

# El consentimiento de la víctima. Hacia una teoría normativa de la acción del que consiente

ELENA IÑIGO CORROZA

Profesora titular de Derecho penal  
Universidad de Navarra

## RESUMEN

*Este trabajo tiene por objeto el análisis de un elemento normativo de algunos tipos penales como es el consentimiento de la víctima. En la primera parte se abordan temas ineludibles al tratar el consentimiento del titular del bien jurídico, como son, qué se entiende por consentimiento, y la relevancia que puede tener. Ésta dependerá de si los bienes jurídicos son o no disponibles por su titular, de manera que si existe consentimiento pueda no existir responsabilidad penal del sujeto que lo afecta. En la segunda parte se plantea una teoría de la acción del sujeto que consiente, tomando como referencia la teoría de la acción del sujeto infractor. La teoría jurídica del delito se convierte en un modelo de desarrollo para esbozar una teoría normativa de la acción del que consiente.*

*Palabras clave: consentimiento, teoría de la acción, bien jurídico, disponibilidad, dolo, culpabilidad.*

## ABSTRACT

*This paper aims to analyze one peculiar normative element of a particular type of criminal offences, «the consent of the victim». Thus, in the first part, we are going to address some unavoidable issues when dealing with the consent given by the one whose legally protected interest could be harmed by the offender. Such as what should be understood by consent, and the relevance that it should have and show. Knowingly that such extremes will depend on whether, or not, those legally*

*protected interests were disposable (hence, if there is a valid consent, there couldn't be any criminal liability).*

*In the second part of this paper, we are going to propose a normative theory of the action of the person who consents, taking as a reference the theory of the action of the offender. Therefore, by demonstrating that the Legal Theory of Crime model (in accordance with the German dogmatics) turns out to become a developmental model to outline a normative theory of the consenting action (applicable to all the criminal offenses whose actus reus require the lack of a valid consent given by the victim).*

Keywords: *consent, theory of action, legal right, availability, fraud, responsibility, liability.*

SUMARIO: I. Introducción.–II. La libertad del sujeto en la disposición de sus bienes jurídicos como punto de partida. 1. El consentimiento como manifestación de la libertad y autonomía del titular del bien jurídico. Concepto y contenido del consentimiento. 2. El fundamento del consentimiento: la libertad de disposición sobre los bienes jurídicos individuales. 3. La eficacia del consentimiento. La relevancia del contexto en la libertad de disposición de los bienes jurídicos. –III. La prueba del consentimiento. Criterios normativos para su valoración. 1. Hacia una teoría de la acción del sujeto que consiente. a) El titular del bien jurídico como sujeto agente. b) Los vicios sobre el conocimiento y sobre la voluntad. 2. La prueba del consentimiento. 3. Un último apunte: la relevancia del consentimiento del sujeto titular del bien jurídico en el sujeto activo del delito.–IV. Algunas reflexiones finales.

## I. INTRODUCCIÓN

A raíz de ciertos cambios legislativos y de algunos supuestos que han tenido gran relevancia social<sup>(1)</sup>, el tema del consentimiento de la víctima ha pasado a primera línea de interés, de análisis y de reflexión

---

(1) Dos leyes recientes han puesto, nuevamente, el debate sobre esta cuestión en primera línea. No es que este elemento no tuviera relevancia previamente, teniendo en cuenta que el consentimiento está constantemente presente en hechos con relevancia penal, sino que, como ocurre habitualmente, la actualidad mueve las cartas poniendo en primer lugar en el debate jurídico-social, una u otra. Me estoy refiriendo en concreto, al cambio legislativo llevado a cabo por la LO 3/2021, de 24 de marzo, despenalizadora de la eutanasia, y a la regulación sobre los delitos sexuales. En el Proyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual, el concepto de consentimiento está siendo uno de los elementos de la regulación que más debate está suscitando.

en el debate científico y jurisprudencial penal. En este trabajo se pretenden establecer parámetros normativos o reglas que permitan valorar si ha existido consentimiento en el ámbito de situaciones fácticas que tienen relevancia penal. Eso delimita sustancialmente el contenido del trabajo, que no es un estudio sobre la libertad de obrar y su trascendencia para el Derecho penal, sino que trata de analizar la esencia y alcance del instituto penal del consentimiento, elemento que debe ser probado en el proceso y que será fundamental para determinar si existe o no responsabilidad penal(2).

Sin embargo, no es posible abordar esta tarea sin tomar postura en algunas cuestiones de gran trascendencia, aunque sin perder de vista la finalidad de este trabajo, que no es otra que aportar reglas de imputación que permitan determinar, en el marco de un proceso, cuándo existe o no consentimiento en sentido jurídico-penal. En la primera parte de este trabajo (II) pretendo tratar qué se entiende por consentimiento del titular del bien jurídico(3); en qué casos es relevante el consentimiento; y, cuándo éste es eficaz. En la segunda parte (III), confeccionaré una aproximación a las reglas de imputación necesarias para poder probar, en el caso concreto, la existencia o no de consentimiento.

## II. LA LIBERTAD DEL SUJETO EN LA DISPOSICIÓN DE SUS BIENES JURÍDICOS COMO PUNTO DE PARTIDA

Los ciudadanos ejercen su libertad constantemente en su vida cotidiana, aunque esto suponga, *ex post*, afectaciones o quebrantos a algunos de sus intereses. Llevan a cabo actuaciones físicas que pueden dañar su salud levemente o de manera grave (cargando peso que afecte a sus vértebras, o llevando a cabo una mala salud postural que genere lesiones importantes en sus articulaciones, o fumando o bebiendo o comiendo más de lo debido...). Pueden llevar a cabo actuaciones que afecten gravemente a su patrimonio, a su honor, a su intimidad (gas-

---

(2) Utilizo aquí responsabilidad penal en sentido general. No es el momento de valorar si el consentimiento actúa como causa de atipicidad o causa de justificación.

(3) Me parece que es más correcto hablar del titular del bien jurídico que de víctima, puesto que no puede hablarse de víctima, sujeto pasivo u ofendido cuando ha existido consentimiento para permitir la afectación del bien jurídico del que es titular. En esta línea ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, B., *El consentimiento en Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 29, que indica que no puede hablarse de víctima a quien da su consentimiento porque no puede señalarse como tal: «quien tolera voluntariamente una injerencia en un bien jurídico que le pertenece, por mucho que esta injerencia pueda ser considerada objetivamente dañosa».

tando dinero de una manera compulsiva, aireando, por ejemplo, en RRSS cuestiones que afectan a su esfera más íntima...). Todo esto entendemos queda englobado en un ejercicio libre de su voluntad. Es común afirmar que uno puede hacer aquello que quiera, siempre que no cause un daño (una afectación) a terceros (*neminem laedere*). Sin embargo, esto no es así. La convivencia en sociedad lleva consigo la limitación, por definición, de los ámbitos de libertad de los sujetos. De su libertad de disponer de su patrimonio, de su libertad ambulatoria, de su libertad de acción u omisión en muchos ámbitos. Es una obviedad señalar que el Derecho, como elemento organizador de un sector de la vida social, establece al sujeto restricciones a su libertad de obrar, a la absoluta autonomía de su voluntad. Desde este, poco original, punto de partida me voy a centrar en los casos donde la libertad de voluntad del sujeto interactúa con la de otro u otros y donde un tercero afecta a un derecho del sujeto titular. Y más en concreto aún, me voy a centrar en estas situaciones cuando la afectación es a un bien jurídico con protección penal.

El Derecho penal sanciona la lesión de bienes jurídicos merecedores de protección penal. Al sancionar las lesiones de bienes jurídicos, el Derecho penal los está protegiendo (en su función de prevención general negativa) y está afirmando su importancia para el mantenimiento del orden social (en su función de prevención general positiva). La cuestión que se plantea es si esa protección de los bienes jurídicos es frente a todos (*erga omnes*), o solo frente a los que no son titulares del bien jurídico, excluyendo la posibilidad de sanción cuando el que lesiona o afecta al bien jurídico es el propio titular en el uso de su libertad, o un tercero que tiene el consentimiento del titular.

Esta cuestión, el consentimiento manifestado por el titular del bien jurídico, plantea grupos de problemas de difícil solución, por su relación con algunas de las cuestiones nucleares del Derecho penal. Una de ellas, la libertad, puesto que el consentimiento supone la manifestación exterior de la libertad del sujeto. La autonomía y la libertad son el punto de partida de la imputación penal. Otra cuestión que suscita el análisis del consentimiento es la de la disponibilidad de los bienes jurídicos; si los bienes jurídicos individuales son o no disponibles, y si lo son todos o solo algunos. Esto llevará a determinar si el titular del bien jurídico puede disponer libre y totalmente de su intimidad domiciliaria, de su honor o dignidad, de su libertad ambulatoria o su libertad sexual, de su libertad de acción, o incluso de su vida, integridad física y psíquica o integridad moral.

A las cuestiones anteriores, tan complejas, no puede darse una respuesta unívoca sin establecer matices. Tenemos que hacer uso del

«depende»; (1) depende de qué se entienda por consentimiento; (2) depende del bien jurídico de que se trate, y (3) depende de las circunstancias del caso consideradas en su concreto contexto histórico social.

### 1. El consentimiento como manifestación de la libertad y autonomía del titular del bien jurídico. Concepto y contenido del consentimiento

El concepto de consentimiento está ligado al concepto de libertad y, por consiguiente, al de autonomía. El consentimiento supone la manifestación libre y externa de la voluntad del sujeto. No es un estado mental, sino la externalización de un estado mental que se evidencia a terceros. Ahora bien, qué supone el consentimiento y cuándo existe o no, es una cuestión compleja que ha sido profusamente tratada por la doctrina penal, no solamente española, sino también y especialmente alemana y anglo-americana. La discusión establece matices sobre si el consentimiento es acuerdo(4), es asentimiento, conformidad, o libertad de disposición o ejercicio de autonomía(5)... Cuando tratamos la cuestión del consentimiento en este ámbito del Derecho penal, la reflexión que subyace es la relevancia que tiene la voluntad del individuo sobre sus bienes jurídicos. Se plantea si el consentimiento implica un acuerdo con el tercero que pretende intervenir en ese bien jurídico, poniendo relevancia en el interés que tiene el titular en esa injerencia, o incluso el deseo, porque se da la conjunción de dos voluntades que convergen; o si también hay consentimiento cuando el titular del bien jurídico se resigna y permite, soporta

---

(4) Uso aquí esos términos en sentido amplio, aunque la doctrina ha diferenciado entre acuerdo y consentimiento dotando a esta distinción de diferentes consecuencias dogmáticas. La diferenciación entre *Einverständnis* y *Einwilligung*, puesta de manifiesto por GEERDS, F. «Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafrecht», *GA* 1954, pp. 262 ss., lleva a distinguir supuestos donde el consentimiento lleva a la atipicidad de la conducta (*Einverständnis*), de aquellos en los que supone la antijuridicidad de ésta (*Einwilligung*). Mantiene esta idea diferenciadora en España, entre otros, CASAS BARQUERO, E., *El consentimiento en el Derecho penal*, Universidad de Córdoba, Córdoba, 1987, p. 33. Sobre esta cuestión véase LUZÓN PEÑA, D. M., «Causas de atipicidad y causas de justificación», en Luzón Peña, D. M./ Mir Puig, S., (coords.), *Causas de justificación y de atipicidad en Derecho penal*, Aranzadi, Pamplona, 1995, pp. 21 ss.

(5) Sobre la diferencia entre autonomía y libertad véase el análisis que sobre estos conceptos hace PEREIRA GARMENDIA, M., *Buscando un consenso sobre el consentimiento en los delitos sexuales. Un enfoque desde la evolución de la legislación británica y un aviso a navegantes (o a legisladores ociosos)*, Reus/BdF, Madrid, 2021, pp. 146-158.

o tolera en definitiva, que un tercero afecte al bien jurídico del que es titular(6).

Estas comprensiones de la idea de consentimiento tienen como denominador común la idea de voluntad, o mejor, de autonomía de la voluntad; muy clara, en los supuestos en que quiere la intervención del tercero, o menos evidente, cuando ésta solo se soporta o acepta. Entender el consentimiento del titular del bien jurídico ante la afectación de éste por un tercero, como la voluntad para que el otro actúe, nos vuelve a llevar a la idea de la libertad en Derecho penal. No es el momento de abordar un análisis sobre esta idea, ni es este el sitio propicio para tan ardua tarea. Aquí me centraré en dar una definición de consentimiento que aúne todos los supuestos en que la voluntad del titular del bien jurídico consienta en la afectación de éste por un tercero, de manera que no exista delito, bien porque se entiende que el hecho no es típico, bien porque se excluya la antijuridicidad de la conducta. Luego analizaré cuándo tiene relevancia el consentimiento para, finalmente, determinar cómo ha de probarse si ha existido o no.

