

## VALOR DEL CONSENTIMIENTO EN EL AMBITO JURIDICO PENAL

*Por el Doctor Mariano JIMENEZ HUERTA, Profesor de Derecho Penal de la Universidad Nacional Autónoma de México.*

Sumario. *A. El consentimiento del titular del bien jurídico afectado, como causa impeditiva del nacimiento de la antijuricidad.—B. Planteamiento del problema.—C. Valor del consentimiento; a) En los delitos contra la vida; b) En los delitos contra la integridad corporal; c) En los delitos contra la propiedad; d) En los delitos contra la libertad; e) En los llamados delitos sexuales; f) En los delitos contra el honor.—D. Requisitos.—E. Naturaleza suprallegal de esta causa impeditiva en el ordenamiento vigente.*

*A. El consentimiento del titular del bien jurídico afectado, como causa impeditiva del nacimiento de la antijuricidad.*—Entre las causas impeditivas del nacimiento de la antijuricidad, destaca, en primer término, el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, más conocida en la bibliografía jurídicopenal con la denominación de consentimiento del ofendido<sup>1</sup> o de la víctima.<sup>2</sup> Estas expresiones no son, en realidad, acer-

<sup>1</sup> Los autores alemanes (Kessler, *Die Einwilligung des Verletzten in ihrer Strafrechtlichen Bedeutung*, 1884; Pfersdorff, *Die Einwilligung des Verletzten als Strafausschliessungsgrund*, Dis. de Estrasburgo, 1897; Holer, *Die Einwilligung, des Verletzten*, Zurich, 1906; Liszt, *Tratado*, tomo II, p. 353; Beling, *Grundzüge*, parágrafo II, 11; Mezger, *Tratado*, tomo I, p. 343; Hippel, *Lehrbuch des Strafrechts*, parágrafo 35, 11; Netz, *Zur Frage der Einwilligung des Verletzten im Strafrecht*, Dis. de Rostock, 1913), emplean la expresión consentimiento del ofendido, que también es utilizada en Italia por algunos penalistas (Felipe Grispiñi, *Il consenso dell'*

tadas; pues si el consentimiento opera como causa impeditiva del nacimiento de la antijuricidad, es obvio que no existe *victima* u *ofendido*. Para subsanar dicha incongruencia, utilizáanse actualmente las denominaciones de *consentimiento del titular del derecho*<sup>3</sup> o *consentimiento del interesado*.<sup>4</sup>

Grispigni formula el siguiente concepto del consentimiento del llamado ofendido: "Es la autorización dada por el titular de un bien jurídico a otra persona, facultándola para lesionar o poner en peligro el bien de ese titular."<sup>5</sup> Ranieri considera que "el consentimiento del titular del derecho es una manifestación unilateral de voluntad por medio de la cual aquel que es capaz de obrar, renuncia a un interés jurídicamente protegido, del que puede válidamente disponer".<sup>6</sup> Para Maggiore, el consentimiento del titular del derecho constituye un instituto en sí estable, de carácter penalístico, mediante el cual el Estado hace depender la exclusión de la antijuricidad del hecho, de una declaración de voluntad del titular del derecho agredido.<sup>7</sup>

---

*offeso*, Roma "Athenaeum", 1924; G. Paoli, *Il consenso dell'offeso nel Progetto preliminare Rocco*, en "La Scuola Positiva", 1928, pp. 297 y ss.).

2 Los escritores franceses (Pierre Subra, *De l'influence du consentement de la victime sur l'existence d'un délit et la responsabilité de l'auteur*, Toulouse, 1906; René Fleury, *Du consentement de la victime dans les infractions*, Lille, 1911; Mohamed Abdel Aziz Badr, *L'influence du consentement de la victime sur la responsabilité pénale*, París, 1928), emplean preferentemente la denominación de *consentimiento de la víctima*, que es asimismo utilizada por los penalistas españoles (Jiménez de Asúa, *Adiciones al Programa de Carrara*, p. 526; Cuello Calón, *Derecho Penal*, tomo I, p. 381.

3 Tesaurò, *La natura giuridica del consenso dell'avente diritto como causa di esclusione del reato*, Padova, "Cedam", 1932; Delogu, *Teoria del consenso del avente diritto*, Milán, 1936; Maggiore, *Principii de Diritto Penale*, vol. I, 4ª edizione, Bologna, p. 295; Bettiol, *Diritto Penale*, parte general, Palermo, "G. Priula Editore", 1945, p. 224 y ss.

4 Carnelutti, *Il danno e il reato*, Padova, "Cedam", 1930, p. 116; Soler, *Derecho Penal Argentino*, tomo I, p. 326.

5 *Il consenso dell'offeso*, p. 83.

6 *Diritto Penale*, Parte General, Milano, "Casa Editrice Ambrosiana", 1945, p. 114.

7 *Principii di Diritto Penale*, p. 297.

*B. Planteamiento del problema.*—El valor del consentimiento en el ámbito del Derecho Penal ha sido controvertido profundamente.<sup>8</sup> Trátase de dilucidar si la autorización que presta el titular del bien jurídico afectado por la conducta que se enjuicia, excluye el nacimiento de su antijuricidad.

8 Según el parecer de Mommsen (*Römisches Strafrecht*, 1899, pp. 614, 626 y 798) el consentimiento de la víctima excluía en el Derecho Romano el delito de *injuria* (*Volenti non fit injuria*), aunque el homicidio cometido mediante el consentimiento del sujeto pasivo no se estimaba como *injuria*, sino como delito contra el Estado. El criterio del Derecho Romano se va modificando en la evolución jurídicopenal posterior, estatuyéndose expresamente en Austria, tanto en la *Constitutio criminalis Theresiana* de 1768 (art. 3, párrafo 16) como en el Código Penal de 1852 (párrafo 40), que también se comete delito "contra aquellas personas que han solicitado, por sí mismas su daño o lo han consentido". Del mismo modo, el Código de Baviera de 1813 (art. 123) disponía que las acciones que la ley prohíbe con sanción penal no están exentas de pena ni serán castigadas menos severamente por razón del consentimiento de la parte ofendida, excepto que se tratase de la destrucción de la propiedad de otro sin peligro alguno para la cosa pública. Según nos acercamos a los modernos tiempos, el consentimiento, empero, va adquiriendo nuevamente validez. Ya el proyecto del Código Penal del Brasil de 4 de mayo de 1827, presentado por Pereyra de Vasconcellos, niega el delito cuando existe el consentimiento de la persona que ha de sufrir el mal resultante de aquél, salvo que dicho consentimiento fuere vicioso. El Código Penal de México de 1871 (art. 261) establece que el previo consentimiento del ofendido para que se cometa un delito en su persona, contra su honor o contra sus intereses, extingue la acción penal cuando el delito afecte sólo a los intereses del ofendido, si éste tuviere la libre disposición de ellos, y no resultare daño, peligro o alarma a la sociedad ni perjuicio a un tercero. El proyecto suco de 1916 debido al profesor Thyren concede al consentimiento eficacia para excluir la responsabilidad, por considerar —con errónea técnica— el acto como no intencional. Los proyectos alemanes de 1913, 1925, 1927 y 1930, contienen el siguiente precepto sobre el consentimiento en las lesiones: "El que causare una lesión corporal con el consentimiento del ofendido, sólo será castigado, si a pesar de ello, el hecho atenta contra las buenas costumbres". Posteriormente, la Ley de 26 de Mayo de 1933 (*Boletín Legislativo del Reich*, I, 295) ha previsto especialmente la lesión corporal del sujeto que consiente, introduciendo en el Código Penal el párrafo 226 a, que a la letra dice: "Una lesión corporal con consentimiento del ofendido, sólo es antijurídica si el hecho, a pesar del consentimiento es contrario a las buenas costumbres." El Código Penal Italiano de 1930 consagra al consentimiento un precepto de alcance general, aunque limitado en el artículo 597 por lo que respecta al homicidio: "No es punible —dispone el artículo 50— el que lesiona o pone en peligro un derecho con el consentimiento de la persona que puede válidamente disponer del mismo". El Código Penal uruguayo, aparte de facultar a los jueces para otorgar el perdón judicial en los casos de homicidio (art. 37), se pronuncia en la misma dirección (art. 44) que, con respecto a las lesiones siguen la ley y proyectos alemanes ya ti-

El planteamiento y solución del indicado problema se entrecruza con otras cuestiones técnicas. Sabido es, que en la configuración de algunos tipos penales —robo (art. 367), allanamiento de morada (art. 285), rapto de fuerza (art. 267), atentados al pudor (art. 260), violación (art. 265) y revelación de secretos (art. 210)—, exigese que la conducta se realice sin el consentimiento del sujeto pasivo. Centrada la cuestión exclusivamente en relación con esos tipos penales, pudiera aparecer, a primera vista, que el problema del *consentimiento* no tiene otro alcance que el que se deriva de la ausencia de uno de los requisitos integradores del tipo penal. En este sentido, ya René Garraud<sup>9</sup> afirmaba “que ciertas infracciones suponen, para ser punibles, que el hecho haya tenido lugar contra la voluntad de la persona que es víctima; no hay robo, por ejemplo, si el propietario del objeto sustraído ha consentido en su aprehensión; no hay violación o atentado violento al pudor, si la víctima no se opone a la realización del acto inculcado, pues, el inculcado, en demostrando, en estos diversos casos, que ha actuado con el consentimiento de la víctima, invoca menos un hecho justificado que la ausencia de uno de los elementos constitutivos del robo, de la violación o del atentado violento al pudor”.

Es exacto que en las anteriores hipótesis hállese ausente uno de los elementos integradores del tipo penal; pero *sub intelligenda*, palpita en la profundidad de las mismas el problema previo de la antijuricidad de la conducta tipificada. En la ley penal sólo se tipifican aquellas acciones que, conforme a las concepciones culturales vigentes en cada época, son antijurídicas. Pero a su vez, en la determinación de lo antijurídico, juega algunas veces función primordial el consentimiento del titular del bien jurídico afectado. El legislador cuando describe conductas que sólo son antijurídicas si se efectúan en contra de la voluntad del titular de dicho bien jurídico, se ve precisado a incrustar en el tipo un elemento atinente a dicha ausencia de voluntad, como acontece en las hipótesis que René Garraud cita. Pero existen otros diversos casos en que la Ley Penal no incluye como elemento típico la *voluntad contraria* del titular del bien jurídico que es afectado por la acción y, sin embargo, es palpable que no obstante no constituir dicha *voluntad contraria* un requisito típico, tiene una extraordinaria significación para valorar la antijuricidad de

---

tados, mientras que los Proyectos de Códigos Penales Brasileño de 1938 (art. 14) y Boliviano de 1943 (art. 18, N° 4) adoptan los lineamientos generales del Código Penal Italiano.

