

## ARTÍCULO DE REFLEXIÓN

---

# El consentimiento en sede penal.

## Propuestas de regulación\*

### *The consent in criminal court. Proposals for regulation*

**Aymara Jarrosay Veranes**

Profesora auxiliar de derecho penal general I,  
Universidad de Guantánamo, Cuba  
aymarajv@cug.co.cu

**Juan Carlos Mendoza Pérez**

Profesor auxiliar de derecho civil y derecho de sucesiones,  
Universidad de Guantánamo, Cuba  
jcperez@cug.co.cu

**Liuver Camilo Momblanc**

Especialista en derecho penal, profesor auxiliar de derecho Penal,  
Universidad de Oriente, Cuba  
liuverc@uo.edu.cu

Recibido: 26/03/2020    Aprobado: 05/06/2020  
DOI: 10.25054/16576799.2547

## RESUMEN

La problemática que hoy genera la inexistencia de una opinión unánime referido al consentimiento penal, que de algún modo conmine a que los cuerpos normativos penales lo declaren o acojan de manera expresa en su texto; y la verdadera existencia de una laguna cognitiva en nuestro país relacionado con nuestro objeto de estudio, motivan esta investigación. A partir de la sistematización de los presupuestos teóricos que la sustentan, su fundamentación como causa de atipicidad, justificación o atenuación de la sanción penal y el estudio de Derecho comparado, se identifican tales deficiencias. Como principal resultado, se obtiene una propuesta de regulación de la institución en sede penal, en aras de que constituya una garantía para la seguridad y certidumbre del tráfico jurídico.

## PALABRAS CLAVE

Consentimiento Penal; Atipicidad; Presupuestos Teóricos y Prácticos.

## ABSTRACT

The problem that today generates the inexistence of a unanimous opinion referred to the penal consent, that in some way commands that the penal normative bodies declare it or accept it in an express way in their text; and the real existence of a cognitive gap in our country related to our object of study, motivate this investigation. From the systematization of the theoretical assumptions that support it, its foundation as a cause of atypicality, justification or mitigation of the criminal sanction and the study of comparative law, such deficiencies are

\* Artículo de reflexión.

identified. The main result is a proposal for the regulation of the institution in the criminal court, in order to guarantee the security and certainty of the legal traffic.

## KEYWORDS

Criminal Consent; Atypicality; Theoretical and Practical Budgets.

## INTRODUCCIÓN

### El consentimiento en sede penal

es un instituto de personalidad jurídica tan fuerte y constante que las más distintas explicaciones y calificaciones que le encuentran los juristas, y algunas de ellas en clave de simplificación, no consiguen apaciguar la intensa discusión con respecto a él, ni tampoco los **espacios crecientes de importancia** que viene ocupando, cada vez más en el escenario jurídico donde la libertad y los derechos individuales son defendidos y mantenidos (Vital de Almeida, 2006, p. 30).

Por tanto, es una de las instituciones que merece su revisión a fin de fundamentar la necesidad de una perfección legislativa en Cuba, para que se alcance la efectiva interpretación y aplicación de la norma, debido a la insuficiente regulación del instituto objeto de investigación en el Código Penal cubano. De igual forma se presume que es un tema inextinguible tomando en cuenta que:

El *consentimiento*, en el marco de la Ciencia penal, **no puede** estar lejos de los cambios y de los avances sociales del mundo del siglo XXI, so pena de perder su valioso significado jurídico-existencial. Al fin y al cabo, el Derecho penal no es una ciencia estacionaria, sino un mecanismo jurídico para el **desarrollo** de la persona y de la propia humanidad, a merced de sus características peculiares dentro del ámbito del ordenamiento jurídico (Vital de Almeida, 2006, p. 32).

En los predios de la filología jurídica-foránea la cuestión del consentimiento gira en torno a si el mismo debe ser considerado como una conducta

típica, justificada o en algunos casos como una causa de atenuación de la pena. Aunque no es sencillo encontrar códigos sustantivos con una regulación dedicada expresamente al consentimiento, los autores sí se han detenido a considerar la cuestión; y lo han hecho desde diversos enfoques con distintos grados de profundidad.

Por su parte, Mezger, E. (1935) sostiene la tesis del consentimiento como un elemento que excluye la tipicidad al igual que lo hace buena parte de la doctrina alemana. También Jiménez de Asúa (1977) lo considera un elemento impeditivo para la configuración del tipo penal, así como los penalistas argentinos Zaffaroni, Alagia, y Slokar (2002). Otros autores, defensores de la doctrina más tradicional en este sentido, distinguen entre el consentimiento como una causa de justificación y otro excluyente de la tipicidad (Garrido-Montt, 2003).

Un tercer grupo considera que el consentimiento cuando se trata de la disponibilidad del bien jurídico Vida puede actuar como atenuante de la responsabilidad penal. Visto esto en un análisis detenido entre los argumentos que esgrimen los autores para sostener que la vida no es un bien jurídico disponible entre los que se destaca Roxin (1997) cuando afirma: "Totalmente ineficaz es el consentimiento en el caso del bien jurídico individual vida humana (...) el consentimiento en la propia muerte no suprime la punibilidad del hecho, sino que, a lo sumo, la atenúa" (p. 529).

De tal suerte que una de las situaciones problemáticas que presenta la doctrina y la legislación penal cubana

es precisamente la inexistencia de una opinión unánime referido al consentimiento penal, que de algún modo conmine a que los cuerpos normativos penales lo declaren o acojan de manera expresa en su texto; en aras de que constituyan una garantía para la seguridad y certeza en el tráfico jurídico-penal. A contrario sensu, quedarían sin sentido las prohibiciones manifestadas en las figuras delictivas y se limitaría el alcance que ello tiene sobre la responsabilidad penal, o sea, si se está frente a una situación de irresponsabilidad, de plena responsabilidad o de responsabilidad penal atenuada.

De igual modo, se puede afirmar que es casi nulo el panorama al revisar el estado del arte de esta materia en Cuba, donde no se ha encontrado ningún autor que haya investigado el tema desde el punto de vista del Derecho Penal. La anterior situación acentúa la verdadera existencia de un vacío en nuestro país relacionado con nuestro objeto de investigación; lo cual exige ser superado como un mecanismo que garantice el cumplimiento de los fines de la ciencia jurídico-penal y el efectivo carácter de aplicación de última ratio del Derecho Penal.

A propósito de este prescrito tratamiento doctrinal del contenido en Cuba, se intuye necesario profundizar en el estudio de las particularidades del consentimiento en sede penal, para luego adentrarse en el análisis de la eficacia de su regulación técnico-jurídica. En la parte general del Código Penal cubano, referido al consentimiento, la ausencia de una referencia obligatoria es clara. Reseña que sería necesaria para que, en los tipos de la parte especial del código, en atención al bien jurídico tutelado por la norma, el consentimiento sea relevante a los efectos de la adecuación típica, ya sea para confirmar, excluir o atenuarla responsabilidad penal.

## 1. EL CONSENTIMIENTO: DEFINICIÓN, REQUISITOS Y ELEMENTOS CLAVES

Consentir, desde la idea gramatical oficial, es "permitir algo o condescender en que se haga",

tolerando, soportando. A su vez, *consentimiento* es la "acción y el efecto de consentir" (Diccionario de la Lengua Española - Real Academia Española. Vigésima Segunda Edición, 2001, p. 629).

Donde sea que se manifieste, el *consentimiento* es una clara voluntad de permiso o aceptación, de beneplácito o anuencia. Mas, en lo jurídico, su expresión se tiñe forzosamente de efectos que de cualquier modo aparecen como vinculantes u obligatorios, no siendo fáciles de obviar o eludir sus consecuencias, como acontece, por ejemplo, en el área de aplicación de la normativa civil. (Ríos-Arenaldi, 2006, p. 5).

En tanto que para el Derecho Penal posee, incluso, una connotación mayor, toda vez que no puede olvidarse la aplicación de última ratio de esta rama del ordenamiento jurídico.

