



**COMILLAS**  
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO (ICADE)

**REGULACIÓN DEL CONSENTIMIENTO  
SEXUAL. ESPECIAL REFERENCIA AL  
CONSENTIMIENTO PRESTADO EN LA  
FRANJA COMPRENDIDA ENTRE LOS  
DIECISÉIS Y LOS DIECIOCHO AÑOS**

Autor: Francisco Ribas Alameda  
5º E3 C  
Derecho Penal

Tutor: Francisco Javier Gómez Lanz

Madrid  
Abril 2019

## RESUMEN

El presente trabajo de investigación parte del derecho constitucional al libre desarrollo de la personalidad, recogido en el art. 10 CE, para configurar un marco penal general relativo a la libertad de disposición de los individuos con respecto a sus bienes jurídicos propios.

En este sentido, se analizan los límites que cabe establecer a esta libre disposición y el fundamento de aquellos. Se aborda así la operatividad que tiene el consentimiento del sujeto pasivo para restringir la punibilidad de ciertas acciones que cuentan con el permiso de quien las soporta.

De manera añadida, se analizan las implicaciones de la prestación de dicho consentimiento y su ubicación dogmática en la teoría del delito, así como se establecen sus requisitos de eficacia y se tratan sus particularidades en materia sexual.

Tras haber llevado a cabo dicho estudio, se han aplicado las posturas defendidas a lo largo del trabajo al análisis del consentimiento sexual prestado en la franja comprendida entre los dieciséis y los dieciocho años, donde se apreciaban ciertas dificultades interpretativas y descoordinaciones legislativas.

**Palabras clave:** *Bien jurídico protegido, Consentimiento, Edad de consentimiento sexual, Indemnidad sexual, Libertad sexual, Libre desarrollo de la personalidad, Menores*

## ABSTRACT

*This research is based on the constitutional right to the free development of personality, enshrined in Article 10 of the Spanish Constitution, in order to configure a general criminal framework regarding the freedom of disposition that individuals have in relation to their own protected legal rights.*

*In this sense, it analyzes the limits that can be established to this free disposition and the rationale of those. This addresses the operability of the passive subject's consent to restrict the punishability of certain actions that have the permission of the person who bears them.*

*In addition, the implications of giving consent and its dogmatic location in the theory of crime are analyzed, as well as its effectiveness requirements are established and its particularities in sexual matters are dealt with.*

*After having carried out this study, the positions defended throughout the document have been applied to the analysis of sexual consent given in the range between sixteen and eighteen years, where certain interpretative difficulties and legislative uncoordinations were observed.*

**Key words:** *Protected legal right, Consent, Age of sexual consent, Sexual Integrity, Sexual Freedom, Free development of personality, Minors*

## ÍNDICE DE CONTENIDOS

CAPÍTULO I.- INTRODUCCIÓN: EL ARTÍCULO 10 DE LA C.E. Y EL DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD .....	1
CAPÍTULO II.- CUESTIONES PRELIMINARES: LIBERTAD DE DISPOSICIÓN DE LOS BIENES JURÍDICOS PROPIOS. LÍMITES AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD .....	4
2.1.- <i>El respeto a la ley: regulación legal relativa a la indisponibilidad de bienes jurídicos propios</i> .....	6
2.2.- <i>El respeto a los derechos de los demás: no causar daño a terceros y el abuso del derecho</i> .....	17
CAPÍTULO III.- LA PROBLEMÁTICA RELATIVA AL CONSENTIMIENTO EN EL DERECHO PENAL: LA PRESTACIÓN DEL CONSENTIMIENTO SEXUAL.....	19
3.1.- <i>El consentimiento en el Derecho Penal: concepto, naturaleza, eficacia y ubicación en la teoría del delito</i> .....	19
3.2.- <i>La prestación del consentimiento: requisitos, límites y efectos. Especial referencia al consentimiento prestado en tipos que protegen la libertad sexual</i> .....	27
CAPÍTULO IV.- EL CONSENTIMIENTO SEXUAL PRESTADO EN LA FRANJA COMPRENDIDA ENTRE LOS 16 Y LOS 18 AÑOS .....	35
4.1.- <i>El fundamento del establecimiento de los dieciséis años como la edad a partir de la cual se reputa eficaz el consentimiento sexual prestado. Especial referencia a la cláusula de asimetría del art. 183 quater del Código Penal. Toma de posición</i> .....	39
4.2.- <i>Problemas existentes en la franja comprendida entre los dieciséis y los dieciocho años. Toma de posición respecto a los principales problemas planteados en la configuración de los Capítulos II Bis y V del Tít. VIII del CP</i> .....	46
CAPÍTULO V.- CONCLUSIONES.....	50
BIBLIOGRAFÍA. ....	51
1. <i>Legislación</i> .....	51
2. <i>Jurisprudencia</i> .....	51
3. <i>Obras doctrinales</i> .....	52
4. <i>Otros recursos</i> .....	57

## LISTADO DE ABREVIATURAS

A°	Auto
art./s.	artículo/artículos
Cap./s.	Capítulo/Capítulos
CDN	Convención sobre los Derechos del Niño
CC	Código Civil
CE	Constitución Española de 1978
<i>cfr.</i>	<i>confer</i> (compárese)
Coord.	Coordinador
CP	Código Penal
Dir./s.	Director/Directores
Ed.	Edición
Edr.	Editor
etc.	etcétera
ETS	Enfermedades de Transmisión Sexual
FGE	Fiscalía General del Estado
FJ	Fundamento Jurídico
<i>i. e.</i>	<i>id est</i> , ‘esto es’
Juzg.	Juzgado
L	Ley
LGDCU	Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios
LO	Ley Orgánica
n°	número
ONU	Organización de las Naciones Unidas
<i>op. cit.</i>	<i>opere citato</i> (en la obra citada)
p. ej.	por ejemplo
p./pp.	página/páginas
pfo.	párrafo
RAE	Real Academia Española
ss.	siguientes
TC	Tribunal Constitucional
Tít.	Título
Trad.	Traducido
TS	Tribunal Supremo
UE	Unión Europea
UNED	Universidad Nacional de Educación a Distancia
UNICEF	United Nations International Children's Emergency Fund
<i>vid.</i>	<i>vide</i> (véase)
Vol.	Volumen

## **CAPÍTULO I.- INTRODUCCIÓN: EL ARTÍCULO 10 DE LA C.E. Y EL DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD**

---

El auge del reconocimiento de los derechos de la personalidad en los ordenamientos jurídicos modernos, especialmente en el mundo occidental, ha propiciado un cambio evidente en lo que a la libertad de actuación de los individuos se refiere. La llamada “esfera de autogobierno del individuo” le permite disponer de los bienes jurídicos de los que es titular de una manera ciertamente amplia. La autonomía de la voluntad y la libertad de decisión, que tienen como base la propia dignidad de la persona, son principios actualmente incuestionables dentro de los sistemas jurídicos modernos.

Así, se inicia el Título Primero de la CE con un precepto de alcance general respecto de los derechos fundamentales recogidos en la Carta Magna. De esta manera, el art. 10.1 establece que “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”.

Considero que dicho artículo se puede interpretar de la siguiente manera: parte de la dignidad de la persona como fundamento del reconocimiento constitucional de unos bienes jurídicos protegidos inherentes al individuo; ya que la dignidad de la persona es, como explica el TC, “el valor jurídico fundamental reconocido [...] como germen o núcleo de unos derechos ‘que le son inherentes’”<sup>1</sup> y que “constituye fundamento del orden político español”<sup>2</sup>. Estos bienes jurídicos protegidos, a su vez, conforman una esfera de derechos inviolables inherentes al individuo, que es la base del libre desarrollo de la personalidad, entendido este como la capacidad que tiene cada persona de disponer de los mencionados derechos que le son inherentes sin que existan obstáculos de carácter externo que impidan su libertad de decisión, para desarrollarse y desarrollar su vida de la manera que más conveniente le parezca. Como expresa Nino en este sentido,

siendo valiosa la libre elección individual de planes de vida [...], el Estado [...] no debe interferir en esa elección o adopción, limitándose a diseñar instituciones que faciliten la

---

<sup>1</sup> STC 53/1985, de 11 de abril (FJ 3)

<sup>2</sup> STC 107/1984, de 23 de noviembre (FJ 3)

persecución individual de esos planes de vida [...] que cada uno sustente e impidiendo la interferencia mutua en el curso de tal persecución<sup>3</sup>.

Sin embargo, el artículo hace un inciso final, que creo que se puede interpretar como los límites externos que el propio texto constitucional establece respecto de esta esfera en la que libremente el individuo desarrolla su personalidad: el respeto a la ley –a través de la configuración de ciertos bienes jurídicos como indisponibles–, por un lado, y el respeto a los derechos de los demás –en supuestos en los que el interés individual cede, bien ante un interés común o bien ante el interés individual de un tercero que se considera preponderante–, por otro.

Estas limitaciones, como apuntaré más abajo, son externas en el sentido de que moldean el alcance o proyección de dicha esfera de autogobierno, pero no limitan en ningún caso el margen de actuación del individuo dentro de la misma; es decir, que en cuanto el titular de un bien jurídico tenga capacidad de disposición sobre el mismo, esta capacidad debe ser plena, y debe existir absoluta soberanía para autogobernarse dentro de la mencionada esfera personal de derechos.

En relación con el libre desarrollo de la personalidad, la doctrina española ha seguido a la doctrina alemana, al calificarlo como un “proyecto de libertad individual de carácter general”<sup>4</sup> que constituye un principio general de nuestro Derecho.

Cabe sin embargo plantearse cuál es la relación entre la esfera de derechos reconocida en la Constitución y los bienes jurídicos objeto de protección penal; o, dicho de otra manera, la relación entre el bien jurídico y el derecho constitucionalmente reconocido a disponer de manera autónoma del mismo y a que se garantice una efectiva protección estatal de estos.

Para Roxin, el verdadero bien jurídico consiste en el “dominio autónomo del titular sobre los bienes jurídicos que le corresponden”<sup>5</sup>, por lo que lo que realmente es objeto de protección por parte del ordenamiento jurídico penal es el interés que el titular del mismo tiene en que se proteja dicho bien jurídico, en que se proteja su dominio sobre su esfera de

---

<sup>3</sup> NINO, C. S., *Ética y Derecho Humanos. Un ensayo de fundamentación*, 1989, Ariel, Barcelona, p. 205

<sup>4</sup> GARCÍA GARCÍA, C., *El derecho a la intimidad y dignidad en la doctrina del Tribunal Constitucional*, 2003, Universidad de Murcia, Murcia, p. 61

<sup>5</sup> Traducido del original (en alemán), en DE LA GÁNDARA VALLEJO, B., *Consentimiento, Bien jurídico e Imputación Objetiva*, 1995, Colex, Madrid, p. 95

derechos sin injerencias externas, “y no la integridad *per se* de esa esfera”<sup>6</sup>. De esta manera, si este interés desaparece, debiera decaer el deber que tiene el Estado de salvaguardarlo.

Así, lo que realmente se garantiza constitucionalmente al individuo es una capacidad de organizar el libre desarrollo de su personalidad de la manera que considere más idónea, mediante el disfrute de los bienes jurídicos personales, sin intervenciones externas no deseadas<sup>7</sup>. Esta capacidad de autoorganización, a salvo de ciertos límites que serán tratados a lo largo del trabajo, debiera tener carácter absoluto, tanto en la capacidad de renunciar a la protección estatal, como en la forma en que su titular decida disfrutar de sus bienes<sup>8</sup>, pues es esta la expresión del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad: la capacidad del titular de definir, sin imposiciones externas, la manera en que concibe, ejercita y desarrolla los bienes jurídicos a su disposición.

De esta manera el titular debiera poder, como recogeré posteriormente, permitir la lesión de sus bienes jurídicos individuales sin intervención penal, y esta posibilidad solo se podrá limitar de modo expreso, bien a través de leyes imperativas o por razones de respeto a los derechos de terceros.

---

<sup>6</sup> DE LA GÁNDARA VALLEJO, B., *Consentimiento...*, *op. cit.*, p. 100

<sup>7</sup> DE LA GÁNDARA VALLEJO, B., *Consentimiento...*, *op. cit.*, p. 100

<sup>8</sup> CORCOY BIDASOLO, M., “Consentimiento y Disponibilidad sobre Bienes Jurídicos Personales. En particular: Eficacia del Consentimiento del Paciente en el Tratamiento Médico-Quirúrgico”, en CEREZO MIR, J.; SUÁREZ MONTES, R.F.; BERISTAIN IPIÑA, A. Y ROMEO CASABONA, C.R. (Edr.), *Libro Homenaje al Profesor Doctor D. Ángel Torío López*, 1999, Comares, Granada, pp. 261 y ss.

## CAPÍTULO II.- CUESTIONES PRELIMINARES: LIBERTAD DE DISPOSICIÓN DE LOS BIENES JURÍDICOS PROPIOS. LÍMITES AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD

---

Tal y como hemos visto, el propio art. 10.1 CE, en su inciso final, restringe el derecho al libre desarrollo de la personalidad a través de dos limitaciones que presentan carácter externo: el respeto a la ley y a los derechos de los demás. Cuando hablo de limitaciones externas me refiero a aquellas que moldean el tamaño de la esfera de derechos reconocida a cada individuo, y no a limitaciones intrínsecas a dicha esfera.

En primer lugar, y con independencia del análisis que se hará *ad infra* de la problemática relativa a la indisponibilidad de ciertos bienes jurídicos individuales y las razones que pueden motivar dicha configuración de los mismos, no cabe duda de que existen ciertos bienes jurídicos que directamente no pueden ser catalogados como disponibles, pese a lo dispuesto en el art. 10 CE. Se trata de los conocidos como “bienes jurídicos colectivos”, que podrían ser definidos como aquellos cuyo titular es –y que afectan a– la sociedad en su conjunto y presentan, por tanto, un carácter colectivo. Su evidente utilidad social y, sobre todo, la falta de legitimación para prestar consentimiento respecto de aquellos por parte de individuo alguno motiva que escasa doctrina haya discutido su indisponibilidad, ya que no cabe el consentimiento cuando nadie tiene legitimidad para poder prestarlo.

Existe también una categoría de bienes colectivos en los que tal vez pudiera dotarse de efectos jurídico-penales a la libre disposición. Son los llamados “intereses o derechos difusos”<sup>9</sup>, que despliegan una doble vertiente individual y colectiva<sup>10</sup> (intereses individuales homogéneos en un grupo de personas<sup>11</sup>), y que hacen referencia a derechos reconocidos, por ejemplo, en el marco del Derecho Laboral y el Derecho de Consumidores. En este

---

<sup>9</sup> MUÑOZ CONDE, F., GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, 9ª Ed., 2015, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 277

<sup>10</sup> WOLTERS KLUWER, *Intereses colectivos y difusos* [en línea], Guías Jurídicas Wolters Kluwer (disponible en [http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAUNjAyMLtbLUouLM\\_DxbIwMDCwNzA7BAZlqIS35ySGVBqm1aYk5xKgAs6pTJNQAAAA==WKE](http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAUNjAyMLtbLUouLM_DxbIwMDCwNzA7BAZlqIS35ySGVBqm1aYk5xKgAs6pTJNQAAAA==WKE); última consulta 15/02/2019)

<sup>11</sup> FERRERES A., *Algunas pautas para regular adecuadamente las acciones colectivas* [en línea], 2017, Uría Menéndez, Barcelona (disponible en <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/5314/documento/art02.pdf?id=6964>; última consulta 26/02/2019), p. 25



sentido, se configuran como colectivos en tanto afectan a un grupo determinado de personas, pero en su reconocimiento se incardinan específicamente en individuos concretos –como el derecho a las vacaciones, formación y promoción, no discriminación, etc.–. Así, podemos preguntarnos, ¿tendría un trabajador legitimación para renunciar a sus derechos laborales?<sup>12</sup> ¿podría un consumidor elegir que no le fueran de aplicación los derechos reconocidos en la LGDCU?

En mi opinión, cabe diferenciar dos tipos de casos en materia penal: i) si el tipo se configura como lesivo del bien jurídico en su faceta individual, cabe su libre disposición en los mismos casos que en los bienes individuales<sup>13</sup>; esto es, cuando la ley no prohíba su renunciabilidad de manera expresa –en cuanto que se trata de la incardinación en el individuo de una tutela colectiva–, ii) si el tipo lo que protege es la faceta colectiva del bien jurídico, en tanto que este no se incardina en un sujeto específico (como por ejemplo el art. 311 bis CP), no cabrá su libre disposición.

En relación con la configuración de la indisponibilidad de ciertos bienes jurídicos en la legislación penal española, no hemos de olvidar en ningún caso que el Derecho Penal debiera tutelar los bienes jurídicos con más necesidad de amparo –principio de intervención mínima<sup>14</sup>– dada su trascendencia en la esfera de derechos del individuo, por lo que parece que aquellos que la legislación penal configura como indisponibles, añadiendo una capa de protección sobre los mismos, serán aquellos entendidos como los más relevantes para una sociedad, o los más necesitados de protección<sup>15</sup>.

En materia de orden público, me centraré en los supuestos en los que un bien jurídico estrictamente individual, que en casos normales debería poder desplegar sus efectos en su totalidad, debe ceder ante una limitación impuesta como consecuencia de una ponderación de derechos (p. ej., para evitar la causación de un daño mayor a terceros). Aunque el orden

---

<sup>12</sup> DOÑATE MARTÍN, A., “La protección penal de los derechos de los trabajadores”, en BOIX REIG, J., *Cuadernos de Derecho Judicial: Intereses difusos y Derecho Penal*, 1994, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, pp. 243-284

<sup>13</sup> Aunque, irremediamente, esto comporta consecuencias negativas, como el hecho de que los empleadores solo contratasen a aquellos individuos dispuestos a renunciar a sus derechos a cambio de, por ejemplo, mayor remuneración, pudiendo afectar esto al resto de trabajadores

<sup>14</sup> CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., “El derecho penal como última ratio: principio de intervención mínima”, *Estudios de derecho judicial*, (48), 2003, pp. 45-76

<sup>15</sup> Como veremos más adelante, la doctrina justifica esta protección añadida con diferentes argumentos (p. ej., que se trata de bienes no puramente individuales, que existen razones de política criminal, etc.)

público despliega sin duda efectos en relación con la limitación del ejercicio del propio bien jurídico, es dudoso que deba ser así en materia de limitación de la libre disposición.