9 *Précis de Droit Criminel*, Quatrième édition, Paris, 1892, p. 197.

la conducta. Quien con el consentimiento de su dueño se apodera de una cosa mueble, no realiza acción alguna antijurídica, tanto en el caso de que en el tipo del robo se especifique que el apoderamiento ha de ser “*sin consentimiento* de la persona que puede disponer de ella (de la cosa) con arreglo a la ley” (art. 367 del Código Penal mexicano), como si sólo expresa que el apoderamiento ha de hacerse “ilegítimamente” (art. 164 del Código Penal argentino),<sup>10</sup> como si se silencia toda alusión directa al problema, como acontece en el robo con fuerza en las cosas que tipifica el artículo 493 del Código Penal español; pues aunque dicho precepto establece que “son reos de delitos de robo los que con ánimo de lucrar se apoderan de las cosas-muebles ajenas... empleando fuerza en las cosas”, puede acontecer que no obstante configurar la conducta enjuiciada todos los elementos de la descripción típica, no exista robo porque el consentimiento del titular de los bienes afectados impida el nacimiento de la antijuricidad de la expresada conducta.<sup>11</sup>

Aun en las hipótesis que Garraud enjuiciaba como de “*ausencia de uno de los elementos constitutivos del delito*” —de *ausencia de tipo*, las denominan los penalistas modernos—, hállese ínsita, previamente, una cuestión fundamental de antijuricidad. La antijuricidad de ciertas conductas depende de que se hayan realizado sin el consentimiento del titular del interés lesionado. Si esto es así, se comprende fácilmente que el legislador, cuando al confeccionar los tipos penales concretiza la antijuricidad, se esfuerce en dejar constancia dentro del tipo, de que la conducta ha de realizarse “contra la voluntad” o “sin el consentimiento” del sujeto pasivo.<sup>12</sup> En estos esfuerzos, logra algunas veces el legislador sus pro-

---

10 Esta expresión —ilegítimamente— sitúa con toda elocuencia el problema del consentimiento en el campo de la antijuricidad, pues es evidente que cuando el titular del bien jurídico afectado presta su voluntad para el apoderamiento, éste ya no es ilegítimo. Dilucidar si el consentimiento prestado impide que el apoderamiento debe reputarse ilegítimo es, sin duda alguna, un problema de antijuricidad.

11 Piénsese en el siguiente ejemplo: el propietario de un objeto que tiene guardado en un lugar cerrado, autoriza a otro para que se lucre con su valor y se apodere del mismo, rompiendo para ello puertas, cerraduras y ventanas.

12 Aunque para Donnedieu de Vabres (*Précis de Droit Criminel*, Paris, 1946, pp. 83 y 84), el consentimiento de la víctima no es, por regla general, un hecho justificado, pues los intereses que la ley penal salvaguarda no entran nunca en el dominio de las transacciones, reconoce que existen casos en que el consentimiento de la víctima excluye la incriminación, como acontece en aquellos delitos —robo, secuestro, raptó y atentados al pudor— en que la ley reprime la violencia hecha sobre la voluntad del titular del bien jurídico.

pósitos (art. 367 del Código Penal de México); otras no acierta a expresar lo que se propuso.<sup>13</sup>

Existen, empero, otras conductas en que el carácter antijurídico de las mismas no está condicionado en la ley a que se efectúen contra de la voluntad del titular del bien jurídico afectado; por el contrario, su carácter antijurídico brota con independencia de la voluntad del sujeto pasivo del delito y, en consecuencia, el legislador las tipifica sin hacer referencia alguna a dicho *consentimiento* o *voluntad*. Mas si tenemos presente que la antijuricidad es el juicio de valor que se pronuncia sobre una determinada conducta, y que, una antijuricidad en sí no existe, sino tan sólo una antijuricidad del caso concreto, pueden presentarse hipótesis en que, no obstante no haber sido tomado en consideración el consentimiento del titular del bien jurídico al tipificarse la conducta que la ley describe, es posible que, conforme a las concepciones culturales que fundamentan el Derecho, el consentimiento juegue papel decisivo como causa impeditiva del nacimiento de la antijuricidad.

Fácil empresa sería la de citar innúmeros casos, en los que el problema del consentimiento adquiere inquietante interés. Por vía ejemplificadora citaremos algunos: un marido tolera, e incluso, incita a su mujer para que yazca con una persona influyente de la cual piensa obtener diversos favores, y posteriormente, una vez que logró su propósito, finge sorprenderlos en actos de adulterio y les acusa por este delito; el propietario de unas bodegas autoriza a sus amigos para que efectúen una descomunal orgía en el interior de sus locales, y después les acusa del delito de daños por haber derramado el vino y haberse bañado en los ricos caldos; una mujer en la ilusión de recuperar parte de su belleza perdida, solicita que un cirujano le haga una resección del tejido de sus senos, y más tarde, descontenta del resultado obtenido, le denuncia por

---

13 Tal acontece, por ejemplo, en los artículos 431 del Código Penal español y 119 del argentino. Conforme a estos preceptos hay delito de violación si se yace con mujer "*privada... de sentido*". Sin embargo, puede yacerse con mujer "*privada de sentido*" sin que exista violación, como acontece, por ejemplo, cuando la mujer que está dispuesta a entregarse a su amante ingiere un narcótico para ser desflorada "*privada de sentido*" y evitarse los dolores de la desfloración. No puede decirse que falte en este caso ninguno de los elementos que integran en los códigos citados esta especie de violación. Sin embargo, no existe el delito, porque el consentimiento otorgado por la mujer actúa como causa impeditiva del nacimiento de la antijuricidad. Véase, pues, como el consentimiento no pierde su significación, no obstante no haber sido tipificado certeramente.

lesiones; un individuo consiente en quedar encerrado en el interior del domicilio de un amigo con objeto de garantizar a éste que en un plazo de diez horas no revocará el contrato que espontáneamente otorgó, y al recuperar su libertad, le acusa por el delito de detención ilegal; una persona se presta voluntariamente para que otra ejercite sobre el contorno de su cuerpo demostraciones de habilidad (lanzamiento de cuchillos, flechas o disparos de arma de fuego) y resulta lesionada; un sujeto consiente en que se le extraiga un trozo de piel, un hueso, un testículo<sup>14</sup> o la córnea de un ojo para que sean injertados en otra persona, y más tarde, denuncia al médico por mutilación; un padre presta su consentimiento para que un médico realice la disección del cadáver de su hijo, y luego le acusa de profanación de cadáveres; una mujer presta su consentimiento para que le practiquen una laparatomía, y el cirujano por estimar que el ombligo no tiene ninguna utilidad se lo extirpa; un enfermo, por último, que sufre de terribles dolores producidos por un mal incurable, solicita insistentemente la muerte de sus parientes y amigos, y uno de ellos le priva de la vida para evitarle sus sufrimientos. La cuestión que se investiga es dilucidar si el consentimiento prestado por el titular del bien jurídico que resulta afectado, tiene valor para impedir el nacimiento de la antijuricidad en cada una de las conductas citadas en los ejemplos anteriores.

*C. Valor del consentimiento.*—De consuno se ha negado todo valor al consentimiento en el ámbito del Derecho Penal por estimarse que, dada la naturaleza pública de esta rama del Derecho “no es posible derogar, por convenciones particulares, las leyes de orden público.”<sup>15</sup>

<sup>14</sup> Este caso ha sido resuelto por los tribunales italianos, decretando la impunidad a virtud del consentimiento otorgado. Véase “*La Scuola Positiva*”, 1932, pp. 74 y 319.

<sup>15</sup> Adolfo Prins, *Scienze penale et Droit positif*, Bruselas, 1899, pp. 264, 346. En el mismo sentido afirma Eugenio Florian (*Trattato di diritto penale*, 4ª ed., Milano, vol. I, p. 547), que “el consentimiento no puede excluir la antijuricidad, pues el particular no tiene facultad para oponerse a la voluntad del Estado y hacer que no sea delito lo que el Estado tiene como tal incriminado”. En México, Ceniceros y Garrido (*La Ley Penal Mexicana*, p. 41), afirman que “el consentimiento del ofendido nunca puede justificar la conducta del agente, ni hacer que el acto u omisión pierdan su carácter delictuoso, pues la justicia penal no se administra en atención a intereses particulares, sino por móviles de utilidad social”. Francisco González de la Vega (*Código Penal Comentado*, p. 79), considera que “el consentimiento del ofendido no puede legitimar la comisión de un delito, porque se contraría la tesis que ve en las infracciones actos reprimibles por interés y orden públicos. Admitir

Sin embargo, éste, a primera vista deslumbrador aserto, no tiene otro alcance que el de una simple declaración enfática que trata de escamotear un complejo problema; pues si se cala en las profundas raíces de nuestra ciencia, inmediatamente trasparece el verdadero y hondo valor que reviste el consentimiento en el área jurídico-penal. "Decir que la ley penal tutela siempre —escribe Ottorino Vannini—<sup>16</sup> intereses públicos, esto es, intereses de la colectividad sobre los que no puede ejercer ningún poder de disposición la voluntad privada aun en el caso en que se individualice en ella el interés social tutelado por la ley penal misma, es afirmar cosa no exacta. La ley penal tutela *directamente* intereses públicos siempre que el sujeto pasivo del hecho incriminado es la colectividad, la familia o el Estado mismo. Es evidente que en estos delitos ningún poder tiene el consentimiento del particular. Tutela, en cambio, *indirectamente* intereses públicos, la ley penal, cuando el interés público es el reflejo colectivo de un interés privado, ya que el interés tutelado no es el interés público a la conservación del bien jurídico como tal, sino el interés público a la inviolabilidad en el particular de un bien de su pertenencia. En estos casos el Estado tiene solamente interés —indirecto, reflejo— a que sus súbditos no violen el interés del particular en la conservación del bien de su pertenencia. Es evidente que el consentimiento del particular, en cuanto expresa ausencia del interés y renuncia a la conservación del bien protegido en la ley penal determina, como consecuencia lógica, la carencia de interés estatal, pues deviene imposible la jurídica violación de aquél que la ley protege. Se habla, en la doctrina —agrega Vannini—, de una inadmisibles renuncia del particular a la tutela penal; se habla de la imposibilidad de invalidar mediante el consentimiento del sujeto pasivo, la norma jurídica. Todo esto demuestra que el problema del consentimiento no es puesto por la doctrina sobre debida base de observación. No hay *renuncia privada a la tutela jurídica*. El concepto de renuncia a la tutela jurídica nada tiene que ver con el consentimiento. A la tutela jurídica renuncia aquel que no hace uso de la facultad que la ley le concede para la defensa y la reintegración del interés protegido; pero en el tema del consentimiento no puede

---

el consentimiento de la víctima como fuente de impunidad, equivaldría a someter el cumplimiento de las normas penales al capricho y convenciones privadas de los particulares".

