



universidad
de león

Grado en Derecho
Facultad de Derecho
Curso 2017/2018

RELEVANCIA JURÍDICO-PENAL DEL CONSENTIMIENTO

(Criminal-Legal Relevance Of Consent)

Realizado por el alumno D. Enrique Devesa Pérez

Tutorizado por la Profesora Dra. Dña. María A. Trapero Barreales

ÍNDICE

ÍNDICE DE ABREVIATURAS	3
RESUMEN	6
OBJETO DEL TRABAJO	8
METODOLOGÍA	9
I. INTRODUCCIÓN	10
1. <i>Concepto y ámbito de aplicación del consentimiento</i>	10
2. <i>Historia</i>	13
3. <i>Diferenciación del consentimiento con la figura del perdón</i>	14
4. <i>Clases de consentimiento</i>	16
a) Acuerdo y consentimiento	17
b) Por su naturaleza	17
c) Consentimiento presunto	19
d) Consentimiento real, expreso o tácito	22
e) Consentimiento en la lesión y en el riesgo	23
II. NATURALEZA DEL CONSENTIMIENTO	25
1. <i>Naturaleza del consentimiento: justificación o exclusión de la tipicidad</i>	25
2. <i>Teorías monistas o unitarias</i>	26
3. <i>Teorías diferenciadoras</i>	28
a) Teorías dualistas	28
b) Teoría tripartita de Luzón Peña.....	31
III. REQUISITOS	34
1. <i>Titularidad</i>	35
2. <i>Capacidad</i>	36
3. <i>Ausencia de vicios</i>	40
a) Engaño	40
b) Error	41
c) Amenaza o coacción	43
4. <i>Momento y revocación</i>	44
5. <i>Forma</i>	48
IV. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO	50
1. <i>La información previa</i>	53

2. <i>Requisitos del consentimiento informado</i>	54
3. <i>Actuación sin consentimiento del paciente</i>	58
4. <i>El consentimiento y la responsabilidad penal</i>	61
5. <i>La eutanasia</i>	67
CONCLUSIONES	72
BIBLIOGRAFÍA	78

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

ADPCP:	Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (revista citada por año)
AP	Audiencia Provincial
art./arts.	artículo/s
Ar	Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia
CC	Código Civil
CE	Constitución Española
coord./s.	coordinador/es
CP	Código Penal
CPC	Cuadernos de Política Criminal (revista citada por número y año)
dir./s.	director/es
DP	Derecho Penal
DPC	Derecho Penal y Criminología (revista citada por número y año)
EP-Díaz Pita	Problemas actuales del Derecho Penal y la criminología. Estudios Penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008
EP- Ruiz Antón	Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003
EJMF	Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal (revista citada por número y año)
H-Rodríguez Devesa	Estudios de Derecho Penal y Criminología: en homenaje al profesor José María Rodríguez Devesa, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 1989

H-Rodríguez Ramos	Libro homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013
H- Roxin	Libro homenaje a Claus Roxin, Barcelona, Bosch, 1997
H-Suárez Montes	Estudios penales en homenaje al profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes, Oviedo, Constitutio Criminalis Carolina, 2013
JUR	Resoluciones no publicadas en CD o DVD en Aranzadi.
La Ley	La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía (citada por año y tomo)
LAP	Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica
LO	Ley Orgánica
LOGP	Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria.
NFP	Nuevo Foro Penal (revista citada por número y año)
PCRE	Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales (citada por número y año)
PJ	Poder Judicial (revista citada por número y año)
RDP	Revista de Derecho Penal (citada por número y año)
RECPC	Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (citada por número y año)
RJ	Repertorio Jurisprudencia
RP	Revista Penal (citada por número y año)
RTC	Repertorio Tribunal Constitucional
s., ss.	siguiente/s.

SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
Trad.	Traducido
TS	Tribunal Supremo
Vol.	Volumen

RESUMEN

En este trabajo he pretendido llevar a cabo un estudio sobre la eximente del consentimiento, los requisitos que han de concurrir para su validez y su naturaleza jurídica. A falta de regulación legal positiva en sede de causas de exclusión de la responsabilidad criminal, se comienza explicando la eximente desde su definición y su ámbito de aplicación, seguidamente, tras una reseña sobre su historia, se explican de manera resumida las diferencias del consentimiento respecto del perdón, conceptos que presentan cierta proximidad y que históricamente se han asimilado. En segundo lugar, se explican los diferentes tipos de consentimiento que se han formulado doctrinalmente, con una mención especial al consentimiento presunto. Con este punto de partida se estudian seguidamente las diferentes teorías planteadas doctrinalmente para explicar la posición sistemática y naturaleza del consentimiento, y los requisitos que han de concurrir para que despliegue de manera completa sus efectos. Por último, se estudia, aquí sí con regulación legal específica, el consentimiento informado, que tiene aplicación en el ámbito sanitario, con el objetivo de analizar la posible responsabilidad penal en supuestos de intervención médica realizada sin o contra el consentimiento informado del sujeto. Finalmente, analizaremos la eutanasia, sus implicaciones con el consentimiento y la disponibilidad del bien jurídico individual.

Palabras clave: consentimiento, causa de justificación, causa de exclusión de la tipicidad, causa de atipicidad, consentimiento informado, información.

ABSTRACT

In this paper I have tried to carry out a study on the exemption of consent, the requirements that must concur for its validity and its legal nature. In the absence of positive legal regulation in cases of exclusion from criminal responsibility, it begins by explaining the exemption from its definition and its scope, then, after a review of the history of this figure, the differences are explained in summary of consent regarding forgiveness, concepts that have a certain proximity and that have historically been assimilated. Secondly, the different types of consent that have been formulated doctrinally are explained, with a special mention to the presumed consent. With this starting point, the different theories raised doctrinally are then studied to explain the systematic position and nature of the consent, and the requirements that must be met for it to fully unfold its effects. Finally, it is studied, here with specific legal regulation, informed consent, which has application in the health field, with the aim of analyzing the

possible criminal responsibility in cases of medical intervention carried out without or against the informed consent of the subject. Finally, euthanasia are mentioned that have implications on the consent and the availability of the individual legal right.

Keywords: Consent, cause of justification, cause of exclusion of the tipicity, cause of atypicality, informed consent, information.

OBJETO DEL TRABAJO

El objetivo general es el estudio de una eximente de la responsabilidad criminal carente de regulación general en el CP, el consentimiento. Este estudio se hace más necesario cuando de se producen sucesos que generan gran repercusión mediática, su resolución judicial precisamente pone en cuestión si ha concurrido o no el consentimiento del sujeto pasivo y, en su caso, qué requisitos han de cumplirse para poder afirmar que se ha otorgado un consentimiento plenamente válido y eficaz (al menos a efectos penales).

Partiendo de este objetivo general, los concretos pueden esquematizarse como sigue:

- Analizar qué es el consentimiento, ante qué bienes jurídicos puede tener eficacia y por qué razón y diferenciarlo de otras figuras que pueden tener cierta similitud con él.
- Conocer cuál es la naturaleza del consentimiento y su ubicación sistemática en la teoría general del delito, pues de ello se derivan importantes consecuencias jurídicas.
- Explicar los requisitos que han de cumplirse para decidir si se está o no ante un consentimiento jurídicamente, o jurídico-penalmente, válido y eficaz. A través de este estudio se comprobará la imposibilidad de establecer criterios generales para su aplicación a todas las modalidades delictivas que protegen bienes jurídicos individuales, al menos respecto de determinados requisitos como la capacidad de comprensión y los vicios del consentimiento.
- Estudiar uno de los supuestos con mayor relevancia jurídica y de alta frecuencia práctica sobre la aplicación de esta eximente: el ámbito sanitario. A tal efecto se analizará la regulación específica sobre el consentimiento del sujeto pasivo, en particular sobre los requisitos específicos para que despliegue su eficacia, uno de ellos ha servido para renombrar la eximente como consentimiento informado. El estudio se completará con la explicación sobre la responsabilidad penal que se deriva en la actividad médica sin que concurra el consentimiento informado del sujeto pasivo.
- Analizar un supuesto problemático que se ha de explicar teniendo en cuenta la interconexión entre consentimiento-actividad médica-disponibilidad del bien jurídico individual: la eutanasia.

METODOLOGÍA

Para la realización de este trabajo se ha seguido un método de investigación jurídica.

El proceso ha comenzado con la elección del tutor- tema del trabajo, siguiendo el procedimiento establecido por la Facultad de Derecho para el curso 2017/2018; en este caso mi tutora ha sido la profesora Dra. Dña. María Anunciación Trapero Barreales. Después se ha procedido a la elección de un tema de derecho penal actual y de interés.

Una vez elegido el consentimiento como tema del trabajo, y tras la asistencia al Seminario organizado por los profesores del área de Derecho Penal sobre nociones básicas de metodología jurídica, se ha procedido a la búsqueda de fuentes de información, a través de las bibliotecas de la Universidad de León y la información que está accesible a través de las diferentes páginas web. Se han seleccionado los manuales de parte general, monografías, artículos de revistas, libros colectivos, legislación y jurisprudencia que era de interés para la realización del trabajo. Dado el tema del trabajo, la consulta de manuales sobre la teoría jurídica del delito ha resultado fundamental y necesaria, pues las explicaciones generales en torno a esta eximente aparecen en este tipo de documentación. La jurisprudencia utilizada para la realización del trabajo fue recabada de los Aranzadi físicos (para la explicación sobre la distinción entre consentimiento-perdón, instituciones que no han estado claramente delimitadas en los CP históricos), para sentencias de relativa antigüedad, y la base de datos de Aranzadi Digital, para sentencias más recientes, utilizando fundamentalmente sentencias del TC y TS que son de relevancia para el estudio y comprensión del consentimiento como causa de exclusión de la responsabilidad criminal y que han sido utilizadas por la doctrina en la elaboración de la teoría general sobre esta eximente; también ha sido consultada jurisprudencia menor de las AP debido al interés particular de esas sentencias concretas.

Una vez seleccionado el material informativo se ha procedido a su lectura comprensión y a la estructuración del trabajo de forma esquemática con ayuda de la tutora.

Finalmente, se ha procedido a la redacción del trabajo, sobre todo trabajando en el Seminario del área de DP, siguiendo los criterios de redacción y citas en las notas a pie de página establecidos por la tutora.

I. INTRODUCCIÓN

1. Concepto y ámbito de aplicación del consentimiento

El consentimiento ha sido definido en términos generales como el acto de disposición por parte del titular del bien jurídico protegido en el tipo delictivo, en virtud del cual aquél renuncia a la protección y, como consecuencia de ello, decae también el interés del Estado en la persecución penal de la conducta realizada bajo su amparo¹.

El consentimiento es la única eximente no regulada expresamente en el art. 20 CP ni en ningún otro precepto de la parte general². Esto es común en la mayoría de los CP de los países extranjeros, con alguna excepción, como la del art. 38 del CP portugués³.

Aunque no hay regulación en sede de eximentes, en el citado art. 20 CP, sí hay alguna referencia, más o menos desarrollada, en algunos preceptos del Libro II CP. Así, por ejemplo, en el ámbito de los delitos de lesiones, con una descripción detallada de los requisitos para que el consentimiento opere, bien como circunstancia atenuante, art. 155 CP, bien como eximente, art. 156 CP. Y en el ámbito de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, para la regulación del consentimiento eximente otorgado por el menor de 16 años, art. 183 quater CP (precepto introducido recientemente, con la reforma operada con la LO 1/2015, de 30 de marzo). En otros preceptos hay una mención explícita al consentimiento, por ejemplo, en los delitos contra la intimidad, art. 197 CP, o en los delitos contra el patrimonio, art. 234 CP; en estos casos la referencia es más simplificada, pues se alude a que el sujeto activo ha de realizar la conducta típica sin consentimiento del sujeto pasivo. Finalmente, en otros preceptos, a falta de una mención expresa, el efecto

¹ Por todos, cambiando únicamente la terminología utilizada en la definición, CUELLO CONTRERAS, *El Derecho Penal Español. Parte General. Nociones introductorias. Teoría jurídica del delito*, 3ª, 2002, 723.

² LUZÓN PEÑA, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 3ª, 2016, 376 y ss.

³ Artículo 38.º CP portugués: “Consentimento 1 - Além dos casos especialmente previstos na lei, o consentimento exclui a ilicitude do facto quando se referir a interesses jurídicos livremente disponíveis e o facto não ofender os bons costumes. 2 - O consentimento pode ser expresso por qualquer meio que traduza uma vontade séria, livre e esclarecida do titular do interesse juridicamente protegido, e pode ser livremente revogado até à execução do facto. 3 - O consentimento só é eficaz se for prestado por quem tiver mais de 16 anos e possuir o discernimento necessário para avaliar o seu sentido e alcance no momento em que o presta. 4 - Se o consentimento não for conhecido do agente, este é punível com a pena aplicável à tentativa.” (Consentimiento 1 - Además de los casos especialmente previstos en la ley, el consentimiento excluye la ilicitud del hecho cuando se refiere a intereses jurídicos libremente disponibles y el hecho no ofende las buenas costumbres. 2. El consentimiento podrá expresarse por cualquier medio que traduzca una voluntad seria, libre y esclarecida del titular del interés jurídicamente protegido, y puede ser libremente revocado hasta la ejecución del hecho. 3 - El consentimiento sólo es eficaz si es prestado por quien tiene más de 16 años y posee el discernimiento necesario para evaluar su sentido y alcance en el momento en que lo presta. 4 - Si el consentimiento no es conocido del agente, éste es punible con la pena aplicable a la tentativa).

eximente del consentimiento estará condicionado por la identificación del bien jurídico protegido en cada caso.

Porque el efecto eximente del consentimiento está directamente relacionado con la teoría del bien jurídico, más concretamente, con la clasificación que diferencia entre bienes jurídicos colectivos o supraindividuales y bienes jurídicos individuales⁴, en los bienes supraindividuales nunca será eficaz el consentimiento, pues el titular del bien jurídico no es un sujeto concreto, sino una colectividad, y por eso mismo resulta en la práctica imposible que se pueda ejercer la facultad dispositiva cuando el bien jurídico pertenece a un grupo más o menos amplio e indeterminado de personas (los consumidores, la sociedad en su conjunto). Esto será así incluso cuando el afectado directo sea un particular, como ocurre en los delitos de falso testimonio, falsificación de documentos, delitos contra el estado civil de las personas o atentado contra la autoridad, pues se considera que los atentados contra estos bienes supraindividuales o colectivos produce daños sociales que van más allá del individuo, tienen carácter público y, por ese motivo, no cabe ningún acto de disposición sobre ellos⁵. Esta teoría queda clara en un ejemplo como el delito de falsificación de documentos, en este caso no puede consentir el posible perjudicado, ya que el bien jurídico protegido es la pureza del tráfico probatorio, no el interés individual del afectado⁶. O en el delito de tráfico de drogas, donde se protege la salud colectiva de potenciales consumidores, por tanto, el consumidor particular que consiente en la conducta de tráfico resulta irrelevante⁷. En relación con estos bienes jurídicos, el acto dispositivo para su lesión o afectación no puede proceder del sujeto afectado, por lo que se acaba de explicar, pero, en su lugar, será el Estado (a través de la autoridad o funcionario público competente) quien “preste tal consentimiento”, en palabras de Luzón Peña⁸, a través de la figura paralela a este de “la autorización oficial”.

⁴ Por todos sobre esta clasificación de los bienes jurídicos y la relevancia del consentimiento en los mismos: DE VICENTE REMESAL, en: LUZÓN PEÑA/MIR PUIG (coords.), *Cuestiones actuales de la teoría del delito*, 1999, 117 y 118; ABANTO VÁSQUEZ, *RP 18* (2006), 12 ss.; MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 10ª, 2016, 526.

⁵ Así, por ejemplo, STS 10/2007, de 19 de enero (RJ 675); STS 39/2009, de 29 de enero (RJ 819).

⁶ Sobre el bien jurídico protegido en los delitos de falsificación documental, con la consecuencia de que no puede operar el consentimiento como eximente, véase, entre otros, GÓMEZ MARTÍN, en: CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG (dirs.)/VERA SÁNCHEZ (coord.), *Comentarios al Código Penal reforma LO 1/2015 y LO 2/2015, 2015*, 1336 ss. Sobre la no aplicación del consentimiento en estos delitos, porque el afectado no es el auténtico titular del bien jurídico, entre otros, ROXIN, *Derecho penal. Parte general. Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, 1997, 526 ss.

⁷ Sobre la explicación ofrecida en el texto, véase, entre otros muchos, ABANTO VÁSQUEZ, *RP 18* (2006), 9; FRIEYRO ELÍCEGUI, *El delito de Tráfico de Drogas*, 2017, 24-36.

⁸ LUZÓN PEÑA, en: *H-Suárez Montes 2013*, 380; *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, 3ª, 2016, 375.

Es, por lo tanto, en el segundo ámbito nombrado, el de los tipos penales que protegen bienes jurídicos individuales o personales, donde puede ser aplicable dicha eximente, pues la facultad de disposición ha de ser ejercida por el titular del bien jurídico que, en este caso, sí que es ya el individuo en particular que consiente y es afectado por la acción del sujeto activo. Pero en los bienes jurídicos individuales también existen limitaciones a la hora de disponer sobre ellos.

Por esta razón es necesario introducir una segunda clasificación, diferenciando entre los bienes jurídicos personales o individuales disponibles y los bienes jurídicos indisponibles, como es el caso de la vida⁹, cuya indisponibilidad viene derivada ya del art. 15 CE¹⁰, o el caso de la integridad física, tal como se deduce del art. 155 CP¹¹. Sin entrar en esta discusión, pues se aleja del objetivo de este trabajo, desde el punto de vista del CP, han de ser considerados bienes jurídicos personales indisponibles la vida (humana independiente) y la integridad física y salud, salvo determinados supuestos, pues así se deduce de la regulación de los delitos de cooperación necesaria, la inducción en el suicidio de otro, el homicidio consentido y la eutanasia (art. 143 CP) y del efecto atenuante, no eximente, del consentimiento en las lesiones (art. 155 CP).

También es complejo, respecto del consentimiento, el caso del aborto, pues no deja de ser un acto dispositivo sobre una vida, aunque sea potencial. Resulta un caso complejo porque en la valoración del efecto eximente o no del consentimiento también ha de atenderse a los intereses o bienes jurídicos de la mujer gestante. Desde el Derecho positivo actual, atendiendo a la regulación penal del aborto, de ella se deduce que en el aborto el

⁹ Un sector de la doctrina rechaza esta tesis, considerando que también la vida es un bien jurídico disponible. Desde esta consideración, la consecuencia es que no se debería castigar al tercero que participa en un suicidio (circunstancia que sí ocurre en el art. 143 CP), pues esa participación ayuda al suicida a obtener una muerte más rápida y dulce, por lo tanto, al prohibirlo a quien indirectamente se castiga es a la persona que se quita la vida, obligándole a no poder utilizar a terceros con medios que le permitan perecer con dignidad. Entre los defensores de la disponibilidad de la vida en la doctrina penalista, entre otros, JAKOBS, *Suicidio, eutanasia y derecho penal*, 1999, 43 y 44; ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, *El consentimiento en Derecho Penal*, 2014, 205 ss.; NÚÑEZ PAZ, *Interrupción voluntaria de la vida humana*, 2016, 63-87.

¹⁰ Recurre a este argumento, entre otros, LUZÓN PEÑA, *La Ley 1988-1*, 998 ss. En sentido contrario, para otros autores, precisamente de la CE y, en particular, del art. 15 se derivaría la propia disponibilidad de la vida. Véase, en este sentido, entre otros, TOMÁS-VALIENTE LANUZA, *La cooperación al suicidio y la eutanasia en el nuevo CP (art.143)*, 2000, 36 ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/BARBER BURUSCO, *NFP 79* (2012), 120; NÚÑEZ PAZ, *Interrupción voluntaria de la vida humana*, 2016, 103 ss. Niega la jurisprudencia que exista un derecho a morir: por ejemplo, en la STC 120/1990, de 27 de junio (RTC 120).

¹¹ Si la doctrina está dividida en torno a la consideración de si la vida es o debe ser o no un bien jurídico indisponible, con mayor motivo esta cuestión es más controvertida en el caso de la integridad física. Así, entre muchos, a favor de la disponibilidad de la integridad física, MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal Parte Especial*, 21ª, 2017, 107 ss. Contrariamente, entre otros, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *El delito de lesiones*, 1982, 73.

consentimiento de la madre no es causa eximente, pero sí tiene efecto atenuante, como se deduce de los arts. 144 y 145 CP, donde se castiga con más pena el aborto sin consentimiento de la madre que el aborto con su consentimiento¹². Por lo tanto, el consentimiento de la mujer por sí solo no supone la legalidad del aborto, eso sí, fuera de los casos y con los requisitos exigidos por la LO 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, en la que se ha introducido el sistema de plazos (e indicaciones) en la regulación de la interrupción voluntaria del embarazo, girando por tanto sobre el consentimiento de la mujer, si bien se exigen una serie de condiciones y requisitos para asegurarse de que hay una decisión efectiva y suficientemente meditada, controlando además que se emite tal consentimiento dentro de los plazos legales o, ulteriormente, concurriendo las indicaciones que permiten el aborto fuera del plazo temporal. Esta falta de eficacia del consentimiento de la mujer, según Mir Puig¹³, se debe a que el consentimiento no actúa autónomamente, sino como presupuesto del conflicto entre los intereses de la mujer y la vida del feto, y que sin ese consentimiento no nace el conflicto. Sin embargo, hay un supuesto en la LO 2/2010 en el que se puede actuar sin el consentimiento de la madre, al menos sin el consentimiento expreso (art. 13.3º LO 2/2010 en relación con el art. 9.2 b LAP): cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica de la mujer y no es posible conseguir su autorización o el de sus familiares o personas vinculadas a ella.

Por lo tanto, la relevancia del consentimiento queda restringida a los bienes jurídicos de titularidad individual o personal y, dentro de ellos, tendrá eficacia solamente en los disponibles, no en los indisponibles.

2. *Historia*

El término *consentimiento*, entendido como “permitir algo o condescender en que se haga”¹⁴, proviene del latín *consentire*, y en su acepción originaria expresa la concordancia entre las partes o la uniformidad de opinión¹⁵.

¹² La razón de la diferencia de pena es evidente, en el caso del aborto sin consentimiento de la mujer resultan lesionados varios bienes jurídicos, la vida en formación y la libertad de la mujer. NÚÑEZ PAZ, *Interrupción voluntaria de la vida humana*, 2016, 24 ss.; LUZÓN PEÑA, *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, 3ª, 2016, 153 y 154.

¹³ MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 10ª, 2016, 527.

¹⁴ Definición tomada del Diccionario de la RAE, 23ª, 2014.

¹⁵ Así lo declara MACHADO RODRÍGUEZ, *DPC* 95 (2012), 31.

El consentimiento en DP tiene un largo recorrido, por supuesto, antes de que se haya construido la teoría jurídica del delito en el siglo XIX¹⁶. Que esto es así se prueba con la simple referencia a sus orígenes, el Derecho Romano¹⁷. Sobre este particular puede citarse al gran jurista Ulpiano, en el libro 47 del Digesto, donde aparece la conocida frase: “*nulla iniuria est, quae in volentem fiat*”, que quiere decir: “lo que se realiza con la voluntad del lesionado, no constituye injusto”. Entendía el jurista romano Ulpiano por *iniuria* una injuria en sentido amplio, que comprendía todas las lesiones a los derechos de la personalidad (honor, salud, libertad e incluso vida). Posteriormente, esta frase de Ulpiano se va a transformar en otra conocida máxima jurídica, “*volenti non fit iniuria*”, que significa “frente a aquel que quiere, no tiene lugar ningún injusto”¹⁸.

Junto a la expresión latina, desde los que hoy se clasifican como delitos contra el patrimonio, se va acuñar otra frase que aparece en el libro 42 del Digesto¹⁹: “*Nemo enim videtur fraudare eos, qui scitunt et consentiunt*”, es decir, “el que consiente no puede ser objeto de fraude”; este principio se irá aplicando al robo, al hurto, a los daños a la propiedad y, en general, a los delitos contra el patrimonio; extendiéndose finalmente a todos los delitos de carácter privado. En cambio, donde nunca tendrá eficacia la voluntad del ofendido será en los delitos de carácter público (*crimina publica*).

3. Diferenciación del consentimiento con la figura del perdón

El perdón, que aparece en el art. 130.5 CP como causa de extinción de la responsabilidad criminal, puede definirse como: “el acto jurídico consistente en una declaración de voluntad, a través del cual hace uso la víctima del delito -o su representante legal- de la facultad que le viene concedida por el ordenamiento penal para que, en relación con determinadas infracciones y bajo la observancia de ciertos requisitos, pueda poner fin a la intervención punitiva por ella misma excitada”²⁰.

¹⁶ Sobre el origen de la teoría jurídica del delito y su evolución posterior, ROXIN, *Derecho penal. Parte general. Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, 1997, 196 ss.; LUZÓN PEÑA, *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, 3ª, 2016, 108 ss.

¹⁷ Citan estos orígenes del consentimiento, por todos, ROXIN, *Derecho penal. Parte general. Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, 1997, 511; MACHADO RODRÍGUEZ, *DPC 95* (2012), 31.

¹⁸ Para más detalles sobre este origen en el Derecho Romano, ROXIN, *Derecho penal. Parte general. Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, 1997, 511 y 512.

¹⁹ Hace referencia a esta segunda frase del Digesto, ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, *El consentimiento en Derecho Penal*, 2014, 39 a 42.

²⁰ Se ha tomado la definición del perdón formulada por ALONSO RIMO, *Víctima y sistema penal: Las infracciones no perseguibles de oficio y el perdón del ofendido*, 2002, 276.

En el caso del perdón, como en el del consentimiento, el ordenamiento otorga validez y efecto eximente o excluyente de la responsabilidad criminal a la voluntad de la víctima; en ambos casos estamos ante manifestaciones de expresión eficaz de la voluntad del sujeto.

Esta relevancia de la voluntad del sujeto pasivo ha propiciado históricamente la confusión entre estas dos figuras, motivada también por una deficiente regulación de determinadas figuras delictivas en los CP históricos. En concreto, por la deficiente redacción de los delitos de adulterio y amancebamiento en el CP de 1870²¹, que llevó a la doctrina²² y a la jurisprudencia a emparentar ambas expresiones, llegando a existir diversos pronunciamientos judiciales que incurrieran en esta equivocación²³.

