

El consentimiento en el Derecho Penal mexicano

ENRIQUE DÍAZ ARANDA

Profesor de la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho
de la Universidad Nacional Autónoma de México.

*A mi querido maestro Enrique Gimbernat Ordeig
por muchas razones, su enseñanza y
apoyo incondicional entre otras*

SUMARIO: Introducción: A) Planteamiento del problema. B) Consideraciones dogmáticas en torno al consentimiento del sujeto pasivo. C) Antecedentes en el Derecho Penal mexicano: 1. La confusión entre consentimiento y perdón del ofendido; 2. Ubicación del consentimiento del sujeto pasivo en el tipo; 3. El consentimiento como causa de justificación.

INTRODUCCIÓN

En 1994 el legislador penal mexicano reformó el Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal (1). Entre dichas reformas se encuentra la inclusión del consentimiento del sujeto pasivo, en los términos siguientes:

(1) Publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* de 10 de enero de 1994.

CAPÍTULO IV

CAUSAS DE EXCLUSIÓN DEL DELITO

Artículo 15. El delito se excluye cuando:

.....

III. Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, siempre que se llenen los siguientes requisitos:

- a) Que el bien jurídico sea disponible.
- b) Que el titular del bien tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del mismo; y
- c) 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, éste hubiese otorgado el mismo.

Como se puede advertir, el legislador penal mexicano siguió una vía distinta al legislador penal español que optó por otorgar relevancia al consentimiento exclusivamente en los supuestos de trasplante de órganos, esterilizaciones y cirugía transexual (art. 156 Código Penal español) (2).

(2) Los mismos supuestos se encontraban previstos después de la reforma de 1983 en el artículo 428 del Código Penal anterior. Con ello se mantiene la discusión sobre la eficacia del consentimiento en toda clase de lesiones, como establecía el Proyecto de Código Penal español de 1980, con excepción de aquellas que sean «socialmente reprobables», cuestión en la que no existe unanimidad en la Doctrina penal española. Sobre los primeros intentos de legislar en este sentido ver GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. «La parte especial en el Proyecto de Código Penal», en *La Reforma Penal y Penitenciaria*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 1980, pp. 54 ss. Con un amplio desarrollo del problema: cfr. ALVAREZ GARCÍA, Javier y otros. *Código Penal comentado*, Madrid, ed. Akal, 1990, pp. 808 ss; ANTÓN ONECA, José, *Derecho Penal*, 2.^a ed. Madrid, España, Akal, 1986, pp. 289-291; MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal (parte general)*, 3.^a ed., Barcelona, España, 1990, pp. 559-562; LUZÓN CUESTA, José María, *Compendio de Derecho Penal (parte general)*, 2.^a ed., Madrid, España, ed. Dykinson, 1986, pp. 141-142; ARROYO DE LAS HERAS, Alfonso, *Manual de Derecho Penal (el delito)*, Pamplona, España, ed. Aranzadi, 1985, p. 431; MUÑOZ CONDE, Francisco, *Teoría General del delito*, Valencia, España, Tirant lo Blanch, 1989, pp. 115-116; CASAS BARQUERO, Enrique, *El consentimiento en el Derecho Penal*, Córdoba, España, ed. Universidad de Córdoba, 1987, pp. 33-41; BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. *Manual de Derecho Penal (parte especial), delitos contra las personas*, Madrid, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, 1989, pp. 64 ss.

A) Planteamiento del problema

Después de la reforma, la incógnita es ¿será el consentimiento del sujeto pasivo una causa de justificación en el Derecho penal mexicano? Adelanto desde ahora la respuesta: sí, es una causa de justificación.

Antes de demostrar mi aserto, conviene realizar una primera aproximación dogmática a la problemática del consentimiento.

B) Consideraciones dogmáticas en torno al consentimiento del sujeto pasivo

Históricamente la eficacia del consentimiento ha variado en función de la concepción material del delito. Así, se ha dicho que en el Derecho romano tenía plena relevancia (3). La teoría iusracionalista lo excluía cuando se trataba de derechos inalienables, es decir, con marcado interés público. La Escuela histórica le negó toda eficacia, pues, partió de la base que el Derecho penal sólo puede atender al interés colectivo. En cambio, la filosofía Hegeliana le dio eficacia al considerar que la voluntad subjetiva individual no contravenía la voluntad objetiva de la comunidad. 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 (4). Hoy en día en Alemania «la jurisprudencia y la doctrina dominante sostienen el criterio de que

(3) Algunos autores afirman la validez del consentimiento como causa de justificación en todos los casos de *injuria* incluyendo delitos contra la vida y la integridad física. Ello de acuerdo con el principio romano *volenti non fit injuria*: Cfr. (ULPIANO. D. 47.10.II): *Corpus*, t. V, esp., pp. 451-453; JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal (parte general)*, trd. José Luis MANZANARES SAMANIEGO, 4.ª ed. Granada, España, ed. Comares, 1993. p. 338; QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, «Relevancia del consentimiento de la víctima en materia penal», en *ADPCP* t. III, fasc. II, mayo-agosto, 1950, p. 321; CASAS BARQUERO, Enrique, *El consentimiento en el Derecho Penal*, Córdoba, España, ed. Universidad de Córdoba, 1987, p. 23; ARROYO DE LAS HERAS, Alfonso, *Manual de Derecho Penal (el delito)*, Pamplona, España, ed. Aranzadi, 1985, p. 427. No obstante, otros autores afirman la existencia de limitaciones tratándose de Derechos públicos: Cfr. PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, *Manual de Derecho Penal mexicano*, 4.ª ed., México, ed. Porrúa, 1978, p. 341; MOMMSEN, Teodoro. *Derecho Penal Romano*, trad. P. DORADO, Bogotá, Colombia, ed. Temis, 1976, p. 397, quien le niega toda relevancia en el caso de los delitos contra la vida, específicamente en el supuesto de auxilio ejecutivo al suicidio.