16 *Istituzioni di Diritto Penale*, Parte generale, Firenze, "Casa Editrice del Dott. Carlo Cya", 1939, pp. 170 y ss.

decirse que el interesado omita hacer uso de la tutela jurídica; *él crea mediante el consentimiento un estado de hecho que es diverso de aquel que la norma tutela penalmente*.<sup>17</sup>

Ya Enrique Pessina en 1882 había afirmado, que “la voluntad del individuo nunca afecta a la intrínseca maldad de una acción”;<sup>18</sup> pero en seguida vióse precisado a corregir su anterior criterio en referencia a aquellos derechos que tienen su raíz en un acto de la libertad individual, “pues los delitos contra los derechos alineables en tanto son delitos en cuanto son hechos que se cometen contra la voluntad del ofendido; cuando concurre su voluntad no pueden ser delitos, porque no son lesiones a la libre actividad del hombre”.<sup>19</sup> En esta misma directriz discurrió el pensamiento de Carrara, pues, aunque no aborda el problema en forma general, cuando se ocupa del suicidio<sup>20</sup> y del hurto,<sup>21</sup> formula diversas consideraciones que ponen de relieve el valor que el consentimiento reviste en orden a aquellos derechos a los que les está atribuída la cualidad de alienabilidad.

Los penalistas alemanes centran ya el problema en el ámbito de la antijuricidad. Para Liszt<sup>22</sup> y Beling<sup>23</sup> el consentimiento del ofendido

17 Conf. Pannain, *Manuale*, p. 470.

18 Enrique Pessina, *Elementos de Derecho Penal*. Traducción española, p. 304.

19 *Elementos* cit., p. 305.

20 “...la imputabilidad del suicidio consumado constituyó, aun recientemente, tema de grave disputa... La disputa se quiso resolver mediante la distinción entre los derechos innatos *alienables* y los derechos innatos *inalienables*, entre los cuales, si es que los hay, debe ciertamente, contarse la vida. Pero de nuevo volvió a discutirse aquí acerca de la razón de tal inalienabilidad, buscándola algunos en los deberes que tiene el hombre hacia sí mismo; y otros en los deberes que tiene hacia sus semejantes...” (*Programma*, parágrafo 1154.)

21 “Siendo la propiedad derecho alienable, es evidente que el consentimiento del propietario a la contractación que otro ejecute de la cosa suya, siempre que sea libre y espontáneamente prestado, elimina el título de hurto... Este consentimiento valdrá para excluir el delito, tanto cuando sea *expreso* como cuando sea *tácito*. ¿Valdrá cuando sea presunto? En circunstancias excepcionales podrá ciertamente valer para excluir el dolo, cuando la buena fe del contractador provenga de una justa credulidad, especialmente si está fundado en relaciones de particular amistad, desprovista de ocultación o violencia, y seguida por restitución”. (*Programma*, parágrafo 2034.)

22 *Tratado de Derecho Penal*, tomo II, p. 353.

23 *Grundzüge*, parágrafo 11, II.

es causa de exclusión de la ilicitud, en cuanto la regla jurídica ha concedido al titular del bien jurídico, la facultad de disponer de él porque sólo se trata de sus intereses. Rodolfo von Hippel,<sup>24</sup> reconoce también que el consentimiento es causa de exclusión de la antijuricidad en algunos delitos. Sirve de criterio “*el sentido y el fin de la protección de los bienes jurídicos*: cuando está en primer plano el *interés privado*, el consentimiento excluye la antijuricidad; cuando intereses de *terceras personas* o intereses *públicos* tienen importancia decisiva, el consentimiento es irrelevante.” Edmundo Mezger, destaca también en forma elocuente su valor e importancia jurídico-penal. Considera que “el consentimiento del ofendido constituye el ejemplo clásico de la exclusión de lo injusto con arreglo al principio de la ausencia de interés, pues supone el abandono consciente de los intereses por parte del que legítimamente tiene la facultad de disposición sobre el bien jurídico”;<sup>25</sup> pero lo mismo que los penalistas anteriormente citados, limita su influjo y valor a determinados grupos de delitos, e incluso, reconoce que, en último extremo, su eficacia sólo puede ser reconocida frente al delito concreto,<sup>26</sup> ya que el postulado de que el consentimiento excluye la antijuricidad de la conducta no puede considerarse en modo alguno con carácter absoluto.<sup>27</sup> Su eficacia se hace depender —agrega— de si el lesionado que consiente, posee o no en el delito de que se trata *una facultad de disposición*, problema en que resulta determinante el contenido material de la antijuricidad.<sup>28</sup> La eficacia del consentimiento habrá de resolverse de modo distinto según que el *poseedor del objeto de la acción lo sea o no también del objeto de la protección*. Cuando el *poseedor del objeto de la acción y el del objeto de la protección sean la misma persona*,<sup>29</sup> el consentimiento será eficaz,

24 *Lehrbuch des Strafrechts*, parágrafo 35, II.

25 *Tratado*, tomo I, p. 344.

26 *Idem.*, p. 351.

27 *Idem.*, p. 350.

28 *Idem.*, p. 351.

29 Aplica aquí Mezger como criterio para dilucidar el valor del consentimiento, la distinción por él establecida (*Tratado*, tomo I, p. 316), en orden al *objeto del delito*, entre *objeto de la acción* —el objeto corporal sobre el que la acción se realiza: el hombre, en el homicidio; la cosa, en el robo, etc.—, y el *objeto de la protección* —el objeto *valorativo* protegido en el tipo, esto es, el bien jurídico protegido por el Derecho Penal y atacado por el delito: la vida como bien jurídico en el homicidio; la

mientras que cuando esto no ocurre subsiste la antijuricidad de la acción a pesar del consentimiento del llamado ofendido.<sup>30</sup> Niega Mezger que exista tal coincidencia, cuando, conforme a una valuación razonable, resulte que mediante la acción han sido lesionados *intereses esenciales de la colectividad*.<sup>31</sup>

En Italia, Grispigni hace depender la eficacia del consentimiento de la naturaleza del bien jurídico tutelado en cada delito. En relación con los bienes disponibles, el consentimiento proveniente de persona capaz, es siempre idóneo para esfumar el carácter delictuoso del hecho, pues hace imposible la existencia del elemento objetivo del delito, ya que desde el instante en que falta la ofensa del bien individual, falta también la *ofensa social*, que es siempre indirecta y mediata.<sup>32</sup> Para Carnelutti, el consentimiento es una manifestación de voluntad de la víctima que paraliza la eficacia del delito, en cuanto señala un indicio, más que de la falta de un interés lesionado, de la inutilidad de su tutela,<sup>33</sup> y, en consecuencia, dentro de su esfera de validez amplía la libertad de acción del sujeto que actúa.<sup>34</sup> Ottorino Vannini, considera que la eficacia del consentimiento válido, esto es, de aquel que proviene del verdadero, exclusivo y directo titular del interés cuyo ataque se consiente, es siempre una y siempre la misma: negar la violación del interés, negar la violación de la norma protectora de aquel interés, negar el delito.<sup>35</sup> Tesauro sos-

---

propiedad como bien jurídico en el robo, etc.— En esta misma dirección, Ottorino Vannini (*Ricostruzione delle dottrine del reato*, Siena, 1927, pp. 31 y 32), establece una precisa distinción entre sujeto pasivo del hecho y sujeto pasivo del delito. Así, por ejemplo, en los delitos contra la conservación de la integridad de la estirpe, la persona a la que se trata de dejar impotente para la procreación es el sujeto pasivo del hecho, en tanto que el sujeto pasivo del delito es el Estado.

30 *Tratado*, tomo I, p. 352.

31 *Obra citada*, tomo I, p. 357. “El punto de vista rector —añade y aclara— es siempre el mismo: todo depende de que en el caso concreto se considere preponderante el interés individual, en cuya hipótesis el consentimiento será válido, o que, por el contrario, se entienda que los intereses de otros o de la colectividad predominan, en cuyo caso hay que negar la eficacia del consentimiento”.

32 *Il consenso dell' offeso*, parágrafos 16, 86 y ss.

33 *Teoría General del Delito*, p. 42.

34 *Il danno e il reato*, Padova, “Cedam”, 1930, p. 116.

35 *Istituzioni di Diritto penale*, parte generale, p. 173.

tiene que el consentimiento tiene valor como condición de hecho relevante para el Derecho penal, por la situación que viene a crear.<sup>36</sup> Pioletti considera el consentimiento como una manifestación del desinterés del titular del derecho, creadora de un estado de hecho diverso de aquel previsto en la norma. Considerada en su momento preceptivo, la norma penal puede subjetivarse a favor del particular. Este proceso de subjetivación servirá para establecer la validez o no del consentimiento. Cuando el interés protegido sea un interés del particular a favor del cual la norma crea un derecho subjetivo, el consentimiento será válido para discriminar el hecho; cuando el interés protegido sea un interés de la colectividad y la norma crea un derecho subjetivo a favor del Estado, el consentimiento no tiene validez.<sup>37</sup> Maggiore estima que el consentimiento del titular del derecho es una verdadera causa de justificación. Un hecho —escribe— que sería, según el modelo legal, delito, cesa de ser tal, por el simple consentimiento del titular del derecho lesionado o puesto en peligro. Los romanos decían: *volenti non fit injuria*. Nosotros decimos: el consentimiento del ofendido excluye el delito. No el hecho, que queda cual es. Sólo su ilicitud es anulada.<sup>38</sup> El Estado en algunos casos otorga relevancia a la voluntad privada como excluyente del carácter antijurídico de un hecho.<sup>39</sup> Por último, Bettiol afirma que “una causa de justificación debe considerarse operante no sólo en la hipótesis de que un interés deba ceder el puesto a otro prevalente, sino también cuando falte un interés tutelado, esto es, el objeto de la tutela penal. La norma penal —agrega— no tutela el vacío, sino que está al servicio de un interés (valor); todas las veces que éste no subsista, es inconcebible su lesión: falta la antijuricidad.<sup>40</sup> El Estado —añade— no tiene interés en considerar como propio un bien tutelado independientemente de la manifestación contraria de voluntad del particular. Esto quiere decir que no todos los bienes penalmente tutelados son incondicionalmente bienes públicos, pues hay algunos que lo son en cuanto lo quiera el

36 *La natura giuridica del consenso dell' avente diritto come causa di esclusione del reato*, pp. 139 y 140.