El consentimiento y el perdón son figuras que dotan de importancia a la voluntad de las víctimas, pero cada una tiene sus requisitos necesarios que las individualizan y las diferencian, teniendo también distinta naturaleza cada una de ellas. Para que el perdón tenga eficacia, de acuerdo con el tenor del actual art. 130.5 CP, tiene que darse “cuando se trate de delitos leves perseguibles a instancias del agraviado o la ley así lo prevea”. Con el término “perseguibles a instancias del agraviado”, de acuerdo con la definición dada por Muñoz Conde/García Arán²⁴, el CP se refiere a “aquellos casos en los que la persecución penal del delito queda supeditada a que el ofendido o sus representantes se querellen o denuncien el hecho”. Es decir, cuando se esté ante un delito privado (exige querrela criminal para su persecución penal, por ejemplo, los delitos de injurias o calumnias, art. 215.1 CP) o un delito semiprivado o semipúblico (para su persecución penal se exige la denuncia del agraviado o su representante legal, pero en determinados

²¹ La regulación de los delitos de adulterio y amancebamiento que han generado la confusión es la siguiente: art. 449 CP 1870: “El adulterio será castigado con la pena de prisión menor./ Cometan adulterio la mujer casada que yace con varón que no sea su marido, y el que yace con ella, sabiendo que es casada, aunque después se declare nulo el matrimonio”. Art. 450 CP 1870: “No se impondrá pena por delito de adulterio sino en virtud de querrela del marido agraviado./ Este no podrá deducirla sino contra ambos culpables, si uno y otro vivieren y nunca si hubiere consentido el adulterio o perdonado a cualquiera de ellos”. Art. 451 CP 1870: “El marido podrá en cualquier tiempo remitir la pena impuesta a su consorte./ En este caso se tendrá también por remitida la pena al adúltero”. Art. 452 CP 1870: “El marido que tuviere manceba dentro de la casa conyugal, o notoriamente fuera de ella, será castigado con prisión menor./La manceba será castigada con la misma pena o con la de destierro./ Lo dispuesto en los arts. 450 y 451 es aplicable al delito castigado en el presente respecto a la mujer agraviada”. Esta equivalencia de ambos conceptos fue puesta de manifiesto por QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios al Código Penal*, 2ª, 1966, 823.

²² Así se aprecia, por ejemplo, en ÁLVAREZ CID/ÁLVAREZ CID: *El Código Penal de 1870*, II, 1908, 222.

²³ Entre otras STS del 16 de diciembre de 1968 (Ar. 5445); STS 13 de octubre de 1972 (Ar. 4072), STS 12 de enero de 1973 (Ar. 32) y STS 11 de diciembre de 1974 (Ar. 5155).

²⁴ MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal: parte general*, 9ª, 2015, 436.

casos también puede ser ejercida la acción penal por el Ministerio Fiscal, por ejemplo, en determinados delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, art. 191.1 CP).

A mayores, otro requisito del perdón es que sea “otorgado de forma expresa antes de que se haya dictado sentencia”. En este sentido se opone al consentimiento que, como se explicará más adelante, puede darse de forma expresa o tácita y antes o de forma simultánea a la realización del hecho consentido, nunca una vez realizado el hecho descrito en la ley penal.

Pero donde más se aprecia la diferencia en estas figuras es en las consecuencias jurídicas de cada una de ellas: el consentimiento impide el nacimiento de la responsabilidad criminal del actor, sea cual sea la naturaleza jurídica de esta eximente, esto es, si se trata de una causa de atipicidad o de una causa de justificación (diferencia que será explicada con posterioridad) y, por lo tanto, nunca surge responsabilidad penal, pues el delito nunca llega a perfeccionarse; si concurre el consentimiento (válido) del sujeto pasivo, en ese caso el sujeto activo no comete un delito (y según sea la naturaleza jurídica del consentimiento, tampoco comete un hecho injusto)²⁵. Sin embargo, en el perdón sí que aparece, sin duda alguna, la responsabilidad penal del delincuente, es decir, el sujeto sí ha cometido un hecho delictivo; la presencia del perdón, aparecido *a posteriori*, después de haber sido realizado el hecho delictivo, sirve para extinguir la responsabilidad criminal, y así se reconoce de manera explícita en el art. 135 CP. La propia terminología legal deja clara esta diferenciación, con reflejo también en la propia sistemática legal: por un lado aparecen las causas que *eximen* de la responsabilidad criminal, reguladas en el art. 20 CP, por otro lado están las causas que *extinguen* la responsabilidad criminal, reguladas en el art. 135 CP, donde se mencionan el perdón junto con la muerte del reo, el cumplimiento de la condena, la remisión definitiva de la pena y la prescripción, del delito y de la pena²⁶. En el momento actual, en suma, no hay posibilidad de que se confundan ambas instituciones.

4. Clases de consentimiento

Dentro del consentimiento se pueden hacer diferentes clasificaciones, distinguiendo entre acuerdo y consentimiento, dependiendo de su naturaleza, entre consentimiento real, expreso o tácito y entre consentimiento en la lesión y en el riesgo respecto del bien

²⁵ SEGURA GARCÍA, *El consentimiento del titular del bien jurídico en Derecho Penal*, 2000, 45-54.

²⁶ ALONSO RIMO, *Víctima y sistema penal: Las infracciones no perseguibles de oficio y el perdón del ofendido*, 2002, 272 y ss.

jurídico-penalmente protegido, teniendo en cuenta si el propio tipo penal trata de proteger dicho bien jurídico frente a la lesión o ya frente a su puesta en peligro.

a) Acuerdo y consentimiento

Esta clasificación surgió en la doctrina alemana, el iniciador fue Geerds²⁷, y poco a poco fue introduciéndose en España por autores como Mir Puig²⁸ o Casas Barquero²⁹.

Según esta doctrina se formula esta diferenciación para poner de relieve el diferente efecto eximente que se produce en uno y otro caso: en el acuerdo (*Einverständnis* en la doctrina alemana) se está ante la intervención de la voluntad del sujeto pasivo que actúa excluyendo la tipicidad de la conducta, mientras que el consentimiento (*Einwilligung* para los alemanes) del titular del bien jurídico solo tendría efectos de justificación, o de exclusión de la antijuridicidad, nunca sería causa de exclusión de la tipicidad³⁰. De esta manera los partidarios de esta clasificación van a utilizar distinta terminología para aludir a la eficacia eximente de la voluntad del sujeto pasivo teniendo en cuenta su naturaleza jurídica.

b) Por su naturaleza

Al margen de la anterior distinción, es decir, prescindiendo de la diferenciación terminológica, una parte de la doctrina defiende la doble naturaleza del consentimiento³¹: a veces actúa como causa de atipicidad, en otras ocasiones es una causa de justificación. Este sector doctrinal admite la doble naturaleza del consentimiento como eximente, frente al sector doctrinal que va a defender una postura monista, esto es, el consentimiento siempre tiene una única naturaleza jurídica, con carácter general se defiende que es una

²⁷ El primer autor que ha utilizado esta diferenciación ha sido GEERDS en su obra *Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafrecht* 1953. Así lo han reconocido autores como CEREZO MIR, en: *H-Rodríguez Devesa*, 1989, 202; ROXIN, *Derecho penal. Parte general. Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, 1997, 512; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *El consentimiento en el Derecho Penal*, 1999, 4; LUZÓN PEÑA, en: *H-Suárez Montes*, 2013, 386.

²⁸ MIR PUIG, *Derecho penal, Parte general*, 1984, 446 s. Este autor sigue distinguiendo entre consentimiento y acuerdo en *Derecho penal. Parte General*, 10ª, 2016, 522 ss.

²⁹ CASAS BARQUERO, *El consentimiento en el Derecho Penal*, 1987, 31.

³⁰ Véase, por todos, SEGURA GARCÍA, *El consentimiento del titular del bien jurídico en Derecho Penal*, 2000, 54 y 55.

³¹ Entre muchos defienden la dualidad del consentimiento: CASAS BARQUERO, *El consentimiento en el Derecho Penal*, 1987, 31; DE LA GANDARA VALLEJO, *Consentimiento, bien jurídico e imputación objetiva*, 1995, 171; MIR PUIG, *Derecho penal. Parte General*, 10ª, 2016, 522 ss.

causa de atipicidad³², minoritariamente se defiende que se trata de una causa de justificación³³.

Conviene que se explique brevemente la distinción entre las causas de atipicidad y las causas de justificación, para así valorar adecuadamente la discusión en torno a la naturaleza jurídica del consentimiento (cuestión que se va a explicar más detalladamente en otro lugar de este trabajo)³⁴.

Las causas de atipicidad, también denominadas causas de exclusión del tipo indiciario, son “circunstancias que excluyen la tipicidad de la conducta y suponen la negación del tipo”, de forma que la acción realizada no se ajusta al tipo y la conducta es atípica desde el primer momento. Esta exclusión de la tipicidad se debe a que la conducta realmente no está lesionando el bien jurídico protegido por la figura delictiva en cuestión, o no es una lesión jurídicamente relevante desde el momento en que se está ante una conducta adecuada socialmente (y lo que es adecuado socialmente ha de ser también adecuado jurídicamente, por tanto, la conducta no puede estar lesionando el bien jurídico de manera relevante o preocupante para el Derecho en general, no solo para el DP). Se suelen citar como causas de exclusión del tipo indiciario el consentimiento o la adecuación social; a veces la adecuación social y el consentimiento están íntimamente ligados o unidos entre sí (por ejemplo, para considerar adecuado socialmente el corte de pelo es necesario que, además, concurra el consentimiento del sujeto pasivo).

Y las causas de justificación son “circunstancias eximentes que, por determinadas razones, excluyen la antijuridicidad o ilicitud de la conducta en principio típica”. Es decir, teniendo presente las categorías de la teoría jurídica del delito, el hecho realizado por el sujeto activo sí es típico penalmente, pero no es antijurídico o injusto. Esto significa que, por concurrir determinadas circunstancias, la conducta realizada por el sujeto no resulta prohibida por el ordenamiento jurídico, a pesar de que el bien jurídico protegido por la

³² Autores que defienden el consentimiento como causa de exclusión de la tipicidad, entre otros: ROXIN, *Derecho penal. Parte general. Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, 1997, 511 ss.; BACIGALUPO ZAPATER, *Principios de derecho penal. Parte general*, 5ª, 1998, 199 ss.; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *El consentimiento en el Derecho Penal*, 1999, 8 ss.; MORILLAS CUEVA, en: *H-Rodríguez Ramos*, 2013, 144 ss.

³³ De esta opinión, entre otros, ANTÓN ONECA, *Derecho Penal, I, Parte general*, 1949, 258; MAURACH/ZIPF, *Derecho Penal Parte general*, I, 1994, 287; LANDECHO VELASCO/MOLINA BLÁZQUEZ, *Derecho Penal español Parte general*, 10ª, 2017, 360.

³⁴ En la explicación sobre la distinción entre causas de atipicidad y causas de justificación se va a seguir el planteamiento y ejemplos de LUZÓN PEÑA, en: LUZÓN PEÑA/MIR PUIG (coords.), *Causas de Justificación y de Atipicidad en Derecho Penal*, 1995, 21, 32.

correspondiente figura delictiva sí ha resultado lesionado o afectado (solo quedará anulado el desvalor de resultado derivado de la lesión del bien jurídico si concurre una causa de justificación del resultado). Ejemplos, entre otras, de circunstancias que tradicionalmente se han entendido como causas de justificación son la legítima defensa, el estado de necesidad justificante, el cumplimiento del deber. A esta categoría puede pertenecer el consentimiento, si se admite su doble naturaleza como causa de atipicidad y justificación o si se defiende la tesis monista sobre su naturaleza jurídica, el consentimiento, en su caso, es siempre causa de justificación.

c) Consentimiento presunto

Antes de empezar con la explicación, grosso modo, del consentimiento presunto, tema que no se tratará en profundidad en esta ocasión, pues en sí mismo daría para un trabajo autónomo, es necesario aclarar cuál es la diferencia entre este y el consentimiento real. El consentimiento real es aquel en el que existe una auténtica manifestación o emisión de voluntad por parte del sujeto pasivo (dentro de él habrá luego más clasificaciones), mientras que en el consentimiento presunto no existe esa manifestación del sujeto debido a determinadas circunstancias, por lo que la voluntad se presume³⁵.

Más en detalle, Casas Barquero³⁶ afirma que: “El consentimiento presunto constituye aquella reafirmación del consenso personal que se entiende como válida porque se supone que el titular del bien jurídico disponible habría prestado el consentimiento en el caso de que hubiera conocido las circunstancias concretas”.

Los ejemplos típicos del consentimiento presunto que suelen citarse, entre otros, son las intervenciones médicas frente a estados de inconsciencia del paciente, el castigo a los niños ajenos en ausencia de los padres (este es el supuesto más problemático en la actualidad³⁷) o la entrada en casa de un vecino ausente para arreglar una cañería rota.

³⁵ Por todos: MORILLAS CUEVA, en: *H-Rodríguez Ramos*, 2013, 154; ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, *El consentimiento en Derecho Penal*, 2014, 212-215.

³⁶ CASAS BARQUERO, *El consentimiento en el Derecho Penal*, 1987, 103.

³⁷ Más detalladamente sobre el castigo de niños ajenos: MIR PUIG, *Derecho Penal Parte General*, 10ª, 2016, 502, sigue citando como ejemplo de aplicación del consentimiento presunto como eximente el de los castigos de niños ajenos. Debido a los profundos cambios del derecho de corrección desde la reforma del CC en el año 2007, eliminado expresamente la mención a que los padres, en el ejercicio de la patria potestad, podrían corregir a sus hijos sometidos a la patria potestad de manera moderada y razonable, resulta bastante discutible que se pueda recurrir al consentimiento presunto de los padres para que un tercero extraño corrija o castigue moderadamente al niño que ha cometido una incorrección.

El consentimiento presunto aparece cuando el afectado no presta su consentimiento porque no está presente, está inconsciente o está incapacitado por alguna razón. En estos casos el tercero debe ponderar entre los interés en conflicto y actuar conforme a cuál sería la voluntad del titular, no buscando lo que razonablemente hubiera hecho haciendo una valoración de la razonabilidad desde un punto de vista objetivo o general, sino como se hubiera comportado realmente la persona concreta, llegando incluso a respetar la *voluntad irracional* del titular del bien jurídico³⁸. En el consentimiento presunto lo determinante es la probabilidad *ex ante* de que el perjudicado consentiría, de forma que con la información que posee el sujeto activo en el momento en el que se dispone a actuar sea razonable pensar que aquel consentiría, siendo irrelevante que *a posteriori* la víctima, contra todo pronóstico, no aprueba la acción realizada³⁹.

En la actualidad la doctrina discute sobre si el carácter del consentimiento presunto, sea cual sea su naturaleza, es el de eximente de responsabilidad criminal autónoma.

Un sector minoritario niega que lo sea. Esta es la tesis que defienden en la doctrina española Cobo del Rosal/Vives Antón⁴⁰, argumentando que el consentimiento presunto no es una eximente autónoma debido a la ausencia de una regulación específica del consentimiento presunto y la inviabilidad de su fundamentación a través del art. 20.7 CP, referido a la exención por el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, o en cumplimiento del deber. Esta postura doctrinal acaba descartando la admisión del consentimiento presunto desde la consideración de que en materia de eximentes también ha de regir el principio de legalidad (queda descartada, por tanto, la aplicación de eximentes basadas en la analogía favorable al reo o en principios generales del derecho). Otro sector de la doctrina, encabezado por Cerezo Mir⁴¹, niega su autonomía entendiendo que los casos de los que se ocuparía el consentimiento presunto quedan ya abarcados y resueltos a través de la causa de justificación del estado de necesidad (20.5° CP) o mediante el cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho (20.7° CP)⁴².

³⁸ MEZGUER, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo I, 2ª, 1946, 413 y ss.

³⁹ MIR PUIG, *Derecho Penal Parte General*, 10ª, 2016, 534.

⁴⁰ COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal: parte general*, 5ª, 1999, 497-500.

⁴¹ CEREZO MIR, *Curso de derecho penal español: parte general. II, Teoría jurídica del delito*, 6º, 1998, 346 y 347.

⁴² De la misma opinión, entre otros: ANTÓN ONECA, *Derecho Penal, I, Parte general*, 1949, 262; ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal, I, La actividad curativa (Licitud y responsabilidad penal)*, 1981, 366; CPC 17 (1982), 278.

La otra parte de la doctrina sí admite la autonomía del consentimiento presunto como causa eximente. En este grupo se han de citar, en la doctrina alemana, a autores tan relevantes como Maurach-Zipf⁴³ o Roxin⁴⁴, quienes alegan que el consentimiento presunto sí es una causa de justificación autónoma diferenciada del consentimiento y del estado de necesidad. También en la doctrina española se admite la autonomía del consentimiento presunto como eximente, discutiendo sobre el alcance o ámbito de aplicación de la misma y, en otro orden de cosas, también sobre su naturaleza jurídica. En concreto, se admite sin discusión cuando la conducta amparada por el consentimiento presunto afecta a un bien jurídico personal o individual disponible por su titular⁴⁵, centrándose la discusión en aquellos casos en los que la conducta va a afectar a un bien jurídico personalísimo e indisponible, en particular cuando el bien jurídico en peligro es la vida sujeto pasivo, pues en estos casos se opta por resolver la situación de conflicto a través del estado de necesidad, descartando la aplicación del consentimiento presunto⁴⁶. En realidad la discusión se plantea en la hipótesis de que a través de una u otra eximente se puede llegar a un resultado diferente: porque en la situación de peligro para la vida o integridad física, la actuación a través del estado de necesidad estaría justificada (y esto significaría que el médico ha de intervenir para salvar la vida del sujeto pasivo), aun cuando el sujeto afectado presumiblemente no hubiera consentido la intervención, pero no sucedería lo mismo con el consentimiento presunto, para el caso de que se pudiera llegar a presumir, de manera razonable *ex ante*, que el sujeto pasivo no consentiría la intervención que salvaría su vida o evitaría el daño a su integridad física (en este caso, a través del consentimiento presunto, se justificaría la no intervención objetivamente salvadora de la vida o integridad física del sujeto pasivo). En parte relacionado con lo explicado hasta aquí, en la doctrina española sí se admite la autonomía del consentimiento presunto, pero solo para el caso de que su naturaleza sea el de la causa de atipicidad. Esto significa que, obviamente, el consentimiento presunto solo puede operar en los bienes jurídicos disponibles. Esta tesis es defendida por De la Mata Barranco⁴⁷, aplicado a los

⁴³ MAURACH/ZIPF, *Derecho Penal Parte general*, I, 1994, 490 ss.

⁴⁴ ROXIN, *Derecho penal. Parte general. Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, 1997, 765.

⁴⁵ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *El consentimiento en el Derecho Penal*, 1999, 15 ss.; *Tratado de Derecho Penal Parte General*, 2010, 552 y 553; CUELLO CONTRERAS, *El Derecho Penal Español. Parte General. Nociones introductorias. Teoría jurídica del delito*, 3ª, 2002, 740 ss.; ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, *El consentimiento en Derecho Penal*, 2014, 222 ss.

⁴⁶ MIR PUIG, *Derecho Penal Parte General*, 10ª, 2016, 533-534.

⁴⁷ DE LA MATA BARRANCO, en: *H-Roxin*, 1997, 403.

delitos patrimoniales, o Morillas Cueva⁴⁸, quien entiende que el consentimiento puede aparecer como consentimiento expreso o como presunto, siendo ambos parte de lo mismo y, por lo tanto, le da al presunto la misma naturaleza que tiene el expreso, la de causa de atipicidad.

Especial mención requiere la posición doctrinal de Luzón Peña, quien admite la autonomía del consentimiento presunto como eximente y, además, le otorga, como al consentimiento real, una naturaleza tripartita. Así, este autor⁴⁹ afirma que el consentimiento presunto: “será una causa de exclusión de la antijuridicidad -basada muchas veces sólo en la falta de desvalor de acción, aunque a veces también en la falta de desvalor del resultado- cuando se trate de una presunción de un consentimiento excluyente de toda la antijuridicidad (causa de justificación o incluso causa ya atipicidad por falta de toda relevancia jurídica), pero sólo es una causa de exclusión de la tipicidad penal cuando la presunción se refiera a un consentimiento real excluyente a su vez sólo de la tipicidad penal[...]. Pero en algunos supuestos de conductas de consentimiento presunto absolutamente cotidianas y normales [...] la falta de antijuridicidad irá unida a la adecuación social de la conducta y por ello tal consentimiento presunto será una causa de atipicidad por falta de entrada de toda relevancia jurídica. Por consiguiente, en definitiva la clasificación de la naturaleza del consentimiento presunto es también tripartita”.

d) Consentimiento real, expreso o tácito

En relación con el consentimiento real se distingue entre expreso y tácito:

Como se ha explicado anteriormente, el consentimiento real es el prestado por el titular del bien jurídico afectado, antes o simultáneamente a la realización de la acción descrita en la figura delictiva, ya que si fuera prestado posteriormente se trataría de una mera ratificación, como mucho se podría estar ante el perdón, pero nunca sería consentimiento⁵⁰.

Este consentimiento real se pueda manifestar mediante una declaración expresa e inequívoca del sujeto pasivo, lo que sería consentimiento expreso, de forma verbal o por

⁴⁸ MORILLAS CUEVA, en: *H-Rodríguez Ramos*, 2013, 161.

⁴⁹ LUZÓN PEÑA, *RD* 38 (2013), 10-11; *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, 3ª, 2016, 358.

⁵⁰ DE LA GÁNDARA VALLEJO, *Consentimiento, bien jurídico e imputación objetiva*, 1995, 118; RÍOS ARENALDI, *PCRE 1* (2006), 6; ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, *El consentimiento en Derecho Penal*, 2014, 179-182.

escrito, o utilizando otros medios en los que quede constancia la manifestación de la voluntad del sujeto pasivo. Pero el consentimiento también se puede manifestar de forma tácita a través de un comportamiento claro e inequívoco, de forma que no quede duda de que el tercero actúa con consentimiento y conociendo que esa es la voluntad del sujeto pasivo.

Generalmente se deja libertad al sujeto pasivo para que manifieste su voluntad en la forma que estime conveniente. Pero en algunas ocasiones, para mayor seguridad jurídica, se exige una determinada forma de manifestación del consentimiento. Así, por ejemplo, en los arts. 155 y 156 CP (en el consentimiento en las lesiones) se exige que el consentimiento se emita de manera expresa. Y en el art. 8.2 LAP se establece en qué supuestos ha de otorgarse el consentimiento de manera verbal y cuándo habrá de ser por escrito.

e) Consentimiento en la lesión y en el riesgo

La exigente ha de ser puesta en relación con la figura delictiva que va a ser realizada. Esto supone que, al igual que existen delitos de lesión y delitos de peligro, el consentimiento puede ir referido a la lesión o solo al riesgo respecto del bien jurídico involucrado por la acción que va a realizarse bajo su amparo.

La cuestión es si el mero consentimiento en el riesgo podría en algún momento ser eficaz, lo que depende de cómo se formule el bien jurídico, de si se está ante delitos de peligro o de lesión y, para parte de la doctrina, también va a depender de si nos encontramos en delitos dolosos o imprudentes.

En los delitos de lesión, en los cuales el sujeto pasivo ha consentido solo en el riesgo, pero la conducta del sujeto activo llega a lesionar el bien jurídico, en principio el consentimiento no sería eficaz, pues no basta con que se consienta en el peligro, el titular del bien jurídico ha de consentir en la eventual lesión. La solución definitiva, sin embargo, ha de realizarse a través del análisis de la imputación objetiva (elemento implícito en los delitos de resultado), donde ha de ser analizado el criterio de autopuesta y heteropuesta en peligro, supuestos en los que la víctima consiente en que el tercero realice una conducta peligrosa o cuando es la propia víctima la que interviene realizando la conducta peligrosa en coautoría con el tercero, siendo consciente de la peligrosidad de la acción y el riesgo que supone para el bien jurídico. En los supuestos en los que se pueda recurrir a la aplicación de estos criterios de imputación objetiva, sí se podrá afirmar que el

consentimiento en el riesgo es suficiente para eximir de responsabilidad penal, eso sí, la exención no se afirmará a través de la eximente del consentimiento, sino porque no se puede afirmar que el resultado sea imputable objetivamente a la acción realizada por el sujeto activo (por tanto, porque no se ha cumplido un requisito o elemento del tipo objetivo, la imputación objetiva). En otras ocasiones en las que el sujeto activo ha consentido en el riesgo, no en la lesión del bien jurídico, la exención también se podrá plantear a través de la aplicación del riesgo permitido, otro criterio que ha de ser analizado para afirmar la imputación objetiva del resultado a la acción realizada por el sujeto activo⁵¹.

En los delitos de peligro, en los casos en que el tipo protege un bien jurídico individual, como el tipo no requiere la lesión, sino que pretende evitar ya la puesta en peligro del bien jurídico individual y disponible, obviamente el consentimiento en el riesgo sin duda sí será suficiente. Por ejemplo, si se considera que el delito de alzamiento de bienes es un delito de peligro para los derechos de crédito (art. 257 CP), entonces, dado que los derechos de crédito son disponibles, si solo hay un acreedor, bastará para la exención con que este consienta en el alzamiento de los bienes de su deudor y en el riesgo de que por ello no pueda, más adelante, satisfacer su deuda⁵².

Por último, en los casos de delitos de lesión e imprudentes donde existe un consentimiento en el riesgo y se llega a producir la lesión, un amplio sector de la doctrina entiende que cuando existe aquiescencia sobre el riesgo, sobre la acción peligrosa, este consentimiento será suficiente para excluir la tipicidad o la antijuridicidad del resultado lesivo⁵³. Esta efectividad del consentimiento en el riesgo se ha planteado también en el homicidio imprudente, al margen de los supuestos en los que se pueden resolver a través de los criterios de imputación objetiva anteriormente formulados, recurriendo al argumento de que el sujeto pasivo que consiente en el riesgo está ejerciendo el derecho a su libre autodeterminación personal⁵⁴.

