

ESTUDIOS

E

DEL CONSENTIMIENTO EN EL DERECHO PENAL

JAVIER PARRILLA VERGARA

III ARANZADI

© Javier Parrilla Vergara, 2025
© ARANZADI LA LEY, S.A.U.

ARANZADI LA LEY, S.A.U.

C/ Collado Mediano, 9
28231 Las Rozas (Madrid)
www.aranzadilaley.es

Atención al cliente: <https://areacliente.aranzadilaley.es/>

Primera edición: Febrero 2025

Depósito Legal: M-3440-2025

ISBN versión impresa: 978-84-1085-019-4

ISBN versión electrónica: 978-84-1085-020-0

Diseño, Preimpresión e Impresión: ARANZADI LA LEY, S.A.U.

Printed in Spain

© ARANZADI LA LEY, S.A.U. Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, ARANZADI LA LEY, S.A.U., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no asumirán ningún tipo de responsabilidad que pueda derivarse frente a terceros como consecuencia de la utilización total o parcial de cualquier modo y en cualquier medio o formato de esta publicación (reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación pública, transformación, publicación, reutilización, etc.) que no haya sido expresa y previamente autorizada.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

ARANZADI LA LEY no será responsable de las opiniones vertidas por los autores de los contenidos, así como en foros, chats, u cualesquiera otras herramientas de participación. Igualmente, ARANZADI LA LEY se exime de las posibles vulneraciones de derechos de propiedad intelectual y que sean imputables a dichos autores.

ARANZADI LA LEY queda eximida de cualquier responsabilidad por los daños y perjuicios de toda naturaleza que puedan deberse a la falta de veracidad, exactitud, exhaustividad y/o actualidad de los contenidos transmitidos, difundidos, almacenados, puestos a disposición o recibidos, obtenidos o a los que se haya accedido a través de sus PRODUCTOS. Ni tampoco por los Contenidos prestados u ofertados por terceras personas o entidades.

ARANZADI LA LEY se reserva el derecho de eliminación de aquellos contenidos que resulten inveraces, inexactos y contrarios a la ley, la moral, el orden público y las buenas costumbres.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de ARANZADI LA LEY, S.A.U., es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

Índice General

	<i>Página</i>
ABREVIATURAS.....	13
INTRODUCCIÓN.....	15
CAPÍTULO I	
SOBRE LA UBICACIÓN SISTEMÁTICA DEL CONSENTIMIENTO EN LA TEORÍA DEL DELITO	19
1. La teoría diferenciadora: el consentimiento como causa de atipicidad o como causa de justificación.....	23
1.1. <i>El consentimiento como causa de atipicidad.....</i>	28
1.2. <i>El consentimiento como causa de justificación.....</i>	39
1.2.1. <i>La teoría del negocio jurídico de Zitelmann.....</i>	43
1.2.2. <i>La teoría de la ausencia de interés de Mezger.....</i>	47
1.2.3. <i>La teoría de ponderación de valores de Noll.....</i>	51
1.2.4. <i>La teoría de la ponderación de Jakobs.....</i>	59
1.2.5. <i>La teoría tripartita de Luzón Peña.....</i>	64
2. La teoría unitaria: el consentimiento como causa de atipici- dad.....	70
2.1. <i>La teoría de Roxin.....</i>	81
3. Toma de posición.....	93

CAPÍTULO II

PRESUPUESTOS DE EFICACIA DEL CONSENTIMIENTO PENAL

	103
1. Capacidad	106
1.1. <i>Personas discapacitadas necesitadas de especial protección</i> ...	117
2. Reconoscibilidad	130
2.1. <i>Concluyente</i>	130
2.2. <i>Previo o coetáneo a la acción</i>	143
2.3. <i>Revocable</i>	145
2.4. <i>Consentimiento presunto</i>	147
2.4.1. <i>Caracterización y accesoriadad del consentimiento presunto</i>	147
2.4.2. <i>Requisitos</i>	156
2.5. <i>Toma de posición</i>	161
3. Libremente otorgado	168
3.1. <i>La tesis de Artz</i>	169
3.2. <i>La tesis de Roxin</i>	171
3.3. <i>La tesis de Jakobs</i>	173
3.4. <i>Toma de posición</i>	176

CAPÍTULO III

BIEN JURÍDICO Y CONSENTIMIENTO

	183
1. Aproximación al concepto de bien jurídico	192
2. La disponibilidad del bien jurídico como presupuesto del consentimiento	212
2.1. <i>Vida, integridad física y la indisponibilidad de lo disponible</i>	220
2.2. <i>Autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentidas</i> .	234
3. Toma de posición	243

ÍNDICE GENERAL

	<i><u>Página</u></i>
CONCLUSIONES	253
BIBLIOGRAFÍA	261
ANEXO JURISPRUDENCIAL	281

discapacitadas de especial protección al amparo de la actual redacción del art. 49⁸⁶ CE.

2. RECOGNOSCIBILIDAD

La capacidad natural no se configura como único requisito a ponderar respeto a la completa eficacia del consentimiento penal. Por tanto, deviene esencial plantear —y cuestionar— los distintos acercamientos que la doctrina científica ha realizado no solo a la forma del consentimiento, es decir, ¿requiere de forma escrito o basta el mero asentimiento interno del titular para entenderse efectivo?, sino también a si su exteriorización supone un requisito esencial para la constitución de un consentimiento penal plenamente efectivo.

No obstante, y pese a defenderse en el presente la naturaleza eminentemente destipificadora del consentimiento y, por ende, objetiva respecto al tipo penal, permanece aún en la actualidad el más candente debate sobre esta cuestión —la forma y reconocibilidad del consentimiento— respecto a los elementos subjetivos del sujeto que actúa respecto al bien jurídico ajeno. Las consecuencias penológicas, toman en esta cuestión mayor trascendencia; por un lado, se puede afirmar que el consentimiento debe ser conocido por el dolo del autor, idea que en nuestra opinión plantea *ad limine* un problema terminológico, por otro, nos obliga a plantearnos si en efecto cabría admitirse que, pese a no conocer el consentimiento, su actuación pudiera calificarse como impune.

2.1. CONCLUYENTE

Son diversas las teorías que la doctrina ha tenido a bien sentar respecto a la forma en la que el consentimiento ha de ser prestado en aras de alcanzar su plena efectividad. Si bien, el tan rehuido consenso dogmático en otras cuestiones inherentes a este instituto parece haber encontrado acomodo en la necesidad de que el consentimiento trascienda el plano subjetivo en aras de su exteriorización.

86. «1. Las personas con discapacidad ejercen los derechos previstos en este Título en condiciones de libertad e igualdad reales y efectivas. Se regulará por ley la protección especial que sea necesaria para dicho ejercicio. 2. Los poderes públicos impulsarán las políticas que garanticen la plena autonomía personal y la inclusión social de las personas con discapacidad, en entornos universalmente accesibles. Asimismo, fomentarán la participación de sus organizaciones, en los términos que la ley establezca. Se atenderán particularmente las necesidades específicas de las mujeres y los menores con discapacidad».

Hemos de remontarnos a la concepción de un consentimiento penal ligado a su homónimo civil para sondear los primeros vestigios de las teorías sobre la manifestación del consentimiento. ZITELMANN⁸⁷ y su denominada por la doctrina como *teoría de la declaración de la voluntad* (*willenserklärungstheorie*) imponen a la manifestación del consentimiento penal las reglas jurídico-civiles. Si bien, pese a no contar con relevante predicamento en el estudio contemporáneo del consentimiento, la teoría de ZITELMANN no estuvo exenta de seguidores. En este devenir, HORN⁸⁸, FISCHER⁸⁹ o BUENO ARÚS⁹⁰ se posicionaron junto al anterior en la consideración de que la voluntad negocial era necesario presupuesto de eficacia del consentimiento penal, quedando este relegado a un mero negocio jurídico (*rechtsgeschäftstheorie*).