Así, para la Ciencia penal los efectos de la institución objeto de investigación pudieran tener varias consecuencias. La primera estaría encaminada a impedir que a una persona le sea exigida responsabilidad penal y en consecuencia aplicada una sanción, al no permitir el *consentimiento* como causa de atipicidad que la conducta entre en el campo de esta rama del Derecho. En segundo lugar, porque podría actuar sobre la responsabilidad provocando la atenuación de la pena. Y finalmente, porque entre las posibles variantes podría, aunque la conducta revista caracteres de delito, justificarla.

Del estudio realizado, pudo observarse que el *consentimiento* en sede penal se define como la manifestación de voluntad, expresa o tácita, por la cual un sujeto se vincula jurídicamente; y concurre, cuando el sujeto pasivo acepta, en determinadas condiciones, que el autor realice la conducta que constituiría delito sin dicho *consentimiento*. "El consentimiento es acuerdo con el hecho (no mero dejar hacer), y contiene la renuncia a la protección del derecho". (Welzel, 1956, p. 99). Expuesto de otra manera se concibe como "(...) la aceptación o permiso por parte de un particular para que otro realice una conducta típica" (Ramírez, 1996, p. 239).

Con una postura más abarcadora desde la defensa a los derechos fundamentales Vital de Almeida sostiene que:

El *consentimiento* en Derecho penal es una manifestación de **extrema** afirmación humana con base legítimamente constitucional. Ello parte del atributo inherente a la persona que es la **libertad para autodeterminarse**, según lo que le convenga y de conformidad a la administración de **bienes jurídicos disponibles** dentro de una determinada **esfera de dominio**, pudiendo dicho titular renunciar a la protección penal, con **dignidad** y hacia el **desarrollo de su personalidad**-desde luego, esta es una cuestión indudablemente involucrada con **Derechos fundamentales**- (2006, p. 427).

Existen diversas definiciones del término que vienen en correspondencia con la denominación que le atribuya cada autor. Así, se encuentran expresiones tales como *consentimiento del ofendido*, *consentimiento del interesado*, o simplemente *consentimiento del titular del bien jurídico de libre disposición*. Sin embargo, más allá del tema de una terminología exacta con su contenido, existe tendencia a ser considerado por muchos como una **manifestación de voluntad**. (Creus, 1992; Plascencia-Villanueva, 2004).

Pero no trata el consentimiento en estos predios de un acuerdo de voluntades como acontece en el ámbito de aplicación del Derecho Civil cuando se celebra un contrato (Valdés-Díaz, 2010). En el Derecho Penal cobra su importancia en determinados delitos. Por tanto, su existencia puede dar lugar en ciertas ocasiones a la atipicidad, la justificación de la conducta o la atenuación de la sanción penal en correspondencia a la postura doctrinal que asuma cada ordenamiento en particular.

En consecuencia, en aras de distinguir su significado para la ciencia punitiva en relación al derecho madre, se prefiere nombrar en lo sucesivo *consentimiento penal*, en vez de denominarlo simplemente *consentimiento*. No obstante, de aquí en adelante cada vez que se haga referencia a

él se hace en este sentido aun cuando no se especifique.

Otra cuestión interesante alrededor del *consentimiento penal* es que no debe confundirse el mismo

con el perdón del ofendido, que se otorga posterior a la conducta que ha lesionado el bien tutelado, en cuyo supuesto el daño se causa sin que la víctima haya dado su asentimiento. Por razones de política criminal las normas penales y procesales validan, ya sea, en el tipo o en disposiciones procesales el perdón, sobre todo frente a la lesión de bienes cuya jerarquía es de poca entidad, dando lugar a la extinción de la responsabilidad penal por haber mediado el perdón del ofendido, lo cual sucede ex post. En tanto que el *consentimiento* se otorga ex ante. Además, no puede obviarse que el *consentimiento* pertenece al derecho sustantivo, y el perdón del ofendido corresponde al derecho adjetivo (Garrido-Montt, 2003, p.126).

Aunque acertadas las opiniones en cuanto al contenido y alcance del instituto objeto de investigación, los autores insisten en considerar como *consentimiento penal* toda manifestación de voluntad que puede ser entendida como acuerdo o consentimiento propiamente dicho. Esta manifestación de voluntad para que surta efectos jurídicos penales eficaces debe ser exteriorizada por un sujeto pasivo capaz.

A su vez el sujeto pasivo debe ostentar la titularidad del bien jurídico que se lesiona, el cual ha de ser de los considerados como disponibles. Aún más, dicha manifestación no puede bajo ningún caso estar influenciada por error, fraude, amenaza, violencia o intimidación. Solo bajo estas condiciones se estará en presencia de *consentimiento penal*, toda vez que el mismo sería considerado válido y eficaz; y por tanto produciría efectos sobre alguno de los elementos que debe llevar aparejada una actuación humana para que sea considerada como una conducta delictiva, ya sea atenuándolo, excluyéndolo o justificándolo (Creus, 1992).

El consentimiento penal es una realidad jurídica sumamente discutida en tanto los estudiosos del

derecho penal no logran ponerse de acuerdo con respecto a la institución. No obstante, hablar del consentimiento en sede penal supone incluir elementos tales como manifestación de voluntad, requisitos del instituto, así como su ubicación dogmática dentro de la teoría del delito o del bien jurídico. Por ello, se precisan como elementos claves para el estudio del consentimiento penal su naturaleza jurídica, requisitos y efectos jurídicos. Son varios los elementos que pueden ser considerados como requisitos del *consentimiento* y la elección entre uno y otro depende del criterio de cada autor. Aunque existe cierta unanimidad en la doctrina con respecto a este particular se encuentran posiciones más abarcadoras que otras.

Jarque (1999) por ejemplo, en su artículo titulado "El consentimiento y su relevancia jurídico penal" considera como requisitos del mismo en primer lugar la *Capacidad*. En segundo lugar, cita la *Libre voluntad*. Considera también la *Oportunidad* como un requisito del consentimiento válido y eficaz a los efectos del Derecho Penal. Y observa como último supuesto al *Derecho disponible*.

Ríos-Arenaldi (2006) tiene una posición que no difiere mucho de la anterior. Estima como requisitos para valorar la eficacia del consentimiento la titularidad del bien jurídico, la capacidad, la libertad y conciencia, y la exteriorización. Mientras que Enrique Bacigalupo (1996) en su libro *Derecho Penal Parte General*, recoge como requisitos para que el consentimiento sea considerado eficaz, la Capacidad del sujeto pasivo de comprender la situación en la que consiente. Expresa que el sujeto debe poder comprender la significación de su consentimiento respecto de la acción que lesionará el objeto de la misma. No se refiere con esto a la capacidad establecida por el derecho civil para realizar negocios jurídicos, sino a la capacidad natural de comprender o juzgar.

De igual forma manifiesta el autor que: "El consentimiento debe ser anterior a la acción. Un "consentimiento" a posteriori sólo es perdón (...) por otra parte, se debe haber mantenido hasta el

momento de la acción, es decir: es retractable" (Bacigalupo, 1996, p. 133). Igualmente sostiene que "no debe provenir de un error ni haber sido obtenido mediante amenaza. Sólo bajo esta condición el consentimiento es un acto autónomo y, por lo tanto, sólo de esta manera elimina la lesión del bien jurídico" (Bacigalupo, 1996, p. 133).

Desde otra perspectiva, postura compartida por los autores al juzgar que dicho profesor español ha sido capaz de sintetizar las posiciones predominantes en la doctrina, lo enfoca Vital de Almeida (2006), cuando sostiene que para que la institución pueda tener valor jurídico-penal eficaz, son fundamentales cuatro exigencias:

- a) Capacidad de discernimiento natural;
- b) Disponibilidad jurídico-penal del bien sobre el que consiente su titular.
- c) La necesidad de manifestación inequívoca del consentimiento por parte del titular del bien jurídico y su reconocimiento externo por parte del autor.
- d) Ausencia de vicios tales como engaño, coacción y error.

En cuanto a la primera de las exigencias, el citado autor (Vital de Almeida, 2006) considera que, sin discernimiento, no se puede hablar de validez ni, eficacia, entendiéndose por tal el interés y la voluntad que le permite a una persona estar bajo comprensión y condiciones para sopesar las consecuencias del consentimiento.