37 *La lesione personale del consenziente nel Diritto positivo italiano*, Napoli, 1934, p. 13.

38 *Principi di Diritto penale*, vol. I, p. 295.

39 *Idem.*, p. 297.

40 *Diritto penale*, parte generale, p. 224.

que directamente es llamado o autorizado a disfrutar del bien mismo. El ordenamiento jurídico-penal viene, en otras palabras, a dar relevancia a la voluntad individual cuando se trata de un bien a cuya tutela el Estado no tiene un incondicional interés, como acontece con los bienes que caen principalmente en la esfera de autonomía privada. Querer considerar realizado a toda costa el delito de hurto aun si el poseedor de la cosa ha consentido en ser despojado, significa basar el Derecho penal en una ficción verdadera y propia, cuanto más inaceptable a la naturaleza y a los fines que el Derecho penal persigue. El carácter público de la tutela penal no se compromete reconociendo que existen casos en los cuales el interés tutelado adquiere relevancia pública, sólo cuando existe una convergencia entre la voluntad estatal de tutela y la voluntad individual que es normalmente llamada a disponer del bien. Si el individuo se desinteresa del bien, no es razonable que el Estado lo quiera todavía tutelar. La naturaleza jurídica del consentimiento es la de una causa de exclusión de la antijuricidad en cuanto el Estado da relevancia así a la voluntad individual.<sup>41</sup>

El problema relativo a la eficacia del consentimiento ha sido también abordado por penalistas de lengua española. Eugenio Cuello Calón estima que si bien no es posible proclamar con carácter de regla general que el consentimiento del sujeto pasivo justifica la conducta del ofensor,<sup>42</sup> reconoce que puede tener eficacia anuladora del delito cuando se trata de bienes jurídicos de los que pueden disponer sus titulares, como acontece con los derechos de carácter privado y patrimonial.<sup>43</sup> Sebastián Soler condiciona el influjo del consentimiento a la naturaleza del bien jurídico que la figura penal tutela y, sobre todo, a los motivos y a la forma de esa tutela ejercida por parte del Estado. Siempre que la tutela del Estado sea expresiva de un interés general o público, aunque simultáneamente coincidente con un derecho subjetivo privado, el consentimiento no será eficaz, por cuanto la aplicación de la pena, no tiene por fin exclusivo la tutela de ese derecho subjetivo. Solamente en lo que constituya un derecho subjetivo puede eventualmente ser eficaz el consentimiento. El fundamento de su influjo en este caso, radica en que los bienes jurídicos a los cuales la tutela se refiere, son bienes jurídicos (objetos de tutela)

---

41 *Idem.*, p. 227.

42 *Derecho Penal*, tomo I, p. 381.

43 *Idem.*, tomo I, p. 383.

en cuanto su titular los considera y trata como valiosos, de modo que al otorgar "permiso" para su destrucción, ellos se tornan en inidóneos como objetos de una violación jurídica, ya que no son protegidos en su materialidad por el derecho, sino en cuanto son objeto de interés por parte de su titular.<sup>44</sup> Por último, Jiménez de Asúa, niega que el consentimiento pueda tener el alcance de una causa de exclusión de la antijuricidad, pues considera que si las causas de justificación tienen como importantísimo carácter ser generales a todas las especies de delito, y actúan en la inmensa mayoría de ellos suprimiendo lo injusto, el consentimiento no puede figurar entre ellas, ya que, hasta los partidarios de darle tan descolante papel, confiesan que sólo en casos concretos y muy contados puede invocarse.<sup>45</sup>

Por nuestra parte, estimamos que el consentimiento del titular del bien jurídico afectado por la conducta que es objeto de valoración jurídico-penal, es una verdadera causa impeditiva del nacimiento y existencia del injusto en orden a aquellas conductas en que, precisamente, la naturaleza antijurídica de las mismas presupone la *voluntad contraria* de la persona que es titular del bien jurídico que resulta afectado. El consentimiento del titular del bien jurídico crea en estos casos una situación de hecho que tiene evidente influencia sobre la existencia de la antijuricidad concretizada en los tipos penales, ya que la situación de hecho que surge del consentimiento, en cuanto demostrativa del desinterés del titular del bien jurídico que resulta afectado, no puede ser reputada como antijurídica por faltar en ella el elemento esencial —el interés del titular— requerido para poder juzgarla como lesiva de un bien e interés jurídico.

El ordenamiento jurídico positivo y el mundo cultural en el que aquél halla su fundamento, sólo valoran como antijurídicas determinadas conductas cuando han sido realizadas contra la voluntad del titular del bien jurídico que resulta afectado; sin dicha contraria voluntad, la acción no solamente no es antijurídica, sino perfectamente lícita, por representar el ejercicio del derecho que compete al hombre de poner en juego sus actividades con toda libertad, en tanto no invada la esfera de los intereses públicos o los derechos subjetivos de sus semejantes. El Derecho es —dice Mezger— aquella regulación social que hace posible el más alto grado de la actividad personal en una vida en común, recíprocamente or-

44 *Derecho Penal argentino*, tomo I, pp. 324 y ss.

45 *La Ley y el Delito*, p. 360.

*denada*.<sup>46</sup> No contradice el Derecho, sino que, por el contrario, lo afirma, el ejercicio de aquellas acciones que no vulneran intereses públicos o generales, ni derechos subjetivos de ajenas personas. Cuando la antijuricidad que la ley penal tipifica presupone la voluntad contraria del titular del bien jurídico afectado por la conducta, el consentimiento de dicho titular implica y representa un hecho que impide el nacimiento y existencia de aquella.

El consentimiento del titular del bien jurídico afectado no tiene influjo para impedir el nacimiento de la antijuricidad de una conducta, cuando, el interés que integra el bien jurídico es un interés general de la colectividad, y, por tanto, de naturaleza pública. No es suficiente que la persona en que de manera inmediata esté vinculado subjetiva y corporalmente el interés público que el derecho protege, consienta en que el mismo sea lesionado por la concreta conducta; pues contemporáneamente al interés individual que a virtud de la expresada vinculación material se crea a favor de la persona inmediatamente afectada, existe también un interés general de la colectividad que en forma alguna puede esfumarse por el consentimiento.<sup>47</sup> Este puede tener, en estos casos, incluso algún alcance para matizar la intensidad cuantitativa de la antijuricidad; pero carece de eficacia para actuar como causa impeditiva de su nacimiento y existencia.

a) *En los delitos contra la vida*.—Un atento examen del ordenamiento positivo pone de relieve que el consentimiento no impide el nacimiento de la antijuricidad en aquellas conductas que, aun afectando de manera inmediata a un derecho materialmente vinculado al sujeto que consiente, simultáneamente lesionan también intereses vitales colectivos. Es inoperante en el delito de homicidio, pues en él, al mismo tiempo que se destruye el derecho a la vida del sujeto pasivo, se atacan también, como afirma Mezger,<sup>48</sup> los intereses vitales de la colectividad, que sufren una

---

46 *Tratado*, tomo I, p. 338, nota 9.

47 No es válido el consentimiento —afirma Ranieri (*Diritto Penale*, p. 117)— en todos los delitos que ofenden inmediatamente un interés del Estado (delitos contra la personalidad del Estado, contra la Administración Pública, etc.), o un interés colectivo (delitos contra el orden público, contra la familia, etc.), o un interés del individuo que el Estado protege para que pueda desplegar su actividad social (delitos contra la vida, contra la integridad corporal, etc.).

48 *Tratado*, tomo I, p. 353.

pérdida. La demostración de que el consentimiento es ineficaz en el homicidio, brota del articulado del Código Penal, ya que en su artículo 312 se describe expresamente la antijuricidad que encierra la conducta del que *para prestar auxilio a otro para que se suicide, ejecuta su muerte*. Igual demostración se deduce del artículo 308, donde se tipifica expresamente el homicidio cometido en duelo o en riña,<sup>49</sup> no obstante que aceptar tomar parte en un duelo o riña, implica el consentimiento tácito de los duelistas o rijosos a ser privados de la vida. Sin embargo, es preciso subrayar que, desde el instante que los expresados artículos 312 y 308 san-

---

49 Es necesario aquí advertir que duelo y riña, aunque diversos en sus accidentes, tienen en la ley la misma significación jurídica e idéntico marco objetivo determinantes del trato de favor que el ordenamiento positivo otorga al homicidio causado en estas circunstancias. Esta significación jurídica y este marco objetivo se originan en la situación de hecho que se crea a virtud del consentimiento tácito que otorga cada uno de los contendientes para poner en riesgo su vida o su integridad corporal, pues de otro modo, carecería de sentido jurídico el trato de favor que reciben el homicidio y las lesiones causadas en duelo o en riña, y habría que llegar a la absurda conclusión, de que la ley contempla, sin ninguna razón jurídica que pudiera explicarlo, con benévolos ojos dichas conductas.