A esta concepción (en claro desuso⁹¹) cabe oponer idénticos argumentos a los ya expresados. Imponer la naturaleza de «un negocio jurídico recepticio»⁹² al consentimiento penal supondría desnaturalizar la razón de ser de este como ejercicio de libertad por parte del titular del bien jurídico protegido. Ello no empece a que el consentimiento (especialmente en aquellos supuestos en los que es un bien jurídico de corte patrimonial) tome los formalismos propios de la ciencia civil; es decir, no se rechaza tal posibilidad,

-
87. ZITELMANN, E., *ob. cit.*, págs. 51 y ss. De igual manera, con un criterio cambiante desde la decimoquinta edición de su *Comentario* (1915) se pronunciaba FRANK (citado en MEZGER, E., *Tratado de Derecho Penal. Tomo I, ob. cit.*, pág. 344). Sobre esta y las demás teorías que sobre esta materia se ocupan *vid.* SCHREY, R., *Der Gegenstand der Einwilligung des Verletzten*, Schletter, Breslau, 1928, págs. 7-16. Sobre ella, pero sin adherirse a sus postulados, MEZGER afirma como el planteamiento de ZITELMANN yerra a la hora de diferenciar el consentimiento como un negocio jurídico civil y el consentimiento penal (MEZGER, E., *Tratado de Derecho Penal. Tomo I, ob. cit.*, págs. 344 y 345).
88. HORN, O., *Zur Lehre von der Tötung auf Verlagen*, Heidelberger Verlagsanstalt, Münster, 1910, *passim*.
89. FISCHER, H. A., *Die Rechtswidrigkeit mit besonderer Verücksichtigung des Privatrechts*, Beck, Múnich, 1911, *passim*.
90. BUENO ARÚS, F., «El consentimiento del paciente», *ob. cit.*, págs. 276 y ss., también, por el mismo y alcanzando iguales conclusiones en «El consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico y la Ley General de Sanidad», *ob. cit.*, pág. 159, del mismo, «Límites del consentimiento en la disposición del propio cuerpo desde la perspectiva del derecho penal», *ob. cit.*, págs. 11 y ss.
91. Entre otros muchos *vid.* SEGURA GARCÍA, M. J., *ob. cit.*, pág. 136, DE LA GÁNDARA VALLEJO, B., *ob. cit.*, pág. 116 o bien ROMEO CASABONA que alude a las «mínimas» formalidades que el consentimiento penal requiere frente a la institución civil (ROMEO CASABONA, C. M., *El médico y el Derecho Penal, ob. cit.*, pág. 344). También QUINTANO RIPOLLÉS sitúa una evidente diferenciación entre el Derecho civil, con su «idiosincrasia eminentemente formalista» del Derecho penal, con su naturaleza «humana y relativista» (QUITANO RIPOLLÉS, A., *ob. cit.*, pág. 333).
92. COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T. S., *ob. cit.*, pág. 458.

aunque «el contrato (...) va más allá de lo que se desprendería del mero consentimiento»⁹³.

Por tanto, a la diferenciación natural entre consentimiento penal y consentimiento civil, la ausencia de formalismos en el supuesto penal y su caracterización como reflejo del mandato constitucional de los arts. 10.1 CE y 2.I GG cabe oponer un nuevo argumento: su *revocabilidad*. Por ejemplo, llegado el caso de que entre vecinos de fincas colindantes se firmase un contrato en virtud del cual el propietario de una de ellas consiente en la tala de árboles de la finca ajena por el segundo, ¿podrá el propietario de los árboles desistirse del contrato en cualquier momento? O, por el contrario, aun quedando a salvo la posibilidad de desistir el contrato, ¿se podría de ello derivar alguna responsabilidad de índole civil? Es esta la tesitura en la que asumir la tesis de ZITELMANN nos emplaza: el consentimiento penal, no elimina *per natura* la antijuridicidad o tipicidad de la acción (sea cual fuere la tesis a la que nos adheriésemos) ya que subsistiría un estrato de injusto civil, inaccesible a la jurisdicción penal.

En franca contravención a la teoría de la declaración de la voluntad y como una respuesta natural a ella, el segundo de los planteamientos que pretendía otorgar coherencia a la manifestación del consentimiento penal se despoja no ya de los formalismos civiles, sino de cualquier formalismo: es la denominada *teoría de la dirección de la voluntad*. Teoría que tiene su raigambre en la afirmación de que la aprobación interna del titular del bien jurídico protegido es presupuesto suficiente para que el consentimiento pueda ser considerado eficaz.

En este devenir, la denominada como *willensrichtungstheorie* postulaba como «el consentimiento (...) produce sus efectos objetivamente sin tener en cuenta el conocer o el deber de conocer del sujeto activo»⁹⁴. Así sería imposible exigir el conocimiento a aquel que actúa, habida cuenta de que el consentimiento del titular del bien jurídico protegido se extiende, por igual, a la acción en su conjunto. Se suprime por ello cualquier diferencia-

93. ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte General, Tomo I, ob. cit.*, pág. 533. Asume como esta idea plantea problemas respecto a la revocabilidad del consentimiento, al entender que la categoría acuñada por WEBER, de «contrato jurídico civil», carece de predicamento (*ibidem* pág. 533, nota 75).

94. MEZGER, E., *Tratado de Derecho Penal. Tomo I, ob. cit.*, págs. 345 y 346, por el mismo, *Derecho Penal. Parte General, ob. cit.*, pág. 165. En franca oposición a lo expuesto por el anterior, QUINTANO RIPOLLÉS esgrime idénticos argumentos a los utilizados al rebatir la teoría del negocio jurídico —el carácter humano y subjetivo del Derecho penal— y expone la falta de viabilidad de esta debido a la falta de arraigo de esta concepción tanto en la doctrina como en la jurisprudencia alemanas (QUINTANO RIPOLLÉS, A., *ob. cit.*, págs. 333 y 334).

ción entre delitos de actividad y aquellos que requieren de un resultado, ya que la acción — se refiere a la flecha lanzada por Guillermo Tell a la manzana posada sobre la cabeza de su hijo— quedaría integrada por el propio consentimiento, no expresado, pero sí evidente, en el fuero interno del titular del bien jurídico protegido.

Se adhiere a lo anterior, SCHMIDHÄUSER que centra la relevancia del consentimiento del titular del bien jurídico protegido en la efectiva lesión de este y no en el conocimiento del autor, alcanzando así la conclusión de que la manifestación del consentimiento es inocua⁹⁵. Si bien, pese a denostar la exteriorización del consentimiento, castiga al autor — por no conocer el consentimiento y pese a ello actuar— en grado de tentativa inidónea⁹⁶. Consecuentemente el planteamiento de SCHMIDHÄUSER quedaría vacío de contenido: si el consentimiento no debe depender del conocimiento — o en su caso, de la ausencia de este —, ¿por qué se debe penar al supuesto autor? Se castiga la verdadera acción, o cómo ya expresaba QUINTANO RIPOLLÉS⁹⁷, ¿es la peligrosidad de la conducta consentida lo que pretende penar?

