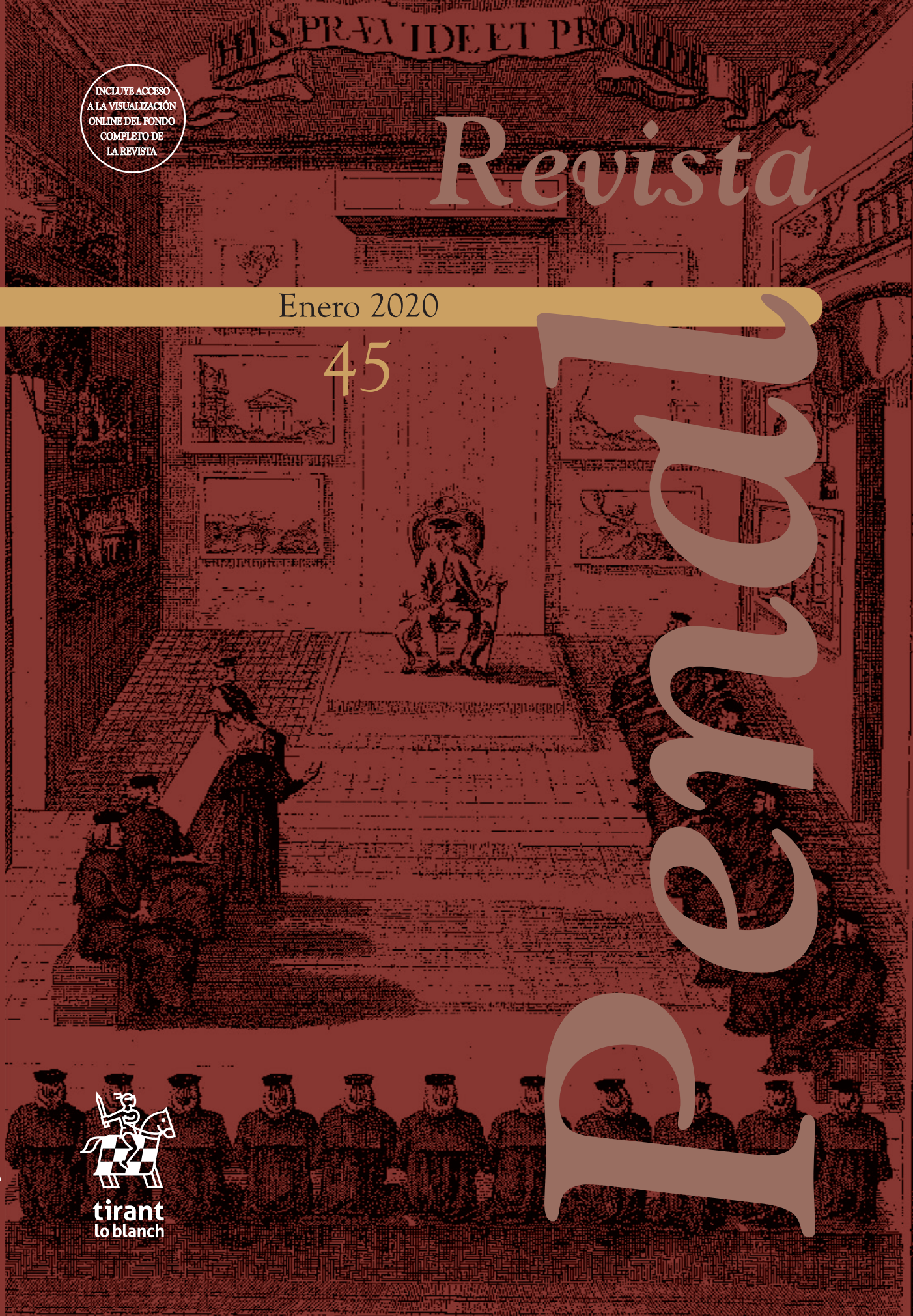
45

INCLUYE ACCESO A LA VISUALIZACIÓN ONLINE DEL FONDO COMPLETO DE LA REVISTA

Revista Penal

Enero 2020

45



tirant lo blanch

Revista Penal

Enero 2020

tirant lo blanch

Revista Penal

Número 45

Sumario

Doctrina:

– Culpabilidad jurídico-penal del sujeto ético versus justificación de la actuación en conciencia, por *Mercedes Alonso Álamo* 5

– Aspectos técnicos de la atenuante de reparación del daño en los delitos económicos o de cuello blanco, por *Sergio de la Herrán Ruiz-Mateos* 15

– Luces y sombras de la transposición al ordenamiento español de la directiva 2008/99/CE, relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal, por *María Ángeles Fuentes Loureiro* 33

– Reflexiones acerca de la relevancia penal del consentimiento: ámbito de aplicación, por *Cristina Guisasola Lerma* 56

– La reparación del daño causado por el delito en el Derecho brasileño. Evolución después del regreso a la democracia (1985) y situación actual, por *Silma Marlice Madlener* 75

– Derecho Penal y Filosofía. Una mirada para transitar hacia un aprendizaje crítico, por *Laura Pascual Matellán* 89

– La relación entre la Constitución y el Derecho penal: una mirada desde la orilla constitucional, por *Miguel Revenga Sánchez* 99

– La trilogía del Tribunal de Justicia de la UE sobre Euroorden y condiciones de detención contrarias a la dignidad: en busca de la confianza mutua perdida, por *Cristina Rodríguez Yagüe* 109

– El 'defecto de organización' en la estructura de imputación de responsabilidad a la persona jurídica por la comisión de delito, con especial referencia a los sistemas chileno, peruano y argentino, por *Anna Salvina Valenzano y Diva Serra Cruz* 141

– Trata de seres humanos y trabajos forzados, por *Mª Belén Sánchez Domingo* 172

– Prensa, redes sociales y formación de la opinión pública: una introducción para la comprensión del populismo penal mediático, por *Débora de Souza de Almeida* 194

– Integración de mecanismos de prevención del delito de cohecho en la vigente fórmula legal de compliance penal corporativo, por *Florin David Tugui* 214

Sistemas penales comparados: La prueba ilícitamente obtenida *(Illegally obtained evidence)* 234

Especial: Lectio doctoralis, por *Thomas Vormbaum* 274

* *Los primeros 25 números de la Revista Penal están recogidos en el repositorio institucional científico de la Universidad de Huelva Arias Montano:* http://rabida.uhu.es/dspace/handle/10272/11778

tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, y Pablo Olavide de Sevilla

Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva
jcferreolive@gmail.com

Secretarios de redacción

Víctor Manuel Macías Caro. Universidad Pablo de Olavide
Miguel Bustos Rubio. Universidad Internacional de La Rioja

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg
José Luis de la Cuesta Arzamendi. Univ. País Vasco
Albin Eser. Max Planck Institut, Freiburg
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra
George P. Fletcher. Univ.Columbia
Luigi Foffani. Univ. Módena
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha
Vicente Gimeno Sendra. UNED
Juan Luis Gómez Colomer. Univ. Jaume Iº
Carmen Gómez Rivero. Univ. Sevilla
José Luis González Cussac. Univ. Valencia
Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
Enzo Musco. Univ. Roma
Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Claus Roxin. Univ. München
José Ramón Serrano Piedecasas. Univ. Castilla-La Mancha
Ulrich Sieber. Max Planck. Institut, Freiburg
Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
John Vervaele. Univ. Utrecht
Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires
Manuel Vidaurri Aréchiga. Univ. La Salle Bajío

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz y Susana Barón Quintero (Universidad de Huelva), Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha), Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura), Fernando Navarro Cardoso y Carmen Salinero Alonso (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda, Nieves Sanz Mulas y Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), Carmen González Vaz (Universidad Complutense) Pablo Galain Palermo (Max Planck Institut - Universidad Católica de Uruguay), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

Sistemas penales comparados

Christina Schreiner (Alemania)
Luis Fernando Niño (Argentina)
Alexis Couto de Brito (Brasil)
Angie A. Arce Acuña (Costa Rica)
Angela Supervielle (Estados Unidos)
Manuel Vidaurri Aréchiga (México)
Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Carlos Enrique Muñoz Pope (Panamá)
Frederico de Lacerda da Costa Pinto (Portugal)
Ana Cecilia Morún Solano (República Dominicana)
Volodymyr Hulkevych (Ucrania)
Pamela Cruz y Pablo Galain Palermo (Uruguay)
Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELFS.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email:tlb@tirant.com
http://www.tirant.com
Librería virtual: http://www.tirant.es
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997
ISSN.: 1138-9168
IMPRIME: Guada Impresores, S.L.
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: *atencioncliente@tirant.com*. En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en *www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa* nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: http://www.tirant.net/Docs/RSCTirant.pdf

Reflexiones acerca de la relevancia penal del consentimiento: ámbito de aplicación

Cristina Guisasola Lerma

Revista Penal, n.º 45. - Enero 2020

Ficha técnica

Autor: Cristina Guisasola Lerma
Title: Reflections on the criminal relevance of consent: scope
Adscripción institucional: Profesora Titular de Derecho Penal, Universitat Jaume I (Castellón).

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. EL CONSENTIMIENTO EN EL SENO DE LA TEORÍA DEL DELITO: EL PROBLEMA DE SU NATURALEZA JURÍDICA.1. Los vaivenes acerca de la naturaleza de consentimiento: el consentimiento como causa de exclusión de la tipicidad o como permiso fuerte. 2. Otros posibles alcances del consentimiento. El consentimiento en la intervención médica: estudio de un caso inconcluso (STC 154/2002). III. DEBATES ESPECÍFICOS SOBRE EL CONSENTIMIENTO EN MATERIA DE LIBERTAD SEXUAL. 1. El papel del consentimiento en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. Reflexiones jurídicas a propósito del caso La Manada. 2. Hacia una nueva regulación del tratamiento de los delitos sexuales: propuestas de reforma y la necesaria perspectiva de género en el enjuiciamiento de los delitos. 3. La controversia en torno a la tendencia a exasperar las penas en los delitos sexuales; IV. BIBLIOGRAFÍA.
Summary: I. INTRODUCTORY REMARKS. II. CONSENT IN THE FRAMEWORK OF THE LEGAL THEORY OF CRIME: THE ISSUE OF ITS LEGAL NATURE. 1. Fluctuations in the issue of the legal nature of consent: consent as a cause of exclusion of typicity or as a strong permission; 2. Other possible scopes of consent. Consent to medical intervention: study of an unfinished case (Constitutional Court Decision154/2002). III. SPECIFIC DEBATES ON CONSENT IN THE FIELD OF SEXUAL FREEDOM. 1. The role of consent in crimes against sexual freedom and indemnity. Some legal remarks on the so-called case *La Manada*. 2. Towards a new deal for sexual offences: legal amendment proposals and the need for a gender approach in the prosecution. 3. The controversy on the tendency to exacerbate the punishment for sexual offences. IV. BIBLIOGRAPHY.

Resumen: La determinación del significado del consentimiento plantea múltiples problemas porque su uso tiene repercusiones penales en ámbitos muy diferenciados y por otra parte casi contrapuestos entre sí. Repercute, de una parte, en el momento de determinación de si hay o no delito porque el consentimiento puede excluir o incluir la conducta en el elenco de lo delictivo, pero una vez que hay delito el consentimiento del titular del bien jurídico puede descartar o aminorar el carácter delictivo de la conducta, mientras que la ausencia de consentimiento en las personas obligadas a darlo para la realización de una determinada acción puede constituir por sí misma delito. Además el consentimiento no es uniforme sino que depende de la materia y del contexto en que se da: una conducta que en el ámbito del derecho de propiedad pudiera estimarse como de consentimiento pudiera no serlo en el de la libertad y más aún en el ámbito de la libertad sexual. Por todo ello, más que conceptos generales cabe analizar la casuística aunque ello haría este trabajo demasiado prolijo. Nos detendremos pues solo en supuestos que hemos considerado ejemplares.
Palabras clave: consentimiento, acción, lenguaje, libertad sexual, delitos sexuales, penas.

Abstract: Determining the meaning of consent raises a number of questions, since there are implications in a wide range of almost conflicting criminal justice issues. On the one hand, it has effects on establishing whether or not a criminal offence has been committed, given that a conduct falling or not under a criminal provision can be a matter of consent. On the other hand, the consent of the legal asset holder in a particular case can exclude or mitigate the criminal

nature of a conduct generally falling under a criminal provision. Likewise, lacking consent itself can be the ground for criminal liability for those who are obliged to acquiesce in an action to be performed. Additionally, consent cannot be dealt in an uniform way, but depending on the field and the context: what could be seen as consent within the framework of the law of property, might not be considered as such in the field of freedom, particularly of sexual freedom. Therefore, legal casuistry rather than general notions could be analyzed hereinafter. However, only exemplary cases are addressed in this paper in order not to make it too lengthy.
Key words: consent, action, language, sexual freedom, sexual offences, penalties.

Rec: 1/10/19 **Fav**: 20/11/19

A Tomás, maestro, honrada por haberme permitido asistir a sus sabias reflexiones sobre el consentimiento, el lenguaje y fundamentalmente la libertad

I. INTRODUCCIÓN

"El Tribunal zanja cuestiones sobre consentimiento o intimidación". Este y otros titulares semejantes se han sucedido en las últimas semanas, a raíz de la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 4 de julio de 2019, dictada en el conocido como caso de La Manada. Lo cierto es que el consentimiento del titular del bien jurídico protegido no está explícitamente regulado con efectos genéricos en nuestro Código Penal, sin embargo, juega un relevante papel en el seno de la teoría jurídica del delito, en orden a determinar en ciertos casos la exclusión de la responsabilidad criminal. Por su parte el Libro II recoge tipos específicos en los que se exige para su realización una *no conformidad del sujeto pasivo* con la conducta típica, utilizando referencias diversas.