(4) Cfr. JESCHECK, H. H., *op. cit.*, p. 338; CASAS BARQUERO, E., *op. cit.*, pp. 23-25; QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado de la parte especial del Derecho Penal*, 2.ª ed. puesta al día por Enrique GIMBERNAT ORDEIG, t. I, vol. I, Madrid, España, ed. *Revista de Derecho Privado*, 1972. esp., pp. 752-754.

quien consiente, renuncia, mediante el abandono de sus intereses, a la protección penal» (5).

Conviene desde ahora seguir a Quintano Ripolles quien planteó la diferencia entre consentimiento y asentimiento, pues mientras el primero implica un «querer», el segundo responde a un «tolerar» o resignarse, ejemplo de esto último, lo constituye la entrega de la cosa ante la amenaza del ladrón. En este sentido sólo el consentimiento y no el asentimiento es eficaz (6).

En términos generales 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» (7).

En efecto, en ciertos supuestos de hecho el consentimiento del sujeto pasivo excluye su tipicidad y podemos hablar de un hecho irrelevante para el Derecho penal debido a que se considera un suceso normal de la vida social que no lesiona al bien jurídico tutelado. A estas figuras la doctrina Alemana ha convenido en denominarlos casos de «acuerdo» (*Einverständnis*) (8). En dichos supuestos 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 contra su voluntad, sin importar el objeto en sí mismo (9).

Lo anterior no implica que el Derecho penal pierda su naturaleza pública para proteger solamente el interés del particular. Pero, el interés co-

(5) Cfr. JESCHECK, H. H., *op. cit.* esp., p. 339.

(6) Del autor citado. *Tratado ... t. I*, vol. I, esp., pp. 340 ss.

(7) MIR PUIG, S., *op. cit.*, pp. 553.

(8) Cfr. CASAS BARQUERO, E., *op. cit.*, pp. 31-32; MIR PUIG, S., *op. cit.*, pp. 553-555; QUINTANO RIPOLLÉS, A., «La relevancia...», *op. cit.*, pp. 329, 337, 340; COBO DEL ROSAL, M., y T.S. VIVES ANTÓN, *Derecho Penal parte general*, 3.ª ed., Valencia, España, ed. Tirant lo Blanch, 1991, p.375; ANTÓN ONECA, José, *Derecho Penal*, 2.ª ed., Madrid, España, Akal, 1986, p. 288; LUZÓN CUESTA, José María, *Compendio de Derecho Penal (parte general)*, 2.ª ed., Madrid, España, ed. Dykinson, 1986, esp., pp. 139-140; ARROYO DE LAS HERAS, A., *op. cit.* p. 428; MUÑOZ CONDE, Francisco, *Teoría General del delito*, Valencia, España, Tirant lo Blanch, 1989, p. 114; CEREZO MIR, José, «El consentimiento como causa de exclusión del tipo y como causa de justificación», en *Estudios de Derecho Penal y Criminología, libro-homenaje al prof. Rodríguez Devesa*, I, 1989, pp. 202 ss; JESCHECK, H. H., *op. cit.*, esp., p. 335.

(9) Cfr. PORTE PETIT CANDAUDAR, Celestino, *Programa de la Parte General del Derecho Penal*, México, ed. UNAM, 1968, pp. 503 y 505. VILLALOBOS, Ignacio, *Derecho Penal mexicano (parte general)*, 3.ª ed., México, ed. Porrúa, 1975, esp., pp. 264 ss.; MIR PUIG, S., *op. cit.*, pp. 556-557; CASAS BARQUERO, E., *op. cit.*, p. 21; SUÁREZ MONTES, Rodrigo Fabio, *El consentimiento en las lesiones*, Pamplona, España, Publicaciones del estudio general de Navarra, 1959, p. 39 ss.; COBO DEL ROSAL, M., y T. S. VIVES, *Derecho Penal, parte general*, 3.ª ed., Valencia, España, ed. Tirant lo Blanch, 1991, p. 375.

lectivo aparece cuando la voluntad del particular ha sido transgredida (10). Sólo así, como afirma Quintano Ripollés, puede explicarse la intervención del Derecho penal como protector de intereses colectivos, confluyendo en estos supuestos «la víctima inmediata privada y la mediata ideal estatal» (11), en otras palabras, el interés público está detrás del interés particular y ante la ausencia de este último sucede lo mismo con el primero (12).

Queda excluida la tipicidad de la conducta cuando concurre el consentimiento en los supuestos de: robo (art. 367 CP) (13); abuso de confianza (art. 382 CP); violación (art. 265 CP); difamación (art. 350 CP); allanamiento de morada (art. 285 CP); privación ilegal de la libertad (art. 364 CP), etc. (14)

Por otra parte, la falta de consentimiento puede estar prevista en el tipo de forma expresa o tácita. Así, por ejemplo, se hace referencia a la falta de consentimiento en los tipos de robo y allanamiento de morada. En forma implícita: la violación; el abuso de confianza; la difamación y la privación ilegal de la libertad (15).