## **2.1.- El respeto a la ley: regulación legal relativa a la indisponibilidad de bienes jurídicos propios**

La primera de las mencionadas limitaciones externas es el respeto a la ley imperativa con respecto a la disposición libre de los derechos inherentes a un individuo y relativos, por tanto, a su libertad de acción.

A salvo de las precisiones que posteriormente se hagan respecto de la siguiente afirmación, se puede considerar que todos los bienes jurídicos individuales presentan el carácter de disponibles –por los efectos que despliega el libre desarrollo de la personalidad, estudiado en el Cap. I–, excepto aquellos que la ley expresamente califica como indisponibles. Cabe destacar, de manera previa, que “disponer” supone tanto poder disfrutar del bien jurídico –por ejemplo, la libertad deambulatoria que permite el pleno ejercicio de la libertad individual– como renunciar a su protección<sup>16</sup> –permitiendo a un tercero la intervención en la esfera de derechos individuales, como en caso de renunciar a la propiedad en favor de un tercero–.

En materia penal, existen dos clases de tipos en los que se otorga relevancia a la libre disposición del bien protegido por parte de su titular, esto es, al consentimiento del sujeto pasivo –expresión de la libre disposición que permite la renuncia a la protección penal–. En general, la referencia expresa al consentimiento se da principalmente respecto de los tipos que protegen bienes jurídicos que tradicionalmente han venido siendo considerados como de carácter disponible. Así, encontramos las siguientes clases de tipos que hacen referencia expresa al consentimiento y a sus efectos:

1. Tipos en los que el consentimiento excluye la tipicidad de la conducta y, por tanto, su relevancia penal. En este tipo de delitos, la inexistencia de consentimiento –o autorización, según la teoría dualista que posteriormente trataré– forma parte de los elementos del tipo, por lo que realizar la “acción típica” con consentimiento del ofendido convertiría dicha acción en no típica, no limitándose la libre disposición

---

<sup>16</sup> CORCOY BIDASOLO, M., *Consentimiento y Disponibilidad...*, op. cit., p. 261

de los mismos. Es así la propia literalidad del tipo la que confiere capacidad de disposición al titular del bien jurídico tutelado.

Cabe destacar que existen otras herramientas penales en manos de la víctima que permiten evitar la persecución de ciertos delitos ya consumados<sup>17</sup> –como el perdón del ofendido, o la iniciativa privada en su persecución–, cuya diferencia con el consentimiento se basa en que son activadas *ex post* y no evitan la consumación del delito –pues entran siempre en juego tras la comisión de la acción típica–. Un ejemplo de la primera clase de tipos lo encontramos, por ejemplo, en el art. 267 CP<sup>18</sup>; mientras que los tipos relativos a la iniciativa privada quedan reservados a los delitos contra el honor regulados en el Tít. XI, en cuyo art. 215.1 se establece que “nadie será penado por calumnia o injuria sino en virtud de querrela de la persona ofendida [...]”.

2. Tipos en los que el consentimiento reduce la respuesta punitiva. En esta clase de delitos se parte de bienes jurídicos tradicionalmente considerados como indisponibles por la doctrina<sup>19</sup>, pero cuya “lesión consentida” se ha entendido que reviste una gravedad menor (reduce el reproche penal), por lo que el ordenamiento jurídico ha atenuado la respuesta punitiva asociada a dichos tipos –aunque no eliminado la punibilidad de la conducta, por lo que se mantiene la ineficacia del consentimiento como causa de exclusión de la responsabilidad penal–. A diferencia del caso anterior, aquí la acción del sujeto activo sí es típica, pero la lesión al bien jurídico es menor que en caso de no contar con el consentimiento de su titular.

Un ejemplo paradigmático de esta clase de tipos sería el relativo a la atenuación en las lesiones consentidas del art. 155 CP.

Existe sin embargo una parte de la doctrina que defiende que, incluso en este caso, independientemente de lo dispuesto en el tipo, el consentimiento prestado por el sujeto pasivo excluye la responsabilidad criminal del autor. La mayor parte de esta doctrina, que defiende una operatividad extrema del consentimiento incluso en

---

<sup>17</sup> ESCUDERO GARCÍA CALDERÓN, B., *El consentimiento en Derecho Penal*, 2014, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 48 y ss.

<sup>18</sup> Cuyo tercer párrafo determina que “En estos casos, el perdón del ofendido [...] extingue la acción penal”

<sup>19</sup> OBREGÓN GARCÍA, A.; GÓMEZ LANZ, J., *Derecho Penal. Parte General: Elementos Básicos de Teoría del Delito*, 2ª Ed., 2015, p. 101

casos en los que está expresamente previsto que no funcione como causa de atipicidad o de justificación, sino como mera circunstancia de atenuación, basa su argumentación en la existencia de otras causas de justificación que permiten dicha exención de responsabilidad penal. En esta línea, Muñoz Conde explica que el art. 155 CP solo se debiere aplicar cuando el lesionado consiente expresamente el resultado de la lesión de manera dolosa, y no cuando consiente una situación de peligro que pudiera causarla<sup>20</sup>.

La duda surge, pues, en aquellos tipos que no hacen referencia expresa al consentimiento. Pero, de manera previa y en relación con la inclusión de los efectos del consentimiento en el tipo, debo destacar que De la Gándara Vallejo, recogiendo la línea doctrinal de Kientzy y Zipf, opina que, cuando dicha referencia es explícita, únicamente nos encontramos ante una “indicación acerca de los requisitos de eficacia que debe cumplir el consentimiento”<sup>21</sup>, y que los efectos del consentimiento efectivamente prestado no pueden basarse en un problema de subsunción o interpretación de los elementos del tipo. De esta manera, que el tipo recoja el consentimiento –bien sea de forma implícita o explícita– es irrelevante en la medida en que no puede configurarse el consentimiento como una institución que dependa de problemas de subsunción e interpretabilidad, y esta inclusión solo tendrá el efecto de añadir o matizar los requisitos específicos del mismo sobre los requisitos generales<sup>22</sup>.

En relación con los tipos en los que no se hace referencia expresa al consentimiento, estos pueden ser, a su vez, clasificados en tres subgrupos<sup>23</sup>:

1. En primer lugar, aquellos tipos relativos a bienes jurídicos en los que, como he comentado previamente, no existe legitimación individualizada alguna que permita

---

<sup>20</sup> MUÑOZ CONDE, F., GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, 3ª Ed., 1998, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 384 y ss. (postura matizada en ediciones posteriores)

<sup>21</sup> DE LA GÁNDARA VALLEJO, B., *Consentimiento...*, *op. cit.*, p. 105. En este sentido, cabe destacar que De Vicente Remesal indica que “la literalidad concreta de los tipos no siempre obedece a consideraciones de intencionalidad normativa y de rigor dogmático”; DE VICENTE REMESAL, F.J., *Consentimiento y acuerdo...*, *op. cit.*, p. 126

<sup>22</sup> *Vid.* Cap. 3.1

<sup>23</sup> OBREGÓN GARCÍA, A.; GÓMEZ LANZ, J., *Derecho Penal...*, *op. cit.*, p. 102; CASAS BARQUERO, E., *El Consentimiento en el Derecho Penal*, 1987, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, Córdoba, pp. 91 y ss.; entre otros

prestar consentimiento respecto a su libre disposición. Nos referimos principalmente a los tipos que protegen bienes jurídicos colectivos.

2. Aquellos tipos en los que, implícitamente, el consentimiento está incluido entre los elementos del tipo, aunque carezca de mención expresa, dado que contando con aquel la acción realizada no sería subsumible en el tipo. Me refiero, por ejemplo, al delito de allanamiento de morada del art. 202 CP, que castiga al “particular que, sin habitar en ella, entrare en morada ajena [...] contra la voluntad de su morador”.
3. Por último, el subgrupo más problemático es, por descarte, el de aquellos tipos en los que nada se menciona acerca de los efectos del consentimiento y que ni tutelan bienes jurídicos colectivos ni se puede deducir que el consentimiento forme implícitamente parte sus elementos. De esta manera, nos encontramos ante bienes jurídicos individuales en los que la acción típica se subsumiría en la literalidad del tipo, independientemente de que se haya prestado dicho consentimiento. En general, nos encontraremos con que en este subgrupo la protección se dirige hacia bienes que tradicionalmente han sido catalogados como disponibles (p. ej., el delito de daños del art. 263.1 CP), aunque no es necesario que así sea. En relación con esta última categoría, la doctrina contempla a su vez tres soluciones diferentes<sup>24</sup>:
  - i. En primer lugar, defender, con base en el principio de legalidad, que el consentimiento no exime de responsabilidad penal ni atenúa la respuesta punitiva, pues nada dice la ley sobre la eficacia del consentimiento, y al no estar contemplada en la ley, ninguna se le puede dar.
  - ii. En segundo lugar, defender el consentimiento justificante; i. e., el consentimiento como causa de justificación de la acción típica (supralegal o extralegal, para gran parte de la doctrina que sigue esta tesis) que exime de responsabilidad penal al actor.
  - iii. En tercer y último lugar, defender, como haré a lo largo de este trabajo, que dada la configuración defendida en relación con la libre disposición de los bienes jurídicos de los cuales no se predica su indisponibilidad, aquella hace

---

<sup>24</sup> OBREGÓN GARCÍA, A.; GÓMEZ LANZ, J., *Derecho Penal...*, *op. cit.*, p. 102

que nos encontremos ante una acción atípica, carente de responsabilidad criminal alguna.

Con respecto a la última de las opciones, la atipicidad solo será predicable en relación con aquellos bienes de los que el individuo pueda disponer libremente, lo que me obliga a hacer una distinción entre bienes jurídicos disponibles e indisponibles y analizar el fundamento de que un bien jurídico pertenezca a una u otra categoría.

Para esto, examinaré las posibilidades que podrían justificar la existencia de bienes jurídicos tradicionalmente considerados de carácter individual por la generalidad de la doctrina, pero calificados como indisponibles:

1. La primera de las posibilidades supone asumir un concepto iusnaturalista del bien jurídico; posibilidad a la que hace referencia Corcoy Bidasolo, cuando habla de la “persistencia de valores éticos, o mejor religiosos, en el ámbito del Derecho”<sup>25</sup>. De esta manera, se contempla una concepción y categorización de los bienes jurídicos y una manera idónea de utilizar, disfrutar y disponer de los mismos que es previa a la configuración creada por el ordenamiento jurídico penal. Así, existirán formas correctas e incorrectas de actuar con respecto a dichos bienes que quedan abstraídas de la legislación penal positiva, y que vienen motivadas por valores ético-religiosos subyacentes. Ello faculta al Estado no solo para calificar como indisponibles ciertos bienes en el ordenamiento jurídico, sino también para justificar, en aquellos bienes cuya disposición no está expresamente regulada, que la forma de actuar del individuo que dispone libremente del mismo no se considera aceptable conforme a la naturaleza humana, castigando dichas acciones de disposición como típicas y constitutivas de delito.

Como veremos más adelante, entre otras críticas, esta postura adolece del máximo respeto que el principio de legalidad merece en un Estado de Derecho, así como es susceptible a la arbitrariedad de los poderes públicos acerca de la relación entre la acción consentida y la protección debida por naturaleza al bien jurídico “lesionado”.

---

<sup>25</sup> CORCOY BIDASOLO, M., *Consentimiento y Disponibilidad...*, op. cit., p. 263

Si, como explica Corcoy Bidasolo, desechemos estas valoraciones de carácter ético-religioso, en consonancia con la configuración constitucional del principio de libre desarrollo de la personalidad, debemos concluir que todos los bienes jurídicos personales “son disponibles por su titular y, además, que solo el titular ostenta la capacidad de disposición y es quien puede decidir la forma y manera en que quiere ejercer su titularidad”<sup>26</sup>.

2. La segunda posibilidad radica en aceptar una concepción paternalista del Estado, que debería intervenir incluso a la hora de proteger bienes jurídicos individuales cuyo titular no desea salvaguardar, con la pretendida intención de, o bien proteger a sus titulares de tomar decisiones que puedan considerarse perjudiciales (como las restricciones a la venta de medicamentos por considerar que el ciudadano no cuenta con suficiente información sobre su uso y consumo, si descartamos la potencial afectación de la salud pública), o bien proteger al propio Estado de una merma de recursos socialmente deseables que pueden verse perjudicados si se permite esta libre disposición. A su vez, esta posibilidad presenta dos vertientes:

- a. Una de ellas, inasumible en un país democrático, es la concepción de un Estado autoritario que conciba a sus ciudadanos como medios de producción estatales. De esta manera, por ejemplo, atentar contra la propia vida autodisponiendo libremente de ella o haciéndolo través de un tercero, supondría una merma de recursos y sería perjudicial para la sociedad y el Estado en su conjunto, lo que motivaría la configuración como indisponibles de dichos bienes jurídicos, por servir aquellos a intereses estatales.

Una postura más relajada de esta concepción es ver la libre disposición de ciertos bienes protegidos como un potencial factor de coste para el Estado. En este sentido, por ejemplo, obligaciones paternalistas como llevar casco al montar en moto podrían quedar justificadas, entre otras consideraciones, por el coste que le supondría al erario el tratamiento del lesionado (aunque esto supusiera, en general, dar al Estado la capacidad

---

<sup>26</sup> CORCOY BIDASOLO, M., *Consentimiento y Disponibilidad...*, op. cit., p. 264

de prohibir toda suerte de actividades potencialmente lesivas con fundamento en el posible coste que implica para las arcas públicas).

- b. Otra de las posibilidades es no contemplar dichos bienes jurídicos como de carácter estrictamente individual, sino que se les añade un componente de carácter social o supraindividual. Apunta De la Gándara Vallejo que autores como Grispigni<sup>27</sup> defienden que existen ciertos bienes jurídicos en los cuales la eficacia del consentimiento se ve limitada por la legislación penal –como la vida o la salud–, y la razón de esta limitación podría encontrar su fundamento en que dichos bienes jurídicos cuentan, de manera añadida, con un componente supraindividual, que genera una obligación estatal de salvaguardarlos aún en contra de la voluntad del titular de los mismos.

Los bienes que quedarían como plenamente disponibles serían así aquellos que no reportasen utilidad social alguna –que no tuvieran repercusión en el ámbito social–, y fueran por tanto los completamente personales, en los que la función del Derecho Penal residiría únicamente en garantizar el libre y pleno disfrute de los mismos, incluyendo la completa libertad de disposición y sin limitación alguna para su titular – con las excepciones derivadas del orden público–.

Para Corcoy Bidasolo, esta postura no es aceptable y no encuentra fundamento constitucional, por cuanto que los bienes jurídicos no colectivos son bienes jurídicos personalísimos y “si son bienes jurídicos personalísimos, el deber constitucional del Estado de protegerlos decae en el momento en que el titular del derecho declina esa protección”<sup>28</sup>. Cabe destacar que dicha autora menciona que existe un deber estatal de protección, y no un derecho a proteger.

Lo mencionado *supra* supondría aceptar la imposición estatal de limitaciones al libre desarrollo de los individuos, por creer que estos, en ciertos casos, no van a tomar decisiones “correctas” o suficientemente

---

<sup>27</sup> DE LA GÁNDARA VALLEJO, B., *Consentimiento...*, *op. cit.*

<sup>28</sup> CORCOY BIDASOLO, M., *Consentimiento y Disponibilidad...*, *op. cit.*, pp. 262-263



informadas o meditadas, lo que para De la Gándara Vallejo supone “conceder al Estado una competencia semi paternalista para juzgar acerca del uso que de la libertad hacen sus ciudadanos que degenera en violencias al propio sistema dogmático”<sup>29</sup>.

Para Casas Barquero la legislación penal tiene la difícil tarea de tratar de aunar la existente “antinomia entre libertad dispositiva personal o de autodeterminación y el esquema social prefijado por el legislador”<sup>30</sup>, armonizando la libertad individual y los principios de solidaridad social. Sin embargo no defiende este autor que el Estado pueda obrar de forma paternalista en relación con la protección de dichos bienes, sino que la legislación penal, con respeto a los valores constitucionales y los derechos fundamentales contemplados en la Carta Magna, debe ser flexible y permitir a los individuos la plena disposición de los bienes jurídicos individuales “en aras de configurar a la libertad y dignidad humana el núcleo irreductible [...] de un Estado de Derecho”<sup>31</sup>.

c. Otra de las justificaciones clásicas de la doctrina es de carácter puramente práctico: delitos que recaen sobre ciertos bienes jurídicos, como los delitos contra la vida o la salud, presentan innumerables dificultades de prueba, en muchos casos, en lo relativo a la efectiva prestación del consentimiento y la validez del mismo, por lo que parece “preferible” su configuración como indisponibles<sup>32</sup>.

3. La tercera y última, que es en nuestra opinión la que más se adapta a la configuración dogmática expuesta, es que la decisión acerca de la (in)disponibilidad de los bienes jurídicos protegidos y, por tanto, la limitación de los efectos del consentimiento en dicha materia, se fundamente únicamente en criterios de política criminal, en una decisión de política legislativa.

---

<sup>29</sup> DE LA GÁNDARA VALLEJO, B., *Consentimiento...*, *op. cit.*, p. 101

<sup>30</sup> CASAS BARQUERO, E., *El Consentimiento...*, *op. cit.*, pp. 19-20

<sup>31</sup> CASAS BARQUERO, E., *El Consentimiento...*, *op. cit.*, p. 20. En el mismo sentido, DE LA GÁNDARA VALLEJO, B., *Consentimiento...*, *op. cit.*, p. 92

<sup>32</sup> Nótese la grave conculcación del principio al libre desarrollo de la personalidad si se configuran bienes personales como indisponibles basándonos únicamente en criterios de carácter utilitarista

En este caso, el legislador penal considera, por razones de pura política criminal e interés social, que debe configurar ciertos bienes jurídicos como indisponibles, como lo hace con la vida en ciertos supuestos<sup>33</sup>. De esta manera, quedarían configurados como bienes jurídicos de carácter indisponible aquellos en los que expresamente se regule la ineficacia del consentimiento como modo de eliminar el reproche penal asociado a la acción “lesiva”.

Esta última fundamentación como la que mejor explica la limitación de los efectos del consentimiento sobre ciertos bienes jurídicos como la vida<sup>34</sup> o la salud, asumiendo que estos son bienes jurídicos personales que carecen de componente supraindividual alguno, es la que mejor casa con el hecho de que no exista reproche penal sobre el titular del derecho en los delitos contra la vida o la salud cuando autodispone de ellos, pues en caso contrario, si asumiéramos su indisponibilidad por razón de naturaleza del bien o de presencia de componentes supraindividuales, el titular debiera ser castigado como autor cuando autodispone o, al menos, como partícipe cuando consiente su “lesión” por un tercero<sup>35</sup>.