Pues bien, el presente estudio abordará en primer término la institución del consentimiento, repasando los problemas relativos a los efectos que puede desplegar el consentimiento o la ausencia del mismo en el Derecho. A partir de las principales elaboraciones de la doctrina penal, trataremos de introducir en el plano del consentimiento las premisas de la denominada "concepción significativa" de la acción, propuesta por VIVES ANTÓN[1]. Dicha concepción desde una perspectiva metodológica se apoya en la filosofía del "segundo" WITTGENSTEIN. Por lo que, a los efectos de este trabajo las consecuencias de aplicar las ideas que nacen de la concepción significativa de la acción pueden resumirse acudiendo a una cita de dicho autor: "El significado de una palabra es generalmente su uso en el lenguaje"[2]. Como repite WITTGENSTEIN en otras ocasiones, las interpretaciones solas no determinan el significado, ni pueden apoyarlo, sino que penden, juntamente con lo interpretado, en el aire[3]. Así pues, la determinación del significado ha de efectuarse de caso en caso de la aplicación del término, no a partir de conceptos genéricos (causa, finalidad o función) de los que derivar su sentido como hace usualmente la dogmática.

Por eso, para determinar el sentido del *consentimiento* no intentaremos formular un concepto general sino que nos detendremos en supuestos conflictivos vinculados con derechos fundamentales, a partir de la reflexión en torno a sentencias opuestas en su solución, pero en todo caso de gran trascendencia jurídica. De ese modo intentaremos dar una idea del comportamiento significativo del término.

A partir de aquí se abordará en una segunda parte del trabajo la orientación jurisprudencial y doctrinal en la interpretación de los efectos del consentimiento en los delitos contra la libertad sexual, debate que ha recobrado una avasalladora actualidad a partir del caso conocido como La Manada, para finalizar analizando las propuestas de política criminal, el enfoque punitivo en el ámbito de los citados delitos y concluir con la valoración de ese enfoque.

II. EL CONSENTIMIENTO EN EL SENO DE LA TEORÍA DEL DELITO. EL PROBLEMA DE SU NATURALEZA JURÍDICA

1. Los vaivenes acerca de la naturaleza de consentimiento: el consentimiento como causa de exclusión de la tipicidad o como permiso fuerte

Según el Diccionario de la Lengua Española, consentimiento es la "*manifestación de voluntad, expresa o tácita, por la cual un sujeto se vincula jurídicamente*".

1 VIVES ANTÓN, T.S.: *Fundamentos del sistema penal. Acción significativa y derechos fundamentales.* 2ª ed., Valencia 2011.
2 WITTGENSTEIN, L.: *Investigaciones filosóficas*, 1988, número 43.
3 WITTGENSTEIN, L: ob. cit., número 198.

Ahora bien, como ya avanzamos el Código Penal no define el consentimiento otorgado por el titular del bien jurídico protegido. Respecto a la discusión acerca de la ubicación sistemática del consentimiento se suelen distinguir desde hace décadas dos líneas doctrinales: la mayoritaria (*tesis diferenciadoras*) que defiende que, dependiendo del caso, el consentimiento puede conformar, bien una causa de exclusión de la tipicidad o bien una causa de justificación; y otra tesis unitaria que entiende que el consentimiento solo opera como causa de atipicidad.

Existe consenso doctrinal en considerar que el consentimiento excluye la tipicidad cuando la configuración de los tipos penales exige como requisito, explícita o implícitamente, que la acción u omisión se realice en contra o sin la voluntad del sujeto pasivo, esto es cuando haya ausencia de consentimiento; en estos casos, cuando el consentimiento esté presente no habrá conflicto de intereses y por ende dicho comportamiento no interesa al Derecho penal y hablaremos de **atipicidad**[4], de conducta irrelevante para el derecho penal, no habiendo delito ni pudiendo castigarse con una pena. Como bien señalan GONZÁLEZ CUSSAC y ORTS BERENGUER[5], en determinados delitos el consentimiento del ofendido "válidamente prestado" pone de relieve el desinterés por el bien jurídico protegido y convierte en atípicas las conductas que sin él cumplirían todos los elementos del tipo. Como afirmaba ROXIN, si los bienes jurídicos sirven para el libre desarrollo del individuo, no puede haber lesión alguna del bien jurídico cuando una acción se basa en una disposición del portador del bien que no menoscaba su desarrollo, sino que por el contrario constituye su expresión[6]. Cabe pues reconducir a los supuestos de consentimiento excluyente de la tipicidad, aquellos casos donde el ordenamiento jurídico reconoce al titular una facultad dispositiva sobre el bien jurídico[7]: la concurrencia de la voluntad del dueño en el delito de hurto (art. 234 CP) o el consentimiento en el delito de descubrimiento de secretos (art. 197 CP); también el consentimiento del morador en la entrada de un tercero, que dará lugar a la inexistencia del delito de allanamiento de morada (art. 202 CP); o en su caso el consentimiento efectivo de la víctima que excluye el ataque a la libertad sexual y con ello la tipicidad de la conducta[8]. Sobre este particular volveremos más adelante para analizar con detenimiento el papel del consentimiento y las características y los efectos del mismo en los delitos contra la libertad sexual, dado que la eficacia del consentimiento como causa de exclusión del tipo, está sujeto a su validez, esto es, a que esté libre de vicios respecto a la formación y manifestación de la voluntad.

En segundo lugar, fuera de los casos en los que delitos específicos exigen que el sujeto actúe sin el consentimiento del sujeto pasivo, también puede exonerar la responsabilidad penal el consentimiento válidamente prestado, operando como una **causa de justificación**[9] **o un permiso fuerte,** pese a no estar incluido en las eximentes del art. 20 CP. Como ya avanzamos, a partir de las premisas de una de las más recientes formulaciones de la teoría jurídica del delito, esto es, de la denominada **concepción significativa de la acción de VIVES ANTÓN**, se conduce coherentemente a diferenciar nítidamente los supuestos en los que falta el tipo de acción y por tanto la conducta al no ser relevante tampoco puede ser constitutiva de delito de aquellos otros

4 Así lo afirmaban COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T.S.: "El consentimiento del sujeto pasivo" en *Derecho penal. Parte general*, Valencia 1996, p. 451. Vid en este sentido, CEREZO MIR: "El consentimiento como causa de exclusión del tipo y como causa de justificación" en *Estudios de derecho penal y criminología: en Homenaje al profesor José María Ro.* 1989, p. 202 y ss. Asimismo, LUZÓN PEÑA, D.:"El consentimiento en Derecho Penal: causa de atipicidad, de justificación o de exclusión sólo de la tipicidad penal" en *Revista General de Derecho Penal*, 2012, p. 394. MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal. Parte General*, 2010, p. 344. Posición asumida también por SEGURA GARCÍA: *El consentimiento del titular del bien jurídico en derecho penal*, 2000.

5 ORTS BERENGUER, E./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: *Compendio de Derecho Penal. Parte Genera*l, Valencia 2019, p. 407.

6 ROXIN, C.: "El consentimiento como causa de exclusión del tipo" en *Derecho penal. Parte general*, *Tomo II, Fundamentos. La estructura de la teoría jurídica del delito*, 1996, p. 517 y ss. Por su parte, recientemente CHANG KCOMT se inclina por considerar que en todo caso el consentimiento constituirá una causa de exclusión del tipo penal por no lesión ni puesta en peligro del bien jurídico protegido, en *Consentimiento en derecho penal: análisis dogmático y consecuencias prácticas (tesis doctoral), Salamanca,* 2017, p. 275.

7 MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN: *Derecho penal. Parte general*, 2015, p. 343.

8 En este sentido para ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN se excluirá la tipicidad "cuando las conductas descritas en los delitos de violación y de agresiones sexuales se consienten, pues no será afectada la libertad sexual, que es el bien jurídico protegido", en *El consentimiento en derecho penal*, 2014, p. 114.

9 Como pusieron de relieve, entre otros, JESCHECK: *Tratado de derecho penal. Parte general*, 1996, p. 515 y ss; en España COBO/VIVES: cit., p. 452; MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho penal. Parte general*, Valencia, 2010; ROMEO CASABONA, C.: *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, Granada, 2004, p. 237 y ss.; MIR PUIG, S.: "El art. 10 de la Constitución al declarar fundamento del orden político y de la paz social el libre desarrollo de la personalidad ha de conducir a considerar, por lo menos, justificadas, aquellas conductas típicas que aparezcan como una forma del libre desarrollo de la personalidad del que las consiente", cit., p. 525; CEREZO MIR, J.: "El consentimiento como causa de exclusión del tipo y como causa de justificación" en *Estudios de derecho penal y criminología: en homenaje al profesor José María Ro.* 1989, p. 208 y ss.

casos en los que aunque la conducta sea típica, esto es relevante para el Derecho penal, puede quedar excluida la ilicitud por la concurrencia de causas eximentes o leyes permisivas. Por tanto, su concurrencia es compatible con la existencia de delito pero los permisos descartan la responsabilidad penal. La concepción de VIVES desliga el aspecto material de la antijuridicidad (la ofensividad) del aspecto formal de la misma, que se articula según su construcción sobre la base de otra pretensión de validez, la pretensión de ilicitud. De manera que la concurrencia de permisos no niega la antijuridicidad material pero sí la formal, la ilicitud. La conducta puede estar justificada al concurrir una causa de exclusión de la ilicitud, de la antijuridicidad formal, los llamados permisos fuertes.

En estos casos donde de entrada la conducta es típica, y hay afectación del bien jurídico, el consentimiento puede recaer sobre un bien del que el titular puede disponer y dispone efectivamente. Dicho de otro modo, el consentimiento actúa como permiso fuerte en aquellos delitos donde se protege el bien jurídico, pero no su libre disposición. De modo que la autorización otorgada por el consentimiento del sujeto pasivo supone, de acuerdo con la doctrina dominante, una causa de justificación o permiso fuerte[10], vinculada al art. 20.7, aunque no esté explícitamente regulado; en particular puede encuadrarse en el *ejercicio legítimo de un derecho* (art. 20.n.7)[11], esto es, considerando que es una forma de ejercitar un derecho, o, mejor dicho, de renunciar a él. Lo cierto es que hay un cierto conflicto entre la tutela del bien jurídico que el ordenamiento establece y la libre decisión del titular que decide renunciar a él.

Ahora bien, debe advertirse de su escasa virtualidad como permiso o causa de justificación toda vez que depende de la disponibilidad sobre el bien lesionado: debe delimitarse pues en que **ámbitos** puede el consentimiento desplegar sus efectos. De entrada, se niega eficacia al consentimiento en los delitos contra *bienes jurídicos colectivos*, toda vez que, como se ha dicho, un "consentimiento comunitario" que infrinja la ley resulta inimaginable[12]. Así, y entre otros, podemos citar el ámbito de los delitos sobre el patrimonio histórico, en el que partimos de las limitaciones legales en torno a la disponibilidad de los bienes culturales; por ejemplo, el consentimiento del propietario de un edificio singularmente protegido, otorgado para que un tercero lo derribe o altere gravemente no tiene ninguna eficacia justificante; en el ámbito de los delitos contra el patrimonio histórico, en donde existe un bien jurídico de dimensión social y colectiva, no podrá operar el consentimiento con efectos liberadores. La dimensión social del patrimonio cultural supone un límite a la disponibilidad de los bienes por parte del sujeto que en un caso concreto sea su titular. De ahí, la ineficacia del consentimiento del titular dominical para realizar la conducta lesiva[13].

De manera que el consentimiento solo puede actuar como eximente en el ámbito de los delitos contra bienes jurídicos individuales, esto es, allí donde la persona que lo emite es titular exclusiva del bien jurídico, valga como ejemplo el ataque consentido al honor de una persona. Ahora bien, incluso en este ámbito resulta necesario que el bien jurídico lesionado o puesto en peligro sea disponible, toda vez que hay bienes jurídicos que son absolutamente irrenunciables. Como bien expuso LUZÓN[14] la ponderación de bienes conduce a una decisión distinta en algunos bienes jurídicos muy relevantes como la vida y la integridad física y psíquica. En relación a la disponibilidad del primero, atendiendo a nuestro texto punitivo ningún ataque a la vida puede ser legitimado por el consentimiento, inclinándose siempre la balanza a favor de la preservación de la vida, por más que últimamente se ponga en cuestión el principio de protección absoluta de la misma[15]. En el caso de la integridad corporal, el legislador ha adoptado un sistema intermedio entre la total permisión y la total prohibición de las lesiones consentidas: en el art. 155 CP se dispone expresamente que si media el consentimien-

10 Entre otros, ORTS BERENGUER/GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: *Compendio de Derecho Penal. Parte Genera*l, ob. cit., p. 351 y ss, 407 y ss.

11 COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN: "El consentimiento justificante otorga a quien realiza el hecho típico *el derecho* a obrar de ese modo", ob. cit., p. 452.