Tomando estas consideraciones como punto de partida, entiendo *el consentimiento como la manifestación externa de la aceptación(7) o habilitación por parte del titular del bien jurídico a un tercero para intervenir sobre el bien jurídico del que es titular*. Este consentimiento exige que el sujeto conozca los elementos esenciales de la situación y

---

(6) Sobre la diferencia entre acuerdo y consentimiento, véase RÍOS ARENALDI, J., «El consentimiento en materia penal», *Política Criminal*, núm. 1, 2006, p. 15. Entiende este autor que el acuerdo tiene naturaleza más fáctica, y que el consentimiento es de carácter jurídico. En el acuerdo, sigue Ríos, habría relación con la voluntad interna de quien asiente y el consentimiento debe ser reconocible en el mundo exterior. Los ubica en diferentes estadios de la teoría jurídica del delito, el acuerdo en el tipo penal y el consentimiento en la antijuridicidad. No queda claro en su argumentación por qué esta diferencia. Se esfuerza en determinar la diferencia entre uno y otro concepto para, a continuación, en la página 18 decir: «que el consentimiento (también entendido como acuerdo)» (paréntesis en el original). Por su parte, CHANG KCOMT, R., *El consentimiento en el Derecho penal. Análisis dogmático*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 196-206, ve la diferencia entre consentimiento como acuerdo, asentimiento o conformidad, cuando es causa de atipicidad y consentimiento en sentido estricto como causa de exclusión de la antijuridicidad. En cambio, uno de los pioneros en la teoría liberal del bien jurídico como es Kientzy, (citado en la obra anterior en pp. 49 ss.), entiende que no tiene sentido diferenciar entre consentimiento y acuerdo ya que ambos conceptos hablan de la aquiescencia del titular con la intervención en sus bienes jurídicos.

(7) El concepto aceptación incluye los supuestos donde el consentimiento se basa en el deseo, total voluntad que podría corresponderse con los supuestos de acuerdo; pero también aquellos en los que el sujeto no desea, pero aprueba la intervención del tercero, conformándose o resignándose.

tenga capacidad para prestarlo. El consentimiento, como elemento normativo que es, deberá valorarse jurídicamente(8).

## 2. El fundamento del consentimiento: la libertad de disposición sobre los bienes jurídicos individuales

Ya he advertido en la introducción que el análisis del consentimiento en Derecho penal conduce al análisis de cuestiones trascendentes para el Derecho penal. La disponibilidad de los bienes jurídicos es uno de ellos y, como he dicho antes, un estudio detallado y profundo sobre esta cuestión sobrepasa los límites de este trabajo. Sin embargo es necesaria una aproximación, siquiera básica, para poder tener un punto de partida. Si hablamos de consentimiento, de aceptación por parte del titular del bien jurídico de que éste se vea afectado (no necesariamente en sentido negativo, sino afectado en cuanto intervenido), habrá que resolver si el titular del bien jurídico puede disponer de él y si esta disposición tiene límites.

Sin entrar a consideraciones de fondo, entiendo que la idea de bien jurídico(9) está ligada a las realidades y valores que se consideran indispensables para hacer posible la vida social. En este contexto el Código penal recoge intereses bien distintos; algunos que afectan a la realidad más básica del ser humano (su vida, salud, integridad), otros a la proyección de la persona como tal (su libertad, sexual, de acción, de movimientos e intimidad). Sin embargo, el Derecho penal recoge también otros intereses que pueden clasificarse como funcionales, por entender que se hallan al servicio de los que están vinculados al núcleo duro del ser humano (como los que protegen el honor, el patrimonio, la institución familiar, la inviolabilidad del domicilio...). Y por último estarían los intereses relacionados con la protección de las condiciones de vida en sociedad, algunos muy ligados a las personas (la salud pública, el medio ambiente, la seguridad vial, el orden socioeconómico...) y otros más al mantenimiento del propio sistema social

---

(8) Sobre los límites del normativismo y su diferencia con el constructivismo y empirismo, véase SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P., «Lo normativo y lo fáctico», en García Caveró. P./Chinguel Rivera, A., *Derecho penal y persona. Libro Homenaje al Prof. Dr. H. C. Mult. Jesús María Silva Sánchez*, Ideas Solución Editorial, Lima, 2019, pp. 25-35.

(9) Considero que no son bienes jurídicos todas las realidades que se protegen en el Código penal, y aplazando esta cuestión para otro trabajo de investigación, por razones de claridad utilizaré de manera omnicomprensiva el término bien jurídico para todos los intereses penalmente protegidos.

(orden público, Constitución, Administración pública, Administración de Justicia...)(10).

Para el objeto de este trabajo, donde se analiza el elemento del consentimiento del titular en los tipos penales, son relevantes los bienes jurídicos de manera inmediata o mediata más vinculados a la persona, los llamados tradicionalmente bienes jurídicos individuales, reduciéndose el ámbito de nuestro análisis. Estos serían la vida, integridad física y moral, patrimonio, intimidad, honor, libertad ambulatoria, libertad sexual y libertad de acción(11).

Algunos autores sostienen que los bienes jurídicos individuales son disponibles cuando sean necesarios para la autorrealización personal(12). Esto responde a una concepción liberal del bien jurídico vinculada a los principios constitucionales. Para esta teoría la protección del bien jurídico no puede estar desligada de su titular y su auto-

---

(10) Es evidente la heterogeneidad de estos intereses, por eso me parece que no aporta claridad el que se intente englobar conceptos tan distintos bajo una misma denominación. Al decir que todos son bienes jurídicos, estamos obligados a catalogarlos según elementos comunes para poder analizarlos con sus particularidades, y al mismo tiempo al ubicarlos en el mismo concepto estaríamos dando el mismo valor a supuestos muy distintos.

(11) No voy a entrar aquí, por exceder del cometido de este trabajo, en la discusión sobre si los bienes jurídicos colectivos o supraindividuales pueden ser o no disponibles. La doctrina mayoritaria entiende que no, que los bienes jurídicos colectivos son indisponibles y por ello, el consentimiento carece de relevancia. En este sentido CEREZO MIR, J., *Derecho penal: Parte general*, BdF, Montevideo/Buenos Aires, 2008, p. 647. Sobre esto SEGURA GARCÍA, M. J., *El consentimiento del titular del bien jurídico en Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 125. Se entiende que los bienes jurídicos individuales se refieren a conflictos interpersonales entre sujetos individualizados, siendo el titular del bien jurídico personal afectado individualizable, pudiéndose cuestionar y, en su caso probar, si existió o no consentimiento. En los delitos que tutelan bienes jurídicos colectivos, no hay un sujeto pasivo individualizable al que atribuir o no el consentimiento. Sí que plantea más debate en la doctrina penal la relevancia penal que puedan tener las autorizaciones o permisos administrativos, que no son propiamente consentimiento pero que podrían presentar alguna analogía en cuanto a su relevancia penal con éste. Sobre esta cuestión, DE LA MATA BARRANCO, M./DE LA MATA BARRANCO, I., en «La figura de la autorización en la lesión de bienes jurídico-penales de carácter supraindividual», *Dogmática y ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, Tomo I, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004, p. 487.

(12) Así sostiene CHANG KCOMT, R., *op. cit.*, pp. 187-194, que el bien jurídico no solo protege el sustrato material, sino también la posibilidad de su disposición y, por tanto, no existe lesión o puesta en peligro cuando el individuo consiente sobre dicho peligro o lesión, amparado en el ejercicio de su libre autodeterminación personal y la búsqueda de su autorrealización, conforme a una ética propia. Va más allá y propone *de lege ferenda* considerar como disponibles todos los bienes jurídicos individuales, en tanto todos tienen como fundamento la dignidad y, por tanto, la autonomía de la voluntad que presupone.

nomía, pues los bienes jurídicos no constituyen valores en sí mismos que merezcan protección penal. Así, cuando el titular consiente que alguien penetre en su esfera de dominio que supone el núcleo del bien jurídico, no habrá lesión de tal bien(13).

En el otro lado de la discusión, estaría aquella concepción ético-política, paternalista, que entiende que el Estado, o un sujeto autorizado por el Estado, tiene derecho a usar la coerción contra la voluntad de un individuo adulto, con el fin de tutelar sus intereses y evitar que él mismo cause un daño a estos(14). Una concepción menos extrema es la del llamado antipaternalismo moderado, una clase de situación intermedia, que defiende que el Estado no tiene Derecho a usar la coerción contra un individuo adulto con el fin, exclusivo o principal de evitar que se cause un daño a sí mismo, salvo, y esto es lo relevante, que cause un daño a terceros(15).

Sin embargo, las posiciones radicalmente liberales y radicalmente paternalistas, no son compatibles ni con lo que el legislador sostiene(16), ni con la propia estructura social. El hecho de que el legisla-

---

(13) Representantes de esta teoría liberal o unitaria del bien jurídico son ZIPF, H., *Einwilligung und Risikoübernahme im Strafrecht*, Luchterhand, Neuwied/Berlín, 1970, pp. 31 y ss; MAURACH R./ZIPF H., *Derecho penal. Parte general*, t.1, Astrea, Buenos Aires, 1994, p. 289; KIENZY, D., *Der Mangel am Straftatbestand infolge Einwilligung des Rechtsgutsträgers. Auf Grund einer kritischen Betrachtung der Differenzierung in Einwilligung und Einverständnis*, J. C. B. Mohr, Tubinga, 1970, pp. 49 ss. Aunque al que se identifica con la construcción que considera como causa de atipicidad el consentimiento del titular del bien jurídico es ROXIN, K., «Über die Einwilligung im Strafrecht», en *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, t. III, en *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Universidad de Coimbra, Coimbra, 1984, p. 37 y en *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, t. I, 4.<sup>a</sup> ed, C. H. Beck, Múnich, 2006, § 13, nn.mm. 11-31. Entre otros muchos en Alemania, KAUFMANN, A., «Fundamento del deber jurídico y delimitación de la tipicidad», *ADPCP*, t. 37, 1, 1984, pp. 5-22. En España, se sitúan en esta línea BACIGALUPO ZAPATER, E., *Principios de Derecho penal español*, 4.<sup>a</sup> ed., Akal, Madrid, 1998, pp. 199 y ss; EL MISMO, «El consentimiento en los delitos contra la vida y la integridad física», en *Jornadas de estudio sobre la nueva reforma del Código penal, Poder judicial*, núm. 12, 1990, pp. 147-162; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *El consentimiento en el Derecho penal*, Dykinson, Madrid, 1999, pp. 8 ss. Aunque se muestra crítica con la teoría liberal del bien jurídico, llega sin embargo a resultados parecidos en cuanto a la libertad de disposición del sujeto titular del bien jurídico, ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, B., *op. cit.*, pp. 144-146.

(14) Así define MANIACI, G., el paternalismo jurídico, en *Contra el paternalismo jurídico*, Marcial Pons, Madrid, 2020, p. 24.

(15) Esta es la posición de FEINBERG, J., *The moral Limits of de Criminal Law. Harm to Self*, Oxford University Press, New York, 1986, pp. 10 ss., y, con otros matices, de MANIACI, G., *op.cit.*, pp. 25 ss.

(16) Así lo afirma ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, B., *op. cit.*, p. 136, que señala que la decisión del legislador ha sido tipificar las conductas lesivas de determinados valores objetivos, independientemente de la voluntad del sujeto.

dor tipifique comportamientos que afectan a distintas realidades confiere una dimensión jurídica a estas situaciones(17). Y la dimensión jurídica tiene efectos no solo en el individuo, sino también en la sociedad. El Derecho penal tiene como fin último hacer posible la convivencia social y proteger intereses relacionados con esa convivencia social de las conductas gravemente antisociales, esto es, perturbadoras de ese orden. Por eso, el ordenamiento jurídico al establecer qué conductas son antisociales, no tiene en cuenta solo la dimensión individual del interés (bien jurídico), sino también su dimensión social(18).