Para la debida comprensión del significado que reviste el consentimiento en las lesiones u homicidios causados en riña, es absolutamente necesario ante todo que nos cercioremos de que nos hallamos ante una situación de tal naturaleza, esto es, que los rijosos en un momento previo al inicio de la contienda de obra —uno provocando, otro respondiendo a la provocación—, han aceptado expresa o tácitamente resolver sus diferencias por medio de las armas. Riña y duelo son el marco del homicidio y lesiones a que hacen referencia, respectivamente, los artículos 308 y 297. En la voluntad de la ley ambas circunstancias de ambiente tienen semejante significación jurídica, aunque sea diverso su matiz social. El duelo es el desafío de los llamados caballeros; la riña el de las gentes plebeyas. Sin embargo, la significación jurídica que ambas contiendas revisten en los artículos 308 y 297, es idéntica. De ahí que sea preciso dejar bien sentado que la riña, como el duelo, implica una previa aceptación expresa o tácita para intercambiar ataques con intención lesiva; aceptación que lleva ínsita el desinterés de los rijosos sobre sus vidas, y su consentimiento en orden a los eventos dañosos que de la riña pudieran derivarse en su propio perjuicio. Si no existe esta previa aceptación por parte de uno de los contendientes, no hay riña, aunque exista contienda de obra. De no fijarse de esta forma la verdadera esencia de la riña, se llegaría a los inadmisibles extremos a que en la práctica arriban múltiples veces las resoluciones de algunas Cortes y Salas Penales, quienes incriminan automáticamente como homicidios o lesiones causadas en riña, todos aquellos eventos dañosos para la vida e integridad corporal surgidas en una contienda de obra. Con tan acomodaticio criterio, se mellan de una parte, los más nobles perfiles de la legítima defensa y, de otra, es otorga una prima de favor a autores de verdaderas lesiones u homicidios simples o calificados.

cionan el hecho de privar de la vida a otro con menor pena de la que correspondería al homicidio según el artículo 307 si no mediaran las circunstancias que aquéllos describen, el ordenamiento positivo suministra inequívoca base para concluir que el consentimiento tiene eficacia para graduar el matiz antijurídico que reviste la conducta de privar de la vida a otra persona. El nacimiento y existencia de la antijuricidad de la conducta homicida no se impide por el consentimiento, pues con dicha conducta se ataca un interés general y público; pero la pena atenuada con que son sancionados los homicidios consentidos a que hacen referencia los artículos 312 y 308, brinda, a nuestro juicio, sólido fundamento para estimar que, incluso en el delito de homicidio, tiene cierto influjo el consentimiento de la persona en quien, de manera inmediata, está vinculado subjetiva y corporalmente el interés general y público que en la ley se tutela. Esta vinculación corporal engendra en el ser a que está adscrita un interés personal a la vida. El consentimiento otorgado por el titular de este interés personal para ser privado de su vida, tiene en el ordenamiento jurídico de México cierta trascendencia para matizar la intensidad cuantitativa del injusto en el delito de homicidio; pues aunque ineficaz en lo que concierne a los intereses generales de la colectividad, reviste trascendencia en lo que afecta al interés personal que sobre su vida compete a quien válidamente lo otorga. Tan es así, que en referencia al homicidio-suicidio que tipifica el artículo 312, se dispone en el artículo siguiente, completando la reglamentación de aquél, que "si el occiso... fuere menor de edad o padeciese algunas de las formas de enajenación mental, se aplicarán al homicida... las sanciones señaladas al homicidio calificado..." Al negarse en este precepto, por causa de minoridad de edad o de enajenación, el influjo que en las situaciones normales tiene el consentimiento conforme al artículo 312, pónese de relieve que la autorización válidamente otorgada por el sujeto que es portador del interés a la vida, ejerce valor inequívoco para matizar cuantitativamente la intensidad antijurídica de conductas de igual dimensión.

Criterio semejante que el seguido para tutelar la vida humana en el homicidio, trasparece del articulado del Código Penal en orden al aborto; pues desde el instante en que el artículo 330 castiga el aborto efectuado con el consentimiento de la mujer embarazada con la mitad de la pena de la que correspondería al hecho de haberse realizado sin dicho consentimiento, pónese de relieve la trascendencia y el valor que el consentimiento reviste para matizar la antijuricidad de un mismo resultado. El consentimiento

conserva aquí también su eficacia, en aquello que implica un interés personal a gestar nuevas vidas, y carece de ella en todo lo que afecta los intereses públicos y generales de la colectividad sobre la vida naciente que la mujer grávida aloja en su cuerpo.

b) *En los delitos contra la integridad personal.*—El valor del consentimiento en las conductas que atacan la integridad corporal ha sido profundamente controvertido. Ya Frank von Liszt afirmaba que “la cuestión sólo puede resolverse de un modo satisfactorio, desde el punto de vista del derecho vigente, y éste cambia con las concepciones de cada época”.<sup>50</sup> Y con fundamento en la interpretación del ordenamiento positivo de sus respectivos países, Binding<sup>51</sup> en Alemania, Pioletti<sup>52</sup> en Italia y Cuello Calón<sup>53</sup> en España, sostienen la eficacia del consentimiento en el delito de lesiones.

Ernesto Beling<sup>54</sup> estima que es discutible hasta donde el consentimiento excluye la antijuricidad en las lesiones. Rodolfo von Hippel<sup>55</sup> considera que el consentimiento es eficaz para excluir la antijuricidad en los casos más importantes y frecuentes de lesión corporal (intervención médica, sport, corte de cabellos, tatuajes, agujereamientos de los lóbulos de las orejas), excepto en aquellos de que se viole la ley o las buenas costumbres. Por su parte, Edmundo Mezger,<sup>56</sup> afirma que el consentimiento en el delito de lesiones sólo es *ineficaz* cuando por el acto del sujeto activo se *imposibilita de modo considerable al lesionado el cumplimiento de sus misiones sociales*. Esta es —agrega— la *línea directriz* que debe normar toda aplicación práctica, pues en este como en otros casos, es imprescindible atenderse a la situación de hecho concreta. En última instancia, siempre será decisivo en orden a la eficacia o no del consentimiento, el que con arreglo a una valuación razonable se entienda que mediante la acción han sido o no lesionados *intereses esenciales de la colectividad*.

50 *Tratado*, tomo II, p. 353, nota 1.

51 *Handbuch des Strafrechts*, vol. I, 1885, p. 724.

52 *La lesione personale del consenzienti nel Diritto Positivo Italiano*, p. 67.

53 *Derecho Penal*, tomo I, p. 383.

54 *Grundzüge*, parágrafo 11, II.

55 *Lehrbuch des Strafrechts*, parágrafo 35, II.

56 *Tratado*, tomo I, pp. 356 y 357.

Un atento examen del ordenamiento positivo de México, evidencia en forma inequívoca que, igualmente a lo que acontece en orden al homicidio, el consentimiento no tiene eficacia para impedir el nacimiento de la antijuricidad de la conducta que lesione la integridad corporal, pues intereses públicos y generales entran en juego en la materia. El Código no contiene en orden a las lesiones un precepto expreso semejante al que establece el artículo 312 para el homicidio-suicidio; pero del artículo 297 se deduce que el consentimiento no impide el nacimiento de la antijuricidad, ya que en dicho precepto se sancionan —aunque con pena menor de la que correspondería si no mediasen éstas circunstancias— las lesiones inferidas en riña o duelo, no obstante que, como ya antes se dijo, aceptar tomar parte en un duelo o riña implica el consentimiento tácito de los contendientes a sufrir una probable lesión.

Existen, empero, determinadas conductas humanas que, aunque subsumibles en el concepto de lesión que formula el artículo 288 del Código Penal, ya que implican *heridas que dejan huellas materiales en el cuerpo humano*, no son antijurídicas cuando el titular del bien jurídico que resulta afectado en cada caso concreto consiente en su realización, habida cuenta de que los intereses esenciales de la colectividad no resultan lesionados, pues no se imposibilita el cumplimiento de las misiones sociales de la persona que consiente. En esta esfera de actividades el consentimiento tiene validez, pues unas veces, como ocurre en los casos de intervención médica, los intereses generales y públicos de la colectividad no solamente no resultan afectados por la concreta conducta, sino que experimentan un beneficio, ya que la colectividad tiene el más vivo interés en la conservación de la salud de los individuos que la integran, y otorga a éstos un margen de libertad para decidir sobre lo que la ciencia médica prescribe en cada caso;<sup>57</sup> otras, las actividades consentidas son in-

---

57 No quiere esto decir que en el consentimiento finquemos la justificación del tratamiento médico-quirúrgico o curativo. Por el momento, subrayamos tan sólo un aspecto que el mismo puede presentar. El consentimiento excluye ya de por sí la mayoría de las hipótesis del llamado tratamiento médico-quirúrgico *arbitrario*, esto es, aquel que se ejecuta contra la prohibición del paciente. En los casos que lo arbitrario del tratamiento no desaparezca por el consentimiento, puede eliminarse por el *estado de necesidad*, cuando, como afirma Jiménez de Asúa (*Adiciones al Programa de Carrara*, tomo I, p. 516), el tratamiento no sea simplemente útil, sino necesario para salvar a la persona de un peligro grave o inminente; o, también por otras causas, cuando, como subraya Maggiore (*Principii di Diritto Penale*, vol. I, p. 303), haya sido realizado en ejecución de la ley o por orden legítima de la autoridad.

trascendentes e irrelevantes para la colectividad y, por ende, ésta otorga amplia libertad personal a sus miembros para que consientan o no en su realización, como acaece en los tatuajes, en la cirugía plástica, en la extracción de dientes defectuosos, corte de cabellos, agujeramiento de los lóbulos de las orejas o extirpación de defectos físicos con fines estéticos. El consentimiento del titular del bien jurídico afectado por estas conductas, opera en estos casos como causa impeditiva del nacimiento de la anti-juricidad, ya que es evidente que conforme a las concepciones culturales que fundamentan el ordenamiento positivo, tan sólo resultan afectados los intereses individuales de la persona en orden a su libertad personal, y no los intereses generales o públicos. El consentimiento otorgado volatiliza el único interés que podría resultar lesionado en este linaje de conductas. Por otra parte, del artículo 6º del vigente Código Civil para el Distrito Federal de 1928 se deduce que son disponibles los derechos privados que no afecten directamente al interés público.

c) *En los delitos contra la propiedad.*—En los delitos contra la propiedad es donde con mayor dimensión ejerce su influjo el consentimiento, pues los intereses que el Estado tutela en la generalidad de estos delitos, son únicamente derechos subjetivos de los particulares, sin que se interfieran en su protección otros intereses públicos. En el régimen de propiedad privada que es marco cultural de nuestro ordenamiento positivo, se otorga al ciudadano plena libertad individual para conservar o desprenderse de su patrimonio. Juega aquí el consentimiento papel descollante en la valoración de la conducta, pues, precisamente, de la existencia o inexistencia del consentimiento, pende la matización de aquélla: acto jurídico que el Derecho regula o hecho antijurídico que el Derecho sanciona. Quien consiente en que otro se apodere de un objeto de su propiedad, efectúa un acto jurídico que el derecho denomina donación; quien se apodera de un objeto sin el expresado consentimiento, realiza un hecho antijurídico que la ley penal cataloga como robo. En el orden jurídico pende del consentimiento la valoración que recae sobre un mismo acto externo. La libertad del individuo sobre su propiedad es el interés que el ordenamiento positivo tutela.