Los criterios en los cuales creo que el legislador penal se ha podido basar históricamente para limitar por razones de política criminal la libre disposición

---

<sup>33</sup> Sin entrar en el fundamento de la (in)disponibilidad de la vida, esta es relativa en el CP español. Su autodisposición –“lesión” sin intervención de un tercero– no es penalmente reprochable. Lo que no está admitido es disponer libremente de dicho bien jurídico, permitiendo que sea lesionado por un tercero; esto es, no existe un “derecho” a esa disposición, ya que se configuran como delito los supuestos de muerte consentida a manos de otro.

Esta postura sobre que no existe un “derecho a disponer de la propia vida” se ve reforzada por el hecho de que los intentos de suicidio pueden ser abortados por un tercero (en caso contrario, habría que castigar a quien evita un suicidio como autor de un delito de coacciones). Por ello, aunque hablamos de la indisponibilidad de la propia vida, esta apreciación se hace con matices, pues no es una indisponibilidad total.

En conclusión, no existe deber alguno de vivir –como expresa KAUFMANN, “cierto que el individuo tiene obligación frente a la comunidad, pero solo en tanto que vive; sin embargo no tiene frente a la comunidad la obligación de vivir” (apuntes privados)–, menos aun cuando la disposición sobre la propia vida está motivada por un ejercicio del derecho a la dignidad personal, en supuestos en los que continuar viviendo atenta contra esta dignidad personal, como defiende CORCOY BIDASOLO

<sup>34</sup> Otras argumentaciones se han basado en el efecto negativo que sobre la persona que se ha intentado suicidar tendría establecer un reproche penal o en el nulo efecto preventivo general que castigar estas conductas tendría

<sup>35</sup> CORCOY BIDASOLO, M., *Consentimiento y Disponibilidad...*, op. cit., p. 264

de ciertos bienes jurídicos están relacionados, a mi modo de ver, con diferentes posibilidades:

- 1) En primer lugar, la consideración, antes mencionada, de que los bienes jurídicos personales sean individuales, pero que tengan una repercusión colectiva<sup>36</sup>, un componente supraindividual que los hace merecedores de dicha protección legislativa. En este sentido, la tarea del legislador consistirá en analizar cuáles de dichos bienes jurídicos son, a su modo de ver, dignos de un amparo añadido que no haga adecuada su libre disposición, al estar integrados estos, a ojos del legislador penal, por un componente de carácter colectivo.
- 2) En segundo lugar, y desde una fundamentación de corte objetivo y utilitarista, por los problemas existentes en relación con que, en determinados bienes, el consentimiento resulte difícilmente reversible, dado que aquel perece o se daña irremediabilmente como consecuencia de dicha prestación de consentimiento<sup>37</sup>. Por ejemplo, en materia de daño a la vida o la salud, el permiso para su lesión implica la imposibilidad de revertirlo posteriormente. En estos supuestos podemos encontrar incluso casos en los que posteriormente se demuestre que el consentimiento no fue tal, o que no reunía los requisitos de validez requeridos.
- 3) Por último, se podría hablar también de la existencia de un elemento de corte moral, en tanto que existe una valoración moral subyacente que puede motivar la configuración como indisponibles de ciertos bienes jurídicos. Esta posibilidad recoge su fundamento de la repugnancia social hacia el hecho de que se pueda consentir respecto de todo tipo de bienes. Por ejemplo, que un individuo se sometiese a una mutilación en televisión a cambio de una cantidad de dinero puede no resultar deseable pese a contar con consentimiento del mutilado, debido a cuestiones éticas. En este sentido, parece que las limitaciones político-criminales al libre consentimiento

---

<sup>36</sup> JESCHECK, H-H., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Vol. I, Trad. MIR PUIG, S., MUÑOZ CONDE, F., 1981, Bosch, Barcelona, p. 516

<sup>37</sup> Además, se desplaza al actor la carga de la prueba, en tanto que el sujeto pasivo no puede reafirmarse en su consentimiento

podrían deberse al deseo del legislador de no permitir la mercantilización de determinado tipo de bienes<sup>38</sup>.

Y esta moral histórica social a la que hacemos referencia, imperante en nuestra sociedad y en la que el legislador se basa para establecer las mencionadas restricciones, se encontraría intrínsecamente relacionada con el concepto constitucional de dignidad. Esta limitación basada en la dignidad impide, por ejemplo, que una persona se lucre de la prostitución de otra que se encuentre en situación de vulnerabilidad económica, ya que esto está expresamente prohibido y sancionado, incluso con consentimiento de quien se prostituye<sup>39</sup>.

El fundamento de las limitaciones por razones de política criminal nos vuelve a llevar así al principio de este trabajo. Dicho elemento de dignidad se configura como un concepto en sí mismo indisponible: ciertas conductas, aunque las quiera la persona, son objetivamente indignas.

El art. 10 CE es así fundamento de permiso y, a la vez, fundamento de prohibición respecto de la libertad de acción del titular, en aquellos casos en los que, de manera ostensible, grave y repugnante, esta libertad de acción no encaja con dicha moral social. No supone, en cambio, prohibir los planes de vida de quien desarrolla su personalidad de una manera diferente a la de la mayoría de los miembros de la sociedad, o tachar de execrables los de aquellos que deciden asumir una posición de limitación de su propia autonomía, sino únicamente realizar un juicio político de aquello que se

---

<sup>38</sup> SANDEL, M., *Lo que el dinero no puede comprar: Los límites morales del mercado*. Trad. del inglés de Joaquín Chamorro Mielke, 2013, Random House Mondadori, Barcelona, pp. 97 y ss.

<sup>39</sup> Aunque cabe destacar, como recuerda Ragués i Vallès, que “la atipicidad del comportamiento de la persona que se prostituye” es una premisa fundamental de la regulación del consentimiento en la prostitución, y que “el Derecho vigente se limita a castigar determinadas conductas de aprovechamiento o favorecimiento de la prostitución ajena”; en RAGUÉS I VALLÈS, R., “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales” en SILVA SÁNCHEZ, J.M. (Dir.), RAGUÉS I VALLÈS, R. (Coord.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, 4ª Ed., 2015, Atelier, Barcelona, p. 146. Sin embargo, como apuntó la FGE en el Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 24 de noviembre, del Código Penal [en línea], 2013, Fiscalía General del Estado (disponible en [https://www.fiscal.es/fiscal/PA\\_WebApp\\_SGNTJ\\_NFIS/descarga/INFORME\\_ANTEPROYECTO\\_CP\\_2012\\_8-enero-2013.pdf?idFile=ab37a28b-9fbc-4af5-b2b3-3b14c1826623](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/INFORME_ANTEPROYECTO_CP_2012_8-enero-2013.pdf?idFile=ab37a28b-9fbc-4af5-b2b3-3b14c1826623); última consulta 11/03/2019), p. 158, parece reprochable que el legislador decida castigar con la misma pena al que se lucre de la prostitución de otra persona en situación de necesidad sin su consentimiento, que cuando sí cuenta con este

considera degradante para la dignidad humana lesionar de manera consentida.

En este sentido, cabe recordar la importancia del principio de *ultima ratio* del Derecho Penal. Ir más allá en la regulación de esta indisponibilidad respecto de bienes sobre los que recaiga un mero juicio político, de opinión o de oportunidad, o que busque adoptar una postura moralizante que no esté basada única y exclusivamente en lo que la moral social imperante considera indigno, y que se base en las opiniones de un sector de la sociedad sobre el desarrollo idóneo de la vida propia (sin utilizar estrictamente la dignidad como fundamento objetivo de la configuración de dicha indisponibilidad) podría atentar “contra los propios fundamentos del Estado social de Derecho, donde el objeto del derecho represivo o prohibitivo nunca puede ser la cura de una enfermedad moral sino la tutela de un derecho ajeno”<sup>40</sup>.

De esta manera, la categoría de bien jurídico indisponible se configura como residual y tasada, pues la libre disposición de los mismos se convierte en la regla general. Únicamente cabe abstraer de dicha regla general los bienes jurídicos colectivos, los bienes jurídicos en los que expresamente se determine que la prestación del consentimiento no exime de responsabilidad criminal y las limitaciones del ejercicio de dichos derechos derivadas del daño a terceros. Así, el consentimiento se configura como una institución plenamente eficaz a la hora de eliminar el reproche penal en todos aquellos supuestos en los que despliegue sus efectos respecto de bienes jurídicos configurados como disponibles.

## **2.2.- El respeto a los derechos de los demás: no causar daño a terceros y el abuso del derecho**

El art. 6.2 del CC reza: “La exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros”. Estas tres vertientes del respeto a los derechos de los demás, o de la sociedad en su conjunto –interés público, orden público y no perjuicio a

---

<sup>40</sup> GARCÍA PASCUAL, C., “El velo y los derechos de las mujeres”, en DEL REAL ALCALÁ, J.A.; ANSUÁTEGUI ROIG, F.J.; LÓPEZ GARCÍA, J.A. y RUIZ RUIZ, R. (Edr.), *Derechos fundamentales, valores y multiculturalismo*, 2005, Dykinson, Madrid, p. 103

terceros– tratan un mismo asunto: pueden existir limitaciones al ejercicio de un derecho personalísimo cuando su libre disposición atente contra los bienes jurídicos de terceros.

Encontramos numerosos supuestos en los que el Estado limita el ejercicio de nuestros derechos. En aquellos, de lo que en realidad estamos hablando es de una ponderación de derechos, cuando el ejercicio pleno de los mismos pueda causar daño a los derechos de otros (p. ej.: reclusión en caso de epidemia). Estas medidas estarán justificadas cuando busquen evitar la causación de un daño a terceros que se produzca como consecuencia del ejercicio o libre disposición de derechos propios, y siempre que exista un conflicto previo de derechos que se resuelva de forma proporcionada.

Sin embargo, en el fondo no se observan aquí supuestos claros de limitaciones a la libre disposición de los bienes personales. Lo que se observa, en todo caso, es que el Estado puede limitar el ejercicio (en sentido positivo) de ciertos derechos, por razones de perjuicio a terceros. Lo que parece más cuestionable es que pueda el Estado limitar la disposición de dichos bienes jurídicos (en sentido negativo), con base en estas razones.

En relación con esto último, solo se han encontrado, a la hora de elaborar este trabajo, dos supuestos ejemplificativos de posibles limitaciones a la libre disposición a consecuencia de derechos de terceros: i) los supuestos de legítimas en el Derecho Civil<sup>41</sup>, como límite a la libre disposición de la propiedad y ii) los supuestos de vacunación obligatoria en situaciones excepcionales<sup>42</sup> –puede no permitirse disponer libremente del derecho a la libertad de no querer vacunarse o su derecho a la salud a sujetos que no quieren prestar su consentimiento a ser tratados– que, aunque cuestionados constitucionalmente, se han producido en casos muy contados en España.

---

<sup>41</sup> Aunque la legítima sea un derecho de ciertos herederos, no hay un derecho preexistente que se trate de tutelar, como la libertad; es la limitación de la disposición de su patrimonio al causante precisamente la que constituye el derecho del heredero

<sup>42</sup> Art. 2 LO 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública: “Las autoridades [...] podrán adoptar medidas de reconocimiento, tratamiento, hospitalización o control cuando se aprecien indicios racionales que permitan suponer la existencia de peligro para la salud de la población [...]”; Art. Único L 22/1980, de 24 de abril, de modificación de la Base IV de la Ley de Bases de la Sanidad Nacional de 25 de noviembre de 1944 (de dudosa aplicabilidad aunque en vigor): “Las vacunaciones contra la viruela y la difteria y contra las infecciones tíficas y paratíficas, podrán ser declaradas obligatorias por el Gobierno [...]”. Ver también el A° del Juzg. de lo Contencioso-Administrativo nº 5 de Granada, de 24 de diciembre de 2010, que estableció la vacunación obligatoria del sarampión a varios menores de un centro público en Granada, ante la negativa de algunos padres

### **CAPÍTULO III.- LA PROBLEMÁTICA RELATIVA AL CONSENTIMIENTO EN EL DERECHO PENAL: LA PRESTACIÓN DEL CONSENTIMIENTO SEXUAL**

---

#### **3.1.- El consentimiento en el Derecho Penal: concepto, naturaleza, eficacia y ubicación en la teoría del delito**

El diccionario de la RAE define el consentimiento como “acción y efecto de consentir” que, a su vez, supone “permitir algo o condescender en que se haga”<sup>43</sup>.

Propongo aquí definir el consentimiento –en su faceta de renuncia a la protección en el ámbito del Derecho Penal– como el claro permiso o aceptación de intervención por parte de un tercero en la esfera de derechos y organización personal que a cada individuo le es propia, en virtud de su derecho al libre desarrollo de la personalidad. Se trata por tanto de una clara voluntad de permiso o aceptación para permitir una intervención ajena en el ámbito autoorganizativo de derechos inherentes al individuo.

De esta manera, hemos de estudiar cuál es el objeto del consentimiento o, dicho de otra manera, analizar sobre qué está consintiendo el titular del bien jurídico cuando autoriza al actor a disponer del mismo. ¿Se está autorizando la realización de la acción típica o la causación del resultado típico? Esta problemática tiene relevancia si se produce un resultado no inmediatamente buscado por el titular del bien jurídico. Si un sujeto permite que se le realicen “mutilaciones”, ¿es relevante la diligencia que despliegue el actor para que el resultado que se produzca sea estrictamente el inicialmente querido por el titular al realizar la acción pedida? Por ejemplo, si como resultado de un deficiente cuidado en su realización, la persona, que no había consentido respecto de su propia vida, fallece, ¿será este resultado de muerte imputable al actor como si no existiese consentimiento alguno?

Pondré como modelo el ejemplo clásico de la persona que consiente en ser transportada en un vehículo con un conductor algo ebrio<sup>44</sup>. ¿Podemos decir que dicha persona, que conocía la ebriedad del conductor, asume la posibilidad de que se produzca un resultado de muerte, aceptando tal riesgo? En mi opinión, en línea con la de gran parte de la doctrina, la solución al problema del objeto del consentimiento no se basa tanto en la

---

<sup>43</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, 23ª Ed., 2014, Espasa, Madrid

<sup>44</sup> CANCIO MELIÁ, M., “La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima: imputación a la víctima”, *Cuadernos de conferencias y artículos* (19), 1998, p. 38

relevancia del consentimiento del sujeto pasivo (como ha defendido otra parte de la doctrina), sino que está estrechamente ligado al problema de la imputación objetiva, en el sentido de que el sujeto pasivo, con su conducta, contribuye a la producción de un riesgo de causación del resultado, que pasa a no ser objetivamente imputable al actor. Como expresa Cancio Meliá, “se trata de imputar también al sujeto lesionado en cuanto sujeto que participa en la interacción generadora del daño en sus bienes”<sup>45</sup>. En términos causales esto hace referencia a la necesidad de apreciar una pluralidad de factores entre los que se encuentra la autopuesta en peligro, a la hora de valorar la imputación objetiva del resultado producido a la acción llevada a cabo por el actor<sup>46</sup>. Así, en el supuesto de la mutilación con resultado de muerte, parece en principio correcto decantarnos por el hecho de que el mutilado, con su comportamiento, está contribuyendo a la causación del resultado de muerte a través del incremento objetivo del riesgo como consecuencia de su consentimiento a la mutilación.

Por otro lado, desde una perspectiva histórica, la idea de que el consentimiento del sujeto pasivo respecto de la lesión de un bien jurídico de su titularidad excluiría la tipicidad de ciertas acciones que, sin dicho consentimiento, habrían sido constitutivas de un injusto penalmente reprochable, ya había sido tratada por el jurisconsulto romano Ulpiano en el Digesto. Encontramos en esta obra el aforismo “*nulla iniuria est, quae in volentem fiat*” (“no resulta injuria contra aquel con cuya voluntad se ejecuta lo que se hace” – i. e., no constituye injusto<sup>47</sup> aquello que se realiza con voluntad del lesionado)<sup>48</sup>.

Desde entonces numerosa doctrina, que ha defendido posiciones muy distintas que presento a continuación, se ha adentrado en la problemática del consentimiento, que sigue sin ser un tema ni mucho menos pacífico. Por ello puede sorprender que el ordenamiento penal español, como la mayoría de los ordenamientos jurídicos, no contenga una referencia

---

<sup>45</sup> CANCIO MELIÁ, M., *La exclusión de la tipicidad...*, op. cit., p. 39

<sup>46</sup> En este sentido, Escudero García indica que “no puede bastar que el resultado disvalioso haya sido causado por un comportamiento contrario a derecho, sino que es necesario que el resultado se base precisamente en dicha contrariedad”; ESCUDERO GARCÍA CALDERÓN, B., *El consentimiento...*, op. cit., p. 372

<sup>47</sup> La *iniuria* romana incluye toda lesión de los derechos de la personalidad, incluidos la vida y la integridad física

<sup>48</sup> JUSTINIANO, Emperador de Oriente, RODRÍGUEZ DE FONSECA, B.A., GÓMEZ MARÍN, M., GIL Y GÓMEZ, P., *El Digesto del Emperador Justiniano: Traducido y Publicado en el Siglo Anterior por Bartolomé Agustín Rodríguez de Fonseca [Corpus Iuris Civilis]*, Tomo III, Libro XLVII, Tít. X, 1. *Ulpianus libro LVI ad Edictum*, §. 5, 1872-1874, Imprenta de Ramón Vicente, Madrid



expresa –ni una regulación general– al tratamiento de esta institución<sup>49</sup>. No existe disposición general alguna que aborde tan controvertida materia, ni en relación con la exclusión de la tipicidad ni como causa de exención de la responsabilidad criminal de las contenidas en el art. 20 CP. Existen, sin embargo, referencias expresas en los tipos delictivos contenidos en la Parte Especial de la regulación penal<sup>50</sup> (p. ej., art. 155).

En relación con la ubicación sistemática del consentimiento dentro de la teoría del delito, no es baladí el posicionamiento dogmático de esta figura, pues despliega importantes consecuencias; en especial, respecto de los efectos del error en el consentimiento, entre otros. Así, cabe diferenciar dos grandes corrientes doctrinales: la teoría diferenciadora y la teoría unitaria<sup>51</sup>.