En tanto, para la doctrina cubana la capacidad a los efectos del Derecho Penal se refiere a que la persona tenga un determinado nivel de salud mental y edad suficiente que le permita comprender el alcance de su acción y dirigir su conducta. Se trata de que la misma se encuentre en condiciones de prestar su consentimiento válidamente y por tanto de comprender lo que significa la renuncia a la protección que le brinda el derecho. Dicha capacidad está estrechamente relacionada con conceptos básicos de la teoría del delito tales como la culpabilidad y la imputabilidad (Quirós-Pérez, 2006, pp. 215-238).

La primera, se relaciona con la capacidad para que el sujeto deba responder por sus actos, asociada a un "determinado nivel de salud mental, como una cierta madurez de las facultades intelectivas, afectivas y volitivas" (Quirós-Pérez, 2006, p. 6).

Por otra parte, la imputabilidad, según el artículo 16.2 del Código Penal cubano se alcanza a los 16 años de edad cumplidos en el momento de cometer el acto punible, toda vez que a partir de este momento le es exigida responsabilidad penal a las personas naturales.

Roxin (1997) sostiene que: "sólo se puede considerar eficaz la aprobación del portador del bien jurídico cuando ésta se produce por el entendimiento suficiente del sentido y de las consecuencias de su consentimiento" (p. 537). En consecuencia, a partir de lo anterior los autores señalamos como adecuada la postura asumida por el legislador del Código penal cubano relativo a la imputabilidad para referirse a la capacidad del sujeto pasivo a la hora de consentir válida y eficazmente.

Vital de Almeida (2006) en cuanto a la disponibilidad del bien jurídico-penal sobre el que consiente el titular como requisito de validez y eficacia del consentimiento penal expresa que:

en lo que toca a la ciencia penal, no todos los bienes personales jurídicamente protegidos pueden ser objeto de *consentimiento* válido por parte de su respectivo titular, y aún menos en todas las circunstancias (...). Así, aunque a la persona le sea posible consentir, como expresión de libertad y autodeterminación, lo que significa decir que afirmando Derechos fundamentales inherentes a sí misma (...) ello no debe, y tampoco puede, ocurrir sin frenos (...) siempre que el interés del Estado de Derecho (*de sus principios fundamentales, estructurales, legales y legítimos*) o la protección del individuo contra sí mismo lo justifique, el *consentimiento* pierde su poder de validez y consecuente eficacia (p. 233).

Por tanto, Bustos-Ramírez y Hormazabal (1999) plantean que, el consentimiento solo despliega sus

efectos sobre los bienes jurídicos disponibles que no son más que aquellos que recaen sobre bienes jurídicos personales. En esta dirección señala Cuello-Contreras (2002) que: "la integridad, la libertad, la libertad sexual, el honor, etc., son ejemplos de bienes jurídicamente disponibles" (p. 731).

Acerca de la tercera de las exigencias, o sea, la expresión externa del *consentimiento* y la adecuación de su conocimiento por el autor, es necesario que el consentimiento sea manifestado de forma expresa, ya sea verbal o escrito. Asimismo, que además dicho consentimiento sea conocido por el autor de forma inequívoca. Por otra parte, los vicios, en principio, en cuales quiera de las modalidades en que se encuentren hacen el *consentimiento penal* irrelevante. En consecuencia, el mismo se vuelve ipso facto ineficaz, al quedar manipulada la voluntad del sujeto pasivo y no expresarse con plena libertad.

A tales efectos se considera al error como el acto de provocar en la persona titular del bien jurídico de libre disposición una concepción errada acerca de la necesidad de que el mismo renuncie "a la protección que le concede el derecho; y autorice el menoscabo, lesión o puesta en peligro del referido bien". (Creus, 1992, p.310).

En relación a los restantes vicios revelados *ut supra* (coacción, fraude, amenaza, violencia o intimidación), no cabe lugar a dudas que provocan el mismo efecto que el error sobre el *consentimiento penal*. No obstante, debe precisarse como recuerda Roxin que "jurídicocivilmente, las manifestaciones que adolecen de vicios de voluntad son, por de pronto, válidas y sólo posteriormente pueden ser impugnadas a libre elección del manifestante" (1997, p.544). Sin embargo, no ocurre de esta forma en sede penal. En esta dirección Vital de Almeida (2006) con absoluta certeza expone que:

En el marco de la ciencia penal ya no es así, pues adversamente, en el momento de la mediación del vicio, es necesario saber "si el hecho es punible" o no,

a partir de la eficacia o de la ineficacia del *consentimiento* para que se le puedan reconocer estructura y adecuación jurídicas (p. 259).

Por otra parte, aunque la distinción entre un término y otro será abordada posteriormente, es necesario relevar que cuando exista error, este se manejaría como un error de tipo con sus normales consecuencias en los casos de acuerdo. En el supuesto de *consentimiento*, se trataría de un error de prohibición. (Agudelo-Betancur, 1992, p. 102).

Se había advertido que el *consentimiento penal* resulta un instituto lleno de polémicas doctrinales. Por él y sobre él sobresalen muchísimas divergencias. Tan es así que en relación a él todo resulta sumamente discutido. Se disputa sobre su naturaleza jurídica, efectos, requisitos, fundamento, concepto, características, forma en que pueda manifestarse y cualquier otra cuestión que pudiera surgir de su estudio. Es por ello, que se considera imprescindible conocer el proceso evolutivo de la institución, así como la naturaleza y el carácter que adquiere en cada etapa de la historia hasta la contemporaneidad. Solo de esta forma se será capaz de comprender la verdadera esencia del *consentimiento penal* y se podrá interiorizar sus verdaderos efectos jurídicos.

## 2. FORMAS DE MANIFESTARSE EL CONSENTIMIENTO PENAL Y SU DIFERENCIA CON OTRAS CATEGORÍAS SIMILARES

El *consentimiento* de las personas puede manifestarse de diversas maneras: expresa, tácita, presunta, informada, pasiva, activa, putativa. La problemática se evidencia a la hora de distinguir ante qué forma de manifestación del mismo nos encontramos, debido a la trascendencia que ello tiene sobre sus efectos. Por tanto, para determinar la presencia de una u otra modalidad es necesario conocer sus características.

Sin embargo, el primer inconveniente es que sobre estas manifestaciones no se encuentra mucho en la bibliografía, con excepción en lo relativo al

consentimiento informado y al consentimiento presunto. Es por ello que el resto de las formas se resumen a partir de la sistematización realizada por Vital de Almeida y se irán analizando en el mismo orden en que la hace este autor.

El consentimiento expreso, real o explícito según Vital de Almeida es:

la modalidad con la cual se alcanza el más explícito e inequívoco significado de exteriorización de la libre voluntad del titular del bien personal y jurídicamente protegido. La más real expresión del *consentimiento* humano puede manifestarse a través de tres modos jurídicamente básicos, es decir, del escrito, del verbal y del estrictamente mecánico (2006, p. 284).

Para comprender estos términos sin complejidades innecesarias de ningún orden y aplicarlos en el marco del *consentimiento* con seguridad sistemática, es adecuado partir de su significado gramatical-normativo.

Es por ello que al hablar de autorización escrita se está haciendo referencia a la expresión libre a través de letras del titular del derecho, donde exprese los límites y términos del consentimiento, el que igualmente puede hacer si firma algo que ya está escrito. En cuanto a la verbal, su máxima expresión es la palabra, aunque también puede estar dada por gestos u otras expresiones que se manifiesten en el mundo exterior y que conlleven inequívocamente a una manifestación de voluntad.

El *consentimiento* escrito a su vez implica estructuralmente la necesidad de una autorización firmada en documento con valor jurídico-legal hecho directamente por el propio titular del derecho, o bien por un tercero elegido para esto por aquél. Una manifestación libre del titular del derecho que no sea expresada de manera escrita y tampoco verbal, por exclusión material, lo es de forma mecánica, que es la tercera vía de *consentimiento* real (Vital de Almeida, 2006, p. 287).