Sea como fuere, la teoría de la dirección de la voluntad contó con un escaso apoyo doctrinal⁹⁸. En el caso español, son pocos los autores que se adhieren a la tesis de la declaración de la voluntad, *v.gr.* COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN⁹⁹. En efecto, la teoría de la dirección de la voluntad ofrece poderosos y convincentes argumentos, en especial, a aquellos que postulan una concepción liberal del bien jurídico y de la existencia de un consentimiento unitario y destipificador: si lo relevante es la autodeterminación del individuo ¿por qué sería necesario hacer depender la validez del consentimiento del conocimiento de un tercero?

95. SCHMIDHÄUSER, E., *Strafrecht, Allgemeiner Teil, ob. cit.*, págs. 119 y 120.

96. *Ibidem*, pág. 119. Por el contrario, otros como NOLL entienden viable castigar al autor por mor de la comisión de un delito consumado. Al igual que SCHMIDHÄUSER, ambos tropiezan con igual disonancia dogmática: si el consentimiento no requiere de su exteriorización para considerarse eficaz, resulta ilusorio requerir de su concurrencia a los efectos de excluir la tipicidad de la conducta del autor. Esta es la solución, ya sea como tentativa inidónea o como delito consumado, que alcanzan los anteriores, y que como bien dispone BACIGALUPO ZAPATER, carece de coherencia dogmática (citado en DE LA GÁNDARA VALLEJO, B., *ob. cit.*, pág. 116).

97. QUINTANO RIPOLLÉS, A., *ob. cit.*, pág. 334.

98. También entre los defensores de la dirección de la voluntad, al menos respecto al acuerdo, GEERDS afirma que la existencia o la ausencia de un elemento objetivo del tipo deviene irrelevante de cara a su conocimiento por el autor (GEERDS, F., *Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafrecht, ob. cit.*, pág. 267).

99. COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T. S., *ob. cit.*, pág. 458.

Sin embargo, como recuerda JAKOBS¹⁰⁰, adherirnos a lo anterior supondría una fugaz solución; la subsistencia del dolo ante el desconocimiento del autor sería más evidente en determinados supuestos *v.gr.* el consentimiento exteriorizado, pero no querido, la reserva mental o aquel que nace de un error en su declaración. Elementos, todos ellos, con su relevante incidencia en la calificación jurídica de los hechos.

En consonancia con lo expuesto (pese a tentadora), tampoco nos es posible adherirnos a la teoría de la dirección de la voluntad, por ser esta una teoría *incompleta* en lo que respecta a la reconocibilidad del consentimiento del titular del bien jurídico protegido. Es cierto que en lo relativo al consentimiento resulta imprescindible centrar el protagonismo jurídico en la figura del titular del bien jurídico. No obstante, ello no es óbice para que, llegados a este punto —el análisis de su eventual reconocibilidad, ahora por un tercero— devenga esencial que el consentimiento sea exteriorizado. No entendemos posible, mucho menos conforme a Derecho, que el mero asentimiento interno del individuo pueda producir efectos y relevantes consecuencias penológicas para el tercero-autor.

A nuestro parecer, la teoría de la dirección de la voluntad peca de una excesiva inocencia dogmática, sustrayendo el Derecho a una esfera ideal —del puro pensamiento, nunca mejor dicho— que aleja la reconocibilidad del consentimiento de cualquier posibilidad de aplicarse en la esfera fáctica. En este sentido, ya MEZGER se hacía eco de esta cuestión al afirmar que «el problema jurídico y la cuestión de la prueba deben aparecer aquí, como en todo otro caso, netamente deslindado»¹⁰¹. Sin embargo, a diferencia de lo expuesto por el anterior, deslindar lo jurídico de lo fáctico supone desconectar a la ciencia jurídica de la realidad social a la que sirve. No por ser complejo, renuncia el Derecho penal a esclarecer los hechos de difícil probanza, como advierte ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN¹⁰², sino muy al contrario, toma una postura garante para ambas partes; para con el titular del bien jurídico protegido, del cual debiere exigirse un consentimiento real, es decir, exteriorizado siquiera al más mínimo nivel y respecto del tercero-autor, al que se le habrá de otorgar una certidumbre, a través de esta exteriorización, que lo aleja de argumentos tan disparatados como los de calificar su actuación como la de un delito consumado.

100. JAKOBS, G., *Derecho Penal. Parte General*, *ob. cit.*, pág. 297.

101. MEZGER, E., *Tratado de Derecho Penal. Tomo I*, *ob. cit.*, pág. 346. De igual manera, asumiendo los argumentos del anterior, ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, B., *ob. cit.*, pág. 196.

102. *Ibidem*, pág. 196.

Por tanto, hemos de plantearnos si realmente no son estos supuestos los que no solo pecan de falta de realismo, sino también despojan al titular del bien jurídico de su prerrogativa de consentir, en tanto, si el consentimiento no debe ser exteriorizado ¿sería el consentimiento penal una institución obsoleta? Institución obsoleta en la que pese a existir una aseveración interna por parte del titular del bien jurídico protegido, el autor sería penado en igual manera ante la injerencia consentida por el primero de ellos.

En esta idea se sitúa la tercera de las teorías que tienen por fin abordar la cuestión ahora debatida. Con un espíritu conciliador, alejándose del excesivo formalismo civilista de la declaración de la voluntad y la puramente subjetiva teoría de la dirección de la voluntad, la doctrina ha tenido a bien definir esta tercera vía como teoría ecléctica, intermedia o mediadora¹⁰³ (*vermittelnde theorie*).

Su denominación como intermedia resulta, a la luz de sus postulados, algo capciosa; ello indicaría que la misma se encuentra a medio camino entre la taxatividad formalista y la subjetividad de dirección de la voluntad. En este devenir, ROXIN¹⁰⁴ indicaba que su denominación más certera pasaba por asimilar la dicción de la dirección de la voluntad — con la que comparte amplios elementos — si bien de una forma moderada: la *teoría limitada de la dirección de la voluntad*.

Aclarada la que es una nomenclatura más adecuada para esta, deviene esencial analizar el contenido de sus postulados. Es del parecer de JESCHECK que «el consentimiento debe ser manifestado externamente de un modo inequívocamente reconocible, sin que sean aplicables las reglas del Derecho civil relativas a la declaración de la voluntad»¹⁰⁵. Con él hemos de coincidir: el consentimiento reside, por naturaleza (en su fase inicial) en el fuero interno del individuo por ser elemento de su voluntad. Sin embargo, ello no supone que, residiendo en el pensamiento del individuo, el mismo

103. Tomando esta denominación, entre otros muchos, JESCHECK, H. H. y WEIGEND, T., *ob. cit.*, pág. 410, MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General, ob. cit.*, pág. 525, LUZÓN PEÑA, D. M., «El consentimiento en Derecho penal: causa de atipicidad, de justificación o de exclusión solo de la tipicidad penal», *ob. cit.*, págs. 40 y 41, SEGURA GARCÍA, M. J., *ob. cit.*, pág. 136, DE LA GÁNDARA VALLEJO, B., *ob. cit.*, pág. 117 o bien ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, B., *ob. cit.*, pág. 184. Alude a ella como la «teoría dominante», LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *ob. cit.*, pág. 17.

104. ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte General, Tomo I, ob. cit.*, pág. 533. En cuanto a su denominación como teoría «limitada» respecto a la teoría de la dirección de la voluntad, ROXIN se adhiere, aunque tímidamente (en nota de pie a página) al concepto acuñado por BAUMANN (*ibidem*, pág. 533, nota 78).

105. JESCHECK, H. H. y WEIGEND, T., *ob. cit.*, pág. 410.

pueda poseer efectos *ad extra* sin que sea exteriorizado de forma alguna. Por tanto, acierta ROXIN al disponer que el pensamiento no expresado no puede considerarse jurídicamente vinculante¹⁰⁶.