La teoría diferenciadora (Geerds<sup>52</sup>, Casas Barquero, Cobo y Vives<sup>53</sup>, entre otros) ha mantenido históricamente que existe una distinción entre el “consentimiento en sentido estricto” y el “acuerdo”. Según Casas Barquero, cabe apreciar dos categorías básicas distintas de supuestos típicos de consentimiento relevante: consentimiento excluyente de la tipicidad (denominado tradicionalmente “acuerdo”) y consentimiento justificante de la conducta típica (en sentido estricto)<sup>54</sup>.

De esta manera, el llamado “consentimiento en sentido estricto” operaría como causa de justificación supralegal<sup>55</sup>. Una amplia mayoría de esta rama de la doctrina mantiene que, en este caso, existe una efectiva lesión al bien protegido como consecuencia de la acción del actor, pero tendría aquí el consentimiento del titular relevancia jurídica suficiente como

---

<sup>49</sup> SEGURA GARCÍA, M.J., *El Consentimiento del Titular del Bien Jurídico en Derecho Penal*, 2000, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 24

<sup>50</sup> DE VICENTE REMESAL, F.J., *Consentimiento y acuerdo...*, *op. cit.*, p. 117

<sup>51</sup> BACIGALUPO ZAPATER, E., *Principios de derecho penal. Parte general*, 2ª Ed., 1990, Akal, Madrid, p. 155

<sup>52</sup> Cita al texto original (en alemán) en DE LA GÁNDARA VALLEJO, B., *Consentimiento...*, *op. cit.*, pp. 75 y ss., donde se manifiesta la postura de dicho autor

<sup>53</sup> COBO DEL ROSAL, M., VIVES ANTÓN, T.S., *Derecho Penal. Parte General*, 3ª Ed., 1990, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 375

<sup>54</sup> CASAS BARQUERO, E., *El Consentimiento...*, *op. cit.*, p. 30

<sup>55</sup> Así lo reconoce expresamente, por ejemplo, Muñoz Conde, cuando establece que “el consentimiento es la única causa de justificación no citada expresamente entre las eximentes del art. 20”, en MUÑOZ CONDE, F., GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal...*, *op. cit.*, p. 383

para desplazar el fundamento punitivo a la hora de ponderar los intereses en juego (por ausencia de interés en dicha protección).

El consentimiento operaría así, según Cerezo, basándose en la postura defendida por Noll, como causa de justificación, cuando en la ponderación de la libertad de actuación individual frente a la propia lesividad de la conducta, prime la primera<sup>56</sup> –el desvalor de la lesión se ve compensado por el derecho del titular a disponer del mismo–. Otros autores como Cobo o Vives fundamentan esta postura en que este consentimiento de carácter justificante otorga al actor un derecho a realizar la acción típica, excluyendo la antijuridicidad a través de una causa de justificación asimilable así al “ejercicio legítimo de un derecho” del art. 20.7 CP<sup>57</sup>.

Esta postura parece partir de un concepto naturalista del bien jurídico, que sostiene que existen conductas que son *per se* socialmente reprobables y lesionan valores cuya integridad la comunidad tiene derecho a conservar, sin tener en cuenta para ello cuál es la voluntad de su titular –disgregando y autonomizando el bien jurídico respecto de la propia voluntad de disposición del titular–.

Para estos autores y en estos supuestos, la lesión al bien jurídico no desaparece pese a que pueda decaer la punibilidad de la conducta a la hora de ponderar los intereses en juego. Como defiende Casas Barquero, el “sujeto pasivo no debe tener un poder absoluto de disposición sobre el bien jurídico ante determinados bienes que no deben dejarse a la absoluta determinación por su titular”<sup>58</sup>, pues es evidente que en el caso de que el titular sí tuviese poder de disposición absoluto sobre sus bienes jurídicos no se lesionaría interés alguno a través de una disposición consentida de los mismos.

Por otro lado, el llamado “acuerdo” excluiría la tipicidad en tanto que el propio tipo requeriría de un actuar sin consentimiento del ofendido. Ejemplo de este supuesto, según estos autores, serían las relaciones sexuales consentidas, donde no se produciría lesión alguna del bien jurídico “libertad sexual”, porque precisamente lo que se estaría haciendo

---

<sup>56</sup> CEREZO MIR, J., “El consentimiento como causa de exclusión del tipo y como causa de justificación”, en UNED (Edr.), en *Estudios de derecho penal y criminología: en homenaje al profesor José María Rodríguez Devesa*, 1989, UNED, Madrid, p. 213

<sup>57</sup> COBO DEL ROSAL, M., VIVES ANTÓN, T.S., *Derecho Penal...*, op. cit., p. 375

<sup>58</sup> CASAS BARQUERO, E., *El Consentimiento...*, op. cit., p. 35

con ello es ejercitar dicho derecho a mantener relaciones sexuales de manera libre y voluntaria.

Dentro de la categoría del “acuerdo” encontramos así los tipos que, por su propia redacción, requieren necesariamente que la acción típica se dirija contra la voluntad del ofendido, por lo que contar con su consentimiento la convierte en penalmente irrelevante y no apta para lesionar el bien protegido –p. ej., el allanamiento de morada, en el que la invitación del titular hace desaparecer la lesividad de la conducta–. Distingue a su vez Casas Barquero aquellas figuras en las que se protege la libertad de disposición del bien jurídico –para Romeo Casabona, aquellas “cuya tutela abarca el bien jurídico en sentido estricto y la libertad de disposición del mismo por su titular”<sup>59</sup>–, y aquellas otras en las que la propia libertad de disposición constituye el bien jurídico a proteger. Para este autor, incluso en los casos en los que la literalidad del tipo no permita consignar la falta de consentimiento como elemento del mismo, nos encontraremos ante la figura del acuerdo si “resulta de la propia naturaleza de la figura delictiva”<sup>60</sup>.

La justificación mayoritaria de esta teoría sobre el consentimiento hunde sus raíces en un fundamento paternalista de la concepción del Derecho, que busca poner límites sociales a la libre disposición de los bienes jurídicos individuales por parte de sus titulares. En particular, juristas como Jescheck han mantenido que el uso ilimitado de la libertad personal debe ponderarse con un derecho comunitario a conservar dichos bienes jurídicos, debiendo analizarse cada caso con base en la teoría del interés preponderante y en los criterios de política criminal que maneje el legislador –lo que, evidentemente, da pie a tratar el consentimiento en sentido estricto como causa de justificación que, de no estar recogida en el ordenamiento penal, habrá de configurarse como supra o extralegal–. Este autor defiende que el “uso sin obstáculos de la libertad personal [...] debe sopesarse junto con el interés de la comunidad en la conservación de los bienes jurídicos”<sup>61</sup>. En este sentido, respecto de las lesiones, defenderá que “una lesión de la salud contraria a las buenas costumbres de importante entidad vulnerable, pese al consentimiento, el superior interés de la comunidad en la salvaguardia de la integridad física”<sup>62</sup>. Se pretende conciliar así el ejercicio de la libertad

---

<sup>59</sup> ROMEO CASABONA, C.M., *El Médico y el Derecho Penal, I, La actividad curativa (licitud y responsabilidad penal)*, 1981, Bosch, Barcelona, p. 386

<sup>60</sup> CASAS BARQUERO, E., *El Consentimiento...*, *op. cit.*, p. 32

<sup>61</sup> JESCHECK, H-H., *Tratado de Derecho Penal...*, *op. cit.*, pp. 516 y ss.

<sup>62</sup> JESCHECK, H-H., *Tratado de Derecho Penal...*, *op. cit.*, p. 517

de acción del individuo con los intereses comunitarios en que dichos bienes jurídicos sean efectivamente protegidos por el Derecho Penal.

Otros autores, como Geerds<sup>63</sup>, han basado los supuestos de causa de justificación que eliminan el reproche penal en la teoría de la “renuncia de intereses”, en la que el escaso interés existente por la conservación de un bien jurídico disponible –esto es, aquellos en los que no se deba limitar el consentimiento por motivos de carácter social– por su titular da pie a que el consentimiento excluya la punibilidad de la conducta.

Sin embargo, dentro de mi toma de posición y en línea con las críticas hechas por otros autores, hay aspectos por lo que no creo que este sea el tratamiento dogmático más adecuado para el consentimiento.

En primer lugar, considero que asumir que aquel opera como causa de justificación significa asumir que nos encontramos en un Estado que tiene la capacidad de implantar medidas paternalistas de protección de bienes jurídicos individuales<sup>64</sup>, cuando no es este el deseo del titular de los mismos, lo que a mi modo de ver supone una clara conculcación del art. 10 CE, como ya he expresado anteriormente, y no permitiría seguir calificando el “libre” desarrollo de la personalidad como tal.

En segundo lugar, tal y como defiende Roxin<sup>65</sup>, cuando un individuo decide renunciar a la protección que el Derecho Penal configura respecto de los bienes personales que sirven a su libre desarrollo, a través del consentimiento, no cabe que exista lesión alguna a los mismos pues de ellos se ha dispuesto libremente. Cuando este es el caso, al no existir una “superficie de ataque idónea”<sup>66</sup>, se está excluyendo la posibilidad de lesionar dicho bien jurídico de una manera que sea relevante para el Derecho Penal, por lo que, al haber renunciado al interés relativo a la protección de dicho bien jurídico, no existirá ponderación real de intereses, que es el presupuesto de aplicación básico de las causas de justificación. En este sentido, destaca De la Gándara Vallejo que,

---

<sup>63</sup> Cita al texto original (en alemán) en DE LA GÁNDARA VALLEJO, B., *Consentimiento...*, *op. cit.*, pp. 75 y ss.

<sup>64</sup> En función de si considera “adecuada” su libre disposición conforme a un marco teórico estatal ideal

<sup>65</sup> Traducido del original (en alemán), en DE LA GÁNDARA VALLEJO, B., *Consentimiento...*, *op. cit.*, pp. 93 y ss.

<sup>66</sup> DE LA GÁNDARA VALLEJO, B., *Consentimiento...*, *op. cit.*, p. 91

en la medida en que el valor social que justifica la protección [...] radica precisamente en asegurar las condiciones mínimas de la libertad del individuo, ya es dudoso que se puede hablar de una colisión entre la libre disposición y el bien jurídico protegido que diese lugar a una ponderación de ambos<sup>67</sup>

Por otro lado, y también en la línea de lo defendido por el mencionado autor, existe una dificultad tremenda en la delimitación entre el acuerdo y el consentimiento, lo que supone la atribución al legislador penal de la capacidad o competencia para decidir acerca de lo razonable que es la prestación del consentimiento, lo que en mi opinión no es una facultad de la que el Estado debiera disponer, y que además desdibujaría los límites entre ambos conceptos.

En último lugar, las causas de justificación están tasadas en el art. 20 CP, y ni en este artículo ni en ningún otro se reconocen efectos de carácter justificante al consentimiento. Asumir esta teoría choca con el principio de legalidad, más aún en tanto que supone asumir la exención de responsabilidad penal para el actor en una acción que es típica y que efectivamente lesionaría el bien jurídico protegido, sin disposición legal alguna que proporcione al sujeto activo permiso alguno para realizar la conducta –lo que, al final, hace que quede en manos del juez o el Estado el juicio de razonabilidad de la conducta basado en disposiciones extralegales, quebrantando el mencionado principio–.

En respuesta a la teoría dualista surge la teoría unitaria (en España: Bacigalupo Zapater<sup>68</sup>, De Vicente Remesal<sup>69</sup> y De la Gándara Vallejo, entre otros), que sostendrá que en todos los casos en los que el consentimiento excluya la relevancia penal de la acción, esta figura debe actuar como causa de atipicidad<sup>70</sup>. La acción no sería ya típica, nos encontraríamos ante una conducta penalmente irrelevante que no desplegaría responsabilidad criminal alguna al carecer de desvalor de resultado, concepto que se encuentra ligado a la tipicidad.

El mayor representante de esta teoría es Roxin, que defiende que “la concurrencia de la voluntad del titular del bien jurídico siempre excluye la tipicidad por ausencia de lesividad

---

<sup>67</sup> DE LA GÁNDARA VALLEJO, B., *Consentimiento...*, *op. cit.*, p. 60

<sup>68</sup> BACIGALUPO ZAPATER, E., *Principios de...*, *op. cit.*

<sup>69</sup> DE VICENTE REMESAL, F.J., “Consentimiento y acuerdo: ¿Causa de exclusión de la tipicidad o de la antijuridicidad?”, en LUZÓN PEÑA, D.M., MIR PUIG, S. (Dirs.), *Cuestiones actuales de la teoría del delito*, 1999, McGraw-Hill, Madrid

<sup>70</sup> Y algunos de autores, como Zipf, basan esta justificación en la teoría de los elementos negativos del tipo

del hecho”<sup>71</sup>. Y es, precisamente, en la inexistencia de desvalor de resultado, coligado a la tipicidad, en lo que esta teoría basa su postura dogmática: ¿cómo puede ser típica una acción incapaz de lesionar el bien protegido?

Zipf defenderá que un consentimiento prestado de manera eficaz constituye una renuncia al bien jurídico objeto de protección, que ya no puede ser lesionado<sup>72</sup>, pues el Derecho Penal lo que busca proteger es la libertad de actuación respecto del bien protegido, y que esta no se vea coartada a raíz de actuaciones ajenas, quedando los casos de consentimiento fuera del ámbito de tutela de la norma penal. En este sentido, Zaffaroni defenderá que la configuración del principio de lesividad “requiere una entidad mínima de afectación”<sup>73</sup>, lo que, como hemos analizado, supone que, dado que todo bien jurídico individual está integrado por un elemento volitivo que impide la lesión si cabe libre disposición del mismo, dicha autorización se traduce precisamente en que no exista lesión alguna, extrayéndolo de la protección dispensada por el tipo.

En contraposición con el mencionado concepto naturalista del bien jurídico, esta postura asume un concepto liberal del bien jurídico en el que la voluntad del titular se configura como parte del mismo. Hablo de bienes jurídicos personales que integran la esfera individual que corresponde estrictamente a la persona y que se encuentra dentro de su ámbito de completa autodeterminación. De esta manera, se reitera que esta configuración dogmática convierte al consentimiento en una institución que desplaza la lesión y, por tanto, su desvalor de resultado y tipicidad asociada.

Una lesión que se produzca con consentimiento solo cabe en bienes jurídicos que el legislador haya configurado como indisponibles, o en los que haya matizado la eficacia del consentimiento del titular. No se puede concebir que los tatuajes o las cirugías transexuales puedan ser consideradas un injusto típico permitido –en virtud de una causa de justificación por una supuesta ponderación de intereses–, máxime cuando la primera de ellas es una práctica social de la que no se puede predicar un desvalor de resultado, y la segunda está incluso “fomentada” desde las Administraciones Públicas, en el sentido de que, por ejemplo,

---

<sup>71</sup> Traducido del original (en alemán), en DE LA GÁNDARA VALLEJO, B., *Consentimiento...*, *op. cit.*, pp. 93 y ss.

<sup>72</sup> Traducido del original (en alemán), en CASAS BARQUERO, E., *El Consentimiento...*, *op. cit.*, p. 39

<sup>73</sup> ZAFFARONI, E.R., *Manual de Derecho Penal: Parte general*, 2000, Ediar, Buenos Aires, p. 122

se encuentra costeada por el sistema sanitario público de Comunidades Autónomas como Andalucía<sup>74</sup>.

En definitiva, creo que si falta una lesión al bien jurídico protegido cuando hay consentimiento es porque dicho bien jurídico está integrado por la propia libertad de disposición de aquel, de manera que una actuación consentida no lo puede lesionar. Asumir una postura diferente, creo, puede adolecer del respeto que exige el principio de legalidad en el Derecho Penal y, además, supondría asumir un concepto de bien jurídico que no comparto.

### **3.2.- La prestación del consentimiento: requisitos, límites y efectos. Especial referencia al consentimiento prestado en tipos que protegen la libertad sexual**

De un estudio de la doctrina anterior y tras una toma de postura personal, considero adecuado proponer los siguientes como requisitos de eficacia en materia de prestación del consentimiento<sup>75</sup>:

1. Titularidad del bien jurídico protegido: en primer lugar, es necesario que el individuo que presta consentimiento tenga legitimación para hacerlo. Aún así, esta regla presenta ciertos matices.

Por un lado, nunca sería válida la prestación del consentimiento en bienes jurídicos de carácter colectivo, pues no existe sujeto con personalidad jurídica que esté legitimado para permitir dicha disposición. No creemos que la problemática de los bienes jurídicos colectivos se despliegue en el marco de su indisponibilidad, sino en la falta de legitimación para disponer de los mismos, al no pertenecer de manera exclusiva a la esfera de derechos de ningún individuo.

Para los bienes jurídicos que forman parte de la esfera de derechos de varios individuos al mismo tiempo; esto es, los bienes jurídicos de titularidad plural, es evidente que se requiere el consentimiento de la totalidad de los titulares, pues en caso contrario se

---

<sup>74</sup> Art. 10 L 2/2014, de 8 de julio, integral para la no discriminación por motivos de identidad de género y reconocimiento de los derechos de las personas transexuales de Andalucía

<sup>75</sup> Basándome en los recogidos en CASAS BARQUERO, E., *El Consentimiento...*, op. cit., pp. 73 y ss., MUÑOZ CONDE, F., GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General...* op. cit., pp. 384 y ss., o la STS 1049/2002, 5 de junio, entre otros

estaría produciendo, hacia los que no han consentido, una lesión típica de sus bienes personales, que son objeto de protección.

En lo relativo a ciertos bienes jurídicos para los cuales no se permite al titular la prestación del consentimiento, por una cuestión de capacidad de obrar –diferente a la civil, a mi modo de ver– quepa mencionar que su representante legal será el legitimado para prestar consentimiento únicamente respecto de las decisiones que no tengan carácter personalísimo –p. ej., en materia de carácter patrimonial– pues, en caso de tener dicho carácter, la disposición tendría que consistir en un acto personal, como manifestación de su autodeterminación y libertad de acción.

En mi opinión, y como expresaré en el requisito de la capacidad, el titular debería poder prestar su consentimiento siempre que tenga capacidad natural de juicio respecto de dicho bien. De esta manera, considero que, en caso de que exista capacidad natural de juicio para prestar el consentimiento por parte del titular del bien jurídico, esta decisión debe prevalecer sobre la de su representante, incluso en los supuestos de incapacidad temporal para prestarlo, donde el consentimiento presunto del titular debe desplazar la voluntad del representante legal<sup>76</sup>.