La consideración del individuo como ser social, supone que su propia existencia influye en la sociedad(19). La mayoría de las actuaciones del individuo tienen efecto social. Entender, desde una posición radicalmente liberal, que hay intereses que solo y exclusivamente pertenecen al sujeto, es no reconocer la dimensión social del individuo que no es una característica meramente declarativa, sino que es constitutiva del ser humano. Si el ser humano es un ser social, todo aquello que le afecta y que se percibe en el mundo exterior (no los pensamientos), tiene efecto en la sociedad(20). Cuestión distinta es la relevancia jurídica de esto. En algunos casos la dimensión social del bien jurídico es mayor que en otros. Los bienes jurídicos de carácter individual parece que tienen más dimensión individual que social, aunque esto no siempre es así. La realidad (jurídica) nos muestra que algunos bienes jurídicos individuales son valorados teniendo en cuenta su dimensión social y, por tanto, la estimación social que se hace de ellos.

Podría verse en lo anterior una defensa del intervencionismo jurídico, sin embargo, no es así. El Derecho, y en concreto el Derecho penal, como instrumento para hacer posible la convivencia social, debe limitar algunos derechos de los sujetos, teniendo en cuenta, su

---

(17) Como bien señala LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., «Bien jurídico y legitimidad de la intervención penal», en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 22, núm. 2, p. 259: «la íntima conexión existente entre norma penal y bien jurídico-penal fuerza a que el hallazgo de éste pase por la interpretación de los términos con que la norma se enuncia».

(18) En este sentido ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, B., *op. cit.*, p. 145, sostiene que el Derecho penal, regido por el principio rector de intervención mínima, debe entrar a considerar las agresiones más graves, y esta gravedad ha de entenderse, no únicamente referida al bien jurídico, en sí, sino a su lesividad social.

(19) Sobre la idea de socialidad como principio fundamentador y rector del Derecho penal, expresado bajo el enunciado de *seguridad en la vida social*, véase SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P., *Fundamentos de Política criminal. Un retorno a los principios*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 96-101 y 131-150.

(20) Entiende PAWLIK, M., *Das Unrecht des Bürgers*, Mohr Siebeck, Tubinga, 2012, pp. 47-49, que el delito sería también un acto contra la generalidad y que una lesión, por ejemplo, de una vida individual lesionaría a toda la sociedad.

carácter de *ultima ratio* y la limitación de intervención mínima(21). La idea de que lo que no es lesivo para terceros debe quedar al margen del Derecho y ubicado únicamente en el círculo de autonomía de libertad del sujeto, no responde al funcionamiento real de las relaciones humanas y sociales. Cuando una realidad se conceptúa como bien jurídico, esto quiere decir que tiene valor para la comunidad jurídica, por tanto, que sobrepasa el ámbito meramente individual del sujeto titular(22).

El concepto de bien jurídico responde a la idea de protección de un objeto material, o de un interés, y la dimensión que tiene para la sociedad. Entiendo que algunos problemas que se plantean con el consentimiento vienen de confundir el objeto material de protección con el bien jurídico. Al hablar de bien jurídico no podemos olvidar, porque es la esencia, el elemento constitutivo del bien jurídico, su dimensión jurídica y también social. Cuando la lesión afecta al objeto material, pero no a su dimensión jurídica, no hay fundamento para la intervención penal. Así, por ejemplo, en el caso de las lesiones. Cuando se ponen como ejemplo las intervenciones médicas observando la praxis y buscando, aunque no se consigan, resultados beneficiosos para la salud (como una intervención quirúrgica donde hay que extirpar un órgano, o la quimioterapia y sus efectos...). Aunque se daña el cuerpo no se daña al bien jurídico integridad física, por tanto, no hay lesión en sentido jurídico, aunque lo haya desde el punto de vista del uso cotidiano del lenguaje. Por eso hay actuaciones que afectan al objeto de protección que no tienen relevancia jurídica(23).

No puede hablarse en general de la disponibilidad o no de los bienes jurídicos (individuales) por su titular, sino del grado de disponibilidad de esos bienes jurídicos. La dimensión social y jurídica de algunos intereses, permite la restricción o limitación del derecho a disponer del sujeto titular de sus propios bienes jurídicos. Que esto sea así, *de facto*, no quiere decir que deba ser así. En este sentido entiendo que la intervención del Derecho penal en la protección de

---

(21) En este sentido señala LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *op. cit.*, p. 5, «que en el problema del consentimiento en el fondo late una cuestión emparentada con la determinación de los límites del *ius puniendi*».

(22) Así lo señala ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, B., *op. cit.*, p. 136, al remarcar la diferencia entre interés del titular y bien jurídico.

(23) Esto podría alegarse a los ejemplos que cita Roxin, y a los que responde, ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, B., *op. cit.*, pp. 140 ss. El podólogo, el peluquero o el cirujano plástico afectan al objeto material de protección, al cuerpo, a la integridad corporal, pero no en sentido jurídico penal. La interpretación teleológica de los tipos penales, desecha *ex ante*, que estas conductas sean las que se recogen en el código penal. No tienen, añado yo, dimensión jurídico-penal.

bienes jurídicos individuales independientemente de la voluntad del titular, debe ser la excepción(24). Lo contrario puede llevar a una visión paternalista del Derecho penal donde actúe efectivamente como configurador de la moral social(25).

### 3. La eficacia del consentimiento. La relevancia del contexto en la libertad de disposición de los bienes jurídicos

Según lo anterior se puede hacer una diferenciación entre qué es *de lege lata* y qué pudiera o debiera ser *de lege ferenda*. En un contexto social y democrático de Derecho entiendo que los bienes jurídicos individuales (inmediata o mediatamente vinculados a la persona) deben ser disponibles por su titular y solo excepcionalmente el Estado puede regularlos(26). Como en todo conflicto de principios del Derecho penal(27) el principio de seguridad, entendido como protección de la vida social y el de respecto a la dignidad del sujeto, están en tensión, y ello exige por parte del legislador una toma de posición en favor de uno u otro, que no quiere decir que uno de ellos desaparezca en favor del otro(28). Esto depende del contexto social y jurídico del momento. El legislador puede estimar que para conseguir un determi-

---

(24) Dice LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *op. cit.*, p. 5, que «cuando más *civilizada* se vuelva la sociedad, tanto más se predica el principio de intervención mínima del Derecho penal» (cursiva en el original).

(25) SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, 3.<sup>a</sup> ed. ampliada, BdF, Madrid, 2011, pp. 64-68.

(26) En un sentido parecido ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, B., *op. cit.*, p. 144, cuando sostiene que un Estado democrático de Derecho en el que la libertad y lo individual tienen un valor tan acentuado, el consentimiento del titular del bien jurídico actúa como causa de atipicidad. La conducta no tendría relevancia alguna para el Derecho penal.

(27) En el sentido que utiliza los principios SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P., *op. cit.*, pp. 96 ss.

(28) Fundamenta la decisión de la disponibilidad de los bienes jurídicos sobre el principio de ofensividad, ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, B., *op. cit.*, p. 145. Si el Derecho penal no puede inmiscuirse en conductas de ciudadanos que no afecten a terceros, con más razón debe abstenerse de entrar a calificar injerencias consentidas. Estoy de acuerdo con la posición de esta autora, salvo porque me parece que su propuesta es *de lege ferenda*. De hecho ella lo manifiesta en varios lugares de su obra y lo recoge como conclusión (p. 368). Una concepción de los bienes jurídicos individuales como disponibles por el sujeto titular (bien desde una teoría liberal del bien jurídico, o bien desde otra teoría como la que sostiene) no explica que este no es el camino por el que ha optado el legislador que ha decidido tipificar conductas lesivas de determinados valores objetivos, considerados merecedores de tutela penal, al margen de la voluntad del sujeto.

nado modelo de política criminal uno de los principios debe ceder preponderancia al otro. Esto ocurre con la disponibilidad de determinados bienes jurídicos. Para mantener determinado modelo de comportamiento que se ve necesario para proteger el orden social, se pueden llevar a cabo restricciones en el ejercicio de la libertad (de disposición) de algunos sujetos (los titulares de los bienes jurídicos). Estas restricciones por motivos ético-sociales configuran un modelo de política criminal en determinados ámbitos, que determina un modelo de sociedad.

Obviamente esto tiene grandes peligros cuando estas decisiones son extremas(29). Entiendo que las decisiones legislativas basadas en la idea de generar un contexto social determinado son claramente lesivas de la libertad de los sujetos. Por otro lado, las decisiones basadas únicamente en la libertad absoluta de los sujetos, puede llevar a otro contexto social donde se pierda la dimensión social de las conductas y su contenido cultural.

En cualquier caso, el Derecho penal es la *ultima ratio* y habrá que valorar la intervención sobre todo cuando se trata de bienes jurídicos de carácter individual. Aquí cobra aún más relevancia la idea de que el Derecho penal intervenga de manera excepcional cuando se trata de conductas que afectan a bienes jurídicos individuales. Podría decirse que la regla general es que en el caso de los bienes jurídicos individuales, el consentimiento, como manifestación de la voluntad del titular, permite la intervención sobre estos. De manera excepcional, y como manifestación de la dimensión social de algunos (integridad física, integridad moral, etc.) hay restricciones ético-sociales. Estas restricciones sociales suponen un refuerzo a determinados modelos de comportamiento que se ven como necesarios para mantener el orden social (un determinado orden social, que responde a la concepción de seguridad del momento). Podría replicarse que esta concepción obedece a una visión social de los bienes jurídicos, pero la perspectiva absolutamente individualista no es posible *de facto* en un contexto social(30).

---

(29) Sobre los peligros de un paternalismo estatal, MANIACI, G., *op. cit.*, pp. 71-105.

(30) Refleja esta idea la expresión utilizada por MANIACI, G., *op. cit.*, p. 105, «el Derecho a ser dejados en paz y a no ser dejados solos». Esto responde a la idea, aquí sostenida, de que en toda sociedad hay cierta interferencia en la libertad de los sujetos, la cuestión es si esto debe ser algo excepcional, bien fundamentado, o es un modo de actuar ordinario para el Estado. Señala MANIACI (p. 107) que la diferencia con posiciones intervencionistas es que esta interferencia en la libertad prevista por posiciones más liberales es muy limitada. SILVA SÁNCHEZ, J-M., mantiene un intervencionismo moderado, en «Suicidio alemán y «duelo americano»», *InDret* (3), 2018, Editorial, p. 1, sostiene refiriéndose a la punición del suicidio y ante la postura de quienes sostienen que el

Lo individual tiene límites y, obviamente, lo supraindividual (lo social) también.

Estas restricciones ético-sociales generan reglas de comportamiento, y esas reglas son las que marcan la diferencia entre las conductas que están dentro del Derecho penal y las que están fuera. Por tanto, la clave del consentimiento, como capacidad de disponibilidad del bien jurídico por su titular, no está únicamente en la autonomía del individuo, sino en el *binomio autonomía del sujeto y reglas del contexto establecidas por la valoración social*. Para afirmar que existe una habilitación, por parte del titular del bien jurídico, para que un tercero intervenga sobre este bien jurídico tiene que poder afirmarse la existencia de este binomio: autonomía y contexto, que indica la manifestación valorativa nuclear de este instituto del consentimiento.

Ese binomio, que limita el consentimiento, deberá ser tenido en cuenta para dar pautas generales sobre cuándo existe o no. La relevancia y validez del consentimiento dependerá, por supuesto, de la capacidad del sujeto para hacerlo (autonomía, como *conditio sine quae non*), así como del bien jurídico de que se trate y de su valoración social.

Algunos ejemplos pueden ilustrar esta afirmación. No pretendo ser exhaustiva, ni analizar cada uno de estos ejemplos con detalle, solo evidenciar mi planteamiento. Así, el consentimiento en las lesiones es una muestra de la complejidad de la autonomía individual en la disponibilidad de los bienes jurídicos. Determinar cuándo el sujeto puede o no consentir una intervención agresiva en su cuerpo es un tema no exento de polémica. En este sentido hay básicamente dos posturas: por un lado, los que consideran que en este bien jurídico, eminentemente individual, la voluntad del sujeto es fundamental y es, por tanto, absolutamente disponible; y quienes consideran que algunos bienes jurídicos, en concreto, la integridad física, tienen restricciones ético-sociales(31).

Podemos ver y analizar qué ocurre con la relevancia del consentimiento en intervenciones médicas lesivas de la integridad, como la cirugía transexual, la esterilización, o las lesiones aceptadas en prácticas sadomasoquistas. Algo distinto es el caso de la esterilización de incapaces con el consentimiento del tutor, o los supuestos de cirugía

---

Derecho penal debe inhibirse de estos problemas: «(Q)ue el débil necesita la protección del Estado: y sí, a veces necesitamos que se nos ayude frente a nosotros mismos».