12 VID. JUÁREZ TAVARES acerca de la clasificación entre bienes jurídicos individuales y colectivos, y la posibilidad de confusión entre bien jurídico y función, *Teoria do injusto penal, 2002,* p. 203.

13 En este sentido se manifestaba MUÑOZ CONDE ("El tráfico ilícito de obras de arte" en *Estudios penales y criminológicos*, 1993, p. 402) poniendo de ejemplo como el propietario de la Mezquita, si fuera particular jamás podría invocar su derecho de propiedad para derribarla y construir un hotel en su solar.

14 LUZÓN PEÑA, D.: "El consentimiento en Derecho Penal…", ob. cit., p. 395.

15 Con independencia de que alrededor de un 80 % de la ciudadanía reconocen el derecho a una muerte digna, las voces partidarias de la despenalización de la eutanasia legitiman su práctica en el caso de enfermedades terminales con base en los derechos fundamentales (dignidad, libertad y libre desarrollo de la personalidad). Vid. Al respecto, sobre cuestiones relativa al bien jurídico vida humana en sus dos perspectivas de dependencia e independencia en NÚÑEZ PAZ, M.A. *Interrupción voluntaria de la vida humana,* Valencia, 2016.

to, válidamente emitido, será una causa de atenuación punitiva[16]. En todo caso, tanto si opera como causa de atipicidad como de justificación o permiso es preciso que el consentimiento se haya otorgado libre, voluntaria, espontanea y expresamente[17].

2. Otros posibles alcances del consentimiento. El consentimiento en la intervención médica: estudio de un caso inconcluso (STC 154/2002)

Expuestos muy sucintamente los planteamientos tradicionales queremos abordar otro tipo de supuestos: hasta ahora no se han estudiado otros posibles alcances del consentimiento que, aunque no tan frecuentes, no dejan por ello de ser relevantes; me estoy refiriendo a aquellos casos donde la "ausencia de consentimiento" puede ser causa de autoría o de participación, esto es, donde el consentimiento es relevante en orden a determinar la autoría o la participación. Esta perspectiva será analizada a partir de la reflexión en torno a dos sentencias opuestas en su solución, pero en todo caso ambas de gran trascendencia jurídica: la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 1997 (*Tol 408514*) por la que se condenó a los padres, Testigos de Jehová, por un homicidio doloso eventual en comisión por omisión ante la negativa del menor a recibir transfusiones de sangre, por no haberle convencido para deponer su actitud. Dicha sentencia fue anulada por el Pleno del Tribunal Constitucional en sentencia 154/2002, de 18 de julio (*Tol 258486*) concediendo el amparo a los padres, por vulneración de su libertad religiosa.

Pues bien la validez plena del consentimiento está vinculada a las peculiaridades del contexto en el que se otorga y a la posible colisión jurídica con algún derecho fundamental, como por ejemplo el derecho a la libertad religiosa. Por ello consideramos de interés realizar algunas precisiones a este respecto, yendo más allá del consentimiento como causa de atipicidad o de justificación, acercándonos a uno de los pronunciamientos del Pleno del Tribunal Constitucional relacionado con un conflicto de intereses entre el ejercicio del derecho a la libertad religiosa —derecho fundamental reconocido en el art. 16 CE— y el consentimiento al tratamiento médico. El criterio de nuestro TC se reflejó en la citada sentencia 154/2002 que otorgó el amparo por unanimidad solicitado por los recurrentes al entender (vid. FJ 10º) que se había vulnerado el derecho fundamental a la libertad religiosa (art. 16.1 CE), anulando así la sentencia condenatoria por delito de homicidio en comisión por omisión de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo[18].

16 Solo será causa de ausencia de responsabilidad en los supuestos de donación de órganos, cirugía transexual y esterilización, realizadas por facultativo. A este respecto, BERDUGO TORRES, I.: "El consentimiento en las lesiones veinte años después" en Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos"in memorian" 2001, Vol. 2

17 ORTS BERENGUER/GONZÁLEZ CUSSAC: ob. cit., p. 413.

18 La determinación y alcance de las resoluciones citadas exige que precisemos antes cuales fueron los hechos sobre los que se sustentaron las cuestiones jurídico-constitucionales suscitadas. Procederé a resumir la realidad fáctica recogida en el FJ. 3º de la sentencia del Tribunal Constitucional:

– Con fecha 8 de septiembre de 1994 un menor de edad de 13 años tuvo unas lesiones por caída en bicicleta, consecuencia de las cuales fue llevado por sus padres al Hospital Arnau de Vilanova (Lérida) siendo examinado por los médicos, informando éstos de la necesidad de una transfusión de sangre, dada la situación de alto riesgo hemorrágico.

– Dada la negativa de los padres por motivos religiosos, el centro hospitalario solicitó esa noche al Juzgado de guardia autorización para la práctica de la transfusión, que fue concedida a continuación. Los padres acataron dicha autorización judicial, pero al disponerse los médicos a realizarla, el menor, sin intervención ninguna de los padres, "la rechazó con auténtico terror, reaccionando agitada y violentamente, en un estado de excitación que los médicos estimaron contraproducente, pues podía propiciar una hemorragia cerebral". Por ello los médicos, después de intentar convencer al menor sin éxito desistieron de realizarla.

El personal sanitario entonces pidió a los padres que trataran de convencer al menor, a los cual no accedieron por motivos religiosos, pese a desear la curación del hijo. Los médicos desecharon la posibilidad de realizar la transfusión contra la voluntad del menor, por estimarla contraproducente, desechando también "la utilización a tal fin de algún procedimiento anestésico por no considerarlo en ese momento ético ni médicamente correcto, por los riesgos que habría comportado".

Por ello, después de consultarlo telefónicamente con el Juzgado de guardia, en la mañana del día 9 accedieron a la concesión del alta voluntaria.

– El menor salió del hospital el 12 de septiembre, concertando cita con un nuevo especialista en el Hospital Universitario Vall D'Hebrón en Barcelona, ingresando en dicho hospital ese día. Aquí también los médicos consideraron que era urgente la transfusión de sangre pero ante la negativa de los padres y el menor y como en el centro nadie creyó procedente pedir una autorización judicial para proceder a la transfusión ni intentar realizar ésta (sea haciendo uso de la autorización concedida por el Juzgado de Lérida sea por propia decisión de los médicos), los padres se trasladaron con el menor al Hospital General de Cataluña, centro privado cuyos servicios habían de ser directamente sufragados por los particulares.

– Aquí también consideraron necesaria la transfusión por no haber tratamiento alternativo. pero fue nuevamente rechazada por motivos religiosos por el menor y sus padres. Nadie en dicho centro tomó la decisión bien de realizar la transfusión, fuera por propia voluntad, fuera contando con la autorización concedida por el Juez de Lérida (que era conocida en este centro médico), bien de solicitar una nueva

Lo cierto es que los interrogantes planteados en los hechos descritos recibieron diferentes respuestas en los distintos grados de la jurisdicción ordinaria. La Audiencia Provincial de Huesca dictó sentencia absolutoria el 20 de noviembre de 1996, considerando que los hechos probados no eran constitutivos de delito alguno, afirmando que "*una vez que se da a la sociedad la oportunidad efectiva de sustituir a los padres a tal fin, mediante la reclamación de asistencia médica por los cauces convencionales, aquellos pierden ya la condición de garantes, aunque no aprueben testimonialmente una transfusión de sangre, si no tratan de impedirla (en el caso de que alguien decida efectuarla*)".

Sin embargo, el **Tribunal Supremo** condenó a los recurrentes estimando los elementos que caracterizaban el delito de homicidio en su modalidad de comisión por omisión. En esta sentencia, una de las primeras ocasiones en las que se examina el entonces nuevo art. 11 CP**,** el TS valoró que "*los padres al "no autorizar", esto es, al no consentir la transfusión de sangre, no evitaron, como les era exigido, un resultado de muerte que, de haber prestado su consentimiento, no se hubiera producido*" (F.J.º Único). Con esa omisión se generaba una situación equivalente a la causación del resultado típico. Esta interpretación fue asumida por algunos autores en la doctrina, como es el caso de GIMBERNAT[19], si bien haciendo una lectura simplificada de los hechos, como advierte VIVES ANTÓN, toda vez que "se presenta la "no autorización de la transfusión" como una acción positiva de impedimento de la actuación salvadora"[20], esto es, **la jurisdicción ordinaria atribuye *culpabilidad* a la ausencia de consentimiento.**

No obstante, dicha culpabilidad fue negada con posterioridad por el **Pleno del Tribunal Constitucional**; en completo acuerdo con VIVES, se trataba de una omisión de autorización que podía suplirse, como así se hizo, mediante autorización judicial, a lo que se sumó la ausencia de consideración por parte de la jurisdicción ordinaria de la posible incidencia de la libertad religiosa[21]. Como señaló el Tribunal Constitucional en su FJ15, la exigencia a los padres de una actuación persuasiva sobre el hijo para que éste autorizara o de una actuación permisiva de la transfusión, afectaba negativamente al ejercicio de sus convicciones religiosas. Ahora bien, las expresadas convicciones no fueron obstáculos para que acataran la autorización judicial a la transfusión, poniendo al menor en disposición efectiva de que sobre él fuera ejercida la acción tutelar del poder público para su salvaguarda.

La sentencia del Tribunal Constitucional consideró que los padres tenían el deber de proporcionarle asistencia médica, pero no el deber de convencerlo para que aceptara una transfusión de sangre, sobre todo si dicho comportamiento no aseguraba en modo alguno el éxito o eficacia de la acción suasoria de los padres[22]. En el caso, los padres no consintieron por presentarse un conflicto jurídico con sus creencias religiosas pero sí aceptaron, sin poner obstáculo alguno, lo dispuesto por la autoridad judicial[23]. Consideramos que el requisito del tipo de comisión por omisión no se cumplió[24]

autorización, esta vez del correspondiente Juzgado de Barcelona. Por todo ello los padres, no conociendo ya otro centro al que acudir, regresaron con el menor a su domicilio.

– El miércoles, 14 de septiembre, el Juzgado de Instrucción de Fraga (Huesca), tras recibir un escrito del Ayuntamiento de Ballobar, acompañado de informe del médico titular, autorizó la entrada en el domicilio del menor a fines de asistencia médica en los términos que estimaran pertinente el facultativo y el médico forense, incluso para que fuera transfundido. Seguidamente se personó la comisión judicial en el domicilio del menor, el cual estaba ya en grave deterioro psico-físico, acatando los padres la decisión del Juzgado después de manifestar sus convicciones religiosas, siendo su padre quien lo bajó a la ambulancia, en la que fue trasladado al Hospital de Barbastro. El menor llegó en estado de coma profundo a este Hospital, en el cual se le realizó la transfusión de sangre, contra la voluntad y sin la oposición de los padres. A continuación fue llevado al Hospital Miguel Servet, de Zaragoza, al que llegó hacia las 23:30 horas del mismo día 14 con signos clínicos de descerebración por hemorragia cerebral. El menor falleció en este hospital a las 21:30 horas del día 15 de septiembre.

Consta igualmente en el relato de hechos probados que "si el menor hubiera recibido a tiempo las transfusiones que precisaba habría tenido a corto y a medio plazo una alta posibilidad de supervivencia y, a largo plazo, tal cosa dependía ya de la concreta enfermedad que el mismo padecía, que no pudo ser diagnosticada".

19 GIMBERNAT, E.: "Una tercera forma de realización del tipo: la interrupción de cursos causales salvadores", *Revista del Centro de Investigaciones Penales y Criminológicas* (Venezuela), nº 25, vol. I, 2006, pp. 365-405, 2006.

20 VIVES ANTÓN, T.S.:"Segundo seminario: nullum crimen sine lege. Comisión por omisión y dogmática penal", en VIVES ANTON, T.S./CUERDA ARNAU, M.L./GÓRRIZ ROYO, E.: *Acción significativa, comisión por omisión y dogmática penal,* 2017, p 176.

21 Ob. y loc. cit.

22 Véase a este respecto el comentario de la sentencia por MORESO, JJ.: "Dos concepciones de la aplicación de las normas de derechos fundamentales" en *Revista Direito GV*, 2006, p. 23; también de CUERDA ARNAU, M.L.: "Extensión jurisprudencial de la comisión por omisión y principio de legalidad" en GONZÁLEZ CUSSAC (Coord) *Lenguaje y dogmática penal*, Valencia 2019, p. 74 y ss.

23 Acerca del consentimiento del titular del bien jurídico al amparo de sus creencias religiosas y culturales, véase MARTIN CHANG: *Consentimiento en Derecho Penal*, ob. cit., p. 697 y ss.

24 Como es sabido, el art. 11 del CP dispone que: "Los delitos que consisten en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación…"

porque no se demostró que la actuación paterna consintiendo la transfusión hubiera salvado la vida del niño; podría haber sido así o podría haber provocado una reacción del niño contraproducente, similar a la que se produjo cuando se autorizó judicialmente la transfusión.

Sin duda, partimos de que la vida, según la doctrina del Alto Tribunal, es un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional, y del deber de los padres de ejercer de garantes (deber derivado del ejercicio de la patria potestad). Sin embargo, como bien planteó FERREIRO[25], hemos de contemplar esta cuestión desde los matices particulares que concurren en el caso concreto, y a la luz del principio de concordancia practica, lo que nos lleva a plantearnos que el derecho fundamental a la libertad religiosa de los padres no ha de ser sacrificado si no hay necesidad, esto es, si no hubiere un procedimiento para salvaguardar el bien jurídico superior (la vida del menor) respetando la libertad de conciencia de los padres.