La modalidad tácita no implica formalidad, sino que se supone o sobreentiende a partir de una manifestación

psicológica externa, firme, libre y satisfactoria del titular del derecho. No obstante, se exige la información para que la voluntad sea expresada con absoluta libertad y protección de los intereses de la respectiva persona que se disponga a consentir. La información, para la validez y eficacia del *consentimiento*, debe ser prestada directamente al titular del bien. (Vital de Almeida, 2006, p. 296 ss).

Así, es muy obvio que no en todos los supuestos de asentimiento, sino en determinados grupos de casos, se exige dicho requisito informativo, continuado y detallado necesariamente, de conformidad al contexto material y psicológico en el que va a ocurrir el suceso. (Vital de Almeida, 2006, p. 297).

Asimismo, se debe diferenciar el consentimiento informado de la autorización que tradicionalmente se utiliza en el ámbito médico.

La autorización es sólo la suscripción del documento que permite realizar el acto quirúrgico, sin requerir que el paciente se encuentre plenamente informado sobre las alternativas diagnóstico-terapéuticas, posibles riesgos y complicaciones. Mientras el consentimiento informado se basa en que el individuo en pleno uso de sus facultades, tiene la capacidad legal y el derecho para por sí mismo adoptar una decisión racional y correcta, estando en posesión de todos los elementos disponibles (Rodríguez-Vargas *et al.*, 2009, p. 8).

El *consentimiento* presunto (Domínguez-Correa, 2011), recibe el mismo tratamiento en la doctrina que la modalidad anterior. Significa que el interesado hubiera prestado su conocimiento válido estando en conocimiento de la real situación de hecho (Fontán-Balestra, 1998). "En dicha modalidad de consentimiento, el autor actúa seguro de que el titular del derecho le consentiría la práctica de la acción si estuviera allí o si tuviera condiciones para ello" (Vital de Almeida, 2006, p. 309).

Dogmáticamente el consentimiento presunto se sitúa entre el consentimiento y el estado de necesidad justificante, pero afirma su autonomía

frente a ambos. Del consentimiento se diferencia no sólo por su carácter de causa de justificación, sino sobre todo porque el consentimiento presunto es una construcción normativa, mientras que el consentimiento efectivo es una manifestación de voluntad.

A la vez, demanda los mismos presupuestos que el real por lo cual debe referirse que si al momento del hecho, el titular del bien jurídico tiene la capacidad para consentir, ha de ser posible un consentimiento eficaz respecto del objeto de tutela jurídica. (Roxin, 1997, p. 766) En tanto que en su modalidad putativa el *consentimiento penal* trata de "la posibilidad cierta de que el individuo actúe con el convencimiento - erróneo- de que el titular del bien jurídico posible de afectación, ha prestado su acuerdo para la consumación del hecho de que se trate" (Roxin, 1997, p. 765).

En cuanto al comportamiento del sujeto titular del bien jurídico penalmente protegido, la distinción entre las formas activa y pasiva de *consentimiento* está obviamente en su manera de actuación, es decir, si es provocativa o receptiva. En la forma activa de *consentimiento*, el titular del derecho expresa su autorización pidiendo, convocando, llamando, ofreciéndose a que el autor le haga algo menoscabo o no un bien jurídico que le pertenece (Vital de Almeida, 2006, pp. 326 y 327).

En la modalidad pasiva de *consentimiento*, la actividad humana inicial parte del autor. Vital de Almeida (2006) introduce relativo a esta temática un término diferente que es interesante mencionar. Se trata del *casi consentimiento* o *semi consentimiento* como también lo denomina el autor. Esta modalidad constituye según el profesor español, una manifestación de consentimiento del titular del bien jurídico-penalmente protegido sin libertad y sin la de cualquier modo el autor tiene legalidad para actuar, amenazando o lesionando el bien jurídico originalmente protegido. Además, que le resultarían al titular del derecho de asentir determinados problemas de los que quiere librarse al exteriorizar dicho permiso.

Considera de igual modo que en situaciones de casi consentimiento el afectado solamente facilita la actuación del autor o la permite, sin poder en absoluto expresar con libertad su voluntad auténtica y verdadera. De esta forma evita que con su negativa en consentir venga a tener otros problemas de orden jurídico o incluso meramente personal. En consecuencia, estima que se trata de un consentimiento ficticio, de algún modo coaccionado.

Otra reflexión interesante que realiza el autor y con la cual se coincide plenamente es que el casi consentimiento o semi consentimiento en general al constituir un ejemplo indiscutible de consentimiento ineficaz producto de haber sido

invariablemente prestado bajo el vicio **insanable** de la **privación** de libertad del afectado, a través de algún tipo de coacción. Desde luego, no puede tener lugar, en el contexto dogmático más realista y exacto del semiconsentimiento, una causa de atipicidad y tampoco de justificación ni de exculpabilidad, que sea jurídico-penalmente posible invocar a partir del comportamiento del **afectado** (Vital de Almeida, 2006, p. 331).

Aunque de forma muy breve en el primer epígrafe de este capítulo se hace alusión a una cuestión que ahora se trata concretamente con más detenimiento y es la relativa a la diferencia entre consentimiento y perdón del ofendido. Indistintamente, suelen aparecer términos relativos a la teoría del consentimiento que pueden llegar a confundirse, toda vez que desde el punto de vista de la gramática pudieran ser utilizados como sinónimos.

Sin embargo, no ocurre de esta forma para el derecho y menos aún para el derecho penal. Con lo expuesto se hace referencia a la necesidad de diferenciar entre el acuerdo, el perdón del ofendido y el consentimiento en sentido estricto. El acuerdo con relación al consentimiento posee una naturaleza más fáctica, el segundo en consecuencia es de carácter más jurídico.

De ello se advierten diferencias tal como lo hace Ríos-Arenaldi. Según este, el acuerdo dice relación

con "la voluntad interna de quien asiente, aun cuando la misma no se haya exteriorizado. Por su lado, el consentimiento requiere, como mínimo, que la voluntad sea reconocible en el mundo exterior a través de palabras o acciones" (Ríos-Arenaldi, 2006, p. 15).

Para su eficacia, el acuerdo presupone solamente la voluntad natural del afectado, incluso cuando éste no posea capacidad de comprensión por su juventud o por una perturbación mental. El consentimiento mientras exige que la víctima goce del juicio y equilibrio mental necesarios para comprender el alcance de su aceptación y para considerar razonablemente las ventajas e inconvenientes del comportamiento a padecer.

Los vicios de la voluntad son irrelevantes para el acuerdo, pero hacen ineficaz el consentimiento así, no comete violación de domicilio quien a través de astutas simulaciones logra que el propietario de la vivienda le autorice la entrada. Por otra parte, hay delitos en los que sólo cabe el consentimiento mas no así el acuerdo y viceversa. Además, en aquéllos la aceptación del interesado puede no influir, como sucede en los casos en que el acto punible atenta contra las buenas costumbres, situación que se daría con las lesiones en el supuesto alemán. Ello sin que haya posibilidad de ineficacia con el acuerdo, pese a la inmoralidad que pudiere encerrar el hecho como ocurre con el delito de violación. (Roxin, 1997, p. 515).

Otra diferencia esencial parte de la ubicación sistemática del acuerdo y el consentimiento. Uno en el tipo penal y el otro en la antijuridicidad. Esto trae consigo soluciones discrepantes para un mismo hecho. Al respecto se explica: en situación de acuerdo existiría tentativa inidónea porque no se realiza el tipo objetivo ya que el dolo delictivo se dirige contra un objeto inidóneo. En tanto, en una de consentimiento, como daños o lesiones, si el autor ignora el permiso del titular del derecho se llega a la aceptación de un delito consumado toda vez que se ha dado el resultado típico y también un dolo delictivo del autor dirigido a su realización. (Roxin, 1997, p. 515).

Otro de los ámbitos en los cuales se manifiesta una sensible diferencia entre el tratamiento dogmático

del acuerdo y del *consentimiento* es el tema del error. Esto es, la creencia errónea de la existencia de un acuerdo o de un *consentimiento* en realidad no existente. Sostiene la teoría dualista o delimitadora que en el supuesto de acuerdo el error afecta a un elemento del tipo y, en todo caso, excluye el dolo, por lo que ha de seguir las reglas del error de tipo. Por el contrario, el error en el supuesto de *consentimiento* es un error de prohibición, porque no se refiere a un elemento del tipo, sino a la antijuricidad como elemento del delito distinguiéndose dos posibles constelaciones de casos.