2. Capacidad para prestar consentimiento: como ya he introducido en el apartado anterior, el titular del bien jurídico debe poseer una cierta capacidad para la prestación de dicho consentimiento. La problemática de este requisito guarda relación con la configuración de dicha capacidad. Aunque cierta parte de la doctrina ha defendido su equiparación a la capacidad de obrar civil, es en nuestra opinión más acertado configurarla como una capacidad natural de juicio respecto del bien jurídico objeto de disposición o, como expresa Jescheck, “capacidad natural de entendimiento y discernimiento para poder estimar en lo esencial la significación del abandono del interés protegido y la trascendencia del hecho”<sup>77</sup>. En esta línea, Corcoy Bidasolo establece que “los menores e incapaces son personas y, en cuanto tales, se les debe dejar ejercer sus derechos en la medida que se pueda constatar su capacidad natural de consentir”<sup>78</sup>.

---

<sup>76</sup> DE LA GÁNDARA VALLEJO, B., *Consentimiento...*, *op. cit.*, p. 113

<sup>77</sup> JESCHECK, H-H., *Tratado de Derecho Penal...*, *op. cit.*, p. 522

<sup>78</sup> CORCOY BIDASOLO, M., *Consentimiento y Disponibilidad...*, *op. cit.*, p. 266



Además, encontramos a lo largo de la legislación penal numerosos tipos que expresamente regulan o matizan la capacidad para prestar consentimiento respecto de un bien jurídico protegido, añadiendo capas de protección específicas a la capacidad natural de juicio, que es la regla general. En este sentido, en ciertos tipos se establece cuándo no se tiene capacidad para prestar consentimiento, con la consecuencia de que todo consentimiento prestado en dichas circunstancias se considerará inválido y completamente ineficaz.

Por ello, en defecto de regulación específica en relación con el tipo concreto, se debe concluir que habremos de recurrir a la regla general de la capacidad natural de juicio, que debe ser distinta de la civil.

3. Carácter disponible del bien jurídico sobre el que se presta consentimiento: como ya se ha analizado a lo largo de este trabajo, el ordenamiento jurídico constitucional configura la libertad personal como el fundamento de la posibilidad de disposición respecto de la mayoría de los bienes jurídicos individuales. Las limitaciones del libre desarrollo de la personalidad, que configuran ciertos bienes como indisponibles, ya han sido analizadas en el Cap. II.

De esta manera, la intervención estatal en lo relativo a bienes individuales debería basarse principalmente en un deber de protección de los mismos, en tanto que esto será lo que permita y asegure el libre desarrollo del individuo –su elección de vida–. La intervención del Estado solo cabrá de manera muy limitada y excepcional en los supuestos relativos a limitaciones del consentimiento por motivos de política criminal basados en la dignidad personal que, además, deben ser expresamente señalados como consecuencia de la exigencia insalvable del principio de legalidad.

4. Libertad y conciencia en la disposición: un concepto transversal a todas las ramas del Derecho en lo relativo al consentimiento es que este no se encuentre viciado –por violencia, amenaza, engaño, prevalimiento o error–. Lo que se busca aquí es que la formación de la voluntad de consentir sea libre y consciente, pues el ideal de consentimiento es el que se efectúa en unas condiciones de justicia, sin presiones externas o engaños.

En relación con la violencia, en mi opinión, el consentimiento prestado sobre la propia presencia de aquella es válido –por ejemplo, cabe prestar el consentimiento respecto

de un acto violento de contenido sexual—, pero siempre admitiendo la revocabilidad de dicha prestación del consentimiento, pudiendo el titular revocar completamente el consentimiento prestado sobre el acto sexual, o revocarlo únicamente respecto de la violencia ejercida.

En lo relativo al engaño y al error, estos serán invalidantes del consentimiento cuando afecten a la cantidad y cualidad de la injerencia consentida, para Mir Puig<sup>79</sup>. Otra parte de la doctrina opina que el engaño invalidará el consentimiento prestado solo cuando dicho engaño se refiera al bien jurídico protegido, por lo que un engaño sobre un aspecto conexo no referido a este no sería invalidante.

Además, el error que recae sobre los motivos de prestación del consentimiento no invalida el mismo —p. ej., si creo que consiento una apropiación de mi patrimonio por un tercero fundada en la creencia errónea de que dicho tercero es el médico que salvó la vida a mi hijo—, salvo que dicho error sea consecuencia de un engaño sobre los motivos.

En todos los casos de vicios del consentimiento relevantes, se equipara la ausencia de consentimiento al consentimiento viciado, convirtiendo a este en un consentimiento nulo.

5. Forma o Exteriorización: cabe exteriorizar el consentimiento tanto de manera expresa como tácita. Para Ríos, es requisito que nos encontremos ante una “voluntad comprobada que permita vincular a ella consecuencias jurídicas”<sup>80</sup>. El hecho de que dicha voluntad requiera de comprobación no hace referencia a que se exija manifestación expresa de dicha voluntad, sino una acción que nos permita afirmar de manera concluyente que el titular del bien jurídico está prestando su consentimiento respecto de la disposición del mismo.

La relevancia de la exteriorización tácita reside pues en la deducibilidad que debe poder predicarse respecto de que, con su comportamiento, el sujeto pasivo está implícitamente consintiendo a través de hechos concluyentes e imparcialmente

---

<sup>79</sup> MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría del delito* 2ª Ed., 1985, PPU, Barcelona, p. 456

<sup>80</sup> RÍOS, J., “El consentimiento en materia penal”, *Política criminal*, (1) [en línea], 2006, pp. 1-37 (disponible en [http://www.politicacriminal.cl/n\\_01/pdf\\_01/a\\_6.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_01/pdf_01/a_6.pdf); última consulta 15/02/2019)

unívocos. Así, se configura el consentimiento como resultante de una conducta real, exteriorizada y reconocible; una conducta concluyente en definitiva y alejada de la mera pasividad.

En lo relativo al silencio del sujeto pasivo durante la ejecución de la acción, para Casas Barquero “el consentimiento no será [...] válido cuando el sujeto mantenga silencio”<sup>81</sup>. Considero que dicha afirmación es matizable, en tanto que pueden producirse ciertas actitudes en el individuo que permitan deducir que este soporta la acción llevada a cabo por el autor, pese a su silencio. La exigencia es siempre la misma: actos concluyentes que permitan vincular a ellos un consentimiento tácito; y estos actos se pueden llevar a cabo sin necesidad de emitir palabra alguna. Y lo mismo se produce en sentido negativo: no es necesario negarse expresamente al acto (sexual), pues como dicta la jurisprudencia, “la falta de consentimiento puede apreciarse en cuanto se expresa una voluntad contraria al acto sexual, sin que resulte necesario entablar una resistencia física de una intensidad determinada”<sup>82</sup>.

Para De la Gándara Vallejo, esta exteriorización es su carácter más relevante<sup>83</sup>, en el sentido de que un consentimiento no exteriorizado es irrelevante (la voluntad interna no tiene consecuencias penales). De esta manera, el titular del bien jurídico debe manifestar su consentimiento hacia el exterior para que este consentimiento despliegue efectos pues, en caso contrario, el actor debiera ser castigado como autor de un delito consumado.

Por último, consideramos relevante mencionar que ciertos tipos exigen mayores exigencias formales en lo relativo a la exteriorización del consentimiento; p. ej., exigir que se haya puesto a disposición del titular del bien jurídico una cierta información previa para poder dotar de eficacia plena a la prestación del consentimiento. En este sentido, véase el art. 145 bis 1. a) CP, que exige que “la mujer haya recibido la información previa relativa a los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a

---

<sup>81</sup> CASAS BARQUERO, E., *El Consentimiento...*, op. cit., p. 75

<sup>82</sup> GÓMEZ LANZ, J., “Si una chica dice ‘no’, basta”, *ABC* [en línea], 14 de noviembre de 2017 (disponible en [https://www.abc.es/sociedad/abci-si-chica-dice-no-basta-201711142123\\_noticia.html](https://www.abc.es/sociedad/abci-si-chica-dice-no-basta-201711142123_noticia.html); última consulta 28/02/2019)

<sup>83</sup> DE LA GÁNDARA VALLEJO, B., *Consentimiento...*, op. cit., pp. 116 y ss.

la maternidad”, pues en caso contrario se castigaría al facultativo como autor de un delito de aborto tipificado en dicho artículo.

6. Anterioridad al hecho y posibilidad de revocación: el consentimiento se ha de prestar siempre de manera previa o coetánea a la realización del hecho. Además, en el periodo que medie entre la prestación del consentimiento y la finalización de la acción, incluso mientras se ejecuta, cabrá siempre revocación por parte del sujeto pasivo en virtud de su derecho a la libertad de acción. De esta manera, el consentimiento prestado de manera posterior a la ejecución del acto no será válido como consentimiento y encajará, en su caso y como hemos mencionado *supra*, en otras figuras de exclusión de la responsabilidad criminal.

Por otro lado, a nuestro modo de ver, no cabe prestar consentimiento respecto a la renuncia a la posibilidad de revocación del mismo, y esta posibilidad quedará por tanto en todo momento a disposición de su titular, siempre que se exteriorice de forma clara que se está revocando el consentimiento previamente prestado. Aceptar una postura contraria implicaría privar al individuo de algo que está íntimamente ligado a su condición de ser humano, que es la libertad de cambiar de opinión, una libertad que nos define como ciudadanos. Creo que precisamente existe un valor superior consagrado constitucionalmente, que es la libertad, y que tiene una preeminencia respecto de los demás, permitiéndonos siempre la libertad de modificar nuestro consentimiento.

7. Irrelevancia de causa y móviles por los que se presta el consentimiento: las causas por las que se presta el consentimiento no imposibilitan la completa eficacia del mismo, siempre que no haya mediado engaño respecto de las mismas. Este requisito casa con lo previamente mencionado en relación con el tratamiento del error.

En este sentido, cabe destacar que la prestación del consentimiento por una causa económica es, a nuestro modo de ver, válido, excepto en aquellos tipos en los que expresamente se regule que el consentimiento prestado a causa de un intercambio económico es nulo (p. ej., art. 187 CP).

Serán así estos los siete requisitos que he tratado de identificar y sintetizar como de eficacia para la prestación del consentimiento. El incumplimiento de alguno de ellos, por lo

general, convierte el consentimiento prestado en ineficaz, por lo que nos encontraríamos ante acciones típicas merecedoras de reproche penal.

Cabe destacar también, de manera sucinta pero relevante a estos efectos, la eficacia del consentimiento que se ha catalogado como “presunto”. El consentimiento presunto<sup>84</sup> carece del requisito de exteriorización de la voluntad, pues se da en supuestos en los que parece que, objetivamente, el titular del bien jurídico protegido hubiera prestado su consentimiento, pero este consentimiento no puede obtenerse. Por ejemplo, una mujer embarazada que entra en coma temporal por problemas durante el parto, viéndose los servicios médicos obligados a practicar una cesárea para salvar la vida de la madre.

Se entiende asimismo que el consentimiento presunto es válido –por imposibilidad del individuo de exteriorizarlo– en circunstancias de urgencia en las que no se pueda esperar a que dicho sujeto tenga la capacidad de prestarlo; y el juicio de objetividad respecto de la probabilidad de prestación del consentimiento debe realizarse *ex ante*, esto es, en un análisis previo a la situación en el que se determine si nos encontramos ante circunstancias en las que se pueda presumir que, de poder hacerlo, el titular hubiera otorgado su consentimiento.

En cuanto a la prueba del consentimiento, esta consistirá en comprobar si todos los requisitos aquí mencionados se han visto efectivamente cumplidos o no, aunque según la jurisprudencia

salvo que consten razones que menoscaben su credibilidad subjetiva, [...] la declaración del sujeto pasivo constituye prueba suficiente de la ausencia de consentimiento, siempre que aquella reúna caracteres de verosimilitud, persistencia y firmeza<sup>85</sup>.

Por último, en relación con la existencia de especialidades en materia sexual respecto de los requisitos generales de consentimiento, no advierto<sup>86</sup>, en términos generales, grandes especificidades<sup>87</sup>, a salvo de lo dispuesto específicamente en los tipos concretos de la Parte

---

<sup>84</sup> ESCUDERO GARCÍA CALDERÓN, B., *El consentimiento...*, *op. cit.*, pp. 212 y ss.

<sup>85</sup> GÓMEZ LANZ, J., *Si una chica...*, *op. cit.*

<sup>86</sup> Ni creo tampoco que debiere haberlas

<sup>87</sup> Aunque desde una parte de la sociedad se aboga por incluir requisitos específicos de consentimiento en materia sexual, especialmente en lo relativo al consentimiento implícito y el silencio

Especial<sup>88</sup>. Y esta indiferencia en el trato viene motivada por el hecho de que, en mi opinión, se trata simplemente de una expresión de la libertad general<sup>89</sup>, por lo que no debiera haber una reglamentación particularmente distinta.

Cabe mencionar, sin embargo, que, al tratarse de una especificidad de la libertad general, la libre disposición conforma de manera más intensa el bien jurídico, se encuentra en su entraña debido, precisamente, a que el bien protegido aparece configurado como una libertad.

La única particularidad que se advierte, y que tampoco es tanta, tiene que ver con el consentimiento prestado por un menor (*vid.* Cap. 4). Y esta particularidad no es idéntica en relación con todo el Derecho sexual de menores, pues no opera igual respecto de unos tipos que de otros (así, se advierten diferencias incluso relativas a la edad de consentimiento en función del tipo).

En relación con esto último, he de destacar que, en la mayoría de los bienes jurídicos, esta invalidez del consentimiento del menor se resuelve con la atribución de la libertad de disposición a un tercero –padres o representantes legales–, mientras que, en el caso de la libertad sexual del menor, se resuelve negándola.

---

<sup>88</sup> Por ejemplo, los efectos del consentimiento en tipos como la prostitución, o la negación *ex lege* o presunción *iuris et de iure* de su invalidez en el supuesto del art. 181.2 CP que, para Ragués i Vallès, “establece varios casos en los que *ex lege* se niega toda validez al consentimiento de la víctima aun cuando haya prestado aparentemente su conformidad con una determinada relación sexual” (RAGUÉS I VALLÈS, R., *Delitos contra la libertad...*, *op. cit.*, p. 136), por lo que no se permitiría, por ejemplo, prestar consentimiento previo al momento en que se está dormido, ebrio, etc. para ser sujeto pasivo de actos sexuales, aunque se preste de manera previa y específicamente para ese momento, lo cual también resulta sorprendente

<sup>89</sup> ORTS BERENGUER, E., SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, 2001, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 17

## CAPÍTULO IV.- EL CONSENTIMIENTO SEXUAL PRESTADO EN LA FRANJA COMPRENDIDA ENTRE LOS 16 Y LOS 18 AÑOS

---

Aunque no sea objeto de este trabajo el análisis histórico de la regulación de los tipos relativos a la libertad e indemnidad sexuales, sí que cabe mencionar las excesivas modificaciones que se han producido en relación con el Tít. VIII del CP, cuya rúbrica actual es “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”. De hecho, el propio TS ha hecho referencia a su

laberíntica regulación [...], que ha sufrido múltiples modificaciones desde la aprobación del mismo, siempre en el sentido de endurecer su tratamiento penal y de procurar contemplar toda agravación previsible, regulación ahora reforzada con un indisimulado sesgo moralizante tras la reforma operada por la LO 1/2015<sup>90</sup>.

Trataré en este capítulo las asimetrías de la respuesta penológica en función de la edad del sujeto pasivo en aquellos delitos asociados a la protección de la libertad e indemnidad sexuales.

Para empezar, es importante destacar que la Directiva 2011/93/UE define la edad de consentimiento sexual como “la edad por debajo de la cual, de conformidad con el Derecho Nacional, está prohibido realizar actos de carácter sexual con un menor”<sup>91</sup>.

La LO 1/2015<sup>92</sup>, en cumplimiento de dicha Directiva<sup>93</sup>, optó por la elevación de la edad de consentimiento sexual<sup>94</sup> desde los trece años que regían en ese momento –y que eran una cifra manifiestamente inferior a la de los países de nuestro entorno<sup>95</sup>– hasta los dieciséis años y, en líneas generales, endureció las sanciones penales para adecuarse a lo

---

<sup>90</sup> STS 355/2015, de 28 de mayo (FJ 12)

<sup>91</sup> Art. 2. b) de la Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo

<sup>92</sup> LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

<sup>93</sup> Aunque lo hace yendo mucho más allá de lo que la citada Directiva requería, como apunta SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., en “Abusos sexuales a menores: arts. 182, 183 y 183 bis CP”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Dir.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, 2015, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 603.

<sup>94</sup> En respuesta a la recomendación del Comité de la ONU sobre Derechos del Niño, que sugirió reformar el CP español para adecuarlo a las disposiciones de la CDN

<sup>95</sup> Catorce (Alemania, Italia, Portugal), Quince (Francia Suecia) o Dieciséis (Bélgica, Finlandia o Estados Unidos)

dispuesto en la mencionada Directiva<sup>96</sup>. Esta modificación no fue una cuestión pacífica, siendo objeto de un amplio debate parlamentario, con diferentes grupos presentando enmiendas al respecto, basadas en el hecho de que “la edad de consentimiento sexual debiere adecuarse a la realidad de la educación sexual en la actualidad”<sup>97</sup>.

De manera añadida a esta elevación, desde 1999<sup>98</sup> distingue el CP dos bienes jurídicos aparentemente diferenciados y que dan nombre al Tít. VIII de aquel: la libertad sexual y la indemnidad sexual:

- En primer término, la libertad sexual se entiende como la capacidad de una persona de consentir actos de naturaleza con un tercero con acuerdo de este último. Ragués i Vallés lo identifica como “el derecho de todo individuo a no verse inmiscuido en contextos de naturaleza sexual contra su voluntad”<sup>99</sup>.

Según Escobar Jiménez, la libertad sexual se protege en dos vertientes: positiva y negativa. Positiva (dinámica) en el sentido de que existe una facultad para llevar a cabo relaciones sexuales voluntarias; negativa (estática) en relación con el derecho a no soportar actividades de terceros de índole sexual sobre uno cuando no sean estos consentidos<sup>100</sup>.