(31) Así CEREZO MIR, J., señala para este bien jurídico, que «las lesiones corporales consentidas solo se sancionarán cuando a pesar del consentimiento, se estimen ético-socialmente reprobables», en *op. cit.*, pp. 664-665.

transexual en el caso de menores. ¿Son estos casos semejantes a los de ablación genital con el consentimiento del tutor?(32)

En todos estos casos, lo primero que debería quedar claro es si el sujeto conoce la situación a la que está prestando su consentimiento y no tiene ninguna limitación física o psíquica que le obligue a actuar de esa forma. Sin embargo, a pesar de que ello se constata, en muchos de los supuestos anteriores no podríamos confirmar la relevancia del consentimiento. El propio artículo 155 CP establece la eficacia atenuatoria, en algunos supuestos, del consentimiento en las lesiones, donde el consentimiento no tendría eficacia absoluta frente a la intervención de un tercero sobre el bien jurídico. En otros, no tendría ninguna eficacia, al ser el titular del bien jurídico menor de edad o incapaz y entender que no pueden prestar de manera válida y eficaz su consentimiento. En estos casos, el consentimiento no estaría vinculado a la declaración del titular del bien jurídico, sino de su representante legal. Pero, además, no siempre. En el caso de la ablación, aunque el tutor del menor consienta, su consentimiento no es válido, y no lo es, porque el contexto es valorado negativamente por una sociedad concreta en un momento concreto. No se admite en España (aunque sí lo esté en un modelo social y cultural distinto, como es el de la cultura musulmana). En todos estos casos se percibe que la eficacia del consentimiento no depende únicamente de la voluntad del titular, sino de otros condicionantes de carácter ético-social.

Sin embargo, a pesar de que el consentimiento en las lesiones o no tiene eficacia, o tiene solo eficacia atenuatoria, el artículo 156 CP establece la eficacia absoluta del consentimiento en casos de cirugía transexual, esterilización y trasplante de órganos. Estos tres supuestos son un claro ejemplo de la valoración social de estas conductas relacionadas con el mismo bien jurídico.

No se permite la venta de órganos, pero sí la donación. Que haya transacción económica, o que sea un acto altruista no afecta a la conducta objetiva, ni a la habilitación que hace el titular del bien jurídico, pero sí a su valoración social. No me estoy refiriendo a aquellos supuestos donde el sujeto en una situación semejante al estado de necesidad, ante una situación económica extrema, por ejemplo, acceda a vender alguno de sus órganos, en cuyo caso no existe capacidad para

---

(32) Podríamos pensar en otros casos en los que la doctrina pone en duda la relevancia del consentimiento del titular del bien jurídico, como ocurre en las situaciones de heteropuesta en peligro consentida, donde doctrina y jurisprudencia dicen que no tiene relevancia el consentimiento (infecciones por VIH, por ejemplo). O los supuestos de autopuesta en peligro (no llevar cinturón, casco...).

consentir en sentido estricto. Me refiero a los supuestos donde el sujeto busca un lucro económico y en una valoración coste/beneficio accede a vender, por ejemplo, un riñón. Éste podría ser un buen ejemplo del significado de contexto, restricción ético social.

En todos los casos expuestos el bien jurídico protegido es el mismo, y en todos, partimos de que el sujeto titular del bien jurídico tiene capacidad para consentir (conoce y puede actuar de otra forma), sin embargo, en cada uno la relevancia del consentimiento es distinta. La razón, a mi entender, es que la valoración ético-social de las conductas que afectan al bien jurídico es distinta en cada caso.

El StGB (§ 228 StGB) no sanciona las lesiones con el consentimiento del lesionado si están de acuerdo con las buenas costumbres. Estas «buenas costumbres» responde a la idea que sostengo y recoge, en un fórmula algo arcaica, es verdad, las restricciones ético-sociales, aquello que en cada momento se considera como admisible y aquello que no.

Un caso claro lo ilustra la regulación sobre eutanasia. La relevancia del consentimiento es fundamental para que la conducta no sea típica, mas no sin atender al contexto. Puesto que, ¿cuál resulta ser el núcleo de la cuestión?, ¿que el sujeto quiera morir o que exista contexto eutanásico? La respuesta parece clara: solo cuando se den los dos elementos de manera concurrente, no en el tiempo, sino en el sujeto. Es entonces cuando valoramos la eficacia de tal consentimiento, como jurídico-penalmente válido(33). Sin embargo, otros supuestos de voluntad (incluso expresa) del sujeto sobre su decisión de morir merecen una valoración distinta. Es lo ocurrido en el caso del caníbal de Rotemburgo(34).

---

(33) JAKOBS, G., en su trabajo sobre eutanasia y suicidio, *Suicidio, eutanasia y derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 70, señala que «la ilicitud de la eutanasia, que aquí se preconiza, no depende del capricho individual del solicitante, sino de la razonabilidad objetiva –por supuesto, susceptible de cambio– de su petición; razonabilidad que es controlada por el Derecho». Esta razonabilidad objetiva no tiene que ver con la autonomía del sujeto, sino de cómo se interpreta esta decisión. Será un «capricho individual», por parafrasear a Jakobs, o no, dependiendo de cómo se interprete. Si se entiende, en mi planteamiento, en un contexto intersubjetivo, que la petición es razonable, será lícita la conducta, si no se ve como tal, no. Por tanto, no depende solo de la decisión del autor, sino de cómo se interpreta y valora tal decisión.

(34) Armin Meiwes se comió a Bernd Jürgen Brandes, a quien había conocido por internet. Según el profesor Arthur Kreuzer del instituto de criminología de la Universidad de Gessen, el caso pudo marcar un hito en la historia judicial. «Es un asesinato convenido por víctima y asesino. No creo que pueda considerarse como el peor caso de asesinato premeditado» matizó el profesor. El abogado de Meiwes argumentó que Armin dejó libres a cuatro personas que se habían ofrecido voluntarias para el sacrificio, por las dudas que mostraban y que su víctima dio el pleno consentimiento

En los delitos que afectan a la integridad moral, el debate también existe. Casos como el del lanzamiento de enanos, o el del mendigo que se deja tatuar con un texto infamante, o el de una persona que, a cambio de dinero, se deja someter a tratos denigrantes<sup>(35)</sup>. En estos casos, la discusión no discurre sobre si hubo o no consentimiento, sino si ese consentimiento se entiende o no como relevante. Y esta relevancia radica en si le damos o no validez, no en si creemos que sea una manifestación libre o no lo sea.

Un estudio aparte, por su especial relevancia, merece el consentimiento en los delitos sexuales<sup>(36)</sup>. Cuando se trata de menores, la relevancia del consentimiento se establece socialmente, no se hace un estudio psicológico o psiquiátrico del sujeto implicado. Hay determinadas conductas que no se entienden permitidas socialmente, en cambio otras sí.

Algo parecido ocurre con el patrimonio. Tenemos claro que si existe consentimiento del titular de éste para que otro disponga de él, la conducta no tiene relevancia penal. En estos casos lo protegido penalmente no es la propiedad, sino el derecho a la propiedad y como tal derecho quien puede usarlo es su detentador jurídicamente habilitado. La disponibilidad del derecho a la propiedad es bastante amplia, pero no completa. El Derecho a veces, priva a su propietario de algunas posibilidades de disposición de la cosa. Podríamos decir que el propietario no es siempre y en todo momento libre para disponer de su cosa libremente, está sujeto a los usos del Derecho, como ocurre, como ejemplo, en el supuesto de daño a cosa propia regulado en el artículo 289 del CP.

De los supuestos expuestos a modo de ejemplo, podríamos determinar que el consentimiento convierte algunas de estas conductas en

---

antes de que Armin lo matase. El primer juicio llevado a cabo en enero de 2004, el tribunal de Kassel condena a Meiwes por homicidio a ocho años y medio de prisión. La sentencia es recurrida y en el año 2006 el Tribunal Federal Supremo (BGH), condenó a Meiwes a cadena perpetua por cometer un asesinato agravado (§ 211.2 StGB, que contempla obrar para satisfacer el instinto sexual o por motivos bajos, entre otros supuestos). Ambas sentencias no tuvieron en cuenta el presunto consentimiento de la víctima. [https://elpais.com/internacional/2004/01/30/actualidad/1075417202\\_850215.html](https://elpais.com/internacional/2004/01/30/actualidad/1075417202_850215.html)

(35) Como el caso de los hinchas de fútbol que denigraron a unas personas [https://www.abc.es/espana/madrid/abci-juicio-miercoles-tres-hinchas-humillar-indigentes-pedian-limosna-plaza-mayor-202009111227\\_noticia.html](https://www.abc.es/espana/madrid/abci-juicio-miercoles-tres-hinchas-humillar-indigentes-pedian-limosna-plaza-mayor-202009111227_noticia.html). En este caso no nos preguntamos si esas personas aceptaron o no esa humillación. No la admitimos socialmente, aunque aceptaran verbalmente el trato.

(36) No puedo entrar a estudiar con detalle este elemento en este contexto, por la complejidad del tema, pero tampoco puedo dejar de hacer referencia a él. Un trabajo detallado y profundo sobre esta cuestión en PEREIRA GARMENDIA, M., *op. cit., passim*.

conductas atípicas, bien porque son socialmente admitidas (despliegan por tanto un riesgo que no tiene relevancia penal, por no ser cualitativamente idóneas; riesgo permitido) o bien porque al haber aquiescencia del titular del bien jurídico ni siquiera son objeto material del Derecho penal (aquellas que solo tienen sentido jurídico si hay oposición del titular del bien jurídico, como ocurre con la intimidad domiciliaria o el patrimonio).

Por tanto, entiendo, y estos ejemplos evidencian esta tesis, que el bien jurídico tiene una dimensión social, no solo individual. Es cierto que algunos bienes jurídicos tienen una dimensión social de gran relevancia, y otros, en cambio, no tanto. En estos últimos la autonomía del individuo tiene un campo de acción mucho más amplio que en los supuestos donde la dimensión social del bien jurídico es más evidente. Que predomine la dimensión social o la individual no depende desde luego del individuo. El legislador establece límites, basados en restricciones ético-sociales a la autonomía de la voluntad del titular del bien jurídico. La autonomía de la voluntad del titular del bien jurídico es así condición necesaria para que exista consentimiento, pero no suficiente.

### III. LA PRUEBA DEL CONSENTIMIENTO. CRITERIOS NORMATIVOS PARA SU VALORACIÓN

El legislador penal, utilizando distinta técnica jurídica, prevé el consentimiento del titular del bien jurídico (o afectado por la conducta) como elemento del tipo. A veces, de manera expresa, como elemento normativo del tipo, y de manera positiva, como ocurre en el caso de eutanasia (que exige «petición seria, expresa e inequívoca»), o en las lesiones del artículo 155 (cuando se exige consentimiento válido, libre, espontáneo y expreso), o en el delito de aborto del artículo 145 (el que produzca el aborto de una mujer «con su consentimiento»). O en los delitos patrimoniales, como en el de sustracción de cosa propia del artículo 236 (el que actuando «con el consentimiento de este», el titular).

Otras veces, de manera expresa, pero negativa, «sin su consentimiento» o «contra la voluntad», como en el caso del aborto del artículo 144 («el que produzca el aborto de una mujer sin su consentimiento»), o en el artículo 156 bis, para las donaciones de órganos (sancionando cuando la extracción de órganos se haya realizado «sin el consentimiento libre, informado y expreso del donante»), o la reproducción asistida del artículo 161 («quien practicare reproducción asistida en una mujer, sin su consentimiento), o la trata de

seres humanos del 177 bis, o el uso de terminal de telecomunicación del artículo 256 («sin consentimiento de su titular»). Muy relevante es la exigencia de falta de consentimiento en los delitos sexuales, como el 181 (sin que medie consentimiento), o el supuesto del 183 quáter. O en los delitos de descubrimiento o revelación de secretos del artículo 197, en los que se exige, para afectar a la intimidad de otro, que sea sin su consentimiento; o en el de allanamiento de morada del artículo 202, o el del artículo 203 de allanamiento contra la voluntad de su titular en el domicilio de una persona jurídica, o la sustracción de menores del artículo 225 bis. También exige consentimiento el legislador por la usurpación del artículo 245 (sin autorización o contra la voluntad del titular del inmueble). O en delitos contra la propiedad industrial del artículo 273 (sin consentimiento del titular de una patente) y el 274 (sin el consentimiento del titular de una propiedad industrial registrado) o el artículo 286 (sin consentimiento del prestador de servicios). O el delito del ejercicio profesional del abogado, del artículo 467 cuando éste, sin el consentimiento de su defendido o representado decide defender o representar a otro en el mismo asunto con intereses contrarios, o la inviolabilidad domiciliaria por funcionario público del artículo 534 y el 557 ter.

