto en el parágrafo I como III; establece la ausencia del consentimiento de la víctima.	Procede ante la presencia del consentimiento	Procede como eximente de responsabilidad penal siempre que esté presente el consentimiento de la víctima, de lo contrario no procede ni como

¹¹⁹ Código del Sistema Penal, Ley N° 1005..., p. 57.

¹²⁰ Código del Sistema Penal, Ley N° 1005..., p. 75.

¹²¹ Código del Sistema Penal, Ley N° 1005..., p.67.

	<p>diez (10) años de prisión”¹²²</p> <p>“III. Cuando a consecuencia del aborto practicado sin consentimiento se produzca la muerte de la mujer, se aplicará la sanción correspondiente al Femicidio”¹²³.</p>	<p>Caso contrario se deduce tácitamente la presencia del consentimiento</p>		<p>eximente, ni como atenuante de la pena.</p>
<p>Artículo 161 (abuso sexual)</p>	<p>“I. Se sancionará con prisión de tres (3) a seis (6) años y prohibición de concurrir a ciertos lugares o acercarse a la víctima, a quien mediante intimidación o violencia física o psicológica, realice con persona de uno u otro sexo, sin su consentimiento, tocamientos, caricias, manoseos de contenido o significación sexual, o le obligue a realizar o presenciar actos sexuales, que no constituyan penetración del miembro viril u otros objetos por vía vaginal, anal u oral”¹²⁴.</p>	<p>Se establece la ausencia del consentimiento de la víctima.</p> <p>Caso contrario se deduce tácitamente la presencia del consentimiento</p>	<p>Procede ante la presencia del consentimiento</p>	<p>Procede como eximente de responsabilidad penal siempre que esté presente el consentimiento de la víctima, de lo contrario no procede ni como eximente, ni como atenuante de la pena.</p>
<p>Artículo 162. (corrupción sexual de niña, niño o adolescente)</p>	<p>“I la persona que, aun mediando el consentimiento de la víctima, corrompa o contribuya a corromper sexualmente a una persona mayor de catorce (14) años y menor de dieciocho (18) años, será sancionada con prisión de tres (3) a seis (6) años y prohibición de concurrir a</p>	<p>Se prevé la presencia del consentimiento de la víctima, tanto en el numeral I como en el numeral III.</p>	<p>No procede</p>	<p>No procede ni como atenuante de la pena, ni como eximente de responsabilidad penal</p>

¹²² Código del Sistema Penal, Ley N° 1005..., p. 82.

¹²³ Código del Sistema Penal, Ley N° 1005..., p. 82.

¹²⁴ Código del Sistema Penal, Ley N° 1005..., p.84.

	<p>ciertos lugares o de acercarse a la víctima”¹²⁵.</p> <p>“III. La persona que cometa estupro, entendido como el acto sexual consentido, con persona mayor de catorce (14) y menor de dieciocho (18) años, aprovechando de la inmadurez sexual de la víctima, en razón de la considerable diferencia de edad entre ambos o de una posición jerárquica o de poder de cualquier índole, será sancionada con prisión de tres (3) a seis (6) años y prohibición de concurrir a ciertos lugares o acercarse a la víctima”¹²⁶.</p>			
Artículo 234 (otras defraudaciones)	<p>“Será sancionada con prisión de dos (2) a cuatro (4) años y reparación económica, la persona que incurra en alguna de las siguientes conductas: Utilice o altere tarjetas de crédito, débito o compra, o cuando ella hubiere obtenido sin legítimo consentimiento de su propietario...”¹²⁷</p>	<p>Se establece la ausencia del consentimiento de la víctima.</p> <p>Caso contrario se deduce tácitamente la presencia del consentimiento</p>	<p>Procede ante la presencia del consentimiento</p>	<p>Procede como eximente de responsabilidad penal siempre que esté presente el consentimiento de la víctima, de lo contrario no procede ni como eximente, ni como atenuante de la pena.</p>
Artículo 257. (utilización indebida de información)	<p>“I. La persona que, en su calidad de dependiente, ejecutivo, asesor, miembro de directorio, comité, junta, asamblea u órgano de administración de una persona jurídica, con el fin</p>	<p>Se establece la ausencia del consentimiento de la víctima.</p>	<p>Procede ante la presencia del consentimiento</p>	<p>Procede como eximente de responsabilidad penal siempre que esté presente el consentimiento</p>

¹²⁵ Código del Sistema Penal, Ley N° 1005..., p. 84.

¹²⁶ Código del Sistema Penal, Ley N° 1005..., p.84.

¹²⁷ Código del Sistema Penal, Ley N° 1005..., p.112.

privilegiada) a)	de obtener provecho ilícito, para sí o para un tercero, sin el consentimiento de su titular haga uso indebido de información privilegiada que haya conocido por razón o con ocasión de su cargo o función y que no sea conocimiento público, será sancionada con prisión de dos (2) a cuatro (4) años de inhabilitación” ¹²⁸ .	Caso contrario se deduce tácitamente la presencia del consentimiento		de la víctima, de lo contrario no procede ni como eximente, ni como atenuante de la pena.
---------------------	--	--	--	---

A partir de lo expuesto en el cuadro, se procesa a realizar el análisis correspondiente en base a las categorías establecidas.

a) Descripción en el tipo penal

De los artículos expuestos en cuadro, los que admiten el consentimiento de la víctima, como condición *sine qua non*, en la descripción de sus elementos constitutivos, indicando literalmente “sin consentimiento”, son los siguientes: Art. 95 (esterilización forzada) “la persona que prive a otra de su función reproductiva... **sin su consentimiento expreso...**”¹²⁹, Art. 96 (violación) “...la persona que mediante intimidación o violencia, física o psicológica, realice con persona de uno u otro sexo, **actos sexuales no consentidos...**”¹³⁰, Art.161 (abuso sexual) “...quien mediante intimidación o violencia física o psicológica, realice con persona de uno u otro sexo, **sin su consentimiento...**”¹³¹, Art. 234 (otras defraudaciones) “...la persona que...utilice o altere tarjetas de crédito...obtenido **sin legítimo consentimiento** de su propietario...”¹³² y Art. 257 (utilización indebida de información privilegiada) “la

¹²⁸ Código del Sistema Penal, Ley N° 1005..., p. 121.

¹²⁹ Código del Sistema Penal, Ley N° 1005..., p. 57.

¹³⁰ Código del Sistema Penal, Ley N° 1005..., p. 75.

¹³¹ Código del Sistema Penal, Ley N° 1005..., p.84.

¹³² Código del Sistema Penal, Ley N° 1005..., p.112.

persona que... con el fin de obtener provecho ilícito..., **sin el consentimiento de su titular** haga uso indebido de información privilegiada...”¹³³.

Todos estos artículos exigen que, la realización de la acción ilícita debe carecer del consentimiento de la víctima, lo que hará punible dicha acción. Sin embargo, como se indicó con anterioridad y conforme lo dispuesto en la dogmática penal, existe la posibilidad de que, en estos tipos penales pueda presentarse el consentimiento (como opción contraria a lo dispuesto) de la víctima, esta posibilidad permite deducir tácitamente la presencia del consentimiento como eximente de responsabilidad penal. De igual manera procede el tipo penal descrito en el Art. 157 (aborto) que prevé la ausencia del consentimiento de la víctima, en sus párrafos I y III.

Por otro lado, los artículos que describen la presencia del consentimiento en la realización del hecho punible, son: Art. 133 (homicidio piadoso) en su párrafo I, indica; “La persona que, por móviles piadosos... **a instancia del interesado**, a fin de acelerar la muerte inminente o de poner fin a graves padecimientos..., provoque su muerte, será sancionada con prisión de uno (1) a tres (3) años”.¹³⁴ En este tipo penal se describe el homicidio consentido punible. Por su parte el Art. 162. (corrupción sexual de niña, niño o adolescente), establece la presencia del consentimiento de la víctima, en sus numerales I y III indicando: “la persona que, aun **mediando el consentimiento** de la víctima, corrompa...”¹³⁵ y “la persona que cometa estupro, entendido como el **acto sexual consentido**...”¹³⁶.

Como se puede evidenciar, todos los tipos penales descritos en los distintos artículos mencionados prevén ya sea la ausencia o presencia del consentimiento en la realización del ilícito penal.

b) Tratamiento en el nivel de la tipicidad

¹³³ Código del Sistema Penal, Ley N° 1005..., p. 121.

¹³⁴ Código del Sistema Penal, Ley N° 1005..., p.67.

¹³⁵ Código del Sistema Penal, Ley N° 1005..., p. 84.

¹³⁶ Código del Sistema Penal, Ley N° 1005..., p.84.

Los delitos previstos en los artículos: Art. 95 (esterilización forzada), Art. 96 (violación), Art.161 (abuso sexual), Art. 234 (otras defraudaciones), Art. 257 (utilización indebida de información privilegiada) y Art. 157 (aborto) en sus párrafos I y III, admiten el consentimiento del ofendido y como se manifestó en la categoría antepuesto, estos delitos establecen la falta de consentimiento en la comisión del ilícito por lo que se determina que ante un consentimiento eficaz de la víctima, el tipo penal no se concreta excluyendo de esta manera la tipicidad. Razonamiento que permite establecer, que este instituto opera en el nivel de la tipicidad.

En lo que respecta a los artículos; Art. 133 (homicidio piadoso) Art. 162. (corrupción sexual de niña, niño o adolescente) este último en sus párrafos I y III, prevén la realización del ilícito con el consentimiento expreso de la víctima. Sin embargo, en ambos casos el tipo penal se constituye a pesar del consentimiento y, sobre todo, en lo que respecta al delito de corrupción sexual de niña, niño o adolescente, el consentimiento del menor no es válido en norma penal objeto de análisis. Entonces se concluye indicando, que en estos dos tipos penales el consentimiento no procede en el nivel de la tipicidad, a pesar de estar descrito entre sus elementos constitutivos.

c) Consentimiento como eximente de la responsabilidad penal o atenuante

A partir del análisis realizado en las categorías precedentes, paulatinamente se deduce que los tipos penales descritos en los siguientes artículos: 95 (esterilización forzada), 96 (violación), 161 (abuso sexual), 234 (otras defraudaciones), 257 (utilización indebida de información privilegiada) y 157 (aborto) este último en sus párrafos I y III, prevén que la ausencia del consentimiento presupone de manera antitética su presencia en la realización de la acción que dichos delitos implican, lo que da lugar a la exclusión del tipo. Entonces, se asevera, que en estos delitos la presencia del consentimiento, procede como eximente de responsabilidad. Pero, si la acción ilícita es realizada sin el consentimiento de la víctima, este instituto no es causa, ni de eximente de responsabilidad penal, ni de atenuante de la pena.

Tratamiento distinto se da en esta norma penal al consentimiento de la víctima, en los delitos mencionados en los artículos 133 y 162. En relación al Art. 133 (homicidio piadoso) donde la manifestación del consentimiento de la víctima de homicidio, no exime de responsabilidad penal al sujeto activo, por lo que, en este caso en particular, el consentimiento procede como atenuante. Por su parte el delito descrito en el Art. 162. (corrupción sexual de niña, niño o adolescente) no admite el consentimiento dado por la víctima menor de edad. Es decir, no sólo para esta norma penal, el consentimiento del menor de edad es improcedente, esta es una noción generalizada en el sistema normativo del país, por lo que se establece que el consentimiento en este tipo penal no procede como atenuante de la pena, mucho menos como eximente de responsabilidad penal.

En suma, a partir de la descripción y análisis realizados a los tipos penales referidos en los cuadros N° 1 y 2, se ha podido evidenciar que, tanto en el Código Penal vigente, como en el Código del Sistema Penal abrogado, el consentimiento del ofendido: no es admitida en la parte general de ambas normas; está ausente de las causas de justificación y si bien se describe al consentimiento entre los elementos constitutivos de los tipos penales mencionados, no siempre opera como causa que excluya la tipicidad, por lo que, no en todo los tipos penales mencionados la presencia del consentimiento exime de responsabilidad penal al agente del delito, en algunos de ellos opera como atenuante y en otros simplemente establece las penas correspondientes. Empero, es importante recalcar, lo elemental que es la incorporación del consentimiento del ofendido en la parte general de la norma penal que rige en el país, como otra causa de justificación.

CAPÍTULO IV

LA LEGISLACIÓN COMPARADA

En el presente acápite, se procederá a contrastar la legislación comparada y sus disposiciones sobre el consentimiento del ofendido como causa de justificación de la acción penal. Para tales efectos se realizará el análisis de distintas legislaciones a fin de determinar si en las mismas, el consentimiento del ofendido opera como causa de justificación de la acción penal y de ser así, cuál es el tratamiento que se da a esta institución.