⁵¹ Para más detalles sobre los criterios de imputación objetiva, a través de los cuales se puede excluir la responsabilidad penal cuando el sujeto pasivo ha consentido en la acción peligrosa, DE LA GÁNDARA VALLEJO, *Consentimiento, bien jurídico e imputación objetiva*, 1995, 172; MACHADO RODRÍGUEZ, *DPC 95* (2012), 45; MIR PUIG, *Derecho Penal Parte General*, 10ª, 2016, 529 ss.

⁵² LUZÓN PEÑA, en: *H-Suárez Montes*, 2013, 383; *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, 3ª, 2016, 366, 344 ss.

⁵³ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *El delito de lesiones*, 1982, 75-84; ROMEO CASABONA, *CPC 17* (1982), 289; CERESO MIR, *Curso de Derecho penal español: parte general. II, Teoría jurídica del delito*, 6º, 1998, 344 y 345.

⁵⁴ MIR PUIG, *Derecho Penal Parte General*, 10ª, 2016, 529 y 530.

II. NATURALEZA DEL CONSENTIMIENTO

1. Naturaleza del consentimiento: justificación o exclusión de la tipicidad

Las diferentes teorías en torno al consentimiento, su fundamento y sus efectos en la teoría jurídica del delito son elaboraciones doctrinales. Pues, ante la falta de disposiciones legales sobre esta figura, la doctrina ha creado sus propias conclusiones mediante la inducción de los tipos concretos de la parte especial de los diferentes CP y, por otra parte, deduciéndolas teleológicamente del concepto de delito⁵⁵.

La ubicación sistemática del consentimiento en la teoría del delito, como causa de justificación o de atipicidad, tiene importantes consecuencias en la práctica, haciendo variar las soluciones en casos como el tratamiento del error o en la determinación de la estimación de la consumación. Además, también tiene implicaciones o consecuencias en materia de codelincuencia, ya que también está en cuestión el principio de accesoriadad de la participación, planteándose diferentes consecuencias dependiendo, eso sí, de la aplicación del principio de accesoriadad mínima o limitada de la participación⁵⁶.

Tradicionalmente se ha defendido una concepción monista en la que el consentimiento únicamente actuaba como causa de justificación; en la evolución de la teoría del delito esta postura cambia, desde una concepción también monista, pasando a plantear su naturaleza como causa de atipicidad. La siguiente fase evolutiva en torno a la naturaleza jurídica de esta eximente hace surgir las teorías diferenciadoras o dualistas que, mayoritarias en la actualidad, distinguen el consentimiento como causa de exclusión de la tipicidad y el consentimiento excluyente de la antijuridicidad⁵⁷.

⁵⁵ Así lo afirma SEGURA GARCÍA, *El consentimiento del titular del bien jurídico en Derecho Penal*, 2000, 26 y 27.

⁵⁶ Advierte sobre las consecuencias prácticas que se derivan de la naturaleza jurídica de la eximente, como causa de atipicidad o como causa de justificación, entre otros, CASAS BARQUERO, *El consentimiento en el Derecho Penal*, 1987, 40. Para más detalles sobre los efectos que se producen de la aplicación de una causa de atipicidad o de una causa de justificación, por todos, LUZÓN PEÑA, *Lecciones de Derecho Penal. Parte general*, 3ª, 2016, 356 ss.

⁵⁷ Sobre esta evolución en torno a las distintas posturas doctrinales sobre la naturaleza jurídica del consentimiento, entre otros, ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, *El consentimiento en Derecho Penal*, 2014, 111 y 112.

2. Teorías monistas o unitarias

La doctrina tradicional⁵⁸ concibe el consentimiento exclusivamente como una *causa de justificación* de la conducta típica pues, a pesar de que concurre el consentimiento del sujeto afectado, aquella sí está lesionando el bien jurídico.

Los defensores de esta teoría fundamentan las causas de justificación en dos principios: ausencia de interés e interés preponderante. Todas las eximentes con esta naturaleza se basan en el segundo principio, excepto el consentimiento, que se fundamenta en el principio de ausencia de interés, entendiendo que si el sujeto pasivo presta su consentimiento entonces ya no hay interés estatal en la protección del bien jurídico que va a resultar afectado por la conducta llevada a cabo por el sujeto activo y consentida por el sujeto pasivo: si el sujeto pasivo renuncia a la protección de su bien jurídico, tampoco el Estado tiene interés en la protección de ese bien jurídico, por tanto, la conducta realizada no puede estar prohibida⁵⁹.

Pronto los partidarios de la teoría monista del consentimiento como causa de justificación modifican su postura, no desde la concepción sobre la naturaleza jurídica de la eximente, sino sobre el principio que fundamenta la eximente. En concreto, se descarta que las causas de justificación se puedan fundamentar en el doble principio de ausencia de interés e interés preponderante, en concreto, rechazan que el consentimiento se base en el principio de ausencia de interés. Al contrario, en esta eximente también tiene aplicación el principio de interés preponderante, entendiendo que, concurriendo el consentimiento del sujeto pasivo, el Derecho ha de reconocer que resulta prioritario o es preponderante el ejercicio de la libertad del sujeto pasivo frente al interés en la protección del bien jurídico que va a resultar afectado por la conducta que va a realizar el sujeto activo amparado por tal consentimiento⁶⁰.

⁵⁸ Así, entre otros, en la doctrina alemana, MEZGUER, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo I, 2ª, 1946, 396 y ss.; JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal Parte General*, I, 1981, 514 ss.; y en la doctrina española, ANTÓN ONECA, *Derecho Penal, I, Parte general*, 1949, 258; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal español Parte General*, 16ª, 1993, 506 ss.

⁵⁹ El autor por antonomasia que defiende el doble fundamento de las causas de justificación, en los principios de ausencia de interés e interés preponderante, siendo el consentimiento, expreso o presunto, la única causa de justificación fundamentada en el principio de ausencia de interés, es MEZGER, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo I, 2ª, 1946, 393 y ss., 396 y ss. En la doctrina española asumen esta tesis, entre otros, RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal español Parte General*, 16ª, 1993, 502 a 508.

⁶⁰ Admiten que el consentimiento, causa de justificación, también se basa en el principio de interés preponderante, entre otros, MAURACH/ZIPF, *Derecho Penal Parte general*, I, 1994, 287 ss.; LANDECHO VELASCO/MOLINA BLÁZQUEZ, *Derecho Penal español Parte general*, 10ª, 2017, 360.

Pero, apunta Jescheck⁶¹, esa libertad del titular tiene unos límites, y es que solamente debe ser válida la disposición cuando no presenta obstáculos para la comunidad, debiendo ponderarse entre la libertad personal y el interés de la comunidad que no debe ser dañado, por lo tanto se entiende que solo podrá ser eficaz el consentimiento cuando se realiza un acto dispositivo que va referido a un bien jurídico individual, nunca cuando recaiga sobre los colectivos, y siempre teniendo en cuenta el valor social de esos bienes y la perturbación sobre la comunidad que produciría su disposición. Por lo que no sería nunca eficaz el consentimiento en una conducción bajo los efectos del alcohol o en la acusación falsa. Como ya se ha comentado al inicio del trabajo, el efecto eximente del consentimiento solo puede operar cuando el bien jurídico que resulta lesionado o puesto en peligro es individual y disponible; solo aquí el Estado admite que el sujeto pasivo ejercite el derecho a disponer del bien jurídico, considerando que es también un interés preponderante.

Ya en los años sesenta-setenta del siglo pasado surge la posición antitética a esta teoría que afirma que el consentimiento es siempre *causa de exclusión de la tipicidad*⁶². Opuesta a la teoría anterior y a las teorías diferenciadoras que se explicarán más adelante.

Esta teoría se basa en la teoría liberal del bien jurídico referido al individuo, que afirma que no puede existir ninguna lesión del bien jurídico (siempre que sea disponible) cuando el titular de ese bien consiente, pues es facultad del titular disponer del bien y esa acción perjudicial consentida es una manifestación de la facultad de disponer del bien y no un menoscabo del mismo, es decir, la propia acción perjudicial es parte de la facultad de disposición, el titular tiene derecho a disponer sobre su bien y menoscabarlo⁶³.

Esta concepción del consentimiento como casusa siempre de atipicidad está basada fundamentalmente en dos pilares: unos argumentos exegéticos partiendo de la interpretación del TS⁶⁴ del texto del actual art. 4.3 CP 1995, que excluye la posibilidad de incluir en las causas de justificación las que no estuvieran literalmente reguladas en el precepto regulador de las eximentes o causas de exclusión de la responsabilidad criminal

⁶¹ JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal Parte General*, I, 1981, 516.

⁶² Así, entre otros, ROXIN, *Derecho penal. Parte general. Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, 1997, 511 ss.; BACIGALUPO ZAPATER, *Principios de derecho penal. Parte general*, 5ª, 1998, 199 ss.; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *El consentimiento en el Derecho Penal*, 1999, 8 ss.; MORILLAS CUEVA, en: *H-Rodríguez Ramos*, 2013, 144 y 145.

⁶³ ROXIN, *Derecho penal. Parte general. Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, 1997, 517 y ss.

⁶⁴ STS 15 de marzo de 1956 (Ar. 786).

(en la actualidad en el art. 20 CP), aplicando así el principio de legalidad en sentido estricto también en sede de eximentes⁶⁵ y, sobre todo, se fundamenta en la nueva concepción del bien jurídico.

La innovación consiste en conceptualizar el bien jurídico como la relación entre el poder de disposición del titular y el objeto de referencia sobre el que dispone. Por lo tanto si entendemos como bien jurídico ese dominio del titular, lo que se protege realmente es la libertad de disposición del particular sobre el objeto, y no el objeto sobre el que se dispone, y aunque con la acción consentida de un tercero se menoscabe el bien no se perjudicaría realmente el bien jurídico, ya que la voluntad del titular no se ha visto dañada y, en consecuencia, la acción será atípica⁶⁶.

3. Teorías diferenciadoras

Estas teorías surgen en los años 50 del siglo pasado y van ganando adeptos hasta convertirse en mayoritarias. Para sus defensores el consentimiento tiene doble naturaleza jurídica, en unos casos actúa como causa de justificación y en otros como una causa de atipicidad.

Dentro de estas teorías diferenciadoras es necesario distinguir entre las teorías dualistas, que se explicarán a continuación, y distinguen entre el consentimiento como causa de justificación o como causa de exclusión de la tipicidad, y la postura doctrinal tripartita que distingue entre causa de exclusión del tipo indiciario, causa de justificación y causa de exclusión de la tipicidad penal.

a) Teorías dualistas

La tesis dualista del consentimiento, creada por Geerds⁶⁷ en 1953, distingue una doble función del consentimiento; en algunos supuestos actúa como causa de justificación (consentimiento) y, en otros, como causa de atipicidad (acuerdo)⁶⁸.

⁶⁵ Para más detalles sobre este argumento, BACIGALUPO ZAPATER, *Principios de derecho penal Parte general*, 5ª, 1998, 202 y 203.

⁶⁶ ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, *El consentimiento en Derecho Penal*, 2014, 125 y ss.

⁶⁷ GEERDS *Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafrecht*, 1953. Fue quien realizó por primera vez esta distinción de acuerdo con autores como: CEREZO MIR, en: *H-Rodríguez Devesa*, 1989, 202; ROXIN, *Derecho penal. Parte general. Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, 1997, 512; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *El consentimiento en el Derecho Penal*, 1999, 4; LUZÓN PEÑA en: *H-Suárez Montes*, 2013, 386.

⁶⁸ Los términos *acuerdo* y *consentimiento* adaptados de los usados en la doctrina alemana (*Einverständnis* y *Einwilligung*) no resultan excesivamente convincentes terminológicamente a la doctrina española para diferenciar la diferente función atributiva del titular del bien jurídico, así: SEGURA GARCÍA, *El*

Comenzando por el consentimiento como causa de exclusión de la tipicidad, este se plantea en dos supuestos diferentes. En primer lugar, los más sencillos, en los casos en los que el consentimiento es parte de la estructura del tipo, esto es, se formula típicamente de forma negativa, bien de forma expresa bien de forma tácita. Para este grupo de casos se suele utilizar el término *acuerdo* y en ellos se excluye la tipicidad fácilmente, pues si concurre la voluntad del sujeto pasivo no se cumple el tipo indiciario de *actuar contra la voluntad del titular* y, por lo tanto, en ningún momento esa conducta será típica ni tampoco antijurídica⁶⁹.

En este grupo de supuestos el bien jurídico protegido es la libertad de disposición del sujeto pasivo. A título de ejemplo, cabe mencionar el delito de detenciones ilegales; este no se realizará si no se actúa contra la voluntad del detenido; si el sujeto pasivo quiere o consiente en ser retenido o detenido no habrá conducta típica, pues no se ve afectado o lesionado el bien jurídico protegido, la libertad de disposición sobre la libertad ambulatoria⁷⁰.

Dentro del consentimiento como causa de atipicidad se encuentra un segundo grupo de supuestos, aquellos en los que el bien jurídico protegido resulta dual o doble, uno de ellos es la capacidad de disposición del sujeto pasivo⁷¹. A este segundo grupo pertenecen, ejemplificativamente, los delitos como el hurto o el allanamiento de morada, en los que el ataque no va dirigido solamente contra la voluntad del sujeto pasivo, sino que se perjudican también otros bienes⁷².

Tanto en uno como en otro grupo de casos la solución cuando concurre el consentimiento es la misma, la voluntad del sujeto pasivo elimina cualquier lesión o peligro hacia el bien jurídico y, en consecuencia, la acción es totalmente atípica e inofensiva⁷³. Si, por ejemplo, el sujeto pasivo consiente en una relación sexual, en tal caso no se produce o realiza la

consentimiento del titular del bien jurídico en Derecho Penal, 2000, 55; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *El consentimiento en el Derecho Penal*, 1999, 5. Por esta razón algún autor prefiere el término *conformidad* en lugar de *acuerdo* para la traducción de *Einverständnis*. Así DE LA GÁNDARA VALLEJO, *Consentimiento, bien jurídico e imputación objetiva*, 1995, 75, nota 41.

⁶⁹ SEGURA GARCÍA, *El consentimiento del titular del bien jurídico en Derecho Penal*, 2000, 55 ss.

⁷⁰ CASAS BARQUERO, *El consentimiento en el Derecho Penal*, 1987, 31 y 32; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal: parte general*, 9ª, 2015, 369 y 370.

⁷¹ Sobre este segundo grupo de casos de consentimiento como causa de atipicidad, CASAS BARQUERO, *El consentimiento en el Derecho Penal*, 1987, 31; ROXIN, *Derecho penal. Parte general. Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, 1997, 515 ss.

⁷² Para más detalles sobre estos ejemplos de consentimiento como causa de atipicidad, CEREZO MIR, *Curso de derecho penal español: parte general. II, Teoría jurídica del delito*, 6ª, 1998, 327 ss.

⁷³ COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal: parte general*, 5ª, 1999, 491.

acción típica, precisamente por concurrir el consentimiento. No se produce la lesión del bien jurídico, sino que se está ante el ejercicio de la libertad dispositiva, o la capacidad de disposición en torno al bien jurídico, una situación justamente contraria a lo que se ha de entender como lesión o afectación del mismo.

Por otra parte, el consentimiento en otros supuestos actúa como causa de justificación.

En los delitos en que el tipo protege únicamente el bien jurídico, siendo este disponible, y no se salvaguarda al mismo tiempo la libertad de disposición del bien del titular, como en el delito de injurias, el consentimiento actuará solamente como causa de justificación. Ya que, el bien jurídico no está compuesto por voluntad y objeto, cuando el tipo indiciario protege únicamente el bien jurídico la voluntad no está en el tipo y el consentimiento solamente podrá ser causa de justificación, siendo imposible que sea causa de exclusión de la tipicidad, pues la voluntad no forma parte del tipo⁷⁴.

Con anterioridad se ha expuesto la tesis monista que defiende la naturaleza del consentimiento como causa de atipicidad alegando, entre otros argumentos, el principio de legalidad. Esto es, como se ha comentado anteriormente, no puede aceptarse que el consentimiento tenga naturaleza de causa de justificación porque no aparece regulado legalmente entre las eximentes del art. 20 CP y fuera de este precepto no pueden admitirse eximentes so pena de vulnerar el principio de legalidad. Frente a este argumento, la tesis dualista que ha defendido la doble naturaleza también como causa de justificación no ve ningún obstáculo para su defensa desde el principio de legalidad. Para algunos autores, como Cobo del Rosal/Vives Antón⁷⁵, porque el consentimiento encaja en el art. 20.7ª CP, como un supuesto especial de ejercicio legítimo de un derecho, otorgando al sujeto activo el derecho a realizar la conducta típica. Otros autores, como Mir Puig⁷⁶, fundamenta los efectos justificantes del consentimiento mediante la aplicación directa del art. 10 CE⁷⁷, como una forma de justificar aquellas conductas típicas que aparezcan en el marco del libre desarrollo del que consiente y, por otra parte, el consentimiento no aparece entre las eximentes del art. 20 CP, pero sí aparece como causa de justificación en algunos delitos

⁷⁴ ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal, I, La actividad curativa (Licitud y responsabilidad penal)*, 1981, 300 ss.; CPC 17 (1982), 276; CEREZO MIR, *Curso de derecho penal español: parte general. II, Teoría jurídica del delito*, 6º, 1998, 326 ss.

⁷⁵ COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal: parte general*, 5ª, 1999, 492.

⁷⁶ MIR PUIG, *Derecho Penal Parte General*, 10ª, 2016, 525.

⁷⁷ 10 CE: “1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”.

de la parte especial, como en el caso de las lesiones del art. 156 CP. Finalmente, en este punto sobre la admisión o no del consentimiento como causa de justificación, ha de recordarse que no todos los autores descartan la aplicación de eximentes supralegales, o basadas en principios generales del derecho, porque el principio de legalidad rige de manera rigurosa y estricta en el ámbito de la tipicidad, no sucede lo mismo en el ámbito de la justificación o, en general, en la exención de la responsabilidad⁷⁸. Desde esta perspectiva, algunos autores, como Casas Barquero⁷⁹, recurren al principio de ponderación de intereses para explicar la naturaleza del consentimiento como causa de justificación, tal como se ha explicado en el apartado anterior.

b) Teoría tripartita de Luzón Peña

La tesis tripartita defiende una triple naturaleza en la eximente del consentimiento porque en el consentimiento como causa de atipicidad se plantea un doble significado, añadiendo una división más que las anteriores teorías dualistas. Por eso, el consentimiento queda dividido en causa de exclusión del tipo indiciario, causa de justificación y causa de exclusión solamente de la tipicidad penal.

Para Luzón Peña⁸⁰ las teorías explicadas hasta ahora resultan insatisfactorias. Las teorías monistas, tanto de la atipicidad como de la justificación, son inviables, pues hay casos en que el consentimiento es parte del tipo y falta desde el principio la tipicidad en la conducta y existen casos en que aun con el consentimiento (actuando como causa de tipicidad) subsiste la antijuridicidad extrapenal. Tampoco se puede decir que el consentimiento sea siempre causa de exclusión de la tipicidad porque en muchos casos aun con el consentimiento se da el tipo indiciario, en su parte positiva, pues sí se produce la lesión del bien jurídico aun con el consentimiento del sujeto pasivo⁸¹.

Respecto de las teorías dualistas, Luzón Peña critica que no tienen en cuenta que realmente hay dos clases diferenciadas de causas de exclusión de la tipicidad, no todos

⁷⁸ Sobre la posibilidad de admitir causas de exención de la responsabilidad penal desde la analogía, o a través de principios generales del derecho, véase, más ampliamente, LUZÓN PEÑA, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, 3ª, 2016, 341 ss.

⁷⁹ CASAS BARQUERO, *El consentimiento en el Derecho Penal*, 1987, 35.

⁸⁰ LUZÓN PEÑA, en: *H-Suárez Montes* 2013, 384-397; *RDP* 38 (2013), 3 ss.; *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 3ª, 2016, 356 ss.

⁸¹ La tesis de este autor se apoya en una diferente formulación de los bienes jurídicos protegidos en los delitos que protegen bienes jurídicos individuales disponibles, particularmente en los delitos contra la libertad y delitos contra la intimidad. Para este autor, el bien jurídico protegido en estos tipos penales no es simplemente la libertad, o la capacidad o facultad de disposición, sino que hay o se protege algo más o algo diferente. Para más detalles LUZÓN PEÑA, en: *H-Suárez Montes* 2013, 388, nota 20; *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 3ª, 2016, 360.

los casos se pueden explicar de la misma manera y, sobre todo, no todos producen los mismos efectos. En algunos casos se produce la lesión del bien jurídico y, por lo tanto, sí hay tipicidad, sí se cumple el tipo indiciario, ahora bien, esta lesión del bien jurídico puede estar amparada por la adecuación social, en cuyo caso falta el interés penal y jurídico general para su prohibición cuando concurre el consentimiento del sujeto pasivo. A través del consentimiento y la adecuación social, la conducta del sujeto activo no será conducta típica penalmente, y tampoco será una conducta prohibida jurídicamente por otro sector del ordenamiento jurídico. Como ejemplo cita el delito de allanamiento de morada; en este caso cuando el sujeto activo entra en morada ajena con el consentimiento de su titular, el bien jurídico sí resulta lesionado, la intimidad domiciliaria, pero al concurrir el consentimiento del titular la entrada se convierte en una conducta adecuada socialmente, absolutamente normal o habitual, por tanto, jurídicamente adecuada desde cualquier rama o sector del ordenamiento jurídico. Pero también hay otros supuestos en los que, pese a concurrir el consentimiento del sujeto pasivo, el bien jurídico sí resulta lesionado y dicha lesión no se puede considerar como adecuada socialmente; en estos casos el consentimiento, entonces, no puede actuar como causa de exclusión del tipo indiciario (lo que denomina la tesis dualista causa de atipicidad). Como ejemplo cita el delito de detenciones ilegales; aunque el sujeto pasivo preste su consentimiento en la detención o retención, el bien jurídico sí resulta lesionado (el sujeto pasivo efectivamente se ve privado de su libertad ambulatoria) y, en tal caso, la conducta del sujeto activo amparado por el consentimiento no es una conducta adecuada socialmente⁸².

En su explicación sobre la naturaleza jurídica del consentimiento, Luzón Peña⁸³ plantea su postura desde la tesis previa de la teoría del tipo como tipo global de injusto, compuesto por una parte positiva (tipo en sentido estricto), y otra negativa (ausencia de causas de atipicidad y justificación). Aplicada esta tesis a la eximente del consentimiento, este autor distingue entre el consentimiento válido con una doble naturaleza: en unos supuestos es causa de justificación (excluye el tipo negativo), en otros excluye el tipo indiciario (el tipo positivo) porque no se produce la lesión del bien jurídico protegido o es una lesión a través de una conducta amparada por adecuación social. En otras ocasiones el consentimiento es mera causa de exclusión de la tipicidad penal, es el consentimiento

⁸² LUZÓN PEÑA, en: *H-Suárez Montes* 2013, 388 y 389. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 3ª, 2016, 359 y 360.

⁸³ LUZÓN PEÑA, en: *H-Suárez Montes* 2013, 390-394; *RDP* 38 (2013), 3; *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 3ª, 2016, 360 ss. Sigue la opinión de este autor DE VICENTE REMESAL, en: LUZÓN PEÑA/MIR PUIG (coords.), *Cuestiones actuales de la teoría del delito*, 1999, 125 ss.

fáctico, esto es, excluye el tipo positivo, pero solo se anula la prohibición penal de la conducta, esto es, la conducta sigue estando prohibida por otra rama del Derecho porque no concurren todos los requisitos para que sea plenamente válido.

Causa de exclusión del tipo indiciario: Supone una falta del tipo indiciario por ausencia de cualquier ilícito, y es que en estos casos no existe tipicidad ya desde el inicio, aunque formalmente la conducta encaja en el tipo, esta no es típica. Esto puede ser debido a dos circunstancias: a la inexistencia de una lesión del bien jurídico, por lo que no hay realmente afectación del bien jurídico, como ocurre en el hurto con consentimiento (es un ejercicio de la libertad de disposición de la propiedad) o en las relaciones sexuales consentidas (ejercicio de la libertad sexual) o a la adecuación social y jurídica de la acción, aunque aquí sí se produce un menoscabo del bien jurídico este es atípico debido a que es consentido, se trata de una conducta habitual en la vida cotidiana, social y jurídicamente permitida, consecuentemente es irrelevante para el Derecho. Como ocurre con permitir a un tercero entrar en tu morada (lo que menoscaba el derecho a la intimidad) o las amputaciones médicas con fines curativos (lo que atenta contra la integridad física).

Causa de justificación: En estos casos el consentimiento es válido y permite la conducta, pero aquí la conducta sí lesiona o menoscaba el bien jurídico, por lo tanto de entrada la conducta realizada por el sujeto activo será típica; en estos casos también queda descartado que se trate de una conducta social y jurídicamente aceptada y absolutamente habitual. Pero, al tratarse de la protección de un bien jurídico individual y disponible, el consentimiento por el sujeto pasivo actuará como una causa de justificación, porque para el ordenamiento jurídico resulta prioritario o preferente el reconocimiento de la facultad dispositiva por su titular frente a la protección jurídica del bien jurídico. Este consentimiento justificante se plantea, para este autor, en los delitos como las detenciones, calumnias o injurias.

Hay que tener en cuenta que para que el consentimiento actúe en una serie de delitos (como las lesiones, art. 156 CP o las calumnias e injurias, arts. 203 ss. CP) este debe ser un consentimiento jurídicamente válido y justificante, no siendo suficiente un consentimiento fáctico no válido jurídicamente y excluyente solo de la tipicidad penal. Esto es debido a la redacción legal (como ocurre en el art. 156 CP) o al sentido de los tipos (art. 203 ss. CP). En cambio, hay otro grupo de supuestos en los que este consentimiento fáctico no válido jurídicamente y excluyente solo de la tipicidad penal sí

que será suficiente cuando de la actitud del sujeto pasivo se deduzca su voluntad libre de soportar la acción perjudicial, esto puede darse en supuestos como las detenciones.