En otros delitos, aunque no se habla de consentimiento de manera expresa, es consustancial a la valoración del riesgo típico que no puede haber consentimiento, como puede ocurrir en la agresión sexual, o en algunos delitos patrimoniales como el robo violento o intimidatorio. Y en otros delitos, la actuación de la víctima, o del sujeto pasivo, tiene una relevancia fundamental en la creación del riesgo típicamente relevante. En los llamados delitos de relación<sup>(37)</sup> existe una víctima participante. Como la estafa, donde la actuación de la víctima que lleva a cabo el desplazamiento patrimonial es fundamental para que se produzca el delito.

---

(37) HASSEMER, W., *Schutzbedürftigkeit des Opfers und Strafrechtdogmatik*, Duncker&Humblot, Berlín, 1981, pp. 54 y 55, trata de los *Beziehungsdelikten*. Los delitos de relación son aquellos en los que la víctima participa de alguna medida, mientras que los delitos de intervención serían aquellos en los que el tipo delictivo no presupone que la víctima participe, sino que el autor «interviene en» o «accede a» los bienes jurídicos protegidos sin mediación de su titular. Así lo explica con detalle y abundantes referencias bibliográficas, CANCIO MELIÁ, M., *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, 2.ª ed, J. M. Bosch, Barcelona, 2001, p. 239.

En todos estos supuestos el consentimiento, o la falta de consentimiento, es un elemento del tipo penal (expreso o tácito) (38) que habrá que probar, con la singularidad de que es un elemento de carácter psíquico. Saber si el sujeto titular del bien jurídico consiente o no en la afectación a éste, exige ser constatado. A tratar de encontrar criterios que ayuden en esta tarea, voy a dedicar las siguientes páginas.

## 1. **Hacia una teoría de la acción del sujeto que consiente**

### a) EL TITULAR DEL BIEN JURÍDICO COMO SUJETO AGENTE.

En la primera parte de este trabajo he intentado concretar qué entiendo por consentimiento del titular del bien jurídico y cuándo éste tiene relevancia en términos generales. Una vez determinado que en algunas ocasiones el consentimiento del titular permite la intervención sobre su bien jurídico, tendremos que resolver si el consentimiento se ha producido.

El consentimiento, entendido como manifestación de la voluntad del sujeto sobre la disposición de un bien jurídico del que es titular (aceptando o habilitando a un tercero a intervenir), es un elemento de carácter interno, no se puede medir, pero se debe interpretar y valorar. Este es mi punto de partida, el consentimiento del titular del bien jurídico, cuando tiene relevancia para el Derecho penal porque determina la tipicidad o atipicidad de una conducta, debe ser entendido como un elemento normativo (expreso o tácito) del tipo penal. Estoy de acuerdo con Sánchez-Ostiz en que la libertad (y el consentimiento es manifestación de libertad) cuando debe ser probada en un proceso penal, debe ser acreditada y esto no puede hacerse con elementos empíricos, de carácter científico, sino que exige valoración(39). El

---

(38) Sobre si en estos supuestos en los que la descripción típica recoge el consentimiento son casos de atipicidad o antijuridicidad, véase ampliamente LUZÓN PEÑA, D. M., *op. cit.*, pp. 21 y ss; SEGURA GARCÍA, M. J., *op. cit.*, pp. 17-22 y 54 ss. Entiendo, sin entrar de manera detallada sobre esta cuestión, que en la mayoría de los supuestos de los que aquí estoy tratando, el consentimiento del sujeto pasivo actúa como causa de atipicidad de la conducta, al entender que el consentimiento convierte el riesgo de afectación al bien jurídico de que se trate, en socialmente adecuado, o sin relevancia (cualitativa o cuantitativa) penal. Sobre esto, haciendo referencia al consentimiento en concreto en los delitos sexuales, PEREIRA GARMENDIA, M., *op. cit.*, pp. 159-189. Este autor da parámetros para determinar el umbral que separa el riesgo típicamente relevante del socialmente adecuado.

(39) Así lo pone de relieve SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P., en *op.cit.*, p. 4. Señala este autor que «la libertad es de carácter trascendental, en cuanto que queda más allá de la experiencia sensible, pero sin abandonar el ámbito de lo empírico en el que se da. Eso significa que su apreciación se produce en el momento de ejercerse, y

consentimiento del titular del bien jurídico, para que otro afecte en una medida u otra a éste, debe ser valorado por el juez teniendo en cuenta el contexto intersubjetivo, que incluye al titular del bien jurídico, al tercero que afecta al bien jurídico y la naturaleza del bien jurídico de que se trate. Todo ello nos llevará a determinar (no a descubrir) la existencia o no, en el caso concreto y en el momento concreto, del consentimiento por parte del titular del bien jurídico. Ya señaló Hruschka, y ha sido citado reiteradamente, que cualquier elemento espiritual, no se constata y se prueba, sino que se imputa. Es por tanto un juicio adscriptivo, no descriptivo(40). Esto que dice respecto, por ejemplo, al dolo, podría ser aplicado, *mutatis mutandis*, a la idea del consentimiento de la víctima(41). El consentimiento de la víctima sobre el bien jurídico del que es titular como elemento interno que es, no puede probarse ni evidenciarse naturalísticamente y no de manera fiable(42). Este trabajo busca desarrollar, tomando como punto de partida la propuesta de Hruschka, criterios de valoración del consentimiento de la víctima. Ello para tratar de probar la autonomía

---

no tanto cuando teorizamos sobre ella o nos referimos a ella al margen de la concreta acción libre enjuiciada. De aquí parte el problema de referirnos a la libertad en el procedimiento penal, pues de suyo es un acceso *a posteriori* a algo que ya tuvo lugar y además no es empírico».

(40) HRUSCHKA, J., «Sobre la difícil prueba del dolo», en *Imputación y Derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, BdF, Buenos Aires, 2.ª ed., 2009, pp. 195-196.

(41) Roxin, que en otro orden de cosas se ha manifestado como uno de los principales defensores de la idea liberal de bien jurídico, afirmando que el titular del bien jurídico es libre absolutamente para disponer de él, entiende el consentimiento como una categoría jurídica que como tal requiere la reformulación normativa del fenómeno psíquico. Así lo señala ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, B., *op. cit.*, p. 144, que critica que cuando este autor «habla de voluntad, para determinar la ineficacia del consentimiento no se ha de atender a la voluntad real del portador del bien jurídico, a lo que ha sido para él esencial en la concepción del consentimiento, sino que hay que elaborar reglas jurídicas. Pero para calificar una categoría mucho más jurídica, cual es lo que constituye bien jurídico y lo que no, la voluntad del titular resulta determinante».

(42) Como pone de manifiesto FATEH-MOGHADAM, B., «Grenzen des weichen Paternalismus», en *Grenzen des Paternalismus*, Kolhammer, Stuttgart, 2010, p. 27, «no es algo esencialmente dado, medible empíricamente o susceptible de ser diagnosticado psicológicamente, sino que constituye un constructo normativo contingente». En el mismo sentido, PAWLIK, M., «Selbstbestimmtes Sterben: für eine theologische Reduktion del §216 StBGB», en Albrecht et al. (eds.), *Festschrift für Walter Kargl zum 70. Geburtstag*, BWV Berliner Wissenschafts-Verlag, Berlín, 2015, p. 413. Esta idea ha sido desarrollada ampliamente y de manera magistral para el dolo. Sobre esto véase la monografía de Ragués donde se describe una teoría del dolo basada en este planteamiento. RAGUÉS I VALLÈS, R., *El dolo y su prueba en el proceso penal*, J. M. Bosch, Barcelona, 1999, en especial, pp. 357 ss.

del titular del bien jurídico al disponer, y permitir a otro que co-disponga sobre él.

La teoría jurídica del delito supone el desarrollo de una teoría de la acción para el sujeto autor de un hecho delictivo, y para poder imputar con base en la libertad, tenemos criterios en materia de imputación subjetiva y culpabilidad que son útiles para probar la autonomía del autor de un hecho delictivo sobre la creación de un riesgo frente a bienes jurídicos de terceros. Estos criterios, ya muy elaborados y profusamente desarrollados por la doctrina, pueden servir de guía para trazar una teoría normativa de la acción del sujeto que consiente en la afectación al bien jurídico del que es titular, y que pueden ayudar a probar la existencia o no de la autonomía de la voluntad. Esta teoría de la acción del titular del bien jurídico es complementaria a la teoría de la acción del autor del delito.

El titular del bien jurídico es un sujeto agente, que actúa, y requiere, como tal, conocimiento y voluntad. En el caso del agente<sup>(43)</sup> autor de un hecho delictivo diríamos que debe tener dolo (conocimiento del riesgo típicamente relevante que su conducta despliega) y culpabilidad (conocimiento sobre la norma y capacidad para poder actuar de otro modo). En el caso del sujeto titular del bien jurídico, para ser agente, y por tanto emitir un consentimiento válido, debe tener también conocimiento y voluntad. Como he señalado al principio de este trabajo, debe conocer la situación real a la que presta el consentimiento y debe ser capaz de actuar de otro modo. Teniendo en cuenta que la actuación (consentimiento) del titular del bien jurídico (en ocasiones víctima del delito) puede tener consecuencias en la imputación del autor, debemos demostrar que existió una actuación libre por su parte. Tendremos que analizar las situaciones en las que, por una razón u otra, se entiende que el sujeto no tenía libertad para consentir, las situaciones, en definitiva, dónde pueden darse vicios del consentimiento<sup>(44)</sup>.

---

(43) Esta idea del sujeto como agente es desarrollada por SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P., *Víctimas e infractores, cumplidores y héroes. La culpabilidad en clave de imputación*, Reus/BdF, Madrid, 2018, pp. 33-34. Señala expresamente que: «(I)mputamos sobre la base de conocimiento y voluntad, y esto en cualquier acción humana, no solo en las de los infractores, sino también en las de las víctimas...». (p. 97).

(44) Esta idea tiene como referente la obra de ARZT, G., *Willensmängel bei der Einwilligung*, Athenäum, Gotinga, 1970.

## b) LOS VICIOS SOBRE EL CONOCIMIENTO Y SOBRE LA VOLUNTAD

De manera general, se hace referencia a que para afirmar la libertad del sujeto debe tener capacidad y libertad para poder consentir(45). Maniaci(46) establece cuatro condiciones que, cuando se dan, aseguran la autonomía del autor. Estas son: racionalidad y capacidad de discernir, conocimiento de los hechos relevantes, estabilidad (culpabilidad) en el tiempo del consentimiento, libertad suficiente de presiones coercitivas.

Así es, las agresiones a la libertad tienen lugar en dos órdenes, el cognoscitivo y el volitivo(47). En primer lugar, tenemos que poder afirmar que el sujeto conocía la situación fáctica a la que se enfrentaba y el cambio de situación que su consentimiento iba a suponer. Si el sujeto tiene un error sobre los elementos fácticos de la situación, no puede afirmarse que tenga libertad para decidir, en este caso, sobre la disponibilidad de su bien jurídico. Por ejemplo, un sujeto dormido o inconsciente(48), o abordado sorpresivamente, no puede prestar un consentimiento válido porque tiene un desconocimiento o error total sobre la situación.

Puede ocurrir también que el sujeto desconozca, tenga un error, sobre la naturaleza o valoración jurídica del hecho. No entrarían aquí los supuestos de error en los motivos, sino los casos de error sobre la naturaleza jurídica del acto. Este error puede ser provocado por el sujeto infractor, como, por ejemplo, el que cree que el médico está llevando a cabo una acción de exploración física, ajustada a la *lex artis*, cuando no es así y el acto es de naturaleza sexual. El error tam-

---

(45) Sobre esto de manera detallada sobre las distintas posiciones dogmáticas, ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, B., *op. cit.*, pp. 147-178. Entiende esta autora, argumentando de manera negativa, que no existirá consentimiento, y sí, por tanto, vicio del consentimiento, cuando «de no mediar el vicio, el titular no hubiera consentido, independientemente de que se trate de un error, de un engaño o de una coacción» (p. 172). Por su parte, CHANG KCOMT, R., *op. cit.*, pp. 261 y ss., exige para la validez del consentimiento la titularidad del bien jurídico, capacidad para consentir y representación.