1. Justificación de la consideración de legislaciones de países

Como se indicó anteriormente, para el desarrollo de este capítulo se abordará el análisis de legislaciones penales, de países como ser; Alemania, México, Perú y Colombia. Se procede al estudio de las mismas debido a que, de manera similar, sus normas penales contemplan entre sus disposiciones legales al consentimiento del ofendido en su parte especial, con excepción de la legislación alemana. Por otro lado, las mencionadas legislaciones, en su generalidad, prevén tipos penales que en su descripción indican la ausencia o presencia del consentimiento como una condición *sine qua non* que determina la penalidad o en su caso la atenuación de la misma, en la comisión del delito. En ese entendido y teniendo en cuenta, el objeto del presente trabajo de investigación, en el análisis a realizar se aborda las causas de justificación previstas en la legislación mencionada a efectos de advertir si entre dichas instituciones se admite al consentimiento del ofendido. Luego, se refiere el tratamiento que le asigna a dicha institución de manera particular cada una de las legislaciones mencionadas.

Se refiere, de manera especial a la legislación penal alemana – a pesar de que la misma, no contempla en su parte dogmática al consentimiento, al igual que las demás legislaciones citadas – debido que los teóricos de la dogmática penal de este país, ahondan ampliamente el estudio del consentimiento desde distintas perspectivas (como se ha podido comprender de lo expuesto en el capítulo

segundo) por lo que, no es factible que dichos estudios no percutan en su legislación penal.

En cuanto a las legislaciones penales de los países latinoamericanos como ser; México, Perú y Colombia, como se mencionó con anterioridad, las mismas, contemplan al consentimiento en su parte especial estableciéndola entre sus bases de punibilidad. Ahora bien, respecto al tratamiento que le dan al consentimiento, estas legislaciones, no es precisamente homogénea, sin embargo, el hecho de que la admitan como causa, ya sea de atipicidad o justificación, proceden como eximentes de responsabilidad penal, o en su caso, como atenuantes. Aspectos que son fundamentales en el desarrollo de políticas criminales orientados al descongestionamiento judicial y la vigencia de principios constitucionales relativos a derechos fundamentales de las personas, más concretamente al ejercicio de la autodeterminación y el respeto a la dignidad humana. Por lo que, a partir de los antecedentes histórico culturales que vinculan a los países citados con Bolivia, se establece que dichas legislaciones penales – México, Perú y Colombia – no distan mucho de la de Bolivia, por lo que, la admisión y tratamiento del consentimiento, no representaría una dificultad para este último.

A continuación, se procede a realizar un estudio comparativo de los códigos penales de los citados países, tomando en cuenta las siguientes categorías de análisis: Causas de justificación, admisibilidad o no del consentimiento, contemplación del consentimiento en la parte general, descripción del consentimiento en el tipo penal, tratamiento a nivel de la tipicidad o antijuricidad, consentimiento eximente de responsabilidad penal o atenuante.

Cuadro N° 3 análisis de legislación comparada

CATEGORÍAS PAÍSES	CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN	ADMISIBILIDAD O NO DEL CONSENTIMIENTO	CONTEMPLACIÓN DEL CONSENTIMIENTO EN LAS BASES DE PUNIBILIDAD	DESCRIPCIÓN DEL CONSENTIMIENTO EN EL TIPO PENAL	TRATAMIENTO EN EL NIVEL DE TIPICIDAD O ANTI JURICIDAD	CONSENTIMIENTO COMO EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD PENAL O ATENUANTE
Alemania	Legítima defensa. Estado de necesidad justificante	La admite	No lo contempla	Describe la ausencia del consentimien to en algunos tipos penales: <ul style="list-style-type: none"> • Art. 123 • Art. 132 • Art. 201 • Art. 202 • Art. 203 • Art. 204 • Art. 218 • Art. 228. • Art. 353 • Art. 355 	Ambos	Ambos
México	Consentim iento del ofendido. Legítima defensa. Estado de necesidad . Cumplimie nto de un deber o ejercicio de un derecho.	La admite	Lo contempla	Describe la ausencia y presencia del consentimien to en algunos tipos penales: <ul style="list-style-type: none"> • Art. 186 • Art. 219 • Art. 229 • Art. 248 rom. II • Art. 250 • Art. 251 • Art. 264 rom. II y III • Art. 268 	Antijuricidad	Ambos

				<ul style="list-style-type: none"> • Art. 268 Bis. • Art. 270 • Art. 287 • Art.291 • Art. 299 rom. V 		
Perú	<p>Legítima defensa.</p> <p>Estado de necesidad .</p> <p>Cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho, oficio o cargo.</p> <p>Consentimiento válido</p>	Lo admite	Lo contempla	<p>Describe la ausencia del consentimiento en algunos tipos penales:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Art. 115 • Art. 116 • Art. 119 • Art. 153 num. 4 • Art. 165 • Art. 216 	Antijuricidad	Eximente de responsabilidad penal
Colombia	<p>Consentimiento válido.</p> <p>Cumplimiento de un deber.</p> <p>Legítimo ejercicio de un derecho.</p> <p>Necesidad de defensa.</p>	Lo admite	Lo contempla	<p>Describe la ausencia del consentimiento en algunos tipos penales:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Art.122 • Art. 123 • Art. 128 • Art. 139E. • Art. 217-A 	Ambos	Eximente de responsabilidad penal

Bolivia	Legítima defensa. Ejercicio de un derecho, oficio o cargo, cumplimiento de la ley o de un deber. Estado de necesidad	No lo admite	No lo contempla	<ul style="list-style-type: none"> • Art. 263 • Art. 264 • Art. 265 • Art. 271 bis. • Art. 308 • Art. 317 • Art. 323 bis. 	Tipicidad	Ambos
---------	--	--------------	-----------------	--	-----------	-------

2. Análisis de categorías

A continuación, se procede al análisis e interpretación de los datos generados, según los criterios establecidos en el cuadro que antecede.

2.1. Causas de justificación

En cuanto a las causas de justificación, los países mencionados prevén como causa de justificación los institutos tradicionales establecidos por la dogmática penal con algunas variaciones:

En el caso de la legislación penal alemana, en su capítulo segundo (el hecho), título IV (**Legítima defensa y estado de necesidad**) establece las causas de justificación¹³⁷ y como se podrá notar, esta legislación no contempla el consentimiento del ofendido entre las mismas. La legislación penal alemana considera como causas de justificación¹³⁸ a los siguientes institutos: La **Legítima defensa**, entendida como la defensa que es necesaria para conjurar una agresión actual antijurídica para sí mismo o para otro, con el fin de salvaguardar el bien

¹³⁷ Código Penal Alemán del 15 de mayo de 1871, traducido en Colombia por López Claudia, con la última reforma del 31 de enero de 1998, p. 8-9.

¹³⁸ Código Penal Alemán del 15 de mayo de 1871... *opus cit.*, p. 11.

jurídico propio o de un tercero y ante un posible exceso en la legítima defensa, por confusión temor o miedo, todavía se establece la usencia del castigado. También establece el **estado de necesidad justificante**, en este caso la acción, debe ser inevitable y con el fin de impedir la vulneración a un bien jurídico de mayor valor, como ser la vida, el cuerpo, la libertad, el honor, la propiedad u otro bien jurídico no evitable de otra manera, no actúa antijurídicamente si en la ponderación de los intereses en conflicto, en particular de los bienes jurídicos afectados, y de su grado del peligro amenazante, prevalecen esencialmente los intereses protegidos sobre los perjudicados.

Al respecto los países latinoamericanos, difieren en cierto modo, en la contemplación de las causas de justificación. En este sentido, el Código Penal de México en su título segundo, capítulo V dispone las causas excluyentes del delito y de la responsabilidad penal, estableciendo en su artículo 15, parágrafo III las causas de justificación¹³⁹, entre las que figuran: el consentimiento del ofendido, la defensa legítima, el estado de necesidad y el cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho. Por su parte el código el Código Penal peruano, Decreto Legislativo 635, actualizado en el mes de julio de 2018, en su título II contempla las bases de la punibilidad y en su capítulo III, artículo 20 (inimputabilidad) establece las causas que eximen de responsabilidad penal al agente del delito y entre ellos las causas de justificación¹⁴⁰, que vendrían a ser legítima defensa, estado de necesidad, cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho, oficio o cargo y el consentimiento valido. Y finalmente, la norma penal colombiana, en su título III de la conducta punible, capítulo único de la conducta punible, contempla las causas para la ausencia de la responsabilidad penal, entre las que menciona las causas de

¹³⁹ Código Penal del Estado Mexicano, Decreto 165, Código publicado en la Gaceta del Gobierno del Estado de México, el lunes 20 de marzo del 2000, p. 6-7

¹⁴⁰ Código Penal del Perú, Decreto Legislativo N° 635, Décimo Segunda Edición Oficial: mayo 2016, p. 54-55.

justificación¹⁴¹, en su artículo 32 al consentimiento válido, cumplimiento de un deber, legítimo ejercicio de un derecho, necesidad de defensa.

De lo expuesto, se establece que todas las legislaciones mencionadas contemplan en su legislación las causas de justificación tradicionales expuestas por los teóricos de la dogmática penal y conciben entre las mismas al consentimiento del ofendido. Sobre el tratamiento de estas instituciones justificantes, no se hará mayores dilucidaciones por no ser las mismas objeto de estudio en el presente trabajo de investigación.

2.2. Admisibilidad del consentimiento

Respecto a la admisibilidad o no del consentimiento en las legislaciones objetos de análisis, se ha establecido que todas ellas admiten al consentimiento. Si bien no todas la refieren en su parte general, el hecho de que algunos de los tipos penales indiquen la ausencia de consentimiento, lo constituye en un elemento más del tipo. Según el cuadro de análisis, se establece que las legislaciones latinoamericanas a diferencia de la legislación alemana, describen al consentimiento entre sus bases de punibilidad que en muchos casos eximen de responsabilidad penal al agente del delito. Sin embargo, el código penal alemán, no procede de la misma forma, pero la ausencia de una referencia expresa en la Parte General de este Código, no es ningún inconveniente, ya que la dogmática penal alemana lo aborda el tema ampliamente desde distintas perspectivas (como causa de justificación y como elemento de exclusión del tipo) repercutiendo en esta legislación.

Las normas penales estudiadas, contemplan tipos penales que enuncian la ausencia del consentimiento de la víctima entre sus elementos constitutivos, lo que y conforme el criterio de los teóricos de la dogmática penal, permite determinar la admisión de dicho instituto, “el consentimiento forma parte de la estructura típica como una característica negativa que aparece de forma expresa o se deduce

¹⁴¹ Código Penal Colombiano, Ley 599 de julio 24 de 2000, texto oficial sin modificaciones, Editado por santacruz@derecho., Diario Oficial No. 44097 del 24/07/2000, p. 114-115.

tácitamente del tipo, lo que convierte al hecho en atípico”¹⁴². Al respecto, se tiene como ejemplo al código penal alemán que en su sección decimoquinta de los delitos de violación al ámbito de la intimidad personal y al ámbito del secreto personal¹⁴³ establece tipos penales que carecen de la autorización (consentimiento), pero a pesar de ello prevé penas privativas de libertad. Ahora bien, el tratamiento del consentimiento del ofendido en las legislaciones citadas, se establecerá más adelante, lo que se quiere por el momento, es fundamentar la admisibilidad del consentimiento en los mencionados códigos y como se ha podido evidenciar de los razonamientos expuestos, dichos códigos los admiten.

2.3. Contemplación del consentimiento en las bases de punibilidad

Se recalca que, el Código Penal Alemán no contempla al consentimiento del ofendido entre sus bases de punibilidad, lo que no quiere decir que dicho instituto esté ausente en esta legislación. Al respecto, como se fundamentó con anterioridad, el consentimiento del ofendido es ampliamente estudiado por la dogmática penal en dicho país lo que hace que la misma sea abordada en esta legislación al momento de describir los tipos penales de delitos que impliquen la libre disponibilidad del bien jurídico por parte del titular del mismo.