La tutela brindada por las normas penales puede ser de diversa naturaleza. Es así que el derecho penal protege relaciones entre personas naturales, entre bienes y personas, entre personas que tienen una distinta condición de poder, en relación a un bien abstracto en relación a situaciones psíquicas de una de las partes, entre otras relaciones sociales.

La ley penal busca otorgar una protección más severa a las personas que considera que por ciertas condiciones como la edad, las condiciones físicas o psíquicas se encuentran en un estado de vulnerabilidad frente a otras. Ante esta protección, surge una gran interrogativa que es la siguiente: ¿Qué consecuencia jurídica tiene el hecho de que el ofendido otorgue de manera libre de vicios su consentimiento? En el momento que el ofendido consiente en permitir que el sujeto activo realice una conducta que se encuentra prohibida en la ley penal, éste está renunciando a la tutela ofrecida por la ley penal. Por lo tanto, el titular del bien jurídico abandona la protección del bien jurídico brindada por la ley penal.

Resulta importante el alcance de la renuncia que hace dicho titular del bien, es decir que si la renuncia es general o si la renuncia es a una conducta específica. Esto tiene relevancia ya que el sujeto activo puede contar con el consentimiento del titular del bien para un acto específico y éste puede extralimitarse. Por ejemplo, en el caso de que una mujer consiente en tener relaciones sexuales con su pareja, pero no consiente en que dicha relación sea con violencia.

Se debe tener claro en qué conductas consintió el sujeto pasivo para poder emplear dicho consentimiento como justificación de la antijuricidad. Por tanto, el consentimiento no es solo una renuncia del bien jurídico protegido, sino que constituye el ejercicio de un derecho. La persona quiere en virtud de este, tomar decisiones como parte de su identidad y su autodeterminación. De ahí, la necesidad de incursionar en el tratamiento que recibe este instituto para Cuba.

### 3. EL CONSENTIMIENTO EN LA REALIDAD LEGISLATIVA PENAL CUBANA

La teoría del *consentimiento penal* trata de resolver dos cuestiones fundamentales: su ubicación dogmática dentro de la teoría del delito y los efectos que derivan de ella; y la cuestión de los requisitos que debe presentar dicho consentimiento para que sea considerado válido y eficaz a la luz del Derecho Penal. Cuba, su ordenamiento jurídico y práctica judicial no se encuentran en sí mismos insertados, desde el punto de vista del Derecho Penal en los debates relativos en este particular.

De tal suerte que en nuestro país solo se ha hablado de *consentimiento penal* en el campo de estudio de la medicina. Relacionado siempre el mismo con el *consentimiento informado* como un instrumento esencial de la práctica médica, independiente de la creencia religiosa que pueda tener cada persona y a la responsabilidad médica.

Todo lo anterior basado en un artículo titulado "Testigo de Jehová y *consentimiento informado* en la práctica anestoseológica" escrito por Rodríguez-Vargas et al., (2009). Todos especialistas en la ciencia médica y aunque quizás tengan un conocimiento suficiente del Derecho que le permita entender el tema, no son versados en la cuestión. Más allá de una cultura jurídica se considera imprescindible tal conocimiento para entender el sentido y alcance de una institución tan compleja.

En aras de evaluar las raíces de la indeterminación del instituto objeto de investigación, se realiza un

tránsito por las legislaciones penales precedentes a la Ley Número 62/1987, actual Código Penal vigente en la República de Cuba.

Como resultado de este análisis se constata que al respecto el Código Penal de 1870 es omiso. Por su parte, el Código de Defensa Social de 1936 no refrenda en su Parte General al consentimiento del ofendido entre las causas eximentes de la responsabilidad penal. Sin embargo, en su libro segundo dedicado a los delitos, las infracciones y las contravenciones si recoge tipos penales que exigen para su configuración el actuar sin el consentimiento del titular del bien jurídico. Otros contienen como elemento normativo del tipo una voluntad contraria a la del ofendido u algún vicio del consentimiento.

Así acontece en los delitos del Título XI de este cuerpo normativo en el cual los bienes jurídicos tutelados son las buenas costumbres y el orden familiar. Muestra de lo anterior lo constituye en el Capítulo I, Delitos contra las buenas costumbres, en la Sección tercera el delito de Proxenetismo y Trata de Blancas del artículo 489- A 4). Este precepto dispone: "Será sancionado con privación de libertad de 6 meses y 1 día a tres años o multa de cien a trescientas cuotas: el que con su consentimiento o valiéndose de amenazas, ofrecimientos, engaños o cualquier otra maquinación semejante, reclute fuera o dentro de Cuba para ejercer la prostitución o

introduzca en Cuba a quienes conocidamente la ejerzan"<sup>1</sup> (D'Estafano-Pisani, 1953, p. 180).

Otros tres ejemplos lo constituyen los artículos 493, 497 y 498. Así también se evidencia en las Disposiciones Complementarias del Título contenidas en la sección quinta dedicada a los delitos contra el orden de la familia<sup>2</sup>. Mucho más claro es el caso del delito de Aborto Ilícito que abarca del artículo 429-433.

El Código regula el delito con la denominación de aborto, teniendo como objeto de protección la vida del nuevo ser y estructura el delito en seis tipos penales, una forma atenuada y tres circunstancias que eximen de responsabilidad penal. El hecho básico consiste en causar el aborto o destruir de cualquier manera el embrión. Solo se hará referencia a los que integren en su estructura al objeto de esta investigación. En este sentido el primer tipo sancionaba al que de propósito causare el aborto o destruyere de cualquier modo el embrión, con tres variantes: si ejerciere fuerza o violencia en la persona de la grávida; aunque no se ejerciere fuerza ni violencia, si obrare sin el consentimiento de la grávida y finalmente si no se ejerciere fuerza o violencia y la grávida lo consintiere. El tercer tipo sancionaba a la mujer que causare el hecho o consintiere que otra persona lo hiciera y tiene una forma atenuada, si lo hiciera para ocultar su deshonra o por causa de miseria.

1 - Código de Defensa Social. Ley de Ejecución de Sanciones y Reglamento para los Establecimientos Penitenciarios de la República. V I. publicación autorizada por Decreto Presidencial Número 973 de 17 de abril de 1936. p 180. Disponible en poder de los autores.

2 - **Art. 493-A.** Rapto es la sustracción y apoderamiento de una mujer con miras deshonestas o de matrimonio, ejecutado contra su voluntad o con engaño.

**B-** El delito de rapto de una mujer mayor de doce años con miras deshonestas o de matrimonio, será sancionado con privación de libertad de dos a seis años, si mediare violencia o si la rapta estuviera privada de voluntad, de razón o de sentido, o incapacitada para resistir.

**C-** El delito de rapto con miras deshonestas, mayor de doce años y menor de diez y seis, sin violencia, será sancionado con privación de voluntad de 6 meses y un día a un año.

**Art. 497** Incurrirá en una sanción de multas de treinta y una a cien cuotas, el menor que contrajere matrimonio sin la Licencia o consentimiento de las personas a la que corresponde por Ley.

**Art. 498-E** El tutor que antes de terminada la tutela o la aprobación de las cuentas de la misma, contrajere matrimonio o prestare su consentimiento consejo favorable para que lo contraigan sus hijos y descendientes, con la persona que tenga o haya tenido en guarda, a no ser que el padre o la madre de esta, hubiere autorizado auténtica y debidamente, el matrimonio, será sancionado con privación de libertad de un mes y un día a seis meses o multa de treinta y una a ciento ochenta cuotas, o ambas.

**Disposiciones Complementarias.**

**Art. 503-A** En el caso del apartado C del artículo 493, el perdón presunto extingue la acción criminal o la sanción impuesta al ofensor. El perdón no se presume sino por el matrimonio de la ofendida con el ofensor.