Puede acontecer, empero, que al mismo tiempo que la ley penal tutela derechos subjetivos individuales, contemple también intereses públicos de la colectividad. Cuando así trasparece de la propia ley, es obvio que la eficacia del consentimiento encuentra un insalvable valladar, ya que los intereses públicos que la norma protege limitan su ámbito. Esto

acontece en las conductas que el artículo 397 tipifica como delitos de daño en propiedad ajena, consistentes en causar incendio, inundación o explosión con daño y con peligro de: un edificio, vivienda o cuarto en donde se encuentre alguna persona (frac. I); ropas, muebles y objetos en tal forma que puedan causar graves daños personales (frac. II); archivos públicos o notariales (frac. III); bibliotecas, museos, templos, escuelas o edificios y monumentos públicos (frac. IV), y montes, bosques, selvas, pastos, mieses o cultivos de cualquier género (frac. V).” Es evidente que en estos casos palpitan con extraordinaria magnitud intereses colectivos que, o bien extravasan los límites de los derechos subjetivos que sobre sus pertenencias —edificios, viviendas, ropas u efectos— pudieran tener los propietarios, o bien son lesionados en forma exclusiva —bibliotecas, archivos públicos o notariales, museos, templos, escuelas o edificios públicos—. Es también irrelevante el consentimiento en el fraude de usura (frac. VIII del art. 386), pues en este delito se protege la propiedad de las personas, incluso contra la voluntaria disponibilidad que al propietario pudieran hacer, a causa de su ignorancia o malas condiciones económicas, otorgando a otro ventajas usurarias por medio de contratos o convenios. En este delito se protegen intereses públicos de la colectividad, además de los privados de la persona directamente ofendida.

*d) En los delitos contra la libertad.*—El consentimiento impide el nacimiento de la antijuricidad en algunas conductas en que, su ausencia, integraría un delito de privación ilegal de libertad. Quien consiente en ser encerrado por unas horas en el domicilio de otro para garantizar que durante ese tiempo no efectuará aquello que se ha comprometido a no hacer, o para desempeñar un trabajo o ser sometido a una observación científica o experimental, hace imposible el nacimiento y existencia de la antijuricidad de la conducta de quien lo encierra, no obstante ser subsu- mible dicha conducta en la fracción I del artículo 364 del Código Penal. Es preciso, sin embargo, subrayar que en esta clase de conductas precisase valorar con exquisito tacto la concreta situación de hecho, pues así como el consentimiento es valedero para impedir la existencia de la antijuricidad cuando se trata de una corta privación de libertad que corresponda a las concepciones admitidas en la vida de relación, habida cuenta de que en dicha corta privación de libertad tan solo entran en juego los derechos subjetivos individuales del sujeto afectado, el consentimiento es ineficaz siempre que con la privación de la libertad personal se lesionan los intereses generales de la colectividad, como acontece en todas

aquellas situaciones en que por la clase o por la intensidad de dicha privación se lesiona el interés público que tiene la sociedad en que sean respetadas las bases esenciales e indestructibles sobre las que se sustenta la vida humana de los individuos que la integran. De ahí que el consentimiento es ineficaz cuando recae sobre hechos que implican negación de la personalidad —esclavitud— o, de la libertad política —servidumbre— o, una disminución de estos derechos en grado tan sensible que conmueva y lesione los intereses de la colectividad.

No existe duda alguna sobre la eficacia del consentimiento en algunas formas concretas de libertad. El entrar con el consentimiento de su morador en un departamento ajeno no constituye una acción antijurídica (art. 285), sino el ejercicio de un derecho. Quien con el consentimiento de su destinatario abre o intercepta una comunicación escrita, no realiza las conductas antijurídicas que tipifican las fracciones I y II del artículo 173 del Código Penal, pues el consentimiento otorgado hace imposible el nacimiento de la antijuricidad que en dicho artículo se acota, máxime si se tiene en cuenta que la expresión *indebidamente* empleada por dicho artículo en sus dos fracciones tiene una destacada significación en orden al problema. El que en dichas circunstancias abre o intercepta la correspondencia ajena no actúa *indebidamente*, esto es, ilícita o antijurídicamente. El consentimiento inviste de plena licitud a su conducta.

e) *En los llamados delitos sexuales.*—El consentimiento tiene eficacia en orden a algunas de las conductas antijurídicas que el Código Penal agrupa bajo el abigarrado título de “delitos sexuales”.<sup>58</sup> El criterio rec-

58 El Código Penal en la mayoría de sus títulos adopta como denominación del grupo o familia de delitos que en cada título recoge, la del bien jurídico que es objeto de protección y ataque: delitos contra la salud; delitos contra la moral pública; delitos contra la vida y la integridad corporal, delitos contra el honor, etc., etc. Este sistema esencialmente técnico-jurídico es substituído en el título xv por un criterio fisiológico, pues al adoptar el mismo la denominación de *delitos sexuales* coloca como *ratio* de su existencia el instinto que impulsa las conductas de los sujetos activos de los delitos que recoge y los diversos actos fisiológicos en que satisfacen sus instintos. Se abandona plenamente, en aras de un sistema que aparte de ser exótico a la estructura del Código es ajurídico y enraiza con la fisiología de los instintos eróticos, el criterio rector del bien jurídico objeto de la tutela penal. Similar sistema fué ya adoptado anteriormente por el Código Penal Soviético de 1922; la sección v, del cap. iv de su Parte especial lleva por rúbrica *Delitos en la esfera de las relaciones sexuales*.

tor para discernir su influjo, es aquí el mismo que el expuesto anteriormente. En aquellos delitos en que como la violación, el rapto de fuerza o los atentados al pudor realizados sobre persona púber, se tutela la libertad sexual como derecho subjetivo, el consentimiento otorgado por su titular imposibilita la valoración antijurídica de la conducta. Por el contrario, en aquellos otros en que, como en el estupro, rapto de seducción, atentados al pudor sobre persona impúber y violación presunta, entra en juego el interés público que tiene la colectividad en garantizar y proteger la inexperiencia sexual de aquellas personas que, por su edad o por carecer de sentido o de razón, no están en disposición en hacer frente a las sugerencias engañosas o seductivas que sobre ellas se puedan desplegar, el consentimiento carece de toda validez, pues es intrascendente en orden al interés público que el ordenamiento jurídico protege. Asimismo es ineficaz en el incesto, habida cuenta de que en este delito se tutelán los intereses fundamentales de la sociedad en orden a la pureza de la raza y a la organización de la familia.

Particular interés ofrece el problema en el delito de adulterio. Penalistas del relieve de Garraud,<sup>59</sup> Mezger<sup>60</sup> y Bettiol,<sup>61</sup> niegan que tenga eficacia, mientras que otros defienden el criterio opuesto. Lo decisivo en orden al problema son los intereses que en el delito de adulterio se tutelán. Si con Garraud,<sup>62</sup> Manzini<sup>63</sup> y Manfredini<sup>64</sup> se afirma que el

---

59 El consentimiento del marido —afirma Garraud (*Précis de Droit Criminel*, p. 475)— no puede ni hacer desaparecer la infracción, ni desvanecer la culpabilidad de la mujer ni de su cómplice; constituye todo a lo más una circunstancia atenuante que el juez debe tener en cuenta en la aplicación de la pena.

60 *Tratado*, tomo I, p. 358.

61 *Diritto Penale*, Parte generale, p. 228.

62 "La ley pena el adulterio —dice Garraud (*obra citada*, p. 474)—, no solamente a favor del esposo que es lesionado en sus afectos y en su bienestar, sino también para proteger el matrimonio, que es una de las bases de la sociedad. El adulterio es, pues, un delito social."

63 El objeto de la tutela penal es para Manzini (*Trattato di Diritto Penale italiano secondo il codice 1930*, vol. VIII, p. 624), el interés del Estado en salvaguardar el orden jurídico matrimonial contra la perturbación causada por el adulterio. La ley provee a la defensa de un interés público cuando incrimina el adulterio.

64 Manfredini (*Delitti contro la mortalità pubblica e il buon costume. Delitti contro la famiglia*. Milano, 1934, p. 282) sostiene que en el adulterio se tutela un verdadero interés público y social, pues dicho delito representa un ataque al orden ético-jurídico matrimonial y familiar.

adulterio tutela intereses públicos de la colectividad, es obvio que el consentimiento del cónyuge no puede tener ningún valor; pero si se piensa que el adulterio lesiona únicamente el honor del cónyuge ofendido, es obvio que se llega a adversa solución. Traspone claramente la honda importancia que en orden al problema reviste la *ratio legis* de la incriminación del adulterio en cada legislación nacional.

No son los intereses públicos de la colectividad en orden a la familia y al matrimonio los que, a nuestro juicio, devienen tutelados en el artículo 273 del Código Punitivo, sino el derecho subjetivo que al decoro matrimonial tiene el cónyuge como patrimonio moral de su personalidad. El adulterio es en su esencia un hecho antijurídico que el ordenamiento positivo valora como causa que disuelve el vínculo matrimonial y que fundamenta determinadas medidas que en orden a la persona del cónyuge culpable (párrafo II del artículo 289), a los hijos (fracción I del artículo 283) y a los bienes (artículo 286) impone el Código Civil. Esta antijuricidad no es, empero, la que acota y describe el artículo 273 del Código Penal, pues en dicho artículo se tipifica solamente el adulterio cometido en el *domicilio conyugal o con escándalo*. Si los intereses tutelados en dicho artículo fueren los públicos que en orden a la organización de la familia y del matrimonio pudieran corresponder a la colectividad, no se explicaría fácilmente que se sancionase tan solo el adulterio cometido en el domicilio conyugal y con escándalo, pues dichos intereses públicos resultarían lesionados aunque no mediaren tales circunstancias afrentosas. No son, pues, los intereses públicos de la colectividad en orden a la familia y al matrimonio los que tutela el artículo 273; la acción antijurídica que tipifica el expresado artículo, lesiona en forma exclusiva el interés personal que tiene el cónyuge de exigir que sea respetado su decoro y pundonor matrimonial, parte integrante del patrimonio moral de su personalidad. No es el quebrantamiento del deber de fidelidad que incumbe a los cónyuges ni el ataque que se infiera al régimen matrimonial y familiar lo que se sanciona, sino la grave afrenta que se infiere al cónyuge por la escandalosa y cínica actitud que asumen los adúlteros. El adulterio solapado y clandestino no es objeto de sanción penal.<sup>65</sup>