En lo que respecta a las legislaciones latinoamericanas, las mismas contemplan a este instituto entre sus bases de punibilidad, como se podrá observar de lo expuesto a continuación:

En la legislación Mexicana, según Zamora, las reformas realizadas al Código Penal para el Distrito Federal en 1994 se introdujo la fracción III al artículo 15, disponiendo en su inciso a), al consentimiento del ofendido como causa excluyente de delito¹⁴⁴. De esta manera, dicha norma penal establece que; “se actúa con el

¹⁴² CHANG, Romy, *Consentimiento en Derecho Penal: Análisis Dogmático y Consecuencias Prácticas...opus cit., p. 257.*

¹⁴³¹⁴³ Código Penal Alemán del 15 de mayo de 1871...opus cit., p.76

¹⁴⁴ ZAMORA, Rodrigo, *El consentimiento en la Eutanasia*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2001, p. 17

consentimiento del titular del bien jurídico afectado, siempre que se llenen los siguientes requisitos: Que el bien jurídico sea disponible, que el titular del bien tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del mismo; y que el consentimiento sea expreso o tácito y sin que medie algún vicio; o bien, que el hecho se realice en circunstancias tales que permitan fundadamente presumir que, de haberse consultado al titular, este hubiese otorgado el mismo”¹⁴⁵. Entonces, conforme lo dispuesto en la legislación penal mexicana, el consentimiento dará lugar a la exclusión del delito siempre que esta sea manifestada por el titular del bien jurídico. Pero, además, dicho consentimiento, debe cumplir con los requisitos establecidos para tal efecto. Tales precisiones, operan propiciando la justificación de la acción ilícita cometida por el agente del delito, quien no será susceptible de imputabilidad, debido a la presencia de una causa de justificación como es el consentimiento.

Por su parte la legislación peruana, establece entre sus bases de punibilidad, previstos en su título II, capítulo III y art. 20, establece que están exentos de responsabilidad penal entre otros: **“El que actúa con el consentimiento válido del titular de un bien jurídico de libre disposición”**¹⁴⁶. Dicho consentimiento, para Ríos, debe cumplir con ciertos requisitos, como ser la titularidad del bien jurídico, la capacidad para consentir, la libertad y la exteriorización¹⁴⁷. Dichos requisitos, en el sistema penal peruano, son de suma importancia, como lo indica Ramos cuando realiza un análisis a las causas que eximen de responsabilidad en el Código Penal del Perú. Por otro lado, el mencionado autor indica también, que, para que el consentimiento sea eficaz es necesario la manifestación de la voluntad del afectado antes de la realización del hecho, mismo que debe carecer de vicios¹⁴⁸.

¹⁴⁵ Código Penal del Perú, Decreto Legislativo N° 635...*opus cit.*, p. 55

¹⁴⁶ Código Penal del Perú. Decreto Legislativo 635...*opus cit.*, p. 55

¹⁴⁷ RÍOS, Jaime, *El consentimiento en materia penal*, revista de política Criminal N° 1, universidad de Talca Chile, 2006, p. 8-12

¹⁴⁸ RAMOS, José, *Causas eximentes de responsabilidad penal*, Monografía, Perú 2016, p.

Tales aspectos, permiten establecer la admisibilidad del consentimiento en las bases de punibilidad de la legislación penal peruana.

En lo que respecta al Código Penal colombiano, se reitera que, entre sus causas para la ausencia de responsabilidad penal (Art. 32, núm. 2) determina que no habrá lugar a responsabilidad penal cuando; se actúe con el consentimiento válidamente emitido por parte del titular del bien jurídico, en los casos en que se puede disponer del mismo¹⁴⁹. Al respecto, el profesor Colombia Jaime Sandoval Fernández, en el análisis que realiza a las causales de ausencia de responsabilidad penal, previstos en el Código Penal Colombiano, afirma; “en nuestra opinión, en el art. 32 conllevan atipicidad las siguientes causales: Por ausencia de conducta el N° 1 Caso Fortuito... y Habrá atipicidad por carencia de adecuación típica en las siguientes causales: N°2 Consentimiento del Sujeto Pasivo..., N° 3 El estricto cumplimiento del deber legal..., N° 4 Orden Legítima de Autoridad..., N° 5 En ejercicio de un cargo público..., N° 5 Legítimo ejercicio de derecho o de actividad lícita..., N° 6 Legítima Defensa y N° 7 Estado de Necesidad...”¹⁵⁰, razonamiento que lleva a determinar que el consentimiento valido genera la atipicidad por lo que la conducta desplegada por el agente del delito no es susceptible de punibilidad.

2.4. Descripción del consentimiento en el tipo

Las distintas legislaciones de los países citados, contienen en la descripción de algunos de sus tipos penales la ausencia del consentimiento en la realización de la acción penal, lo que hace que la conducta sea punible, ahora bien, la manifestación del consentimiento por parte del titular del bien jurídico, siguiendo el razonamiento previo, no permite la constitución del tipo, por tanto, la conducta no es punible. Al respecto Zamora indica: “los tipos penales protectores de bienes jurídicos disponibles aluden, en forma directa o indirecta, a la ausencia de consentimiento, o

¹⁴⁹ Código Penal Colombiano, Ley 599... *opus cit.*, p.115.

¹⁵⁰ SANDOVAL, Jaime, *Causales de ausencia de responsabilidad penal*, Revista de Derecho, núm. 19, junio, 2003, pp. 1-18 Universidad del Norte Barranquilla, Colombia. p. 17-18.

bien lo dan por supuesto”¹⁵¹. Generalmente este presupuesto se presenta – como se ha podido establecer en el acápite segundo – en los tipos penales que impliquen bienes propios susceptibles de libre disponibilidad por parte del titular del bien jurídico protegido.

En tal sentido, y de lo referido en el cuadro de análisis; en el Código Penal Alemán se identifican tipos penales que describen, ya sea de forma directa o indirecta la ausencia de consentimiento. Entre dichos tipos penales están los delitos que forman parte del grupo de delitos denominado como: “hecho punible contra el orden público”¹⁵² Art. 123 (violación de domicilio) y Art. 132 (abuso de títulos, denominaciones profesionales y condecoraciones), “violación al ámbito de la intimidad personal y al ámbito del secreto personal”¹⁵³ señalados en los Art. 201 (Violación al secreto de la palabra) hasta el Art. 204 (Aprovechamiento de secreto ajeno), “hechos punibles contra la vida”¹⁵⁴, Art. 218 (No punibilidad de la interrupción del embarazo) y “hechos punibles contra la integridad corporal”¹⁵⁵ Art. 228. (Consentimiento) que literalmente dice; “Quien efectúe una lesión personal con consentimiento del lesionado, entonces solo actúa antijurídicamente, cuando el hecho a pesar del consentimiento vaya en contra de las buenas costumbres”¹⁵⁶. Luego están los tipos penales de la sección vigesimoquinta de este Código Penal en los delitos denominados como; “beneficio propio punible”¹⁵⁷ y los artículos 353 (violación del secreto de servicio y de una obligación especial de secreto) y 355 (violación del secreto tributaria) entre otros.

Por su parte en los Códigos Penales de los países latinoamericanos, la descripción de la ausencia y/o presencia del consentimiento en ciertos tipos penales también se identifican, como se verá a continuación:

¹⁵¹ ZAMORA, Rodrigo, *El consentimiento en la Eutanasia* Universidad Nacional Autónoma de México, 2001, p. 2.

¹⁵² Código Penal Alemán del 15 de mayo de 1871...*opus cit.*, p. 55-58.

¹⁵³ Código Penal Alemán del 15 de mayo de 1871...*opus cit.*, p. 76-78.

¹⁵⁴ Código Penal Alemán del 15 de mayo de 1871...*opus cit.*, p. 80.

¹⁵⁵ Código Penal Alemán del 15 de mayo de 1871...*opus cit.*, p. 82.

¹⁵⁶ Código Penal Alemán del 15 de mayo de 1871...*opus cit.*, p. 83.

¹⁵⁷ Código Penal Alemán del 15 de mayo de 1871...*opus cit.*, p. 101-103.

En el código penal del Distrito Federal de México, los grupos de delitos que contemplan entre sus tipos penales la descripción, ya sea la ausencia o presencia del consentimiento son los siguientes: “delitos cometidos en el ejercicio de actividades profesionales o técnicas”¹⁵⁸ Art. 186, “tráfico de menores”¹⁵⁹ Art. 219 y Art. 229, “aborto”¹⁶⁰ Art. 248 num. 2 y Art. 250. Asimismo están: “disposición de células o procreación asistida”¹⁶¹ Art. 251 ter. , “usurpación de identidad”¹⁶² Art. 264 rom. II y III, “allanamiento de morada”¹⁶³ Art. 268, “raptor de persona”¹⁶⁴ Art. 268 bis. y “actos libidinosos”¹⁶⁵ Art.270, “robo”¹⁶⁶ Art. 287, Art. 291 y Art. 299 rom. V.

Por su parte el Código Penal del Perú expone los siguientes delitos: del grupo denominado como “aborto”¹⁶⁷ Art.115 (Aborto consentido) Art. 116 (Aborto sin consentimiento), Art. 119 (Aborto terapéutico), Art. 153 num. 4 “Trata de personas”¹⁶⁸, “Violación del secreto profesional”¹⁶⁹ Art.165 y “Copia o reproducción no autorizada”¹⁷⁰ Art. 216. Asimismo, el Código Penal de Colombia contempla determinados tipos penales que contienen entre sus elementos la ausencia o en su defecto la presencia del consentimiento, los mismos son las que siguen: “aborto”¹⁷¹ Art.122 (Aborto), Art. 123 (Aborto sin consentimiento), Art. 128 (Abandono de hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de ovulo fecundado no consentidas), Art. 139E. (Aborto forzado en persona protegida), Art. 217-A (Demanda de explotación sexual comercial de persona menor de 18 años de edad)¹⁷².

¹⁵⁸ Código Penal del Estado Mexicano. Decreto 165...opus. cit., p. 59.

¹⁵⁹ Código Penal del Estado Mexicano. Decreto 165...opus cit., p. 71-74.

¹⁶⁰ Código Penal del Estado Mexicano. Decreto 165...opus cit., p. 82.

¹⁶¹ Código Penal del Estado Mexicano. Decreto 165...opus cit., p. 83.

¹⁶² Código Penal del Estado Mexicano. Decreto 165...opus cit., p. 89.

¹⁶³ Código Penal del Estado Mexicano. Decreto 165...opus cit., p. 90.

¹⁶⁴ Código Penal del Estado Mexicano. Decreto 165...opus cit., p. 90-91.

¹⁶⁵ Código Penal del Estado Mexicano. Decreto 165...opus cit., p. 92.

¹⁶⁶ Código Penal del Estado Mexicano. Decreto 165...opus cit., p. 97- 104.

¹⁶⁷ Código Penal del Perú. Decreto Legislativo 635...opus cit., p. 95-96.

¹⁶⁸ Código Penal del Perú. Decreto Legislativo 635...opus cit., p. 109

¹⁶⁹ Código Penal del Perú. Decreto Legislativo 635...opus., cit., p.104

¹⁷⁰ Código Penal del Perú. Decreto Legislativo 635...opus., cit., p. 148

¹⁷¹ Código Penal Colombiano, Ley 599...opus cit., p.183-213.

¹⁷² Código Penal Colombiano, Ley 599...opus cit., p. 306.

2.5. Tratamiento en el nivel de la tipicidad o antijurídica

Reiterando lo establecido en el capítulo II del presente trabajo de investigación, los teóricos de la dogmática penal establecen que el "...consentimiento actúa como causa de atipicidad (en donde le denominan "acuerdo, asentimiento o conformidad") y otros en los que actúa como causa de justificación (en donde le denominan "consentimiento en sentido estricto")¹⁷³. Es decir, para quienes siguen esta postura (teoría diferenciadora y dualista), el consentimiento puede ser causa de exclusión de la tipicidad o causa de exclusión de la antijuricidad. Asimismo, se indicó, que el acuerdo excluye el tipo en tanto, la misma este descrito en el tipo y el consentimiento excluye la antijuricidad, pero deja persistir el tipo. Sin embargo, a partir de lo expuesto por la teoría dualista y las críticas a la misma, se estableció que acuerdo y consentimiento tiene la misma naturaleza por lo que un consentimiento válido excluye la antijuricidad y con ello elimina la tipicidad. En ese entendido se aborda el análisis de las legislaciones citadas.

Como se afirmó, el Código Penal Alemán no prevé al consentimiento entre sus bases de punibilidad, sin embargo determinados tipos penales que hacen mención a la ausencia o presencia del mismo, por lo que, a partir del siguiente enunciado, "el consentimiento forma parte de la estructura típica como una característica negativa que aparece de forma expresa o se deduce tácitamente del tipo, lo que convierte al hecho en atípico"¹⁷⁴ se deduce que, el consentimiento, en la legislación alemana opera en el nivel de la tipicidad excluyendo el tipo. Sin embargo, también puede ser tenida como causa de justificación, en tanto se establezca que, un hecho punible fue cometido ante el consentimiento del titular del bien jurídico. En este caso el tipo persiste, pero la acción se justifica.

¹⁷³CHANG, Romy, *Consentimiento en Derecho Penal: Análisis Dogmático y Consecuencias Prácticas*, Tesis doctoral, Universidad de Salamanca, escuela de doctorado, doctorado en derecho penal, 2017, p. 256

¹⁷⁴ CHANG, Romy, *Consentimiento en Derecho Penal: Análisis Dogmático y Consecuencias Prácticas...opus cit.*, p. 257.

Código Penal de México por su parte, concibe al consentimiento del ofendido entre sus causas de justificación, como elemento negativo que excluye la antijuridicidad. Sin embargo, Zamora, indica que el consentimiento del ofendido, en esta norma penal, puede operar por tres vías: como causa de exclusión del tipo en el nivel de la tipicidad, como causa de atenuación de la pena, y como causa de justificación en el nivel de la antijuridicidad¹⁷⁵. Por su parte, Díaz indica que el consentimiento del ofendido, se presenta como causa de atipicidad, ya que la mayoría de los tipos penales presuponen la ausencia de consentimiento del titular del bien jurídico y que, en caso de mediar el consentimiento, el hecho se considera atípico¹⁷⁶. Criterio distinto es lo emitido por Aguilar quien, describe al consentimiento entre las causas justificación, y dice de la misma, que tiene el poder de excluir o justificar la antijuridicidad en una conducta típica¹⁷⁷. acorde a esta última posición, la legislación penal mexicana, contempla al consentimiento como una causa de justificación.

Por su parte, el Código Penal del Perú, concibe al consentimiento del ofendido como una causa de justificación que vendría a operar en el nivel de la antijuridicidad. Sin embargo, se ha identificado tipos penales que determinan la ausencia del consentimiento en la constitución del delito, por lo que, la presencia de mencionado instituto, dará lugar a la atipicidad de la acción. Ahora bien, si esta legislación instituye al consentimiento entre su causa de justificación, es para que en la comisión de algunos hechos punibles (los que afectan a bienes jurídicos propios), ante la convicción de la manifestación del consentimiento por parte del titular del bien jurídico protegido se excluya la antijuridicidad por existir una acusación de justificación, que, si bien permite la constitución del tipo, la misma no será punible por la justificación que se le da a la misma.

¹⁷⁵ ZAMORA, Rodrigo, *El consentimiento en la Eutanasia*, Universidad Nacional Autónoma de México, 200, p. 19.

¹⁷⁶ DÍAZ, Enrique, *El Consentimiento en el Derecho Penal Mexicano*, Publicación en el diario oficial de la federación, México 1994, p. 1015.

¹⁷⁷ AGUILAR, Miguel Ángel, *Código Penal Para el Distrito federal*, diez años de vigencia. Instituto de investigación jurídica, México 2013, p. 73.

Por su parte el Código Penal de Colombia, describe al consentimiento entre sus causas para la ausencia de responsabilidad penal, por lo que se puede establecer que la mismas puede operar tanto en el nivel de la tipicidad como de la antijuricidad. Al respecto, el profesor colombiano Sandoval, en la línea de la teoría indiciaria del tipo (la más aceptada en Colombia), concibe al consentimiento valido , como un elemento negativo que opera en el nivel de la tipicidad, afirmando que: “En estos casos, lo dispuesto por el titular del bien jurídico no está dentro de la materia contenida en la norma prohibitiva-omisiva; esa relación social-jurídica entre sujetos no está en el ámbito situacional del que se ocupa aquélla, no corresponde a la descripción del «Conflicto» que contiene el tipo”¹⁷⁸ . Entonces se genera la atipicidad, debido a que el consentimiento no está descrito en el tipo penal.

Ahora bien, el autor mencionado, afirma “que la conducta real primero se adecua al tipo, es decir, será típica, para después pasar al estado siguiente de la antijuricidad, en la cual se estudia otra vez la vulneración del bien jurídico (ya visto en el tipo) y que no existan causales de justificación. De esta manera, la causa de justificación excluye la antijuricidad, pero deja subsistente el tipo”¹⁷⁹. Tales consideraciones, dan a entender que el consentimiento del ofendido en la legislación penal colombiano, opera, en principio en el nivel de la tipicidad excluyendo el tipo, sin embargo, si dicha institución no se efectiviza en el mencionado nivel, persiste la antijuricidad, por lo que vendría a constituirse en una causa de justificación.

2.6. Consentimiento como eximente de responsabilidad penal o atenuante

De lo fundamento a lo largo del presente trabajo de investigación, se establece que el consentimiento emitido por la víctima del hecho punible, puede ser una eximente de responsabilidad penal o en su defecto una atenuante. Al respecto, el hecho de describir al consentimiento entre las bases de punibilidad como una

¹⁷⁸ SANDOVAL, Jaime, *Causales de ausencia de responsabilidad penal*, Revista de Derecho, núm. 19, junio, 2003, pp. 1-18 Universidad del Norte Barranquilla, Colombia, p. 17.

¹⁷⁹ SANDOVAL, Jaime, *Causales de ausencia de responsabilidad penal...opus cit.*, p. 12.

eximente de responsabilidad penal, permite que las conductas punibles estén exentas de sanción. Lo que no ocurre en el Código Penal Alemán, donde, determinados tipos penales prevén la ausencia del consentimiento como condición para la constitución del tipo y a su vez establecen en su descripción la atenuación de la pena. Por otro lado, algunos tipos penales también establecen la presencia del consentimiento entre sus elementos descriptivo, y para los mismos, esta norma penal determina la ausencia de punibilidad, es el caso del del tipo penal del Art. 218 (No punibilidad de la interrupción del embarazo)¹⁸⁰. Por lo expuesto, se deduce que el consentimiento se constituye en una eximente de responsabilidad penal y a su vez como atenuante de la pena.

En cuanto a las legislaciones latinoamericanas: el Código Penal Mexicano, establece literalmente que el consentimiento es un más entre sus elementos excluyentes del delito, lo que permite establecer que ante la ausencia de la acción ilícita no habrá punibilidad. Sin embargo, esta legislación penal contempla tipos penales como ser; el Art. 248 num. 2 “aborto”¹⁸¹ en la que establece la atenuación de la pena, lo que permite establecer que en esta legislación, el consentimiento es una eximente de responsabilidad penal y también procede como una atenuante.

De similar forma, el Código Penal del Perú, establece que están “exentos de responsabilidad penal”¹⁸² entre otros, quienes actúan con el consentimiento de la víctima, en este caso, se exime de responsabilidad penal al agente del delito. Por otro lado, de la revisión de los tipos penales mencionado, todos ellos prevén la ausencia de sanción ante el consentimiento, por lo que se establece que en esta legislación el consentimiento es una eximente de responsabilidad penal. Similar situación presenta el Código Penal colombiano en la se concibe al consentimiento como un elemento que da lugar a la “ausencia de responsabilidad penal”¹⁸³. En suma, de los códigos penales mencionados, estas dos últimas, le atribuyen al

¹⁸⁰ Código Penal Alemán del 15 de mayo de 1871...*opus cit.*, p. 79.

¹⁸¹ Código Penal del Estado Mexicano. Decreto 165...*opus cit.*, p. 82

¹⁸² Código Penal del Perú. Decreto Legislativo 635...*opus cit.*, p. 55

¹⁸³ Código Penal Colombiano, Ley 599...*opus cit.*, p.114.

consentimiento eficaz, la facultad de eximir de responsabilidad penal al agente del delito.

CAPÍTULO V

ANÁLISIS DE LOS CRITERIOS EMITIDOS POR JURISTAS SOBRE EL CONSENTIMIENTO DEL OFENDIDO Y SU INSERCIÓN EN EL CÓDIGO PENAL BOLIVIANO

En presenta acápite, se procede al análisis cualitativo y descriptivo de criterios emitidos por: funcionarios del órgano judicial (jueces, fiscales y policías investigadores), abogados de profesión libre, estudiantes y otros, sobre el consentimiento del ofendido como causa de justificación de la acción penal. Para tales propósitos, la descripción e interpretación de los datos recabados, se la desarrolla conforme lo establecidos en el capítulo I, es decir, siguiendo los lineamientos de una investigación exploratoria, experimental y en apego a lo planteado por el método teórico sintético analítico. Mencionar asimismo que los datos, objeto de análisis fueron recabados por la aplicación de la técnica de entrevista.

1. Análisis, descripción e interpretación de datos

A continuación, se procede al análisis de los criterios emitidos por los sujetos entrevistados, según las preguntas del cuestionario:

1 ¿Qué son las causas de justificación?

De los criterios presentados, en relación a la pregunta mencionada, se establece que una gran mayoría de los entrevistados conocen sobre las causas de justificación y entre algunos razonamientos¹⁸⁴ se encuentran las que siguen:

- “Es un eximente de responsabilidad penal de conductas antijurídicas que llegan a tomarse como lícitas, si bien son típicas y antijurídicas por un actuar voluntario encuentran la justificación en su actuar por la norma (Ejm. Estado de necesidad y legítima defensa)”
- “Son eximentes que excluyen el juicio de antijuricidad de la conducta”

¹⁸⁴ Repuestas dadas a la pregunta número 1 de los cuestionarios adjuntos en anexos 1

- “Entendería por causas de justificación todas aquellas circunstancias o situaciones en las cuales se produce la exclusión de antijuricidad o ilicitud de la conducta”
- “Son aquellas circunstancias eximentes que por determinadas razones excluyen la antijuricidad o ilicitud de una conducta que en principio es atípico”
- “Son los eximentes que eliminan o excluyen el juicio de antijuricidad de la conducta”
- “Son aquellas situaciones que eliminan la antijuricidad de la acción punible son eximentes de responsabilidad penal”
- “son situaciones que admitidos por el derecho penal elimina la antijuricidad de un acto voluntario subsumible en algún delito y está tomado como jurídicamente licito”
- “Son los llamados eximentes o causas de exclusión del injusto, las cuales eliminan la antijuricidad de un acto voluntario insubsumible en un delito”

Conforme las repuesta expuestas, la mayoría de los entrevistados conciben a las causas de justificación como eximentes de responsabilidad penal, sin embargo, otros indican que son elementos negativos de la antijuricidad que eximen de responsabilidad penal al sujeto activo; asimismo hay criterios que indican que son causas de justificación de la acción que excluyen la antijuricidad.

Entre otras respuestas¹⁸⁵, menos acertadas podemos destacar las que siguen:

- “Son medios por los cuales se elimina la antijuricidad y tienen origen en un estado de necesidad”
- “son la legitima defensa, estado de necesidad que al que actúa bajo estos queda exento”

¹⁸⁵ Repuestas dadas a la pregunta número 1 de los cuestionarios adjuntos en anexos 1

- “son causas que pueden eximir de responsabilidad penal a una persona imputada”
- “es una causa eximente de culpabilidad de una acción determinada para liberar a la persona de su accionar”
- “son aquellas atenuantes que excluyen la antijuridicidad”

Los razonamientos expresados por un grupo reducido de entrevistados, delatan el vago conocimiento que se tienen sobre las causas de justificación, que es entendida como: eximentes admitidos por el derecho penal, atenuantes de la conducta, acciones que hacen la tipicidad, causas de impunidad y otros. Asimismo, se tienen también entre los entrevistado, algunos que prefirieron no emite definición alguna al respecto.

Como se ha establecido con anterioridad, es importante sentar bases para profundizar en el análisis del tema que interesa, por lo que es necesario verificar, si los agentes del sistema penal tienen conocimiento sobre las causas de justificación, debido a que se propone tener en cuenta al consentimiento del ofendido como otra causa de justificación en la legislación penal boliviana. Al respecto y de los criterios emitidos por los entrevistado se establece que existe conocimiento sobre las causas de justificación contempladas en la legislación penal del país por lo que es viable dilucidar al respecto con la finalidad de ver la viabilidad o admisibilidad del consentimiento del ofendido como otro instituto que justifique la acción y exima de responsabilidad penal al agente.

2 ¿Conoce usted sobre el consentimiento del ofendido como causa de justificación?