Casus de exclusión del tipo o injusto penal (consentimiento fáctico): No excluye la antijuridicidad (el consentimiento no es jurídicamente válido), pero sí se excluye la relevancia penal de la conducta. Esto significa que el consentimiento tiene un efecto muy limitado, pues solo excluye la responsabilidad penal y criminal (no cabe imponer pena ni medida de seguridad), pero queda intacta la responsabilidad extrapenal, en particular, la civil. La posibilidad de formular esta causa de exclusión del injusto penal varía dependiendo de cada tipo y se da en algunas figuras delictivas, no en todas. Un ejemplo podría ser un menor no emancipado que regale un bien de su patrimonio, el consentimiento fáctico puede anular la responsabilidad penal (no habrá delito contra la propiedad), pero no se ve anulada la responsabilidad civil, como la obligación de devolverlo.

III. REQUISITOS

En este momento se va a proceder al análisis de los requisitos del consentimiento, tema también controvertido en la doctrina, admitiéndose dos tesis: la primera⁸⁴, mayoritaria hoy, que afirma que los requisitos del consentimiento penales deben ser autónomos diferenciados de los requisitos civiles. Y una segunda⁸⁵, cada vez más minoritaria, que defiende que los requisitos deben ser los mismos para toda la teoría general del derecho, es decir, que el consentimiento en DP debe tener los mismos requisitos que los dados por el CC para el Derecho privado.

Y por otra parte, están enlazados los requisitos del consentimiento con su naturaleza jurídica. Por un lado, entiende la doctrina⁸⁶ mayoritaria hoy en día que los requisitos son invariables, independientemente de su ubicación en la teoría general del delito, es decir, que serán los mismos para todos los casos de consentimiento, independientemente de que tenga efectos como causa de justificación o como causa de exclusión de la tipicidad. Pero

⁸⁴ ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal, I, La actividad curativa (Licitud y responsabilidad penal)*, 1981, 300, 309-310; JORGE BARREIRO, CPC, 16 (1982), 22; CEREZO MIR, en: *H-Rodríguez Devesa*, 1989, 204; *Curso de derecho penal español: parte general. II, Teoría jurídica del delito*, 6º, 1998, 328 ss.; DE LA GANDARA VALLEJO, *Consentimiento, bien jurídico e imputación objetiva*, 1995, 111 ss.; MIR PUIG, *Derecho Penal Parte General*, 10ª, 2016, 531.

⁸⁵ BUENO ARÚS, *PJ 15* (1985), 12.

⁸⁶ CEREZO MIR, en: *H-Rodríguez Devesa*, 1989, 213; *Curso de derecho penal español: parte general. II, Teoría jurídica del delito*, 6º, 1998, 334-335; ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, *El consentimiento en Derecho Penal*, 2014, 147.

una parte de la doctrina⁸⁷ tiene una opinión contraria, entendiendo que los requisitos varían dependiendo de la ubicación del consentimiento en la teoría general del delito, es decir, que tendrá requisitos diferentes cuando actúa como causa de justificación, supuestos en que será necesario pedir más requisitos, que cuando actúa como causa de exclusión de la tipicidad, donde se piden menos requisitos.

Esta diferenciación en cuanto a los requisitos dependiendo de la naturaleza jurídica del consentimiento es realizada por Luzón Peña, teniendo en cuenta además la propia configuración del consentimiento en algunos preceptos de la Parte Especial variando sus requisitos en atención a lo que se necesite de acuerdo con la redacción del tipo del delito en concreto⁸⁸.

1. Titularidad

De forma general se entiende que solamente el titular del bien jurídico es el legitimado para consentir en el comportamiento⁸⁹.

Ahora bien, el problema se plantea cuando se está ante una persona que no puede consentir porque carece de capacidad, o por otra razón (está inconsciente, por ejemplo). En estos casos se plantea la cuestión de si procede y, en caso afirmativo, en qué supuestos y bajo qué condiciones, el consentimiento a través de los representantes legales.

Como regla general, en los supuestos en que el titular no pudiera consentir podrán hacerlo por él sus representantes legales, eso sí, con limitaciones como la de no poder consentir en las llamadas decisiones personalísimas o de tipo existencial⁹⁰, como es la donación de órganos [esto no siempre es así, pues, como se verá más adelante, la LAP (art. 9.3) y la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos (art. 6 c) permiten situaciones de representación en supuestos que afectan a bienes personalísimos como la vida o la salud]. En ocasiones es el propio CP el que aclara que el consentimiento no puede ser otorgado por los representantes legales, teniendo que ser un ejercicio

⁸⁷ COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal: parte general*, 5ª, 1999, 457; GONZÁLEZ VAZ, en: ARMENDÁRIZ LEÓN (dir.), BUSTOS RUBIO (coord.), *La teoría jurídica del delito a través del sistema de casos*, 2017, 126.

⁸⁸ LUZÓN PEÑA en: *H-Suárez Montes*, 2013, 398. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 3ª, 2016, 376 y ss.

⁸⁹ Así por todos: DE LA GÁNDARA VALLEJO, *Consentimiento, bien jurídico e imputación objetiva*, 1995, 113.

⁹⁰ ROXIN, *Derecho penal. Parte general. Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, 1997, 542 Y 543; DE LA GÁNDARA VALLEJO, *Consentimiento, bien jurídico e imputación objetiva*, 1995, 113.

personalísimo del titular del bien jurídico. Así se deduce de la regulación del consentimiento en las lesiones en los arts. 155 y 156 CP.

¿Y qué pasa cuando el bien jurídico tiene varias dimensiones o implica varias facetas y/o personas? Por ejemplo, en el delito de allanamiento de morada, la morada tiene un titular, pero la intimidad de la morada implica a varias personas, todos los miembros de una familia que conviven en la misma casa. A este supuesto se ha referido Luzón Peña⁹¹, teniendo en cuenta además su particular tesis sobre la naturaleza tripartita del consentimiento. Como principio, este autor afirma que el requisito de la plena titularidad sobre el bien jurídico se va a exigir para cuando el consentimiento actúe como causa de justificación o como causa de exclusión del tipo indiciario, por tanto, para que sea jurídicamente válido de manera plena (desde cualquier rama del Derecho, no solo a efectos penales); pero en los casos en los que actúe como causa de atipicidad penal, cuando se trate de un consentimiento fáctico, no va a ser necesario que el consentimiento lo otorgue la persona con la plena titularidad del derecho o bien jurídico, puede bastar con que lo otorgue una persona con una titularidad parcial o compartida. Pone como ejemplo el delito de allanamiento de morada (art. 202 CP): delito que literalmente requiere que se actúe contra la voluntad del *morador*, pero este no tiene por qué ser el titular del domicilio, sino que puede ser cualquier persona, familiar, amiga, mayor o, incluso, menor de edad que de forma fehaciente habite en ese domicilio y cuyo consentimiento será suficiente para no caer en el tipo del 202 CP.

2. Capacidad

Uno de los temas más controvertidos en esta materia de requisitos sobre el consentimiento es el relativo a la capacidad de la persona que consiente. En la discusión también está en cuestión, primero, el bien jurídico que va a ser afectado por el acto dispositivo, segundo, la propia naturaleza jurídica del consentimiento como eximente.

Un sector de la doctrina, entre otros, Cerezo Mir⁹² o por Mir Puig⁹³, son partidarios de exigir que el sujeto que otorga el consentimiento tenga *capacidad natural de juicio*, es decir, que se puede consentir siempre que el sujeto tenga la capacidad para comprender lo que significa ese acto de voluntad y sus consecuencias, independientemente de la

⁹¹ LUZÓN PEÑA en: *H-Suárez Montes*, 2013, 398.

⁹² CEREZO MIR, *Curso de derecho penal español: parte general. II, Teoría jurídica del delito*, 6º, 1998, 329.

⁹³ MIR PUIG, *Derecho Penal Parte General*, 10ª, 2016, 531.

ubicación sistemática del consentimiento en la teoría del delito. En consecuencia, este consentimiento puede ser dado tanto por personas con discapacidad o alguna alteración psíquica, también por menores de edad, si en uno y otro caso tienen la madurez o capacidad de comprensión suficiente sobre el significado de su acto dispositivo⁹⁴. En el caso de la minoría de edad es preciso introducir una matización, pues en ocasiones en el Libro II CP se exige una determinada capacidad/edad en el menor para que su consentimiento sí resulte válido. Por ejemplo, en el caso de los abusos sexuales del capítulo II bis del Título VIII del Libro II CP, se considera que será abuso sexual no consentido el que se ejecute sobre un menor de 16 años, siendo ineficaz cualquier consentimiento del menor, a no ser que se cumplan los requisitos y condiciones exigidas en el art. 183 quater CP para reconocer validez al consentimiento otorgado por el menor de 16 años: cuando la otra parte de la relación sexual es una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez.

Otra parte de la doctrina, entre los que se encuentra Cuello Contreras⁹⁵, entiende que no hay un único requisito de capacidad para todos los casos, sino que distingue entre los supuestos en que el consentimiento excluye la tipicidad, que será necesario solo una *voluntad natural*, lo que supone que es válido el consentimiento incluso de personas que no comprendan el significado del acto de disposición (menores o personas con discapacidad); mientras que en los casos en que lo que se protege no es la libertad de la víctima, sino otro bien jurídico, en definitiva, cuando el consentimiento actúa como causa de justificación, lo que exigen es un mínimo de comprensión sobre el acto consentido.

En ocasiones la distinción en torno al requisito sobre la capacidad para consentir no se hace depender de la naturaleza del consentimiento, sino del bien jurídico que resulta afectado por el acto dispositivo. Desde esta perspectiva se diferencia entre la capacidad para consentir cuando el bien jurídico afectado es uno de carácter personal o individual, caracterizado también como personalísimo, supuesto al que se aplica la tesis acabada de explicar, y la capacidad para consentir cuando el bien jurídico es de carácter patrimonial, en este caso es necesario cumplir con los requisitos de capacidad del Derecho Civil, no

⁹⁴ Así, entiende el TC que el mero consentimiento no es suficiente si no queda clara la comprensión por parte de quien consiente de los riesgos y consecuencias de su acto dispositivo: STC 208/2013, de 16 diciembre (RTC 208).

⁹⁵ CUELLO CONTRERAS, *El Derecho Penal Español. Parte General. Nociones introductorias. Teoría jurídica del delito*, 3ª, 2002, 733. De la misma opinión, entre otros, CASAS BARQUERO, *El consentimiento en el Derecho Penal*, 1987, 83; MAURACH/ZIPF, *Derecho Penal Parte general*, I, 1994, 296; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal: parte general*, 9ª, 2015, 370.

siendo suficiente ni una voluntad natural ni una comprensión mínima⁹⁶. Algún autor ha manifestado su oposición a esta diferenciación entre bienes personales y patrimoniales, alegando que el DP es una rama autónoma, que no tiene por qué dar la misma protección que se da en el tráfico civil, pudiendo proteger más en algunos casos y necesitar otros requisitos, o en otros, los más habituales, proteger menos que el Derecho civil o incluso no considerar como punibles comportamientos que sí lo son para el Derecho Civil⁹⁷. Porque en el DP está en juego el principio de mínima intervención y carácter fragmentario, por eso que la conducta sea antijurídica desde el punto de vista del Derecho Civil no significa que también lo tenga que ser desde el punto de vista del DP (no toda conducta prohibida es penalmente prohibida).

Desde la teoría tripartita de Luzón Peña⁹⁸ también se plantean diferentes requisitos en torno a la capacidad del sujeto pasivo. Para el consentimiento jurídicamente válido, que excluye toda antijuridicidad y no solo la tipicidad penal, se requerirá plena capacidad de decisión y de comprensión del acto de disposición, es decir, la llamada en Derecho Civil, *plena capacidad de obrar*, se exige plena capacidad de comprensión de quien consiente, la capacidad de realizar actos jurídicamente válidos. Esta capacidad en el Derecho privado se corresponde con la mayoría de edad, los 18 años, y la ausencia de anomalías que provoquen la incapacidad o incapacitación. Aunque esta capacidad civil no se corresponde exactamente con la capacidad para consentir en el DP, pues hay casos de semi-imputabilidad, lo que sería una eximente incompleta en el DP, que no provocan la inimputabilidad penal, pero que pueden llegar a incapacitar civilmente.

Excepcionalmente, hay casos en que el Derecho privado otorga antes de la mayoría de edad la capacidad general de obrar, como es el caso de los menores emancipados (arts. 314-321 CC) y, por lo tanto, para el DP la emancipación implica la validez jurídica del consentimiento del menor emancipado, siempre con los límites del art. 323 primer párrafo del CC.

Existen casos en que este requisito de plena capacidad de obrar para el consentimiento jurídicamente válido es disminuido, siendo suficiente con una capacidad mínima de comprensión, incluso siendo el sujeto pasivo un menor. Esto sucede, por ejemplo, en

⁹⁶ COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal: parte general*, 5ª, 1999, 497.

⁹⁷ DE LA GÁNDARA VALLEJO, *Consentimiento, bien jurídico e imputación objetiva*, 1995, 114 y 115.

⁹⁸ LUZÓN PEÑA en: *H-Suárez Montes*, 2013, 399-404; *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, 3ª, 2016, 383-385.

supuestos como las intervenciones médico-quirúrgicas, donde debido al valor del bien jurídico en riesgo se relaja la necesidad de consentimiento otorgado por persona con capacidad de obrar, pues se está además ante una intervención médica curativa. En sentido totalmente contrario, existen tres supuestos excepcionales de consentimiento válido en las lesiones en los que se pide una capacidad de obrar superior a la habitual, son los supuestos del art. 156 CP⁹⁹, que serán explicados con detenimiento más adelante.

En el consentimiento jurídicamente válido se plantea la duda de cómo resolver los casos de las decisiones irrazonables adoptadas por una persona con plena capacidad de obrar, decisiones que son peligrosas y que pueden tener graves consecuencias para ella, pero que aun comprendiéndolo son consentidas. Se cita como ejemplo el caso en el que un dentista extrajo los empastes a una paciente que se ofuscó en que eran la causa de sus dolores de cabeza, a pesar de que tras su examen los médicos le informaron de que esa no era la causa de sus dolores y que extraerlos no solucionaría nada. En estos casos, la doctrina mayoritaria¹⁰⁰ entiende que ese consentimiento, aunque sea insensato, debe ser respetado, pues el Derecho también protege la libertad de tomar decisiones desfavorables. Esto tiene como excepción, matiza Luzón Peña, “si los estados anímicos de preocupación, obsesión, estados afectivos, pasionales o emocionales o las alteraciones psíquicas aunque sean ocasionales llegan a eliminar o perturbar la capacidad de comprensión y discernimiento del sujeto sobre el significado, alcance y repercusiones”¹⁰¹, en estos casos el consentimiento no será válido.

Para el consentimiento excluyente solo de la tipicidad penal, el denominado también consentimiento fáctico, la capacidad necesaria es menor, pudiendo ser suficiente con el consentimiento de un menor o de una persona con discapacidad o con una capacidad de comprensión mínima. La razón es que en este caso el consentimiento solo sirve para excluir la relevancia penal de la conducta, elimina la sanción penal, pero no está implicando que la conducta realizada bajo el amparo de este consentimiento esté justificada desde otra rama del Derecho. Ahora bien, en ocasiones será el propio DP el

⁹⁹ Esta mayor exigencia es consecuencia de la propia regulación legal, por lo que también los autores partidarios de la explicación genérica sobre el requisito relativo a la capacidad del que consiente también han de introducir esta matización. Es el caso, entre otros, de CEREZO MIR, *Curso de derecho penal español: parte general. II, Teoría jurídica del delito*, 6º, 1998, 337 ss.; MIR PUIG, *Derecho Penal Parte General*, 10ª, 2016, 528-530.

¹⁰⁰ Entre muchos: ROXIN, *Derecho penal. Parte general. Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, 1997, 538 y 539; LUZÓN PEÑA en: *H-Suárez Montes*, 2013, 404.

¹⁰¹ LUZÓN PEÑA en: *H-Suárez Montes*, 2013, 404.

que exija la plena capacidad de obrar, o un grado de capacidad similar, en los concretos tipos penales del Libro II CP; cuando no se establezca expresamente, será a través de la interpretación de los tipos penales que se tendrá que averiguar si se va a exigir o no la plena capacidad de obrar para que el consentimiento tenga eficacia eximente¹⁰².

3. Ausencia de vicios

El consentimiento exige concurrencia de conocimiento y voluntad por parte del titular del bien jurídico que dispone. Pero existen unos supuestos en los cuales, aunque existe esa voluntad del sujeto pasivo, no se puede afirmar que exista consentimiento, estos supuestos con los casos de consentimiento otorgado mediante *engaño, error y amenaza o coacción*¹⁰³.

a) Engaño

Sobre la eficacia del consentimiento otorgado con engaño algunos autores¹⁰⁴ entienden que es necesario diferenciar cuando este vicio afecta al bien jurídico y cuando afecta al motivo (finalidad) para consentir, de esta forma no es válida la aquiescencia cuando ese error provocado por el engaño afecte a los bienes jurídicos de los que se dispone, de forma que el sujeto pasivo al consentir no sabe sobre qué bien está recayendo ese consentimiento. Por ejemplo, A consiente que B le ponga una inyección pero A no sabe que tiene efectos perjudiciales para la salud.

Diferente es el caso en que el engaño afecta a la finalidad que busca el sujeto pasivo con la renuncia del bien jurídico, es decir, la contraprestación esperada, en ese caso no sería un engaño sobre los bienes jurídicos y el consentimiento sí tendría eficacia. Un ejemplo sería: A quiere donar sangre por dinero, pero una vez realizado no le pagan.

Apoya esta tesis Roxin¹⁰⁵, pero matiza que la ineficacia del consentimiento no puede limitarse a los engaños sobre el bien jurídico, sino que tampoco será eficaz el

¹⁰² LUZÓN PEÑA en: *H-Suárez Montes*, 2013, 405; *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, 3ª, 2016, 365 y 366.

¹⁰³ De manera genérica, sobre los vicios que anulan la validez del consentimiento, ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal, I, La actividad curativa (Licitud y responsabilidad penal)*, 1981, 348 ss.; MORILLAS CUEVA, en: *H-Rodríguez Ramos*, 2013, 148.

¹⁰⁴ Entre otros: en la doctrina alemana MAURACH/ZIPF, *Derecho Penal Parte general, I*, 1994, 297; o en la doctrina española JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de derecho penal. IV, El delito. Parte 2, Las causas de justificación*, 3ª, 1976, 598.

¹⁰⁵ ROXIN, *Derecho penal. Parte general. Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, 1997, 547.

consentimiento, como excluyente de la tipicidad, cuando el error afecta al fin altruista que ha supuesto para el titular la razón para consentir.

Mientras, para otra parte de la doctrina¹⁰⁶ también puede incluirse en la irrelevancia del consentimiento aquel que es otorgado mediante engaño sobre el motivo; en estos casos, cuando lo que se manipula es la propia libertad del sujeto, el autor del engaño será castigado mediante las reglas de la *autoría mediata*.

b) Error

Respecto a los errores no producidos por engaño, para parte de la doctrina¹⁰⁷, al igual que en los casos de engaño, solo los errores que afecten al bien jurídico serán invalidantes.

Pero en estos casos cabe matizar un supuesto especial, los supuestos en que el error venga a través de una manifestación del propio titular del bien, por ejemplo en el caso de que A le envíe a B una carta queriéndole decir que en su ausencia no recoja la fruta de su árbol, pero se olvide de poner el *no* en la nota. En estos casos se debe entender que será siempre válido, pues es responsabilidad del titular el uso del consentimiento, por ser un instrumento articulado en su interés. De forma que si consiente debe asumir la responsabilidad y el consentimiento será válido, siempre y cuando no sea revocado antes de la consumación del actor. La propia posibilidad de revocación es lo que ofrece al titular, en este tipo de errores, una seguridad suficiente, como para encima invalidar el consentimiento¹⁰⁸.

Respecto de este supuesto de error provocado por el propio titular, otros autores¹⁰⁹ comparten la tesis explicada anteriormente, al entender que el DP solo puede considerar como voluntad la manifestada al exterior, no la que se encuentra en el fuero interno, pero con excepciones; la primera es que cuando el actor conozca la verdadera voluntad del titular y use la manifestación errónea a su favor responderá. Otro caso en que no será válido el consentimiento con error no suscitado será en los tratamientos médicos, en los

¹⁰⁶ Entre otros, en la doctrina alemana, JAKOBS, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, 1997, 298 ss.; y en la doctrina española, DE LA GÁNDARA VALLEJO, *Consentimiento, bien jurídico e imputación objetiva*, 1995, 127 ss.; CUELLO CONTRERAS, *El Derecho Penal Español. Parte General. Nociones introductorias. Teoría jurídica del delito*, 3ª, 2002, 735 ss.

¹⁰⁷ Véase, entre otros, en la doctrina alemana, JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal Parte General*, I, 1981, 512 ss.; y en la doctrina española MIR PUIG, *Derecho Penal Parte General*, 10ª, 2016, 532.

¹⁰⁸ DE LA GÁNDARA VALLEJO, *Consentimiento, bien jurídico e imputación objetiva*, 1995, 120.

¹⁰⁹ ROXIN, *Derecho penal. Parte general. Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, 1997, 549-551; CUELLO CONTRERAS, *El Derecho Penal Español. Parte General. Nociones introductorias. Teoría jurídica del delito*, 3ª, 2002, 738 y 739.

que existe un deber jurídico de aclaración experta, donde el médico tiene que asegurarse de que el paciente comprende realmente en que va a consistir la intervención, así como sus riesgos y consecuencias, y si no fuera así el consentimiento no será válido. Obviamente, en los casos en que es el sujeto activo quien ha provocado el engaño será responsable como autor mediato.

Por otra parte, puede suceder que la propia ley le siga atribuyendo eficacia a la aquiescencia dada con error o engaño, como ocurre en el delito de agresión sexual, en el cual el tipo pide violencia o intimidación, de forma que si hay consentimiento, incluso si este es erróneo excluirá el delito. En este caso, si hay engaño se podrá estar ante un delito de abuso sexual, siempre y cuando el engaño sea provocado por el actor¹¹⁰.

Finalmente, Luzón Peña¹¹¹ analiza con más detenimiento el posible efecto invalidante el consentimiento motivado por el error, esté o no provocado por el engaño. De esta forma, respecto del error, si este, provocado o no por engaño, afecta al conocimiento y comprensión del sujeto pasivo respecto de algún elemento del hecho típico, entonces ese consentimiento será ineficaz. Esta ineficacia del consentimiento por desconocimiento del tipo no será únicamente por error exactamente sobre el bien jurídico o su alcance, sino que existen otros elementos del hecho típico sobre los que cualquier error puede provocar un desconocimiento esencial por parte de quien consiente sobre el alcance o la concreta forma de afectación del bien jurídico, y en esos casos el consentimiento también perderá su naturaleza excluyente de la responsabilidad penal.

Por otra parte, este autor reconoce que muchos errores afectan a la motivación de quien consiente, en ese caso, la norma general será la validez del consentimiento, pues no existirá un desconocimiento sobre los elementos de hecho típico y el error será irrelevante. Pero cuando ese error, aparentemente solo sobre la motivación, provoca que el sujeto pasivo se equivoque sobre la existencia de un elemento típico y la concreta entidad y afectación del bien jurídico, el error sí que será relevante y el consentimiento devendrá ineficaz.

El autor citado pone varios ejemplos demostrativos de que el error, aparentemente sobre la motivación, en realidad está afectando a un elemento típico. Un ejemplo de esto sería

¹¹⁰ MIR PUIG, *Derecho Penal Parte General*, 10ª, 2016, 533.

¹¹¹ LUZÓN PEÑA en: *H-Suárez Montes*, 2013, 405-415; *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, 3ª, 2016, 367 ss.

el caso de que un sujeto consiga que el morador de una casa con una deficiencia visual, le permita acceder por confundirle con su primo, cuyo aspecto físico y voz imita muy bien el intruso. Si solo contara la afectación del bien jurídico intimidad domiciliaria y libertad de permitir el acceso, podría sostenerse en este caso que el error es irrelevante y que el morador solo se ha equivocado en la motivación de por qué le ha permitido entrar. Pero existe un error relevante y un allanamiento de morada, pues el habitante del domicilio se ha equivocado y por lo tanto no ha consentido en el elemento típico sujeto activo concreto al que permite la entrada, pues es engañado sobre la identidad del intruso, siendo esa cualidad totalmente esencial y decisiva para que el sujeto pasivo otorgue el consentimiento y, por lo tanto, no hay consentimiento válido en esta situación. Otro ejemplo parecido sería cuando un hombre, tras una fiesta, se aprovecha de una chica, bebida y confusa y realiza el acceso carnal con ella en una habitación oscura, mientras ella cree que el hombre es su novio.

c) Amenaza o coacción

El consentimiento prestado bajo amenaza o coacción es un consentimiento no prestado libremente y, como tal, es irrelevante para el DP¹¹².

Una parte de la doctrina¹¹³ entiende que para que se entienda que el acto del titular del bien jurídico no es libre es necesario que se llegue al grado exigido por el delito de coacciones (art. 172 CP). De esta forma el consentimiento será válido cuando la amenaza sea fútil (por ejemplo: un hombre cohabita con una mujer bajo amenaza de revelar su edad) pero no cuando la amenaza es de importancia para el Derecho y pueda encajarse en el tipo del 172 CP (por ejemplo: un hombre cohabita con una mujer bajo amenaza de denunciarla por un delito que cometió).

Sin embargo, para otra parte de la doctrina¹¹⁴ cualquier actuación que quite la libertad (amenaza, coacción, intimidación...) será causa suficiente para la invalidez del consentimiento, incluso cuando la presión sobre la voluntad sea mínima y no violenta.

¹¹² Así también se reconoce jurisprudencialmente. Véase, entre otras, STS 159/2007, de 8 noviembre (RJ 247); STS 1228/2011, de 16 noviembre (RJ 1535).

¹¹³ ROXIN, *Derecho penal. Parte general. Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, 1997, 550 ss.; CUELLO CONTRERAS, *El Derecho Penal Español. Parte General. Nociones introductorias. Teoría jurídica del delito*, 3ª, 2002, 739.