La Ley Número 21 de 1979 tampoco regula en su parte general el consentimiento, mientras en la Parte Especial presenta la misma situación que el derogado Código de Defensa Social. En lo que se refiere a la regulación de la institución objeto de estudio en el Código Penal cubano no se incluye de forma general y expresa el *consentimiento* como una causa de exclusión del ilícito. En la Parte General, referido al mismo, la ausencia de una referencia obligatoria es clara. Reseña que sería necesaria para que, en los tipos de la parte especial del código, en atención al bien jurídico tutelado por la norma, el *consentimiento* sea relevante a los efectos de la adecuación típica, ya sea tanto para confirmarla, excluirla o atenuarla.

Con el objetivo de identificar verdaderas deficiencias que presenta la legislación penal cubana en la regulación del consentimiento penal se hace un escudriñamiento de los tipos penales del Libro II del Código. Razón que justifica para su mayor comprensión y entendimiento que sean agrupados atendiendo a dos criterios de clasificación. Hace referencia el primero a los delitos que atentan contra la voluntad del titular del bien jurídico que se lesiona.

El segundo por su parte incluye aquellos tipos que requieren para su configuración un actuar con o sin el consentimiento del afectado. Siguiendo este íter en lo que respecta a los delitos que atentan contra la Seguridad del Estado y en correspondencia con los grupos de clasificación antes mencionados, no se encuentra en el Título I tácitamente establecido ningún delito que describa estas conductas.

El Título II que protege el adecuado desempeño de las funciones administrativas centrales y locales (provincias y municipios), así como las funciones jurisdiccionales ejercidas por el sistema de tribunales que resultan vitales para el desarrollo del individuo y la sociedad, recoge entre su familia la figura del artículo 159. Se trata del delito de Ejercicio Arbitrario de Derechos en el cual la acción típica consiste en el ejercicio propio de un derecho, fuera de las vías legales, es decir, no recurriendo a la

autoridad competente, en contra de la voluntad expresa o presunta del (Rivero-García, 2003, p. 122).

Contiene además el delito, en su segundo apartado, una modalidad agravada por el empleo de violencia o intimidación en las personas o fuerza en las cosas para la realización arbitraria del propio derecho. Ejemplos: el propietario de la vivienda echa a patadas de la misma al sujeto declarado ocupante ilegal, o lo intimida condicionalmente manifestándole que de no abandonar el inmueble le quemará sus pertenencias, o el sujeto que rompe la puerta de la casa del deudor y toma bienes por valor del monto de la deuda, dejando una nota como constancia que él se las llevó. Constituye así una clara manifestación de tipos delictivos que atentan contra la voluntad.

En este sentido cabe detenerse en el estudio de los delitos que integran el Título VIII, protector de la vida y la integridad corporal. Este alberga en su interior un conjunto de figuras que exigen un actuar con o sin el consentimiento del titular del bien jurídico. Salta a la vista el delito del artículo 267 del Código Penal referente al Aborto Ilícito. Se define como un delito contra la integridad corporal y la vida de la grávida consistente en que una persona cause el aborto de ésta o destruya de cualquier manera el embrión. El apartado 1 de este mismo artículo requiere para su configuración un actuar con el consentimiento del sujeto pasivo, de carácter especial en este supuesto (la grávida), consentimiento que se deduce de la expresión "con la autorización".

El artículo 268.1 también integra el delito de Aborto Ilícito donde el hecho básico es el mismo que en el tipo anterior, "causar el aborto o destruya de cualquier manera el embrión". A su vez este precepto se encuentra integrado por dos modalidades: a) el hecho es "sin ejercer fuerza ni violencia en la persona de la grávida, pero sin su consentimiento; y b), se ejerce fuerza o violencia en la persona de la grávida.

El Título IX denominado Delitos contra los Derechos Individuales es uno de los que merece mayor atención en tanto como se hace alusión en la introducción de esta investigación el *consentimiento*

*penal* esta estrechamente vinculado a derechos individuales como es, por ejemplo, la libertad de autodeterminarse. Los capítulos defienden derechos de esta clase de vital importancia como lo es la libertad personal entendida bajo el prisma jurídico como un complejo de condiciones necesarias para el desenvolvimiento de las actividades en que se manifiesta la personalidad humana (Moret-Hernandez, 2003, p. 324).

Particular relevancia adquiere así el delito de Privación de Libertad (279- 283). Lo que se tutela en estas figuras es el derecho de permanecer o no libremente en un tiempo y espacio determinado. Por tanto, al estar en presencia de uno de los bienes jurídicos más relevantes en el entorno social, en tanto bien jurídico inherente a la personalidad del individuo, el autor coincide en la viabilidad de reconocer el consentimiento de la víctima, como causa de justificación que excluiría la antijuridicidad por tratarse de un bien jurídico personalmente disponible.

Es importante señalar también en este sentido el delito de Coacción del artículo 266 en el cual el objeto de tutela es la libertad individual, la libre autodeterminación de la voluntad y la acción. La conducta típica consiste en constreñir, quebrantar la voluntad de una persona sin razón legítima, para desarrollar acciones u omisiones que la ley no le impone. A tales efectos y como resultado de asumir un concepto amplio de violencia, doctrinalmente predomina el criterio de que en tales casos habrá violencia salvo cuando acontece la enajenación con el consentimiento del sujeto pasivo.

Otra figura relevante para esta investigación lo constituye la Violación de domicilio que consiste en entrar o permanecer en domicilio ajeno sin la voluntad del morador, o permanecer en él contra la voluntad de aquél. Esta representa un claro supuesto en el cual se atenta contra la voluntad del titular del derecho.

De igual forma aunque no aparece de forma expresa en la norma sustantiva, el delito de Registro Ilegal

supone un actuar contra la voluntad del sujeto pasivo al definir "sin la autorización legal". Ante estos supuestos la norma adjetiva en su artículo 215 y 218 establece que en los casos de domicilio privado se debe contar para proceder al registro con el consentimiento del morador. Caso contrario a este consentimiento o la autorización legal del artículo 218 de la Ley de Procedimiento Penal se tipifica un Registro Ilegal.

El Título X, protector de los derechos laborales no tiene una connotación en materia de consentimiento. El XI, en el cual se salvaguarda las relaciones sexuales, la familia, la infancia y la juventud, a diferencia del anterior si resulta relevante a los fines de la investigación. Se destacan entre estas conductas la violación, el los abusos lascivos, la pederastia, el estupro, la corrupción de menores que constriñen la voluntad del sujeto y su libertad de autodeterminarse.

Se hace necesario hacer una reflexión en torno a esta situación. Un análisis interpretativo arroja como resultado que el Código Penal cubano alberga en su interior conductas en las cuales se infiere el consentimiento y que no se encuentran en ninguno de los dos grupos clasificatorios a los que se hacía mención. Dígase las conductas descritas en el párrafo anterior. En este análisis se ha de tener en cuenta un elemento caracterizador y común en esas figuras delictivas y es precisamente la concurrencia de violencia, amenaza, intimidación, fraude o engaño.

A consideración de los autores de esta investigación se está en presencia de los denominados vicios del consentimiento. Por tanto, aún y cuando los tipos penales no lo exijan de manera expresa en su redacción o lo impliquen en el verbo típico, se está ante una manifestación clara de tipos penales que agrupan el consentimiento por la simple concurrencia de sus vicios.

La doctrina cubana llama la atención en el posible consentimiento del sujeto pasivo en el delito de Hurto, el cual conforma la familia de delitos que obre

salvaguardan los derechos patrimoniales considerando que al ser válido anularía toda acción delictiva. Esta acotación denota que aún y cuando nada postula al respecto la legislación cubana en su parte general relativo al *consentimiento penal*, existen indicios de los efectos que produciría la concurrencia de la institución sobre la actividad delictiva. Caso similar lo constituye el delito de Sustracción de vehículo de motor para usarlo en el cual el bien jurídico que se protege es el derecho de uso que tienen los propietarios o poseedores sobre un vehículo motorizado. Al respecto considera que, si estos prestaran el consentimiento para la utilización, se excluiría el delito.