Empero, la exteriorización aludida no requiere de un consentimiento expreso. Tienen cabida bajo la égida de esta teoría tanto el consentimiento expreso como el tácito¹⁰⁷, por lo que lo realmente esencial respecto a la forma del consentimiento es que el mismo sea real¹⁰⁸. No se requiere de los rigores del Derecho civil, pero sí de unos hechos concluyentes que permitan reconocer la exteriorizada voluntad del titular del bien jurídico protegido. Esta reconocibilidad del consentimiento deviene presupuesto esencial de su eficacia, como así lo reconoce MUÑOZ CONDE al admitir la validez de tanto el consentimiento expreso como el tácito siempre y cuando el mismo sea «claramente manifestado»¹⁰⁹. De igual manera, DE LA GÁNDARA

106. ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte General, Tomo I, ob. cit.*, pág. 533.

107. En este sentido COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, sin expresamente adherirse a la teoría limitada de la declaración de la voluntad admiten que el consentimiento puede tomar una u otra forma, sin que ello incida en su validez (COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T. S., *ob. cit.*, 458).

108. Expresamente aluden a la necesidad de que el consentimiento ha de ser real, JORGE BARREIRO, A., *ob. cit.*, pág. 25, o bien, CASAS BARQUERO, E., *ob. cit.*, pág. 61. Otros como LUZÓN PEÑA exponen que es suficiente con que se evidencie un acto concluyente, sin perjuicio de que, en ocasiones, la relevancia de los bienes jurídicos en cuestión requiera de un consentimiento expreso *v.gr.* art. 156 CP (LUZÓN PEÑA, D. M., «El consentimiento en Derecho penal: causa de atipicidad, de justificación o de exclusión solo de la tipicidad penal», *ob. cit.*, págs. 5 y 41). Cobra especial relevancia la necesidad de un consentimiento expreso en el ámbito sanitario a través del denominado como «consentimiento informado». Así parece destacarlo el art. 13 de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, al imponer que «el consentimiento expreso y por escrito de la mujer embarazada o, en su caso, del representante legal, de conformidad con lo establecido en la Ley 41/2002, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de información y documentación clínica». En relación con ello se pronuncia la STS (Sala Segunda) n.º 798/2017 de 11 de diciembre (ECLI:ES:TS:2017:4790). No cabe duda de que debido a la naturaleza de la intervención médica y su consecuente incidencia en la esfera de bienes jurídicos como la salud o la integridad física, la intensidad con la que el consentimiento ha de ser manifestado en supuestos como los de la actividad sanitaria ha de ser superior a la de otros supuestos en los que los bienes jurídicos en cuestión (sin que ello empezca su naturaleza personalísima) posean menor transcendencia para con su titular. Esclarecedoras son las palabras de ROMEO CASABONA al afirmar que «el médico necesita del consentimiento del paciente, el cual produce ya ciertos efectos por su mera existencia, pero solo actúa con plenitud de su eficacia cuando tenía conocimiento del mismo» (ROMEO CASABONA, C. M., *El médico y el Derecho Penal, ob. cit.*, pág. 346).

109. MUÑOZ CONDE, F., *Teoría general del delito, ob. cit.*, pág. 134, alcanzando igual conclusión en MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General, ob. cit.*, pág. 327.

VALLEJO¹¹⁰ afirma, sin matización alguna respecto a la ubicación dogmática del consentimiento en la teoría del delito¹¹¹, que la manifestación del consentimiento ha de constar al menos de manera concluyente.

Por tanto, no es la forma lo que deviene esencial respecto a la eficacia del consentimiento sino su reconocibilidad; es decir, que el consentimiento del titular del bien jurídico trascienda la mera consciencia quedando formulado a través de actos concluyentes¹¹². Lo expreso o tácito, es accesorio. Aunque no irrelevante, dado que la mera pasividad¹¹³ del titular del bien jurídico protegido no podrá ser tenida en consideración como consentimiento. A colación de ello, apuntaba KLEE que «cuanto mayor sean la gravedad de las consecuencias (...) más elevadas serán las exigencias a este respecto»¹¹⁴.

Por lo cual, el consentimiento del titular del bien jurídico ha de exteriorizarse de forma concluyente y con la intensidad suficiente que permita aseverar una aquiescencia efectiva del hecho al que se accede y de la comprensión de las circunstancias que de este habrán de dimanar.

Es este el sentir que parece imperar en la jurisprudencia¹¹⁵ de nuestros Tribunales, que exponen como el consentimiento ha de ser expresado de manera alguna (expresa o tácita), sin que el mero pensamiento pueda poseer transcendencia jurídica alguna. Sirva como ejemplo lo dispuesto por la STS

-
110. DE LA GÁNDARA VALLEJO, B., *ob. cit.*, pág. 118. Coincide con la anterior, SEGURA GARCÍA, que partiendo de la posición dogmática mantenida en su obra entiende que es la teoría de la conciliación la que con mayor precisión se ajusta al consentimiento, entendido como la «expresión de conformidad de una persona en relación (a) la conducta de otro» (SEGURA GARCÍA, M. J., *ob. cit.*, pág. 137).
111. En contra de este criterio, HONIG, afirma que el acto concluyente es elemento esencial para aquellos supuestos en el que el consentimiento actúe en el campo de la tipicidad, no así para aquellos en los que el consentimiento actúe como causa de justificación (HONIG, R. M., *ob. cit.*, págs. 145 y 146).
112. También CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho Penal Español*, *ob. cit.*, pág. 732 o LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *ob. cit.*, pág. 17.
113. CASAS BARQUERO, E., *ob. cit.*, pág. 61, GEERDS, F., «Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafgesetzentwurf», *ob. cit.*, pág. 44, BARREIRO JORGE, A., *ob. cit.*, pág. 27 o LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *ob. cit.*, pág. 17. Implícitamente, POLAINO ORTS, M., *ob. cit.*, pág. 241.
114. KLEE, K., «Selbstverletzung und Verletzung eines Einwilligenden», en *GA*, n.º 48, Decker's, Heidelberg, 1901, pág. 347.
115. Ello ya ha sido puesto de manifiesto por DE LA GÁNDARA VALLEJO a la luz del tenor literal de la Sentencia de 6 de mayo de 1991 en virtud de que «el tribunal dictaminó que el que haya o no haya consentimiento ha de decidirse interpretando el comportamiento del acusado» (citada en DE LA GÁNDARA VALLEJO, B., *ob. cit.* pág. 117).

(Sala Segunda) n.º 590/2020 de 11 de noviembre¹¹⁶ que alude a la posibilidad de que la entrada en el domicilio pueda ser flanqueada incluso a través de un consentimiento tácito, a través de actos de naturaleza concluyente. O bien, la STS (Sala Segunda) n.º 864/2015 de 10 de diciembre¹¹⁷ que expone como el consentimiento «no precisa ser expreso, admitiéndose también un consentimiento tácito» (FD 7.º). De igual manera, la también STS (Sala Segunda) n.º 334/2019 de 4 de julio¹¹⁸ ratifica lo expuesto por el artículo 36.2¹¹⁹ del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011 y dispone que del relato de los hechos probados y de la documental obrante, vídeos que «evidencian de una parte la pasividad doliente de la víctima (...) se desprende del *factum* que la víctima en ningún momento prestó su consentimiento a las relaciones sexuales de las que fue objeto cuando estaba dentro del cubículo» (FD 2.º y 4.º).

Así, el consentimiento del titular del bien jurídico deberá revestir, con independencia de su forma (expresa o tácita), la debida reconocibilidad: ser expresado *ad extra* con intensidad suficiente —atendiendo al bien jurídico sobre el que se consiente— y en todo caso, con independencia de la ubicación sistemática que interese defender respecto del consentimiento en la teoría del delito.