En contrapartida, en delitos como el aborto consentido (art. 330 CP) (16); el estupro (art. 262 del CP) y, el auxilio ejecutivo al suicidio (art. 312 CP), el consentimiento ni hace irrelevante el hecho para el Derecho penal ni justifica la conducta del sujeto activo, pero sí da lugar a la aplicación de una pena menor (17). En los dos primeros supuestos el

(10) En este sentido, cfr. JESCHECK, H.H., *op. cit.*, p. 13. Cabe insistir que en los supuestos a que estoy haciendo referencia: en los que el legislador protege la libre facultad de autodeterminación del titular del bien jurídico, el problema no se resuelve en sede de antijuridicidad, pues queda resuelto desde la falta de tipicidad de la conducta, siendo innecesario, por así decirlo, pasar al siguiente nivel. Cfr. VILLALOBOS, Ignacio, *op. cit.*, esp., p. 352.

(11) «El consentimiento...» p. 323.

(12) Cfr. ANTÓN ONECA, J., *op. cit.*, p. 288; ARROYO DE LAS HERAS, A., *op. cit.*, p. 428.

(13) En México el supuesto de hecho de robo es equivalente al de hurto previsto en el Código Penal español y, a su vez, el robo agravado del CPm corresponde al de robo del CPe.

(14) En general lo serán todos los delitos patrimoniales con excepción de los préstamos usurarios (art. 387, frac. VIII. CP) y de aquellos que afecten a terceros. Sobre el particular, cfr. ARROYO DE LAS HERAS, A., *op. cit.*, esp., pp. 428 ss.; LUZÓN CUESTA, J. M., *op. cit.*, esp., pp. 140 ss.

(15) Cfr. MIR PUIG, S., *op. cit.*; COBO DEL ROSAL, M., *op. cit.* p. 375.

(16) Cabe señalar que en algunos Proyectos de Código Penal (en adelante *cit.* PCP) estatales se ha negado la relevancia del consentimiento sancionando igual el aborto con o sin consentido de la mujer, a saber: PCP para el Estado de Veracruz-Llave de 1954, artículo 221; PCP para el Estado de Baja California Norte de 1954, artículo 219.

(17) En este sentido, la falta del consentimiento de la víctima, siguiendo a GIMBERNAT ORDEIG da lugar a la aplicación del tipo de asesinato (homicidio calificado) o de parricidio, según el caso; cfr. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. «Inducción y auxilio al

tipo hace mención expresa al consentimiento del sujeto pasivo, mientras que en el de homicidio consentido, de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia (18), se encuentra implícitamente.

Sobre la reducción de la pena prevista en la norma secundaria cuando existe consentimiento, si la embarazada consiente el aborto la pena aplicable para quien lo practica es de uno a tres años de prisión, en cambio de no existir dicho consentimiento la pena será de tres a seis años (19). También en el supuesto de estupro, previsto en el artículo 262 del Código Penal, el consentimiento de la mujer mayor de doce años y menor de dieciocho constituye uno de los elementos del tipo sancionado con prisión de tres meses a cuatro años de prisión. Mas, la falta de consentimiento da lugar a un delito de violación cuya pena es de ocho a catorce años de prisión. Lo mismo sucede en la privación de la vida de quien lo solicita, supuesto de homicidio consentido cuya pena es de cuatro a doce años de prisión (art. 312 CP), mientras que la ausencia del consentimiento, según sea el caso, da lugar a un delito asesinato u homicidio calificado cuya pena es de veinte a cincuenta años de prisión (arts. 320 en relación con el 317 del CP) o de diez a cuarenta años correspondiente al parricidio siempre y cuando existan los requisitos de parentesco señalados en el, también reformado, artículo 323 del CP (20) Hasta aquí hemos analizado al consentimiento en sede de tipicidad.

suicidio», en *Estudios de Derecho Penal*, 3.ª ed., Madrid, ed. Tecnos, 1990, esp., pp. 283 ss.

(18) En este sentido, las Sentencias del Tribunal Supremo español (STS) de 8-XI-1961 y la STS. de 15-XII- 1977.

(19) Las mismas posturas se han adoptado en: Anteproyecto de Código Penal (en adelante *cit.* APCP) para el Distrito y Territorios Federales en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal de 1949, artículo 317; APCP para el Distrito y Territorios Federales en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal de 1958, arts. 242 y 243; CP para el Estado de México de 1961, artículo 242, fracs. I y II; CP del Estado de Michoacán, artículo 290; PCP Tipo para la República Mexicana de 1963, arts. 286 y 288; CP para el Estado de Guanajuato de 1978, arts. 226 y 227; CP para el Estado Libre y Soberano de Veracruz-Llave de 1980, arts. 130 y 131. En España se puede observar la misma postura en el PCP de 1980, arts. 161 y 162; en la Propuesta de APNCP de 1983, arts. 145 y 146, y, en el más reciente PCP de 1992, arts. 150 y 151.

(20) Entre la extensa literatura sobre el particular: Cfr. JIMÉNEZ HUERTA, Mariano, *Derecho Penal mexicano*, 4.ª ed., t. II, México, ed. Porrúa, 1979, esp., pp. 155 ss.; COBOS GÓMEZ DE LINARES, Miguel Ángel, y otros, *Manual de Derecho Penal (parte especial)*, Madrid, ed. Akal, 1990, esp., pp. 120 ss.; COBO DEL ROSAL, Manuel; T.S. VIVES ANTÓN, y otros, *op. cit.*, esp., pp. 560 ss.; GIMBERNAT ORDEIG, E., *op. cit.*, esp., pp. 283 ss.; BACIGALUPO, Enrique, *Estudios sobre la parte especial del Derecho Penal*, Madrid, ed. Akal, 1991, esp., pp. 27 ss.; BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, *Manual de Derecho Penal (parte especial) delitos contra las personas*, Madrid, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, 1989, pp. 94 ss.; TORIO LÓPEZ, Ángel. «Instigación y auxilio al suicidio, homicidio consentido y eutanasia como problemas legislativos», en *Estudios Penales y Criminológicos*, t. IV, Universidad de Santiago de Compostela, 1981, pp. 171 ss.