¹¹⁴ Entre otros: JORGE BARREIRO, *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, 1990, 95; BACIGALUPO ZAPATER, *Principios de derecho penal Parte general*, 5ª, 1998, 207; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal: parte general*, 5ª, 1999, 498.

Respecto de la intimidación o coacción realizada por tercero, es decir, cuando la coacción la realiza una persona pero es otra quien realiza la acción inválidamente consentida, la doctrina¹¹⁵ entiende que aunque la acción la haga una persona distinta de la que coacciona y esta actué de buena fe, el consentimiento del titular en ningún momento es expresión de su libertad. Otra cosa es, evidentemente, la responsabilidad penal del sujeto que actúa de buena fe, pues si cree que está actuando con el consentimiento del sujeto pasivo quedará exento de dicha responsabilidad, a través de la aplicación de la teoría del error de tipo.

Por último, entiende Luzón Peña¹¹⁶ que para que el consentimiento tenga efectos justificantes o simplemente para que excluya la tipicidad inicial por falta de relevancia jurídica, es necesario que este sea plenamente libre, es decir, que no haya sido dado bajo la influencia de ninguna violencia, coacción, amenaza o presión. Sin embargo, cuando es un consentimiento que excluye la tipicidad penal, la intensidad de los vicios depende de la configuración de cada tipo en la Parte Especial y la interpretación del mismo.

Así este autor entiende que en algunos delitos será necesario que la amenaza sea muy grave para poder decir que el consentimiento no surte efectos, y que con unas amenazas o presiones menores el consentimiento excluirá la tipicidad penal de la conducta, como ocurre en el robo por ejemplo. Mientras que en otros delitos el propio tipo indiciario exige que para que no haya delito será necesario que el consentimiento haya sido prestado con total libertad y unas mínimas amenazas ya provocaran la invalidez del consentimiento, por empleo en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, donde se han tipificado los delitos de agresiones y abusos sexuales.

4. *Momento y revocación*

Para tener plena eficacia el consentimiento deber ser prestado con anterioridad a la realización de la acción, siendo irrelevante cualquier ratificación posterior, como mucho podríamos estar ante un supuesto de perdón¹¹⁷.

¹¹⁵ Por todos: ROXIN, *Derecho penal. Parte general. Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, 1997, 551 y 552; ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, *El consentimiento en Derecho Penal*, 2014, 173 y 174.

¹¹⁶ LUZÓN PEÑA en: *H-Suárez Montes*, 2013, 415-419; *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, 3ª, 2016, 367 ss.

¹¹⁷ Así: JIMÉNEZ DE ASUA, *Tratado de derecho penal. IV, El delito. Parte 2, Las causas de justificación*, 3ª, 1976, 598; DE LA GÁNDARA VALLEJO, *Consentimiento, bien jurídico e imputación objetiva*, 1995, 118; BACIGALUPO ZAPATER, *Principios de derecho penal Parte general*, 5ª, 1998, 156; RÍOS ARENALDI, *PCRE I* (2006), 6.

Se plantea la cuestión de qué tratamiento ha de darse al caso de que el sujeto preste su consentimiento una vez iniciado el hecho, pero antes de que se haya llegado a la fase de la consumación. En este caso, dado que el consentimiento se otorga antes de que se haya realizado completamente el hecho típico, pero una vez que ha comenzado la ejecución, es decir, en la fase de tentativa, sí ha de tener alguna consecuencia o relevancia. Para un sector de la doctrina, encabezado por el autor alemán Roxin¹¹⁸, la solución a este tipo de casos ha de venir de la aplicación de la regulación de la tentativa, pues cuando el sujeto activo ha iniciado la ejecución del hecho típico, en esta fase de imperfecta ejecución aún no había sido prestado el consentimiento por parte del sujeto pasivo, por tanto, esta fase de imperfecta ejecución no puede quedar exenta de responsabilidad penal. En definitiva, el sujeto activo será castigado por un delito en grado de tentativa¹¹⁹.

Completa o matiza esta explicación Luzón Peña¹²⁰ atendiendo también al grado de conocimiento del sujeto activo sobre la existencia o no del consentimiento que va a ser otorgado durante la ejecución por parte del sujeto pasivo. Así, este autor afirma que el consentimiento dado tras el comienzo de la realización de la acción podrá atenuar completamente la conducta, porque faltará el dolo ya desde el comienzo, si el actor cuando comienza la ejecución no tiene conocimiento sobre la voluntad del sujeto pasivo, pero está convencido de que este consentiría y de hecho lo hace, es decir, este consiente antes de la consumación; sin embargo, será un caso de responsabilidad por tentativa cuando el sujeto activo comienza la acción sin conocer la voluntad del titular del bien jurídico, pero convencido también de que este no consentirá, en este caso el consentimiento posterior no eliminará toda responsabilidad por la existencia de dolo en el sujeto activo al comenzar la acción.

Una situación diferente es la que se plantea cuando el sujeto pasivo ha prestado su consentimiento, pero esta circunstancia es desconocida por el sujeto activo. O dicho de otra manera, el sujeto activo realiza la conducta típica sin saber que el sujeto pasivo, el titular del bien jurídico, lo ha consentido. En este caso está en cuestión si es necesario o no para la plena eficacia eximente del consentimiento que el sujeto activo tenga conocimiento de que el titular del bien jurídico ha realizado el acto dispositivo. En la

¹¹⁸ ROXIN, *Derecho penal. Parte general. Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, 1997, 199; *Dogmática penal y Política criminal*, 1997, 167.

¹¹⁹ De la misma opinión, entre otros, CUELLO CONTRERAS, *El Derecho Penal Español. Parte General. Nociones introductorias. Teoría jurídica del delito*, 3ª, 2002, 733.

¹²⁰ LUZÓN PEÑA en: *H-Suárez Montes*, 2013, 421 y 422; *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, 3ª, 2016, 371 y 372.

discusión sobre esta materia tiene también relevancia la postura que se defienda en torno a la naturaleza del consentimiento, pues si se plantea su naturaleza como causa de justificación la respuesta está condicionada por la postura que se defienda en torno a la existencia o no de elementos subjetivos en las causas de justificación y, para el caso de que se admita su existencia, del tratamiento jurídico-penal que ha de darse a los supuestos en los que falta este elemento subjetivo justificante, concretamente, cuando el sujeto activo actúa sin saber que concurre la situación justificante (en este caso, sin saber que el sujeto pasivo ha consentido en la realización de la conducta típica).

Por lo tanto en estos supuestos se pueden llegar a soluciones diferentes sobre qué tratamiento se debe dar al sujeto activo que desconoce la aquiescencia del titular, dependiendo de qué naturaleza jurídica tenga el consentimiento.

Primeramente, si entendemos que el consentimiento es causa de exclusión de la tipicidad la doctrina es unánime¹²¹, nos encontraremos ante un caso de *tentativa* inidónea.

No hay unanimidad si se admite que el consentimiento, siempre o en ocasiones, actúa como causa de justificación¹²². Partiendo de esta naturaleza jurídica, si el sujeto activo no sabe que concurre el consentimiento del sujeto pasivo, el problema ha de ser resuelto a través de la teoría de los elementos subjetivos en las causas de justificación, dándose así varias soluciones desde el punto de vista doctrinal.

Así, para Mir Puig¹²³, habrá que aplicar una *eximente incompleta*, debido a la falta del elemento subjetivo de justificación. Para Luzón¹²⁴ existirá una diferencia muy clara dependiendo de si el sujeto activo actúa con dolo o no, en los casos en que actúa sin conocer la voluntad del sujeto pasivo y con dolo estaremos ante una tentativa inidónea, mientras que cuando actúa sin dolo, debido a que aunque no se le ha manifestado el consentimiento del titular se deduce por otros elementos, siempre y cuando después se compruebe que esa aquiescencia existía desde el principio, entonces estará amparado el actor por la eximente.

¹²¹ Por todos: CEREZO MIR, *Curso de derecho penal español: parte general. II, Teoría jurídica del delito*, 6º, 1998, 330; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal: parte general*, 5ª, 1999, 498; MORILLAS CUEVA, en: *H-Rodríguez Ramos*, 2013, 148.

¹²² Entre otros: MEZGER, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo I, 2ª, 1946, 393 y ss., 396 y ss.; MIR PUIG, *Derecho Penal Parte General*, 10ª, 2016, 532; LANDECHO VELASCO/MOLINA BLÁZQUEZ, *Derecho Penal español Parte general*, 10ª, 2017, 360.

¹²³ MIR PUIG, *Derecho Penal Parte General*, 10ª, 2016, 532.

¹²⁴ LUZÓN PEÑA en: *H-Suárez Montes*, 2013, 421.

Otra solución será hacer responsable al sujeto activo que desconoce la concurrencia del consentimiento al actuar por el delito consumado. Así, algunos autores como Romeo Casabona¹²⁵ entienden que habrá responsabilidad por delito consumado, aunque pueda disminuirse la pena mediante atenuantes por analogía, cuando el autor no conozca la aquiescencia y, además, cuando no sea ese consentimiento una de las principales razones que le llevaron a actuar. Aun dentro de los partidarios de responsabilizar al actor con un delito consumado, difiere de los anteriores Muñoz Conde¹²⁶, quien solo exige la falta del conocimiento por parte del sujeto activo para que se le impute un delito consumado (pues el otro sector doctrinal exige como elemento subjetivo tanto el conocimiento como la voluntad de actuar amparado por el consentimiento del sujeto pasivo).

En el caso de que el autor actúe en la creencia de que existe un consentimiento que no se ha otorgado nos encontraremos ante el tratamiento del error sobre la concurrencia del consentimiento, también aquí habrá que distinguir diferentes situaciones atendiendo a la ubicación sistemática que se defiende sobre el consentimiento.

De esta forma, si entendemos que el consentimiento, ya sea en ese caso concreto donde se produce la equivocación o siempre, es una causa de exclusión de la tipicidad, este error del sujeto activo de que actúa con la aquiescencia del sujeto pasivo será, sin lugar a dudas, un error de tipo que, si es vencible, permitirá castigar el delito como imprudente, en caso de que esté tipificado el delito imprudente; si el error es invencible, se estará ante un supuesto de caso fortuito¹²⁷.

Pero si entendemos que el consentimiento es, siempre o en el caso concreto, una causa de justificación, entonces estaremos ante un error sobre las causa de justificación, lo cual podrá ser entendido como un error de tipo¹²⁸, un error con tratamiento como error de tipo¹²⁹ o un error de prohibición¹³⁰.

¹²⁵ ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal, I, La actividad curativa (Licitud y responsabilidad penal)*, 1981, 295 y 310; CPC 17 (1982), 278; en el mismo sentido CEREZO MIR, *Curso de derecho penal español: parte general. II, Teoría jurídica del delito*, 6º, 1998, 336.

¹²⁶ MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal: parte general*, 9ª, 2015, 371.

¹²⁷ DE LA GÁNDARA VALLEJO, *Consentimiento, bien jurídico e imputación objetiva*, 1995, 118.

¹²⁸ GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios de Derecho Penal*, 1990; LUZÓN PEÑA, *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, 3ª, 2016, 222 ss.

¹²⁹ MAURACH/ZIPF, *Derecho Penal Parte general*, I, 1994, 499; MIR PUIG, *Derecho Penal Parte General*, 10ª, 2016, 565 ss.

¹³⁰ ROMEO CASABONA, *ADPCP* 1981, 754 ss. MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal: parte general*, 9ª, 2015, 336 ss.

Y respecto a la *revocación*, el titular del bien jurídico puede revocar el consentimiento, prestado antes del comienzo del hecho, en cualquier momento¹³¹. Esta es una diferencia clara con el consentimiento en el Derecho Civil, pues en esta rama del Derecho no siempre es posible la revocación¹³². Hay que tener en cuenta que la revocación puede dar lugar a un error, de tipo o de prohibición, en el sujeto activo, si este no conoce que se ha producido esa revocación y continua con su acción convencido de que el consentimiento que le amparaba al inicio sigue actuando¹³³.

5. Forma

Históricamente han existido tres teorías que se plantean la cuestión relativa a la necesidad o no de que el consentimiento debe ser expresado al exterior para tener eficacia. Estas son la teoría *de la declaración de la voluntad*, la teoría *de la dirección de la voluntad* y la teoría *intermedia o de conciliación*¹³⁴.

La primera en surgir fue la teoría de la dirección de la voluntad, también conocida como teoría del negocio jurídico, que tiene su origen con la explicación del consentimiento desde la teoría civilista del *negocio jurídico*¹³⁵. En esta teoría, que actualmente está en desuso, el consentimiento es como un negocio jurídico privado, regido por las normas del Derecho Civil, por lo que sólo producía efectos jurídicos un consentimiento exteriorizado y conocido por el sujeto que va a realizar la acción¹³⁶.

¹³¹ Así, entre muchos, CASAS BARQUERO, *El consentimiento en el Derecho Penal*, 1987, 83; DE LA GÁNDARA VALLEJO, *Consentimiento, bien jurídico e imputación objetiva*, 1995, 118; ROXIN, *Derecho penal. Parte general. Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, 1997, 535 (en tanto que no exista un vínculo contractual); CERESO MIR, *Curso de derecho penal español: parte general. II, Teoría jurídica del delito*, 6º, 1998, 329; LUZÓN PEÑA, *Lecciones de Derecho Penal Parte General 3ª*, 2016, 372.

¹³² ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal, I, La actividad curativa (Licitud y responsabilidad penal)*, 1981, 309 y 310, nota 81. Sobre la revocación del consentimiento en el Derecho Civil, véase, ampliamente, MARÍN LÓPEZ, en: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (dir.)/MORALEJO IMBERNÓN/QUICIOS MOLINA (coords.), *Tratado de Contratos, Tomo I, concepto, límites, significación, requisitos, formación, forma, documentación, interpretación e integración, eficacia e ineficacia del contrato*, 2ª, 2013, 617 ss.

¹³³ DE LA GÁNDARA VALLEJO, *Consentimiento, bien jurídico e imputación objetiva*, 1995, 118 ss.; LUZÓN PEÑA en: *H-Suárez Montes*, 2013, 422.

¹³⁴ MORILLAS CUEVA, en: *H-Rodríguez Ramos*, 2013, 148 y 149; ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, *El consentimiento en Derecho Penal*, 2014, 183 y 184.

¹³⁵ La teoría del negocio jurídico fue puesta de manifiesto en ZITELMANN, *Ausschluss der Widerrechtlichkeit*, 1906, tal como citan, entre otros, BUENO ARUS, *PJ 15* (1985), 11; DE LA GÁNDARA VALLEJO, *Consentimiento, bien jurídico e imputación objetiva*, 1995, 115 y 116; ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, *El consentimiento en Derecho Penal*, 2014, 116.

¹³⁶ Por todos: SEGURA GARCÍA, *El consentimiento del titular del bien jurídico en Derecho Penal*, 2000, 136.

Posteriormente apareció la teoría de la dirección de la voluntad que postulada justo lo contrario a la anterior, afirmando que para que un consentimiento sea válido no es necesario manifestarlo hacia el exterior, sino que es suficiente con la voluntad interna del titular del bien jurídico, de forma que lo determinante no es el reconocimiento del consentimiento, sino su mera existencia en el fuero interno¹³⁷. Para muchos autores esta teoría no es válida, pues un consentimiento no expresado al exterior no tendrá nunca relevancia jurídica¹³⁸. Además, desde el punto de vista del sujeto activo, si no hay manifestación al exterior de tal consentimiento difícilmente podrá saber que cuenta con el consentimiento del titular del bien jurídico, por tanto, siempre faltará el conocimiento de su concurrencia, con las consecuencias que se derivarán de tal falta de conocimiento que se han explicado en el epígrafe anterior.

Por último está la teoría intermedia, más próxima a la tesis de la manifestación de la voluntad. Para esta teoría el consentimiento no necesita ser expreso, de forma verbal, pero sí que tiene que ser manifestado al exterior de alguna forma *reconocible*, como puede ser la actitud o el comportamiento¹³⁹. Por ejemplo, quien participa en una pelea consiente en recibir algunos golpes.

Esta tesis intermedia ha sido apoyada por la STS de 6 de marzo de 1991¹⁴⁰, en la que un particular recurre al entender que la entrada y registro de los agentes en su domicilio, donde encontraron cierta cantidad de heroína, fue ilegal por carecer de autorización judicial y hacerlo en contra de su consentimiento. Pero el tribunal dictaminó que sí existía el consentimiento por la actitud del hombre, que había estado presente antes y durante la entrada sin oponer protesta ninguna ante el acto de los agentes, entendiéndose que el particular había manifestado su voluntad al exterior con esa falta de queja y tranquilidad durante el registro y, por lo tanto, había dado su consentimiento.

¹³⁷ Por todos: ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, *El consentimiento en Derecho Penal*, 2014, 179.

¹³⁸ LUZÓN PEÑA en: *H-Suárez Montes*, 2013, 419; *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, 3ª, 2016, 371.

¹³⁹ Defienden esta postura doctrinal, entre otros, en la doctrina alemana, ROXIN, *Derecho penal. Parte general. Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, 1997, 532 y 533; y en la española, CERREZO MIR, en: *H-Rodríguez Devesa*, 1989, 205; *Curso de Derecho penal español: parte general. II, Teoría jurídica del delito*, 6º, 1998, 328 y 329; DE LA GÁNDARA VALLEJO, *Consentimiento, bien jurídico e imputación objetiva*, 1995, 118.

¹⁴⁰ STS de 6 de marzo de 1991 (RJ 1920). En el mismo sentido, recientemente, STS 209/2018, de 3 mayo (JUR 125941).

IV. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO

El consentimiento informado tiene un papel decisivo en el análisis del tratamiento médico-quirúrgico y la posible exención o responsabilidad penal por delitos de lesiones y homicidio. Viene definido en el art. 3 LAP como “la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud”.

Los supuestos en que es necesario el consentimiento, cómo debe darse y quien debe hacerlo, así como la información previa que debe ser otorgada tiene una regulación específica en la LAP, a nivel nacional y, a nivel autonómico, en Castilla y León, existe la Ley 8/2003, de 8 de abril, sobre derechos y deberes de las personas en relación con la salud.

Existe un debate en la doctrina sobre la ubicación del consentimiento informado dentro o no de la *lex artis*; uno sector minoritario¹⁴¹ defiende la ubicación del consentimiento informado dentro de la *lex artis*, como un aspecto más a tener en cuenta para que el ejercicio de la profesión médica se adecúe a lo correcto en el caso concreto, sea por tanto un ejercicio justificado y legítimo; para otro sector doctrinal, dominante en la actualidad¹⁴², este es ya un elemento esencial de la misma y su exigencia constituye un eje central de la actividad sanitaria hoy en día y entienden, por lo tanto, que su vulneración, al imponer un tratamiento a un paciente hacia el que no ha manifestado su conformidad, puede conllevar distintas clases de responsabilidad, tanto penal, como civil como disciplinaria¹⁴³. En cambio, como se verá en las diferentes teorías sobre la responsabilidad sanitaria que serán explicadas más adelante, si partimos de que el consentimiento no forma parte de la *lex artis*, su falta no supondrá *per se* responsabilidad para el médico, siempre que este haya actuado conforme a la *lex artis*, al menos tal responsabilidad no se planteará desde el punto de vista de la propia intervención curativa practicada, otra cosa es, obviamente, la actuación realizada sin contar con el

¹⁴¹ ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, 2004, 236; *Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad del riesgo*, 2005, 231; MUÑOZ CONDE, en: *EP-Díaz Pita* 2008, 450 y 451.

¹⁴² Véase, entre otros muchos, FRAGA MANDIÁN/LAMAS MEILÁN, *El consentimiento informado (El consentimiento del paciente en la actividad curativa)*, 1999, 16; GALÁN CORTÉS, en: ÁLVAREZ SÁNCHEZ, (dir.), *La responsabilidad civil profesional*, 2003, 271; MARTÍNEZ GALLEGO, en: SANZ MULAS (coord.), *Relevancia jurídica del consentimiento informado en la práctica sanitaria: responsabilidades civiles y penales*, 2012, 25.

¹⁴³ JUANES PECES, *EJMF* 2 (2002), 595; MUÑOZ CONDE, en: *EP-Díaz Pita* 2008, 452.

consentimiento del paciente o, incluso, en su contra. Por mi parte, haré este trabajo entendiendo que el consentimiento informado forma parte de la *lex artis*, siendo un elemento imprescindible de la misma, cuya vulneración supone una infracción de la *lex artis*¹⁴⁴.

El paciente debe dar su consentimiento antes de cualquier actuación en el ámbito de la salud, de acuerdo con el art. 8 LAP¹⁴⁵. Y ese consentimiento debe ser manifestado, además de libremente, con la información adecuada, siendo esa necesidad de información previa al consentimiento una obligación del médico, de forma que permita al paciente dar su consentimiento conociendo la naturaleza y finalidad de la intervención, así como sus riesgos y consecuencias, tal como dispone el precepto anteriormente mencionado y el art. 5 del llamado *Convenio de Oviedo* (Convenio para la protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina, abreviadamente Convenio sobre los Derechos Humanos y la Biomedicina) de 4 de abril de 1997)¹⁴⁶.

Cualquier tratamiento médico conlleva una afectación de la libertad, en concreto, en algunos casos a la libertad ambulatoria, protegida en el art. 17.1 CE, en otros casos a la libertad ideológica, protegida en el art. 16 CE, y de la integridad personal¹⁴⁷, entendida como la integridad física y moral del paciente¹⁴⁸, integridad que está protegida en el art. 15 CE, en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea¹⁴⁹ y en la LAP.

¹⁴⁴ Así se establece también en la jurisprudencia, entre otras sentencias: STS de 15 de noviembre de 2006 (RJ 8059); STS 29 de junio de 2008 (RJ 4256).

¹⁴⁵ Ya tenía la misma opinión al respecto la doctrina con anterioridad a la aprobación de la LAP. Así, por todos: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *El consentimiento en el Derecho Penal*, 1999, 32

¹⁴⁶ Art. 5 Convenio para la protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio sobre los Derechos Humanos y la Biomedicina) Oviedo, 4 de abril de 1997: “Una intervención en el ámbito de la sanidad sólo podrá efectuarse después de que la persona afectada haya dado su libre e informado consentimiento. Dicha persona deberá recibir previamente una información adecuada acerca de la finalidad y la naturaleza de la intervención, así como sobre sus riesgos y consecuencias”.

¹⁴⁷ Otros autores en lugar de integridad personal se refieren, con un concepto unitario de bien jurídico, a la *salud* (entendida en sentido muy amplio) lo que tendrá relevantes consecuencias en el tratamiento jurídico-penal del tratamiento médico realizado sin consentimiento informado (que será explicado posteriormente). Así, entre otros, ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal, I, La actividad curativa (Licitud y responsabilidad penal)*, 1981, 286; JORGE BARREIRO, *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, 1990, 81; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *El consentimiento en el Derecho Penal*, 1999, 25 ss.; *Tratado de Derecho Penal Parte General*, 2010, 587 ss.

¹⁴⁸ Véase, en este sentido, por todos, ROMEO MALANDA, *CPC 110* (2013), 82 y 83.

¹⁴⁹ Art. 3: “Derecho a la integridad de la persona 1. Toda persona tiene derecho a su integridad física y psíquica. 2. En el marco de la medicina y la biología se respetarán en particular: el consentimiento libre e informado de la persona de que se trate, de acuerdo con las modalidades establecidas en la ley, la prohibición de las prácticas eugenésicas, y en particular las que tienen por finalidad la selección de las personas, la prohibición de que el cuerpo humano o partes del mismo en cuanto tales se conviertan en objeto de lucro, la prohibición de la clonación reproductora de seres humanos”.

De forma que la integridad personal es inviolable ante cualquier tratamiento, entendiendo que ese derecho fundamental no solo protege frente a las lesiones en la integridad física y moral ya ocasionadas, sino también protege frente a los riesgos relevantes que tenga posibilidad de dañar el bien jurídico.

El consentimiento es la salvaguarda de esta integridad física y moral, protege no solo de las posibles lesiones, sino de cualquier intervención y modificación en esos bienes sin el consentimiento del titular¹⁵⁰.

Además, la información es un elemento y presupuesto esencial de la *lex artis*¹⁵¹, entendida esta como “aquella suma de reglas generales de carácter técnico, máximas de experiencias y conocimientos emitidos que han sido aceptados y probados por la comunidad científica, y que resultan aplicables al conjunto de la actividad médico-sanitaria”¹⁵². Pero la *lex artis* es un concepto dinámico, sometido a cambios constantes que debe ser interpretado con cierta flexibilidad¹⁵³, teniendo en cuenta, como advierte Romeo Casabona¹⁵⁴, que no se debe entender como *lex artis* exclusivamente las reglas generales aceptadas por el sector profesional, sino que se ha de tener en cuenta también la libertad de método o procedimiento de los profesionales.

Por lo tanto, para que una intervención médica sea correcta debe llevarse a cabo con dos presupuestos fundamentales: que actúe de acuerdo con la *lex artis* (dentro de la cual se encuentra el deber de información) y que se lleva a cabo mediando consentimiento del paciente¹⁵⁵.

¹⁵⁰ HERNÁNDEZ RAMOS, en: SANZ MULAS (coord.), *Relevancia jurídica del consentimiento informado en la práctica sanitaria: responsabilidades civiles y penales*, 2012, 2 y 3. Jurisprudencia apoyando esta idea, entre otras, STC 119/2001, de 29 de mayo (RTC 119); STC 206/2007, de 24 septiembre (RTC 206); y STC 37/2011, de 28 de marzo (RTC 37).

¹⁵¹ Así lo afirma, entre otros, MARTÍNEZ GALLEGU, en: SANZ MULAS (coord.), *Relevancia jurídica del consentimiento informado en la práctica sanitaria: responsabilidades civiles y penales*, 2012, 25. Como se ha comentado en el texto, que el consentimiento informado forme parte o no de la *lex artis* médica no es cuestión pacífica, pero, en todo caso, este consentimiento sí es presupuesto o condición para el ejercicio legítimo de la profesión médica, pues si falta tal consentimiento el ejercicio no es completamente legítimo, dando lugar a distintas responsabilidades jurídicas para el médico que ha actuado sin contar con tal consentimiento informado (en los casos en los que es obligatorio contar con el mismo, claro).

¹⁵² Sobre el concepto de *lex artis*, véase, por todos, HAVA GARCÍA, *La imprudencia médica*, 2001, 56 y 57.

¹⁵³ Así lo advierte, por todos, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *El consentimiento en el Derecho Penal*, 1999, 27 y 28; *Tratado de Derecho Penal Parte General*, 2010, 557 y 558.

¹⁵⁴ ROMEO CASABONA, *El médico ante el derecho: la responsabilidad penal y civil del médico*, 1985, 76.

¹⁵⁵ Para más detalles, entre otros muchos, FRAGA MANDIÁN/LAMAS MEILÁN, *El consentimiento informado (El consentimiento del paciente en la actividad curativa)*, 1999, 20; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *El consentimiento en el Derecho Penal*, 1999, 27 y 28; *Tratado de Derecho Penal Parte*

Por todo ello, cualquier procedimiento que afecte o suponga un peligro grave para la integridad debe haber sido consentido por el sujeto que va a sufrirla y, además, este debe haber manifestado su voluntad contando con la adecuada y suficiente información¹⁵⁶.

Existen casos excepcionales en los que el ordenamiento jurídico justifica la actuación sin consentimiento, tal como se explicará más adelante.

1. La información previa

Respecto al deber de información de los médicos, esta información debe ser otorgada, en concreto, por el profesional sanitario responsable de la asistencia, el que practique la intervención o el que aplique el tratamiento¹⁵⁷.

Este deber es el reverso del derecho reconocido también a los pacientes en el art. 4 LAP, reconociendo la información previa un medio esencial para tomar decisiones de acuerdo a su propia y libre voluntad¹⁵⁸. Encontrado apoyo de este derecho en el art. 10.1 CE como parte del derecho fundamental a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de su personalidad¹⁵⁹.

Según dispone el art. 5.2 LAP, esa información se dará de forma oral comprensible y adecuada a las circunstancias del paciente¹⁶⁰ (incluso en los casos de personas con discapacidad), dejando manifestación escrita, en el historial clínico, de que se le ha dado y de que ha comprendido la finalidad, naturaleza, riesgos y consecuencias de la intervención, tal como establece el art. 4.1.2 LAP.

General, 2010, 557 y 558. Este autor añade como tercer requisito que la intervención sea médicamente indicada.

¹⁵⁶ HERNÁNDEZ RAMOS, en: SANZ MULAS (coord.), *Relevancia jurídica del consentimiento informado en la práctica sanitaria: responsabilidades civiles y penales*, 2012, 3.

¹⁵⁷ Para más detalles sobre la persona sobre la que recae el deber de información, entre otros, SALVAT PUIG, en: SANZ MULAS (coord.) *Relevancia jurídica del consentimiento informado en la práctica sanitaria: Responsabilidades civiles y penales*, 2012, 15; VAQUERO PINTO, en: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (dir.)/MORALEJO IMBERNÓN/QUICIOS MOLINA (coords.), *Tratado de Contratos, Tomo III, Sección Segunda De La Contratación Común o General*, 2ª, 2013, 4174.

¹⁵⁸ Llegando incluso la jurisprudencia a condenar por daños y perjuicios a médicos por intervenciones que fueron realizadas en ausencia de esta información previa o con deficiencias en la misma. Así, entre otras, STS de 11 de mayo de 2001 (RJ 6197); STS de 15 de febrero de 2017 (RJ 583); STS de 24 de abril de 2018 (RJ 1835).

¹⁵⁹ GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal del médico*, 2008, 36; GUÉREZ TRICARICO, *El tratamiento médico curativo y su licitud: El papel del consentimiento del paciente*, 2012, 168. Así también lo reconoce la jurisprudencia. Por ejemplo, en la STS de 12 de enero de 2001 (RJ 3).

¹⁶⁰ Para más detalles sobre los factores moduladores de la información, GALÁN CORTÉS, en: ÁLVAREZ SÁNCHEZ, (dir.), *La responsabilidad civil profesional*, 2003, 295 ss.

Además, se reconoce en el art. 4.1 LAP el derecho que tiene toda persona a que “se respete su voluntad de no ser informada”, además, el art. 9.1 LAP especifica que esta renuncia deberá hacerse constar por escrito y aun será necesario recoger su consentimiento previo para la intervención. Este derecho a no ser informado está limitado por “el interés de la salud del propio paciente, de terceros, de la colectividad y por las exigencias terapéuticas del caso” (art. 9.1 LAP).

Quien debe recibir la información es el paciente, pero también pueden ser informados personas vinculadas a él, por razones familiares o de hecho, en la medida en que el paciente lo permita, tal como dispone el art. 5.1 LAP. La información a personas vinculadas al paciente será una obligación cuando, a criterio del médico, el paciente no tenga la capacidad para entenderla, tal como dispone el art. 5.2 LAP. Y quien debe entregársela no es exclusivamente el médico, sino todo personal sanitario que atienda al paciente durante el proceso tiene la obligación de informarle adecuadamente conforme a lo estipulado en la LAP¹⁶¹.

Finalmente hay que resaltar que el médico, antes de recabar el consentimiento escrito del paciente, en los casos en que sea escrito, deberá proporcionarle una información básica, que será a tenor de lo dispuesto en el art. 10 LAP:

- Las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad.
- Los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente.
- Los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención.
- Las contraindicaciones.

2. *Requisitos del consentimiento informado*

Los requisitos del consentimiento informado coinciden con los ya expuestos anteriormente del consentimiento, pero necesitan alguna matización, como la especial necesidad de capacidad de los arts. 155 y 156 CP, en cuanto afecta a los tratamientos

¹⁶¹ Véase, para más detalles, RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *RECPC 19* (2017), 52.

médicos. Recordando, sin perjuicio de las explicaciones que se darán a continuación, que estos afectan a la titularidad, la capacidad, el momento, la forma y la ausencia de vicios¹⁶².

Siguiendo la regulación establecida para el consentimiento informado en la LAP, el consentimiento será expreso¹⁶³ y, por regla general, *verbal* (art. 8.2 LAP), sin perjuicio de que en estos casos también pueda realizarse un consentimiento escrito, excepto en unos supuestos tasados, en los que el consentimiento tiene que ser obligatoriamente escrito, y son: “intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente” (art. 8.2.2º párrafo LAP). También se exige que el consentimiento informado conste por escrito en el caso de intervenciones para interrupción del embarazo (art. 13 LO 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo). También en la regulación penal sobre el consentimiento en las lesiones se exige que este sea expresamente emitido: con carácter general en el art. 155 CP, cuando el consentimiento actúa como atenuante de la responsabilidad penal, con carácter particular en el art. 156 CP, cuando el consentimiento exime de responsabilidad penal en trasplante de órganos, esterilizaciones y cirugía transexual¹⁶⁴.

Retomando la regulación contenida en la LAP, la amplitud de la cláusula a través de la que se exige el consentimiento por escrito junto con la doctrina jurisprudencial que impone la carga de la prueba del consentimiento e información previa al centro sanitario o el médico¹⁶⁵ ha conseguido que esta excepción de necesidad del consentimiento escrito se transforme en la forma habitual de prestar consentimiento¹⁶⁶.

La normalización del consentimiento escrito es una forma de asegurarse, por parte del personal sanitario, que no serán demandados tras el procedimiento (es lo que se conoce

¹⁶² Para más detalles sobre los requisitos en concreto del consentimiento informado: GALÁN CORTÉS, en: ÁLVAREZ SÁNCHEZ, (dir.), *La responsabilidad civil profesional*, 2003, 274 ss.; MARTÍNEZ GALLEGO, en: SANZ MULAS (coord.), *Relevancia jurídica del consentimiento informado en la práctica sanitaria: responsabilidades civiles y penales*, 2012, 36 ss.

¹⁶³ Por este motivo, la jurisprudencia niega que pueda ser válido el consentimiento otorgado por meras suposiciones: véase, entre otras, Auto TC de 19 de julio de 2012 (JUR 260452); y STC 9/2015, de 2 febrero (RTC 9).

¹⁶⁴ LUZÓN PEÑA, en: *H-Suárez Montes* 2013, 405.

¹⁶⁵ Así establece la jurisprudencia claramente, entre muchas: STS 7 de marzo de 2000 (RJ 1508); STS de 25 de abril de 2005 (RJ 4448); STS 26 de junio de 2006 (RJ 5554).

¹⁶⁶ Así lo pone de relieve, entre otros, LAURENZO COPELLO, en: *EP-Díaz Pita*, 2008, 431.

como *medicina defensiva*¹⁶⁷). Esto ha provocado una protocolización del consentimiento y de la información dada por los médicos utilizando estas figuras únicamente como un medio de evitar litigios y despreocupándose de que cumplan su verdadera función¹⁶⁸. Y hay que tener siempre en cuenta que la comunicación escrita no exime en absoluto al médico de su deber de información oral y su obligación de cerciorarse que el paciente ha comprendido la naturaleza, finalidad, riesgos y consecuencias de la intervención¹⁶⁹.

Por último, el paciente puede *revocar* el consentimiento libremente en cualquier momento, pero necesariamente por escrito, tal como se reconoce expresamente en el art. 8.5 LAP. Pues el consentimiento informado es una obligación de tracto sucesivo que puede ser modulada a lo largo del tiempo, sobre todo en el caso de enfermedades crónicas que tienen tratamiento en diferentes fases, el paciente podrá cambiar a su libre voluntad el consentimiento en cada una de esas fases¹⁷⁰.

Respecto de la capacidad para otorgar el consentimiento informado, para Galán Cortés¹⁷¹ no debe identificarse con la capacidad legal, sino con la posibilidad de expresión de la voluntad, previa comprensión del acto médico y de sus riesgos y consecuencias sobre la vida y la salud. Esta conclusión tiene reflejo en el propio art. 9 LAP, *a sensu contrario* de la previsión sobre la actuación por representación, tal como se comentará a continuación, pues se deduce de este precepto que se admite que el consentimiento puede ser otorgado por una persona que no tiene la plena capacidad de obrar, además de que el consentimiento puede ser otorgado por el menor de edad. Este planteamiento presenta problemas en cuanto a los incapacitados con anomalías psíquicas que les imposibilitan para tomar decisiones libremente¹⁷². Para esos supuestos se prevén unos casos tasados en

¹⁶⁷ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *El consentimiento en el Derecho Penal*, 1999, 24 y 25, explica cómo esta práctica ha proliferado sobre todo en Estados Unidos tras las numerosas demandas por imprudencia médica que han provocado una crisis en el sector.

¹⁶⁸ Así: DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, en: GASCÓN ABELLÁN/GONZÁLEZ CARRASCO/CANTERO MARTÍNEZ (coords.), *Derecho Sanitario y Bioética. Cuestiones Actuales*, 2011, 415; LAURENZO COPELLO, en: *EP-Díaz Pita*, 2008, 432.

¹⁶⁹ Así lo advierte, por todos, GALÁN CORTÉS, *Responsabilidad médica y consentimiento informado*, 2001, 137 ss.

¹⁷⁰ Así lo manifiestan, entre otros, GALÁN CORTÉS, en: ÁLVAREZ SÁNCHEZ, (dir.), *La responsabilidad civil profesional*, 2003, 279. HERNÁNDEZ RAMOS, en: SANZ MULAS (coord.), *Relevancia jurídica del consentimiento informado en la práctica sanitaria: responsabilidades civiles y penales*, 2012, 5 y 6.

¹⁷¹ GALÁN CORTÉS, *Responsabilidad médica y consentimiento informado*, 2001, 73.

¹⁷² Así lo pone de relieve, entre otros, MORILLAS CUEVA, en: MORILLAS CUEVA (dir.)/SUÁREZ LÓPEZ (coord.), *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*, 2009, 91 y 92.

la ley en los que el consentimiento puede otorgarse mediante representación (art. 9.3 LAP):

En primer lugar, cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.

En segundo lugar, cuando el paciente tenga la capacidad modificada judicialmente y así conste en la sentencia.

En tercer lugar, cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso el consentimiento lo dará el representante legal del menor, después de haber escuchado su opinión (art. 9 LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor).

Además, para los supuestos de aborto, regulados por la LO 2/2010, rigen los mismos requisitos del art. 9.3 LAP sobre la representación (art. 13.3 de la LO 2/2010). En el caso de interrupción del embarazo de mujeres menores de edad, la LO 11/2015, de 21-9, derogó el precepto que permitía a la menor a partir de los 16 años sin consentimiento de sus padres.

También en el CP se contiene una regulación específica sobre la capacidad para prestar consentimiento en relación con los delitos de lesiones: en el art. 155 CP, precepto referido al consentimiento como causa de atenuación de la responsabilidad penal, se exige que el consentimiento sea otorgado por persona mayor de edad y plenamente capaz (pues no admite el consentimiento atenuante otorgado por el menor de edad o por persona con discapacidad necesitada de especial protección). Y en el art. 156 CP, para eximir de responsabilidad penal en caso de trasplante de órganos, cirugía transexual, esterilización, también considera inválido el consentimiento otorgado por el menor de edad o por persona que carezca absolutamente de aptitud para prestarlo; en estos casos no puede actuarse tampoco por representación legal.

Los supuestos más problemáticos a la hora de decidir si la persona tiene o no capacidad para otorgar consentimiento son los de las personas con discapacidad. En relación con este grupo de personas existe una escala, muy seguida en el campo de la biótica, de

Beauchamp y Childress¹⁷³ quienes distinguen hasta 7 grados de incapacidad: 1º Incapacidad para expresar o comunicar una preferencia o elección. 2º Incapacidad para comprender una situación y sus consecuencias. 3º Incapacidad para entender información. Nº 4º Incapacidad para dar razones. 5º Incapacidad para ofrecer una razón racional (aun habiendo expuesto otras razones). 6º Incapacidad para ofrecer razones de riesgo/beneficio (aun habiendo expuesto motivos racionales). 7º Incapacidad para tomar una decisión razonable.

Este último criterio, el nº 7, es un criterio poco claro y que podrá variar atendiendo a lo que se entienda por *razonable*. Ya que pueden existir decisiones que no sean razonables de acuerdo con el criterio 5º o 6º, pero que para el paciente sean totalmente coherentes en su fuero interno con respecto a sus valores o planes de vida¹⁷⁴.

3. Actuación sin consentimiento del paciente

Se tratará en este apartado los supuestos en que el médico no puede conocer la voluntad del paciente por encontrarse este en un estado de inconsciencia.

Primero hay que delimitar el objeto de este apartado hablando de los supuestos en los que el paciente anteriormente a la inconsciencia había dejado por escrito sus deseos. Aquí, en principio, siempre que el consentimiento dado sea válido, habrá que respetar la voluntad del paciente, incluso aunque no sea absolutamente seguro afirmar que el paciente no ha podido cambiar de opinión desde que dio ese consentimiento, pues entenderlo de otra manera sería dar carta blanca al médico quitándole cualquier importancia a la voluntad del paciente¹⁷⁵. Pero un sector de la doctrina¹⁷⁶ limita este consentimiento en los casos en que se dispone de la vida, por entenderlo como un bien indisponible, y opinan que no se puede respetar la voluntad del paciente si este es un suicida. Sobre este particular matiza o aclara Muñoz Conde¹⁷⁷ en el sentido de que hay que reflexionar sobre si el

¹⁷³ BEAUCHAMP/CHILDRESS, *Principios de ética biomédica*, 2002, 129 ss.

¹⁷⁴ Así lo reconoce, entre otros, GUÉREZ TRICARICO, *El tratamiento médico curativo y su licitud: El papel del consentimiento del paciente*, 2012, 188. Véase, sobre este particular, lo explicado también de manera general en el apartado sobre los vicios del consentimiento, en concreto, en la explicación sobre cómo valorar las decisiones que objetivamente son valorables como insensatas o ilógicas. En aquel lugar se utilizaba como ejemplo precisamente un supuesto relacionado con la actividad médica en general (extracción de un empaste por el dentista porque la paciente relaciona sus constantes dolores de cabeza con el empaste, a pesar de que no hay razón médica para ello).

¹⁷⁵ Véase, en este sentido, entre otros muchos, GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal del médico*, 2008, 175-177; ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, *El consentimiento en Derecho Penal*, 2014, 205 ss.

¹⁷⁶ LUZÓN PEÑA, *La ley 1988-1 1000 ss.*; ROXIN, *Derecho penal. Parte general. Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, 1997, 58 y 59.

¹⁷⁷ MUÑOZ CONDE, en: *EP-Díaz Pita*, 2008, 472.

consentimiento fue dado con intención de quitarse la vida por parte del paciente, que entonces el médico no deberá respetarlo, o si el consentimiento fue dado no con intención de morir, sino de utilizar algún otro tratamiento que le salvara la vida, aunque sea asumiendo el riesgo de poder fenecer, en esos casos el médico sí que deberá respetar ese consentimiento anteriormente dado.

Cabe matizar para finalizar que en los casos en que el médico crea que opera respetando la voluntad del paciente nos encontraremos ante un error de tipo, y nos encontramos ante un supuesto de falta de consentimiento en el que será aplicable, en su caso¹⁷⁸, el delito de lesiones, eso sí, en su forma *imprudente* (error vencible)¹⁷⁹.

Por lo tanto, aquí van a ser tratados los casos en que no ha sido posible conocer la voluntad del paciente de ninguna forma.

Existen unos casos tasados en la LAP (art. 9.2), conocidos como *tratamientos médicos obligatorios*¹⁸⁰, en los que los médicos deberán actuar aun sin contar con el consentimiento del paciente y son:

- Cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley. En todo caso, una vez adoptadas las medidas pertinentes, de conformidad con lo establecido en la LO 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública, se comunicarán a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas siempre que dispongan el internamiento obligatorio de personas”.

- Cuando exista riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él.

Ante esta imprecisión legislativa, la doctrina ha desarrollado sus propias tesis para los supuestos de imposibilidad de conseguir el consentimiento del paciente y existe una

¹⁷⁸ Pues, como se verá también en otro apartado de este trabajo, la doctrina no es unánime en el tratamiento penal que ha de darse a la intervención médica curativa con resultado positivo, si el médico realiza o no el tipo de lesiones. Como se verá en su momento, un sector de la doctrina se decanta porque la actuación médica no es típica penalmente, en cuyo caso el error sobre la concurrencia del consentimiento del paciente no puede dar lugar a error de tipo vencible o invencible sobre el delito de lesiones. Eso sí, este sector de la doctrina tendrá que plantear el error de tipo, vencible o invencible, desde los delitos contra la libertad (detenciones ilegales, amenazas, coacciones, entre otros).

¹⁷⁹ Para más detalles sobre el error del médico sobre la concurrencia del consentimiento del paciente, GÓMEZ RIVERO, *Responsabilidad médica*, 2013, 106.

¹⁸⁰ Para más detalles sobre estos supuestos, GUÉREZ TRICARICO, *El tratamiento médico curativo y su licitud: El papel del consentimiento del paciente*, 2012, 248; MUÑOZ CONDE, en: *EP-Díaz Pita*, 2008, 472.

imperiosa necesidad de actuación médica que hace inviable esperar para recabar ese consentimiento, recurriendo, en general, a dos construcciones para ello¹⁸¹, estas serán legítimas la acción del médico sobre el paciente alegando una situación amparada por el *estado de necesidad*¹⁸² o recurrir a la ficción hipotética, mediante la ponderación de intereses, del *consentimiento presunto*¹⁸³.

Ambas construcciones son necesarias solo en las situaciones de urgencia, en las que no es posible conocer cuál es la voluntad del paciente, casos como el de los pacientes que llegan inconscientes al hospital o casos de pacientes enfermos mentales cuya capacidad para consentir no es válida. Además, en estos supuestos debe darse también la circunstancia de que el paciente no tenga localizadas personas vinculadas a él, ya sean familiares o personas vinculadas de hecho, pues en ese caso podríamos estar ante un caso de consentimiento por representación del art. 9.3 LAP citado anteriormente. En cualquier caso, estas actividades son solo temporales y extraordinarias y deberá ser recogido el consentimiento real del paciente en cuanto sea posible¹⁸⁴.

Para la justificación por el estado de necesidad se suplente la voluntad real del paciente mediante la comprobación de la existencia de los presupuestos que racional y objetivamente abogan por la realización del tratamiento médico¹⁸⁵. Siempre teniendo en cuenta que el médico solo debe actuar en lo más imprescindible hasta que se pueda conseguir el consentimiento¹⁸⁶.

Respecto al consentimiento presunto en las situaciones de urgencia esta eximente actúa como una ponderación objetiva de los intereses del titular. Este consentimiento fue explicado ya ampliamente en otro lugar de este trabajo.

¹⁸¹ GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal del médico*, 2008, 179.

¹⁸² Apoyan esta tesis, entre otros, ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal, I, La actividad curativa (Licitud y responsabilidad penal)*, 1981, 362 ss.; JORGE BARREIRO, *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, 1990, 102; SANZ MULAS, en: SANZ MULAS (coord.), *Relevancia jurídica del consentimiento informado en la práctica sanitaria: Responsabilidades civiles y penales*, 2012, 60.

¹⁸³ Apoyan esta tesis, entre otros, MEZGER, *Tratado de Derecho Penal, Tomo I, 2ª*, 1946, 413 ss.; JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal Parte General, I*, 1981, 324 ss.; MORILLAS CUEVA, en: MORILLAS CUEVA (dir.)/SUÁREZ LÓPEZ (coord.), *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*, 2009, 117; en: H-Rodríguez Ramos, 2013, 765 ss.; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Tratado de Derecho Penal Parte General*, 2010, 568 y 569.

¹⁸⁴ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *El consentimiento en el Derecho Penal*, 1999, 39.

¹⁸⁵ GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal del médico*, 2008, 179.

¹⁸⁶ ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal, I, La actividad curativa (Licitud y responsabilidad penal)*, 1981, 366.

4. *El consentimiento y la responsabilidad penal*

Como se ha estado explicando, el consentimiento del paciente y el deber de información del médico suponen dos grandes pilares de las actividades médico-quirúrgicas y el núcleo de las relaciones entre el médico y el paciente. Están tan estrechamente vinculados que el ejercicio de uno depende de la correcta ejecución del otro, ya que para que el consentimiento tenga validez es necesario que se le haya informado previamente de forma adecuada y haya podido comprender, tanto el procedimiento como los riesgos del mismo; es la única forma de garantizar la conformidad libre y consecuente del tratamiento o su rechazo¹⁸⁷.

El consentimiento informado del paciente no es solo una cuestión protocolaria, sino que es un presupuesto de la licitud del tratamiento, que ha surgido como consecuencia de un modelo de las relaciones médico-pacientes basado en la autonomía¹⁸⁸. Y ha llegado a ser nombrado por el TS como derecho humano fundamental en la STS de 12 de enero de 2001¹⁸⁹ y en la STS 11 de mayo de 2001¹⁹⁰.

Si falta el consentimiento en una intervención médico-quirúrgica podrá dar lugar a todo tipo de responsabilidad, no solo penal, sino también jurídico-civil y la propia responsabilidad disciplinaria del médico¹⁹¹. Es en el tratamiento de la responsabilidad penal donde se plantea la discusión de qué respuesta ha de darse desde esta rama del Derecho cuando el médico lleva a cabo la intervención sin o contra el consentimiento informado del paciente.

La discusión comienza con la distinción entre tratamiento médico-curativo, el más controvertido en la solución penal a la falta de consentimiento informado, y tratamiento médico no curativo. A grandes rasgos se puede explicar el primero como aquella actividad cuya finalidad es el favorecimiento de la salud, ya sea mediante prevención de la enfermedad, curación, alivio de los síntomas, o aseguramiento del enfermo a través de la observación de la enfermedad y sus condiciones de vida y puede ser definida como: “el conjunto de acciones llevadas a cabo principalmente por un médico en el ejercicio de su actividad profesional, en interés de la salud física o psíquica del paciente, objetivamente

¹⁸⁷ LAURENZO COPELLO, en: *EP-Díaz Pita*, 2008, 417.

¹⁸⁸ ARAQUE MORENO, *NFP 12* (2012), 138; GUÉREZ TRICARICO, *El tratamiento médico curativo y su licitud: El papel del consentimiento del paciente*, 2012, 156.

¹⁸⁹ STS de 12 de enero de 2001 (RJ 3).

¹⁹⁰ STS 11 de mayo de 2001 (RJ 6197).

¹⁹¹ JUANES PECES, *EJMF 2* (2002), 595; MUÑOZ CONDE, en: *EP-Díaz Pita*, 2008, 452.

indicadas y ejecutadas de acuerdo con las reglas de la ciencia médica” o *lex artis*. Por lo tanto, la actividad curativa es aquella indicada objetivamente para curar, con finalidad curativa y ejecutada conforme a la *lex artis*¹⁹².

En el tratamiento médico no curativo faltan estas características, fundamentalmente no se lleva a cabo con una finalidad estrictamente curativa; en él se incluye el tratamiento médico-estético (siempre y cuando no haya una finalidad curativa en su aplicación) o el tratamiento en fase de experimentación¹⁹³.

En el tratamiento estético es preciso introducir ciertas aclaraciones, ya que puede ser doblemente catalogado como tratamiento curativo y no curativo. Por un lado, se ha distinguido entre cirugía estética o *puramente cosmética*¹⁹⁴, que se utiliza para modificar la estética del paciente sin que sea necesariamente requerida, y los tratamientos de la llamada *cirugía reparadora*¹⁹⁵, que persigue la normalización del aspecto exterior de los pacientes afectados, bien por una deformación patológica o afectados por un accidente o lesión, como por ejemplo arreglar una nariz mutilada en un accidente o el estrabismo; sobre este tipo de intervenciones que buscan el bienestar del paciente y no el mero cambio estético por capricho se ha afirmado por gran parte de la doctrina su carácter curativo¹⁹⁶.

Como se ha comentado, el grupo de casos más discutidos cuando falta el consentimiento informado es el del tratamiento médico curativo, más concretamente, cuando este tratamiento tiene un resultado positivo. La discusión también enlaza con la forma como se entienda el bien jurídico protegido en los delitos de lesiones, más concretamente, si se quiere reconocer y dar autonomía a la integridad física como bien jurídico protegido por este grupo de delitos.

¹⁹² JORGE BARREIRO, *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, 1990, 16 ss. y 70; sigue a este autor GUÉREZ TRICARICO, *El tratamiento médico curativo y su licitud: El papel del consentimiento del paciente*, 2012, 42, 43 y 65.