Como ya anunciásemos con anterioridad, existe una creciente opinión dogmática que aboga por la indiferencia ante un consentimiento bicéfalo, y las diferencias que de ello se derivarían respecto —también— de sus presupuestos de eficacia. Salvando las cuestiones propias de consentimiento presunto (*mutmaßliche Einwilligung*) que serán abordadas con posterioridad y la justificación (o no) de su existencia en aquellos supuestos cuya urgencia requiere la rápida intervención sin contar con el consentimiento del titular, entendemos que serían aplicables idénticos requisitos con relación a su reconocibilidad tanto al consentimiento destipificador como a un hipotético consentimiento con efecto justificante.

En este sentido, GEERDS participa en la idea de que para el caso de la conformidad es suficiente con que exista una aquiescencia interna del titular

116. FD 2.º; ECLI:ES:TS:2020:3815.

117. ECLI:ES:TS:2015:5809.

118. ECLI:ES:TS:2019:2200.

119. «El consentimiento debe prestarse voluntariamente como manifestación del libre arbitrio de la persona considerado en el contexto de las condiciones circundantes».

del bien jurídico protegido¹²⁰. Con ello, la adhesión a este particular planteamiento nos llevaría a posicionarnos ante la que podría denominarse verdaderamente como teoría «intermedia»: dirección de la voluntad respecto al consentimiento destipificador y la exigencia de una exteriorización, para el consentimiento justificante, tal y como se postula desde la teoría limitada de la dirección de la voluntad. Sin embargo, ello no nos parece aceptable, en tanto las críticas realizadas a la teoría de la dirección de la voluntad son extensibles en idéntico sentido al consentimiento cualquiera que sea su posición sistemática en la teoría del delito.

La eventual diferenciación entre los presupuestos de reconocibilidad del consentimiento —entendido este desde posturas tanto unitarias como diferenciadoras— tiene su raigambre en la última de las cuestiones que habremos de abordar: ¿debe el consentimiento exteriorizarse a través de un comportamiento concluyente del titular del bien jurídico protegido?

Tomando en consideración el ejemplo *supra* mencionado de aquel horrible jarrón familiar, que (pese a su valor económico) es dejado a su libre arbitrio en la calle, son tres las soluciones que podemos tomar en consideración de conformidad con el tenor de las teorías analizadas.

Un primer escenario, en el que el consentimiento del propietario del jarrón solo devendría eficaz si concurrieran los requisitos de un negocio jurídico civil, ya fuese una compraventa o cualesquiera otros de análoga naturaleza. No obstante, como ya hemos tenido ocasión de argumentar, admitir lo anterior supone unificar dos instituciones que pese a compartir nombre, poseen antagónica naturaleza.

El segundo de estos pasaría por la existencia de un consentimiento válidamente prestado por el mero hecho de existir en el fuero interno del propietario: conoce el valor económico del jarrón, desea desprenderse del mismo dejándolo en la puerta de su vivienda. No carecería de sentido, adherirnos a la teoría de la dirección de la voluntad, más cuando la posición que se mantiene respecto al consentimiento es la de que resulta una insti-

120. GEERDS, F., *Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafrecht*, *ob. cit.*, pág. 267. En este sentido, CASAS BARQUERO afirma que deviene esencial realizar tal diferenciación respecto del consentimiento destipificador («no es necesario constatar la presencia de elemento subjetivo alguno (...) su presencia hace ya eliminar la realización del tipo») del consentimiento justificante (CASAS BARQUERO, E., *ob. cit.*, pág. 62). De igual manera, en una postura contraria a los anteriores, BUSTOS RAMÍREZ se muestra partícipe de despojar al consentimiento de cualquier elemento subjetivo, y concluye que «su sola presencia (...) excluye la presencia del tipo legal» (BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho Penal. Parte General*, *ob. cit.*, pág. 306).

tución netamente destipificadora¹²¹ con fundamento en el libre desarrollo de la personalidad del individuo. Sin embargo, dotar de validez a este presupuesto supone una solución, que conllevaría posteriores problemas, por ejemplo, en sede de revocabilidad. Si el consentimiento es jurídicamente válido con su mera existencia en el pensamiento, ¿cómo es posible salvaguardar la posibilidad de su revocación? O acaso habremos de defender un tratamiento diferenciado en cuanto a la reconocibilidad y a la revocabilidad del consentimiento, en el que la primera, es válida con solo existir, mientras que la segunda requiere de su exteriorización.

Sin perjuicio de que ahondaremos en ello con posterioridad, una revocabilidad *ad intra* conllevaría diversos problemas no solo probatorios sino relativos a la taxatividad y certidumbre de la que debe ser acreedora la ley penal. Piénsese en el viandante que percatado del abandono del jarrón en la puerta de la vivienda, toma el mismo y continúa con su paseo, ¿podría el consentimiento interno por parte del «propietario» poseer un efecto destipificador? Entendemos que no, en tanto, admitir este argumento obligaría a dotar al consentimiento y a la voluntad interna del individuo de unos efectos válidos respecto al consentimiento, pero no admisibles respecto a la propia imputación penal. Ello nos posicionaría ante la obligación de instaurar junto con el pensamiento jurídicamente destipificador, el pensamiento jurídicamente imputable; una especie de consagración penal del mero pensamiento como el augurado por Orwell, que fuera fundamento de imposición o exoneración de la pena.

Distinta solución jurídica conllevaría el anterior supuesto de hecho si, tomando la costumbre propia de los países del norte de Europa, el sujeto que obtiene el jarrón es conocedor de que los propietarios de objetos en desuso los emplazan en la puerta de su casa, bien gratuitamente, bien por la voluntad de aquel que lo toma. En este escenario nos encontraríamos ante una exteriorizada voluntad a través de un hecho concluyente y conocido tanto por el propietario del objeto, como por aquel que lo aprehende. El acto trasciende el mero pensamiento, reforzando lo ya expuesto: la irrelevancia de la forma del consentimiento y la relevancia de su reconocibilidad.

No obstante, ello no precluye el debate existente en torno a la necesidad (o no) de la exteriorización del consentimiento, o como nos pareciera más acertado denominar, su reconocibilidad. Tal y como se ha expresado con anterioridad, el consentimiento del titular del bien jurídico protegido

121. Así lo hace SEGURA GARCÍA, que manteniendo una posición unitaria respecto al consentimiento, expone que «cuando el conocimiento se ha exteriorizado, pero no ha llegado a conocimiento del autor (...) la conducta quedará impune» (SEGURA GARCÍA, M. J., *ob. cit.*, págs. 138 y 139).

requiere del refrendo de un acto/s concluyente/s; su plasmación en el plano fáctico. Sin embargo, ¿presupone tal exteriorización la necesidad de que dicho consentimiento sea conocido por el autor?

Si atendemos a los postulados dualistas, la respuesta quedará ceñida a la ubicación sistemática del consentimiento en la teoría del delito: para aquellos casos en los que el instituto actúe en el campo de la tipicidad, no será necesario más que la aprobación interna del titular del bien jurídico protegido. Por el contrario, para aquellos supuestos en los que el consentimiento queda restringido al ámbito de la antijuridicidad, la manifestación de este será presupuesto de su eficacia¹²². Dicho conocimiento supone que pese a existir un consentimiento, si este no es reconocible por parte del autor, el mismo habrá de ser castigado por la comisión de un delito consumado.

Pese a ello, la mayoría de la doctrina¹²³, coincide en considerar que el conocimiento por parte del autor del consentimiento no puede suponer un elemento inherente a la eficacia de este instituto. Por tanto, y así parece aseverarlo SEGURA GARCÍA aludiendo a la vocación social del Derecho penal —«viene a regular relaciones entre individuos y no meras actitudes interiores»¹²⁴—, la percepción del consentimiento por el tercero no debe suponer una traba a su eficacia.

Sin embargo, tomar en consideración la anterior afirmación aboca a gran parte de la doctrina científica a soluciones dispares en lo relativo a la calificación de la actitud del autor. Unos, representados por MIR PUIG¹²⁵, entienden que aquel que actúa pese a desconocer el consentimiento del titular del bien jurídico protegido no pueden quedar exentos de responsabilidad penal. En estos supuestos se habrá de penar tal actuación como ten-

122. En este sentido *vid.* BACIGALUPO ZAPATER, E., «El consentimiento del lesionado en el Derecho y en la dogmática penal españoles», *ob. cit.*, pág. 118 o bien, MUÑOZ CONDE, F., *Teoría general del delito*, *ob. cit.*, pág. 134.

123. ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, B., *ob. cit.*, pág. 186.

124. SEGURA GARCÍA, M. J., *ob. cit.*, pág. 137.

125. MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, *ob. cit.*, pág. 525. Coinciden con el anterior, DE LA GÁNDARA VALLEJO, B., *ob. cit.*, 118, LUZÓN PEÑA, D. M., «El consentimiento en Derecho penal: causa de atipicidad, de justificación o de exclusión solo de la tipicidad penal», *ob. cit.*, pág. 42, implícitamente, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *ob. cit.*, pág. 18 o CASAS BARQUERO partícipe de considerar que, en todo caso, deberá el autor conocer y, por ende, actuar de conformidad con el consentimiento del titular del bien jurídico protegido. La existencia de este elemento subjetivo al que alude deberá en todo caso evidenciarse en aquellos supuestos en los que el autor tenga voluntad de actuar respecto a la causa de justificación, por lo que en los supuestos en los que el consentimiento actúe en el campo de la tipicidad, será del todo prescindible. En el supuesto del desconocimiento del consentimiento, sería posible admitir la concurrencia de una tentativa inidónea debido a la subsistencia del desvalor de acción

tativa inidónea. Dicen MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN que la tentativa inidónea es aquella «que se da cuando los medios empleados y el objeto sobre el que recae el intento eran aptos para conseguir la consumación del delito, aunque ésta no llegue a producirse por causas posteriores, ajenas a la voluntad del sujeto»¹²⁶. El autor actuaría sin conocer el consentimiento del titular. Nos encontramos ante un desvalor de acción no acompañado por desvalor alguno en cuanto a su resultado, que nos atrevemos a decir, es completamente inocuo para el titular del bien jurídico protegido.

En este devenir hemos de disentir respecto de aquellas tesis que postulan la existencia de un delito consumado, por entender que el desvalor de resultado sería inexistente en el caso de que existiera un consentimiento exteriorizado, pero no conocido por el autor. En estos supuestos entendemos factible considerar que existe un efectivo desvalor de acción en la actuación de aquel, que, pese a no conocer el consentimiento del titular del bien jurídico protegido, realiza actos con directa incidencia en el bien citado. Por ello, afirmaciones como la de SEGURA GARCÍA¹²⁷, partícipe de la impunidad de la acción del tercero (pese a desconocer el consentimiento del titular del bien jurídico protegido) suponen una aproximación escasa a esta problemática.

Tomando como ejemplo la dicción del delito de agresión sexual del tipificado en el art. 179.1 CP, la conducta tipificada se centra en el acceso carnal no consentido «por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías». Según lo expuesto por el precepto, si A consiente a través de actos concluyentes («mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona», dice el art. 178.1 CP) en mantener relaciones sexuales con B, nada empece a considerar que dicha acción es atípica. Sin embargo, si en el desenvolvimiento del acto sexual entre A y B, un tercer sujeto (C) decide intervenir, tras percibir como B realiza actos que invitan al mismo a su participación en el acto, ningún problema existe en calificar la actuación de B y C como la de una relación sexual consentida. No obs-

(CASAS BARQUERO, E., *ob. cit.*, pág. 63). De igual manera, ROMEO CASABONA, C. M., «El consentimiento en las lesiones en el Proyecto de Código Penal de 1980», *ob. cit.*, pág. 872 y CERESO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español. Parte II. Teoría jurídica del delito/2*, *ob. cit.*, pág. 88, por el mismo, con idéntico planteamiento, «El consentimiento como causa de exclusión del tipo y como causa de justificación», *ob. cit.*, págs. 214 y 215.

126. MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, *ob. cit.*, pág. 388.

127. SEGURA GARCÍA, M. J., *ob. cit.*, pág. 139. En igual sentido, argumentado la ausencia de conocimiento del sujeto activo y su irrelevancia respecto a la eficacia del consentimiento *vid.* SÁINZ CANTERO, J. A., *ob. cit.*, pág. 578.

tante, siendo que son tres personas las que mantienen las relaciones, ¿cómo debieran calificarse los actos sexuales o inclusive la penetración de C respecto A?

En este caso, no se ha exteriorizado hecho alguno que permitiese a C conocer la verdadera voluntad de A respecto al mantenimiento de relaciones sexuales, por cuanto al primero sólo consta la aquiescencia de B. En puridad, y así se ha venido manteniendo, la mera pasividad¹²⁸ no debe ser entendida como consentimiento válidamente emitido por las razones *supra* referidas, por lo que cualquier acto, con incidencia en la libertad sexual, o penetración de C sobre A colmaría la descripción típica del art. 179 CP. Es así como C actúa de forma dolosa, dado que sin contar con el consentimiento de A —solo el de B— se introduce y realiza diversos actos de naturaleza sexual. Por tanto, entendemos viable afirmar que evidenciado el desvalor de acción, los actos sexuales e inclusive la penetración no consentidos por no ser reconocibles para con el sujeto activo, no podrían calificarse de impunes. Todo ello sin perjuicio del consentimiento de A; en tanto como MIR PUIG recuerda: «aunque la efectiva existencia del consentimiento hace desaparecer el tipo consumado, el autor que lo desconoce intenta, siquiera de forma inidónea, realizarlo»¹²⁹. Por el contrario, supuestos como el descrito, suponen para ROXIN¹³⁰ un claro ejemplo de delito consumado, por cuanto afirmar como otorgar de preeminencia a la voluntad no expresada del titular del bien jurídico protegido supone una merma en la seguridad jurídica, especialmente respecto al campo del error imputable al autor.

2.2. PREVIO O COETÁNEO A LA ACCIÓN

El consentimiento prestado por aquel con capacidad natural suficiente y exteriorizado a través de hechos concluyentes y reconocibles ha de ser prestado por el titular del bien jurídico protegido bien con anterioridad, bien al inicio de la acción con incidencia respecto al bien jurídico prote-

128. En el presente escenario, la existencia de actitudes de A respecto a C podría ser igualmente calificables de consentimiento. Nos referimos a actitudes que claramente tendrían por finalidad prolongar o establecer un contacto de índole sexual con C, y que se encuadrarían en un consentimiento tácito, que como ya hemos tenido ocasión de analizar no tiene real incidencia en los presupuestos de eficacia de este; es válido cualquier consentimiento prestado por un sujeto con capacidad natural para ello y exteriorizado de forma que permita al actor conocer de su existencia.

129. MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, *ob. cit.*, pág. 525. Por el contrario, para ROXIN aquellos supuestos en los que sea imposible evidenciar el consentimiento, pese a existir «un puro asentimiento interno» la calificación jurídica de los hechos deberá ser la del delito consumado (ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte General, Tomo I*, *ob. cit.*, pág. 535).

130. ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte General, Tomo I*, *ob. cit.*, pág. 535.

gido¹³¹. Esta afirmación es así compartida por la doctrina penalista. Existe un pacífico consenso¹³² respecto al momento en el que el titular del bien jurídico ha de emitir, ya sea de forma expresa o tácita, su consentimiento.

Un consentimiento extemporáneo, posterior a la ejecución de la acción con incidencia en el bien jurídico protegido, carece de verdadera utilidad. Como recuerda SAUER¹³³ la relevancia de este solo pudiera circunscribirse al ámbito de la pena, quedando descartada la idea de que el consentimiento penal pueda ser equiparable al perdón del ofendido. Sobre ello, el art. 130.5.⁹¹³⁴ CP regula el perdón del ofendido como una causa de extinción de la responsabilidad penal¹³⁵, siempre y cuando «la Ley así lo prevea». A diferencia de la regulación anterior, que extendía los efectos *redentores* de esta causa de extinción de la responsabilidad penal a los delitos perseguibles mediante denuncia o querrela, en la actualidad, el perdón solo será

131. SEGURA GARCÍA, M. J., *ob. cit.*, pág. 139, CASAS BARQUERO, E., *ob. cit.*, págs. 83 y 84, DE LA GÁNDARA VALLEJO, B., *ob. cit.*, pág. 118, BACIGALUPO ZAPATER, E., *Principios del Derecho Penal. Parte General*, *ob. cit.*, pág. 207, SÁINZ CANTERO, J. A., *ob. cit.*, pág. 578, MUÑOZ CONDE, F., *Teoría general del delito*, *ob. cit.*, pág. 134, MEZGER, E., *Tratado de Derecho Penal. Tomo I*, *ob. cit.*, págs. 349 y 350, ROMEO CASABONA, C. M., *El médico y el Derecho Penal*, *ob. cit.*, pág. 355, también en «El consentimiento en las lesiones en el Proyecto de Código Penal de 1980», *ob. cit.*, pág. 278, JORGE BARREIRO, A., *ob. cit.*, págs. 24-25 o LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *ob. cit.*, pág. 16. De igual manera, MIR PUIG despoja de cualquier viabilidad al consentimiento posterior a la ejecución del hecho, con la salvedad del consentimiento presunto (MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, *ob. cit.*, pág. 525) también CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español*, *ob. cit.*, pág. 82, por el mismo, «El consentimiento como causa de exclusión del tipo y como causa de justificación», *ob. cit.*, pág. 203.
132. DE LA GÁNDARA VALLEJO, B., *ob. cit.*, pág. 118.
133. SAUER, W., *Derecho Penal. Parte General*, Bosch, Barcelona, 1956, pág. 213.
134. «1. La responsabilidad criminal se extingue (...) 5.º Por el perdón de la persona ofendida, cuando se trate de delitos leves perseguibles a instancias de la persona agraviada o la ley así lo prevea. El perdón habrá de ser otorgado de forma expresa antes de que se haya dictado sentencia, a cuyo efecto la autoridad judicial sentenciadora deberá oír a la persona ofendida por el delito antes de dictarla. En los delitos cometidos contra personas menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que afecten a bienes jurídicos eminentemente personales, el perdón de la persona ofendida no extingue la responsabilidad criminal».
135. Sobre el instituto del perdón y su relación con el consentimiento penal *vid.* SEGURA GARCÍA, M. J., *ob. cit.*, págs. 51 y ss, también, aunque desde una perspectiva general del instituto del perdón del ofendido (anterior a la reforma operada por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia) *vid.* ALONSO RIMO, A., *Víctima y sistema penal: las infracciones no perseguibles de oficio y el perdón del ofendido*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, *passim*. Para un profuso análisis de la figura del perdón del ofendido desde una perspectiva histórica, *vid.* TOMÁS y VALIENTE, F., «El perdón de la parte ofendida en el Derecho penal castellano (siglos XVI, XVII y XVIII)», en *Anuario de historia del derecho español*, n.º 31, Ministerio de Justicia y Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1961, págs. 55 y ss.

relevante en aquellos supuestos en los que el texto punitivo así lo contemple *v.gr.* art. 201.3¹³⁶ CP.

Luego, siendo que el consentimiento ha de ser prestado con anterioridad o al inicio del acto presuntamente lesivo, la aseveración una vez iniciada la ejecución de la acción habrá de ser considerada como tentativa¹³⁷. De igual manera, y siendo que defendemos la idea de que un consentimiento *a posteriori* no posee eficacia alguna, la ratificación del acto una vez finalizada la ejecución no puede ser considerada más que como un delito consumado¹³⁸. Por tanto, el que sustrae el jarrón sin el consentimiento (si quiera, aquella aquiescencia interna) de su propietario, comete un delito de hurto, al igual que el mantiene relaciones sexuales sin atisbo de consentimiento del sujeto pasivo habrá de ser considerado autor de un delito de agresión sexual.

En estos casos, lesionado el bien jurídico protegido, no cabe calificarse el ataque/disposición del mismo como desarrollo de la libre personalidad del titular del citado, por cuanto con anterioridad y durante la ejecución de la acción no entendía tal acto como valioso en aras de su libre desarrollo.

2.3. REVOCABLE

En línea con lo anterior, al igual que se requiere de un consentimiento actual¹³⁹ (reconocible y anterior o coetáneo a la acción) para que sea considerado jurídicamente válido, la revocación del consentimiento debe ser igualmente exteriorizada y reconocible por el autor de la acción, en ese mismo instante, ya lesiva para con el bien jurídico. Si el consentimiento puede ser prestado de forma tácita, en idénticas condiciones deberá (o podrá) ser expresada tal revocación.

No cabe duda al respecto. El consentimiento, con independencia de su naturaleza en el seno de la teoría del delito, es revocable por el titular del bien jurídico protegido sin que ello pueda suponer una contravención de cualesquiera obligaciones de corte contractual. En este orden de cosas, aquel que pese a conocer la revocación del consentimiento (ser consciente de la emisión de su revocación) actúa, comete un delito consumado; el dolo es palpable, en tanto conoce y pese a conocer la oposición de la víctima, prosigue en la ejecución del hecho típico.

136. «3. El perdón del ofendido o de su representante legal, en su caso, extingue la acción penal sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 130.1.5.º, párrafo segundo».

137. En este sentido, ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte General, Tomo I, ob. cit.*, pág. 536.

138. *Ibidem*, pág. 535.

139. SEGURA GARCÍA, M. J., *ob. cit.*, pág. 139.

Al igual que concluyésemos a colación de la ineficacia del consentimiento *ad intra*, es decir, aquel que no llega a exteriorizarse de forma alguna, la revocación que no es expresada por el sujeto que entonces consintió no debería dar lugar a la calificación del hecho como delito consumado. En el presente asistimos a una revocación deficientemente configurada (no exteriorizada) como aquella que existe en el fuero interno pero que no llega a ser conocida por el actor.

Sin embargo, en estos supuestos resulta más adecuado admitir la concurrencia del error de tipo que la de una tentativa. Piénsese en que comenzado el coito entre A y B (mayores de edad), el segundo de estos, dada la naturaleza de los actos o el desenvolvimiento de estos desea que los mismos cesen, revocando internamente el consentimiento prestado al inicio de los citados actos. Sin embargo, y dado de que no exterioriza tales circunstancias el acto sexual se ejecuta en su totalidad; ¿comete A un delito contra la libertad sexual? Nos encontramos ante actos que atentan contra la libertad sexual de B debido a que existe una (deficiente) revocación del consentimiento prestado. Sin embargo, tomando las palabras de GROIZARD, «la conciencia es un libro cerrado, donde ningún Juez de la tierra puede leer»¹⁴⁰. En este caso A no puede conocer los extremos del pensamiento de B, por lo que desconoce un elemento del tipo: la falta de consentimiento.