Otra circunstancia en la cual se exige actuar contra la voluntad del sujeto pasivo la constituye el artículo 328.1 b). Es una circunstancia relacionada con la posibilidad de penetrar al lugar, o acceder a la cosa utilizando el mecanismo habitual para ello, pero con el empleo de un medio ilegítimo, como puede ser la llave falsa o la verdadera previamente sustraída. A los efectos de este precepto la doctrina entiende por llave falsa aquella que no es la que legítimamente se usa para abrir o librar las cerraduras; y la sustraída: es la llave verdadera, tomada por el autor o un tercero a la víctima, en contra de su voluntad.

En algunos casos incluso es el verbo típico el que lleva implícito de forma inevitable, la necesidad de una voluntad contraria del ofendido como, por ejemplo, en el delito de Extorsión en el que la conducta típica se verifica cuando, para procurarse un provecho injusto, se "obligue a otro" a hacer o tolerar o dejar de hacer algo contra su propio derecho. (artículo 331 del Código penal cubano 1987).

El verbo "obligar" indica la existencia de una voluntad contraria que el agente debe vencer. Especial relevancia merece también en estos predios el delito de Robo con violencia o intimidación en las personas, toda vez que es un elemento normativo del tipo el empleo de violencia o intimidación en las personas. En este sentido es válido también lo dicho *ut supra* para los supuestos en que aún y cuando el

tipo no contempla el consentimiento, este se constituye en parte integrante del delito por haber una manifestación de sus vicios.

Finalmente, luego de tan exhaustivo análisis en torno a la regulación del consentimiento en la Parte Especial del Código Penal cubano, se observa que la legislación sustantiva cubana presenta deficiencias en relación a la institución. Se advierte así **la indeterminación del instituto** en la Parte General; **ausencia de una regla general** que sirva de presupuesto para determinar la naturaleza jurídica en función de cada figura delictiva y sus correspondientes efectos.

Así también el **no establecimiento en ley de los requisitos** que debe ostentar el consentimiento para que sea considerado válido y eficaz a la luz del Derecho Penal y no considera cuáles **bienes jurídicos** pueden ser **objeto de consentimiento**. Razones todas que justifican la necesidad del perfeccionamiento legislativo de esta materia en Cuba para que se alcance la efectiva interpretación y aplicación de la norma y se logre un paso de avance en el desarrollo pleno de la personalidad.

#### 4. PROPUESTAS PARA SU REGULACIÓN

Después de lo expuesto en el acápite precedente se provee como una posible solución de las deficiencias advertidas, una propuesta como soporte esencial a tener en cuenta por el legislador en una posterior regulación legislativa y su valoración por parte de los tribunales populares en la interpretación y aplicación del derecho positivo. Ello permitirá, no solo fijar límites al legislador y al operador jurídico en realización de estas labores, sino sobre todo asegurar la regularidad, generalidad e igualdad en virtud de la institución que se estudia, así como proporcionar criterios firmes para llegar a conclusiones estables en la aplicación de la ley.

Para la conformación de los presupuestos se adoptaron como fundamentos los criterios doctrinales esbozados en el primer capítulo. Además, se tomó en consideración el respeto al principio de Legalidad

entendido este como principio rector del ordenamiento jurídico y como principio esencial del Derecho Penal bajo el aforismo, *nullum crimen, nullapoena sine lege*.

Para ello sirvieron de base los presupuestos que integran el marco conceptual, constituidos por las invariantes que conforman la definición del consentimiento a los efectos del Derecho Penal, partiendo de la determinación de la normativa relativa a la naturaleza jurídica de la institución, como soporte básico a respetar en su formulación normativa.

Se incluye además los requisitos para la configuración del consentimiento válido y eficaz por parte del sujeto pasivo como elementos de orientación al legislador al momento de su construcción normativa y a los operadores jurídicos en su interpretación y aplicación. Resulta significativo destacar que para el Derecho Penal lo más importante está en si el consentimiento elimina o no la posibilidad de pena del hecho que se ha consentido.

Los elementos a tener en cuenta para que el consentimiento surta efectos son:

- a) El sujeto debe poseer plena capacidad jurídica civil, que le permita discernir el significado y las consecuencias esenciales de su consentimiento.
- b) El consentimiento se da cuando exista manifestación de voluntad exteriorizada de la persona.
- c) La renuncia se debe dar sobre bienes jurídicos disponibles reconocidos en la legislación penal sustantiva.
- d) La titularidad del bien jurídico protegido debe radicar en la persona que presta su consentimiento o a través de un representante.
- e) Ausencia de vicios que afecten la voluntad del sujeto y que conviertan en ineficaz el acto jurídico.

- f) El consentimiento debe ser anterior o en el momento de la comisión del hecho punible, pues de ser posterior puede tipificar otra conducta delictiva.

Por consiguiente, se debe tener en cuenta un conjunto de presupuestos que conforman el marco conceptual:

- Para que el consentimiento sea eficaz debe ser otorgado por el titular del bien jurídico que ostente su disposición, *V.gr.*; bienes individuales; y se excluye en bienes indisponibles, supraindividuales cuyos titulares pueden ser la sociedad en sentido general o el Estado.
- El consentimiento no puede ser emitido de forma presunta, sino que como elemento esencial de su existencia debe ser de manera expresa o tácita. Lo cual permite que exista un vínculo jurídico entre los sujetos que conforman la relación jurídica.
- El sujeto activo es quien otorga su consentimiento y el sujeto pasivo es la persona titular del bien jurídico sobre el cual se consiente.
- El bien jurídico es el conjunto de relaciones sociales objeto de protección por el Derecho Penal dado por su elevada significación social, ante los comportamientos socialmente peligrosos que pueden considerarse delitos.
- Los bienes disponibles<sup>3</sup> son aquellos que respaldan bienes individuales, sobre los cuales recae el consentimiento del interesado.
- La aquiescencia de la víctima que da lugar a la exclusión de la tipicidad se denomina acuerdo ya que se ejerce un derecho subjetivo y se dispone del mismo: "Cuando se dispone se ejerce un derecho subjetivo, siendo esa disposición la que muestra que no hay ningún bien jurídico afectado. Por ende, la aquí esencia del titular es un supuesto de atipicidad de la conducta" (Zaffaroni, 1981, pp. 518-519).
- Cuando se habla de tipicidad se hace alusión al cumplimiento de lo regulado en la norma penal sustantiva. No siendo posible tipificar el delito si

3 - La disponibilidad se refiere al uso que le puede dar el titular a su derecho.

no encuentra una descripción que se adecue en la ley. Si el tipo penal exige para la configuración del delito que la persona preste su consentimiento, la ausencia de este convertiría en atípica dicha conducta y con ello la ausencia de delito.

- La antijuricidad supone adecuar la tipicidad a un acto: "antijuricidad es el juicio negativo de valor que recae sobre una conducta humana, en tanto que injusto es la conducta humana desvalorada" (Zaffaroni, 1981, p. 561). El consentimiento del titular del bien jurídico como causal válida de justificación significa que hay una conducta típica que es punible por el derecho, por lo que no se elimina el delito, sino que se acepta una causa de justificación debido a que el dueño del bien jurídico ha consentido en dicha conducta.
- Si el hecho sancionable que es consentido afecta a un bien jurídico en el cual la lesión no desaparece, aunque sea disponible, el mismo se había otorgado. De ahí que, la agresión no amerite penalidad puesto que el consentimiento del interesado hace que la conducta no sea antijurídica. Por consiguiente, constituye una causa de justificación.

## CONCLUSIONES

El consentimiento penales toda manifestación de voluntad que puede ser entendida como acuerdo o consentimiento propiamente dicho. Para que surta efectos jurídico-penales eficaces, debe ser exteriorizado por un sujeto pasivo capaz y no puede estar viciado. A su vez, el sujeto pasivo debe ser el titular del bien jurídico disponible que se lesiona.

La naturaleza del *consentimiento penal* solo puede ser determinada en función del delito de que se trate. Aún más, dependerá en cada caso de las previsiones que contenga la legislación penal de cada país. Su diacronismo como institución jurídico-penal está estrechamente vinculado al carácter que se le ha pretendido atribuir, siendo dos las posturas teóricas enfrentadas: la teoría dualista y la teoría monista.