Recuerda Obregón García en relación con este extremo que

la libertad e indemnidad sexuales se amparan en el Código penal fundamentalmente en un sentido negativo: no protege tanto el derecho a mantener o realizar relaciones o actividades sexuales cuanto el derecho a impedir su realización; de esta forma, por

---

<sup>96</sup> Exposición de motivos de la LO 1/2015, XII

<sup>97</sup> HUETE NOGUERAS, J.J., “Delitos contra la libertad sexual: principales novedades de la reforma del Código Penal. Tipos básicos de agresión y abusos sexuales”, *Ponencia de la Fiscalía General del Estado* [en línea], 2015 (disponible en [https://www.fiscal.es/fiscal/PA\\_WebApp\\_SGNTJ\\_NFIS/descarga/Javier%20Huete.pdf?idFile=de3194e1-3cd4-49ae-b675-344d978977d8](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Javier%20Huete.pdf?idFile=de3194e1-3cd4-49ae-b675-344d978977d8); última consulta 06/03/2019), p. 15

<sup>98</sup> A partir de la reforma del Código Penal llevada a cabo por la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre

<sup>99</sup> RAGUÉS I VALLÈS, R., *Delitos contra la libertad...*, *op. cit.*, p. 129

<sup>100</sup> ESCOBAR JIMÉNEZ, C., “Los delitos sexuales a menores: artículo 183.1 y 3. Examen del artículo 183.quáter”, *Ponencia de la Fiscalía Provincial de Granada* [en línea], 2015 (disponible en [https://www.fiscal.es/fiscal/PA\\_WebApp\\_SGNTJ\\_NFIS/descarga/Ponencia%20Cristina%20Escobar%20Jimenez.pdf?idFile=6ed29867-0cb6-4e5d-9906-e1de2835a39a](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Cristina%20Escobar%20Jimenez.pdf?idFile=6ed29867-0cb6-4e5d-9906-e1de2835a39a); última consulta 06/03/2019), p. 6. También, STS 476/2006, de 2 de mayo (FJ 2)



ejemplo, si dos personas libremente se besan y son obligadas a separarse, no habrá un delito contra la libertad sexual sino, en su caso, coacciones<sup>101</sup>.

En este sentido, es indisponible para el individuo la protección que el ordenamiento penal le proporciona a la hora de proteger su libertad sexual<sup>102</sup> –bien jurídico que se configura como disponible, excepto en contadas excepciones–.

- En segundo lugar, la indemnidad sexual hace referencia a un concepto introducido por la LO 11/1999. En su Exposición de Motivos se establece que este es un bien protegido introducido en consideración a que los menores –de trece años, en el momento de dicha modificación– presentan una voluntad sexual

carente de la necesaria formación para poder ser considerada verdaderamente como libre” y que “no puede ser siempre determinante de la licitud de unas conductas que, sin embargo, podrían ser lícitas entre adultos<sup>103</sup>.

La Exposición de Motivos de la LO 5/2010 define dicho bien jurídico como “el derecho a no verse involucrado en un contexto sexual, sin un consentimiento válidamente prestado<sup>104</sup>”.

Adelantando la postura que mantendré más adelante, creo que este concepto no es más que una concreción de la libertad sexual por razón del sujeto pasivo, y que únicamente añade la especialidad de que los menores de dieciséis años no pueden consentir válidamente –con la excepción que veremos, regulada en el art. 183 quater CP– respecto de actos de naturaleza sexual, limitándose hasta dicha edad la autodeterminación en materia sexual de aquellos individuos. De esta manera, se configura como una suerte de derecho a la no perturbación del desarrollo sexual del menor.

Así, la diferencia con la libertad sexual es que aquella se conforma como un derecho a negar la realización de una conducta a un tercero, mientras que la

---

<sup>101</sup> Apuntes privados

<sup>102</sup> No se puede disponer de la capacidad de impedir la realización de conductas sexuales no deseadas por parte de un tercero. La posibilidad de revocación del consentimiento no es disponible, y no se puede privar al sujeto pasivo de la posibilidad de elegir en todo momento las conductas que desea llevar a cabo con base en su libertad sexual

<sup>103</sup> Exposición de motivos de la LO 11/1999

<sup>104</sup> Cuando se hace referencia a la “validez” del consentimiento prestado, dado el contexto actual de los tipos que atentan contra la indemnidad sexual, únicamente se está haciendo referencia a la excepción prevista en el art. 183 quater CP, dado que el consentimiento prestado en cualquier otro caso no despliega eficacia

indemnidad sexual lo hace en términos de imposibilitar la posibilidad de consentir siquiera la realización de dicha conducta.

Cabe destacar, por último, que al considerarse completamente ineficaz el consentimiento prestado por un menor de dieciséis años, este bien queda configurado como indisponible –a excepción del supuesto en el que el legislador permite expresamente la prestación de consentimiento, que es el supuesto de similar madurez regulado en el art. 183 quater del CP–.

A grandes rasgos, la regulación queda pues como sigue:

- 1) Antes de los dieciséis años, el consentimiento sexual no se considera válidamente prestado nunca (y, por tanto, deviene ineficaz) –a excepción de la cláusula de asimetría del art. 183 quater CP, que trataremos más adelante–, por lo que la prestación de este no elimina la tipicidad de la conducta<sup>105</sup>. En este sentido, la Exposición de Motivos de la Ley 1/2015 establece que

la realización de actos de carácter sexual con menores de dieciséis años será considerada, en todo caso, como un hecho delictivo, salvo que se trate de relaciones consentidas con una persona próxima al menos de edad por edad y grado de desarrollo o madurez.<sup>106</sup>

- 2) A partir de los dieciocho años, la prestación del consentimiento sexual despliega su máxima eficacia –máxime cuando el bien jurídico está integrado por la propia libertad de disponer de la propia sexualidad–. Sin embargo, esta máxima eficacia no implica la operatividad absoluta del consentimiento, o una libre disposición general sobre el bien protegido “libertad sexual”, pues encontramos en la legislación penal ciertas excepciones en las que el legislador ha querido dotar de ineficacia a dicho consentimiento (por ejemplo, castigando al que se lucra de la prostitución consentida de una persona en situación de vulnerabilidad económica<sup>107</sup>).
- 3) Es en la franja comprendida entre los dieciséis y los dieciocho años donde se produce una disociación, una posible descoordinación político-legislativa, que configura un

---

<sup>105</sup> La única validez que cabe reconocer al consentimiento en este sentido puede ser indirecta, en el sentido de que sea fundamento para sostener la inexistencia de violencia o intimidación requerida por el art. 181. 2 CP

<sup>106</sup> Exposición de motivos de la LO 1/2015, XII

<sup>107</sup> Art. 187.1 pfo. 2º CP

complejo marco de supuestos relativos a la permisibilidad, o no, del consentimiento como herramienta excluyente de la responsabilidad criminal del actor. En este sentido, la FGE expresaba que el

menor mayor de 13 años no tiene capacidad plena en materia sexual, y así seguirá estando protegido [...] frente a contactos sexuales con ocurrencia de engaño, [...] respecto de relaciones sexuales con prevalimiento, [...] frente a conductas de exhibicionismo, [...] de exhibición de pornografía, [...] de pornografía infantil [...] y frente a conductas corruptoras<sup>108</sup>.

De esta manera, a la hora de abordar este capítulo del trabajo, me centraré en tres aspectos fundamentales, a saber: i) el fundamento político criminal del establecimiento de edades específicas para prestar consentimiento en materia sexual, ii) la problemática relativa a la franja comprendida entre los dieciséis y los dieciocho años, iii) apuntes relativos a las posibilidades de resolución, con base en las posturas defendidas a lo largo del trabajo, de la problemática relativa a la configuración de los Caps. II Bis y V del Tít. VIII del CP español.

#### **4.1.- El fundamento del establecimiento de los dieciséis años como la edad a partir de la cual se reputa eficaz el consentimiento sexual prestado. Especial referencia a la cláusula de asimetría del art. 183 quater del Código Penal. Toma de posición**

Como he mencionado al inicio del capítulo, el fundamento de la elevación de la edad de consentimiento sexual fue la transposición de la Directiva 2011/93/UE al ordenamiento jurídico-penal español. Dicha Directiva busca acabar con la lacra de los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil, tal y como reza su propio título.

Así, parece que el fundamento político criminal existente tras la elevación de la edad de consentimiento sexual busca proteger al menor de los perniciosos comportamientos que, como la pederastia o, en general, cualquier otra conducta que corrompa el adecuado desarrollo sexual de menor, pueda desarrollar un tercero sobre estos individuos. En

---

<sup>108</sup> Circular 9/2011, de 16 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de reforma de menores [en línea], Fiscalía General del Estado (disponible en [https://www.fiscal.es/fiscal/PA\\_WebApp\\_SGNTJ\\_NFIS/descarga/memoria2012\\_vol1\\_circu\\_09.pdf?idFile=e36e749b-0b22-498a-b333-e7cb807323bd](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/memoria2012_vol1_circu_09.pdf?idFile=e36e749b-0b22-498a-b333-e7cb807323bd); última consulta 09/03/2019). Aunque hacía referencia a los menores de trece años, en la actualidad sigue siendo igual para los dieciséis años

principio, parece que esto se hace en pos de reforzar el “interés superior del menor”<sup>109</sup> reconocido en la CDN<sup>110</sup> –que España ha ratificado y firmado– frente a cualesquiera otros intereses.

Sin embargo, creo que cabe cuestionarse la idoneidad de este planteamiento como forma de abordar la regulación relativa a la edad mínima para consentir sexualmente de manera válida<sup>111</sup>. En este sentido, creo que las diferencias respecto de la capacidad general para prestar consentimiento, abordada en el capítulo anterior, no son tales como para plantear un régimen tan especial de prestación de consentimiento. Y, de existir tales especialidades en materia sexual, estas no deberían configurar un sistema de carácter tan restrictivo, gravoso, paternalista e intensamente punitivo en relación con algunos comportamientos que, independientemente de una cierta valoración de corte moralista que se pueda realizar desde determinados sectores, son habituales y aceptados en el seno de nuestra sociedad.

Es, de hecho, la propia CDN la que reconoce el derecho al libre desarrollo de la personalidad al menor, así como a su progresiva autonomía y a la evolución de sus capacidades según vaya siendo capaz de desarrollarse en los diferentes ámbitos de su personalidad, “sin que pueda eliminarse la autonomía del menor maduro, a través de construcciones paternalistas que no atienden al principio del daño”<sup>112</sup>.

Partiendo de la dignidad del ser humano y el derecho a desarrollar libremente su personalidad, que hemos analizado al inicio de este trabajo y que también alcanza a los menores de edad, el reconocimiento de su autodeterminación y libre desarrollo sexual en

---

<sup>109</sup> MARTÍNEZ GARCÍA, C., DEL MORAL BLASCO, C., *Guía para la evaluación y determinación del interés superior del niño* [en línea], 2017, Universidad Pontificia Comillas, Madrid (disponible en [https://repositorio.comillas.edu/xmlui/bitstream/handle/11531/26167/18012018\\_StC\\_Guia%20para%20la%20evaluacion%20y%20determinacion\\_A4\\_para%20imprentaspreads.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repositorio.comillas.edu/xmlui/bitstream/handle/11531/26167/18012018_StC_Guia%20para%20la%20evaluacion%20y%20determinacion_A4_para%20imprentaspreads.pdf?sequence=1&isAllowed=y); última consulta 06/03/2019)

<sup>110</sup> En su art. 3, la CDN recoge que “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones [...], una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”

<sup>111</sup> No digo, con esto, que la técnica legislativa consistente en la fijación de una edad mínima no me parezca una opción válida o eficaz, sobre todo por la seguridad jurídica que genera, pero creo que es importante tomar en consideración el libre desarrollo del menor –especialmente con aquellos que se acercan a dicha edad–, dada la normalización social de ciertos comportamientos que formalmente encajan en tipos del Tít. VIII. Creo que cabe añadir ciertas matizaciones o precisiones que tengan en cuenta el desarrollo de cada menor y su determinación en materia sexual

<sup>112</sup> GONZÁLEZ AGUDELO, G., “Consecuencias jurídicas y político-criminales de la elevación de la edad del consentimiento sexual en los derechos sexuales y de salud sexual y reproductiva del menor de edad”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (18-15), 2016, p. 9

función de su madurez respectiva debe ser una máxima en la regulación jurídica –y, de manera más intensa si cabe, en materia penal–, de dicha cuestión.

Para desarrollar esta idea, partiré de la distinción clave entre dos aspectos del consentimiento que fueron recogidos con anterioridad: la titularidad del bien jurídico respecto del que se consiente y la capacidad para el ejercicio del derecho a disponer libremente del mismo.

Respecto de la titularidad del bien jurídico, nuestra primera tarea será identificar el bien jurídico que se trata de tutelar con dichos tipos. ¿Es aquella la libertad sexual o hace referencia, en cambio, a un bien jurídico autónomo identificado como la “indemnidad sexual”<sup>113</sup>? Parte de la doctrina que ha defendido la segunda de las posturas mantiene que, dado que la capacidad de llevar a cabo actos de naturaleza sexual está limitada –o no se reconoce la posibilidad de su ejercicio ordinario– para los menores, no teniendo capacidad de autodesarrollarse de manera plena en este ámbito<sup>114</sup>, la indemnidad sexual se configuraría como un bien protegido autónomo que busca la protección cualificada de quien no tiene capacidad para desarrollar plenamente su determinación en materia sexual, o como un intento de proteger otros intereses conexos como el libre desarrollo de la personalidad del menor o el desarrollo futuro de su libertad sexual<sup>115</sup>.

Acoger esta línea supondría, a mi modo de ver, limitar o extinguir la autonomía de los menores en este sentido, no reconociendo su capacidad de ser titulares de derechos personalísimos en materia de libertad sexual. En palabras de González Agudelo, implicaría aceptar “que los menores no tienen derechos sexuales y por ende tampoco libertad

---

<sup>113</sup> Como menciona cierta jurisprudencia del TS, como por ejemplo la STS 476/2006, de 2 de mayo, donde se establece que (FJ2) “también se han de tener muy especialmente en cuenta (sic) [...] indemnidad sexual de los menores o incapaces, bien jurídico que sectores doctrinales consideran autónomo y diferenciado de la libertad sexual y que quedaría cifrado en el derecho de los menores o incapaces a estar libres de cualquier daño de orden sexual, en la preocupación o interés porque éstos tengan un desarrollo de la personalidad libre, sin injerencias extrañas a sus intereses, un desarrollo psicológico y moral sin traumatismos y un bienestar psíquico, en definitiva el derecho del menor a no sufrir interferencias en el proceso de formación adecuada a su personalidad”

<sup>114</sup> Vid. STS 575/2010, 10 de mayo (FJ 6), donde se hace referencia a una “inmadurez psicoorgánica”

<sup>115</sup> SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, J. E., “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales” en *Sistema de Derecho Penal Español*. Coord. Morrillas Cueva, 2011, Madrid, p. 254

sexual”<sup>116</sup>. Quedarían así estos individuos como meros objetos de protección penal hasta los dieciséis años, edad en la que pasarían a ser dueños de su consentimiento sexual –y, hasta ese momento, su capacidad de elección quedaría cuasi eliminada–. Esta segunda postura supondría, en definitiva, negar la existencia de libertad sexual hasta dicha edad, y configurar un bien jurídico autónomo consistente en un derecho de protección hasta el momento de dicha madurez, momento en el que podrán escoger y autodesarrollarse, en materia sexual, de la manera que consideren más idónea y conveniente.

Como he analizado anteriormente, creo que el único fundamento político-criminal que pudiera ser válido para configurar limitaciones respecto a las libertades reconocidas en el art. 10 CE –y reconocidas también a los menores de edad– es la existencia de libres disposiciones de bienes personales que, de manera clara y objetiva, atenten contra la dignidad del individuo desde la perspectiva de la moral social imperante en un marco de valores determinado. En mi humilde opinión, la capacidad de un menor (especialmente de aquellos cercanos a la edad de consentimiento<sup>117</sup>) de tomar decisiones relativas a su desarrollo sexual no atenta en ningún caso contra la dignidad de dicho individuo y no es lesiva para la misma. Es, de hecho, minoritaria y basada en valoraciones ético-religiosas la corriente que defiende la inexistencia de capacidad personal alguna para la toma de estas decisiones en menores.

Quepa, en este sentido, indicar que es evidente que el desarrollo sexual de un individuo adolescente va más allá de las relaciones sexuales con terceros, por lo que negar o limitar de manera excesiva la importancia de su autonomía en relación con la toma de

---

<sup>116</sup> GONZÁLEZ AGUDELO, G., *Consecuencias jurídicas...*, *op. cit.*, p. 3. Esta postura la defiende de manera explícita SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, José E. en su libro *Delitos contra la libertad...*, *op. cit.*, p. 257; en la misma línea, COBO DEL ROSAL, M., “El delito de rapto” en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), BAJO FERNÁNDEZ, M. (Coord.), *Comentarios a la legislación penal, Tomo II, El Derecho penal del Estado democrático*, 1983, Edersa, Madrid, p. 385

<sup>117</sup> Es una evidencia sociológica, además, que la edad a la que los individuos mantienen su primera relación sexual está descendiendo progresivamente. En este sentido, la 3ª Encuesta Bayer Schering Pharma sobre Sexualidad y Anticoncepción en la Juventud Española [en línea], 2009, Grupo Daphne (disponible en <https://www.equipodaphne.es/archivos/encuestas/presentacionj.pdf>; última consulta 06/03/2019) muestra que la edad media se ha reducido por debajo de los 16 años, tanto para hombres como para mujeres (para aquellos que en el momento del estudio tenían entre 15 y 19 años).

Como expresa J.J. HUETE NOGUERAS en *Delitos contra la libertad sexual...*, *op. cit.*, p. 15, “como demuestran diversos estudios realizados, en España las relaciones sexuales entre adolescentes suelen iniciarse, en más de la mitad de los casos, entre los 14 y los 16 años, por lo que se estaría criminalizando o judicializando lo que actualmente es una realidad social, pudiendo llegar a incidir negativamente sobre la autodeterminación sexual de las personas, como bien protegible, bajo la premisa de que las relaciones sean consentidas, mediante un acto libre y emitido con la suficiente madurez, lo cual como los expertos se han encargado de señalar es una cuestión que no depende exclusivamente de la edad, sino de otras muchas circunstancias fisiológicas, sociales y educativas”

decisiones relevantes respecto de su sexualidad, o judicializar estos comportamientos, negando su capacidad de decisión en relación con su orientación sexual o su capacidad para tomar decisiones relativas a las consecuencias de dichas interacciones sexuales (aborto, embarazo, ETS, etc.)<sup>118</sup> no parece la postura más acertada. Los grupos más vulnerables o desprotegidos deben contar con unas instituciones que garanticen sus derechos y les proporcionen herramientas, información útil y apoyo en su desarrollo personal, pero limitar o negar sus derechos sexuales de una manera tan tajante y sin tener en cuenta los diferentes grados de madurez, por ejemplo, es esconder las limitaciones injustificadas a los derechos de libertad de un grupo detrás de una supuesta protección reforzada en virtud de su superior interés.