A partir de aquí, el Estado, representado en el poder judicial, se subroga en el caso concreto en el papel de garante, como acertadamente dijo la Audiencia y, en ejercicio de la patria potestad que asume interinamente, otorga a los facultativos la autorización pertinente para realizar la necesaria transfusión. De esta forma, se respetaría el contenido esencial de la libertad religiosa de los padres que no se verían impelidos a actuar en contra de sus creencias. Los padres actuarían conforme a derecho siempre que, declarada su oposición por motivos religiosos, acataran la decisión del Juez que ordena la transfusión, como así hicieron.

Esta vía alternativa de la subrogación momentánea del Estado en el ejercicio de la patria potestad, cuyo objetivo es salvar la vida del menor y respetar al mismo tiempo la libertad religiosa de los padres, fue reconocida por la sentencia y, como ya adelantamos, el TC otorgó el amparo por unanimidad solicitado por los recurrentes al entender que se había vulnerado el derecho fundamental a la libertad religiosa (art. 16.1 CE), con la consiguiente anulación de la resolución judicial impugnada. Los padres del menor fallecido invocaron su derecho a la libertad religiosa como fundamento de su actitud omisiva y, al mismo tiempo, posibilitaron sin reservas la acción tutelar del poder público para la protección del menor.

Aún así, y sin ánimo de valorar unos hechos ya enjuiciados, podemos considerar el caso analizado como inconcluso en relación a algunas cuestiones que vamos a dejar meramente apuntadas[26]. Y es que cabe plantearse: ¿pudo el Estado imponer al menor tratamiento médico en contra de su voluntad (esté o no fundada en motivos religiosos) con el objeto de salvar su vida? En otras palabras, ¿qué hubiera ocurrido en términos jurídicos si los médicos, con la intención de salvar la vida del menor, le hubieran practicado la transfusión contra su voluntad (por ejemplo, sedándolo sin que se diera cuenta)?; esto es, ¿qué prevalecería en ese hipotético caso, el deber de los poderes públicos (subrogados momentáneamente en el papel de garantes) de salvar la vida del menor o el derecho a la integridad física o a la libertad religiosa del adolescente? La sentencia evitó dar una respuesta a esa hipotética confrontación entre su libertad religiosa y la integridad física del menor.

A partir de ahí, cabe plantearse un nuevo interrogante: ¿podrían haber incurrido en responsabilidad penal los diversos médicos que contaban con la autorización judicial para realizar la transfusión? Como afirmó TAMARIT SUMALLA en su análisis de la sentencia del TS, la hipotética inexistencia de una posición de garante en este caso no impediría la posible existencia de un posible delito de omisión del deber de socorro o denegación de auxilio[27]. Incluso, dicho autor consideró que conforme al art. 11 CP se podría sostener la existencia de un específico deber legal de actuar (art. 10 Ley General de Sanidad) y la equivalencia con la causación. En efecto, la infracción del deber especial es condición necesaria, pero no suficiente, puesto que el art. 11 exige la equivalencia según el sentido del texto de la ley, "el fulcro sobre el que descansa el precepto"[28]. Adicionalmente, pudo también plantearse la posible existencia de un error de prohibición[29] dada la confusión reinante respecto a los límites del consentimiento y la *lex artis* de los profesionales de la medicina.

Sin embargo, ni la Audiencia Provincial ni el Tribunal Supremo se plantearon la posible responsabilidad de los diversos médicos que habían accedido a la solicitud de los padres, frente a los que no se formuló acusación: ¿se tendría que haber investigado y enjuiciado la

25 FEREIRO GALGUERA, J.: "Libertad de conciencia contra legem: Criterios jurisprudenciales en casos de transfusiones", *Foro Nueva época* 2004, p. 150 y ss.

26 Como ha afirmado GONZÁLEZ CUSSAC, "los buenos expertos no son los que tienen las grandes respuestas, sino aquellos que contribuyen a formular adecuadamente las preguntas, en "La fe ciega en el conocimiento experto" en *Acción significativa, comisión por omisión y dogmática pena*l, 2017, p. 259.

27 TAMARIT SUMALLA: "Responsabilidad penal de terceros ante la negativa a la transfusión de sangre de testigo de Jehová menor de edad con resultado muerte", *en Actualidad Jurídica Aranzadi*, 1998.

28 VIVES ANTÓN, T.S: *Acción significativa y comisión por omisión, en Fundamentos del sistema penal,* cit., p. 614 y ss.

29 En este sentido, TAMARIT SUMALLA, ob. y loc. cit.

actuación de los facultativos la Seguridad Social?, ¿los facultativos podrían haber pedido psicólogos, psiquiatras o dormirlo y hacerle la transfusión?, ¿al devolverlo al domicilio provocaron un incremento del riesgo de un modo valorativamente equivalente a la causación del resultado?, ¿la omisión equivalió a la causación de la muerte en el sentido del texto de la ley? Es decir, si hubiera resuelto la jurisdicción ordinaria en el mismo sentido que el TC, ¿tendría que haber deducido testimonio? En cualquier caso, la Seguridad Social parece que tenía unos deberes que no cumplió.

El TC no tenía competencia para resolver dicha responsabilidad pues como es sabido solo tiene jurisdicción de amparo[30], no de contraamparo. La única pretensión que puede hacerse valer a través del recurso de amparo es la del restablecimiento o preservación de los derechos o libertades por razón de los cuales se promueve el recurso. Más la Audiencia Provincial sí tenía obligación de determinar la responsabilidad por la muerte del menor; si no son los padres, ¿la tuvieron los medios oficiales que no se hicieron cargo de la situación?

Es difícil dar respuesta a los interrogantes planteados, no siendo ésta mi pretensión en el presente capítulo, sino tan solo exponer las dudas que nos ha suscitado la sentencia, con ocasión del análisis de la institución del consentimiento[31]. En todo caso, de acuerdo con la **concepción significativa de la acción,** frente a su concepción tradicional**,** ésta ha de entenderse, no como lo que las personas hacen, sino como *el significado de lo que hacen*, no basta con describirlas, sino que "es necesario entenderlas e interpretarlas"[32] y que precisamente ese significado de las acciones *es el que permite decidir si se ajustan o no a lo prescrito por las palabras de la ley"*[33]. Con todo, el concepto de acción propugnado por la acción significativa abarca también **la omisión**, dado que ésta aparece definida como una espera de algo que normalmente debe ocurrir, siendo también un problema de sentido que ha de ser resuelto conforma a pautas normativas[34].

Lo cierto es que conflictos similares al expuesto en que los facultativos estiman urgente una transfusión de sangre u otra intervención médica en situación de riesgo grave y que pueden suponer afectación de derechos fundamentales exigían una resolución urgente y una clarificación del marco jurídico. Es por ello que la Fiscalía General del Estado aprobó, con la intención de aportar pautas interpretativas, la Circular FGE 1/2012 "*Sobre el tratamiento sustantivo y procesal de los conflictos ante las transfusiones de sangre y otras intervenciones médicas sobre menores de edad en caso de riesgo grave*". En relación con la sentencia objeto de estudio, y por lo que se refiere a la actuación judicial en este caso, el texto recuerda que en todo caso es "prevalente el interés del menor, tutelado por los padres, y en su caso por los órganos judiciales" así como que "la resolución judicial autorizando la práctica de la transfusión en aras de la preservación de la vida del menor no es susceptible de reparo alguno desde la perspectiva constitucional, conforme a la cual es la vida un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional".

La Circular trae también a colación una sentencia del TEDH (caso Hoffman vs Austria de 23 de junio de 1993, estimando "que la decisión judicial puede suplir el consentimiento de los padres para hacer tal transfusión, médicamente necesaria" y que merced a tal posibilidad de acudir en todo momento a una decisión judicial externa, la actitud de la madre respecto a las transfusiones "no representa un peligro para los hijos".

Asimismo, el texto de la Fiscalía General expone que el médico debe plantear el conflicto ante el juez de guardia, directamente o a través del fiscal, pero en situaciones urgentes, el médico puede incluso directamente aplicar el tratamiento frente a la voluntad de los padres estando su conducta plenamente amparada por dos causas de justificación.

Los criterios recogidos en la Circular 1/2012 sobre la capacidad de los menores de edad en el ámbito sanitario han sido adoptados por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Con respecto a los menores por debajo de los dieciséis años, sin perjuicio de que hayan de ser escuchados, se presume la ausencia de capacidad para aceptar o rechazar tratamientos médicos, de manera que para aceptar la decisión del menor sin representación de sus representantes legales, habrá que demostrar que el menor tiene capacidad suficiente para

30 Como es sabido, el recurso de amparo es una de las principales competencias atribuidas por la Constitución al Tribunal Constitucional, siendo el objeto de este proceso la protección frente a las vulneraciones de los derechos y libertades reconocidos en los artículos 14 a 29 y 30.2 de la Constitución.

31 Como afirmaba CUERDA ARNAU, analizando algunas sentencias discutibles, entre las que se encuentra la STS 950/1997, no se trata de negar que en muchos de los casos relatados existen responsabilidades penales por las que debe responder el omitente, sino que la cuestión es si la autoría por el resultado en comisión por omisión es la calificación adecuada o si hubiera resultado más conforme al texto de la ley una responsabilidad en virtud de lo dispuesto en los arts 195, 450 o 226 CP. CUERDA ARNAU, M.L.: "Extensión jurisprudencial de la comisión por omisión y principio de legalidad", en *Lenguaje y dogmática penal*, ob. cit., p. 80.

32 Señalan ORTS/GONZÁLEZ CUSSAC, ob. cit., p. 226 y ss.

33 VIVES ANTÓN: *Fundamentos del sistema penal*, 2, 2011, p. 779 y ss.

34 MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, C.: *La autoría en Derecho penal. Un estudio a la luz de la concepción significativa (y del Código penal español*), Valencia 2019, p. 85.

tomar la decisión concreta en el momento de que se trate. Ahora bien, no obstante lo apuntado, la mayoría de edad sanitaria cede en los casos de grave riesgo para la vida o salud del menor. Así, la nueva redacción del art. 9 de la Ley 41/2002 reguladora de la autonomía del paciente establece lo siguiente:

> *"3. Se otorgará el consentimiento por representación: …C)Cuando el paciente menor no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. 4. Cuando se trate de menores emancipados o mayores de 16 años que no se encuentren en los supuestos b) y c) del apartado anterior, no cabe prestar el consentimiento por representación…*".

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando se trate de una actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor, según el criterio del facultativo, el consentimiento lo prestará el representante legal del menor, una vez oída y tenida en cuenta la opinión del mismo.

De manera que, ha de ser el profesional quien determine el grado de madurez del menor de dieciséis años, así como quien aprecie la concurrencia de grave riesgo para la vida o salud de los menores, para que entre en juego el consentimiento por representación, situación que se dio en el caso objeto de estudio. En el caso objeto de estudio, el TC tras declarar que el menor era titular de la libertad religiosa, sin embargo finalmente se rechazó que el menor goce de dicha autonomía de voluntad de rechazo al tratamiento médico porque "tal decisión reviste los caracteres de definitiva e irreparable, en cuanto conduce con toda probabilidad a la pérdida de la vida" (FJ 10º)[35].

Pese a lo expuesto, nuestros tribunales tendrán que seguir enfrentándose a las complejas cuestiones jurídicas expuestas. En todo caso, estoy sustancialmente de acuerdo con VIVES cuando resalta la labor del Derecho se proyecta sobre el análisis del caso concreto, enjuiciando acciones humanas a través de las normas vigentes, y siempre partiendo de la posible incidencia de los derechos fundamentales.

III. DEBATES ESPECÍFICOS SOBRE EL CONSENTIMIENTO EN MATERIA DE LIBERTAD SEXUAL

1. El papel del consentimiento en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. Reflexiones jurídicas a propósito del caso La Manada

Pese a la ausencia de regulación del consentimiento con efectos genéricos en el Código Penal, su Libro II sí recoge tipos específicos en los que se exige para su realización una *no conformidad del sujeto pasivo* con la conducta típica, utilizando referencias diversas, tal y como se expuso al inicio de nuestro trabajo. Pues bien, en esta segunda parte de nuestra investigación pretendemos centrarnos en el debate acerca de las características del consentimiento en el ámbito de los delitos contra la libertad sexual, debate que ha cobrado una avasalladora actualidad con ocasión del conocido caso de La Manada, cuya sentencia condenatoria de la AP de Navarra, 38/2018 de 20 marzo —sentencia casada por la STS de 4 de julio de 2019— y fundamentalmente su voto particular estuvieron rodeadas de una intensa polémica. Su repercusión ha sido de tal magnitud que ha puesto de manifiesto algunos defectos de la regulación actual, generando propuestas de reforma en el ámbito de los delitos sexuales. Ahora bien, debemos advertir que el análisis del citado caso se circunscribirá a los aspectos vinculados al consentimiento y su prueba, a la luz de los fundamentos dogmáticos de la concepción significativa de VIVES ANTÓN.

La **regulación vigente** de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual distingue en el Título VIII entre los delitos de agresiones sexuales y los delitos de abusos sexuales. Ambos se configuran como atentados contra la libertad o indemnidad sexual pero la diferencia radica en utilizar violencia o intimidación en los primeros (art.178) mientras que en los segundos no media consentimiento valido prestado por la víctima (art. 181). En el delito de agresión sexual tampoco se consiente libremente, pero a diferencia de los abusos, el autor emplea violencia o intimidación para doblegar la voluntad de la víctima.