La legislación sustantiva cubana presenta deficiencias en relación a la institución del *consentimiento*. Se advierte así la indeterminación del instituto en la Parte General; ausencia de una regla general que sirva de presupuesto para determinar la naturaleza jurídica en función de cada figura delictiva y sus correspondientes efectos. También el no establecimiento en ley de los requisitos que debe ostentar para que sea considerado válido y eficaz a la luz del Derecho Penal y no considera cuáles bienes jurídicos pueden ser objeto de consentimiento. En consecuencia, la propuesta que se ofrece permitirá fijar el alcance y límites en la apreciación del *consentimiento penal*, asegurando la regularidad, generalidad e igualdad en su regulación y aplicación.

## RECOMENDACIONES

Teniendo en cuenta las conclusiones abordadas y en correspondencia con las valoraciones y el enjuiciamiento crítico realizado al Código Penal cubano, se formulan las siguientes recomendaciones:

### EN EL ORDEN LEGISLATIVO:

#### **A la Comisión de Asuntos Constitucionales y Jurídicos de la Asamblea Nacional del Poder Popular de la República de Cuba:**

**ÚNICA:** Que se valore la posibilidad de incluir en el Código Penal vigente, una regla relativa al consentimiento, que pudiera quedar redactada de la siguiente forma:

"Estará exento de responsabilidad penal el que actúe con el consentimiento válidamente emitido del titular del bien jurídico, en los casos en que se puede disponer del mismo".

"Se considera válido el consentimiento cuando el titular del bien lo haya exteriorizado antes o concomitante a la acción penal, expresamente o de forma inequívoca y tenga capacidad para comprender lo que significa la renuncia a la

protección que brinda el derecho. Además, dicho consentimiento debe estar libre de vicios".

"A los efectos de este artículo bien disponible será todo aquel que proteja bienes individuales. Aquellos que protejan bienes colectivos como la Seguridad del Estado, el Orden Público, la Administración y la Jurisdicción, la Fe Pública, la Seguridad Colectiva no personificada (salud pública y seguridad colectiva), la Familia, la Vida y la Integridad Corporal, serán indisponibles y por tanto el consentimiento sería irrelevante y solo podría, a consideración del Tribunal atenuar la sanción penal".

"Las conductas que se dirijan contra la voluntad del ofendido y su libre ejercicio no se considerarán delictivas en los casos en que el mismo haya prestado su consentimiento".

#### **Al Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba:**

**ÚNICA:** Someter a su consideración las propuestas aportadas en la investigación relacionadas con la regulación, interpretación y aplicación del consentimiento penal, en aras de que en ejercicio de sus facultades las acoja en una instrucción de carácter obligatorio, para el establecimiento de una práctica judicial uniforme apegada a su naturaleza jurídica.

#### **EN EL ORDEN ACADÉMICO:**

#### **A la Unión de Juristas de Cuba con sede en Guantánamo y a la Facultad de Ciencias Sociales y Humanísticas, en especial al Departamento de Derecho:**

**PRIMERA:** Que promuevan el estudio y divulgación de la estructura, requisitos y alcance del consentimiento penal en Cuba, dado su escaso conocimiento e inaplicación por los operadores jurídicos e incentivar en futuras investigaciones el estudio de su contenido

#### **REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

- I. Agudelo-Betancur, N. (1992). El pensamiento jurídico- penal de Francesco Carrera, Bogotá, Themis, 1988; ID Curso de Derecho penal-esquemas del delito, Bogotá, 1992.
- II. Bacigalupo, Z. E. (1996). Manual de Derecho Penal. Parte General (Tercera reimpresión). Santa Fe de Bogotá - Colombia: Editorial Temis S.A.
- III. Bustos-Ramírez, J. J., y Hormazábal, H. (1999). Lecciones de derecho penal (Vol. II). Madrid: Editorial Trotta.
- IV. Creus, C. (1992). Derecho penal. Parte general (3a edición actualizada y ampliada). Argentina: Editorial Astrea.
- V. Cuello-Contreras, J. (2002). El Derecho Penal Español Parte General. Nociones introductorias. Teoría del delito. (Tercera edición). Madrid. España: Editorial Dykinson.
- VI. D'Estafano-Pisani, M. A. (1953). Código de Defensa Social. Ley de Ejecución de Sanciones y Reglamento para los Establecimientos Penitenciarios de la República. V I. publicación autorizada por Decreto Presidencial Número 973 de 17 de abril de 1936. p 180. Cuba.
- VII. Diccionario de la Lengua Española - Real Academia Española. Vigésima Segunda Edición. (2001).
- VIII. Domínguez-Correa, M. (2011). El consentimiento del ofendido: entre la justificación y la exclusión de la tipicidad. Instituto Uruguayo de Derecho Penal (4), 1-24. Recuperado de <https://publicaciones.fder.edu.uy/index.php/idp/article/view/71/60>.
- IX. Fontán-Balestra, C. (1998). Derecho Penal. Introducción y Parte general (Actualizado por Guillermo A. C. Ledesma). Buenos Aires, Argentina: ABELEDO-PERROT.
- X. Garrido-Montt, M. (2003). Derecho Penal Parte General. Nociones fundamentales de la teoría del delito (3a edición actualizada, Vol. II). Chile: Editorial Jurídica de Chile.

- XI. Jarque, G. (1999). La relevancia penal del consentimiento. Recuperado de [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a\\_20111108\\_01.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20111108_01.pdf)
- XII. Jiménez de Asúa, L. (1977). Tratado de Derecho Penal. Tomo VI. Buenos Aires, Argentina.
- XIII. Plascencia-Villanueva, R. (2004). Teoría del delito (Tercera reimpresión). México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- XIV. Quirós-Pérez, R. (2006). Manual de derecho penal I, II, III. Plaza de la Revolución, Cuba: Empresa Editorial Poligráfica Félix Varela.
- XV. Moret-Hernández, O. L. (2003). Delitos contra la hacienda pública. Derecho penal especial, t. 2, Editorial Félix Varela, La Habana. Cuba.
- XVI. Ríos-Arenaldi, J. (2006). El consentimiento en materia penal. Política criminal, 1(1), Recuperado de [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2719865](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2719865).
- XVII. Rivero-García, D. (2003). Delitos contra la Administración y la Jurisdicción. En Derecho Penal Especial (Vol. I, pp. 71-140). La Habana: Félix Varela.
- XVIII. Rodríguez-Vargas, O., Pi-Gómez, A., Soto-Mena, V., Sotolongo, L. (2009). Testigos de Jehová y el Consentimiento Informado en la práctica Anestesiológica. Revista de Anestesiología y Reanimación, 8(3).
- XIX. Roxin, C. (1997). Derecho Penal Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. (D.-M. Luzón Peña, M. D. y García Conlledo, & J. De Vicente Remesal, Trads.) (2.a ed, Vol. I). España: Civitas, S. A.
- XX. Valdés-Díaz, C. (2010). Requisitos del contrato En Colectivo de autores. Derecho de contratos. Teoría general del contrato. T 1.
- XXI. Vital de Almeida, R. (2006). El consentimiento y su relevancia para la teoría jurídica del delito. (Tesis doctoral). Universidad de Granada. Recuperado de <https://hera.ugr.es/tesisugr/16430190.pdf>
- XXII. Welzel, H. (1956). Derecho Penal Parte General. (C. Fontán-Balestra, Trad.). Buenos Aires: ROQUE Depalma EDITOR.
- XXIII. Zaffaroni, E. R. (1981). Tratado de Derecho Penal Parte General (Vol. III). Argentina: Ediar. Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera.
- XXIV. Zaffaroni, E. R., Alagia, A., y Slokar, A. (2002). Derecho Penal: parte general (2a edición). Buenos Aires, Argentina: Ediar Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera.

#### REFERENCIAS NORMATIVAS

- XXV. Ley No. 62 "Código Penal", 1987, entró en vigor el 30 de abril de 1988.
- XXVI. Código Penal español, decretado por las Cortes el 8 de junio, promulgado, el 9 de junio de 1822. Madrid en la Imprenta Nacional 1822.
- XXVII. Código de Defensa Social. Ley de Ejecución de Sanciones y Reglamento para los Establecimientos Penitenciarios.