65 González de la Vega (*Derecho Penal Mexicano*, III, p. 23) certeramente afirma que el delito de adulterio "constituye más bien infracción de extrema injuria contra el cónyuge inocente por la afrentosa invasión de la residencia común y por la grave publicidad que entraña su realización escandalosa". Así lo entiende también José Angel Ceniceros (*Cuándo el adulterio es punible. Comentario sobre las*

Fijado de este modo el interés tutelado por el artículo 273 del Código Penal, resulta evidente que el consentimiento del titular del interés personal que en dicho artículo se tutela impide el nacimiento y existencia de la antijuricidad, ya que los intereses públicos y generales de la colectividad no resultan afectados por la actitud que pueda adoptar uno de sus miembros respecto a cuestiones que afectan tan sólo a su esfera individual. El ordenamiento jurídico protege y tutela el decoro en la vida de relación como un interés personal que corresponde al individuo por formar parte de su patrimonio moral, pero no trata de imponer en forma obligatoria y coactiva a todos un nivel único, indestructible e irrenunciable de decoro y pundonor. La ley puede y debe otorgar la más vigorosa protección al patrimonio moral de la persona, pero no lo forja. Cuando no existe, no puede protegerle, pues en la ley se tutelan intereses vitales —bienes jurídicos de la sociedad o de sus miembros—, pero nunca el vacío. Quien consiente por cualquier causa en que su cónyuge tenga un amante en el propio domicilio conyugal o, en que proclame con su escandalosa y cínica conducta sus relaciones íntimas con una tercera persona,<sup>66</sup>

---

*recientes ejecutorias de la Sala Penal de la Suprema Corte, "Excelsior", año xxviii, tomo III, N° 9819), al limitar su punibilidad a los casos en que se comete en condiciones de grave afrenta, o sea en el domicilio conyugal o con escándalo, "pues propiamente más que el adulterio se está penando la desvergüenza de los adúlteros". Francisco Argüelles (citado por Ceniceros en el trabajo anterior) considera asimismo que el adulterio sólo es sancionable en razón de la injuria que se causa al cónyuge inocente. Se incluye este delito —afirma— entre los llamados sexuales, y sin embargo, su estudio doctrinario gira en torno al concepto honor..."*

66 En nuestra vida profesional hemos tenido ocasión de conocer dos interesantísimos casos demostrativos de que el consentimiento del cónyuge impide la existencia de la antijuricidad de la conducta que tipifica el art. 273. Se trataba, en uno de ellos, de un matrimonio de gran posición económica y social que externamente vivía en la mayor armonía, no obstante que la comunión espiritual y material entre los cónyuges estaba totalmente troncada hacía mucho tiempo. Un día la esposa descubre que su marido está enamorado de una sobrina lejana suya que, desde que quedó viuda dos años antes, vivía con el matrimonio. Descubierta el hecho por la mujer, consiente expresamente —después de las correspondientes explicaciones con su marido y a cambio de otras concesiones que aquí no interesa relatar—, en que dicho estado de cosas siga adelante hasta sus consecuencias últimas. Pasados siete meses "sorprende" *in fraganti* a los adúlteros en el propio domicilio conyugal en donde ambos vivían, y se querrela contra ellos criminalmente.

El otro caso es todavía más elocuente: un sujeto de 48 años, contrajo matrimonio con una mujer bellísima de 20 con quien, desde hacía algún tiempo mantenía relaciones íntimas y a quien explotaba sexualmente. El matrimonio se instaló en

pone en relieve su desinterés respecto a su propio decoro y decencia personal.<sup>67</sup> Falta en estos casos el interés vital que tendría que ser lesionado para la existencia de la antijuricidad.

f) *En los delitos contra el honor.*—En los delitos contra el honor son aplicables los mismos principios expuestos respecto al adulterio. El bien jurídico protegido en esta clase de delitos es el derecho subjetivo —plasmación jurídica de la personalidad moral— que en orden a su honor y a su reputación personal tienen los individuos en la vida de relación. Pero, como ya antes se dijo, la ley no tutela un tipo único y uniforme de honorabilidad que imponga en forma obligatoria por razones de interés público a todos los hombres, sino que, adaptándose a la realidad humana, protege el patrimonio moral de la persona sólo en los casos en que el mismo tiene existencia. Quien consiente en ser afectado por imputaciones deshonrosas, pone de relieve *su desinterés* sobre su propio honor. La acción enjuiciada carece, por tanto, de contenido anti-jurídico.<sup>68</sup>

D. *Requisitos.*—Para que tenga eficacia el consentimiento como causa impositiva del nacimiento de la antijuricidad de una determinada con-

lujoso apartamiento en donde celebraban fiestas y reuniones a las que procuraban invitar a personas de relieve social e inequívoca posición económica, en las que la joven esposa, de acuerdo con su desvergonzado marido y por indicación de éste, coqueteaba con uno de los invitados a quien proyectaban “desplumar”. Llegado el momento propicio emprende el marido un viaje de tres meses. Durante este tiempo la esposa recibe al amigo del matrimonio en el domicilio conyugal, en donde, a cambio de valiosísimos regalos, le entregaba su belleza y juventud en la propia cámara conyugal. Pasados unos meses, sospechando el marido que su esposa le ocultaba una buena parte de los ingresos que obtenía con tan impúdico negocio, la “sorprende” en el lecho con el incauto Don Juan y se querrela por adulterio, con el propósito de obtener a cambio de su “perdón” una apreciable suma de dinero.

67 No debe confundirse el consentimiento con la forzada aceptación de un estado de cosas sobre el que nunca se consintió en momento anterior o simultáneo al de su iniciación. La resignada tolerancia y la forzosa aceptación por imperativos sociales de hechos ya consumados e irremediables, es una situación que en forma alguna debe identificarse o confundirse con la del consentimiento.

68 Mezger (*Tratado*, tomo I, p. 358), Hippel (*Lehrbuch*, párrafo 35, II, 3), Grispigni (*Il consenso dell' offeso*, p. 540), Cuello Calón (*Derecho Penal*, tomo I, p. 383) y Soler (*Derecho Penal Argentino*, tomo I, p. 331), proclaman el influjo del consentimiento en los delitos contra el honor. Por el contrario, Maggiore (*Principii di Diritto Penale*, p. 302), niega su eficacia, por considerar que el honor es un derecho del cual el hombre no puede disponer.

ducta, precisase que reúna las condiciones y requisitos que en su conjunto integran la propia esencia de la situación de hecho que valoriza el total ordenamiento jurídico y sus fundamentos culturales. De lo hasta ahora expuesto, dedúcense algunas de las bases de *facto* que condicionan la eficacia que en el ordenamiento jurídico-penal puede tener la manifestación de voluntad del titular del bien jurídico afectado por una conducta dada. Así, por lo que respecta al objeto sobre que el consentimiento pueda actuar, nos remitimos al criterio, reiteradamente expuesto en anteriores páginas, consistente en diferenciar los intereses subjetivos del que consiente y los intereses generales y públicos de la colectividad.

El consentimiento tiene que ser otorgado por la persona que, en forma exclusiva,<sup>69</sup> es titular del bien jurídico que resulta afectado, bien fuere persona natural o jurídica. Si varios son los titulares del derecho, es necesario el consentimiento de todos.<sup>70</sup>

Ha de ser prestado por persona capaz. La capacidad negocial del *Derecho Civil* no puede siempre ser decisiva, pero sí debe serlo cuando se trate de los efectos mediatos de un negocio jurídico en el ámbito del Derecho penal.<sup>71</sup> Sin embargo, en algún caso, por expresa decisión de la ley, requiérese la capacidad de obrar del *Derecho Civil*. Tal acontece en el homicidio-suicidio que tipifica el artículo 312 del Código Penal, ya que el artículo 313 exige para que el consentimiento pueda desplegar la limitada eficacia que le otorga aquél, que el occiso no "fuere menor de edad". Esta minoridad penal es, a nuestro juicio, la del Derecho civil, esto es, alcanza hasta los 21 años de edad (artículos 646 y 647 del Código Civil).

Tampoco la capacidad penal —los 18 años en el Código de 1931 (artículo 119)— es decisiva en orden al problema,<sup>72</sup> pues el consentimiento de quien ha alcanzado la pubertad antes de los 18 años, es re-

---

69 Ottorino Vannini, *Istituzioni*, p. 181.

70 Conf. Maggiore, *Principii*, I, p. 298.

71 Mezger, tomo I, p. 347. Conf. Pioletti, *La lesione personale*, p. 26; Bettiol, *Diritto Penale*, Parte generale, p. 227.

72 Con razón afirma Pannain (*Manuale*, parte generale, p. 474), que deben rechazarse las condiciones de capacidad requeridas por el Código Penal para ser sujeto de delito, porque aquí no se trata de indagar si el sujeto puede ser considerado o no capaz de derecho penal, sino sólo si puede o no válidamente disponer del derecho. Por el contrario, Bettiol (*obra citada*, p. 227), adopta el criterio de la capacidad penal a menos que la ley establezca otro límite de edad.

levante en el delito de atentados al pudor (artículo 260). Asimismo lo es el de la mujer mayor de 16 años, en el rapto de seducción que describe el artículo 268. Es, pues, preciso, abandonar todo criterio de regulación general y resolver la cuestión con arreglo a las circunstancias de cada caso concreto, examinando si el que consintió poseía la necesaria capacidad de juicio y si en el consentimiento correspondía su verdadera voluntad.<sup>73</sup>

Es irrelevante el consentimiento prestado por sujetos que carecen de la necesaria capacidad de juicio o sea de facultad de entender y de querer, ya sea debido a una causa permanente —enfermedad de la mente y estados de deficiencia psíquica— o temporal —embriaguez—. <sup>74</sup> Cuando falte dicha capacidad de juicio, la voluntad del titular no puede ser substituída por la del representante, pues la representación en la voluntad es incompatible con el carácter personal del interés penalmente protegido.<sup>75</sup>

Tiene que ser otorgado con pleno conocimiento de la situación de hecho,<sup>76</sup> libre y sinceramente<sup>77</sup> y no ser afectado de uno de aquellos vicios que la psicología, antes que el derecho, tiene claramente delineados: error, dolo, violencia.<sup>78</sup> No tiene, en consecuencia, ninguna relevancia el consentimiento prestado con un conocimiento erróneo de la acción del sujeto activo, máxime si se trata “de un consentimiento logrado (*sorprendido*) con astucia o engañando al que consiente respecto a las verdaderas intenciones del autor.”<sup>79</sup> Así, ejemplifica Donnedieu de Vabres, la entrega voluntaria de una suma de dinero, provocada por maniobras fraudulentas, es constitutiva de fraude.<sup>80</sup> Por los mismos

73 Mezger, *Tratado*, tomo I, p. 348; Conf. Liszt-Schmidt, *Lehrbuch*, 204; Hippel, *Deutsches Strafrechts*, vol. II, 248.