Y es que es precisamente la libertad sexual el bien jurídico inmediatamente protegido en los preceptos citados, que planean, como bien expresa ORTS BERENGUER, sobre los ataques a este valor, pues "al castigarse en ellos a quien impone a otro una conducta sexual que no desea, resulta razonable colegir de ello que la tutela penal se dispensa para que las personas puedan decidir de manera libre con qué persona, cuándo y cómo quieren mantener un encuentro sexual"[36]. El consentimiento válido y efectivo de la víctima excluiría el ataque a la libertad sexual y por tanto la tipicidad.

Por su parte, faltará el consentimiento siempre que el sujeto pasivo haya expresado su negativa o no se le haya dado la oportunidad de pronunciarse (supuestos en el que tienen cabida las conductas sorpresivas que se realizan sin dar opción a la víctima de manifestar su voluntad) y en todo en los supuestos regulados en el apartado 2 del art.181: cuando la víctima se encuentre

35 Vid. in extenso acerca de la regulación del interés superior del menor y la regulación de su capacidad de obrar en la Ley de autonomía del paciente, en DE MONTALVO JÄASKELÄINEN, F.: *Menores de edad y consentimiento informado,* Valencia 2019, p. 155 y ss.

36 ORTS BERENGUER, E.: *Derecho penal. Parte Especial*. Valencia, 2019, p. 190.

privada de sentido, cuando se abuse del trastorno mental padecido por el sujeto pasivo o cuando se anule la voluntad de la víctima mediante el uso de fármaco, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto, de suerte que la víctima no esté en disposición de oponerse a los deseos del asaltante.

Pues bien, según los datos de la Memoria de la Fiscalía General del Estado presentada a inicios del 2019, en los últimos años se consolida una línea acusadamente ascendente de estos delitos: en concreto, el Ministerio Público alerta de un incremento del 23,2% de los delitos sexuales. Aunque en términos absolutos estos delitos suponen poco más del 1% del total, la Fiscalía advierte de la "preocupante" tendencia al alza y reclama que casos como el de la Manada sirvan para reflexionar sobre su interpretación y aplicación práctica, sobre el tratamiento informativo de estos asuntos y sobre la imagen que transmite la Justicia "cuando las decisiones que se adoptan se muestran tan alejadas de una mayoritaria sensibilidad social". Dentro del incremento general de los delitos sexuales, la Memoria considera especialmente inquietante el crecimiento de la violencia entre los jóvenes y pone el foco en los casos de las violaciones en grupo. El Ministerio Público lo eleva ya a la categoría de fenómeno y cree que está relacionado con una ideología machista, en la que se desvaloriza a la mujer y el uso de pornografía a través de las redes, donde se representa a la mujer cosificada, convirtiéndola en un mero objeto destinado a satisfacer sus deseos. Como nos advierte el documento, "una situación que hay que afrontar desde el ámbito educacional, en el que padres y Administraciones tienen que aunar esfuerzos para asegurar la transmisión de valores de igualdad, respeto y no discriminación", reflexión que comparto plenamente.

En este contexto y volviendo al caso que nos ocupa, la **sentencia 38/2018, de 20 de marzo de la Audiencia Provincial de Navarra**[37] (en adelante AP) castigó a los cinco jóvenes sevillanos por los hechos acontecidos la noche del 7 de julio de 2006 a las penas de 9 años de prisión y 15 de alejamiento de la víctima y a la medida de seguridad postdelictiva de 5 años de libertad vigilada como autores de un delito continuado de **abuso sexual con prevalimiento** (arts. 181.3 y 4 CP)[38]. Para la AP no hubo violencia ni intimidación puesto que los procesados conformaron de modo voluntario una situación de preeminencia sobre la denunciante, objetivamente apreciable, que les generó una posición privilegiada sobre ella, aprovechando la superioridad así generada, para abusar sexualmente de la denunciante quien de esta forma no prestó su consentimiento libremente, sino viciado, coaccionado o presionado por tal situación.

Sin embargo, a nuestro entender, existió una manifiesta incongruencia entre el relato de los hechos probados y la calificación jurídica[39]; según dichos hechos, la situación en la que los agresores colocaron a la víctima, fue sin duda coactiva y vejatoria, colocándola como dice la sentencia en una situación de bloqueo psicológico que le impidió reaccionar. De suerte que, como bien afirma CUERDA ARNAU, la intimidación debió tenerse por bastante puesto que fue la necesaria en el caso concreto para atemorizar a la víctima y ejecutar el acto "sin su consentimiento"[40]. Es por ello que parece criticable la calificación jurídica de los hechos que realizó la AP, por diversos motivos, pero fundamentalmente porque se considera que **sí hubo violencia e intimidación** ambiental al entrar en el edificio[41], por lo que según este criterio la calificación jurídica debió ser de agresión sexual, y no de abuso sexual, como calificó posteriormente el TS. Y segundo, porque en el delito de abuso con prevalimiento se exige que el consentimiento "se obtenga", sin perjuicio de que el mismo carezca de validez, cuando en el caso descrito no se obtuvo dicho consentimiento, no siquiera viciadamente. Pero es que además, la sentencia tuvo un extenso **voto particular** en el que se absuelve a los acusados de todos los delitos imputados, con la excepción del delito de hurto leve al entonces guardia civil. De entrada, el magistrado disidente considera que los datos objetivos analizados otorgan suficiente razonabilidad a la explicación ofrecida por los acusados, focalizando toda su atención en el comportamiento de la víctima. Pero lo más terrible es su discurso plagado de juicios de valor y apreciaciones personales como las que reproduzco literalmente: "*No aprecio en los vídeos cosa distinta a una cruda y desinhibida relación sexual, mantenida entre cinco varones y una mujer, en un entorno sórdido, cutre e inhóspito y en la que ninguno de ellos (tampoco la mujer) muestra el más mínimo signo de pudor, ni ante*

37 *Tol 6581738.*

38 A uno de ellos también se le condenó como autor de un delito leve de hurto a la pena de multa de 2 meses a razón de 15 euros diarios.

39 De este parecer, CARBONELL MATEU, J.C.: "¡Violación en manada¡" publicado en *Al revés y al derecho*, 21 junio 2019.

40 CUERDA ARNAU: ob. cit., p. 119.

41 De esta opinión, entre otros, ACALE SÁNCHEZ/FARALDO CABANA: en la Presentación del libro *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*", Valencia, 2018, p. 20 y ss; CUERDA ARNAU, M.L.: "Agresión y abuso sexual: violencia o intimidación vs consentimiento viciado" en VVAA: *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*", Valencia, 2018, p. 110.

la exhibición de su cuerpo o sus genitales, ni ante los movimientos, posturas y actitudes que van adoptando. No aprecio en ninguno de los vídeos y fotografías signo alguno de violencia, fuerza, o brusquedad ejercida por parte de los varones sobre la mujer. No puedo interpretar en sus gestos, ni en sus palabras (en lo que me han resultado audibles) intención de burla, desprecio, humillación, mofa o jactancia de ninguna clase. Sí de una desinhibición total y explícitos actos sexuales en un ambiente de jolgorio y regocijo en todos ellos, y, ciertamente, menor actividad y expresividad en la denunciante."

Pues bien, las muestras de apoyo a la víctima, la magnitud de la protesta popular en contra del "*nomen iuris*" de la condena judicial —abuso en lugar de agresión sexual— condujeron a una **atención mediática** diaria, recibiendo numerosos medios fuertes críticas por el tratamiento informativo que dieron a tan delicado asunto. Y es que aunque la administración de la justicia, en general, es legítimo objeto de información puesto que se trata de una actividad pública del Estado, también es cierto que las referencias particulares a procesos que se están desarrollando ante los Tribunales pueden llegar a tener incidencia negativa sobre su eficacia, sus garantías y hasta sobre el resultado final, pudiéndose poner en duda la imparcialidad del tribunal[42]. De hecho, las defensas de los acusados expresaron sus quejas sobre la vulneración del derecho a un juicio con todas las garantías propias de un juicio justo, en particular, el debido respeto del derecho a la presunción de inocencia. Sin embargo, las declaraciones del abogado defensor de tres de los acusados por diversos platós televisivos, culpabilizando a la víctima de los delitos de los que había sido objeto, que llegó incluso a ser perseguida por un detective privado en días posteriores a las agresiones sexuales, entrometiéndose en su intimidad, generó todavía una mayor indignación social.

La sentencia del **Tribunal Supremo de 4 de julio de 2019** (*Tol 7366454*) al resolver el recurso de casación, procede a verificar en primer término si, como se dice en el motivo, la Audiencia o el Tribunal Superior de Justicia, se vieron sobrepasados por la presión mediática, si las noticias del caso, las concentraciones de repulsa social y las manifestaciones del Ministro de Justicia, y en definitiva, el juicio paralelo, pudo llegar a lesionar objetivamente la imparcialidad del Tribunal, de suerte que su decisión ya haya podido venir determinada por las noticias publicadas. Pues bien el TS termina concluyendo (FJ1º) que nada se acredita de forma objetiva que pueda dar sustento a esa afirmación: antes al contrario, de la lectura de la sentencia se deriva que el Tribunal de manera objetiva e imparcial fue valorando toda la actividad probatoria, de cargo y de descargo, dando razón de las decisiones valorativas adoptadas que arribaron a la conclusión condenatoria.

El TS desestima asimismo el segundo motivo de los recurrentes. En su FJ 2º considera que el reproche de deficiencia en la motivación de la sentencia se muestra como gratuito, dada la abundancia de argumentos sobre el particular cuestionado, de la participación en los hechos de los acusados y de **la total ausencia de consentimiento de la víctima** en los actos sexuales llevados a cabo por los procesados. Se afirma en la sentencia recurrida que del visionado de los videos se muestra una actitud que sin duda es **contraria al supuesto consentimiento de la víctima** que se alega. "*También los hechos probados despejan esas dudas puestas de relieve por los recurrentes, ya que difícilmente el modo en que los acusados abandonaron el portal, dejando a la víctima desnuda y sola, y sustrayendo uno de ellos su teléfono móvil, son indicativos de una "juerga" pactada con ella, lo que unido al hecho de que las relaciones mantenidas, en palabras de la propia defensa fueron "de enorme sordidez y crudeza", despeja cualquier tipo de duda al respecto, no solo a la Sala de instancia, sino a este Tribunal, ya que en el contexto que se describe en los hechos probados, "**el silencio de la víctima, solo se puede interpretar como una negativa**".* Por otro lado, también se desprende del factum que la víctima en ningún momento prestó su consentimiento a las relaciones sexuales de las que fue objeto cuando estaba dentro del cubículo. Consta en el relato que "la denunciante" se sintió impresionada y sin capacidad de reacción, en particular, "*La denunciante sintió un intenso agobio y desasosiego, que le produjo estupor y le hizo adoptar una actitud de sometimiento y pasividad, determinándole a hacer lo que los procesados le decían que hiciera, manteniendo la mayor parte del tiempo los ojos cerrados. Los procesados, conocieron y aprovecharon la situación de la denunciante en el cubículo al que la habían conducido, para realizar con ella diversos actos de naturaleza sexual, con ánimo libidinoso, actuando de común acuerdo….De la citada realidad fáctica se desprende con claridad el elemento subjetivo del delito que se discute por los recurrentes, los cuales obraron con pleno conocimiento de que las acciones que estaban llevando a cabo atentaban contra la libertad e indemnidad sexual de la víctima, **sin que en ningún momento ésta prestara su consentimiento**, y sin que fuera necesaria una actitud heroica de la misma para que los acusados tuvieran conocimiento de su negativa, cuando la víctima había sido llevada por ellos a un lugar recóndito, buscado de propósito, y la misma se encontraba, agobiada, impresionada, sin capacidad de reacción, sintiendo en todo momento un*

42 Sobre este particular, VALLDECABRES ORTIZ, I.: *Imparcialidad del juez y medios de comunicación*, 2004.

*intenso agobio y desasosiego que le produjo estupor, haciendo todo lo que los acusados le decían que hiciera, llegando los procesados a agredirla sexualmente hasta en 10 ocasiones en un periodo de tiempo de 1 minuto y 38 segundos, conociendo que estaba sola y embriagada; los autores, necesariamente, debían conocer no solo el peligro concreto de su acción, sino que aquellos actos sexuales "inicuos y vejatorios", según la sentencia recurrida**, no eran expresamente consentidos por la joven**, resultándoles indiferente el estado en que la misma se encontraba totalmente desprotegida y vulnerable*" (FJ 4º).

Pues bien el TS reproduce los antecedentes de hechos ya probados por los magistrados que juzgaron el caso, pero procede a estimar los recursos interpuestos, **modificando la calificación penal; e**n particular procede a condenar a los autores por un **delito continuado de violación** de los arts. 178 y 179 CP **con las agravaciones específicas de trato degradante o vejatorio (art. 180.1 1ª) y comisión conjunta de 2 o más personas (art. 180.1. 2ª)**. Por el citado delito se les impone la pena de 15 años de prisión y además la medida de libertad vigilada, a ejecutar con posterioridad a la pena privativa de libertad[43].

De suerte que el TS considera que se trató de una agresión sexual y no de un abuso, porque el relato fáctico describe **un auténtico escenario intimidatorio**, "en el que la víctima *en ningún momento consiente* los actos sexuales llevados a cabo por los acusados" (FJ 7º). Situación intimidante que hizo que la misma adoptara una **actitud de sometimiento, que no de consentimiento.** De los hechos probados se deduce la consideración de que "*no estamos ante una intimidación menor que permita aplicar la figura del prevalimiento, sino ante una intimidación grave que debe determinar la calificación jurídica de tales hechos como agresión sexual*." (FJ5º).

La sentencia habla de "intimidación ambiental": la coacción ambiental puede llevar a una agresión sin necesidad de amenaza[44]. En esta línea jurisprudencial en el ámbito de los delitos sexuales, cabe destacar la sentencia 188/2019, de 9 de abril, afirmando la patente situación fronteriza con la intimidación, delimitándolo del siguiente modo: *"En el caso de intimidación no existe consentimiento de la víctima hay una ausencia de consentimiento, ésta se encuentra doblegada por la intimidación por el miedo que le provoca la actitud del agente. En caso de prevalimiento, existe la voluntad de la víctima que acepta y se presta acceder a las pretensiones del agente, pero lo hace con un consentimiento viciado no fruto de su libre voluntad autodeterminada."*. Por su parte Sala de lo Penal reitera su doctrina sobre el concepto de intimidación ambiental en la reciente sentencia de 14 de octubre de 2019, en el caso conocido como "La Manada de Villalba" en el que confirma la condena por delito continuado de agresión sexual. En concreto explica que en numerosas situaciones la intimidación no se verbaliza de modo directo, no siquiera se exterioriza físicamente de una manera determinada y explícita. En ocasiones el contexto aporta un significante componente material con un contenido comunicacional determinante, de modo que sería absurdo valorar el comportamiento desde una interpretación aislada de la conducta. La sentencia explica que la falta de anuncio de un daño no siempre es equivalente a ausencia de intimidación, y ésta es la que baste para el caso concreto. De manera que lo hay que medir no es la resistencia de la víctima, sino la ausencia de consentimiento.

En suma, y volviendo a la STS de 4 de julio de 2019, en cuanto a la calificación jurídica, de los anteriores hechos probados se desprende con claridad que existió un error de subsunción jurídica por parte del Tribunal de instancia y que este caso, **no hubo consentimiento alguno por parte de la víctima, creándose una intimidación que se desprende sin género de dudas del terrible relato de hechos probado**s, del que deriva una obvia coerción de la voluntad de la víctima, que quedó totalmente anulada para poder actuar en defensa del bien jurídico atacado, su libertad sexual (FJ 7º.5.).

En esta dirección, el Ministerio Fiscal consideró también que existió un error de subsunción de los hechos probados, estimando en su escrito de conclusiones definitivas que eran constitutivos de un delito de agresión sexual. Para poder afirmar que hubo prevalimiento —como consideró la Audiencia Provincial— entiende el Ministerio Fiscal que los hechos probados han de recoger que debido a la superioridad física y numérica de los acusados, la víctima accedió a mantener relaciones sexuales. Nada más lejos de la realidad. Como bien afirma el Ministerio Fiscal, "acceder significa consentir en lo que alguien solicita o quiere". Y en efecto, no consta en los hechos probados que la víctima consintiera o accediera a mantener relaciones, ni tal siquiera de manera subliminal. Según consta, ellos inhibieron a la víctima con su sola presencia y actitud, así como por el lugar recóndito y angosto en que se produjo la agresión, lo que provocó el intenso agobio y desasosiego en la víctima que le hizo adoptar una actitud de sometimiento y pasividad, sin capacidad de reacción. **Hubo intimidación, porque hubo ausencia de consentimiento.** La víctima se encontraba doblegada por el miedo. "¿Qué juerga acaba con una persona tirada

43 A uno de ellos también se le condena como autor de un delito de robo con intimidación del art. 237 y 242.1 a la pena de 2 años de prisión.

44 En este sentido FERNÁNDEZ TERUELO, en declaraciones al diario El Mundo, 24 junio de 2019.

en un portal a las tres de la mañana y robándole el móvil?", se preguntaba la fiscal.

De suerte que, tras el análisis de la sentencia, puede concluirse que no hubo consentimiento y sí se probó la intimidación "más allá de toda duda razonable". En definitiva, el Tribunal Supremo subraya con argumentos sólidos y razonamientos de gran interés los límites entre lo que es una **relación sexual consentida y otra que no lo es.**

Por último, únicamente apuntar que el hecho de que no se recurriera la consideración de delito continuado impidió, por el principio acusatorio, que el TS pudiera reflejar en su calificación que no se produjo un delito continuado sino tantos como agresiones sexuales se llevaron a cabo; según recoge en su FJ 6º: **"***El hecho de no haber sido condenados como cooperadores necesarios en las agresiones sexuales consumadas por los otros procesados, sino exclusivamente como autores directos en las que han sido autores materiales, aplicando la continuidad delictiva, lo que es discutible doctrinal y jurisprudencialmente en supuestos como el analizado en los que hay intercambio de roles, cuando un sujeto accede y otro intimida, para luego intercambiar sus posiciones, lo que normalmente ha sido subsumido por esta Sala en las normas concursales; no obstante, al no haber sido objeto de impugnación, el principio acusatorio impide que nos pronunciemos al respecto*."

A este respecto cabe realizar un par de consideraciones: en primer lugar, por lo que respecta a la presunción de inocencia, lo que parece que puede afirmarse más allá de toda duda razonable no es que la víctima quisiera mantener intacta su honestidad sino que nunca aceptó ser tratada del modo en que lo fue, es decir, ser utilizada como un mero objeto sexual de varias personas. En segundo lugar, tradicionalmente se ha huido de aplicar el delito continuado cuando media violencia e intimidación[45]; sin embargo, con posterioridad se ha consolidado una salvedad a este criterio cuando concurren tres situaciones[46]: a) la repetición del acto sexual se produce de manera inmediata con el sujeto pasivo b) en el marco de la misma ocasión c) y cuando todos los actos responden al mismo impulso libidinoso no satisfecho hasta la realización de esa pluralidad, pudiendo apreciarse concurso real cuando haya una separación espacio temporal y un dolo renovado en cada acción[47]. Por su parte, solo podría justificarse la pertinencia de la aplicación de la continuidad delictiva si consideramos que nos encontramos frente a una pluralidad de acciones, que infringen el mismo precepto penal, en las que se verifica tanto la unidad de sujeto pasivo como la unidad de ocasión para realizar distintos hechos que infringen un mismo precepto penal[48]. Y recordemos que la exigencia de homogeneidad normativa (infracción del mismo o semejantes preceptos penales, se refiere a tipos penales, esto es, desde un punto de vista objetivo, se formula en un sentido material, sobre la idea de identidad o unidad del bien jurídico violado[49], en este caso la libertad sexual. Dicho lo cual, si un sujeto realiza varios accesos carnales con la misma persona, con independencia de que tengan lugar en una o en distintas oportunidades estimo, comete varias agresiones sexuales[50], lo que se produjo en el caso de la Manada[51].

Llegados a este punto consideramos oportuno determinar el sentido **del consentimiento,** que se adecúe a los derechos fundamentales. En términos generales cabe afirmar que el consentimiento eficaz ha de otorgarse "libremente"[52], esto es, debe ser una auténtica manifestación de voluntad del titular. El Convenio de Estambul[53] de 2011 (ratificado por España en 2014) recoge en su art. 36.2, en relación a la violencia se-

45 Acerca de la corriente doctrinal que recurre a una supuesto carácter pluriofensivo del delito de agresiones sexuales para fundamental tal negativa, en CARUSO FONTÁN: "Reflexiones en torno a la aplicación…" en *La Manada*…, p. 220 y ss.

46 Cfr. Referencias jurisprudenciales en ORTS BERENGUER, E.: "Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales" en *Derecho penal. Parte especial*, 2019, p. 200 y ss

47 Desde otro punto de vista y dado que el bien jurídico protegido es la libertad sexual, podría ser visto como un único atentado contra la misma, como una única lesión a su libertad sexual. Así encontramos sentencias del TS que señalan que cuando los movimientos corporales típicos se repiten dentro de un mismo espacio y de manera temporalmente estrecha, o sea cuando se dan 2 o más penetraciones en la misma situación y contexto se debe recurrir a la figura de la "unidad natural de acción". Vid. una revisión jurisprudencial en CARUSO: ob. cit.p 227. Desde la perspectiva del atentado a la libertad y a la intimidad en el caso de la Manada, la consideración de un atentado único requeriría una nueva tipificación que en estos casos elevase proporcionalmente la pena.

48 De esta opinión CARUSO FONTÁN: ob. cit., p. 244.

49 Vid por todos, COBO/VIVES, p. 708; más recientemente, ORTS/GONZÁLEZ CUSSAC: ob. cit., p. 491.

50 En esta dirección, sostiene ORTS BERENGUER que si se ejecuta más de un coito se lesiona más de una vez el bien jurídico pues para el sujeto pasivo es más doloroso y afrentoso soportar dos coitos que uno. Derecho penal, parte especial, ob. cit., p. 201.

51 De esta opinión, CARBONELL MATEU, J.C.:" *Del relato de los hechos probados —insisto en ello, porque éste no parece discutirse— no puede desprenderse un delito continuado de abusos sexuales, sino once de violación en concurso real puro y crudo, del que todos —los que violan directamente y los participan en "el jolgorio" han de ser responsables a título de autores*", en "Violación en Manada", ob. cit.

52 COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN: *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 457.

53 Convenio del Consejo de Europa para prevenir y combatir la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica.

xual, incluída la violación que "El consentimiento debe prestarse ***voluntariamente*** *como manifestación del libre arbitrio de la persona considerado en el contexto de las circunstancias circundantes".* En consecuencia, el consentimiento válido ha de estar libre de vicios de voluntad, puesto que la presencia de los mismos puede anular su eficacia, distinguiéndose los supuestos de consentimiento obtenido por violencia o intimidación, por engaño o por error[54].

En cuanto a su forma, tradicionalmente se ha afirmado que el consentimiento puede ser expreso o presunto[55]. Como afirman COBO/VIVES, si al consentimiento presunto le correspondiese uno efectivo, nos moveríamos en el ámbito del consentimiento real[56]. Y es que el consentimiento o su ausencia en algunos casos puede no prestarse sino inferirse de lo que se hace, esto es, el consentimiento puede inferirse también de una acción. Como sostiene CUERDA ARNAU, sin duda el consentimiento —viciado— puede ser también tácito pero no es compatible afirmar que lo presta quien se limita a soportar una situación ante la que no puede ofrecer resistencia[57].

El debate sobre el consentimiento nos permite reflexionar más allá y referirnos a la delimitación de lo que debemos entender por acción para el Derecho penal. En este punto consideramos decisiva la contribución de VIVES ANTÓN para el desarrollo de la teoría de la acción significativa*,* puesto que como ya dijimos, propone que la acción ha de entenderse de manera distinta, no como lo que las personas hacen sino como el significado de lo que hacen. De ahí que, en palabras del citado autor la acción se define como "sentido que, conforme a un sistema de normas, puede atribuirse a determinados comportamientos"[58]. De manera que hay muchas maneras de consentir y la acción es una forma de expresión y una manera de consentir[59]. De igual modo, el consentimiento no es igual en todos los contextos; cada contexto exige formas específicas de consentir[60], como ya se expuso. De ahí que, si el consentimiento es una acción que tiene diversos sentidos según el contexto, por tanto habrá diversas formas de consentir.

El consentimiento no debe entenderse como algo estable, con características fijas, siendo lo relevante es demostrar que es **"voluntario"**. En suma, se debe **consentir** con palabras y acciones concluyentes[61].

Es por ello que, retomando el caso de La Manada, puede considerarse que los cinco acusados cometieron sendos delitos de agresión sexual "con fuerza intimidatoria suficiente" contra su víctima, discrepando del prevalimiento que recoge la sentencia recurrida porque en los casos de prevalimiento, la víctima accede. "Acceder significa consentir", no constando en este caso en los hechos probados que la víctima consintiera una relación sexual[62]. Sin duda alguna puede afirmarse que, cuando en la grabación se escucha que la víctima está gritando, ese grito, ese "gemido agudo que refleja dolor"[63], significa que la víctima no consiente lo que le están haciendo[64], refleja la ausencia de consentimiento. Por ende, el lenguaje no verbal de los ya condenados, abandonar a la victima desnuda y llevarse el móvil son acciones que terminan por demostrar que las relaciones en absoluto fueron consentidas.

2. Hacia una nueva regulación del tratamiento de los delitos sexuales: propuestas de reforma y la necesaria perspectiva de género en el enjuiciamiento de los delitos

En este contexto, la sentencia del Tribunal Supremo objeto de análisis evidencia que con la regulación actual de los tipos se puede condenar cualquier atentado contra la libertad sexual llevado a cabo sin consentimiento. Sin embargo, el Gobierno comenzó a trabajar en un **proyecto de reforma** de dichos delitos para el que se solicitó la colaboración de la Sección penal de la Comisión general de codificación, pretendiendo adecuar la legislación española a los acuerdos internacionales en la materia y, en particular, al Convenio de Estambul ya mencionado, fundamentalmente en rela-

54 SEGURA GARCÍA, E.: ob. cit., p. 143.

55 Acerca del consentimiento *presunto* o *tácito,* CEREZO MIR: "El consentimiento como causa de exclusión del tipo y como causa de justificación" en *Estudios de derecho penal y criminología: en homenaje al profesor José María Ro.* 1989, p. 235 y su naturaleza jurídica; asimismo SEGURA GARCÍA, M.J.: *El consentimiento del titular del bien jurídico en derecho penal*, 2000, p. 149 y 150.

56 COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN: ob. cit., p. 459.

57 CUERDA ARNAU, M.L.: en "Agresión y abuso sexual: violencia o intimidación vs consentimiento viciado", ob. cit., p. 128.

58 VIVES ANTÓN, T.S.: *Fundamentos del sistema penal*, Valencia 2011, p. 221.

59 Ob. cit., p. 537 y ss.

60 Vid. también POPOVA, M. "*Giving consent can be done in many different ways, and will be highly context-dependent*", *Sexual consent*, 2019.

61 En este sentido, Inés Herreros, vocal de la Comisión de Igualdad del Consejo Fiscal y miembro de la Unión Progresista de Fiscales, en declaraciones al diario El Mundo, 24 de junio de 2019.

62 Como así lo expresaba el Informe final de la Fiscalía.

63 Vid. FJ3º B. (IV).

64 En acuerdo con ACALE SÁNCHEZ y FARALDO CABANAS: ob. y loc. cit.

ción a la incorporación de una necesaria agravación en los casos en que la víctima sea pareja o expareja del agresor.

Se parte pues de que, no había que modificar el Código para dar respuesta a *La Manada* sino también, además de por la razón motriz expuesta, porque el modelo actual, y en concreto la terminología empleada en las descripciones típicas podía "prestarse a malas interpretaciones"[65]. En particular me refiero a las propuestas de **eliminar el término abuso** a favor del de **agresión sexual**[66], con objeto de dar adecuada respuesta a los accesos carnales inconsentidos cuya punición como abusos sexuales resulta insatisfactoria desde el punto de vista terminológico[67], manteniendo la violación como máximo exponente de un acto contra la libertad sexual. Sin embargo, si bien conviene que el lenguaje empleado se ajuste a los hechos descritos, lo más relevante deben ser las concretas conductas sancionadas, y no tanto el *nomen* que a efectos de clasificación sea otorgado[68], lo que no obsta para que pueda sustituirse el término abuso, siempre que se mantenga la diferenciación de conductas en función de la gravedad.

Dicho lo cual, realizaré alguna consideración al respecto:

Cabe recordar que fue con la entrada en vigor del CP 1995 cuando además de introducir la distinción entre agresiones y abusos sexuales en los términos ya expuestos, desaparece de la nueva regulación el término "violación", por entender que tradicionalmente había sido equiparado a la penetración vaginal y por ende suponía una forma de protección basada en un concepto de sexualidad conectado con la función reproductora de la mujer[69]. El término se elimina por el posible estigma de "la violada", porque se quería huir de esa concepción moral previa de los delitos sexuales.

Esta redacción se mantuvo hasta la entrada en vigor de la LO 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Libro II del CP que recupera el término violación, lo que fue interpretado como "un gesto nostálgico" del legislador que habría querido recuperar un término perteneciente a nuestra tradición jurídica[70] y que coincidiera con el lenguaje común. Sin embargo, esto no era exactamente así pues para el lenguaje común tan violada es una mujer drogada que es penetrada contra su voluntad como otra a quien amenazan con una navaja para lograr el acceso carnal.

Por consiguiente, como nos dice VIVES ANTÓN, cualquier construcción penal ha de respetar el uso común del lenguaje, el sentido común y los derechos constitucionales, de modo que el legislador se exprese en el lenguaje que hablamos todos, por más que en ocasiones pueda usar términos específicamente jurídicos[71]. No obstante, la pretensión de acomodar los términos jurídicos al lenguaje lego tiene el riesgo de confundir ambos planos. Si bien es positiva, desde la perspectiva del efecto preventivo-comunicativo de la norma, como afirmó DIEZ RIPOLLES[72], conlleva un evidente riesgo. El lenguaje vulgar no es el que dicta el sentido de los tipos sino que lo es el lenguaje jurídico y los principios. La justicia ha de hacerse efectiva con exigencias de seguridad jurídica y eficacia. Y en este caso, poner el acento en lo realmente importante: que alguien ha

65 MESTRE DELGADO, Presidente de la Comisión de Codificación, en declaraciones al diario El Mundo el 24 de junio de 2019.

66 El carácter coactivo y agresivo que tiene toda conducta sexual que se impone a otra persona contra su voluntad conduce a que se ajuste siempre en la figura básica de agresiones.

67 En este sentido, DE VICENTE MARTÍNEZ, R. "El delito de violación: algunos problemas que plantea su actual redacción" en VVAA: *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*", Valencia, 2018, p. 182. También para FERNÁNDEZ TERUELO quien considera que "*Cuando el Código actual habla de abuso con prevalimiento está diciendo que no es agresión porque no ha habido amenaza. Pero eso se creó para el padre que abusa de su hija: no necesita amenazarla; el contexto es de por sí intimidatorio. Que eso no sea agresión chirría mucho. Me parece muy razonable que se elimine el abuso. Un abuso con prevalimiento, es decir, con intimidación, es agresión».* En declaraciones al diario El Mundo, junio 2019. Por su parte el art. 182 del CP sanciona también como abuso sexual a quien, interviniendo engaño, realice actos de carácter sexual con persona mayor de dieciséis años y menor de dieciocho. La aplicación de este precepto, cuando no su misma existencia, suscita no pocas dificultades. De hecho constituye una rémora histórica a la que el legislador no ha podido sustraerse, sancionando la promesa incumplida de matrimonio como elemento determinante de la prestación de un consentimiento viciado para el acceso carnal, lo que hoy carece de sentido. Antes bien, distintas formas de protección requeriría el castigo del delito habitual de abusos sexuales contra los menores.

68 RUEDA SORIANO/CUERDA ARNAU/OLIVAS DÍAZ/CUGAT/JUANATEY DORADO: "Por un derecho penal no punitivista" en *Tribuna Abierta*, 28 junio 2019.

69 FARALDO CABANAS, P.: "Evolución del delito de violación en los códigos penales españoles. Valoraciones doctrinales" en VVAA: *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*", Valencia, 2018, p. 54.

70 Cfr. BOIX REIG/ORTS BERENGUER: "Consideraciones sobre la reforma de los delitos contra la libertad sexual, por LO 11/1999" EN QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS: *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del profesor Jose Manuel Valle Muñiz*, 2001, p. 1017.

71 VIVES ANTÓN, T.S.: "Lenguaje común, derechos fundamentales, filosofía y dogmática penal" en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: *Lenguaje y dogmática penal*, Valencia, 2019, p. 227 y ss.

72 DIEZ RIPOLLÉS, en el Comunicado sobre la actual regulación de las agresiones y abusos sexuales, adoptado por el Grupo de Estudios de Política Criminal el presente año.

llevado a cabo actos sexuales sobre otra persona sin su consentimiento.

En el ámbito internacional existe una tendencia a equiparar los diversos medios por los que se doblega la voluntad de las mujeres en los delitos sexuales y en esta dirección, el delito de trata regulado en el art. 177 bis de nuestro CP donde las acciones de captación han de llevarse a cabo empleando alguno de los siguientes medios comisivos: "*violencia, intimidación, engaño o abusando de una situación de superioridad, necesidad o vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera o mediante la entrega o recepción de pago o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima*".

En todo caso, insisto, la clave está en la falta de consentimiento, más que hacer elemento nuclear del tipo como se llega a esa ausencia[73], sin distinguir como hasta ahora entre actos realizados sin consentimiento y actos realizados contra la voluntad de la víctima[74], si bien diferenciando penológicamente las conductas en función de su gravedad. Y en cualquier caso, considerando que en todo ataque sexual no consentido hay una agresión.

Por último, consideramos que la reforma penal será insuficiente si no va acompañada en este ámbito de una necesaria perspectiva de género en el enjuiciamiento de estos delitos. Esto es, al descansar la prueba de estos delitos fundamentalmente en la testifical de la presunta víctima, como bien ha dicho DE VICENTE MARTÍNEZ, se puede aducir la dificultad de prueba de ausencia de consentimiento[75]. Cierto es que para resolver este problema la jurisprudencia ha establecido criterios para darle valor probatorio a la versión de la víctima, entre los que destacan la credibilidad y verosimilitud de su testimonio; que no actué por resentimiento o enemistad del acusado; persistencia en la denuncia y ausencia de versiones contradictorias a través de las distintas fases del proceso. Sin embargo, comparto la opinión de quienes mantienen que "*un sistema procesal que base en exclusiva la prueba de los hechos en el testimonio de la mujer es un sistema procesal que carece de perspectiva de género*[76] *porque ejerce una excesiva presión sobre la víctima*". Los hechos deben ser investigados debidamente, probando en base a la situación externa y abogando por la búsqueda de fuentes de investigación ajenas a la mujer que corroboren su testimonio, más allá de toda duda razonable y eso obliga a tener en cuenta todas las circunstancias concurrentes. Si todo el peso de la prueba recae sobre el testimonio de aquélla, el único mecanismo que le queda a la defensa para negar la acusación es atacar el testimonio[77].

No se trata pues solo de reformas legales sino de extender usos en todas las fases del proceso, desde la atención sanitaria y policial hasta las instancias judiciales, evitando la doble victimización, derivada de las propias instituciones. La **mirada de género** que debe impregnar la futura reforma de los delitos sexuales, supone prestar mayor atención a la víctima en todas las fases del proceso y, en definitiva, luchando contra las causas estructurales, que, como bien se ha dicho por las autoras citadas, generan asimetría y son caldo de cultivo de la dominación sexual.

La lacra de la violencia machista se alza como uno de los grandes retos de los Estados contemporáneos y su erradicación requiere actuar desde el origen del problema, esto es, educando, concienciando y cambiando estereotipos sociales[78] en defensa de una sociedad igualitaria y no discriminatoria, y sobre todo en defensa de la libertad, la "clave de bóveda" del Derecho constitucional[79].

---

73 En este sentido, BERDUGO TORRES, I., en su ponencia "La victimización de la mujer en los delitos contra la libertad sexual" en Congreso Mujer, Víctima y Sistema de Justicia Penal, octubre 2019; en esta dirección, ASUA BATARRITA ha declarado que lo más correcto técnicamente, deja atrás reminiscencias del pasado, prescindir del término y optaría por una misma denominación para lo que hoy son agresiones y abusos sexuales. Se podría usar "atentado sexual", por ejemplo. En declaraciones al diario El País ""Ni abuso ni violación: apostemos por un único delito de atentado sexual cuyo eje sea el consentimiento", 10 mayo 2018.

74 De esta opinión, FARALDO CABANAS/RAMÓN RIBAS: "La sentencia de la Manada y la reforma de los delitos de agresiones y abusos sexuales en España" en *La Manada. Un antes y un después, cit., p. 290*

75 Entre otras, DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: ob. cit., p. 209.

76 RUEDA SORIANO/CUERDA ARNAU/OLIVAS DÍAZ/CUGAT/JUANATEY DORADO: "Por un derecho penal no punitivista" en *Tribuna Abierta*, 28 junio 2019.

77 Ob. y loc. cit.

78 El pasado 2 de octubre de 2019 la Secretaria de Estado de Igualdad ha señalado la importancia que supone la valoración de GREVIO —Grupo de Expertos en Acción contra la Violencia sobre la Mujer y la Violencia Doméstica— "para poder revitalizar propuestas de Ley", especialmente en materia de educación, con una nueva línea de entendimiento de lo que es una educación afectivo-sexual, "basada en conceptos claros de lo que es el consentimiento", en una relación explícitamente consentida.

79 VIVES ANTÓN, T,.S.: "La libertad como pretexto" en *La libertad como pretexto,* Valencia 1995, p. 387. Toda la obra de VIVES ANTÓN es una reflexión sobre la libertad, pues siempre ha estudiado el sistema de justicia penal desde el prisma de los derechos fundamentales. Cfr. *Pensar la libertad. Últimas reflexiones sobre el Derecho y la Justicia*, Valencia 2019.

3. La controversia en torno a la tendencia a exasperar las penas en los delitos sexuales

La propuesta de reforma sobre los delitos sexuales en nuestro Código Penal, más allá de reformular los tipos, contempla asimismo un incremento generalizado de las penas de estos delitos. En particular prevé elevar las penas de los tipos básicos de los actuales abusos y agresiones sexuales[80]. Sin embargo, consideramos que el problema fundamental debería ser la correcta subsunción de los hechos en los tipos correspondientes y la constatación probatoria de los mismos, y no de insatisfacción de la pena asignada a dichos delitos. Es por ello que un reajuste en su regulación no tiene por qué conducir a un generalizado incremento de las penas[81].

En el caso de la Manada, si bien como señala MUÑOZ CONDE[82] hubo "una deficiente comprensión escénica" en el juicio, que quedó claramente puesta de manifiesto en el voto particular, corregida con posterioridad por el Tribunal Supremo, también se refleja el carácter punitivo y antiliberal de la sociedad actual.

Como bien razona LASCURAIN[83], si atendemos al principio de proporcionalidad, por las execrables conductas que realizaron los acusados se les ha impuesto una pena de quince años de prisión y ocho años adicionales de libertad vigilada, esto es, una pena mayor que la pena máxima que prevé nuestro Código Penal para el homicidio doloso (de diez a quince años de prisión y hasta cinco años de libertad vigilada). De manera que si estos sujetos hubieran llegado a matar intencionadamente a la víctima por oponerse a sus deseos sexuales su pena hubiera sido menor a la impuesta. Dicha comparación revela que **la pena por estos delitos no requiere ser elevada.**

La reciente sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 31 de octubre de 2019 en el caso de la denominada "Manada de Maresa", condena a cinco acusados a penas de entre 10 y 12 años de prisión por un delito de abuso sexual a menor y un delito continuado de abuso sexual a menor, así como establece una indemnización para la víctima de 12.000 euros al considerar que "el ataque a la indemnidad sexual fue extremadamente intenso y especialmente denigrante". En el presente caso también se evidencia que las penas impuestas son de por sí ya elevadas, y la protesta generada vuelve a ser consecuencia de cómo el Código Penal tipifica los delitos sexuales y no de la interpretación judicial.

Coincido nuevamente con el citado autor[84] en que a la repulsa que todos sentimos por estos graves atentados machistas debe responderse con firmeza, mas con la firmeza que proporcionan la mesura y el respeto a las garantías de los acusados. La respuesta en defensa de la libertad sexual de las mujeres no debe pasar por la elevación de las penas por estas conductas[85]; **cualquier exceso es contraproducente** entre otras razones porque la pena no es el remedio. Por su parte, también se rechaza la propuesta de un régimen penitenciario más severo en estos delitos[86], cuando por el contrario lo que debe reforzarse son los programas de tratamiento en prisiones para ellos.

En suma no podemos olvidar que en el Derecho penal el castigo está sometido intrínsecamente a límites constitucionales, como recuerda VIVES ANTÓN[87], de suerte que el principio de prohibición de exceso es expresión de un modelo constitucional[88], asociado a la idea de libertad, consustancial a nuestro Estado social y democrático de derecho, mientras que el "populismo punitivo", como subraya PAREDES[89], ha de ser visto

80 Puede verse un análisis de detallado de las propuestas de reforma, tanto del Anteproyecto que responde al encargo del Gobierno, como de la proposición de ley presentada por el grupo Unidos Podemos de 15 octubre 2018, en DIEZ RIPOLLÉS, J.L. "Alegato contra un derecho penal sexual identitario" en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2019

81 De esta opinión, el comunicado del Grupo de Estudios de Política Criminal sobre dichos delitos.

82 MUÑOZ CONDE en La vinculación del juez a la ley y la reforma de los delitos contra la libertad sexual. Algunas reflexiones sobre el caso "La Manada" en *Represión penal y Estado de Derecho. Homenaje al Prof. Gonzalo Quintero Olivares*, 2018, p. 950.

83 LASCURAÍN, A.: "La sentencia de La Manada: ¿todos contentos?", en *Público*, 1 de noviembre de 2019.

84 LASCURAÍN, A.: ob. y loc. cit.

85 RUEDA SORIANO/CUERDA ARNAU/OLIVAS DÍAZ/CUGAT/JUANATEY DORADO: "Por un derecho penal no punitivista" en *Tribuna Abierta*, 28 junio 2019. Especialmente crítica en relación a las principales reformas operadas en los delitos sexuales contra personas menores de edad se muestra CUERDA, poniendo de manifiesto de un lado como la mayoría de las mismas no son resultado de un análisis riguroso que tome en consideración datos empíricos que evidencien la necesidad de la reforma y de otro lado, que las líneas maestras de las reformas siguen siendo incremento de sanciones y ampliación del ámbito de lo punible. En "Irracionalidad y ausencia de evaluación legislativa en las reformas de los delitos sexuales contra menores", en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 2017, p. 26-7.

86 En este sentido, el Comunicado del Grupo de Estudios de Política Criminal.

87 VIVES ANTÓN; "Ley, lenguaje y libertad. Sobre determinismo, libertades constitucionales y Derecho penal", en Pensar la libertad, cit., p. 294.

88 ORTS BERENGUER/GONZÁLEZ CUSSAC, ob. cit., p. 138.

89 PAREDES CASTAÑÓN, J.M.:"Punitivismo y democracia: Las "necesidades sociales" y la "voluntad popular" como argumentos político-criminales", *Libertas. Revista de la Fundación Internacional de Ciencias penales*, no 4, 2016 (julio), p. 178.

como la manifestación, en el ámbito de la política criminal, de una baja calidad democrática.

El contenido material del Derecho Penal debe estar guiado por el principio de obtener un sistema cuyo objetivo sea conseguir la máxima libertad igual para todos que resulte posible y eso solo se logra cuando se prohíben las penas que no sean absoluta y estrictamente necesarias desde esa perspectiva.

BIBLIOGRAFÍA

ACALE SÁNCHEZ/FARALDO CABANA: en la Presentación del libro *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*", Valencia, 2018, p. 20 y ss.

ARIAS ERIBE, J.M.: "El nuevo sistema de derecho penal de VIVES ANTÓN: notas a un nuevo modelo metodológico normativo" en *Revista Telemática de Filosofía del Derecho, nº 10, 2006/2007*.

BERDUGO TORRES, I.: "El consentimiento en las lesiones veinte años después" en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos" in memorian*" 2001, Vol. 2.

BOIX REIG/ORTS BERENGUER: "Consideraciones sobre la reforma de los delitos contra la libertad sexual, por LO 11/1999" EN QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS: *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del profesor Jose Manuel Valle Muñiz*, 2001.

CARBONELL MATEU, J.C.: "¡Violación en manada¡", en *Al revés y al derecho*, 21 junio 2019.

CARUSO FONTÁN, V.: "Reflexiones en torno a la aplicación de la continuidad delictiva en el caso de la Manada" en *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*", Valencia, 2018, p. 217 y ss.

CEREZO MIR, J.: "El consentimiento como causa de exclusión del tipo y como causa de justificación" en *Estudios de derecho penal y criminología: en homenaje al profesor José María Ro.* 1989.

CHANG KCOMT, R.A.*: Consentimiento en derecho penal: análisis dogmático y consecuencias prácticas (tesis doctoral), Salamanca,* 2017.

COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T.S.: "El consentimiento del sujeto pasivo" en *Derecho penal. Parte general*, Valencia 1996.

CUERDA ARNAU, M.L.: "Extensión jurisprudencial de la comisión por omisión y principio de legalidad" en GONZÁLEZ CUSSAC (Coord) *Lenguaje y dogmática penal*, Valencia 2019, p. 74 y ss

CUERDA ARNAU, M.L.: "Agresión y abuso sexual: violencia o intimidación vs consentimiento viciado" en VVAA: *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*", Valencia, 2018.

CUERDA ARNAU, M.L.: "Irracionalidad y ausencia de evaluación legislativa en las reformas de los delitos sexuales contra menores", en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 2017

DE MONTALVO JÄASKELÄINEN, F.: *Menores de edad y consentimiento infomado,* Valencia 2019.

DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: "El delito de violación: algunos problemas que plantea su actual redacción" en VVAA: *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*", Valencia, 2018.

DIEZ RIPOLLÉS, J.L.: "Alegato contra un derecho penal sexual identitario" en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2019

DIEZ RODRÍGUEZ, J.R.: "El paciente testigo de Jehová, la negativa al tratamiento médico en situación de gravedad y la Circular 1/2012 de la FGE" en *Revista de Derecho*, UNED, 2012

ESCUDERO GARCÍA CALDERÓN, B.: *El consentimiento en Derecho Penal,* Valencia 2014.

FARALDO CABANAS, P.: "Evolución del delito de violación en los códigos penales españoles. Valoraciones doctrinales" en VVAA: *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Valencia, 2018.

FARALDO CABANAS/RAMÓN RIBAS: "La sentencia de la Manada y la reforma de los delitos de agresiones y abusos sexuales en España" en *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España, 2018.*

FERREIRO GALGUERA, J.: "Libertad de conciencia *contra legem*: criterios del Tribunal Constitucional en materia de transfusiones", *Foro Nueva época* 2004.

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO: Circular 1/2012 "*Sobre el tratamiento sustantivo y procesal de los conflictos ante el transfusiones de sangre y otras intervenciones médicas sobre menores de edad en caso de riesgo grave*".

GIMBERNAT: "Una tercera forma de realización del tipo: la interrupción de cursos causales salvadores", *Revista del Centro de Investigaciones Penales y Criminológicas* (Venezuela), nº 25, vol.I, 2006, pp. 365-405, 2006

GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.:"La fe ciega en el conocimiento experto" en *Acción significativa, comisión por omisión y dogmática penal,* 2017, p. 259

GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL.: Comunicado sobre la actual regulación de las agresiones y abusos sexuales, 2019.

GUISASOLA LERMA, C.: "Formas contemporáneas de esclavitud y trata de seres humanos: una perspectiva de género" en Estudios Penales y Criminológicos, XXXIX, 2019, p. 175 y ss.

JUAREZ TAVARES: *Teoria do injusto penal*, 2002.

JESCHECK: *Tratado de derecho penal. Parte general*, 1996

LASCURAÍN, A.: "La sentencia de La Manada: ¿todos contentos?", en *Público*, 1 de noviembre de 2019

LUZÓN PEÑA, D. "El consentimiento en Derecho Penal: causa de atipicidad, de justificación o de exclusión sólo de la tipicidad penal" en *Revista General de Derecho Penal*, 2012

MARTÍNEZ BUJAN, C.: *La autoría en Derecho penal. Un estudio a la luz de la concepción significativa (y del Código penal español*), Valencia 2019.

MIR PUIG, S.: "Entre la justificación y la exclusión de la tipicidad: consentimiento y adecuación social", en *Derecho Penal. Parte general,* 2016, p. 519 y ss

MORESO, JJ.: "Dos concepciones de la aplicación de las normas de derechos fundamentales" en *Revista Direito GV*, 2006, p. 23.

MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARAN, M: *Derecho penal. Parte general*, Valencia, 2015.

MUÑOZ CONDE, F.:"El tráfico ilícito de obras de arte" en *Estudios penales y criminológicos*, 1993.

MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal. Parte especial*, 2017.

MUÑOZ CONDE, F.: "La vinculación del juez a la ley y la reforma de los delitos contra la libertad sexual. Algunas reflexiones sobre el caso "La Manada" en *Represión penal y Estado de Derecho. Homenaje al Prof. Gonzalo Quintero Olivares*, 2018, p. 941 y ss

NÚÑEZ PAZ, M.A. *Interrupción voluntaria de la vida humana,* Valencia, 2016.

ORTS BERENGUER/GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: *Compendio de Derecho Penal. Parte Genera*l, Valencia 2019

ORTS BERENGUER, E.: en VVAA: *Derecho penal. Parte especial,* Valencia 2019.

POPOVA, M.: *Sexual consent*, Massachusetts, 2019.

PAREDES CASTAÑÓN, J.M.: "Punitivismo y democracia: Las "necesidades sociales" y la "voluntad popular" como argumentos político-criminales", *Libertas. Revista de la Fundación Internacional de Ciencias penales*, no 4, 2016 (julio),

ROMEO CASABONA, C.: *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, Granada, 2004.

ROXIN, C.: *Derecho penal. Parte general*, *Tomo II, Fundamentos. La estructura de la teoría jurídica del delito*, 1996, p. 509 y ss

RUEDA SORIANO/CUERDA ARNAU/OLIVAS DÍAZ/CUGAT MAURI/JUANATEY DORADO: "Por un derecho penal no punitivista" en *Tribuna Abierta*, 28 junio 2019.

SEGURA GARCÍA, M.J.: *El consentimiento del titular del bien jurídico en derecho penal*, 2000.

TAMARIT SUMALLA, J.M: "Responsabilidad penal de terceros ante la negativa a la transfusión de sangre de testigo de Jehová menor de edad con resultado muerte", en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 1998

VALERO HEREDIA, A.: "Repercusiones jurídicas de la conciliación entre la libertad religiosa y las hemotransfusiones cuando la vida de un menor está en juego: comentario a la sentencia del tribunal constitucional 154/2002 de 18 de julio, en el caso de los Testigos de Jehová" en *Parlamento y Constitución*, 2002.

VALLDECABRES ORTIZ, I.: *Imparcialidad del juez y medios de comunicación*, 2004.

WITTGENSTEIN, L: *Investigaciones filosóficas*, 1988.

VIVES ANTÓN, T.S.: *Fundamentos del sistema penal*, Valencia 1996.

VIVES ANTÓN, T.S.: *Fundamentos del sistema penal*. *Acción significativa y derechos fundamentales*, 2ª ed., Valencia 2011.

VIVES ANTÓN, T.S.: *La libertad como pretexto,* Valencia 1995

VIVES ANTÓN, T.S.: "Segundo seminario: nullum crimen sine lege. Comisión por omisión y dogmática penal", en VIVES ANTON, T.S./CUERDA ARNAU, M.L./GÓRRIZ ROYO, E.: *Acción significativa, comisión por omisión y dogmática penal,* 2017.

VIVES ANTÓN, T.S.: "Lenguaje común, derechos fundamentales, filosofía y dogmática penal" en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: *Lenguaje y dogmática penal*, Valencia, 2019, p. 227 y ss.

VIVES ANTÓN, T.S.: *Pensar la libertad. Últimas reflexiones sobre el Derecho y la Justicia*, Valencia 2019