¹⁹³ Sobre la actividad médico-quirúrgica no curativa, véase, entre otros, GUÉREZ TRICARICO, *El tratamiento médico curativo y su licitud: El papel del consentimiento del paciente*, 2012, 65 y 66; RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *RECPC 19* (2017), 4 ss.

¹⁹⁴ Para más detalles sobre el tratamiento puramente cosmético, entre otros, JORGE BARREIRO, *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, 1990, 22 y 23.

¹⁹⁵ Para más detalles sobre el tratamiento reparador, entre otros, ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal, I, La actividad curativa (Licitud y responsabilidad penal)*, 1981, 174.

¹⁹⁶ Así, entre otros, ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal, I, La actividad curativa (Licitud y responsabilidad penal)*, 1981, 174 y 175; JORGE BARREIRO, *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, 1990, 23; GUÉREZ TRICARICO, *El tratamiento médico curativo y su licitud: El papel del consentimiento del paciente*, 2012, 66; LUZÓN PEÑA, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 3ª, 2016, 450.

Ya entrando en el análisis de la responsabilidad penal del médico en relación con el tratamiento médico curativo con resultado positivo, cuando aquel actúa sin el consentimiento informado del paciente, hay que distinguir entre la postura doctrinal que excluye la responsabilidad penal por el delito de lesiones, desde distintos argumentos, como se va a ver a continuación, y la postura doctrinal que sí defiende que la intervención médica sí constituye un delito de lesiones¹⁹⁷ que, debido a que no concurre el consentimiento informado del paciente, no va a poder justificarse, tampoco a través de otras eximentes como el ejercicio legítimo de una profesión o el estado de necesidad.

Estas intervenciones es lo que se conoce como *actuación médica arbitraria*, y son aquellas actuaciones médicas realizadas correctamente conforme a la *lex artis* y con un resultado favorable, pero que han sido realizadas sin el consentimiento informado del paciente, estando este en condiciones de dar su consentimiento¹⁹⁸. Respecto del tratamiento médico arbitrario existe una gran discusión en la doctrina, pues nuestro código, al contrario de otros como el de Portugal (art. 156 CP portugués) o Austria (§ 110 CP austriaco), no contiene ningún tipo donde se castigue esta práctica sanitaria. Por esta razón, algunos autores¹⁹⁹ son partidarios de que se regule, como se ha hecho en estos países, el delito de tratamiento médico arbitrario.

Entrando ahora ya a las diferentes tesis. Para un amplio sector de la doctrina penalista el médico que realiza el tratamiento médico-curativo sin consentimiento y obtiene un resultado positivo, esto es, cuando salva la vida de su paciente o cuando la intervención sirve para que mejore su estado de salud o se restablezca completamente, no incurre en responsabilidad penal por delito de lesiones porque de entrada la conducta del médico no es típica penalmente. Los argumentos que se utilizan para llegar a esta consecuencia son varios: en primer lugar, se recurre a la explicación sobre el bien jurídico protegido en el delito de lesiones, la salud del paciente, porque la intervención del médico, haya o no consentimiento por parte de este, no supone menoscabo o afectación de la salud, al contrario, esta intervención implica la mejoría o restablecimiento de la salud, en

¹⁹⁷ Esta postura ha sido mantenida en ocasiones por los tribunales, que han condenado por lesiones a facultativos ante tratamientos médicos arbitrarios. Son: STS 26 de octubre de 1995 (RJ 7910) y a SAP de Salamanca de 7 de abril de 2014 (JUR 134891).

¹⁹⁸ ROMEO MALANDA, *RP 110* (2015), 174.

¹⁹⁹ GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal del médico*, 2008, 139 y 140; ROMEO MALANDA, *RP 110* (2015) 175.

consecuencia, no se puede afirmar que la conducta realizada por el médico lesione o ponga en peligro el bien jurídico protegido por el tipo penal²⁰⁰.

Un segundo argumento se basa en la explicación sobre la imputación objetiva, elemento implícito del tipo objetivo del delito de lesiones. En concreto, falla o no se cumple la imputación objetiva porque la intervención médica con resultado positivo no supone incremento del riesgo para salud del paciente, al contrario, supone una actuación que disminuye el riesgo para este bien jurídico hasta el punto de que la salud se mejora o se restablece²⁰¹.

Un tercer argumento para defender la atipicidad de la conducta del médico se plantea desde el tipo subjetivo. En concreto, se niega que la conducta del médico sea dolosa (dolo directo o eventual) o imprudente desde el momento en que el médico no actúa con la finalidad de lesionar la integridad o salud del paciente, sino al contrario, actúa con la finalidad de curar, y tampoco el médico realiza una intervención infractora de las reglas de la *lex artis*, entendiéndose que estas van referidas a la forma y manera de realizar la intervención durante todo el proceso, desde la evaluación y diagnóstico hasta la aplicación del tratamiento²⁰². Como se deduce de esta explicación, para este sector de la doctrina el consentimiento informado del paciente no es una parte o elemento incluido en la *lex artis*.

En definitiva, para este sector doctrinal la intervención médica curativa con resultado positivo no puede ser calificada de típica penalmente, por tanto, no es necesario recurrir a ninguna causa para la exclusión de la responsabilidad penal del médico, ni siquiera el consentimiento informado del paciente. Ahora bien, si falta este consentimiento, el médico no está actuando de manera completamente ajustado a Derecho, pues está vulnerando el derecho de autodeterminación del paciente; desde el punto de vista penal se tendrá que recurrir, si es posible, a algún delito contra la libertad: por ejemplo, en su caso, a delitos de detenciones ilegales (si el paciente es retenido o detenido), amenazas o

²⁰⁰ Defienden este argumento, entre otros, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *El delito de lesiones*, 1982, 34; CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales: nuevas formas de delincuencia [i.e. delincuencia] y reinterpretación de tipos penales clásicos*, 1999, 100 ss.

²⁰¹ De esta opinión, entre otros, DE LA GÁNDARA VALLEJO, *Consentimiento, bien jurídico e imputación objetiva*, 1995, 172; MIR PUIG, *Derecho Penal Parte General*, 10ª, 2016, 528 ss.

²⁰² Véase, en este sentido, ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal, I, La actividad curativa (Licitud y responsabilidad penal)*, 1981, 208 y 209 (Aunque este autor admite la posibilidad de condenar por dolo eventual); CERESO MIR, *Curso de derecho penal español: parte general. II, Teoría jurídica del delito*, 6º, 1998, 316 ss.; MORILLAS CUEVA, en: *EP- Ruiz Antón*, 2004, 787 ss.; MUÑOZ CONDE, en: *EP-Díaz Pita* 2008, 450 y 451; *Derecho Penal. Parte Especial*, 21ª, 2017, 112.

coacciones (si el tratamiento es impuesto de manera coactiva), incluso a delitos contra la libertad religiosa e ideológica²⁰³.

Para otro sector de la doctrina, por el contrario, el tratamiento médico curativo con resultado positivo realizado sin consentimiento informado del paciente sí constituye o se subsume en el tipo penal del delito de lesiones que, además, porque falta el consentimiento, no podrá estar justificado, tampoco a través del ejercicio legítimo de la profesión médica. A esta conclusión se llega desde otra formulación del bien jurídico protegido en los delitos de lesiones, pues este no es únicamente la salud, también se protege, con autonomía propia, la integridad física; cuando el médico aplica la intervención o tratamiento en muchas ocasiones sí está menoscabando o afectando la integridad física, como secciones de tejidos, vasos, parte de órganos, en ocasiones de manera permanente, como cuando lleva a cabo extirpaciones o amputaciones de órganos o miembros²⁰⁴.

Sobre los casos de tratamiento médico curativo con resultado fallido, es decir, cuando la operación no tiene éxito y el paciente muere o su salud empeora, parte de la doctrina²⁰⁵ recurre al consentimiento del paciente como causa de justificación para eliminar la antijuridicidad de la lesión o, incluso, el homicidio que se pudiera producir como consecuencia de ese fracaso médico; esto significa que, cuando falta este consentimiento, la actividad médica sí es constitutiva de delito, pues intentar justificarla mediante el ejercicio legítimo de un derecho supone darle poderes ilimitados a la actividad del sanitario. Pero otra parte de la doctrina²⁰⁶ fundamenta, precisamente, la licitud de estas intervenciones fracasadas, con o sin consentimiento, mediante la causa de justificación del ejercicio legítimo de un derecho, profesión, oficio o cargo, cuando el médico actúa con ánimo de curar al paciente y conforme a la buena praxis que le impone la *lex artis*. A

²⁰³ Así, entre otros, JORGE BARREIRO, *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, 1990, 81; GALÁN CORTÉS, *Responsabilidad médica y consentimiento informado*, 2001, 384; GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal del médico*, 2008, 142.

²⁰⁴ Defienden esta postura doctrinal, entre otros, BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de derecho penal (Parte Especial) Delitos contra las personas*, 2ª, 1991, 159 ss., aunque admite que, en el supuesto de que la actividad del médico sea reversible, estaremos ante una conducta atípica; LUZÓN PEÑA, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 3ª, 2016, 450 y 451. A esta conclusión también llega en alguna ocasión el TS: por ejemplo, en la STS 26 de octubre de 1995 (RJ 7910).

²⁰⁵ ANTÓN ONECA, *Derecho Penal, I, Parte general*, 1949, 275 y 258.

²⁰⁶ De esta opinión, entre otros, ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal, I, La actividad curativa (Licitud y responsabilidad penal)*, 1981, 96 ss.; GUÉREZ TRICARICO, *El tratamiento médico curativo y su licitud: El papel del consentimiento del paciente*, 2012, 288 y 289.

esta solución ha de llegarse si se considera que el consentimiento informado no es una parte o elemento del arte médico.

Finalmente, como inciso, en el orden civil el médico deberá responder como si fuera una actuación negligente siempre que actúe sin el adecuado consentimiento del paciente, lo mismo ocurrirá en los supuestos de ausencia de la información que, si va acompañado de un daño objetivo, es susceptible de ser indemnizado²⁰⁷. Un ejemplo de condena por falta de información en la vía civil es la SAP de Murcia de 10 de febrero de 2010²⁰⁸.

En los casos de consentimiento ante actividades médicas con fines no curativos nos encontramos en concreto con las intervenciones de cirugía estética, las esterilizaciones, los cambios de sexo, los actos médicos con sentido curativo, pero no para propio paciente intervenido, sino para un tercero al que se beneficia como ocurre en los supuestos de donaciones de sangre o trasplantes de órganos entre vivos o los casos de experimentación científica.

El argumento a favor de la atipicidad de la intervención atendiendo a que no existe un daño a la salud valorado desde un punto de vista global ya no puede aplicarse aquí (salvo en el caso de cirugía estética para paliar deformidades o circunstancias que pueden tener impacto psíquico en el paciente, que ya ha sido mencionada y explicada anteriormente), por lo que deberá considerarse que la conducta es típica, estaremos ante un delito de lesiones, pero que estará justificada por ejercicio legítimo de la profesión médica, siempre y cuando se realice correctamente conforme a la *lex artis* y, además, con el consentimiento informado en el caso de los autores que consideran que no está dentro de la *lex artis*)²⁰⁹. Así quedarán justificadas claramente las intervenciones de cirugía estética, donaciones de órganos o sangre, esterilizaciones o cambio de sexo con resultado *positivo*.

En todas las intervenciones no curativas del paciente si pese a realizarse de modo plenamente conforme a la *lex artis* (si no fuera así sería responsable de un delito de lesiones imprudente), el resultado es *desfavorable*, evidentemente, en principio, se da el tipo de las lesiones o incluso del homicidio, la conducta está plenamente justificada por ejercicio legítimo de la profesión médica como manifestación específica de riesgo

²⁰⁷ GALÁN CORTÉS, en: ÁLVAREZ SÁNCHEZ, (dir.), *La responsabilidad civil profesional*, 2003, 297 ss.; GUINOT BARONA, en: en: ZABALA GUADALUPE (coord.), DE FUENTES BARDAJÍ/CANCER MINCHOT/FRÍAS RIVERA/ZABALA GUADALUPE (dirs.), *Manual sobre responsabilidad sanitaria*, 2009, 424 ss.

²⁰⁸ SAP de Murcia de 10 de febrero de 2010 (JUR 157098).

²⁰⁹ MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal: parte general*, 9ª, 2015, 341.

permitido²¹⁰. Para otra parte de la doctrina²¹¹ las intervenciones médico-quirúrgicas no curativas realizarán siempre el tipo de las lesiones dolosas cuando falte el consentimiento informado.

5. La eutanasia

La eutanasia es entendida como la *buena muerta* (en griego, de las palabras *eu* (bueno/a) y *thanatos* (muerte)²¹², es decir, supone facilitar la muerte de alguien sin sufrimientos físicos ni psicológicos, proporcionarle una muerte dulce, normalmente en supuestos de sufrimiento y dolor. De acuerdo con esto podría definirse como: “la privación de la vida de otra persona realizada por razones humanitarias, a requerimiento del interesado, que sufre una enfermedad terminal incurable o una situación de invalidez irreversible según el estado actual de la ciencia médica y desea poner fin a sus sufrimientos”²¹³. También puede darse la eutanasia en los casos de inconsciencia del enfermo, pero en ese caso no habrá consentimiento de poner fin a su vida y estaremos ante un homicidio en sentido amplio, aunque podría ser posteriormente atenuado atendiendo al móvil de la muerte²¹⁴.

Pero no todas las formas de eutanasia se consideran iguales; la doctrina²¹⁵ ha establecido una clasificación de la eutanasia atendiendo a su forma de ejecución, teniendo en cuenta para ello la regulación contenida en el art. 143 CP.

Así, la eutanasia puede ser *activa* o *pasiva*. La primera se refiere a aquellos casos en que se realiza un comportamiento que ayuda a la muerte del enfermo para evitarle

²¹⁰ LUZÓN PEÑA, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 3ª, 2016, 449 y 450.

²¹¹ Entre otros: JORGE BARREIRO, *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, 1990, 76; CERESO MIR, *Curso de derecho penal español: parte general. II, Teoría jurídica del delito*, 6º, 1998, 318.

²¹² NÚÑEZ PAZ, *Homicidio consentido, eutanasia y derecho a morir con dignidad*, 1999, 31; ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, 2004, 121.

²¹³ ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, 2004, 121 y 122.

²¹⁴ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/BARBER BURUSCO, *NFP 79* (2012), 122.

²¹⁵ BUENO ARUS, *PJ 15* (1985), 14; DE LA GÁNDARA VALLEJO, *Consentimiento, bien jurídico e imputación objetiva*, 1995, 187 ss.; DÍEZ RIPOLLÉS, *Eutanasia y Derecho*, en: DÍEZ RIPOLLÉS/MUÑOZ SÁNCHEZ (coords.), *El tratamiento jurídico de la eutanasia. Una perspectiva comparada*, 1996, 517 ss., quien diferencia entre eutanasia *terminal, paliativa y cualitativa* que, en esencia, se corresponde respectivamente con la eutanasia pasiva, indirecta y activa; NÚÑEZ PAZ, *Homicidio consentido, eutanasia y derecho a morir con dignidad*, 1999, 58 ss.; ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, 2004, 122 ss.; GÓMEZ RIVEIRO, *La responsabilidad penal del médico*, 2ª, 2008, 539; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/BARBER BURUSCO, *NFP 79* (2012), 122 y 123; NÚÑEZ PAZ, *Interrupción voluntaria de la vida humana*, 2016, 265 ss.

sufrimientos o dolores innecesarios y, dependiendo de la forma de intervención del autor, distinguiremos entre eutanasia activa *directa* o *indirecta*.

En la primera el actor realiza acciones o actos positivos directamente encaminados a provocar la muerte del enfermo, mientras que en la indirecta lo que se busca es aliviar el sufrimiento del paciente mediante un tratamiento paliativo, que acorta a la vez y como efecto secundario, la vida del enfermo, por ejemplo el aumento de la dosis de morfina al paciente debido a su habituación y tolerancia al fármaco que provoca la necesidad de aumento de la dosis para que hagan efecto paliando los dolores y que van provocando depresión de la función respiratoria del enfermo.

Parecida a esta encontramos la eutanasia pura u *ortotanasia*, en la cual se ayuda al paciente a bien morir (ayuda en el morir), es decir, solamente se le mitigan los dolores sin acortar su vida en el proceso, este tipo de ayuda muchas veces puede llegar a ser una propia obligación de los médicos, que tienen la obligación deontológica e, incluso humanitaria, de mitigar el dolor del enfermo permitiéndole descansar y no hacerlo podría ser un delito de omisión de socorro²¹⁶.

La eutanasia pasiva supone dejar que el paciente muera, el sujeto no realiza ninguna acción positiva buscando la muerte, no alarga la vida del enfermo pudiendo hacerlo. Dentro de la eutanasia pasiva se entenderá también la *interrupción técnica del tratamiento*²¹⁷, es decir, los casos en que, a petición del paciente, el médico desconecta la máquina que está manteniendo con vida al paciente.

Esta diferenciación de las clases de eutanasia suele dar lugar a situaciones de confusión en la propia doctrina que es necesario aclarar antes de continuar. En concreto, no se debe no debe identificar eutanasia pasiva con no hacer, con la mera pasividad, ni la activa con comisión activa, hacer, actuar positivamente²¹⁸; eutanasia activa es sinónimo de comportamientos que suponen quitar la vida, sea a través de conductas activas, sea a través de la omisión de una conducta activa que equivalga materialmente a matar (es

²¹⁶ ROXIN, *RECPC* 1 (1999); DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/BARBER BURUSCO, *NFP* 79 (2012), 123.

²¹⁷ ROXIN *RECPC* 1 (1999).

²¹⁸ DÍEZ RIPOLLÉS, *Eutanasia y Derecho*, en: DÍEZ RIPOLLÉS/MUÑOZ SÁNCHEZ (coords.), *El tratamiento jurídico de la eutanasia. Una perspectiva comparada*, 1996, 517 ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/BARBER BURUSCO, *NFP* 79 (2012), 123; MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal Parte Especial*, 21ª, 2017, 71.

decir, aplicando la construcción de la comisión por omisión en el delito de resultado, art. 11 CP).

Respecto al castigo de la eutanasia establece el 143.4 CP que “El que causare o cooperare activamente con actos necesarios y directos a la muerte de otro, por la petición expresa, seria e inequívoca de éste, en el caso de que la víctima sufriera una enfermedad grave que conduciría necesariamente a su muerte, o que produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar, será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a las señaladas en los números 2 y 3 de este artículo”.

Atendiendo al tenor literal de este precepto referido a la eutanasia, aunque no usa expresamente esta terminología, seguramente por los problemas de su acotación conceptual²¹⁹, para ajustarse a este tipo privilegiado y conseguir la atenuación de la pena debe darse con unos requisitos.

En primer lugar, solo se dará en casos de enfermedad grave que conduzca irremediablemente a la muerte, es decir, en casos de personas con enfermedades terminales que no tienen pronóstico de curación, que la ciencia médica actual no conoce como curar. Aquí no entran las personas con una enfermedad terminal crónica, cuando puedan disponer de tratamientos para alargar su vida, llegando incluso con el tiempo ganado y el avance de la ciencia médica, a curarse²²⁰.

Respecto del segundo supuesto alternativo, enfermedad grave que produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar, se trata de un requisito que genera cierta inseguridad jurídica, pues no son términos que se tengan una clara definición y, además, la capacidad de soportar el dolor es algo subjetivo de cada persona²²¹.

El otro requisito indispensable es la petición expresa, seria e inequívoca por parte del enfermo. Son requisitos que están delimitando claramente el consentimiento del sujeto pasivo, exigiéndose unos elementos más concretos para descartar cualquier situación de duda e incertidumbre sobre la verdadera voluntad de este; como se deduce claramente del tenor literal, no basta con que concurra el consentimiento del sujeto pasivo, se exige que haya una petición; esta ha de ser expresa, queda descartada la modalidad tácita y por actos

²¹⁹ ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, 2004, 127.

²²⁰ ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, 2004, 129.

²²¹ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/BARBER BURUSCO, *NFP 79* (2012), 140.

concluyentes, y sería e inequívoca, lo que resulta lógico, pues solo así se rodea de la máxima seguridad jurídica y se descartan situaciones de duda y error sobre la verdadera voluntad del sujeto pasivo.

Por lo tanto, si se dan estos requisitos se castigará la acción o cooperación necesaria del que actúe *activamente* a través de este tipo privilegiado; atendiendo al tenor del precepto, lo que se está castigando a través de esta modalidad delictiva es la eutanasia *activa*, quedando los supuestos de eutanasia pasiva impunes²²², además, siguiendo con una interpretación restrictiva y, a mi entender, adecuada, cuando el precepto habla de actos *directos* está dejando fuera de su tipo la eutanasia activa *indirecta*, que será, por lo tanto, también atípica²²³.

En definitiva, el consentimiento en la eutanasia solo actuará como un atenuante, siempre que se den todos los requisitos del art. 143 CP, y el ámbito de aplicación del mencionado precepto solo alcanzará a los supuestos de *eutanasia activa directa*.

La punibilidad de la eutanasia viene de la concepción, sustentada por gran parte de la doctrina²²⁴, del bien jurídico vida como indisponible, entendiendo la vida como un bien superior a la voluntad del titular que el Estado debe guardar en todo momento. A esto de se une que, como argumentan los propios médicos, las peticiones de los pacientes de morir son pocas y disminuyen aún más con los fármacos paliativos del dolor²²⁵, aunque no parece muy correcto plantear los fármacos paliativos y la eutanasia alternativamente²²⁶. Además, existe el miedo de que si se permite la eutanasia a petición del paciente, rompiendo así el juramento hipocrático convirtiendo a los médicos, que ahora solo son curadores, en quienes tienen que ejecutar enfermos, pueda dar pie a la proliferación de casos de eutanasia sin consentimiento en casos de pacientes gravemente enfermos²²⁷, lo que sería una aberración, aunque parece un planteamiento un poco alarmista e irreal.

²²² DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/BARBER BURUSCO, *NFP* 79 (2012), 140; MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal Parte Especial*, 21ª, 2017, 71.

²²³ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/BARBER BURUSCO, *NFP* 79 (2012), 140.

²²⁴ Así, entre otros, RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal español Parte Especial*, 18ª, 1995, 64; LUZÓN PEÑA, en: *H-Suárez Montes* 2013, 395; MIR PUIG, *Derecho Penal Parte General*, 10ª, 2016, 320 y 321; MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal Parte Especial*, 21ª, 2017, 61.

²²⁵ ROXIN, *RECPC* 1 (1999).

²²⁶ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/BARBER BURUSCO, *NFP* 79 (2012), 146.

²²⁷ LUZÓN PEÑA, en: *H-Suárez Montes* 2013, 396.

Frente a estos autores otra parte de la doctrina²²⁸ defiende la vida como un bien disponible, fundamentado esta tesis en que el art. 15 CE únicamente se refiere al derecho a la vida en su vertiente positiva de vivir y no en la vertiente negativa de morir, es decir, no existe un deber de vivir, la CE no se pronuncia sobre el derecho a morir y eso debe hacerlo el legislador. Del mismo modo, no existe un deber de vivir contra la propia voluntad y, por lo tanto, al ser un derecho de garantía, no puede el Estado ni los particulares obligar a una persona a seguir viviendo en contra de su voluntad, con la excepción del supuesto de huelga de hambre en el ámbito penitenciario que se comentará más adelante. De la misma forma, la prohibición de tratos inhumanos o degradantes del mismo art. 15 CE hace que sea necesario modular las formas de alargamiento de la vida humana, de forma que nunca conlleve mantenerla en condiciones inhumanas o degradantes²²⁹.

Por lo tanto, me parece que es necesario una ley que regule la eutanasia y permita a un enfermo, si así lo desea y lo manifiesta de forma expresa, poder disponer de su vida y elegir morir.

²²⁸ Entre otros: TOMÁS-VALIENTE LANUZA, *La cooperación al suicidio y la eutanasia en el nuevo CP (art.143)*, 2000, 36 ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/BARBER BURUSCO, *NFP* 79 (2012), 120; NÚÑEZ PAZ, *Interrupción voluntaria de la vida humana*, 2016, 103 ss.

²²⁹ DÍEZ RIPOLLÉS, *Eutanasia y Derecho*, en: DÍEZ RIPOLLÉS/MUÑOZ SÁNCHEZ (coords.), *El tratamiento jurídico de la eutanasia. Una perspectiva comparada*, 1996, 519 ss.; ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, 2004, 94.

CONCLUSIONES

El consentimiento es una eximente del DP que puede utilizar el titular del bien jurídico individual, cumpliendo una serie de requisitos, y que hace decaer la protección jurídica de ese bien jurídico excluyendo cualquier responsabilidad, o solo la penal, del sujeto activo que realiza la acción consentida.

La ausencia de regulación legal general sobre esta eximente en el CP (no aparece mencionado en el art. 20 CP) es una de las razones que explican la gran controversia existente sobre la aplicación del consentimiento como eximente del DP, discusiones que van desde su naturaleza jurídica, requisitos para su validez, ámbito de aplicación, sobre todo cuando no hay apoyo literal en determinados tipos penales del Libro II CP. A la inversa, la existencia de determinados preceptos reguladores del consentimiento aplicable en determinadas figuras delictivas (en las lesiones, en delitos de agresiones y abusos sexuales a menores), con mención específica sobre los requisitos para su validez, contribuyen también a generar confusión y a complicar la posibilidad de construir una teoría general sobre esta causa de exclusión de la responsabilidad criminal.

Los temas más controvertidos, que tienen una evidente relevancia práctica, pues en la discusión está si se admite o no la exención de la responsabilidad penal y, además, qué otros efectos va a producir la eximente, son la naturaleza jurídica del consentimiento y los requisitos para su plena validez y eficacia.

En mi opinión, el consentimiento tiene una naturaleza tripartita, es decir, entiendo que el consentimiento puede actuar como causa de atipicidad o exclusión del tipo indiciario (con efectos en el ámbito penal y jurídico en general), como causa de justificación, o como causa de exclusión de la tipicidad penal.