Corresponde ahora hacer referencia al consentimiento como causa de justificación, considerado por la doctrina alemana como consentimiento en sentido estricto (*Einwilligung*) (21), su reconocimiento supone una de las expresiones de máxima libertad individual, característica de legislaciones propias de un Estado Democrático de Derecho (22).

La complejidad del consentimiento como causa de justificación radica en que la conducta del sujeto activo lesiona efectivamente el bien jurídico e integra el conjunto de elementos que fundamentan positivamente al tipo y, en consecuencia, no podemos hablar de un suceso normal de la vida social, pues están en contraposición el desinterés del titular del bien y el interés social en preservarlo y evitar su lesión.

Así, por ejemplo, hasta antes de la vigencia del nuevo Código Penal español, la doctrina había encontrado múltiples problemas para dar plena relevancia al consentimiento del sujeto pasivo en el homicidio consentido, intentando conseguir dicha relevancia a través de la eximente del estado de necesidad o recurriendo al ejercicio de un derecho (23). Empero, como señala Gimbernat Ordeig «El CP 95 decide ahora castigar expresamente a la (eutanasia) activa. Lo cual supone: por una parte, una regresión frente a la situación anterior, ya que, como acabo de indicar, la ciencia española había aportado argumentos muy sólidos para fundamentar que esa clase de «homicidio piadoso» era impune, sin que hasta ahora los tribunales hubieran tenido ocasión de pronunciarse sobre esa opinión doctrinal» (24)

C) Antecedentes en el Derecho Penal mexicano

Una vez realizadas las primeras aproximaciones dogmáticas al consentimiento, podemos acuparnos de su relevancia en el Derecho Penal mexicano, siendo necesario un acercamiento histórico al problema.

(21) Cfr. JESCHECK, H. H., *op. cit.*, p. 335; MIR PUIG, S., *op. cit.* 554; COBO DEL ROSAL, M., *op. cit.* p. 375; CASAS BARQUERO, *op. cit.* pp. 34, 54 y 55; CEREZO MIR, J., *op. cit.* pp. 208 ss.; RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *Derecho Penal español (parte general)*, 14.^a ed., Madrid, ed. Dykinson, 1991, pp. 506 ss.

(22) COBOS GÓMEZ DE LINARES, M. A., *op. cit.* p. 121; en el mismo sentido: JESCHECK, H. H., *op. cit.* pp. 339 ss.

(23) Cfr. MIR PUIG, S., *op. cit.* esp., pp. 557 ss.; COBO DEL ROSAL, M., *op. cit.* esp. p. 375. Para un amplio, cfr. DÍAZ ARANDA, Enrique, *Dogmática del suicidio y homicidio consentido*, Madrid, Ministerio de Justicia-Universidad Complutense de Madrid, 1995, esp. pp. 89 ss.

(24) Del autor citado, *Código Penal (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre)*, 2.^a ed., Madrid, Tecnos, 1996, p. 26.

1. *La confusión entre consentimiento y perdón del ofendido*

El Código Penal mexicano, vigente desde 1931 con algunas modificaciones, negaba relevancia al consentimiento al establecer:

Artículo 9.º La intención delictuosa se presume, salvo prueba en contrario.

La presunción de que un delito es intencional no se destruirá, aunque el acusado pruebe alguna de las siguientes circunstancias:

I a V..

VI. Que obró con el consentimiento del ofendido, exceptuando el caso de que habla el artículo 93.

Y hasta antes de la reforma de 13 de enero de 1984, el citado artículo 93 establecía:

«Perdón y consentimiento del ofendido

Artículo 93. El perdón o el consentimiento del ofendido extingue la acción penal, cuando concurren estos requisitos:

I. Que el delito no se pueda perseguir sin previa querrela.

II. Que el perdón se conceda antes de formularse conclusiones por el Ministerio Público; y

III. Que se otorgue por el ofendido o por la persona que reconozca éste ante la autoridad como legítimo representante o por quien acredite legalmente serlo, o en su defecto, por tutor especial que designe el juez que conoce del delito»

La deficiente redacción empleada por el legislador penal mexicano conllevó a utilizar como sinónimos dos conceptos de naturaleza distinta: el consentimiento del sujeto pasivo (sustantiva) y el perdón del ofendido (adjetiva), lo cual se reflejó en la jurisprudencia. Así, por ejemplo:

Perdón del ofendido. (Legislación de San Luis Potosí.) La sola lectura del artículo 163 del Código Penal del Estado, pone de manifiesto que se refiere a aquellos casos en que el ofendido preste su consentimiento para la comisión de un delito en que se requiera la previa querrela, para que proceda el perdón, siempre que exclusivamente afecte sus propios intereses, que tuviere la libre disposición de ellos y no resultare peligro o alarma a la sociedad ni perjudique a un tercero, extremos que notoriamente no se llenan en los casos de violación.

Tomo LXXXVII, pág. 2422.—Martínez de Arévalo Virginia y coag.—14 de marzo de 1946.—Cuatro votos.

Quinta Época. Primera Sala. Semanario Judicial de la Federación. t. LXXXVII. p. 2422 (25).

Criterio que fue reiterado en diversas jurisprudencias (26).