(46) MANIACI, G., *op. cit.*, pp. 93-105.

(47) Si a la actuación del agresor, del infractor de la norma, le exigimos que haya mínima capacidad de obrar y de conocimiento, también se puede exigir lo mismo para poder hablar de libertad de la acción del que consiente.

(48) Una problemática especial y concreta es la del consentimiento presunto, sobre todo para supuestos relacionados con tratamientos médicos. Se trata de aquellos casos donde, según CASAS BARQUERO, E., *op. cit.*, p. 103, el titular del bien jurídico afectado por la conducta típica hubiera consentido su realización, de haber tenido conocimiento de los hechos y hubiera podido consentir. También, ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, B., *El consentimiento*, pp. 211-226; CHANG KCOMT, R., *op. cit.*, 313-328; SEGURA GARCÍA, M. J., *op. cit.*, pp. 148-157.

bién puede venir provocado por la naturaleza del propio sujeto que consiente, al no poder comprender, y por tanto, conocer, la naturaleza del acto, tanto de manera permanente (el caso de un sujeto con una grave incapacidad cognitiva) o temporal (como el caso de los menores, o de sujetos que se encuentran bajo la influencia de sustancias estupefacientes o alcohol).

Pero los vicios, además del conocimiento, también pueden ser sobre la voluntad, entendida en sentido más estricto (volición, que en la teoría de la acción del autor del delito situamos en sede de injusto) o más amplio (voluntariedad, que en teoría del delito situamos en sede de culpabilidad). La voluntad de un sujeto se puede doblegar mediante fuerza física. En algunos casos esta fuerza es de tal magnitud «que anula lo básico de la capacidad de acción en quien la padece»(49). En estos casos faltaría el concepto mínimo de libertad, la volición, entendida como capacidad al menos de tener una opción de actuar de otro modo. O los casos de sujeto privado de sentido, donde no hay conocimiento básico y por tanto no hay alternativas de comportamiento.

Pero la voluntad también puede verse compelida de otra manera, en la que puede haber fácticamente capacidad de actuar de otro modo, pero donde la libertad, en cuanto voluntariedad del sujeto, está también compelida. Se puede limitar la libertad del sujeto para decidir actuar de otro modo, porque está sujeto a una violencia física o psicológica. En el primer caso entrarían los supuestos donde el sujeto ve condicionada su libertad por la existencia de coacciones o violencia física. En el segundo, la libertad se ve afectada por intimidación, prevalimiento, abuso, aprovechamiento o amenazas.

En todos los casos donde el sujeto titular del bien jurídico (víctima del delito) se encuentra en una situación de error (sobre los hechos o la naturaleza de estos) o está compelido por violencia (física o psíquica) no puede hablarse de libertad y, por tanto, no puede resolverse que el consentimiento existe(50). En estos casos la aceptación del sujeto

---

(49) SÁNCHEZ-OSTIZ, P., *op. cit.*, p. 17.

(50) Estas limitaciones a la libertad de la víctima son mucho más familiares cuando se trata del sujeto infractor, pues a ello se ha dedicado toda la teoría jurídica del delito. En el caso del infractor la fuerza física irresistible se sitúa en sede de acción penalmente relevante, no habría siquiera volición. Cuando se trata de una fuerza psíquica se tendría en cuenta en sede de culpabilidad (por ejemplo, como miedo insuperable) o como coerción psicológica (intimidación). Si desconoce la situación fáctica o tiene un error de tipo, se analizaría desde los parámetros de la tipicidad o si desconoce la propia antijuridicidad de la conducta (desde la culpabilidad). Esta distinción de cuatro formas de agredir o atacar la libertad del agente según sea al conocimiento (error o fraude) o a la voluntad (fuerza física o fuerza moral), y al mismo tiempo, sobre qué recaiga, sobre datos fácticos (fuerza física y error sobre datos fácticos) o valorativos

pasivo no es válida, porque no es tal. Diríamos de una manera más llana y clara que no era libre y que, por tanto, su consentimiento no puede ser considerado válido y habilitante a la intervención de un tercero.

Es cierto que el problema, como siempre, se plantea en las zonas grises. Los casos extremos, donde la fuerza o el error muestran de manera manifiesta y evidente que no hay margen de actuación del sujeto, no ofrecen tantos problemas. Más difíciles son aquellos casos en los que, al existir posibilidades fácticas de obrar de otro modo, no queda claro si la víctima tuvo o no capacidad para consentir, si pudo o no negarse a la intervención del otro sobre su bien jurídico. Sobre esta cuestión trataremos en el siguiente epígrafe.

Todos estos elementos para determinar si existe o no libertad de consentir pueden reducirse a dos presupuestos: que el sujeto deba *conocer* los hechos relevantes de la situación fáctica y el cambio de situación que su consentimiento va a suponer y su *capacidad* para hacerlo. Este es el planteamiento propuesto desde las primeras páginas de este trabajo: que el titular del bien jurídico consiente cuando tiene libertad para hacerlo en el sentido de que conoce la situación y tiene capacidad (fáctica y moral) para prestar el consentimiento.

## 2. La prueba del consentimiento

En el apartado anterior hemos determinado los supuestos en que se entiende, de manera general, que no hay consentimiento: aquellos casos en los que el sujeto titular del bien jurídico está en una situación de error o violencia.

El consentimiento supone la exteriorización de la voluntad del sujeto y la voluntad, que es manifestación de la autonomía, debe ser libre. Si es libre se entiende que lo que el sujeto manifiesta externamente es lo mismo que quiere en su fuero interno. Algunos autores entienden que la exigencia de exteriorización es irrelevante(51). Entiendo que no hay otro modo de analizar la existencia de consenti-

---

(fuerza moral y fraude) es de SÁNCHEZ-OSTIZ, P., *op. cit.*, pp. 17 ss., y 30-33. Este autor aplica estas formas de pervertir la libertad, tanto al infractor como a la víctima.

(51) Así lo expresa ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, B., *op. cit.*, pp. 193-194, al afirmar que el Derecho penal sí que castiga por lo perseguido por el autor en su fuero interno. No estoy de acuerdo con esta afirmación, aunque podría estarlo si matizáramos los conceptos. Esta autora sostiene que en el momento en que se acepta el consentimiento presunto o hipotético estamos aceptando que no se requieren manifestaciones externas del consentimiento. No es lo mismo externo que expreso. El consentimiento presunto también es externo, porque si el sujeto no impide algo esa omisión de impedir es externa, aunque ciertamente, no expresa.

miento sino cuando se haya exteriorizado, que no significa que sea expreso, ni verbal, puesto que el consentimiento externo es una actitud o una expresión(52). No hay forma de saber qué piensa el sujeto, es imposible. Podemos inferir qué piensa a través de qué hace, dice, o de qué no hace, o no dice. En el juicio de imputación subjetiva, en concreto en el dolo, pero también en sede de culpabilidad, hacemos valoraciones de los comportamientos externos del sujeto, intentando dar sentido a aquello que el sujeto, con sus peculiares características, ha hecho y a cómo lo ha hecho. Es cierto que con nuestras acciones expresamos emociones, intereses, intenciones, pero qué piensa el sujeto solo lo sabe él. En los juicios de imputación hay que valorar, con criterios basados en datos empíricos, y en el aprendizaje cotidiano, en la experiencia de vida, en definitiva, aquello que se traduce de los hechos. Efectivamente, el juez debe traducir al idioma del contexto intersubjetivo, qué significan los hechos del sujeto(53). Si este argumento de valoración sirve para la imputación de la actuación dolosa a un sujeto, debe servir para interpretar la otra cara de la moneda, la que permite entender, en su caso, si existió o no un riesgo típicamente relevante.

Ahora bien, el problema es cómo probar, cómo demostrar, la voluntad del sujeto para poder afirmar, como corolario, que consentía.

Puede afirmarse que el hecho de que exista un consentimiento expreso y externo no tiene por qué significar que se está consintiendo a la conducta del otro sujeto. Un consentimiento prestado por un sujeto incapaz, o menor, o por una víctima en situación de intimidación, o de miedo, o en estado de engaño, no tiene validez. La verbalización de un sí, o un ¡quiero!, no tienen por qué significar el

---

(52) Utilizo esta alternativa parafraseando a WESTEN, P., *The Logic of Consent. The Diversity and Deceptiveness of Consent as a Defense to Criminal Conduct*, Routledge, New York, 2004, pp. 139 ss. Señala este autor a Feinberg como el más representativo de la idea de que el consentimiento afirmativo es un acto expresivo. Entre las expresiones objetivas de aquiescencia y la aquiescencia como un estado subjetivo mental solo las expresiones tienen poder legal para exculpar a las personas de un delito (p. 141).

(53) Es más, a veces, en el lenguaje cotidiano corregimos, reinterpretamos, la psique del sujeto. Cuántas veces hemos oído al sujeto condenado por actos de violencia de género, que quiere, que ama, a su mujer, a su pareja. Y sin embargo decimos: eso no es querer. Cómo se va a querer a quien se maltrata, a quien se humilla o se veja. La sentencia popular dice: «Obras son amores, y no buenas razones». Da igual qué se diga, aunque sea cierto el sentimiento, si lo expresado con actos externos, contradice el sentimiento. Como muy bien expresa la frase atribuida a René Descartes: «Para conocer lo que verdaderamente piensa alguien, observa lo que hace, no lo que dice».

consentimiento a la situación(54). Volvemos a lo dicho anteriormente. No es un problema de prueba empírica, de arqueología penal. Es más, la existencia a veces de realidades fácticas, puede confundir, si nos quedamos en la idea de que la víctima claramente (lo podemos tener grabado incluso) dijo que sí. No es un problema ontológico, científico, sino que es una cuestión normativa, jurídica. Dijo Hruschka refiriéndose al dolo, que no se descubre, sino que se infiere, y a partir de ahí, se imputa. Creo que lo mismo podría decirse para otro elemento interno, el consentimiento.

Sería muy ingenuo pensar que la solución para determinar si hubo o no consentimiento por parte del titular del bien jurídico, para que éste se viera afectado, es exigir que se exteriorice el consentimiento, porque éste se exterioriza, claro que sí, pero no necesariamente de manera verbal. Obviamente, las circunstancias importan. Teniendo en cuenta que ni el conocimiento ni la voluntad son accesibles a los sentidos, está claro que hay que dar criterios de atribución normativa(55)

En algunas ocasiones aquello que se dice, responde a lo que se percibe que se conoce y se quiere. Podría decirse, haciendo un paralelismo con el dolo, que esta valoración respondería a la idea del dolo de primer grado. Son ocasiones en que lo que se infiere de manera intersubjetiva, por los actos y circunstancias concomitantes al hecho, que el sujeto quiere, responde a aquello que el sujeto ha manifestado que quería. Son los casos donde todo encaja: la aceptación se muestra como evidente, porque se infiere que conoce y se infiere que quiere. Supuestos en los que la víctima manifiesta expresamente su consentimiento y las circunstancias (valoradas intersubjetivamente por el juez, por quién si no), encajan, se ajustan con lo que la víctima ha expresado.

Pero en otros casos no es así. Y aunque la víctima exprese verbalmente su asentimiento, su aceptación a la afectación por un tercero del bien jurídico, la valoración intersubjetiva (otra vez) difiere de esa comunicación, de ese asentimiento o de esa tolerancia(56). Son casos

---

(54) En un sentido contrario, adoptando una idea subjetivista, buscando un concepto ontológico del consentimiento, con abundante bibliografía en esta línea, WERTHEIMER, A., *Consent to sexual relations*, Cambridge University Press, New York, 2003, pp. 144-162.

(55) RAGUÉS I VALLÈS, R., *op. cit.*, p. 275. Hay que aceptar, señala este autor, y estoy de acuerdo con ello, que cualquier objetivización implica un cierto alejamiento de la auténtica realidad subjetiva del acusado, que puede dar lugar a algunos supuestos de error (p. 304). Cuestión distinta será determinar la relevancia del error, puesto que no todos los errores del sujeto tienen relevancia jurídica.

(56) PEREIRA GARMENDIA, M., *op. cit.*, pp. 159-189, y para los delitos sexuales, explica esta relevancia del contexto y de la valoración intersubjetiva, en términos

donde según criterios valorativos puede pensarse que la víctima en realidad está en error, o está siendo violentada. El contexto puede valorarse como coercitivo de la voluntad de la víctima, incluso aunque la víctima no lo identifique como tal, por estar, efectivamente en error (por engaño, o ignorancia absoluta) o violentada, constreñida su voluntad, aunque la víctima no lo perciba por encontrarse en una situación confusa. A veces la víctima puede no tener una idea real y completa de su situación por diversas razones, por su propia idiosincrasia, o por su educación o entorno cultural, por ejemplo. En estos casos, aunque verbalmente, por ejemplo, la víctima asienta, no puede considerarse que exista autonomía en sentido estricto para acceder o permitir de manera totalmente libre a un tercero que intervenga sobre el bien jurídico. No puede hablarse de consentimiento en el sentido requerido para afirmar que existe el elemento normativo del tipo penal.

Y, por último, puede haber casos donde el sujeto titular del bien jurídico expresamente no consiente y, sin embargo, por las circunstancias concomitantes, anteriores y posteriores al hecho, la valoración intersubjetiva alcance a afirmar que el sujeto titular del bien jurídico conocía la situación y podía haber actuado de otro modo, podía haber dicho sí, porque no había nada en el contexto (ni violencia ni error) que se interprete como causa condicionante de la voluntad del titular del bien jurídico. No hay nada que pueda probarse, que le limitara o restringiera a decir no.

El consentimiento no es un estado psicológico, sino que es una construcción normativa, que obviamente no es, ni debe ser, ajena a su correspondencia con elementos fácticos, de la realidad<sup>(57)</sup>, esto es, de la valoración del bien jurídico y de las circunstancias concretas. Cuando existe, por ejemplo, presión en la víctima o en el titular del interés o bien jurídico, habrá que valorarla como se hace para otros elementos de la teoría jurídica del delito (como por ejemplo, en sede

---

del riesgo típicamente relevante que crea la conducta del sujeto que interviene sobre el bien jurídico. Así, señala que «si se acredita la existencia de una situación tal, que la mayoría de las mujeres (o la mujer media, como parámetro normativo) no consentiría en mantener/realizar/permitir que se realice sobre su cuerpo dicho acto de naturaleza sexual, bien sea ello porque el acto le resulta vejatorio, o porque la cosifica, o le rebaja a la condición de objeto, o que no la habilita a escoger el modo en que se desarrollará su rol (dentro de la actividad sexual), entonces habrá que valorarse que no hubo consentimiento», (p. 177), esto es, se entenderá que quien interviene sobre el bien jurídico crea un riesgo con relevancia penal.

(57) Como bien explica SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P., *op. cit.*, hay que distinguir el juicio que se emite de la realidad y la misma realidad. «Intentar comprobar la verdad de los juicios del entendimiento práctico por su correspondencia con objetos del mundo exterior es una pretensión abocada al fracaso» (p. 2).

de inexigibilidad de otra conducta). Se ha desarrollado una dogmática extensa sobre qué se entiende por tal, dando criterios que permiten delimitar conductas en las que la no realización de la conducta podría entenderse como supererogatoria y las que se entienden como exigible. Estos criterios podrían utilizarse, *mutantibus mutandi*, para la prueba del consentimiento. Determinar con criterios lógico-objetivos si al titular del bien jurídico le era exigible o no, en términos sociales, resistirse a la intervención de otro sobre su bien jurídico. En estos casos se podrían utilizar las reglas de imputación que se han llevado a cabo para determinar si se puede reprochar a un agente (en términos de culpabilidad) una conducta delictiva en una situación, que pudiéramos denominar, extrema. Los criterios de exigibilidad o no de su actuación. Esta valoración se hace teniendo en cuenta la situación del autor del hecho típico, pero haciendo una imputación en términos intersubjetivos (se valora socialmente que, en la situación del autor, es normal haber actuado como lo hizo).

Esta idea de utilizar criterios ya existentes en la dogmática penal para interpretar otros que no están tan normativizados, responde además a la idea rectora de que la imputación penal forma parte de un sistema que debe tener coherencia lógico-sistemática. Utilizar el canon sistemático en serio, armonizando los criterios de imputación penal en términos semejantes, aunque no idénticos.

Es el juez quien debe hacer la valoración intersubjetiva y para ello deberá tener en cuenta fundamentalmente tres aspectos. Por un lado, el sujeto concreto titular del bien jurídico, su conocimiento de la situación y su capacidad de actuar libremente. Para esto habrá que analizar sus circunstancias personales: edad, estado psicológico, conocimiento real de la situación. Por otro lado, el contexto situacional(58). Cuál es su situación económica, el entorno, escenario de la situación. Y, por último, a qué bien jurídico afecta el consentimiento. La valoración dependerá del bien jurídico del que se trate y de las restricciones ético-sociales que lleve consigo. No se es igual de permisivo con el consentimiento sobre la libertad sexual(59), que sobre la intimidad domiciliaria, por ejemplo, o que sobre el honor o el patrimonio. Todos

---

(58) «Los hechos externos y las circunstancias externas del caso aportan la base que, excluyendo toda arbitrariedad, fundamenta la imputación de un dolo que, considerado en sí mismo, ha dejado de ser un hecho», HRUSCHKA, J., *op. cit.*, p. 195. Creo que esta afirmación es válida para entender algunos supuestos de consentimiento.

(59) Y dentro de los delitos sexuales, tampoco es lo mismo el contexto de dos personas que acaban de conocerse, que el de un matrimonio que lleva casado 25 años. También son indicadores a tener en cuenta, la diferencia de edad, si hay relación jerárquica laboral...

estos elementos permiten al juez inferir de una manera objetiva si hubo o no consentimiento.

Es cierto que hay un riesgo en valorar la actuación de un sujeto, imputando un conocimiento o una voluntad determinada de forma adscriptiva, no descriptiva, pero también lo hay cuando se pretende interpretar con criterios empíricos la realidad subjetiva del agente(60).

### 3. Un último apunte: la relevancia del consentimiento del sujeto titular del bien jurídico en el sujeto activo del delito

Hay algo propio y exclusivo del consentimiento y es que es bilateral, vincula a dos personas. Entender que la víctima tuvo libertad para consentir en que otro interviniera sobre su bien jurídico afectándolo, exonera de responsabilidad al autor. Cuando hablamos, en cambio, de la libertad del infractor, afirmando que su conducta era típicamente antijurídica y que es culpable, solo afecta al sujeto en quien concurre.

El consentimiento supone un acto de comunicación. Indefectiblemente hay que analizar la relevancia que el consentimiento (o la ausencia de éste) tiene para el sujeto que afecta o interviene sobre el bien jurídico de otro(61). Las situaciones menos problemáticas, las que se encuentran en los extremos claros de la discusión, donde el consentimiento o la falta de consentimiento son evidentes (por ejemplo, porque el titular del bien jurídico ha expresado verbalmente un sí o un no a la actuación del otro, y los actos externos van en la misma dirección), no plantean mayores problemas. La otra parte debe tener claro el punto de partida.

Sin embargo, el problema se plantea en la zona en penumbra. Si no hay un concepto claro sobre qué es el consentimiento y cuáles son sus presupuestos, tendríamos que convenir que el tercero que interviene sobre el bien jurídico puede no tener claro tampoco si existe o no consentimiento por parte del titular del bien jurídico.

La posibilidad de existencia de errores en el sujeto que interviene en la intromisión de un bien jurídico no es un tema menor y merece ser analizado con detenimiento. Este aspecto sobrepasa lo que este trabajo pretende, pero quiero hacer al menos una aproximación al tema.

No es difícil imaginar supuestos donde el tercero tiene un error sobre si el titular consiente en su intervención sobre el bien jurídico.

(60) Pone de manifiesto este peligro de manera clara y evidente RAGUÉS I VALLÈS, R., *op. cit.*, p. 342.

(61) Ya hemos visto antes que un error fáctico o jurídico en el titular del bien jurídico supondría que no existe consentimiento válido.

Cree, por ejemplo, que al dejar sobre la mesa una cantidad de dinero, después de explicarle sus problemas económicos, le está habilitando a que lo tome, aunque no expresamente. Podría entender este sujeto de nuestro ejemplo, que el que deja el dinero lo hace de este modo para no avergonzarle. Sin embargo, la realidad es que el dinero ha sido olvidado por su titular. Este es un caso, entiendo que bastante claro, de un error que debe tener relevancia penal. El error sobre si el titular del bien jurídico consintió o no (que puede generarse en la esfera subjetiva de éste) afecta a la imputación objetiva del infractor de la norma, a la afirmación o no de la creación de un riesgo típicamente relevante. Cuestión distinta será si el error deberá valorarse como vencible, invencible o burdo, y la relevancia penológica de cada uno, pero esta valoración deberá hacerse desde una perspectiva intersubjetiva, interpretando, de manera normativa y valorativa, la actuación del sujeto.

Si la valoración del consentimiento debe hacerse, según he sostenido aquí, desde un punto de vista intersubjetivo, la actuación del sujeto que actúa mediando este consentimiento también debe ser valorada de la misma manera. El error en el sujeto que interviene sobre el bien jurídico del que otro es titular deberá valorarse desde parámetros normativos, no fácticos, estableciéndose desde una perspectiva intersubjetiva si ese error es creíble o no y debe, por tanto, ser o no tenido en cuenta en la valoración jurídico penal del hecho. Cuál deba ser esa valoración, es un problema distinto.

#### IV. ALGUNAS REFLEXIONES FINALES

Aquí se ha sostenido la necesidad de una valoración objetiva (normativa) del consentimiento, obviamente atendiendo a los parámetros concretos del caso, sin embargo, me atrevo a afirmar que no es esta la línea que está siguiendo el legislador penal español en algunos casos. Por ejemplo, en sus últimas propuestas en materia de delitos sexuales, ahora en fase de aprobación parlamentaria, se desprende otra tendencia(62). Puede vislumbrarse una línea reconocible en otras legislacio-

---

(62) En un primer momento, el Proyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual estableció un concepto de consentimiento claramente restrictivo y, por ello, criticado desde diversos sectores. El modelo, conocido como el del solo sí es sí, establecía que «se entenderá que no existe consentimiento cuando la víctima no haya manifestado libremente por actos exteriores, concluyentes e inequívocos conforme a las circunstancias concurrentes, su voluntad expresa de participar en el acto». Sin embargo el texto que aprobó el Consejo de Ministros el 6 de julio de 2021, cuenta con una nueva definición de consentimiento «en positivo», tras los informes del Con-

nes como la británica(63), donde se plantea una presunción inicial: la de que salvo que la víctima de manera expresa, clara e indubitada manifieste que consiente en la relación sexual, se presume que el consentimiento no ha existido. Para llegar a este punto hay que partir de una determinada concepción de las relaciones sexuales. Si se parte de que las relaciones sexuales entre hombre y mujer (este enfoque hace referencia especialmente a parejas heterosexuales) no son, *ab initio*, simétricas, porque se considera que hay un sistema patriarcal que genera una dominación de la mujer y por tanto se presume un no consentimiento de la mujer y eso significa que el Estado debe protegerla. Por tanto, el hombre debería esperar al consentimiento afirmativo, inequívoco de la mujer(64). En cambio si se libera el sexo de cualquier consideración social y se vincula con el puro goce, se podría partir de un consentimiento mucho menos rígido, donde cualquier manifestación de aquiescencia con esa conducta, sería válida(65).

Desde este planteamiento, el consentimiento se debe exteriorizar y publicitar indubitadamente, porque si no es así, se entenderá que no existe. Esto obviamente plantea problemas, por varias razones. En primer lugar, porque el ser humano no siempre actúa así. La teoría del consentimiento afirmativo parte de una concepción que en muchos casos será así, pero no siempre. Y, en segundo lugar, porque según lo aquí sostenido, a pesar de que la víctima diga sí de manera expresa, esto no suprime un análisis detallado de las circunstancias en que dijo que sí. Es decir, siempre habrá que considerar y valorar el hecho en su integridad y sentido no solo individual, sino también social. Pero lo mismo puede decirse de un sistema legal en el que se establezca la exigencia de un consentimiento negativo expreso. Puede ser un indicador muy relevante que la víctima haya dicho no, pero no puede ser concluyente sin revisar las circunstancias del hecho.

A mi parecer, la tendencia actual, en los delitos sexuales, es poco liberal. Preexiste una idea, una concepción de cómo se entiende el

---

sejo General del Poder Judicial y el Consejo de Estado. El artículo 178 dice que: «Será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, como responsable de agresión sexual, el que realice cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento. Sólo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona».