Las teorías monistas y dualistas sobre la naturaleza jurídica resultan insatisfactorias, pues las monistas son inviables si se formulan a modo de teoría general, aplicable a todos los tipos penales que protegen bienes jurídicos individuales disponibles, no se puede afirmar que el consentimiento siempre actúa de la misma manera, hay casos en que el consentimiento es de entrada causa de atipicidad, pues la conducta consentida por el sujeto pasivo no supone lesión del bien jurídico individual, pero en otros supuestos, pese a que concurra el consentimiento del sujeto pasivo, sí hay lesión del bien jurídico, y la conducta no puede ser calificada como socialmente adecuada y absolutamente habitual, por eso no puede afirmarse que aquí también el consentimiento es causa de atipicidad o

de exclusión del tipo indiciario, su naturaleza jurídica ha de ser otra necesariamente. Respecto a las teorías dualistas, en mi opinión, no se está teniendo en cuenta el doble significado que puede implicar el concepto causa de atipicidad, esto es, la conducta es atípica porque no se subsume en el tipo penal (plasmación del principio de legalidad) por falta de lesividad de la conducta y tampoco se subsume en una norma extrapenal que califique tal conducta como antijurídica o prohibida y la conducta es atípica porque, por aplicación de los principios limitadores del *ius puniendi*, no es calificable de suficientemente grave para merecer el reproche penal, no resulta penalmente antijurídica por tanto, pero pese a todo la conducta sí lesiona el bien jurídico, de manera no significativa o grave, por eso el juicio de antijuridicidad y prohibición se realiza a través de las otras ramas del Derecho. En definitiva, la tesis dualista no tiene en consideración que el DP es una rama autónoma del ordenamiento jurídico, en el que rigen los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos, de intervención mínima, carácter fragmentario, subsidiariedad, pero también es una parcela o rama del ordenamiento jurídico, en este ha de regir el principio de unidad en el juicio de juridicidad o antijuridicidad de la conducta.

Por tanto, la tesis más correcta sobre la naturaleza jurídica del consentimiento parece ser la tripartita. De esta forma, partiendo de la teoría del tipo global de injusto, encontramos que el consentimiento puede ser jurídicamente válido, dividido en causa de exclusión del tipo cuando supone la negación del tipo indiciario por falta de cualquier injusto, causa de justificación cuando sí que se llega a producir una lesión del bien, pero esta está amparada social y juicemente por la facultad de disposición del titular, o puede ser un consentimiento fáctico, esto es, actúa como causa de exclusión solo de la tipicidad penal, eliminará la responsabilidad penal (y criminal), pero no excluirá la responsabilidad extrapenal, entre otras, la civil.

Respecto de los requisitos que debe cumplir el consentimiento para poder ser eficaz y tener efectos, siendo consecuentes con la tesis mantenida hasta el momento sobre su naturaleza, entiendo que estos requisitos son autónomos del DP, no tienen que ser los mismos que para el Derecho privado, y que serán menos exigentes para el consentimiento fáctico que para el jurídicamente válido. Pues solo así se estará reconociendo que esta rama del Derecho es autónoma, reconociendo efectos penales plenos a un simple consentimiento fáctico (excluyente de la tipicidad penal), aunque esto no signifique la

afirmación de que la conducta es jurídicamente válida y correcta valorada desde otras ramas del Derecho.

Teniendo en cuenta el ámbito de aplicación de la eximente, solo respecto de tipos penales que protegen bienes jurídicos individuales o personales de carácter disponible, requisito básico y fundamental es atender a la persona de la que se predica la titularidad del bien jurídico, teniendo en cuenta no obstante la tesis defendida sobre la naturaleza jurídica: para el consentimiento válido será necesario que quien disponga sea el titular del bien jurídico, mientras que para el fáctico no siempre va a tener que ser así, esto es, va a poder prestar el consentimiento válido penalmente una persona que no es titular o no lo es de manera exclusiva del bien jurídico implicado; el ejemplo del delito de allanamiento de morada apoya esta tesis, pues el propio tipo penal alude al consentimiento otorgado por el morador, concepto que abarca a cualquier persona que habita en la vivienda. Respecto de la capacidad, a salvo los tipos penales que establecen expresamente requisitos más exigentes sobre este elemento, para el consentimiento jurídicamente válido se debe exigir plena capacidad de obrar, no siendo suficiente la mera capacidad natural, aunque esta sí que será suficiente para el consentimiento fáctico.

También en la explicación sobre los vicios del consentimiento el DP desarrolla su propia teoría en torno al efecto invalidante o no del engaño, el error, la amenaza y la coacción. En el consentimiento viciado, cuando está afectado por error, independientemente de que venga de un engaño o no, siempre que afecte a la comprensión del titular respecto de algún elemento del hecho típico será ineficaz la aquiescencia. En la intimidación respecto del consentimiento jurídicamente válido este siempre resultará ineficaz, pues deber ser otorgado de forma plenamente libre, mientras que en los supuestos de consentimiento fáctico será posible que pueda tener efectos atendiendo a la gravedad de aquella, teniendo cuenta nuevamente la regulación específica, más o menos exigente, del tipo penal correspondiente.

Respecto del momento, para que el consentimiento sea válido debe ser prestado con anterioridad al inicio del hecho para que siempre tenga el efecto eximente pleno. Si el consentimiento se otorga una vez iniciada la ejecución, pero antes de la consumación del hecho delictivo, habrá que tener en cuenta también el conocimiento de esta circunstancia por parte del sujeto activo; en estos casos solo actuará como eximente cuando no haya dolo al inicio, cuando el sujeto activo está racionalmente convencido de que existirá consentimiento. Si el sujeto activo sabe que no cuenta con el consentimiento en el inicio

de la ejecución, se exigirá responsabilidad penal por la tentativa si, iniciada la ejecución, el sujeto pasivo consiente y el sujeto activo tiene conocimiento de esta circunstancia a partir de este momento. Por supuesto, el consentimiento *a posteriori*, es decir, una vez finalizado el acto, es irrelevante, carece de eficacia eximente; por otro lado, una vez prestado el consentimiento, mientras no se llegue a producir la consumación del delito este se puede revocar en cualquier momento.

Para concluir con los requisitos del consentimiento, y salvo que los tipos penales requieran formas específicas para darle validez, este no requiere una forma determinada para ser manifestado, puede ser expreso, verbal, escrito, o tácito, por actos concluyentes. En todo caso, es necesario que el consentimiento sea manifestado al exterior de alguna manera, pues solo así podrá ser percibido por el sujeto activo para que pueda generar el efecto eximente pleno. Porque el consentimiento que se queda en el fuero interno del sujeto, que no se exterioriza, no puede ser conocido por el sujeto activo, y esta falta de conocimiento no podrá eximir de manera completa; se generará responsabilidad penal, dependiendo de la naturaleza jurídica del consentimiento y de la postura que se mantenga sobre si las causas de justificación tienen o no elementos subjetivos para la plena justificación.

El consentimiento informado, o la conformidad otorgada por un paciente en el ámbito médico, constituye uno de los casos más habituales de actuación de la eximente, pero con ciertas particularidades y requisitos adicionales para que genere su plena eficacia. Para evitar cualquier discusión e incertidumbre sobre su eficacia y alcance, con repercusiones en materia de seguridad jurídica, aquí sí se cuenta con una regulación legal que ha convertido al consentimiento informado en un derecho fundamental del paciente. Sigue siendo objeto de discusión, con repercusión práctica, si el correlativo deber de información médica constituye o no contenido de la *lex artis*.

De acuerdo con lo estipulado en la LAP, la información previa que tiene que recibir el paciente debe ser otorgada adecuadamente, atendiendo a sus circunstancias personales e intelectuales, de forma oral, asegurándose el médico de que el receptor de esa información (bien el paciente o cualquier otra persona legitimada legalmente para consentir por el paciente) ha comprendido adecuadamente la finalidad, naturaleza, riesgos y consecuencias de la intervención y reflejándolo de esa manera en el historial clínico para mayor seguridad jurídica.

Respecto de los requisitos del consentimiento informado, estos serán los que marque la legislación: de manera general, se estará a lo dispuesto en la LAP, completada, cuando el sujeto que ha de consentir es menor de edad, por la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, o cuando el consentimiento afecta a determinados aspectos relacionados con la salud sexual y reproductiva (el aborto), por la LO 2/2010, sin olvidar lo establecido de manera genérica o específica en los arts. 155 y 156 CP, sobre todo en materia de capacidad, para los delitos de lesiones o para la práctica del trasplante de órganos, cirugía transexual y esterilizaciones. Finalmente, en lo que no esté regulado de le serán de aplicación los requisitos generales del consentimiento, explicados arriba.

En consecuencia, el consentimiento informado debe ser expreso, oral generalmente, aunque no obligatoriamente, con la excepción de los supuestos de intervenciones quirúrgicas, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente), en los cuales se exige que sea necesariamente escrito. Así como escrita debe ser también la revocación que puede dar en cualquier momento el paciente.

En los casos en los que el paciente no está en condiciones de prestar su consentimiento y resulta inaplazable la intervención médica, mi opinión es que hay que respetar la última voluntad dada por el paciente, pues, aunque bien es cierto que no es absolutamente seguro que sea esa su decisión en ese momento, lo más razonable parece pensar que su voluntad no habrá variado durante el estado de inconsciencia o coma y que su opinión será la misma si llega a despertar. Y, a mi parecer, esa voluntad debe ser llevada hasta su último extremo, llegando a dejar morir al paciente, si ese era su deseo. Este argumento lleva a plantear el consentimiento presunto como eximente con autonomía propia, que puede resultar aplicable cuando el sujeto se encuentra en estado de inconsciencia y no puede manifestar su voluntad tras la información previa. Ciertamente, en muchas ocasiones lo razonable será presumir que, ante un riesgo vital, el sujeto sí consentirá la intervención.

Sobre la responsabilidad penal del médico por intervenciones médicas, mi postura es que, en el tratamiento curativo con resultado positivo, si ese tratamiento se ha realizado sin consentimiento, o contra el consentimiento del paciente, se produce un delito contra la libertad. Y no se produce un delito de lesión debido a la falta de imputación objetiva, ya que la integridad del paciente no sale perjudicada, sino todo lo contrario. En cambio, si el resultado en esas intervenciones fuese perjudicial para el paciente, entonces nos

encontraríamos ante un delito contra la libertad en concurso real con un delito de lesiones imprudentes o con dolo eventual, dependiendo del caso. Y en los supuestos de tratamiento médico no curativo sin o contra el consentimiento del paciente, siempre estaremos ante el delito de lesiones dolosas, en concurso real, de nuevo, con un delito contra la libertad. Pues incluso cuando el resultado es supuestamente positivo existirá lesión al faltar el consentimiento del paciente, ya que es imposible valorar objetivamente la positividad de ese resultado meramente estético.

Porque se puede ver una interrelación clara entre el carácter disponible o no del bien jurídico individual, el consentimiento del sujeto pasivo y la actividad médica, se ha analizado uno de los supuestos problemáticos para la doctrina, la eutanasia.

Respecto de la eutanasia, primeramente entiendo que el ámbito de aplicación del delito tipificado en el art 143.4 CP únicamente alcanzará a la eutanasia activa directa y que en esos casos, si se cumplen los requisitos del tipo, el consentimiento actuará como atenuante. Segundo, respecto de la punibilidad de la eutanasia, creo que es necesario eliminarla y permitir que un enfermo, si así lo desea y lo manifiesta de forma expresa y clara, pueda disponer de su vida, pues, no existe un deber de vivir que se pueda deducir del art. 15 CE, sino que este precepto solo se pronuncia sobre la vertiente positiva de la vida y no sobre la negativa, de forma que no existe ninguna obligación de vivir. Soy partidario, por tanto, de la aplicación del consentimiento como eximente, desde la consideración de que el bien jurídico vida sí es disponible, al menos para justificar la eutanasia. En este caso los requisitos adicionales para dar efecto al consentimiento, planteado como una petición, sí son necesarios, para eliminar cualquier mínima duda sobre la verdadera voluntad del sujeto pasivo.

BIBLIOGRAFÍA

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A.: *Acerca de la teoría de bienes jurídicos*, en: RP 18 (2006), 3-44.

ALONSO RIMO, Alberto: *Víctima y sistema penal: Las infracciones no perseguibles de oficio y el perdón del ofendido*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2002.

ÁLVAREZ CID, José/ÁLVAREZ CID, Geófilo: *El Código Penal de 1870*, II, Córdoba, Librería de Juan Font, 1908.

ANTÓN ONECA, José: *Derecho Penal, I, Parte general*, Madrid, Reus, 1949.

ARAQUE MORENO, Diego: *El consentimiento informado y su transcendencia en el Derecho Penal*, en: NFP 12 (2012), 133-147.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique: *Principios de derecho penal Parte General*, 5ª, Madrid, Akal/iure, 1998.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel: *Manual de derecho penal (Parte Especial) Delitos contra las personas*, 2ª, Madrid, Centro de estudios Ramón Areces, 1991.

BEAUCHAMP Tom L./CHILDRESS James F.: *Principios de ética biomédica*, trad. por GARCÍA-MIGUEL, Teresa/JÚDEZ GUTIERREZ, F. Javier/FEITO GRANDE, Lydia Barcelona, Masson, 2002.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio: *El delito de lesiones*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1982.

BUENO ARÚS, Francisco: *Limites del consentimiento en la disposición del propio cuerpo desde la perspectiva del derecho penal*, en: PJ 15 (1985), 11-22.

CASAS BARQUERO, Enrique: *El consentimiento en el Derecho Penal*, Córdoba, Servicio de publicaciones Universidad de Córdoba, 1987.

CEREZO MIR, José: *El consentimiento como causa de exclusión del tipo y como causa de justificación*, en: H-Rodríguez Devesa, 1989, 201-238.

- *Curso de derecho penal español: parte general. II, Teoría jurídica del delito*, 6ª, Madrid, Tecnos, 1998.

COBO DEL ROSAL, Manuel/VIVES ANTÓN, Tomás S: *Derecho penal: parte general*, 5ª, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu: *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales: nuevas formas de delincuencia [i.e. delincuencia] y reinterpretación de tipos penales clásicos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.

CUELLO CONTRERAS, Joaquín: *El Derecho Penal Español. Parte General. Nociones introductorias. Teoría jurídica del delito*. 3ª, Madrid, Dykinson, 2002.

DE LA GÁNDARA VALLEJO, Beatriz: *Consentimiento, bien jurídico e imputación objetiva*, Madrid, Colex, 1995.

DE LA MATA BARRANCO, Norberto J.: *El consentimiento presunto ante comportamientos realizados en interés propio*, en: H-Roxin, 1997, 187-405.

DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico: *La autonomía de voluntad del menor en el ámbito sanitario*, en: GASCÓN ABELLÁN, Marina/GONZÁLEZ CARRASCO, María del Carmen/CANTERO MARTÍNEZ, Josefa (coords.), *Derecho Sanitario y Bioética. Cuestiones Actuales*, 2011, Valencia, Tirant lo Blanch 407-458.

DE VICENTE REMESAL, Javier: *Consentimiento y acuerdo: ¿Causa de exclusión de la tipicidad o de la antijuridicidad?*, en: LUZÓN PEÑA/MIR PUIG (coords.) *Cuestiones actuales de la teoría del delito*, Madrid, Mcgraw-Hill, 1999,113-153.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel/BARBER BURUSCO, María Soledad: *Participación en el suicidio y eutanasia. Esbozo del tratamiento penal en España*, en: NFP 79 (2012) 115-151

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis: *Eutanasia y Derecho*, en: DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis/MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan (coords.) *El tratamiento jurídico de la eutanasia. Una perspectiva comparada*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, 509-548.

ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, Beatriz: *El consentimiento en Derecho Penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.

FRAGA MANDIÁN, Antonio/LAMAS MEILÁN, Manuel María: *El consentimiento informado (El consentimiento del paciente en la actividad curativa)*, Vigo, monografía de la Revista Xurídica Galega, 1999.

FRIEYRO ELÍCEGUI, Sofía: *El delito de Tráfico de Drogas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.

GALÁN CORTÉS, Julio César: *Responsabilidad médica y consentimiento informado*, Madrid, Civitas, 2001.

-*Responsabilidad civil médica*, en: ÁLVAREZ SÁNCHEZ, José Ignacio (dir.), la responsabilidad civil profesional, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2003, 134-317.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, Tecnos, 1990.

GOMEZ MARTÍN, Víctor: *Título XVIII De Las Falsedades*, en: CORCOY BIDASOLO, Mirentxu/MIR PUIG, Santiago (dirs.)/VERA SÁNCHEZ, Juan Sebastián (coord.), *Comentarios al Código Penal reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, 1325-1376.

GÓMEZ RIVERO, M^a del Carmen: *La responsabilidad penal del médico*, 2^o, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.

- *La responsabilidad penal del médico*, en: CAMAS JIMENA, M. (coord.) *Responsabilidad médica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, 17-137.

GONZÁLEZ VAZ, Carmen: *El consentimiento*, en: ARMENDÁRIZ LEÓN, C. (dir.)/BUSTOS RUBIO, M. (coord.), *La teoría Jurídica del delito a través del sistema de casos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, 125-130.

GUÉREZ TRICARICO, Pablo: *El tratamiento médico curativo y su licitud: El papel del consentimiento del paciente*, Pamplona, Aranzadi, 2012.

GUINOT BARONA, María: *La responsabilidad extracontractual*, en: ZABALA GUADALUPE, J. J. (coord.), DE FUENTES BARDAJÍ, J./CANCER MINCHOT, P./FRÍAS RIVERA, R./ ZABALA GUADALUPE, J. J. (dirs.) *Manual sobre responsabilidad sanitaria*, Pamplona, Thomson Reuters, 2009, 390-433

HAVA GARCÍA, Esther: *La imprudencia médica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001.

HERNÁNDEZ RAMOS, Mario: *El consentimiento informado y el derecho fundamental a la integridad física y moral*, en: SANZ MULAS, Nieves (coord.) *Relevancia jurídica*

del consentimiento informado en la práctica sanitaria: Responsabilidades civiles y penales, Granada, Comares, 2012, 1-10.

JAKOBS, Günther: *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, trad. de la 2ª alemana por CUELLO CONTRERAS, J./SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L., Madrid, Marcial Pons, 1997.

- *Suicidio, eutanasia y derecho penal*, trad. por MUÑOZ CONDE F./GARCÍA ÁLVAREZ P., Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.

JESCHECK, H - H.: *Tratado de Derecho Penal Parte General*, I, Trad. de la 3ª alemana por MIR PUIG, Santiago/MUÑOZ CONDE, Francisco Barcelona, Bosch, 1981.

JIMÉNEZ DE ASUA, Luis: *Tratado de derecho penal. IV, El delito. Parte 2, Las causas de justificación*, 3ª, Buenos Aires, Losada, 1976.

JORGE BARREIRO, Agustín: *La relevancia jurídicopenal del consentimiento del paciente en el tratamiento médico quirúrgico*, en: CPC 16 (1982), 5-34.

-*La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, Madrid, Tecnos, 1990.

JUANES PECES, Ángel: *El consentimiento informado*, en: EJMF 2 (2002), 595-638.

LANDECHO VELASCO, Carlos María/MOLINA BLÁZQUEZ, Concepción: *Derecho Penal español Parte general*, 10ª, Madrid, Tecnos, 2017.

LAURENZO COPELLO, Patricia: *Relevancia penal del consentimiento informado en el ámbito sanitario*, en: EP-Díaz Pita, 2008, 417-445.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo: *El consentimiento en el Derecho Penal*, Madrid, Dykinson, 1999.

-*Tratado de Derecho Penal Parte General*, Pamplona, Aranzadi, 2010.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel: *Estado de necesidad e intervención médica (o funcional, o de terceros) en casos de huelga de hambre, intentos de suicidio y de autolesión. Algunas tesis*, en: La Ley 1988-1, 992-1003.

Causas de atipicidad y causas de Justificación, en: LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel/MIR PUIG, Santiago (coords.), *Causas de Justificación y de Atipicidad en Derecho Penal*, Pamplona, Aranzadi editorial, 1995, 21-43.

-*El consentimiento en Derecho penal: causa de atipicidad, de justificación o de exclusión sólo de la tipicidad penal*, en: H-Suárez Montes 2013, 379-424.

- *Consentimiento presunto y autorización oficial: exclusión de la antijuridicidad o de la tipicidad y requisitos respectivos*, en: RDP 38 (2013), 9-33.

- *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 3ª, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.

MACHADO RODRÍGUEZ, Camilo Iván: *El consentimiento en materia penal*, en: DPC 95 (2012), 29-49.

MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús: *Requisitos esenciales del contrato. Elementos accidentales del contrato*, en: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (dir.)/MORALEJO IMBERNÓN, Nieves/QUICIOS MOLINA, Susana (coords.), *Tratado de Contratos, Tomo I, concepto, límites, significación, requisitos, formación, forma, documentación, interpretación e integración, eficacia e ineficacia del contrato*, 2ª, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, 600-746.

MARTÍNEZ GALLEGO, Eva María: *Contenido y requisitos del consentimiento informado. Responsabilidades civiles por su incumplimiento*, en: SANZ MULAS, Nieves (coord.), *Relevancia jurídica del consentimiento informado en la práctica sanitaria: Responsabilidades civiles y penales*, Granada, Comares, 2012, 25-48.

MAURACH, Reinhart / ZIPF, Heinz: *Derecho Penal Parte general*, I, trad. de la 7ª alemana por BOFILL GENZSCH, J./AIMONE GIBSON, E., Buenos Aires, Editorial Astrea, 1994.

MEZGER, E.: *Tratado de Derecho Penal, Tomo I*, trad. de la 2ª alemana por RODRÍGUEZ MUÑOZ, José Arturo, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1946.

MIR PUIG, Santiago: *Derecho Penal Parte General*, 10ª, Barcelona, Reppertor, 2016. También ha sido consultado *Derecho Penal Parte General*, 4ª, Barcelona, PPU, 1996, Y *Derecho Penal. Parte general*, 1984.

MORILLAS CUEVA, Lorenzo: *Aspectos penales del consentimiento informado*, en: EP-Ruiz Antón, 2004, 765-801.

- *Relevancia penal del consentimiento del paciente en relación con la actividad médica* en: MORILLAS CUEVA, L. (dir.)/SUÁREZ LÓPEZ, J. M. (coord.), *Estudios jurídicos*

sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios, Madrid, Dykinson, 2009, 81-119.

-*Consentimiento y consentimiento presunto ¿dos formas de un mismo todo?*, en: H-Rodríguez Ramos, 2013, 139-162.

MUÑOZ CONDE, Francisco: *Algunas cuestiones relacionadas con el consentimiento del paciente y el tratamiento médico*, en: EP-Díaz Pita, 2008, 447-478.

- *Derecho Penal Parte Especial*, 21ª, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.

MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes: *Derecho penal: parte general*, 9ª, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

SANZ MULAS, Nieves: *Relevancia penal del consentimiento informado del paciente*, en: SANZ MULAS, Nieves (coord.), *Relevancia jurídica del consentimiento informado en la práctica sanitaria: Responsabilidades civiles y penales*, Granada, Comares, 2012, 49-64.

NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel: *Homicidio consentido, eutanasia y derecho a morir con dignidad*, Madrid, Tecnos, 1999.

- *Interrupción voluntaria de la vida humana*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.

QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio: *Comentarios al Código Penal*, 2º, Madrid, Revista de Derecho Privado D.L. 1966.

RÍOS ARENALDI, Jaime: *El consentimiento en materia penal*, en: PCRE 1 (2006) 1-37.

RODRÍGUEZ DEVESA, José María/SERRANO GÓMEZ, Alfonso: *Derecho Penal español Parte General*, 16ª, Madrid, Dykinson, 1993.

- *Derecho Penal español Parte Especial*, 18º, Madrid, Dykinson, 1995.

RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, Virgilio: *El delito de tratamiento médico arbitrario: una propuesta de lege ferenda*, en: RECPC 19 (2017), 1-57.

ROMEO CASABONA, Carlos María: *El médico y el Derecho Penal, I, La actividad curativa (Licitud y responsabilidad penal)*, Barcelona, Bosch, 1981.

- *El error evitable de prohibición en el Proyecto de 1980*, en: ADPCP 1981, 739-768.

- *El consentimiento en las lesiones en el proyecto de código penal de 1980*, en: CPC 17 (1982), 263-296.

- *El médico ante el derecho: la responsabilidad penal y civil del médico*, Madrid, Ministerio de Sanidad y Consumo, 1985.

- *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, Granada, Comares, 2004.

- *Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad del riesgo*, Granada, Comares, 2005.

ROMEO MALANDA, Sergio: *Responsabilidad penal médica por ausencia de consentimiento informado: un enfoque alternativo a las tesis dominantes*, en: CPC 110 (2013), 73-113.

- *Los denominados “tratamientos médicos arbitrarios” ante el Derecho penal: de la STS de 26 de octubre de 1995 a la SAP de Salamanca de 7 de abril de 2014*, en: RP 35 (2015), 172-188.

ROXIN, Claus: *Derecho penal. Parte general. Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Trad. de la 2ª por LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel/DE VICENTE REMESAL, Javier, Madrid, Thomson-Civitas, 1997.

- *Dogmática penal y Política criminal*, trad. y editor ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A., Lima, IDEMSA, 1998.

- *Tratamiento jurídico-penal de la eutanasia*, en: RECPC 1 (1999), trad. OLMEDO CARDENETE, Miguel. (Versión online no paginada).

SALVAT PUIG, Juan: *¿Cómo debe dar la información el sanitario?*, en: SANZ MULAS, Nieves (coord.), *Relevancia jurídica del consentimiento informado en la práctica sanitaria: Responsabilidades civiles y penales*, Granada, Comares, 2012, 11-23.

SEGURA GARCÍA, María José: *El consentimiento del titular del bien jurídico en Derecho Penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.

TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen: *La cooperación al suicidio y la eutanasia en el nuevo CP (art.143)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.

VAQUERO PINTO, María José: *Otros: gestión y servicios profesionales*, en: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (dir.)/MORALEJO IMBERNÓN, Nieves/QUICIOS MOLINA, Susana (coords.), *Tratado de Contratos, Tomo III, Sección Segunda De La Contratación Común o General, 2ª*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, 3970-4221.