Cabe recordar en lo que a esto respecta que los motivos de la aprobación de la reforma, que se basa en la regulación europea –que deriva a su vez de las recomendaciones de la ONU–, tienen como objetivo único el de prevenir la explotación sexual de los niños y las relaciones abusivas con base en el art. 34 CDN, y no busca la regulación de la vida sexual del menor de dieciséis años, pues esta regulación no debiera evitar que aquellos menores suficientemente maduros pudieran tomar decisiones relativas al desarrollo de su sexualidad. El reconocimiento de dichas capacidades de decisión debería estar referenciado a la madurez en la evolución de las capacidades del menor, su mejor interés y el mejor desarrollo sexual posible para su persona<sup>119</sup>.

Y es que además el propio CP sí reconoce la eficacia y plena validez del consentimiento prestado por un menor de dieciséis años en su art. 183 quater (aunque de una manera ciertamente criticable), cuando establece que “el consentimiento libre del menor de dieciséis años excluirá la responsabilidad penal [...] cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez”<sup>120</sup>. Y creo que la importancia de este reconocimiento es vital: pese a ser una excepción a la regla general, se le reconoce al menor la capacidad de tomar decisiones relativas a su sexualidad en ciertos supuestos y, por extensión, se reconoce su libertad sexual.

---

<sup>118</sup> GONZÁLEZ AGUDELO, G., *Consecuencias jurídicas...*, op. cit., p. 4

<sup>119</sup> UNICEF, *Implementation handbook for the convention on the Rights of the Child*, 2007, 3ª Ed., UNICEF, Génova, p. 253

<sup>120</sup> Art. 183 quater CP

En definitiva, en esta dicotomía acerca de cuál es el bien jurídico que se protege con la indemnidad sexual, creo que este no es más que una manifestación específica de la libertad sexual en menores de dieciséis años que añade requisitos y especificidades en relación con su ejercicio.

Tras haber establecido que los menores de dieciséis años son titulares de su propia libertad sexual, aunque de una forma expresa y muy extensamente limitada por el CP, por razones de política criminal (a lo cual se le denomina “indemnidad sexual”), paso a analizar cuales son las limitaciones que se establecen respecto del ejercicio de dicha libertad sexual; esto es, respecto a la capacidad de los menores de prestar consentimiento en materia sexual.

Según la jurisprudencia, la limitación al ejercicio de derechos fundamentales en menores solo puede tener como justificación o bien la falta de madurez del individuo para dicho ejercicio o la necesidad de protección del menor, con respeto siempre al principio de proporcionalidad<sup>121</sup>. En este caso, la restricción de la libertad sexual es máxima, ya que supone su completa anulación en la edad inferior a los dieciséis años (con la excepción del art. 183 quater CP)<sup>122</sup>.

Con la excepción regulada en el art. 183 quater, desaparece la otrora presunción *iuris et de iure* de ineficacia del consentimiento que operaba respecto de los menores de trece años en la regulación anterior a 2015<sup>123</sup>, y que se justificaba por la inmadurez psíquica del menor.

Dicho artículo establece que “el consentimiento libre del menor de dieciséis años excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este Capítulo, cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez”. De esta manera, dicha cláusula de asimetría establece dos requisitos para que la exención de responsabilidad penal en ella contenida resulte aplicable<sup>124</sup>:

---

<sup>121</sup> GONZÁLEZ AGUDELO, G., *Consecuencias jurídicas...*, *op. cit.*, p. 13

<sup>122</sup> Esto supone, como dicen Orts Berenguer y Suárez-Mira Rodríguez, que “se presume *iuris et de iure* que no tienen capacidad para relacionarse con mayores” (ORTS BERENGUER, E., SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., *Los delitos contra...*, *op. cit.*, p. 20

<sup>123</sup> STS 476/2006, de 2 de mayo (FJ 2); STS 355/2015, de 28 de mayo (FJ 12)

<sup>124</sup> ESCOBAR JIMÉNEZ, C., *Los delitos sexuales a menores...*, *op. cit.*, p. 11



1. En primer lugar, se exige el consentimiento libre del menor de dieciséis años. En este sentido, serán aplicables los requisitos expuestos en el Cap. III respecto de la prestación del consentimiento. Además, el reconocimiento de la posibilidad de prestar consentimiento al menor de dieciséis (aunque en supuestos muy limitados) sirve de fundamento al hecho de que se defiende en este trabajo una cierta capacidad de decisión y autonomía al menor para determinarse sexualmente.
2. En segundo lugar, se exige que el actor cumpla dos requisitos de carácter subjetivo, como son el hecho de ser una persona próxima<sup>125</sup> al menor a) por edad y b) por grado de desarrollo y madurez. Con relación a estos criterios, se pronunció la FGE en los siguientes términos:

A diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos jurídicos<sup>126</sup>, en España no existen reglas específicas sobre el requisito de asimetría de edades en la tipificación de los delitos contra la indemnidad sexual. [...] cuando el autor es un adolescente penalmente responsable [...] tal afirmación debe matizarse, pues el contacto sexual entre adolescentes de similar edad, sin concurrencia de otros signos de abuso o intrusión, puede no afectar ni a la libertad ni a la indemnidad sexuales”<sup>127</sup>.

En este sentido, apunta Ragués i Vallès en relación con el requisito de la proximidad por edad, que “así las cosas, aun cuando el menor de dieciséis tenga una gran madurez, cualquier acto sexual realizado por una persona sensiblemente mayor será considerado delictivo”<sup>128</sup>.

A mi modo de ver, se echa en falta en este artículo una mayor concreción de los supuestos en los que estas conductas están exentas de responsabilidad criminal, y se debe asegurar la disminución de la incertidumbre como derivada de las exigencias del principio de legalidad. Creo que la taxatividad y claridad en la regulación de la edad de consentimiento sexual –que no remite a conceptos subjetivos como la “madurez” o el “desarrollo” del menor– no casa con un concepto tan abierto para evaluar la punibilidad de las relaciones sexuales consentidas entre personas de similar edad y grado de desarrollo o madurez. O bien la objetividad presente en la regulación de la edad de consentimiento sexual

---

<sup>125</sup> Concepto que se deja completamente a la interpretación judicial posterior, lo que no parece que permita *a priori* conocer si una actividad entre dos sujetos, cuando uno de ellos (o ambos) sea menor de dieciséis años, es delictiva

<sup>126</sup> Por ejemplo, en Italia, Austria o Suiza la acción sexual consentida no es punible si la horquilla de edad entre los sujetos activo y pasivo es inferior a tres años

<sup>127</sup> *Circular 9/2011... op. cit.*, p. 1879

<sup>128</sup> RAGUÉS I VALLÈS, R., *Delitos contra la libertad...*, *op. cit.*, p. 141

sirve como base para establecer objetivamente cuándo las relaciones consentidas con menores eximen de responsabilidad penal<sup>129</sup>, o bien se configuran ambos con base en conceptos jurídicos indeterminados que remitan a criterios conforme a los que valorar la madurez del menor y su capacidad de autodeterminación sexual (como su experiencia previa, su desarrollo, su edad, su capacidad para comprender, etc.)

Creo que, con la redacción actual del art. 183 quater en relación con la edad de consentimiento sexual que opera a partir de la reforma de 2015 es difícil saber *a priori* y de manera clara cuándo una relación con un menor es delito, lo cual supone una vulneración del principio de legalidad que debiera ser rápidamente atajada.

#### **4.2.- Problemas existentes en la franja comprendida entre los dieciséis y los dieciocho años. Toma de posición respecto a los principales problemas planteados en la configuración de los Capítulos II Bis y V del Tít. VIII del CP**

Vista la problemática general relativa al establecimiento de la edad de consentimiento sexual en los dieciséis años en el CP español, cabe analizar qué problemas nos podemos encontrar en la franja comprendida entre la edad de consentimiento sexual (dieciséis años) y la mayoría de edad (dieciocho años), que se utiliza para la regulación de otras cuestiones relativas a la libertad sexual.

Creo que existe una evidente descoordinación legislativa respecto de los requisitos de consentimiento relativos a la edad en la configuración de tipos que protegen, en principio, el mismo bien jurídico: la libertad sexual del menor de edad<sup>130</sup> (aunque las limitaciones a su libre disposición sean diferentes en función del tipo objeto de análisis).

Así, los artículos 185 y 186, que tratan del exhibicionismo y la provocación sexual, elevan la edad de consentimiento sexual a los dieciocho años<sup>131</sup>. También lo hacen los

---

<sup>129</sup> Como se hace en otras legislaciones, en las que se establece un intervalo de edades en el que las relaciones con menores están permitidas. Por ejemplo, tres años por regla general en Italia, Austria y Suiza *cfr. Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto...*, *op. cit.* p. 152

<sup>130</sup> Como veremos más adelante, esto no significa que se proteja exclusivamente dicha libertad sexual en estos tipos

<sup>131</sup> La expresión “menor de edad” hace referencia a los menores de dieciocho años, dado que así se establece en la definición recogida en el art. 2 a) de la Directiva 2011/92/UE y en el art. 1 CDN, que sirven como fundamento de la reforma del Código Penal de 2015. Además, la ubicación del tipo así lo confirma

artículos 188 y 189<sup>132</sup>, relativos a la prostitución y la corrupción de menores (incluyendo la pornografía infantil). Por último, el art. 182 castiga los abusos sexuales en la franja comprendida entre los dieciséis y los dieciocho años si se llevan a cabo mediante “engaño o abusando de una posición reconocida de confianza, autoridad o influencia sobre la víctima”.

Parece sorprendente, asimismo, el hecho de que la previamente analizada cláusula de asimetría de edad del art. 183 quater CP no despliegue sus efectos en relación con los tipos mencionados, los no contenidos en el Cap. II Bis del Tít. VIII. De esta manera, no se le reconoce ninguna validez al consentimiento del menor incluso cuando el actor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez. Esto podría llevar, teóricamente, a supuestos en los que la petición de envío de fotografías de carácter sexual por parte de un individuo de diecisiete años a otro fuera punible aun con el consentimiento de ambos en la realización de dicha conducta (*cf.* 189 1, a), o lo fuera la mera tenencia posterior de dichas fotografías (*cf.* art. 189. 5) –o, como recuerda la FGE, esto permitiría castigar también

a quien, en el curso de una relación sexual completamente libre y consentida con persona que ha superado la mayoría de edad sexual graba, con consentimiento de esta, el acto sexual para su uso estrictamente privado, en condiciones que excluyen cualquier propósito de difusión<sup>133</sup>–,

o, por ejemplo, al castigo de un individuo de diecisiete años que decidiese reproducir junto a su pareja, de su misma edad, una película pornográfica (*cf.* art. 186)<sup>134</sup>.

Y es que estos comportamientos, aunque formalmente reprochables, es improbable que sean perseguidos por la Fiscalía ya que

parece claro que una punición indiscriminada podría ser claramente opuesta a los principios del sistema” y que “determinados contactos entre menores de similar edad sin la concurrencia de violencia o intimidación, prevalimiento o engaño [...] pueden demandar el archivo cuando los hechos, por quedar al margen de la finalidad de protección de la norma penal, no alcancen el

---

<sup>132</sup> Además de por las razones expuestas en relación con el art. 185 y 186 CP, la evidencia de que la menor edad hace referencia a los dieciocho años es aun mas clara en este supuesto, por la definición de pornografía infantil recogida en el art. 189.1 definición c) y por la agravante específica del art. 189.2 a), que cualifica el tipo cuando el menor tiene menos de dieciséis años

<sup>133</sup> *Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto...*, *op. cit.* p. 185

<sup>134</sup> Parece preocupante que este supuesto encaje en la literalidad del tipo y sin embargo sea completamente atípico el hecho de que dichos sujetos mantengan relaciones sexuales consentidas

mínimo de antijuridicidad exigible” pues “cuando no hay asimetría de edad [...], no puede decirse que exista una lesión al bien jurídico protegido”<sup>135</sup>.

Aunque parezcan loables estos criterios de la FGE para la persecución de los delitos del Tít. VIII, la falta de regulación de este extremo no solo permite que la punibilidad de dichas conductas quede al arbitrio del operador jurídico –de hecho, el TS ha castigado algunos de estos supuestos basándose en la literalidad de la norma penal–, sino que además confiere a padres descontentos con el desarrollo de sus hijos u otros grupos de marcado carácter moralista la potestad de perseguir ciertas conductas que se consideran socialmente aceptables, como castigo por estar en desacuerdo con que se lleven a cabo.

Así, con base en la postura que he venido defendiendo a lo largo de este estudio, creo que el consentimiento libre y válidamente prestado de menores maduros y con capacidad debiera desplegar eficacia eximente de responsabilidad criminal en este tipo de supuestos de menores entre dieciséis y dieciocho años; más si consideramos que la elevación de la edad mínima se podría fundamentar en que son tipos pluriofensivos que no protegen únicamente la libertad sexual del menor –como veremos más adelante–, dado que derechos como el honor y la propia imagen son y debieran ser disponibles para su titular. Como la propia FGE reconoce, opinión que comparto, “los efectos de esta falta de previsión legislativa son ahora más perturbadores”<sup>136</sup> y dejan demasiado al arbitrio del operador jurídico, con respecto a si ciertos comportamientos debieran o no ser castigados, con independencia de su regulación formal.

Por otro lado, respecto de la elevación de la edad de consentimiento en estos supuestos, parte de la doctrina ha defendido que el bien protegido más relevante de dichos tipos no es la libertad sexual, sino que lo son otros bienes tales como el adecuado proceso de formación<sup>137</sup>, el bienestar psíquico, la integridad del menor, el derecho al honor y a la propia imagen –en caso de difusión de material audiovisual sexual en que aparezca el menor– etc. (i. e., como delitos pluriofensivos que pudieran justificar la elevación de la edad de consentimiento). Creo, sin embargo, que el hecho de que otros bienes protegidos se puedan ver afectados no justifica que, para las conductas sexuales de mayor intensidad opere una prohibición del consentimiento de carácter más laxo en relación con la edad (aunque

---

<sup>135</sup> *Circular 9/2011... op. cit.*, p. 1882

<sup>136</sup> *Circular 9/2011... op. cit.*, p. 1880

<sup>137</sup> MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 15ª Ed., 2004, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 206 y ss.

también discutido), que no se aplica en principio a ámbitos como el exhibicionismo o la pornografía infantil, de sin duda menor entidad o gravedad en la esfera psico-sexual del menor. Además, en caso de que no exista una efectiva lesión a dichos bienes jurídicos, el menor sujeto pasivo no vea su formación o bienestar psíquico afectado de manera alguna<sup>138</sup> y exista verdadero consentimiento (casos como que no exista una asimetría de edad relevante entre el menor poseedor de pornografía y el menor representado cuando se ha realizado la conducta voluntariamente, para uso privado y sin intención alguna de difusión), no creo que sea adecuado punir dicha conducta<sup>139</sup>.

La reforma del CP de 2015 también incluye otras reformas ciertamente cuestionables<sup>140</sup>, como la rebaja de la edad de consentimiento en el actual art. 183 bis (dieciocho a dieciséis años), que se solapa ahora en parte con el art. 185 (que establece la edad de consentimiento en los dieciocho) y sin haber rebajado la de difusión de material pornográfico del art. 186, que es sin duda de menor gravedad que las conductas del art. 183 bis, algo que no se puede entender.

Además, en el caso de art. 183 ter 2º, que castiga la inducción a un menor de dieciséis para facilitar material pornográfico<sup>141</sup>, no se entiende que se castigue el éxito que se pueda tener en dicha inducción respecto de todos los menores de dieciocho años. Así, no es punible solicitar vídeos pornográficos a un individuo de diecisiete años, pero sí recibirlo, lo que creo que es una evidente descoordinación.

---

<sup>138</sup> Muchas veces, genera más trauma y afecta más al desarrollo y la integridad psíquica la persecución de la conducta o la reacción de los adultos que rodean al menor al conocerla, que la conducta en sí

<sup>139</sup> Como también veo cuestionables las definiciones “C” y “D” de pornografía infantil, introducidas a raíz de la Directiva 2011/93/UE y que permiten castigar conductas en las que no intervienen menores (la “C” en cuanto que invierte la carga de la prueba; la “D” al castigar pornografía virtual), aunque la FGE también haya matizado los criterios de persecución en la Circular 2/2015, de 19 de junio, sobre los delitos de pornografía infantil tras la reforma operada por LO 1/2015 [en línea], Fiscalía General del Estado (disponible en [https://www.fiscal.es/memorias/estudio2016/PDF/CIR/CIR\\_02\\_2015.pdf](https://www.fiscal.es/memorias/estudio2016/PDF/CIR/CIR_02_2015.pdf); última consulta 11/03/2019). La inclusión de este tipo de materiales únicamente podría responder a la protección de un bien jurídico colectivo relacionado con la integridad de la infancia, al no verse afectado ningún bien protegido individual concreto de un menor, aunque parece que en realidad únicamente se busca que sea más fácil sostener la acusación, al requerirse menos actividad probatoria a dicha parte

<sup>140</sup> *Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto...*, op. cit., pp. 149 y ss.

<sup>141</sup> Además, la Directiva 2011/93/UE “impulsa la tipificación de esta conducta cuando es cometido (sic) por un adulto” (*Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto...*, op. cit. p. 157), por lo que parece recomendable incluir una diferencia de edad mínima entre los sujetos

## CAPÍTULO V.- CONCLUSIONES.

---

En este trabajo, se ha partido del concepto constitucional del libre desarrollo de la personalidad para argumentar la necesidad de configurar un sistema de máxima operatividad en relación con el consentimiento, para asegurar que los individuos puedan desarrollarse como más deseen a través de la disposición libre de sus bienes jurídicos propios y a salvo de imposiciones moralizantes o paternalistas.

De manera añadida, se analizan los fundamentos de la configuración como indisponibles de ciertos bienes jurídicos, y se sostiene que el único fundamento aceptable para dicha limitación es un argumento de política criminal basado en la indignidad objetiva que supone para el sujeto pasivo la libre disposición –incluso a través de la mercantilización– de ciertos bienes jurídicos; así como se estudia la ubicación dogmática del consentimiento en la teoría jurídica del delito.

Adicionalmente, se hace referencia a los requisitos que se cree deben integrar un consentimiento válido y eficaz, que no presenta remarcables especialidades en materia sexual.