(63) PEREIRA GARMENDIA, M., *op. cit.*, pp. 81-111.

(64) ASÍ, MALÓN MARCO, A., *La doctrina del consentimiento afirmativo. Origen, sentido y controversias en el ámbito anglosajón*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2020, pp. 194-195.

(65) Desarrolla esta idea con abundante bibliografía de posiciones feministas pro-sexo, MALÓN MARCO, A., *op. cit.*, pp. 195-198.

sexo entre hombre y mujer y se parte de una presunción de la actitud abusiva del hombre. Plantear las relaciones sexuales como una manifestación de fuerza y poder de una parte a la otra, perpetúa a mi modo de ver, unos estereotipos que las mujeres hemos luchado durante muchos siglos por eliminar(66). Las ideas generalistas de que todos los hombres reiteran comportamientos patriarcales y dominantes, y todas las mujeres pueden ser engañadas y violentadas, no favorece la indispensable, absoluta e innegable igualdad entre hombres y mujeres.

Que el Derecho penal se haga eco de una determinada moral tiene sus peligros, como dice Silva Sánchez(67), que el Derecho penal se convierta en el configurador de la moral social no está exento de riesgos, porque su función no es hacer pedagogía, sino hacer posible la convivencia social, sancionando las conductas más gravemente anti-sociales. No soy una ilusa, y parto de que el Derecho penal tiene algo de configurador de la moral social, pero normalmente suele ocurrir a la inversa; responde a las nuevas configuraciones y realidades sociales (no pretender cambiar la moral social desde el Derecho penal). El legislador penal hace algo que ya ha sido puesto de manifiesto en muchas ocasiones con recelo, advirtiendo del peligro que esto supone: establecer un modelo de sociedad. Si el trabajo del legislador debe recoger un modelo social o debe definirlo es algo que no está tan claro. Lo que sí que parece claro es que el Código penal debe ser acorde con aquello que la realidad social refleja, porque si no es así, la función intimidatoria del Derecho penal no tendrá ninguna eficacia.

La tipificación de determinadas conductas responde a veces a nuevos intereses que consideramos merecedores de protección social, de conductas que nos parecen intolerables... La «tolerancia cero» del legislador penal ante determinadas actuaciones de carácter subjetivo responde a una sensibilidad social. Por eso entiendo, que las consideraciones sociales, que las reglas que marcan el contexto, son mudables, temporales y están sometidas a restricciones ético-sociales. Cuestión distinta será el modelo de sociedad que proyecta una determinada regulación con espacios permitidos de lesión a la vida cada vez mayores, y, en cambio, cada vez más restringidos en otros bienes jurídicos como la libertad sexual(68).

---

(66) En un sentido similar, PAGLIA, C., *Sexual personae. Arte y decadencia desde Nefertiti a Emily Dickinson*, Deusto, Barcelona, 2020, pp. 67 ss.

(67) Esta idea del Derecho penal como configurador de la moral social en SILVA SÁNCHEZ, J. M., *op. cit.*, (2011), pp. 58-59.

(68) Estableciendo, como hemos señalado en otro lugar, presunciones absolutas en algunos supuestos. Algo importante en materia de libertad sexual. Ya he dicho

Todo lo dicho anteriormente hace pensar que es necesario crear una dogmática del consentimiento. La doctrina y la jurisprudencia no han tenido ningún problema para hacerlo con el dolo, o con la culpabilidad, cuando además, no lo olvidemos, el dolo permite imputar un hecho delictivo a un sujeto, mientras que el consentimiento no afecta al sujeto que lo presta o que no lo da, sino a un tercero. La sistematización de criterios para establecer, de manera paralela a los elementos subjetivos de la teoría jurídica del delito, cuándo existe o no consentimiento otorga seguridad jurídica en general y, en particular, y de manera especialmente importante, al receptor o destinatario del consentimiento. Este esfuerzo por dar criterios, evidencia y deja patente, que el consentimiento, como el dolo, como cualquier elemento subjetivo, no se puede descubrir empíricamente, no puede encontrarse, debe imputarse. Es por tanto, algo jurídico, normativo. Empeñarnos en que es un elemento fáctico, ontológico que hay que intentar averiguar con medios empíricos, puede llevar a una incomprensión de este fenómeno y dar lugar a situaciones injustas.

En definitiva, se pone de manifiesto que el consentimiento es una construcción normativa contingente<sup>(69)</sup>, pero en la que los criterios de imputación deben estar claros. Que el legislador tome partido por

---

en otro momento que ningún bien jurídico tiene una naturaleza absolutamente individual. Todos, aunque es cierto, que unos más que otros, tienen una dimensión social, se proyectan hacia afuera afectando al resto de ciudadanos, de una forma u otra. Durante años se criticó que el bien jurídico libertad sexual tuviera esa dimensión social. Por eso se consideró un gran acierto el cambio de rúbrica llevado a cabo por la LO 3/1989 del Título IX, que pasa de ser «de los delitos contra la honestidad» a «los delitos contra la libertad sexual», destacando la titularidad individual del bien jurídico libertad sexual. Así, ACALE SÁNCHEZ, M., «El consentimiento de la víctima: piedra angular de los delitos sexuales», en *Estudios jurídicos en memoria de la Profesora Doctora Elena Górriz Royo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 37, señala como este cambio supone que se despoje de los aspectos colectivos que significaban la moral y nuevas costumbres. Mi pregunta es si ese proyectado cambio en la regulación de los delitos sexuales, en la Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual, no lleva a cabo una nueva valoración del bien jurídico libertad sexual, alejándolo de la idea de titularidad individual y dejando en manos del legislador la determinación de la autonomía del titular del bien jurídico. Esta autora señala esta situación cuando trata los delitos contra la libertad sexual de menores, donde entiende que se abandona el concepto de libertad sexual por el de indemnidad, para llegar a proteger simplemente la infancia (p. 38).

Queda claro que la relevancia de la autonomía del titular del bien jurídico, manifestada en el consentimiento, no es la misma en todos los delitos: no es igual, en los delitos sexuales, que en la eutanasia, o el consentimiento en las lesiones (así lo señala también ACALE SÁNCHEZ, M., *op. cit.*, p. 58).

(69) Por cierto, como son las construcciones normativas. Así lo señala, aunque lo hace en referencia al concepto de autonomía, FATEH-MOGHADAM, B., en *op. cit.*, p. 27.

un determinado modelo social de comportamiento, tiene sus riesgos, jurídicos y sociales. Pero esto ya lo sabemos...

## V. BIBLIOGRAFÍA

- ACALE SÁNCHEZ, M., «El consentimiento de la víctima: piedra angular de los delitos sexuales», en *Estudios jurídicos en memoria de la Profesora Doctora Elena Górriz Royo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- ARENALDI, J., «El consentimiento en materia penal», *Política Criminal*, núm. 1, 2006.
- ARZT, G., *Willensmängel bei der Einwilligung*, Athenäum, Gotinga, 1970.
- BACIGALUPO ZAPATER, E., «El consentimiento en los delitos contra la vida y la integridad física», en *Jornadas de estudio sobre la nueva reforma del Código penal, Poder judicial*, núm. 12, 1990.
- *Principios de Derecho penal español*, 4.<sup>a</sup> ed., Akal, Madrid, 1998.
- CANCO MELIÁ, M., *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, 2.<sup>a</sup> ed, J. M. Bosch, Barcelona, 2001.
- CASAS BARQUERO, E., *El consentimiento en el Derecho penal*, Universidad de Córdoba, Córdoba, 1987.
- CEREZO MIR, J., *Derecho penal: Parte general*, BdF, Montevideo/Buenos Aires, 2008.
- CHANG KCOMT, R., *El consentimiento en el Derecho penal. Análisis dogmático*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- DE LA MATA BARRANCO, M./DE LA MATA BARRANCO, I., «La figura de la autorización en la lesión de bienes jurídico-penales de carácter supra individual», *Dogmática y ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, tomo I, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004.
- ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, B., *El consentimiento en Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- FATEH-MOGHADAM, B., «Grenzen des weichen Paternalismus», en *Grenzen des Paternalismus*, Kolhammer, Stuttgart, 2010.
- FEINBERG, J., *The moral Limits of de Criminal Law. Harm to Self*, Oxford University Press, New York, 1986.
- GEERDS, F. «Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafrecht», *GA* 1954.
- HASSEMER, W., *Schutzbedürftigkeit des Opfers und Strafrechtsdogmatik*, Duncker&Humblot, Berlín, 1981.
- HRUSCHKA, J., «Sobre la difícil prueba del dolo», en *Imputación y Derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, BdF, Buenos Aires, 2.<sup>a</sup> ed., 2009.
- JAKOBS, G., *Suicidio, eutanasia y derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

- KAUFMANN, A., «Fundamento del deber jurídico y delimitación de la tipicidad», *ADPCP*, t. 37, 1, 1984.
- KIENTZY, D., *Der Mangel am Straftatbestand infolge Einwilligung des Rechtsgutsträgers. Auf Grund einer kritischen Betrachtung der Differenzierung in Einwilligung und Einverständnis*, J. C. B. Mohr, Tübinga, 1970.
- LASCURÁIN SÁNCHEZ, J. A., «Bien jurídico y legitimidad de la intervención penal», en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 22, núm. 2.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *El consentimiento en el Derecho penal*, Dykinson, Madrid, 1999.
- LUZÓN PEÑA, D. M., «Causas de atipicidad y causas de justificación», en Luzón Peña, D. M./Mir Puig, S., (coords.), *Causas de justificación y de atipicidad en Derecho penal*, Aranzadi, Pamplona, 1995.
- MALÓN MARCO, A., *La doctrina del consentimiento afirmativo. Origen, sentido y controversias en el ámbito anglosajón*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2020.
- MANIACI, G., *Contra el paternalismo jurídico*, Marcial Pons, Madrid, 2020.
- MAURACH R./ZIPF H., *Derecho penal. Parte general*, t. 1, Astrea, Buenos Aires, 1994.
- PAGLIA, C., *Sexual personae. Arte y decadencia desde Nefertiti a Emily Dickinson*, Deusto, Barcelona, 2020.
- PAWLIK, M., *Das Unrecht des Bürgers*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2012.
- «Selbstbestimmtes Sterben: für eine theologische Reduktion del §216 StBGB», en Albrecht et al. (eds.), *Festschrift für Walter Kargl zum 70. Geburtstag*, BWV Berliner Wissenschafts-Verlag, Berlín, 2015.
- PEREIRA GARMENDIA, M., *Buscando un consenso sobre el consentimiento en los delitos sexuales. Un enfoque desde la evolución de la legislación británica y un aviso a navegantes (o a legisladores ociosos)*, Reus/BdF, Madrid, 2021.
- RAGUÉS I VALLÈS, R., *El dolo y su prueba en el proceso penal*, J. M. Bosch, Barcelona, 1999.
- RÍOS ARENALDI, J., «El consentimiento en materia penal», *Política Criminal*, núm. 1, 2006.
- ROXIN, K., «Über die Einwilligung im Strafrecht», en *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, t. III, en Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Universidad de Coimbra, Coimbra, 1984.
- *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, t. I, 4.<sup>a</sup> ed., C. H. Beck, Múnich, 2006.
- SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P., *Fundamentos de Política criminal. Un retorno a los principios*, Marcial Pons, Madrid, 2012.
- *Víctimas e infractores, cumplidores y héroes. La culpabilidad en clave de imputación*, Reus/BdF, Madrid, 2018.
- «Lo normativo y lo fáctico», en García Caverro, P./Chinguel Rivera, A., *Derecho penal y persona. Libro Homenaje al Prof. Dr. H. C. Mult. Jesús María Silva Sánchez*, Ideas Solución Editorial, Lima, 2019.
- SEGURA GARCÍA, M. J., *El consentimiento del titular del bien jurídico en Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000

- SILVA SÁNCHEZ, J-M., *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, 3.<sup>a</sup> ed. ampliada, BdF, Madrid, 2011.
- «Suicidio alemán y “duelo americano”», *InDret* (3), 2018, Editorial.
- WERTHEIMER, A., *Consent to sexual relations*, Cambridge University Press, New York, 2003.
- WESTEN, P., *The Logic of Consent. The Diversity and Deceptiveness of Consent as a Defense to Criminal Conduct*, Routledge, New York, 2004.
- ZIPF, H., *Einwilligung und Risikoübernahme im Strafrecht*, Luchterhand, Neuwied/Berlín, 1970.