Pese a lo anterior, la confusión derivada de la ley al considerar como sinónimos al consentimiento del sujeto pasivo con el perdón del ofendido y que posteriormente llevó a la jurisprudencia a utilizar de forma indistinta dichos términos, fue puramente terminológica. De ahí que al referirse al artículo 9 del Código Penal se dijera: «realmente no se sabe qué andará haciendo el consentimiento del ofendido en los problemas de intencionalidad del agente, ni por qué habría de pensarse que se eliminara ésta por aquél, si sus factores son el conocimiento de los elementos típicos del acto y la determinación propia sobre ese conocimiento» (27).

Por ello, como demostraré más adelante, la jurisprudencia y la doctrina supieron distinguir cuándo se empleaba el término consentimiento como sinónimo de perdón del ofendido y cuándo se trataba del consentimiento ubicado a nivel de tipo, como excluyente de la tipicidad o como atenuante de la punibilidad.

Aunado a lo anterior, la confusión a que nos venimos refiriendo concluyó con la reforma de 13 de enero de 1984, por la cual se reconoce en el artículo 9.º del Código Penal el principio de culpabilidad en sentido

(25) También la jurisprudencia:

Perdón del ofendido. Abuso de confianza (legislación de Jalisco). El delito de abuso de confianza no está comprendido entre aquellos ilícitos en que se extingue la acción Penal por el perdón y el consentimiento del ofendido, habida cuenta de que la causa extintora sólo opera tratándose de los delitos que se persiguen por querrela necesaria, pero en ninguna forma en aquellas infracciones que se persiguen de oficio, como acontece tratándose del delito de abuso de confianza, conforme a la legislación del Estado de Jalisco.

Amparo directo 5131/58. Juan Rodríguez Medrano. 20 de agosto de 1959. 5 votos. Ponente: Luis Chico Goerne.

Sexta Época, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación. T. XXVI, Segunda Parte, p. 112.

(26) Por citar sólo algunas: Amparo Directo 5369/62. Aurelio Chávez, de 14 de marzo de 1963. Mayoría de 3 votos. Ponente: Juan José González Bustamante. En *Primera Sala. Semanario Judicial de la Federación. Sexta Época. T. LXIX, Segunda Parte*, p. 17; Amparo Directo 6964/57. Antonio Castañeda Pacheco, de 10 de abril de 1958. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Luis Chico Goerne. En *Primera Sala. Semanario Judicial de la Federación. Sexta Época. T. XXX, Segunda Parte*, p. 60; Amparo Directo 4011/53, 26 de noviembre de 1954. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Agustín Mercado Alarcón. En *Primera Sala. Semanario Judicial de la Federación. Quinta Época. T. CXIC, p. 1453*. También, Amparo Directo de 27 de marzo de 1940. Vázquez Ortiz Enrique. Unanimidad de cuatro votos. *Primera Sala. Semanario Judicial de la Federación. Quinta Época. LXIII, p. 3985*.

(27) VILLALOBOS, Ignacio. *Derecho Penal Mexicano (parte general)*, 5.ª ed., México, editorial Porrúa, 1990, p. 264.

amplio (28) y se omite cualquier referencia al consentimiento (29), lo cual derivó en el cambio de rubro del artículo 93 por el de: «Perdón del ofendido o legitimado para otorgarlo».

2. *Ubicación del consentimiento del sujeto pasivo en el tipo*

Como manifesté antes, la doctrina mexicana ha tenido clara la diferencia conceptual entre consentimiento y perdón, ello al manifestar: «el consentimiento del ofendido no es medio extintivo de la responsabilidad penal, sino, como ya vimos, causa excluyente de incriminación, a título de atipicidad o de licitud, que impide, *ab initio*, la integración del delito» (30) mientras que «el perdón es un acto judicial o extrajudicial, posterior al delito, por el cual el ofendido o legitimado hace remisión del agravio o manifiesta su voluntad de que no se inicie, no se continúe el procedimiento o no se ejecute la sentencia en primera instancia, o sea antes de que se pronuncie esta en segunda instancia» (31).

(28) Sobre su significado, cfr. MIR PUIG, S., *op. cit.* esp., pp. 105-107

(29) Después de la reforma de 1984, el Código Penal disponía:

Artículo 9.º Obra intencionalmente el que, conociendo las circunstancias del hecho típico, quiera o acepte el resultado prohibido por la ley.

Obra imprudencialmente el que realiza el hecho típico incumpliendo un deber de cuidado, que las circunstancias y condiciones personales le imponen.

Obra preterintencionalmente el que cause un resultado típico mayor al querido o aceptado, si aquél se produce por imprudencia.

Actualmente el artículo 9.º del Cp., establece:

Artículo 9.º Obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal, o previniendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley, y

Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación a un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales.

(30) GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Derecho Penal*, 1a reimpresión, México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 1983, p. 60. En el mismo sentido, cfr. PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino, *Programa de la Parte General del Derecho Penal*, México, ed. UNAM, 1968, pp. 503 y 505.

(31) GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco, *El Código Penal Comentado*, 9.ª ed., México, D.F., ed. Porrúa, 1989, p. 204. En el mismo sentido, cfr. CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl, y Raúl CARRANCÁ Y RIVAS, *Código Penal Anotado*, 7.ª ed., México, ed. Porrúa, 1978; MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael, «Perdón del ofendido», en *Diccionario Jurídico Mexicano*, 2.ª ed., t. IV, México D.F., ed. Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México, 1988, pp. 2382-2384.