Entre las respuestas expresadas respecto a esta pregunta, aproximadamente la mitad de los entrevistados indican tener conocimiento sobre el consentimiento, dando como respuesta “si” y otro tanto, afirma no tener conocimiento, manifestando como respuesta “no” y otros poco no expresan respuesta alguna.

3 ¿Cuál es su criterio sobre el consentimiento del ofendido como causa de justificación?

Respecto a esta pregunta, los entrevistados, a pesar de haber manifestado, tener conocimiento sobre el consentimiento como causa de justificación no logran emitir conceptos¹⁸⁶ apropiados, a continuación, se mencionan algunas de ellas:

- “Jurídicamente no es válido”
- “No es viable jurídicamente”
- “Se da cuando el sujeto pasivo (víctima) consiente la regulación de una acción y resultado punible”
- “Están considerados como delitos los hechos que se realizan con el consentimiento de la víctima”
- “Es un precepto legal que puede ser considerado como una atenuante, pero no, así como una causa de eximación de responsabilidad penal”
- “El consentimiento borra la calidad delictiva del acto que era mal intencionado y que podría subsumirse a un tipo penal, el consentimiento del ofendido no debería tomarse como causa de justificación ya el delincuente tenía la intención de cometer un ilícito, sea esa u otra víctima”
- “No debería constituirse en una causa de justificación”
- “Tiene sus alcances de razón”
- “Se presenta cotidianamente en delitos de acción pública como privada, el resarcimiento de daño ocasionado como causa de justificación, para extinguir la acción penal”

Como se puede evidenciar de las respuestas manifestadas, que el consentimiento del ofendido como causa de justificación es un tema desconocido por la mayoría de los entrevistados sin excepción (desconocimiento de jueces,

¹⁸⁶ Respuestas dadas a la pregunta número 3 de los cuestionarios adjuntos en anexos 1

fiscales y abogados). Es así que, los consultados, a pesar de afirmar conocimiento sobre el tema en la pregunta dos, en a tres, no pueden emitir razonamientos apropiados. Ente las respuestas señaladas, se refiere entre otras: a la posibilidad o no, de su admisibilidad; se la concibe como un precepto legal; se hace referencia a la frecuencia en la que se presenta en cierto tipo de delitos como consecuencia de ciertas condiciones exigidas; se refiere a lo inconveniente o no de su procedencia; se hace mención de quienes tienen facultad para hacer uso de este instituto o su eficiencia en la eliminación de la responsabilidad penal y otros. En otros casos no se emite ninguna respuesta.

Lo que interesa establecer – a partir de las respuestas das dadas a la pregunta 2 y 3 – es el grado de conocimiento que tienen los sujetos que forman parte del sistema penal del país sobre el consentimiento del ofendido. Por lo que, según lo manifestado, se concluye indicando que existe desconocimiento por parte de los actores del sistema penal, respecto al tema (el consentimiento del ofendido como causa de justificación) lo que podría constituirse en un problema su admisibilidad y tratamiento en la legislación penal del país. Por otro lado, se constituye también en un problema el hecho de que no se podrá establecer con claridad los aspectos requeridos con el planteamiento de las preguntas que siguen.

4 ¿Conoce usted si el consentimiento del ofendido se encuentra regulado en el Código Penal boliviano?

Entre las respuestas emitidas¹⁸⁷, respeto a esta pregunta están:

- “No se encuentra legislado”
- “No se encuentra regulado”
- “No”
- “No, presumo que no”
- “No está regulado actualmente del todo”

¹⁸⁷ Repuestas dadas a la pregunta número 4 de los cuestionarios adjuntos en anexos 1

- “Desconozco, pero pienso que debería estar, respetando la voluntad de la persona”

De lo expuesto, se concluye afirmando que la población entrevistada, sabe que este instituto no se encuentra regulado en el Código Penal boliviano. En ese entendido, muchos afirman la ausencia de regulación del consentimiento del ofendido en la norma penal vigente, en cambio para algunos el tema es desconocido y uno que otro se animó a afirmar que el consentimiento está descrito en ciertos tipos penales o en su caso se la considera en el ámbito civil. Lo importante es precisar si la población entrevistada, sabe que el consentimiento del ofendido no está previsto en el Código Penal del país, esto a efectos de viabilizar la manifestación de razonamientos respecto a la necesidad de su incorporación, misma que se precisará en la pregunta que sigue.

5 Según su criterio ¿será necesario incorporar el consentimiento del ofendido en nuestra legislación? ¿Por qué?

Algunas de las oposiciones emitidas¹⁸⁸ respecto a esta pregunta, son las que siguen:

Los que están a favor:

- “Si, si es proporcional, si existe el delito que no conlleve la muerte de la víctima”
- “podría incorporarse para ciertos tipos de delitos como las patrimoniales en donde el consentimiento es un elemento constitutivo”
- “Si a efectos de determinar el grado de responsabilidad del acusado”
- “Si es necesario y podría ser útil para aquellos casos en que una persona tenga necesidad de abortar. En este caso el medico que practique el aborto podría eximir su conducta a la antijuricidad”

¹⁸⁸ Respuestas dadas a la pregunta número 5 de los cuestionarios adjuntos en anexos 1

- “Según mi criterio no sería bueno incorporar, por cuanto las ciudadanos o personas que cometen delitos tratarían de acogerse a ella”

Los que están en contra:

- “No, porque daría lugar a la impunidad”
- “En el ámbito probatorio sería poco facultativo introducirlo al sistema penal, generaría varias dilaciones y muchas lagunas mentales”
- “No porque ya no habría delito al ingresar el consentimiento del ofendido”
- “No me parece necesario”
- “No creo que sea necesario, porque ya en la tipificación se establece el animus de la víctima”
- “No porque generaría mayor lentitud en procesos demostrar si se dio la figura”
- “No, porque daría lugar a que se comentan actos (delitos) y bajo el argumento de que tuvo consentimiento del ofendido, no se castigue, toda vez que no se lo podrá tipificar como una realidad corresponde, además ya existen otras causas de justificación”
- “No, nuestra sociedad no tiene madurez ni educación moral y legal para ejercer el consentimiento del ofendido de manera transparente y necesaria. Se daría pie a una serie de fraudes para cometer delitos sin sanción”

Otros:

- “Es discutible, se sostiene que el consentimiento excluye la lesión del bien jurídico y en consecuencia su tipicidad”
- “Se podría incorporar para casos excepcionales”

De la observación de los criterios emitidos respecto a esta pregunta, más de la mitad de los entrevistados están en contra de la incorporación de este instituto en la legislación penal del país, cotejándose con una menor cantidad de los entrevistados que están a favor de su incorporación. Se tienen asimismo a otros

pocos que no se inclinan por ninguna de las dos posiciones, indicando que es un tema discutible o en su caso se podría considerar para ciertos tipos penales.

Los que están en contra de la incorporación del consentimiento del ofendido en el Código Penal boliviano, manifiestan (según los criterios citados) que, de incorporarse el consentimiento del ofendido como otra causa de justificación se daría lugar a la impunidad en la realización de los hechos punibles; otros pocos indican que la sociedad boliviana – sobre todo los administradores de justicia – no tienen criterios “morales y legales” apropiados para regular su aplicación y algunos más dicen que, el consentimiento al ser la manifestación de la voluntad del sujeto, es subjetivo, lo que hace que sea muy difícil de probar su presencia, perjudicando de esta manera el desarrollo de los procesos penales haciéndolos más lentos y complicados, sobre todo al momento de dilucidar sobre las pruebas.

En cuanto a las posturas de los que están de acuerdo con la incorporación del consentimiento en el código penal, también se tienen criterios diversos. Algunos indican que sería bueno la incorporación del consentimiento en la norma penal, para evitar la aplicación de sanciones penales a personas que actúan ante el consentimiento del sujeto pasivo; otros creen que puede ser un elemento que disminuya la carga procesal en los juzgados y para alguien más, este instituto debiera ser aplicada sólo en ciertos delitos, como ser el aborto y las supuestas violaciones. Asimismo, se aprecian criterios que afirman que el consentimiento del ofendido – de ser incorporado en la legislación penal de Bolivia – debiera ser considerada sólo en delitos que impliquen la vulneración de bienes jurídicos propios.

En suma, puede ser que, ante el desconocimiento del tema, la población entrevistada no pueda establecer con claridad la admisibilidad o no del consentimiento del ofendido en la legislación penal boliviana. Sin embargo, los criterios recabados, permiten determinar que la mayoría de los sujetos entrevistados no están de acuerdo con la incorporación del consentimiento del ofendido en el Código Penal boliviano, las razones, se pueden resumir en la impunidad que se

pueda generar como producto de su aplicación. A pesar de ello se sostiene la importancia de este instituto como otra causa de justificación que si bien puede incurrir en los erros ya mencionados también alcanza a ofrecer ventajas considerables como ser; la descongestión del sistema penal reduciendo la carga procesal, evitaría la activación del sistema ante acciones irrelevantes (consentidas) para el derecho penal y demás situaciones mencionadas por los entrevistados.

6 De incorporarse el consentimiento del ofendido como otra causa de justificación en nuestra norma penal ¿en qué nivel o elemento del delito se la debe considerar?

Presentamos a continuación ciertos criterios¹⁸⁹ expresados como respuesta a esta pregunta:

- “En el último nivel para poder llegar a un a investigación final dependiendo de la declaración de la supuesta víctima”
- “Como delito culposo”
- “Tipicidad y antijuricidad”
- “En delitos contra la propiedad ya que el consentimiento es un elemento constitutivo...”
- “dentro de los elementos del delito, las causas de justificación siempre han de llevarse en la antijuricidad de la acción de la persona”
- “en la imputabilidad”
- “Por supuesto cuando hablamos del consentimiento como causa de justificación se la debe considerar en el elemento subjetivo de la persona misma dentro de la esfera de la antijuricidad”
- “Como atenuante”
- “en la antijuricidad”

¹⁸⁹ Respuestas dadas a la pregunta número 6 de los cuestionarios adjuntos en anexos 1

- “En la acción”
- “Desconozco”

En las respuestas dadas a la pregunta 6 del cuestionario, los sujetos entrevistados – en su mayoría – no logran precisar el nivel o elemento del delito en el que pueda operar el consentimiento del ofendido. Las razones, puede ser que se deba al desconocimiento del tema (consentimiento del ofendido), sin embargo, sugerir que el consentimiento del ofendido proceda como causa de justificación, deja ver que dicho instituto debe ser considerada en el nivel de la antijuricidad. A pesar de ello, la población entrevistada manifiesta cierta confusión, sólo algunos establecen con convicción que es posible considerar al consentimiento en el nivel de la antijuricidad o en su caso en el nivel de la tipicidad o ambos, por lo demás, se tienen respuestas que sugieren que este instituto, debe ser considerada: como delito culposo, como eximente de responsabilidad penal, en la imputabilidad, en la acción, en delitos contra la propiedad, delitos del ámbito privado y otros que no tienen nada que ver con los distintos niveles del delito.

Tales respuestas, junto a otras (no sé, o no responden nada) que indican el desconocimiento del sujeto al momento de precisar el nivel en el que deba ser considerado el consentimiento del ofendido, dejar relucir la falta de comprensión dogmática respecto a los elementos del delito y sobre todo del tema abordado, por parte de los actores del sistema penal del país. En tal sentido, tampoco se puede discutir sobre su tratamiento y consecuencias. Sin embargo, lo que interesa saber – a partir de las respuestas emitidas en este ítem – es, qué nivel consideran, como más apropiado para la procedencia del consentimiento del ofendido los actores de la administración de justicia en el sistema penal del país. Al respecto, se concluye indicando que la mayoría concibe como apropiado el nivel de la antijuricidad.

7 De incorporarse el consentimiento del ofendido como otra causa de justificación en nuestra legislación ¿Cuáles serían las ventajas que este instituto ofrece al sistema penal?

A continuación, se citan ciertos criterios sobre las ventajas¹⁹⁰ que ofrece el consentimiento:

- “Que una supuesta denuncia ya no tendría conocimiento el juez, directamente los resolverían en el Ministerio Público o en la Policía”
- “Mayor aprovechamiento de la norma penal y menos congestión de expedientes y casos en el juzgado ya que actualmente existe estancamiento en tribunales y casos sin finalizar por este congestión de casos, expedientes”
- “La saturación del sistema penal reduciría un poco, haciéndose cargo de los delitos no consentidos”
- “Mayor aprovechamiento de la norma penal como tal y menos retardación en el proceso ya que hoy en día los procesos se estancan y tardan 20, 30 años en culminarse y todo por culpa del sistema penal”
- “Que las personas que realicen una acción considerada delictiva pueda justificar su acción indicando que el ofendido en virtud de su autonomía de voluntad ha consentido en el hecho...”
- “Una posible ventaja sería disminuir la población carcelaria pero poco factible en realidad”
- “Limitar el ius puniendi”
- “Más sistemas y alternativas de defensa”
- “En mi opinión...no le veo ventajas, por el contrario, evadirían sus responsabilidades y quedarían sin castigo”

¹⁹⁰ Respuestas dadas a la pregunta número 7 de los cuestionarios adjuntos en anexos 1

Como se indicó primitivamente, hay desconocimiento del tema por parte de los sujetos entrevistados, por lo que, respecto a los razonamientos emitidos como respuesta a esta pregunta, se tiene que la población entrevistada no puede establecer con claridad las ventajas que el consentimiento del ofendido pueda significar en el sistema penal del país. En este entendido, algunos de los entrevistados creen que, este instituto eliminaría la carga procesal descongestionando el sistema penal, otros indican que evitaría la sanción penal de personas inocentes, asimismo están los que consideran que evitaría la retardación de justicia, soslayándose además el hacinamiento en los centros penitenciarios.

Asimismo, se indica que sería un factor que limitaría el poder punitivo del Estado y también están los que afirman que generaría mayores elementos de defensa. Por otro lado, en este ítem, se encuentran respuestas que afirman que no existen ventajas, al contrario, el consentimiento sería una desventaja que daría lugar a la impunidad de los agresores. Sin embargo y enfatizando en las ventajas manifestadas por los sujetos entrevistados, se revela un panorama favorable para la aplicación del consentimiento del ofendido como otra causa de justificación en la norma penal vigente.

8 ¿Qué aspectos negativos generaría el consentimiento del ofendido como otra causa de justificación en el sistema penal boliviano?

Se hace mención de posturas manifestadas respecto a las desventajas¹⁹¹ del consentimiento:

- “De realizar hechos delictivos planificados, perfectos”
- “Controversias en cuanto a derechos del acusado y la víctima”
- “Impunidad”

¹⁹¹ Respuestas dadas a la pregunta número 8 de los cuestionarios adjuntos en anexos 1

- “En cuanto a los aspectos negativos el ámbito probatorio sería el más afectado puesto que el consentimiento de la persona es subjetivo y generaría discusiones a la hora de probarlo”
- “Consentir ataques a bienes jurídicos”
- “...Generaría problemas a la hora de probar esta causa de justificación porque si hablamos del consentimiento de la persona, de su fuero interno, no existe hasta el momento un medio probatorio inequívoco del mismo”
- “Que cualquier hecho pueda ser eximido de responsabilidad penal alegando un consentir que difícilmente puede ser probada, es por esto que esta justificación debe ocuparse solo de ciertas conducta”
- “La posibilidad de generar impunidad en ciertos agresores”
- “Que no se pueda sancionar, porque se ampararían en el consentimiento del ofendido para hacer lícitos una ilicitud”

En cuanto a las desventajas y conforme lo expuesto, se establece que los sujetos entrevistados mencionan entre otras desventajas: el consentimiento daría lugar a la impunidad, generaría controversias en cuanto a la predominancia de los derechos ya sea de la víctima o del agresor, crearía problemas en el ámbito probatorio y discrepancias respecto a su procedencia en determinados delitos (de acción pública o probada). Asimismo, se indica como desventaja; liberación de la pena sin justa causa; la limitación del poder punitivo del Estado, que ante el consentimiento de la víctima pierde cierta facultad y que en determinados casos en los que el consentimiento no estuvo presente se la argumente a fin de buscar la inimputabilidad del sujeto activo. Tales razonamientos están orientados a afirmar que la admisibilidad y sobre todo el tratamiento que se le dé al consentimiento del ofendido puede ser inapropiada.

En conclusión, entre otras respuestas emitidas en relación a la pregunta 7 y 8 están además las que indican que es inviable la aplicación del consentimiento, por tanto, no se puede establecer ventajas ni desventajas y por otro lado están los que

se abstienen de emitir un criterio (no respondieron nada). Todas las respuestas pronunciadas por los sujetos entrevistados, permiten deducir que, así como hay ventajas que pueden ser emanadas de la admisibilidad y tratamiento del consentimiento en la legislación nacional, también se pueden presentar desventajas. Sin embargo, a partir de los planteamientos teóricos dogmáticos y la correcta administración de este instituto, se alega que la misma generaría mayores ventajas que desventajas.

9 ¿Qué requisitos deberían operar para la procedencia del consentimiento del ofendido como causa de justificación?

Como respuestas¹⁹² a la pregunta planteada, se tienen a continuación algunas de las mismas:

- “Bien susceptible de disposición, capacidad del titular del bien, consentimiento anterior o concomitante, que sea expreso”
- “Sólo delitos de carácter patrimonial, considerado solo como atenuante, aceptación ratificado de manera personal por el ofendido”
- “Capacidad de obrar, mayor de edad, que no exista violencia, ni intimidación, ni dolo”
- “La afirmación bajo juramento del ofendido, así como del agresor, de que los hechos sucedieron como dicen”
- “Consentimiento expreso y documentado, que la víctima se encuentre en uso de todas sus facultades y que el delito sea clasificado dentro de los hechos que posibilitan esta justificación”
- “Consentimiento voluntario valido sin presiones, cuando este no haya sido otorgado por violencia o intimidación, estado de necesidad, debe ser anterior a la acción”
- “Considerar que esta figura debe contar con 4 requisitos esenciales; titularidad del bien jurídico, capacidad, libertad, conciencia y exteriorización”

¹⁹² Repuestas dadas a la pregunta número 9 de los cuestionarios adjuntos en anexos 1

- “Primero establecer el consentimiento y capacidad que tiene el que da la aceptación si puede existir esa negociación, segundo si existe realmente un bien jurídico lesionado y se habrá el interés para activar el sistema penal por su importancia en el ámbito legal”
- “Examen psicológico que acompañe la manifestación del consentimiento o si es anterior, otros medios de prueba”

Las respuestas manifestadas, están orientados a establecer los requisitos que deben ser considerados para la procedencia y aplicación del consentimiento del ofendido en la norma penal del país. Respecto a las mismas, un reducido número de entrevistados, mencionan como requisitos: la titularidad del bien jurídico, la capacidad de obrar, la ausencia de vicios en el consentimiento, que el consentimiento manifestado sea anterior a la realización del hecho y que el consentimiento sea expreso. Los mismos pueden ser tenidos como oportunos, sin embargo, la mayoría de los entrevistados no han podido precisar apropiadamente los requisitos que debieran tenerse en cuenta al momento de aplicar el consentimiento como causa de justificación de la acción penal.

Como se afirmó anteriormente, el desconocimiento del tema por parte de los sujetos entrevistados, dificultan la correcta resolución del cuestionario. En este sentido, cuando se pide señalar los requisitos para el tratamiento del consentimiento del ofendido, esta inexperiencia también se constituye en un conflicto que da lugar a que, algunos entrevistados procedan a trazar como requisitos ciertos aspectos como ser: la intervención de psicólogos, el hecho de probar si realmente la acción fue consentida, la ausencia de interés, la ponderación de bienes jurídico, la procedencia del consentimiento de ascendientes y descendientes, el establecimiento de falta de interés por parte del sujeto activo y otros. Juicios que, si bien pueden ser consideradas entre los requisitos, no se adecua a los planteamientos de la dogmática penal. Por otro lado, de la revisión de los cuestionarios, algunos de los entrevistados, no respondieron a esta pregunta.

10 ¿Conoce usted alguna Sentencia Constitucional que haya determinado la procedencia del consentimiento del ofendido como causa de exclusión del tipo o como causa de justificación que exima de responsabilidad penal al sujeto activo, en nuestro país?

Entre las respuestas dadas a esta pregunta, referente a si se tiene conocimiento de alguna Sentencia Constitucional que haya resuelto un caso en el que, el consentimiento fuera argumentado como causa de atipicidad o de justificación, eximiendo de responsabilidad penal al sujeto activo, al respecto los entrevistados indican que no tener conocimiento de ninguna Sentencia Constitucional. Lo que permite establecer que, hasta la fecha, no se presentó caso alguno en el que se haya dilucidado el consentimiento del ofendido como causa de exclusión del tipo o como causa de justificación en el país, por lo que tampoco existe Sentencias Constitucionales referentes a esta cuestión.

Sin embargo, conforme lo mencionado por algunos de los entrevistados, en estrados judiciales, sobre todo en delitos de violación, allanamiento de domicilio, abuso sexual, aborto y otro, se argumenta el consentimiento de la víctima, pero dichos argumentos carecen de legalidad ya que la norma penal no prevé dicho instituto en su parte general. En los mencionados delitos, ante la aplicación de una sentencia condenatoria, las apelaciones restringidas no pueden ser fundadas en la preeminencia del consentimiento de la víctima en el hecho punible, pues ella no procede, por no estar contemplada en la legislación penal. Esto explica la ausencia de Sentencias Constitucionales pronunciadas en favor del agresor, bajo el fundamento de la procedencia del consentimiento del ofendido como causa de justificación.

2. Aportes a considerar

De la revisión y análisis realizado al instrumento aplicado a diferentes sujetos, ya sean actores del sistema penal (jueces, fiscales, abogados de profesión libre y

agentes policiales de la FELCC) o personas afines a la misma (estudiantes de derecho y funcionarios públicos de profesión abogado) se deduce:

- La mayoría de la población mencionada, sabe sobre las causas de justificación contemplados en la legislación penal boliviano, asimismo conocen que el consentimiento del ofendido no está previsto entre las mismas.
- Aproximadamente la mitad de los entrevistados afirman tener conocimiento sobre el consentimiento del ofendo, pero no tienen un criterio preciso sobre la mismas, lo que es contradictorio, por lo que se ha establecido que, la población entrevistada desconoce el tema en cuestión.
- Los entrevistados en su generalidad indican que el consentimiento del ofendido no está contemplado en el Código Penal de Bolivia.
- Más de la mitad de los entrevistados indican no estar de acuerdos con la incorporación del consentimiento del ofendido en la legislación penal del país, por diversas razones, la más relevante es la impunidad que la misma puede producir. Los que están a favor de la incorporar el consentimiento del ofendido en la legislación nacional son aproximadamente el 40 % de los entrevistados, la razón el descongestionamiento del sistema penal.
- Respeto a si el consentimiento debe operar en el nivel de la tipicidad o antijuricidad, los entrevistado no han podido emitir criterios apropiados. Sin embargo, de la respuesta de unos pocos, se deduce que este instituto debe operar en el nivel de la antijuricidad.
- Respecto a las ventajas y desventajas que produciría la admisibilidad y el tratamiento de este instituto en la norma penal de Bolivia: las ventajas, la reducción de la carga procesal, descongestionamiento del sistema penal, absolución de inocentes, evitar la retardación de justicia, reducción del hacinamiento en los centros penitenciarios y la limitación del poder punitivo del Estado. Entre las desventajas están; liberación de la pena sin justa causa; la limitación del poder punitivo del Estado, que ante el consentimiento de la

víctima pierde cierta facultad y que en determinados casos en los que el consentimiento no estuvo presente se la argumente a fin de buscar la inimputabilidad del sujeto activo.

- Respecto a los requisitos para la procedencia del consentimiento del ofendido, se ha establecido que la población entrevistada, ante el desconocimiento del tema, no los precisa con claridad. Sin embargo, los sugeridos son: la titularidad del bien jurídico, la capacidad de obrar, la ausencia de vicios en el consentimiento, que el consentimiento manifestado sea anterior a la realización del hecho y que el consentimiento sea expreso.
- Lo entrevistados desconocen de Sentencias Constitucionales que haya tenido como fundamento al consentimiento del ofendido como causa de justificación de la acción penal. Por lo que se establece que, hasta la fecha, no se presentó caso alguno en el que se haya dilucidado el consentimiento del ofendido como causa de exclusión del tipo o como causa de justificación en el país.

CAPÍTULO VI

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

1. Conclusiones

De las exposiciones realizadas en los distintos capítulos del presente trabajo de investigación se llega a las siguientes conclusiones:

La vida en sociedad implica aceptar reglas, cumplir deberes y ejercer derechos. Los derechos, sólo pueden ser alcanzados cuando están incluidos en un ordenamiento jurídico, que priorice los derechos fundamentales y con este afán deben expandirse. En Bolivia, como en cualquier otro Estado democrático de derecho, la Constitución Política del Estado es la norma suprema que garantiza el cumplimiento, por un lado, de los deberes y por otra de los derechos. Por lo que, las normas complementarias deben estar acordes a las disposiciones constitucionales. En el ámbito penal, los trabajos realizados hasta la fecha, prevén tales aspectos y la propuesta planteada, dirigida a la modificación de la parte general, que permita introducir al consentimiento del ofendido como causa de justificación, también debe ir en la misma línea.

De las exposiciones hechas a lo largo de la presente tesis, se estipula que el *consentimiento* es una manifestación de la voluntad humana con bases constitucionales. Esto, entendiendo que la libertad de autodeterminación es inherente a la persona, lo que le permite disponer libremente de sus bienes jurídicos dentro de una determinada esfera de dominio. Es de esta manera que el titular del bien jurídico, tiene la facultad de renunciar a la protección penal, con dignidad a fin de alcanzar el desarrollo de su persona. Sin embargo, y como se ha mencionado anteriormente, todo lo relacionado al ejercicio de los derechos debe estar normado y tutelado por el Estado, por lo que, el consentimiento como un elemento que justifica y exime de responsabilidad penal, al sujeto activo también debe ser regulado, en este caso en la parte general del Código Penal.

1) Aspectos generales:

Se ha visto necesario establecer algunas disipaciones teórico-dogmáticos que propician el tratamiento del consentimiento en la norma penal. Si bien, la propuesta tiene al consentimiento como causa de justificación que excluya la antijuricidad, no se puede obviar el nivel de la tipicidad ya que la misma también es objeto de afectación por el asentimiento manifestado por el titular del bien. Aspectos que propician la conceptualización de la tipicidad y la antijuricidad, esta última, con sus elementos negativos (estado de necesidad y defensa necesaria). Asimismo, y para mayor viabilidad de la propuesta, se establece la vinculación entre estos elementos (tipicidad y antijuricidad) del delito.

Sobre el vínculo existente entre tipicidad y antijuricidad, se ha hecho mención a distintas teorías, como ser la **acromática**, que rechaza toda relación existente entre estos elementos; la **subsidiaria**, señala que la tipicidad cierra el juicio de antijuricidad y las causas de justificación actúan como elementos negativos del tipo eliminándolo; la **indiciaria**, la más aceptada, dice que la conducta es típica presupone su antijuricidad, por lo que la tipicidad es un indicio o presunción *juris tantum* y la **teoría de los elementos negativos del tipo**, plantea que la tipicidad cierra el juicio de la antijuridicidad, y que la justificación elimina a la tipicidad. Esta última, es sobre la que se fundamenta la presente propuesta., pues, se plantea que, el consentimiento como causa de justificación también repercute en la tipicidad, por lo que la conducta deja de ser antijurídica y por ende típica.

2) El consentimiento, su naturaleza y sus fundamentos.

El consentimiento entendido como el poder que la persona tiene para expresar libremente su propia voluntad, renunciando total o parcialmente, en lo que se refiere a bienes jurídicos individuales dentro de su respectiva esfera de dominio, tiene sus antecedentes en el Derecho Romano en la frase "*nulla iniuria est, quae in volentem fiat*" que quiere decir, lo que se realiza con la voluntad del lesionado, no constituye injusto, instituido por el jurista Ulpiano de los años 170 y 228 d.C. Desde aquel

entonces, hasta la actualidad, las concepciones respecto a esta institución han sufrido transformaciones, quedando establecido como la expresión de la libre voluntad del sujeto que consiente la agresión, renunciando así (mediante el abandono de sus intereses) a la protección penal.

El consentimiento en el Derecho romano, era aplicable en algunos tipos penales que protegían bienes jurídicos individuales, actualmente se la concibe como causa de atipicidad y/o de justificación de la conducta. Al respecto y desde el criterio de Muñoz Conde, a partir de los efectos que tiene el consentimiento, se explica su **naturaleza jurídica** que vendría a radicar en: **consentimiento como causa de atipicidad**, prevé que, los tipos penales deben determinar, en forma directa o indirecta, a la ausencia de consentimiento, o bien lo dan por supuesto; **consentimiento como causa de justificación** en la que, el ordenamiento jurídico le conceda a la persona protegida la posibilidad de emplear su derecho de autodeterminación, renunciando a la protección penal; **consentimiento como atenuante de la pena**, procede en casos de afectar a bienes jurídicos colectivos.

El consentimiento tiene como **fundamento** primordial a **la dignidad**, considerada como un principio humano de suma importancia, ya que se manifiesta en el respeto que se debe dar a todo ser humano por el hecho de ser humano, propiciando su libre **desarrollo personal**, conforme su propia ética y toma de decisiones (libre albedrío). A partir de ello se establece que, es en la relación existente entre la dignidad y los bienes jurídicos, valores, derechos e intereses que coadyuvan en la autorrealización, donde cobra importancia el consentimiento. Por otro lado, desde la doctrina, el **fundamento jurídico** del consentimiento del ofendido, según la doctrina, radica en el bien jurídico que puede ser libremente dispuesto o sacrificado por quien la ostenta.

El consentimiento, según algunos criterios es propio de Derecho civil, sin embargo, a partir del análisis de las teorías expuestas (privatista o civilista, la autonomista y la intermedia, mediadora o ecléctica) y conforme lo planteado por la

teoría intermedia, mediadora o ecléctica, se afirma que el consentimiento en Derecho penal no es igual al del Derecho civil. Las diferencias residen en: la capacidad de obrar, en el ámbito penal, en ciertas circunstancias el menor puede consentir, pero en el ámbito civil, no; en el ámbito penal el consentimiento debe ser manifestado antes de la lesión al bien jurídico, lo que no ocurre en el ámbito civil. Entonces, en el Derecho penal, el consentimiento no se requiere de un consentimiento expreso, siendo suficiente un consentimiento mediante una acción concluyente.

3) El consentimiento su ámbito de aplicación y requisitos

El consentimiento puede ser aplicado en el **injusto doloso y el injusto imprudente**. Respecto al primero, el consentimiento, opera tanto en el disvalor de la acción como en el disvalor del resultado, no es posible consentir sobre la acción que lesiona o pone en peligro un bien jurídico individual, sin consentir con ello también en el resultado, en este caso el consentimiento anula el delito. En cuanto al segundo, el consentimiento no es aplicable en estos delitos, porque no es posible consentir la acción y no el resulta, por tanto, con la configuración de ambos, el consentimiento se anula y la acción se constituye en delito.

Para asegurar la validez del consentimiento dentro de la teoría jurídica del delito, es importante el cumplimiento de sus **los requisitos**, como ser: la titularidad del bien jurídico, la capacidad, manifestación inequívoca del consentimiento, ausencia de vicios y la manifestación de la renuncia a la protección penal antes de la realización del hecho, la exteriorización (a través de una acción cualquiera) y la libertad de acción de quien consiente. Los mismos, legitiman al consentimiento como causa de justificación que elimine la responsabilidad penal del sujeto activo.

4) Consentimiento y Acuerdo

Respecto a las diferencias entre consentimiento y acuerdo, se concluye indicando que la doctrina presenta tres teorías:

Siendo la primera, la **teoría dualista**, que considera que el acuerdo y consentimiento tienen un tratamiento dogmático distinto, el acuerdo excluye el tipo (causa de atipicidad), mientras que el consentimiento excluyente de la antijurídica (causa de justificación). Las críticas expuestas respecto a esta teoría permiten establecer que, a la larga, el acuerdo y consentimiento son lo mismo y que, la conducta asentida, aparte de justificar la acción, también excluirá el tipo. Los exponentes de esta teoría no consideran; que la conducta consentida puede dar lugar a otra tipicidad deferente, en determinados supuestos delictivos la atipicidad de la conducta no dependa de la aprobación del titular del bien jurídico, sino más bien, de la regulación penal de esa actividad, y no hay claridad en cuanto al tratamiento dogmático que se le asigna al asentimiento aprobatorio, es decir, como causa de atipicidad o justificación.

La segunda, es la **teoría unitaria**, no distinguen entre el acuerdo como causa de atipicidad (acuerdo, asentimiento o conformidad) y el consentimiento como causa de justificación (consentimiento en sentido estricto), sino que consideran que, en el caso de bienes jurídicos individuales disponibles, el consentimiento siempre debe excluirse la tipicidad de la conducta. Y la tercera, **teoría diferenciadora**, considera que el acuerdo actúa como causa de atipicidad y el consentimiento como causa de justificación; la primera entiende que el consentimiento forma parte de la estructura típica como una característica negativa que aparece de forma expresa o se deduce tácitamente del tipo, lo que convierte al hecho en atípico; la segunda, concibe a su vez tres teorías: la teoría del negocio jurídico, la teoría de ponderación de bienes y la teoría de la renuncia al interés, esta última es la más aceptada, pues el titular de la bien jurídica renuncia a la protección penal, al consentir la vulneración de su bien jurídico, dando lugar a la causa de justificación.

Las diferencias existentes entre el acuerdo y consentimiento: en el primero la voluntad no necesita ser exteriorizado, en la segunda sí; el acuerdo exige sólo la voluntad de la víctima, pero el consentimiento, exige que el afectado goce del juicio y equilibrio mental; los vicios de voluntad serían irrelevantes para el acuerdo, pero

harían ineficaz el consentimiento; las lesiones que atentan contra las buenas costumbres, sólo es válido para consentimiento, no para el acuerdo. Son diferencias que permiten establecer, que estos dos institutos son diferentes, sin embargo, entendiendo al acuerdo como una forma de consentir la realización de la acción ilícita y teniendo en cuenta que algunos teóricos de la dogmática penal, no hacen diferencia entre estos dos institutos, sino más bien, abordan “al consentimiento como acuerdo y al consentimiento en sentido estricto” por ende y conforme lo expuesto en la teoría dualista, ambos pueden recibir el mismo tratamiento.

5) Consentimiento sus formas y tipos que no lo admiten

El consentimiento puede ser: expreso (es perceptible a simple vista), tácito (no se da en forma expresa, pero tampoco es presunta), presunta (se presume que el titular habría querido la realización del hecho). El consentimiento, requiere de manifestación expresa, tiene por objeto la acción y el resultado y es susceptible de revocación. El consentimiento según la doctrina alemana, no es admitida en los tipos penales que implican la lesión de bienes jurídicos que afectan a la sociedad y en los delitos contra la función pública. Los vicios (engaño, error, amenaza y violencia) en la voluntad del consentimiento expuestos por Roxin eliminan al consentimiento, haciendo a la acción ilícita y punible.

6) Consentimiento como expresión de la libre disponibilidad de los bienes jurídicos propios y la exclusión de la antijuricidad y el tipo.

En este punto radica la propuesta del presente trabajo de investigación, al respecto se concluye indicando que, a partir de la teoría dualista y las críticas hechas a la misma, se establece que el consentimiento y el acuerdo reciben el mismo tratamiento dogmático al grado de emplearlos sin distinción. Al respecto se han expuesto planteamientos como del profesor Roxin, quien indica que es improductiva conceder a tales figuras un tratamiento diferencial; en la misma línea

Polaino–Orts, entiende que los argumentos de la teoría dualista, resultan insuficientes, en cuanto a dar un tratamiento diferencial entre el acuerdo y el consentimiento y finalmente Mir Puig, afirma que tanto el consentimiento, como el acuerdo, sobre la aceptación de un determinado riesgo producido por un tercero, presupone el derecho de autodeterminación del sujeto. Entonces tanto el acuerdo como el consentimiento terminan afectando a la tipicidad de la acción.

Por otro lado, y partiendo del derecho de libre disponibilidad que tiene el titular del bien jurídico, el sujeto sólo podrá disponer de los bienes subjetivos que conformen su propia esfera de libertad. Asimismo, debe tenerse presente, que el ámbito de organización significa ejercicio de libertad y estar consciente de que la libertad es un componente esencial de la autodeterminación. En ese entendido y conforme lo señalado por la teoría indiciaria de la antijuridicidad que establece que, advertida la concurrencia del tipo, tanto en su dimensión objetiva como subjetiva, se estima que la conducta, no solamente es típica, sino también antijurídica por lo que el consentimiento opera sobre ambos. En la misma línea la teoría de la *ratio essendi*, dentro de la cual se establece la teoría de los *elementos negativos del tipo* que plantea que la tipicidad cierra el juicio de la antijuridicidad, y que la justificación elimina a la tipicidad, se plantea que; **el consentimiento del ofendido puede, además de exonerar de responsabilidad a título de justificación una conducta desvalorada, también rechazar la existencia de una conducta típica en tanto que la autorización del sujeto pasivo enervaría la existencia de una conducta típica.**

7) Legislación nacional

Del análisis realizado a la Código Penal de Bolivia, se establece que la misma no prevé al consentimiento del ofendido en su parte general (bases de punibilidad). Asimismo, del análisis de las causas de justificación previstas en esta norma penal, se coteja que el consentimiento del ofendido, no forma parte de las mismas. En concreto a partir 1997 hasta la actualidad, las reformas al Código Penal, no

incorporaron el consentimiento del ofendido entre sus preceptos dogmático, por lo que el código penal vigente carece de esta institución.

Sin embargo, de la revisión realizada a esta norma penal, se ha establecido que hay algunos tipos penales que hacen mención al consentimiento, no precisamente como una causa de justificación, sino más bien como causa de exclusión de la tipicidad. Al respecto se han identificado algunos tipos penales que exigen para su constitución acciones no consentidas, por lo que, la acción consentida, descarta el tipo penal por lo que la acción no es punible. Entonces el consentimiento en el código penal boliviano opera en el nivel de la tipicidad, eliminando el tipo por lo que es una eximente de responsabilidad penal, pero, en algunos tipos penales opera como atenuante.

8) Legislación comparada

Se ha procedido al análisis de las normas penales, de países como ser; Alemania, México, Perú y Colombia por la similitud que poseen las mismas, en cuanto a la contemplación del consentimiento del ofendido en su parte especial, con excepción de la legislación alemana. Se establece también que, las mencionadas legislaciones, en su generalidad, prevén tipos penales que en su descripción indican la ausencia o presencia del consentimiento como una condición *sine qua non* que determina la penalidad o en su caso la atenuación de la misma, en la comisión del delito.

En cuanto al tratamiento que le asigna a dicha institución de manera particular cada una de las legislaciones mencionadas se tiene lo siguiente:

El Código Penal Alemán a pesar de no contemplar al consentimiento en su parte general, prevé algunos tipos penales que la describen, por lo que, la misma opera en el nivel de la tipicidad y la antijuricidad, como eximente de responsabilidad penal o en su caso como atenuante. Por su parte el Código Penal Mexicano, establece al consentimiento entre sus bases de punibilidad como causa que excluye el delito y

a pesar de ello, prevé tipos penales que la describen entre sus elementos constitutivos. En esta legislación el consentimiento puede operar tanto en el nivel de la antijuricidad, actuando como eximente de responsabilidad penal y en casos concretos como atenuante de la pena.

Por su parte el Código Penal del Perú, describe al consentimiento entre sus bases de punibilidad como eximente de responsabilidad penal, prevé tipos penales que describen a este instituto entre los elementos constitutivos y lo concibe como causa de justificación que exime de responsabilidad penal al sujeto activo. El Código Penal Colombiano, contempla al consentimiento como causa para la ausencia de responsabilidad penal, en su parte general, asimismo contiene tipos penales que describen al consentimiento entre sus elementos constitutivos, opera tanto en el nivel de la tipicidad como de la antijuricidad como eximente de responsabilidad penal.

9) Respecto al análisis de datos recabados

De la recolección y análisis de criterios sobre el consentimiento del ofendido y su posible introducción al Código Penal de Bolivia, se establece que la misma es un tema desconocido por la mayoría de la población entrevistada y no goza de mucha aceptación. La mayoría del sujeto entrevistados indican que el consentimiento no podría ser procedente por diversas causas, las más sugestivas son las que consideran que el consentimiento se constituiría en causa de impunidad debido a la falta de principios y valores de los administradores de justicia y de la sociedad en general. Los menos, que creen favorable la incorporación del consentimiento en la legislación penal boliviana, entre otros, argumentan que propiciaría la reducción de la carga procesal, descongestionamiento del sistema penal, absolución de inocentes, evitaría la retardación de justicia, reducción del hacinamiento en los centros penitenciarios y la limitaría el poder punitivo del Estado.

A pesar de los criterios vertidos respecto al consentimiento del ofendido como causa de justificación que exima de responsabilidad penal al sujeto activo, se persiste en el planteamiento expuesto a lo largo de la tesis.

2. Recomendaciones

Con fundamento en las conclusiones expuestas, se realiza las siguientes recomendaciones:

A partir de los estudios y análisis desarrollados en la presente investigación, se establece lo importante que es el sistema jurídico penal boliviano, la inserción del consentimiento del ofendido, como una causa de justificación, puesto que, a través de ella, se contribuirá en gran medida, en la redefinición del conflicto penal.

Se ha dejado por sentado, que, desde la doctrina mayoritaria, la regulación normativa comparada, y el mismo entendimiento jurisprudencial, que en aquellos supuestos en los que el sujeto pasivo de un delito, consciente la lesión a un bien jurídico propio, y de disponibilidad, en el marco de un entendimiento acerca de la autorización exteriorizada a tal fin (consentimiento informado), esta situación no tendría por qué desprender responsabilidad penal alguna en relación al sujeto activo que despliega la acción lesiva hacia bien tutelado, operando de esta forma, una eximente completa de la responsabilidad, y es precisamente este, el dimensionamiento que debe arropar la futura regulación de esta nueva causa de justificación que se sugiere, a raíz de la presente investigación, sea introducida en el Código penal boliviano. Ahora bien, la aplicación de esta causa de justificación, adquiriría el mismo dimensionamiento de cualquier otra de su misma naturaleza (doctrinal, normativa comparada y jurisprudencialmente hablando), es decir, el estado de necesidad y la legítima defensa, siendo su aplicación transversal a todo supuesto en el que pueda argüirse su concurrencia, no existiendo mayor limitación, que el concurso de los requisitos y presupuestos que hacen a su esencia, es decir, que quien consienta tenga capacidad para hacerlo, que el consentimiento sea expreso, serio, informado, actual, y sobre bienes propios sobre los cuales el sujeto

pasivo pueda disponer. Luego, cualquier exceso y la ausencia de alguno de estos elementos, tendrá que ser tratado en una dimensión atenuada como una eximente incompleta, o bien, descartar su aplicación y, al igual como sucedería como con cualquier otra causa de justificación, rechazar su aplicación.

Por último, el tratamiento jurisprudencial sobre la materia, puede ser asumido, ya sea desde la teoría de la injusto penal, o bien, desde la perspectiva de los elementos negativos del tipo. En cualquier supuesto, se entenderá como autorizada la acción lesiva del bien jurídico tutelado, al entenderse la concurrencia de una permisión legal al efecto de la aplicación del consentimiento del ofendido.

3. Bibliografía

- Aguilar, Miguel Ángel. *Código Penal Para el Distrito federal, diez años de vigencia*. Instituto de investigación jurídica, México 2013.
- Bacigalupo, Enrique. *Manual de Derecho Penal*. Editorial Temis S.A. Santa Fe de Bogotá-Colombia 1996.
- Behar Daniel. *Metodología de la investigación*. Editorial Shalom. México 2008.
- Berdugo, Ignacio y otros. *Lecciones de Derecho Penal Parte General*. Editorial Praxis, Barcelona 1999.
- Bustamante, Catalina. *La relevancia del consentimiento de los jóvenes mayores de 14 años y menores de 18 años en el delito sexual de estupro*. Tesis doctoral. Quito- Perú, 2015.
- Chang Kcomt, Romy Alexandra. *Consentimiento en Derecho Penal: Análisis Dogmático y Consecuencias Prácticas*. Tesis doctoral. Universidad de Salamanca, escuela de doctorado, doctorado en derecho penal. 2017.
- Código Penal Alemán del 15 de mayo de 1871, traducido en Colombia por López Claudia, con la última reforma del 31 de enero de 1998.
- Código Penal de Colombia, Ley N° 599 de julio de 2000, texto oficial sin modificaciones, editado por el diario oficial N° 44097 del 24 de julio de 2000.
- Código Penal del Estado Mexicano, Decreto N° 165, Código publicado en la Gaceta del Gobierno del Estado mexicano, el lunes 20 de marzo de 2000.
- Código Penal del Perú, Decreto Legislativo N° 635, décima segunda edición oficial de mayo de 2016.
- Díaz, Enrique. *El Consentimiento en el Derecho Penal Mexicano*. Publicación en el diario oficial de la federación, México 1994.

- Diccionario de la lengua española, *Real academia española, vigésima segunda edición, 2001.*
- Domínguez, Marcelo. *El consentimiento del ofendido entre la justificación y la exclusión de la tipicidad.* ISSN 0797-8316, N°. 30 (Ejemplar dedicado a: En homenaje al Profesor Enrique Sayagués Laso), págs. 109-122, Uruguay, 2011.
- Escobar, Santiago. *El consentimiento (ir) relevante de los adolescentes en los delitos sexuales: estudio de casos,* Quito- Ecuador 2016.
- García, Yamil A. *Derecho penal I, tipo, tipicidad y aspectos negativos.* México- Veracruz 2010.
- Hernández Roberto, Fernández Carlos y otros. *Metodología de la investigación.* Quinta edición, editorial Mc Graw Hill educación, México D.F.2010.
- Jescheck, Hans Herinrich. *Tratado de Derecho Penal Parte General.* Editorial Comares, Granada 1993.
- Jiménez de Asúa, Luis. *La Ley y El Delito (principios de derecho penal).* Editorial Hermes. México 1954.
- Jiménez de Asúa, Luis. *Tratado de Derecho Penal. El Delito.* Segunda Parte: Las causas de justificación. Tomo IV, Losada, Buenos Aires, 1952.
- ¹ Machicado, Porfirio. *Manual de ciencias penales.* editorial el original San José, La Paz – Bolivia 2013.
- Mir Puig, Santiago. *Derecho Penal Parte General.* Editorial Tecfoto, Barcelona 1998.
- Molina, Carlos M. *El consentimiento del sujeto pasivo de la infracción a la ley penal.* Revista de U.P.B. Colombia 2016.
- Muñoz Conde, Francisco. *Derecho Penal Parte General.* Editorial Tirant lo Billanch, Valencia, 2004.
- Muñoz, Francisco. *Teoría General del Delito.* Editorial Temis, Bogotá-Colombia 2008.

- Novena Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XV, México febrero de 2002, Pág. 592.
- Peña, Oscar y Almanza, Frank. *Teoría del delito, Manual práctico para su aplicación en la teoría del caso*. Asociación Peruana de ciencias jurídicas uy conciliación, A.P.C. 2010.
- Quiroz Jorge, Lecoña Claudia. *Derecho Penal I*. La Paz-Bolivia 2013.
- Ramos, José. *Causas eximentes de responsabilidad penal*. Monografía, Perú 2016.
- Real academia española, *Diccionario de la lengua española*, vigésimo tercera edición, edición del tricentenario Espasa, 2014.
- Reyna, Luis Miguel. Homicidio a petición, instigación y ayuda al suicidio en el derecho penal: una lectura constitucional de los artículos 112 y 113 del Código Penal peruano. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas. México 2018.
- Ríos, Jaime. *El consentimiento en materia penal*. Revista de política Criminal N° 1, universidad de Talca chile, 2006.
- Rodríguez, José María. *Derecho Penal Español - Parte General*. Editorial Gráficas Carasa, Madrid 1979.
- Roxin, Claus. *Derecho Penal Parte General Tomo I, Fundamentos; La Estructura de la Teoría del Delito*. Editorial Civitas S.A. Madrid- España 1997.
- Roxin, Claus. *Causas de justificación, causas de inculpabilidad y otras causas de exclusión de la pena*. Traducido por Miguel Polaino-Navarrete. En: Cuadernos de Política Criminal N° 46, Edersa, Madrid, 1992.
- Sáez, José. Bases de la punibilidad: *Causas de justificación en el código penal de Bolivia*. *Rev. Dig. Acad. Bol. Cienc. Jurid. Penal*, RD. ABOCJUP, N° 1, abril 2008.

- Sandoval, Jaime. *Causales de ausencia de responsabilidad penal*. Revista de Derecho, núm. 19, junio, 2003, pp. 1-18 Universidad del Norte Barranquilla, Colombia.
- Talavera, Luz. *La dignidad de la persona humana y el conocimiento informado*. Revista de la facultad de derecho. Argentina 2016.
- Vital de Almeida, Ricardo. *El Consentimiento y su relevancia para la Teoría Jurídica del Delito*. Tesis Doctoral, Granada-España 2006.
- Zamora, Rodrigo. *El consentimiento en la Eutanasia*. Universidad Nacional Autónoma de México, 2001.

ANEXOS