Así, entendemos más adecuado ceñir la actuación de aquel que actúa desconociendo la revocación del consentimiento del titular del bien jurídico protegido al error de tipo¹⁴¹: el desconocimiento de uno de los elementos del tipo. De igual manera sería palpable error de tipo en el que tomando el jarrón con el previo consentimiento de su propietario, no advierte las reticencias a entregar el mismo, por no ser expresadas más que en el fuero interno.

En ambos supuestos consta la comisión de un ilícito penal, sin embargo, la respuesta punitiva debiera modularse en atención a la intensidad de la revocación. El error invencible sería el predicable a la revocación que no se exterioriza, dependiendo la vencibilidad del error de la posibilidad de probar la existencia de hechos con la intensidad suficiente para considerar la revocación tácita; un forcejeo en la entrega del jarrón, pudiera denotar una

140. GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A., *El Código penal de 1870, concordado y comentado*, Esteban Hermanos, Salamanca, 1897, pág. 74.

141. Sobre el error de tipo *vid.* ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte General, Tomo I, ob. cit.*, págs. 456 y ss. De igual manera, MIR PUIG, S., *Curso de Derecho Penal español. Parte II. Teoría jurídica del delito/2, ob. cit.*, págs. 277 y ss., JESCHECK, H. H. y WEIGEND, T., *ob. cit.*, págs. 327-329, o bien MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General, ob. cit.*, págs. 256 y ss.

revocación tácita del consentimiento respecto a su entrega, de igual manera, relevante será el testimonio de aquel que revoca el consentimiento iniciado el acto sexual, a los efectos de evidenciar si existieron actos concluyentes con la intensidad suficiente como para poder hacer reconocible la revocación del citado.

2.4. CONSENTIMIENTO PRESUNTO

Que el consentimiento ha de ser reconocible a los efectos de cobrar plena eficacia jurídico penal es un hecho que se ha venido sosteniendo a lo largo del presente. Dicho consentimiento habrá de ser emitido por el titular del bien jurídico protegido con capacidad natural suficiente. Sin embargo, la ausencia de cualesquiera de estos presupuestos trastocaría la propia naturaleza del consentimiento como causa de atipicidad; sin capacidad natural suficiente o expresándose *ad intra*, el consentimiento del titular del bien jurídico protegido no debiera poder ser considerado eficaz.

Tal es el caso del consentimiento presunto. Asistimos en este caso a una parcial desnaturalización del consentimiento tal y como ha venido siendo conceptualizado hasta ahora. A diferencia de la pura emisión de la voluntad del titular del bien jurídico disponible, nos enfrentamos a una creación dogmática¹⁴² que tiene por finalidad ofrecer una respuesta a aquellos supuestos en los que la incapacidad momentánea para prestar su consentimiento del titular del bien jurídico ha de ser suplida por un tercero.

2.4.1. Caracterización y accesoriadad del consentimiento presunto

De raíz germánica, el consentimiento presunto adeuda a MEZGER su creación bajo el nombre de *mutmaßliche Einwilligung*¹⁴³. Sería éste el que sentaría el presente concepto jurídico dando así respuesta a un reducido (pero no por ello menos relevante¹⁴⁴) elenco de supuestos: la cañería que anega la

142. Alude a la inoperatividad del consentimiento frente a otras construcciones dogmáticas como el estado de necesidad, ZIPF, H., *Einwilligung und Risikoübernahme im Strafrecht*, ob. cit., pág. 56.

143. Sin embargo, el propio artífice de la institución considera desafortunada su denominación, al entender que su consideración como presunción (judicial) de consentimiento se ajusta con mayor acierto a su naturaleza. No obstante, dice decantarse por la opción de «presunto» siguiendo la dicción del § 678 BGB a los efectos de establecer un paralelismo respecto al fenómeno de la «voluntad presunta» (MEZGER, E., *Tratado de Derecho Penal. Tomo I, ob. cit.*, pág. 361, nota 3). De igual manera, soslayando los acertados comentarios realizados por el anterior respecto a la adecuación de nombre de consentimiento presunto *vid.* ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte General, Tomo I, ob. cit.*, pág. 765.

144. STRATENWERTH, G., *Derecho Penal. Parte General I. El hecho punible*, ob. cit., pág. 187.

vivienda ajena, el que mata al animal herido en la finca ajena para entregarlo a su dueño o el del facultativo que ante una decisión vital para la supervivencia del paciente, opera pese a no contar con la aquiescencia de este¹⁴⁵. Nos encontramos ante verdaderas injerencias en la esfera de la titularidad individual del bien jurídico protegido en el que el autor actúa sin conocer el consentimiento del titular del bien jurídico dada cuenta de que este no puede expresarlo o no puede ser recabado de este último.

Consecuentemente, el consentimiento presunto viene a configurarse como un sustitutivo del consentimiento real, un artificio dogmático¹⁴⁶ que tiene por función suplir el consentimiento que el titular hubiera (si acaso) debido prestar ante la injerencia del tercero en el bien jurídico protegido de su titularidad. Requiere por ello, tanto de un elemento subjetivo —aquel que actúa conoce que lo hace sin contar con el consentimiento del titular del bien jurídico— como de uno de corte objetivo, la efectiva lesión del bien jurídico ajeno. En ese sentido, COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN añaden que deviene esencial «un juicio hipotético acerca de lo que el titular hubiera hecho si poseyese un conocimiento adecuado de la situación»¹⁴⁷. Con ello no podemos más que coincidir, en tanto la ausencia de una verdadera expresión de la voluntad del titular del bien jurídico protegido solo puede ser suplida a través de la probabilidad *ex ante* de que se otorgaría un consentimiento: ante la rotura de la cañería de agua, ¿querría que su vecino entrase en su vivienda? ¿desea ser reanimado aquel que porta en el pecho un tatuaje que expresamente reza *NO REANIMAR*?

En cualquier caso, pese a coincidir con los anteriores parcialmente, hemos de diferir en la aproximación que ambos realizan respecto a la voluntad ponderable en el juicio de probabilidad *ex ante* que ha de realizar el autor. COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN afirman que el mismo no puede centrarse en «la probable voluntad empírica del titular del bien», a lo que adicionan como en estos supuestos lo relevante habrá de ser «lo que

145. MEZGER, E., *Derecho Penal. Parte General, ob. cit.*, pág. 166, por el mismo, aludiendo a los mismos supuestos de hecho, *Tratado de Derecho Penal. Tomo I, ob. cit.*, pág. 360.

146. No es posible considerar el consentimiento presunto como una creación del derecho consuetudinario dada cuenta de su escasa viabilidad práctica a la luz de los escasos supuestos que finalmente llegan a ser enjuiciados (ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte General, Tomo I, ob. cit.*, pág. 768). De igual manera MEZGER afirma que «no se trata de una construcción ficticia» (MEZGER, E., *Tratado de Derecho Penal. Tomo I, ob. cit.*, pág. 362). Por el contrario, BACIGALUPO ZAPATER expone que el fundamento del citado no es otro que el derecho consuetudinario (BACIGALUPO ZAPATER, E., *Principios del Derecho Penal. Parte General, ob. cit.*, pág. 211).

147. COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T. S., *ob. cit.*, pág. 458.

ESTUDIOS

Xxxx

E

ISBN: 978-84-1085-018-4



3 788410 850194