74 Bettiol, *Diritto Penale*, p. 227; conf. Maggiore, *Principii*, p. 298.

75 Mezger, *Tratado*, I, p. 348; Maggiore, *Principii*, p. 298; Ranieri, *Diritto Penale*, parte generale, p. 115; Pioletti, *obra citada*, p. 28.

76 Hippel, *Lehrbuch*, parágrafo 35, II, 5; Mezger, *Tratado*, tomo I, p. 349; Pioletti, *obra citada*, p. 27.

77 Donnedieu de Vabres, *Précis de Droit Criminel*, p. 86; Maggiore, *Principii*, p. 299.

78 Bettiol, *obra citada*, p. 227; Maggiore, *Principii*, p. 299; Mezger, *obra citada*, tomo I, p. 349; Pioletti, *obra citada*, p. 28.

79 Mezger, tomo I, p. 349.

80 *Précis*, p. 84.

fundamentos, es inoperante el consentimiento en los delitos de estupro y raptó de engaño. Resulta, por último, superfluo advertir que ningún valor tiene el arrancado por la violencia.

Como el consentimiento no es un *negocio jurídico* de derecho privado, sino una *situación de hecho* que trasciende en el orden jurídico penal, es suficiente para que pueda desplegar su eficacia que unilateralmente exista en la voluntad del titular del bien jurídico afectado, aunque no se hubiere plasmado en un acuerdo o convenio, y aunque el sujeto activo de la acción ignore su existencia.<sup>81</sup> El que abre una carta dirigida a otro, ejemplifica Mezger,<sup>82</sup> no puede ser castigado si el destinatario había prestado su consentimiento, aunque el sujeto activo lo ignorase.

El consentimiento debe plasmarse en una declaración o, al menos, manifestación de voluntad.<sup>83</sup> Esta manifestación de voluntad puede ser

---

81 Conf. Liszt-Schmidt, *Lehrbuch*, parágrafo 35, IV; Mezger, tomo I, p. 345; Grispigni, *Il consenso dell'offeso*, p. 214; Santelli e Romano Di Falco, *Commento teorico-pratico al nuovo Codice Penale*, Roma, 1930, vol. I, p. 294; Maggiore, *Principii*, vol. I, p. 298; Soler, tomo I, p. 327.

82 Tomo I, p. 345.

83 Conf. Hippel, *Lehrbuch*, parágrafo 35, II, 5; Maggiore, *Principii*, p. 299; Pioletti, *La lesione personale*, p. 26; Bettiol, *Diritto Penale*, Parte generale, p. 227. Mezger (*Tratado*, tomo I, p. 346), estima que el consentimiento no necesita haber sido declarado, siendo suficiente que exista en el ofendido como *dirección de su voluntad*, pues considera que si se exige una *declaración de voluntad* "se mezclan en la discusión, de modo no muy claro, puntos de vista jurídicos que se refieran al consentimiento como negocio de derecho civil y no al consentimiento como causa de justificación en materia penal. La propia naturaleza del segundo —agrega Mezger—, consiste en excluir, en el caso concreto, el interés lesionado, y tal exclusión es independiente de la declaración externa de voluntad. El interés surge en virtud de la dirección de voluntad del poseedor y por ella *tiene* realidad y eficacia; y esta eficacia y realidad las *pierde* por la misma dirección de voluntad". Sin embargo, olvida Mezger al exponer su anterior pensamiento, que el consentimiento tiene valor en el ámbito penal por la *situación de hecho* que crea, y no en atención exclusiva a la dirección que internamente adopta la voluntad. Es necesario para que dicho estado anímico interno se transforme en una situación de hecho, que se manifieste de alguna manera, esto es, que adquiera externa realidad. No se exige una declaración más o menos solemne y revestida de los requisitos y condiciones que el derecho privado exige para la validez de una declaración de voluntad; basta tan sólo con que la dirección de voluntad del titular del derecho se haya manifestado de cualquiera forma o modo que brinde fundamento para poder afirmar que se ha creado una situación de hecho.

expresa —la palabra, el escrito, el gesto, la acción u omisión—, o tácita —el simple silencio cuando la situación imponía el deber de hablar—, no siendo preciso que vaya dirigida a un determinado agente, aunque por lo común, el consentimiento se otorga exclusivamente en favor de una determinada persona y en atención a las circunstancias personales que en ella concurren. Así, la mujer que, para evitarse las molestias y dolores del caso, presta su consentimiento para que su novio la deflore mientras se encuentra privada de razón o de sentido a causa de un narcótico, otorga un consentimiento cuyo valor está limitativamente individualizado.

El consentimiento debe existir en el momento de la acción.<sup>84</sup> Tiene, por tanto, que ser otorgado antes de su inicio y subsistir sin haber sido revocado en el momento del hecho.<sup>85</sup> Es revocable libremente y no crea ningún derecho adquirido. Así, por ejemplo, la mujer que consiente en carta dirigida a un hombre en yacer con él al siguiente día, llegado éste, no queda obligada por su promesa del día anterior y puede negarse —revocando su consentimiento— a cumplir su promesa; del mismo modo, la mujer que voluntariamente ha venido consintiendo en yacer periódicamente con un hombre por espacio de algún tiempo, puede revocar en cualquier instante su consentimiento para el futuro y, en consecuencia, su antiguo amante realiza una conducta plenamente antijurídica si por estimar que la anterior situación amatoria le ha otorgado un derecho, la obliga por la fuerza a yacer con él nuevamente.

No puede identificarse con el consentimiento existente en el momento de la actividad corporal, la ratificación *a posteriori*;<sup>86</sup> pues la *ratihabilio* es intrascendente para impedir el nacimiento y existencia de la antijuricidad de una conducta dada. Sólo en los delitos perseguibles por querrela de parte puede el consentimiento *post factum* valer, eventualmente, como renuncia al derecho de querrela;<sup>87</sup> pero aun en estos casos, no es posible en modo alguno considerar que el no ejercicio de la acción penal en los delitos que se persiguen a exigencia de parte, implica la causa impeditiva de la antijuricidad que se crea a virtud del

84 Hippel, *Lehrbuch*, parágrafo 35, II, 5; Mezger, *Tratado*, tomo II, p. 350; Soler, *ob. cit.*, tomo I, p. 327.

85 Soler, *obra cit.*, p. 327.

86 Mezger, tomo I, p. 350; Maggiore, *Principii*, p. 299; Pannain, *Manuale*, p. 470.

87 Maggiore, *Principii*, p. 299.

consentimiento prestado en el momento del hecho, pues el requisito de la querrela en dichos delitos es una condición de procesabilidad que nada tiene que ver con la existencia del delito. El instituto del consentimiento del ofendido y el de la querrela de parte —escribe Bettiol—, responden a finalidades muy diversas para que el uno pueda explicarse en función del otro.<sup>88</sup> La querrela de parte responde a exigencias procesales que tienen como único fundamento legislativo una política de respeto a la víctima, que se plasma en el deseo de evitarle el grave perjuicio y ulterior afrenta que pueda para ella implicar la forzosa publicidad que entraña un proceso.

c) *Naturaleza supralegal de esta causa impeditiva en el ordenamiento vigente.*—A pesar de que el consentimiento juega algunas veces, como hemos visto, papel preponderante como causa impeditiva del nacimiento de la antijuricidad de una conducta dada, no es posible desconocer, como afirma Jiménez de Asúa, que sólo en casos concretos y muy contados puede invocarse, en contraste con las demás causas de justificación, que tienen como importantísimo carácter ser generales a todas las especies de delitos, y actuar en la inmensa mayoría de ellos suprimiendo lo injusto.<sup>89</sup> Esta limitada esfera de aplicación que tiene el consentimiento del titular del derecho en el ámbito penal, es la causa determinante de que la casi totalidad de los códigos se abstengan de establecer una norma abstracta en su parte general. Esto no obsta para que despliegue su valor en aquellas situaciones especiales en que la formación conceptual de la antijuricidad presupone la voluntad contraria del titular del bien jurídico que resulta afectado. En dichas situaciones el consentimiento actúa como causa impeditiva del nacimiento de la antijuricidad, sin cuya existencia deviene imposible la construcción conceptual del delito.

No existe precepto expreso en la legislación mexicana que en forma rectilínea se refiera al valor que puede asumir el consentimiento como causa impeditiva de la existencia de la antijuricidad de una conducta concreta.<sup>90</sup> Sin embargo, la trascendencia que reviste en la formación

---

88 *Diritto Penale*, p. 228

89 *La Ley y el Delito*, p. 360.

90 Ninguna relación guarda con el problema el art. 9, frac. vi, del Código Penal, en donde se dispone que: "...la presunción de que un delito es intencional no se destruirá aunque el acusado pruebe alguna de las siguientes circunstancias:

conceptual de la antijuricidad cuando la voluntad contraria del titular del bien jurídico es determinante de su existencia, tiene que ser siempre afirmada.

...IV. Que obró con el consentimiento del ofendido, exceptuando el caso de que habla el art. 93". (Este artículo hace referencia a la extinción de la acción penal por el perdón o el consentimiento del ofendido en los delitos que no son perseguibles sin previa querrela). Carrancá y Trujillo (*Derecho Penal*, p. 258), endereza su crítica contra aquel precepto, en donde se mezclan confusa y arbitrariamente conceptos atinentes a la presunción del dolo, al consentimiento del ofendido y a la extinción de la acción penal. Por nuestra parte, nos limitamos a subrayar que el artículo 9, con paladina falta de técnica, desplaza a la culpabilidad una cuestión que sólo en el ámbito de la antijuricidad puede ser relevante. No sería, empero, justo dejar de destacar aquí el acierto que para su época representa la doctrina que en orden al consentimiento se recoge en el artículo 261 del Código Penal de 1871. Se establece en dicho artículo que el previo consentimiento del ofendido para que se cometa un delito en su persona, contra su honor o contra sus intereses, extingue la acción penal cuando el delito afecte sólo a los intereses del ofendido, si éste tuviere la libre disposición de ellos, y no resultare daño, peligro o alarma a la sociedad ni perjuicio a un tercero. Una vez más el genio jurídico de Martínez de Castro destaca con luces propias, pues vislumbró hace ochenta años la solución que en orden al problema ha sido adoptada por la moderna técnica.