Por otra parte, la concepción del consentimiento estaba claramente delimitada en la jurisprudencia (32) y su relevancia quedó de manifiesto de forma reiterada en aquéllos delitos en los cuales su existencia excluye la tipicidad de la conducta del sujeto activo (33) y, en contrapartida, cuando su ausencia adecua dicha conducta al tipo, como sucede, por ejemplo, en los delitos de violación (34) y robo (35).

(32) Consentimiento del ofendido. Es sabido que el consentimiento del titular del bien jurídico lesionado a virtud del proceso delictivo, siendo anterior o coetáneo a la acción, destruye la antijuridicidad o el tipo; es decir, si el pasivo de una conducta delictiva presta su consentimiento para que se realice ésta, no resulta afectado el bien jurídico que se tutela, siempre que el consentimiento recaiga sobre bienes jurídicos disponibles. el consentimiento destruye el tipo, esto es, impide que éste se integre, cuando en la descripción legal se consagra como elemento constitutivo del delito la ausencia del consentimiento por parte del titular. ejemplo de ésto último es el robo, y de lo primero el daño en propiedad ajena, en el cual se tutela el patrimonio de las personas, que es un bien jurídico disponible. en el caso, estando demostrado el consentimiento para que la destrucción de unos cuartos se llevara al cabo, no puede sostenerse que la conducta realizada por los quejosos sea antijurídica; no hay delito sin antijuridicidad y no puede imponerse pena cuando la conducta realizada no es antijurídica.

Scolari Llaguno Humberto y coag, de 22 de noviembre de 1954. 4 Votos. Quinta Época. Primera Sala, Sala Auxiliar. Semanario Judicial de la Federación. T. CXXII. p. 1348.

En el mismo sentido: Toca Número 3360, de 22 de septiembre de 1954, 5 votos. Quinta Época. Primera Sala. Semanario Judicial de la Federación. T. CXXI. p. 2339 y 2351.

(33) Así, por ejemplo: Robo, delito de. Si bien el delito de robo se persigue de oficio, aunque el agraviado no tenga interés en el castigo del delincuente, para que exista dicho delito se necesita que el ladrón se apodere del objeto robado sin el consentimiento de la persona que puede disponer de él, y si el dueño de los bienes manifestó claramente que estuvo conforme con el hecho de que el acusado se haya apoderado de los objetos, es decir, manifestó su conformidad con lo que hizo, esta conformidad debe considerarse como consentimiento, y por lo mismo, no se tipifica el delito de robo.

Amparo Penal Directo. 2577/54, de 10 de marzo de 1955. Mayoría de 3 votos.- Ponente: Luis Chico Goerne. Quinta Época. Primera Sala. Semanario Judicial de la Federación. T. CXXIII. p. 1516

(34) Así, por ejemplo: Violación. El delito de violación se caracteriza porque hay ausencia del consentimiento de la ofendida.

Amparo directo 5500/60. Gabriel Barona Parra, de 22 de noviembre de 1960. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Juan José González Bustamante. Sexta Época. Primera Sala. Semanario Judicial de la Federación. T. XLI, Segunda Parte. p. 71.

En el mismo sentido, entre muchas otras: Amparo directo 6106/55, de 10 de abril de 1957. 5 votos. Ponente: Luis Chico Goerne. Quinta Época. Primera Sala. Semanario Judicial de la Federación. T. CXXXII. p. 76; Amparo directo 7517/60. José Méndez Morales. de 13 de enero de 1961. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Manuel

También se tenía claro que, en ciertos delitos, la mediación del consentimiento del sujeto pasivo conlleva a la atenuación de la punibilidad, como sucede en el homicidio consentido (36) o bien en aquellos supues-

Rivera Silva. Sexta Época. Primera Sala. Semanario Judicial de la Federación. T. XLIII, Segunda Parte. p. 96; Amparo directo 3310/73. José Atilano Rodríguez Estrada, de 22 de noviembre de 1973. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Ernesto Aguilar Alvarez. Séptima Época. Primera Sala. Semanario Judicial de la Federación. T. LIX, Segunda Parte. p. 36; Amparo directo 7663/80. Eugenio Prado Ursúa, de 31 de agosto de 1981. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Raúl Cuevas Mantecón. Séptima Época. Primera Sala. Semanario Judicial de la Federación. T. CLI A CLVI, Segunda Parte. p. 115. Criterio que ha seguido después de las reformas de 1984: Amparo directo 1809/86. Ramón Campos Valenzuela, de 13 de agosto de 1986. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Francisco H. Pavón Vasconcelos. Séptima Época. Primera Sala. Semanario Judicial de la Federación. T. CCV A CCXVI, Segunda Parte. p. 48; Amparo directo 7038/85. Isidro González Soto, de 12 de junio de 1986. 5 votos. Ponente: Luis Fernández Doblado. Séptima Época. Primera Sala. Semanario Judicial de la Federación. T. CCV A CCXVI, Segunda Parte. p. 49.

(35) Dentro de las múltiples jurisprudencias, podemos citar la siguiente que data de 1926: Robo. El delito de robo consiste en el apoderamiento de una cosa ajena, mueble, sin derecho y sin el consentimiento de la persona que puede disponer de ella, con arreglo a la ley; de modo que si la cosa que se dice robada, está en poder de aquel a quien se imputa el robo, por algunas razones de orden legal, falta uno de los elementos esenciales, para que exista el delito.