Por último, se desciende al ámbito de la protección de los menores en materia sexual, analizando el fundamento que tiene el establecimiento de una edad de consentimiento sexual que no toma en consideración la madurez concreta del menor, y la descoordinación legislativa respecto a que esta edad varíe en ciertos tipos. Así, encontramos que los mayores de dieciséis pueden consentir respecto de mantener relaciones sexuales, aunque nada se dice del efecto de dicho consentimiento en aquellos delitos que se castigan cuando el sujeto pasivo es menor de dieciocho años. Y es que, entre otros supuestos incomprensibles, una relación sexual consentida con un menor-mayor de dieciséis no podrá ser castigada por la relación en sí, pero la exhibición sexual previa a la relación sí podría encajar en el tipo del art. 185 CP. Tal vez, dicha descoordinación venga motivada por las sucesivas reformas del Tít. VIII del CP, ya que venimos de una tradición en la que la franja entre edades era muy superior (doce para el consentimiento sexual y dieciocho para otros tipos), y creo que cabe plantearse si mantener dichas distinciones de la manera en que están reguladas sigue teniendo sentido.

## **BIBLIOGRAFÍA.**

---

### **1. Legislación**

Ley 22/1980, de 24 de abril, de modificación de la Base IV de la Ley de Bases de la Sanidad Nacional de 25 de noviembre de 1944

Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública

Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, y ratificada por España el 26 de enero de 1990

Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre

Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo

Ley 2/2014, de 8 de julio, integral para la no discriminación por motivos de identidad de género y reconocimiento de los derechos de las personas transexuales de Andalucía

Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

### **2. Jurisprudencia**

Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 5 de Granada, de 24 de diciembre de 2010

STC 107/1984, de 23 de noviembre

STC 53/1985, de 11 de abril

STS 1049/2002, 5 de junio

STS 476/2006, de 2 de mayo

STS 575/2010, 10 de mayo

STS 355/2015, de 28 de mayo

### 3. Obras doctrinales

- BACIGALUPO ZAPATER, E., *Principios de derecho penal. Parte general*, 2ª Ed., 1990, Akal, Madrid
- BUENO ARÚS, F., “Análisis general de las últimas tendencias político-criminales en materia de delitos sexuales. Justificación político-criminal de la reforma española de 1999”, en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. (Dir.), *Estudios de Derecho Judicial*, (21), 1999, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, pp. 261-322
- CANCIO MELIÁ, M., “La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima: imputación a la víctima”, *Cuadernos de conferencias y artículos*, nº 19, 1998, Universidad Externado de Colombia, Bogotá
- CARBONELL MATEU, J.C., “Breves reflexiones sobre la tutela de los llamados intereses difusos”, en BOIX REIG, J. (Dir.), *Cuadernos de Derecho Judicial: Intereses difusos y Derecho Penal*, 1994, Consejo General del Poder Judicial, Madrid
- CASAS BARQUERO, E., *El Consentimiento en el Derecho Penal*, 1987, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, Córdoba
- CEREZO MIR, J., “El consentimiento como causa de exclusión del tipo y como causa de justificación”, en UNED (Edr.), en *Estudios de derecho penal y criminología: en homenaje al profesor José María Rodríguez Devesa*, 1989, UNED, Madrid
- COBO DEL ROSAL, M., “El delito de rapto” en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), BAJO FERNÁNDEZ, M. (Coord.), *Comentarios a la legislación penal, Tomo II, El Derecho penal del Estado democrático*, 1983, Edersa, Madrid
- COBO DEL ROSAL, M., VIVES ANTÓN, T.S., *Derecho Penal. Parte General*, 3ª Ed., 1990, Tirant lo Blanch, Valencia
- CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., “El derecho penal como última ratio: principio de intervención mínima”, *Estudios de derecho judicial*, (48), 2003
- CORCOY BIDASOLO, M., “Consentimiento y Disponibilidad sobre Bienes Jurídicos Personales. En particular: Eficacia del Consentimiento del Paciente en el Tratamiento Médico-Quirúrgico”, en CEREZO MIR, J.; SUÁREZ MONTES, R.F.; BERISTAIN IPIÑA, A. Y ROMEO CASABONA, C.R. (Edr.), en *Libro Homenaje al Profesor Doctor D. Ángel Torío López*, 1999, Comares, Granada
- CORCOY BIDASOLO, M., “El tratamiento del secreto y el derecho a la intimidad del



- menor. Eficacia del consentimiento”, en JORI TOLOSA, J.L. (Dir.), *Cuadernos de Derecho Judicial: Protección de Menores en el Código Penal*, nº 12, 1998, Consejo General del Poder Judicial, Madrid
- CUGAT MAURI, M., “Situación y panorama de los delitos sexuales”, *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, (35), 2007, pp. 27-40
- DE LA GÁNDARA VALLEJO, B., *Consentimiento, Bien jurídico e Imputación Objetiva*, 1995, Colex, Madrid
- DE LA ROSA CORTINA, J.M., “Bien jurídico protegido y delitos contra la libertad e indemnidad sexual”, *Ponencia de la Fiscalía General del Estado* [en línea], 2013 (disponible en [https://www.fiscal.es/fiscal/PA\\_WebApp\\_SGNTJ\\_NFIS/descarga/Ponencia%20Jos%20C3%A9%20Miguel%20de%20la%20Rosa%20Cortina.pdf?idFile=237a201d-d010-4af4-81a5-b8f4139a6a14](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Jos%20C3%A9%20Miguel%20de%20la%20Rosa%20Cortina.pdf?idFile=237a201d-d010-4af4-81a5-b8f4139a6a14); última consulta 05/03/2019)
- DE VICENTE REMESAL, F.J., “Consentimiento y acuerdo: ¿Causa de exclusión de la tipicidad o de la antijuridicidad?”, en LUZÓN PEÑA, D.M., MIR PUIG, S. (Dirs.), *Cuestiones actuales de la teoría del delito*, 1999, McGraw-Hill, Madrid, pp. 113 y ss.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., “El objeto de protección del nuevo Derecho Penal sexual”, en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. (Dir.), *Estudios de Derecho Judicial*, (21), 1999, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, pp. 215-259
- DOLZ LAGO, M.J., *El estupro y la prostitución infantil en el Código Penal tras la Reforma de 2015* [en línea], 2016, Sepin, Las Rozas (Madrid), (disponible en [https://www.sepin.es/cronus4plus/documento/verDoc.asp?dist=18&referencia=SP%2FDOCT%2F20340&PDF=1&cod=0010f60H608f2MS0m608V00800r05v01e1iV0G A1S-1yi0FP1AX2A50Ef1LG1jF0E\\_0yd0%2600FG0Le1jG0I101f01a0Fb0391zk0Hb01f0Gz0FQ0Lf0XP0H601e1zq09Q0FS1zp0JP2MV1SG0G107u1Cn0GA2JQ0VZ](https://www.sepin.es/cronus4plus/documento/verDoc.asp?dist=18&referencia=SP%2FDOCT%2F20340&PDF=1&cod=0010f60H608f2MS0m608V00800r05v01e1iV0G A1S-1yi0FP1AX2A50Ef1LG1jF0E_0yd0%2600FG0Le1jG0I101f01a0Fb0391zk0Hb01f0Gz0FQ0Lf0XP0H601e1zq09Q0FS1zp0JP2MV1SG0G107u1Cn0GA2JQ0VZ); última consulta: 03/03/2019)
- DOÑATE MARTÍN, A., “La protección penal de los derechos de los trabajadores”, en BOIX REIG, J. (Dir.), *Cuadernos de Derecho Judicial: Intereses difusos y Derecho Penal*, 1994, Consejo General del Poder Judicial, Madrid
- ESCOBAR JIMÉNEZ, C., “Los delitos sexuales a menores: artículo 183.1 y 3. Examen del artículo 183.quáter”, *Ponencia de la Fiscalía Provincial de Granada* [en línea], 2015

- (disponible en [https://www.fiscal.es/fiscal/PA\\_WebApp\\_SGNTJ\\_NFIS/descarga/Ponencia%20Cristina%20Escobar%20Jim%C3%A9nez.pdf?idFile=6ed29867-0cb6-4e5d-9906-e1de2835a39a](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Cristina%20Escobar%20Jim%C3%A9nez.pdf?idFile=6ed29867-0cb6-4e5d-9906-e1de2835a39a); última consulta 06/03/2019)
- ESCUADERO GARCÍA CALDERÓN, B., *El consentimiento en Derecho Penal*, 2014, Tirant lo Blanch, Valencia
- ESPINAR VICENTE, J.M., “Consideraciones en torno al libre desarrollo de la personalidad desde un planteamiento social”, en GARCÍA-SAN MIGUEL RODRÍGUEZ-ARANGO, L. (Coord.), *El libre desarrollo de la personalidad: Artículo 10 de la Constitución*, 1995, pp. 63-78
- FERRERES A., *Algunas pautas para regular adecuadamente las acciones colectivas* [en línea], 2017, Uría Menéndez, Barcelona (disponible en <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/5314/documento/art02.pdf?id=6964>; última consulta 26/02/2019)
- GARCÍA GARCÍA, C., *El derecho a la intimidad y dignidad en la doctrina del Tribunal Constitucional*, 2003, Universidad de Murcia, Murcia
- GARCÍA PASCUAL, C., “El velo y los derechos de las mujeres”, en DEL REAL ALCALÁ, J.A.; ANSUÁTEGUI ROIG, F.J.; LÓPEZ GARCÍA, J.A. y RUIZ RUIZ, R. (Edr.), *Derechos fundamentales, valores y multiculturalismo*, 2005, Dykinson, Madrid
- GIMBERNAT ORDEIG, E., “Imputación objetiva, participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (extra 2), 2004, pp. 75 y ss.
- GIMBERNAT ORDEIG, E., “Imputación objetiva y conducta de la víctima”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (58), 2005, pp. 733 y ss.
- GONZÁLEZ AGUDELO, G., “Consecuencias jurídicas y político-criminales de la elevación de la edad del consentimiento sexual en los derechos sexuales y de salud sexual y reproductiva del menor de edad”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (18-15), 2016
- GÓMEZ LANZ, J., “Si una chica dice ‘no’, basta”, *ABC* [en línea], 14 de noviembre de 2017 (disponible en [https://www.abc.es/sociedad/abci-si-chica-dice-no-basta-201711142123\\_noticia.html](https://www.abc.es/sociedad/abci-si-chica-dice-no-basta-201711142123_noticia.html); última consulta 28/02/2019)

- GÓMEZ TOMILLO, M., “Título VIII. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, 2ª Ed., 2011, Lex Nova, Madrid
- HUETE NOGUERAS, J.J., “Delitos contra la libertad sexual: principales novedades de la reforma del Código Penal. Tipos básicos de agresión y abusos sexuales”, *Ponencia de la Fiscalía General del Estado* [en línea], 2015 (disponible en [https://www.fiscal.es/fiscal/PA\\_WebApp\\_SGNTJ\\_NFIS/descarga/Javier%20Huete.pdf?idFile=de3194e1-3cd4-49ae-b675-344d978977d8](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Javier%20Huete.pdf?idFile=de3194e1-3cd4-49ae-b675-344d978977d8); última consulta 06/03/2019)
- JESCHECK, H-H., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Vol. I, Trad. MIR PUIG, S., MUÑOZ CONDE, F., 1981, Bosch, Barcelona
- JUSTINIANO, Emperador de Oriente, RODRÍGUEZ DE FONSECA, B.A., GÓMEZ MARÍN, M., GIL Y GÓMEZ, P., *El Digesto del Emperador Justiniano: Traducido y Publicado en el Siglo Anterior por Bartolomé Agustín Rodríguez de Fonseca [Corpus Iuris Civilis]*, Tomo III, Libro XLVII, Tít. X, 1. *Ulpianus libro LVI ad Edictum*, §. 5, 1872-1874, Imprenta de Ramón Vicente, Madrid
- LAMARCA PÉREZ, C., “El sistema penal de protección de la libertad e indemnidad sexual”, *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, (35), 2007, pp. 5-26
- LIÑÁN LAFUENTE, A. *Trazos de Derecho penal. Parte especial* (Autoedición – Manual no publicado), 2017
- MARTÍNEZ GARCÍA, C., DEL MORAL BLASCO, C., *Guía para la evaluación y determinación del interés superior del niño* [en línea], 2017, Universidad Pontificia Comillas, Madrid (disponible en [https://repositorio.comillas.edu/xmlui/bitstream/handle/11531/26167/18012018\\_StC\\_Guia%20para%20la%20evaluacion%20y%20determinacion\\_A4\\_para%20imprenta\\_spreads.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repositorio.comillas.edu/xmlui/bitstream/handle/11531/26167/18012018_StC_Guia%20para%20la%20evaluacion%20y%20determinacion_A4_para%20imprenta_spreads.pdf?sequence=1&isAllowed=y); última consulta 06/03/2019)
- MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría del delito* 2ª Ed., 1985, PPU, Barcelona
- MUÑOZ CONDE, F., GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, 3ª Ed., 1998, Tirant lo Blanch, Valencia
- MUÑOZ CONDE, F., GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, 9ª Ed., 2015, Tirant lo Blanch, Valencia

- MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 15ª Ed., 2004, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 206 y ss.
- NINO, C. S., *Ética y Derecho Humanos. Un ensayo de fundamentación*, 1989, Ariel, Barcelona
- OBREGÓN GARCÍA, A.; GÓMEZ LANZ, J., *Derecho Penal. Parte General: Elementos Básicos de Teoría del Delito*, 2ª Ed., 2015
- ORTS BERENGUER, E., SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, 2001, Tirant lo Blanch, Valencia
- PALAU ALTARRIBA, X., *Identidad sexual y libre desarrollo de la personalidad* (tesis doctoral) [en línea], 2016, Universitat de Lleida, Lleida, 2016 (disponible en <https://www.tdx.cat/handle/10803/386390>; última consulta 01/02/2019)
- RAGUÉS I VALLÈS, R., “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales” en SILVA SÁNCHEZ, J.M. (Dir.), RAGUÉS I VALLÈS, R. (Coord.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, 4ª Ed., 2015, Atelier, Barcelona
- RÍOS, J., “El consentimiento en materia penal”, *Política criminal*, (1) [en línea], 2006, pp. 1-37 (disponible en [http://www.politicacriminal.cl/n\\_01/pdf\\_01/a\\_6.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_01/pdf_01/a_6.pdf); última consulta 15/02/2019)
- RODRÍGUEZ PADRÓN, C., “Los delitos de utilización de menores o incapaces en fines o espectáculos exhibicionistas o pornográficos, o para la elaboración de material pornográfico”, en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. (Dir.), *Estudios de Derecho Judicial*, (21), 1999, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, pp. 11-50
- ROMEO CASABONA, C.M., *El Médico y el Derecho Penal, I, La actividad curativa (licitud y responsabilidad penal)*, 1981, Bosch, Barcelona
- SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, J. E., “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales” en *Sistema de Derecho Penal Español*. Coord. Morrillas Cueva, 2011, Madrid
- SANDEL, M., *Lo que el dinero no puede comprar: Los límites morales del mercado*. Trad. CHAMORRO MIELKE, J., 2013, Random House Mondadori, Barcelona
- SEGURA GARCÍA, M.J., *El consentimiento del titular del bien jurídico en Derecho Penal: naturaleza y eficacia*, 1999, Tirant lo Blanch, Valencia
- SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., en “Abusos sexuales a menores: arts. 182, 183 y 183 bis CP”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Dir.), *Comentarios a la Reforma del Código*

*Penal de 2015*, 2015, Tirant lo Blanch, Valencia

TAMARIT SUMALLA, J.M.,

WOLTERS KLUWER, *Intereses colectivos y difusos* [en línea], Guías Jurídicas Wolters Kluwer (disponible en [http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAIAAAEAMtMSbF1jTAAAUNjAyMLtbLUouLM\\_DxbIwMDCwNzA7BAZlqlS35ySGVBqm1aYk5xKgAs6pTJNQAAAA==WKE](http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAIAAAEAMtMSbF1jTAAAUNjAyMLtbLUouLM_DxbIwMDCwNzA7BAZlqlS35ySGVBqm1aYk5xKgAs6pTJNQAAAA==WKE); última consulta 15/02/2019)

ZAFFARONI, E.R., *Manual de Derecho Penal: Parte general*, 2000, Ediar, Buenos Aires

#### 4. Otros recursos

3ª Encuesta Bayer Schering Pharma sobre Sexualidad y Anticoncepción en la Juventud Española [en línea], 2009, Grupo Daphne (disponible en <https://www.equipodaphne.es/archivos/encuestas/presentacionj.pdf>; última consulta 06/03/2019)

Proyecto de Ley Orgánica, de 4 de octubre de 2013, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

Circular 9/2011, de 16 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de reforma de menores [en línea], Fiscalía General del Estado (disponible en [https://www.fiscal.es/fiscal/PA\\_WebApp\\_SGNTJ\\_NFIS/descarga/memoria2012\\_vol1\\_circu\\_09.pdf?idFile=e36e749b-0b22-498a-b333-e7cb807323bd](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/memoria2012_vol1_circu_09.pdf?idFile=e36e749b-0b22-498a-b333-e7cb807323bd); última consulta 09/03/2019)

Circular 2/2015, de 19 de junio, sobre los delitos de pornografía infantil tras la reforma operada por LO 1/2015 [en línea], Fiscalía General del Estado (disponible en [https://www.fiscal.es/memorias/estudio2016/PDF/CIR/CIR\\_02\\_2015.pdf](https://www.fiscal.es/memorias/estudio2016/PDF/CIR/CIR_02_2015.pdf); última consulta 11/03/2019)

Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 24 de noviembre, del Código Penal [en línea], 2013, Fiscalía General del Estado (disponible en [https://www.fiscal.es/fiscal/PA\\_WebApp\\_SGNTJ\\_NFIS/descarga/INFORME\\_ANTEPROYECTO\\_CP\\_2012\\_8-enero-2013.pdf?idFile=ab37a28b-9fbc-4af5-b2b3-3b14c1826623](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/INFORME_ANTEPROYECTO_CP_2012_8-enero-2013.pdf?idFile=ab37a28b-9fbc-4af5-b2b3-3b14c1826623); última consulta 11/03/2019)

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, 23ª Ed., 2014,

Espasa, Madrid

UNICEF, *Implementation handbook for the convention on the Rights of the Child*, 2007, 3<sup>a</sup>

Ed., UNICEF, Génova