Amparo en revisión 2334/22. Aca Apolinar y coag. 18 de mayo de 1926. Unanimidad de diez votos; Amparo directo 3753/27. Peña Ocampo Alvaro. 27 de marzo de 1930. Cinco votos. Quinta Época. Primera Sala. Apéndice de 1995. T. II, Parte HO, tesis: 993. p. 622. Desde entonces se ha seguido el mismo criterio, por ejemplo: Amparo directo 3825/81. Serafín González Rodríguez. 15 de febrero de 1982. 5 votos. Ponente: Mario G Rebolledo F. Séptima Época. Primera Sala. Semanario Judicial de la Federación. T. CLVII-CLXII, Segunda Parte. p. 111; Amparo directo 472/92. Pablo Carmona Hernández. 10 de noviembre de 1992. Unanimidad de votos. Octava Época. Tribunales Colegiados de Circuito. Apéndice de 1995. T. II, Parte TCC, tesis. 715. p. 457.

(36) Así la jurisprudencia: suicidio. Homicidio solicitado. El suicidio, «acto por el que una persona se priva voluntariamente de la vida», no es delito, ni cuando se consuma ni cuando se frustra, pero la participación de otros en el suicidio ajeno, sí lo es. Así pues, analizando la parte final del artículo 312 del Código Penal, en el sentido de que la participación material tan completa que realiza una persona hasta el punto de causar la muerte de otro, determina la represión penal, a virtud de que nuestra legislación no prevé, como causa que excluye la incriminación, tal participación en el delito, independientemente del consentimiento de la víctima, pues sin desconocer que, con arreglo a la doctrina –la que por cierto sustentan otras legislaciones–, el consentimiento del ofendido constituye el ejemplo clásico de la exclusión de lo injusto con arreglo al principio de la ausencia del interés, a virtud de que supone el abandono consciente de los intereses por parte del que legítimamente tiene la facultad de disponer sobre el bien jurídico protegido, lo cierto es que, conforme a nuestra legislación, quien presta auxilio o cooperación a la víctima que desea privarse de la vida,

tos en los que la ausencia del consentimiento da lugar a un delito distinto, como sucede en la relación estupro y violación (37).

Visto los antecedentes anteriores podemos llegar a dos conclusiones. La primera es que la confusión entre consentimiento y perdón del ofendido fue puramente terminológica a nivel legislativo y jurisprudencial y terminó con la reforma de 1984. La segunda conclusión, la función del consentimiento del sujeto pasivo cuando se ubicaba a nivel de tipo ha estado clara tanto en la jurisprudencia como en la doctrinal mexicana. En otras palabras, los supuestos, llamados por la doctrina alemana, de «acuerdo» han sido claramente identificados desde antiguo en México.

Pero ¿se ha llegado a considerar al consentimiento como causa de justificación en México? de dicha incógnita me ocupo a continuación.

3. *El consentimiento como causa de justificación*

Hasta antes de la reforma de 1994, la doctrina se pronunció en contra del consentimiento como causa de justificación, al manifestar:

Incidentalmente la afirmación de que lo antijurídico lesiona o pone en peligro intereses protegidos, obliga a insistir en que se trata de intereses sociales y no individuales, pues la inadvertencia de tal distinción hizo creer que el consentimiento de la persona directamente afectada por el delito, o la falta de interés de esa persona en mantener el bien jurídico que se le garantiza, haría desaparecer la antijuricidad del acto. El homicidio consentido, por ejemplo, no sería antijurídico si tal consentimiento demostrara que no había en el caso intereses por la conservación de aquella vida, o interés que pudiera ser objeto de lesión ...

hasta el punto de que el agente partícipe realice materialmente la acción eficiente para la privación de la vida, tal conducta es objeto de represión penal, a virtud de que comete el delito de homicidio, quien priva de la vida a una persona.

Amparo directo 1926/57. Honorio Ruiz Alba. 22 de agosto de 1958. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Luis Chico Goerne. Sexta Época. Primera Sala. Semanario Judicial de la Federación. T. XIV, Segunda Parte. p. 219.

(37) Estupro. Cuando no se configura. Este delito no se configura cuando hay ausencia de los elementos «consentimiento» y «seducción» o «engaño». Y si el acto crítico sexual ejecutado por el delincuente, tuvo lugar mediante la violación física, y sin consentimiento de la ofendida, esto configura un delito diverso.

Amparo directo 6581/62. José Inés Espiricueta Miramontes. 5 de junio de 1963. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Alberto R. Vela. Sexta Época. Primera Sala. Semanario Judicial de la Federación. T. LXXII, Segunda Parte. p. 20.

Nuestra Ley Penal quiso prevenir aquel error de dar a todo consentimiento de los ofendidos el carácter de excluyente de antijuricidad... (38).

Sin embargo, después de la reforma ni la doctrina ni la jurisprudencia se han ocupado del problema.

Lo anterior podría hacernos pensar que el legislador penal mexicano ha querido dejar bien clara la función del consentimiento como excluyente de la tipicidad y no como causa de justificación. Empero, se pueden formular más objeciones a dicha afirmación.

El primer reparo es de carácter práctico, pues, la jurisprudencia ya se había referido en diversas ocasiones a los requisitos contenidos en la fracción III del artículo 15 del Código Penal: bienes disponibles (39), capacidad jurídica (40), formas de manifestación (41) y ausencia de vicios (42).

(38) VILLALOBOS, Ignacio, *op. cit.*, 1975. p. 264. Sostienen el mismo criterio cfr. CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. *Derecho Penal mexicano (parte general)*, 13.º ed., revisada y adicionada por Raúl CARRANCA Y RIVAS, México, ed. Porrúa, 1980, esp. p. 433; PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino, *op. cit.* 503 y 505.

(39) *Vid. supra.* nota 32.

(40) En este sentido: Violación impropia. Irrelevancia de la existencia o no del consentimiento de la menor. Aun en el supuesto de que la ofendida hubiera otorgado su consentimiento para realizar el acto sexual, si por su minoría de edad, entre nueve y once años, no estaba en posibilidad de producirse voluntariamente en sus relaciones sexuales, al determinarlo así la responsable no viola garantía alguna en perjuicio del acusado.

Amparo directo 2280/74. Enrique Monroy Martínez. 25 de noviembre de 1974. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Ernesto Aguilar Álvarez. Séptima Época. Primera Sala. Semanario Judicial de la Federación T. 71 Segunda Parte. p. 65.

(41) Así por ejemplo: Allanamiento de morada. Queda excluida la antijuricidad propia del allanamiento de morada, si por consentimiento expreso o con permiso tácito para el logro de la finalidad del concubito, la mujer permitió la entrada del amante.

Amparo directo 3658/57. Martín Tarelo Alonso. 10 de diciembre de 1957. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Agustín Mercado Alarcón.

También se aplico este criterio para diversos supuestos.

Abuso de confianza. Salazar Cortes Desiderio. 14 de enero de 1949. Cuatro votos. Quinta Época. Primera Sala. Semanario Judicial de la Federación. T. XCIX. p. 129. Lenocinio: Toca Numero 6119 De 1945. Pág. 463. 17 De Julio De 1954. Cuatro Votos. Quinta Época. Primera Sala. Semanario Judicial de la Federación. T. CXXI. p. 463.

(42) Nos ilustra en este sentido la jurisprudencia: ALLANAMIENTO DE MORADA. Si el reo se introdujo a un lugar habitado engañando a su morador, quien accedió a abrir la puerta de su domicilio y a permitirle el paso en vista de que el reo

Tampoco desde una interpretación sistemática del Código Penal mexicano se encontraría razón de ser a la inclusión del consentimiento como excluyente de la tipicidad, porque la misma reforma de 1994 dispuso en la fracción II del artículo 15 que el delito se excluye cuando: «falte alguno de los elementos del tipo penal del delito que se trate». Por tanto, en aquellos delitos en que el tipo requiere la realización de la conducta sin el consentimiento del sujeto pasivo, su mediación supone la exclusión prevista en la citada fracción segunda.

Por último, es cierto que la Constitución Mexicana no reconoce de forma expresa, a diferencia de la Constitución Española, los derechos a la vida, el derecho al libre desarrollo de la personalidad ni el derecho a la dignidad humana (43). Lo anterior no significa que dichos derechos no encuentren fundamento legal, porque sí que lo tienen en diversos tratados internacionales suscritos y ratificados por México (44), los cuales, conforme a lo dispuesto en el artículo 133 de la Constitución Mexicana,

le mostró un papel escrito en el que se asentaba que tenía orden para realizar una visita, como el consentimiento del ofendido estaba viciado y mediante el engaño logró el reo introducirse a un lugar a donde no tenía libre acceso, se configuró el delito de allanamiento de morada previsto en el artículo 285 del Código Penal federal y 168 del de Procedimientos en la materia, y se halla legalmente comprobada de una manera plena la culpabilidad del acusado, con los mismo elementos.

Amparo directo 417/58. Fausto Valverde Salinas, de 3 de febrero de 1959. 5 votos. Ponente: Juan José González Bustamante. Sexta Época. Primera Sala. Semanario Judicial de la Federación. T.XX, Segunda Parte. p. 9. En el mismo sentido, aunque aplicado a un supuesto de robo en casa habitada: Amparo directo 7731/66. Benjamín Granados Campos. 21 de abril de 1967. 5 votos. Ponente: Abel Huitrón y A. Sexta Época. Primera Sala. Semanario Judicial de la Federación. T. CXVIII, Segunda Parte. p. 36.

(43) Doy cuenta del debate y las implicaciones del reconocimiento de estos Derechos en mi libro: *Dogmática del suicidio y homicidio consentido*, esp. pp. 89-119.

(44) Sobre el Derecho a la vida, la Declaración Universal de Derechos Humanos establece:

Artículo 3. Todo individuo tiene derecho a la vida, la libertad y a la seguridad de su persona.

Artículo 12. Nadie será objeto de ingerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques en su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales ingerencias o ataques.

La misma Declaración dispone en relación al libre desarrollo de la personalidad:

Artículo 22. 1. Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los Derechos económicos, sociales, culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.

(Nueva York, 10-XII-1948)

tienen el mismo rango de las normas constitucionales y son, en consecuencia, «Ley Suprema de toda la Unión».

Para reforzar lo anterior, el Derecho a la libertad ideológica también está reconocido en Tratados Internacionales (45) y la Constitución Mexicana reconoce expresamente en el artículo 24 la libertad de culto.

En conclusión, el legislador penal mexicano no incluyó al consentimiento como causa de exclusión de la tipicidad, porque no se necesitaba una reforma para aclarar algo que ya estaba suficientemente delimitado en la ley, la jurisprudencia y la doctrina mexicana. Además, desde una interpretación sistemática del Código Penal, cuyo respaldo se encuentra en diversas normas supremas contenidas en Tratados Internacionales firmados y ratificados por México, se puede deducir que a partir de las reformas de 1994 el consentimiento es, también, una causa de justificación en el Derecho Penal mexicano.

(45) Así, en la Declaración Universal de Derechos Humanos:

Artículo 24. Todo hombre es libre para profesar la creencia religiosa que más le agrade y para practicar las ceremonias, devociones o actos del culto respectivo, siempre que no constituyan un delito o falta penados por la ley.

Lo anterior se refuerza con el Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos, que señala:

Artículo 18. 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza.