CC BY SA

ATLÁNTICAS – Revista Internacional de Estudios Feministas, 2025, 10, 2, 2-32
ISSN: 2530-2736 https://dx.doi.org/10.17979/arief.2025.10.2.11558

¿Existe una noción "constitucional" de consentimiento? Del consentimiento como pacto al consentimiento como libertad de decisión

Is there a 'constitutional' notion of consent? From consent as covenant to consent as freedom of choice

Itziar Gómez Fernández

Recibido: 29/12/2024
Aceptado: 04/06/2025

RESUMEN

El consentimiento se ha transformado en una noción jurídica determinante a la hora de hablar del libre desarrollo de la personalidad y del pleno ejercicio de los derechos fundamentales. Y esa noción no sólo alude a la idea de consentimiento sexual, a pesar del protagonismo que esta dimensión ha asumido, sino que se abre a un escenario amplio en el que actúan distintas ramas del derecho. En el trabajo que se presenta se analiza someramente la evolución jurídica de la noción de consentimiento con la intención de proponer, tras el examen de tal evolución y su proyección al derecho privado y al derecho punitivo, un concepto específico del consentimiento en el terreno del ejercicio de los derechos fundamentales y, por tanto, en el ámbito del derecho constitucional. Desde este enfoque el consentimiento actúa en el espacio de los límites a la eventual injerencia de un tercero o del poder público en el ámbito propio del disfrute de los derechos individuales. Y la cuestión relevante, desde la óptica de los estudios feministas,

Itziar Gómez Fernández, es Profesora titular de derecho constitucional en la Universidad Carlos III de Madrid, y está acreditada a cátedra en el mismo área de conocimiento. Actualmente trabaja como Letrada de adscripción temporal en el Tribunal Constitucional de España, desempeñando esta función desde junio de 2010. Forma parte de varios grupos de investigación cuyas líneas de trabajo principales son la justicia constitucional, la interacciones normativas entre ordenamientos y la protección de los derechos fundamentales en situaciones de vulnerabilidad. Se inscribe dentro de la escuela teórica del feminismo jurídico. ORCID: 0000-0002-1792-1274

Cómo citar este artículo: Gómez Fernández, Itziar (2025). ¿Existe una nocion "constitucional" de consentimiento? Del consentimiento como pacto al consentimiento como libertad de decisión. *Atlánticas. Revista Internacional de Estudios Feministas*, 10 (2), 2-32. doi: https://dx.doi.org/10.17979/arief.2025.10.2.11558

es identificar un adecuado canon valorativo de la suficiencia del consentimiento que introduzca la idea de autonomía condicionada.

Palabras clave: consentimiento; estatuto constitucional; límites a los derechos fundamentales.

ABSTRACT

Consent has become a determining legal concept when speaking of the free development of personality and the full exercise of women's fundamental rights. And this notion does not refer only to the idea of sexual consent, despite the prominence that this dimension has acquired, but opens up a broad scenario in which different branches of law are involved. The work presented here briefly analyzes the legal evolution of the notion of consent with the intention of proposing, after examining this evolution and its projection to private law and punitive law, a specific concept of consent in the field of the exercise of fundamental rights and, therefore, in the field of constitutional law. From this point of view, consent acts in the field of the limits to the eventual interference of a third party or of the public power in the sphere of the enjoyment of individual rights. enjoyment of individual rights. And the relevant question, from the point of view of feministfeminist scholarship, is to identify an adequate evaluative canon of the sufficiency of consent that introduces the sufficiency of consent that introduces the sufficiency of consent that introduces the idea of conditioned autonomy.

Keywords: consent; constitutional status; limits to fundamental rights.

1. INTRODUCCIÓN

El debate público contemporáneo sobre la noción de consentimiento ha transformado el contenido específico de un término que, según el diccionario de la Real Academia de la Lengua española, evoca la acción de permitir algo o condescender en que ese algo se materialice. Pareciera que la popularización de la reflexión en torno al consentimiento[1], la focalización sobre los problemas asociados al consentimiento sexual y la literatura no jurídica más reciente sobre

[1] Una de las claves de esa popularización en España ha sido el intenso debate político en torno a la aprobación y posterior aplicación de la conocida como ley del "solo sí es si", esto es la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual.

ATLÁNTICAS-Rev. Int. Est. Fem. 2025, 10, 2, 2-32
ISSN: 2530-2736|| https://dx.doi.org/10.17979/arief.2025.10.2.11558

el tema[2] sitúan el consentimiento en un acto de voluntad personalísimo y, por tanto, individual. Un acto expresivo del querer, o incluso del desear de cada persona.

No obstante, en el debate jurídico no es posible situarse en una reflexión sobre el consentimiento que no tenga en cuenta los efectos que, sobre los bienes jurídicos de otras personas y de la colectividad, tiene ese acto de voluntad, ni es posible obviar que las condiciones para que se dé la adopción de un consentimiento válido, en muchas ocasiones, vienen predeterminadas por estructuras normativas o por estructuras de poder a las que el derecho no permanece ajeno. Y, por encima de todo, en el debate jurídico nos preocupa la idea de seguridad y previsibilidad de los efectos de cualquier acto, por lo que cualquier aproximación excesivamente relativista a las nociones jurídicas, y la visión personalísima e individualista del consentimiento lo es, provoca en el jurista la necesidad de reducir a estándares o cánones valorativos la diversidad evidente de los fenómenos del espíritu.

Además, debemos recordar que el debate jurídico no es unidimensional, y que las aproximaciones a la idea del consentimiento no son idénticas si las formulamos desde el derecho privado o desde el derecho público. Ni siquiera lo son si, dentro del derecho público, pensamos en clave de derecho penal y de capacidades represivas del Estado respecto de determinados comportamientos o si las pensamos en clave de derechos fundamentales, de derecho constitucional, por tanto.

Para comprender y explicar el alcance del consentimiento desde el punto de vista del derecho constitucional es preciso justificar por qué la noción, desde ese

[2] Me interesa resaltar en este punto los ensayos de Vanessa Springora (El consentimiento, Lumen, 2020); de Camille Kouchner (La familia grande, Ediciones Península, 2021); Clotilde Leguil (Ceder no es consentir, Ned Ediciones, 2023); y los trabajos de Clara Serra (El sentido de consentir, Anagrama, 2024); y Catharine Mackinnon (Le viol redéfini: Vers l'égalité, contre le consentement, Big Book, 2023).

ATLÁNTICAS-Rev. Int. Est. Fem. 2025, 10, 2, 2-32
ISSN: 2530-2736|| https://dx.doi.org/10.17979/arief.2025.10.2.11558

enfoque, insisto, enuncia cierta relación de pasividad respecto de una propuesta que viene de otra persona y a la que se accede sin que necesariamente ello suponga asumir como propia esa iniciativa. Dicho de otro modo, el consentimiento no es la expresión originaria de la voluntad, ni del deseo, no es ejercicio de una libertad genuina y absolutamente desvinculada del contexto o de las voluntades ajenas. El consentimiento tiende a evocar, con las excepciones que después veremos, la existencia de un parámetro relacional. Y, de manera principal, hace referencia a la preexistencia de una propuesta, de un derecho que debe ser ejercicio, o de un límite al ejercicio de ese derecho. Así entendido el consentimiento adquiere una dimensión constitucional, en el ámbito de los derechos fundamentales, como límites a la eventual injerencia de un tercero o del poder público en el ámbito propio del disfrute de los derechos individuales. A esta cuestión atenderemos en las próximas páginas.

No podemos obviar que la discusión o discusiones actuales sobre el consentimiento vienen profundamente marcadas por las contradicciones ínsitas al postmodernismo, por sus bases teóricas [factuales e individualistas (Grossi, 2019)] y por la particular posición, en este contexto, de la revisión de los parámetros sobre los que se construye la libre determinación sobre el cuerpo de las mujeres y la definición de la autonomía de la voluntad femenina a este respecto (De Zubiaurre, 1997). El posmodernismo nos sitúa entre la huida de la experiencia-patrón (De Zubiaurre, 1997, 84) y la necesidad de promover condiciones adecuadas a la consecución de la equidad, lo que exige pensar en términos del ideal paramétrico deseable y asumir, al tiempo, que ese ideal puede no ser universalmente válido. Por presentar solo un ejemplo práctico de esas contradicciones sobre las que debemos reflexionar, y que viene muy al caso de la deliberación sobre el consentimiento, encontramos que, mientras se defiende la posibilidad de que las mujeres decidamos sobre la continuación o no del proceso de gestación desarrollando argumental y normativamente una libertad de elección basada en la capacidad de decisión individual, en la voluntad de ser o

ATLÁNTICAS-Rev. Int. Est. Fem. 2025, 10, 2, 2-32
ISSN: 2530-2736|| https://dx.doi.org/10.17979/arief.2025.10.2.11558

no ser madres (Fanlo Cortés, 2017), se cuestiona profundamente la posibilidad de que esas mismas mujeres aceptemos el desarrollo de una gestación para terceras personas, enarbolando la idea de que los deseos (de paternidad o maternidad) no son derechos y que existen condicionantes estructurales que, en este caso, impiden la toma de decisiones libres (Balaguer, 2017).

Pero a pesar de la constatación precedente, este trabajo no tiene la pretensión, ni la capacidad de formular una aproximación interdisciplinar a la noción de consentimiento, ni dar respuesta a las contradicciones inherentes al enfoque multidimensional que acompaña la teorización sobre el consentimiento. Intentar explicar, por ejemplo, qué mecanismos y procesos mentales y emocionales, en lo más íntimo y profundo del ser humano, llevan a una persona a aceptar determinados comportamientos de otros que indicen sobre la propia integridad física, emocional o moral y que pueden tener consecuencias a corto, medio y largo plazo, podría tener interés para comprender hasta qué punto un consentimiento se presta de manera libre y consciente o de manera tan condicionada que hace devenir en inválido dicho consentimiento. Intentar dilucidar si ceder es o no lo mismo que consentir (en este sentido véase el trabajo de Leguil, 2023 y Serra, 2024) o hasta qué punto hablamos de consentimiento cuando en realidad estamos ante mero asentimiento podría resultar relevante a la hora de determinar el alcance y la validez del consentimiento. Pero nos limitaremos, en este caso, a examinar la noción, límites y suficiencia del consentimiento jurídico para dar respuesta a la cuestión de si es posible hablar de una sola noción de consentimiento propia al derecho constitucional sustantivo, que sirva para dirimir conflictos en el marco del ejercicio de los derechos fundamentales.

2. EL CONSENTIMIENTO COMO ACTO JURÍDICO: ACUERDO DE VOLUNTADES Y VOLUNTAD CEDENTE.

A la relevancia del consentimiento para el perfeccionamiento de los contratos ya se referían los títulos 18 y 19 del libro III de las *Instituciones* de Justiniano; el libro

ATLÁNTICAS-Rev. Int. Est. Fem. 2025, 10, 2, 2-32
ISSN: 2530-2736|| https://dx.doi.org/10.17979/arief.2025.10.2.11558

33 del *Ad Sabinum*, escrito por Ulpiano -a quien se atribuye la máxima *nulla est iniuria quae in volentem fiat*- esto es, no hay injuria si hay consentimiento; el tratado *De justitia et jure*, publicado por Luis de Molina entre 1593 y 1609 (disposición 267); el capítulo 11 del libro II de *De iure belli ac pacis* escrito por Hugo Grocio en 1625; o los trabajos de Samuel Pufendorf en su *De jure naturae et gentium* (1672) (Guzmán Brito, 2000).

No parece, por tanto, que se trate de un tema particularmente nuevo, como no lo es el desarrollo teórico de las bases de la validez del consentimiento que, en esta primera fase, se entiende como la confluencia de voluntades respecto de un objetivo contractual común o como el reconocimiento de la capacidad de disposición que el titular de un bien tiene sobre el mismo. Esto es, desde que el consentimiento asume una trascendencia jurídica adopta también una doble faz, para presentarse como acuerdo de voluntades, de la que se derivan efectos jurídicos que definen la relación entre quienes detentan las voluntades concordantes, o como acto de autodeterminación de la voluntad, que también se proyecta en la relación de la persona que consiente con su entorno. Tratándose de una acción propia de lo más íntimo de la voluntad humana, asume una dimensión jurídica cuando se proyecta hacia los demás. No hablamos de deseo, ni de convicción íntima, ni de construcción de una idea o decisión no comunicada. Nos referimos, en cambio, a una manifestación, expresa o implícita, de un acto de voluntad que tendrá unas características concretas en virtud del ámbito del derecho en el que lo pongamos a actuar.

La teoría del consentimiento como acuerdo de voluntades pasa del derecho privado a la teoría política, y más tarde al derecho constitucional de la mano de los teóricos contractualistas. Hobbes, con su *Leviathan* (1651), los *Dos ensayos sobre el gobierno civil* de John Locke (1690) o Rousseau con su *Contrato Social* (1762) elevaron el consentimiento y el acuerdo de voluntades libres forjadas en un "estado de naturaleza" a categoría de elemento fundacional de la comunidad

ATLÁNTICAS-Rev. Int. Est. Fem. 2025, 10, 2, 2-32
ISSN: 2530-2736|| https://dx.doi.org/10.17979/arief.2025.10.2.11558

política primero y del Estado después. Kant, por su parte, en la *Metafísica de las Costumbres* (1979), afina la noción de consentimiento y la desapega de una forma de voluntad general derivada de una entidad prepolítica, para explicar que se basa en la sumisión a las leyes coactivas como producto de una voluntad común (Krasnoff, 2018, 60-61). Pasamos pues de una noción inicial más cercana al acuerdo de voluntades individuales y confluyentes propia del derecho de contratos romano, a una noción que habla mas de cesión y asunción de unas reglas y del consentimiento a las mismas como elemento legitimador de la voluntad común. Trascendiendo a estos postulados modernos, John Rawls (*A Theory of justice*, 1971), contractualista también, atribuye a sus "contratantes" la vocación de determinar una serie de principios de justicia sobre los que se pueda mostrar acuerdo y fundar el pacto (Fernández Diaz, 2003, 175).

A pesar del interés innegable de esta progresión teórica que, sin duda, merecería un análisis más exhaustivo, ninguno de los teóricos mencionados cuestiona la identificación de los sujetos con capacidad para consentir y las condiciones en que diferentes sujetos afrontan individual o colectivamente el acto de consentir. Habrá que llegar hasta Carole Pateman (*El contrato sexual*, 1988) para que se exteriorizara el hecho de que existe una falla de origen en las teorías del consentimiento propias del contractualismo, porque aquellas parten de un principio de igualdad y equivalencia de voluntades que convergen en un determinado sentido. Y, sin embargo, esa presunción de equivalencia no responde a la posición que ocupan las personas en el espacio privado o en el espacio público a la hora de exteriorizar su voluntad a través del consentimiento y de comprometer su acción a través de la antedicha exteriorización. La desigualdad de posiciones se expresa paradigmáticamente a través de la desigualdad de estatuto jurídico de ambos sexos, pero tiene otras muchas manifestaciones vinculadas a lo que identificamos como categorías que sustentan el trato discriminatorio (la edad, el origen nacional, la posición socioeconómica, la raza, etc…).

ATLÁNTICAS-Rev. Int. Est. Fem. 2025, 10, 2, 2-32
ISSN: 2530-2736|| https://dx.doi.org/10.17979/arief.2025.10.2.11558

Desde ese enfoque esencial de la desigualdad basada en el sexo, pasamos con mucha facilidad a la reflexión sobre cómo el consentimiento puede venir profundamente marcado por el sexo de la persona que lo presta, particularmente el consentimiento sexual[3], y cómo puede condicionar su alcance y su validez. Pero esta reflexión resulta sumamente compleja y no está suficientemente bien desarrollada desde la teoría del derecho, porque exige acudir a presupuestos psicológicos complejos que no han sido aun suficientemente bien explorados desde la psicología jurídica.

Pero el problema no es sólo de insuficiencia de las bases teóricas, sino de incompatibilidad de los presupuestos de partida. La psicología parte de la consideración del individuo y su psique como elemento que construye la disciplina, mientras que para el derecho el objeto de estudio es la norma, y no la persona. Y la norma nos lleva a pensar en arquetipos y no en supuestos individuales, reales y diversos.

El debate postmoderno al que me refería en la introducción parece aproximarse a la teoría sobre el consentimiento desde una posición exageradamente individualista, en la que el "consentimiento" viene a ser sinónimo imperfecto de "libertad de elección": se discute sobre la libertad sexual y sobre el consentimiento como expresión de dicha libertad, habiendo desaparecido, al menos en el código penal, la referencia a los ataques a la indemnidad sexual que era previamente elemento esencial del binomio libertad-indemnidad (González Rus, 2023, 1429); se discute sobre la libertad de poner a disposición de terceros el propio cuerpo para la explotación mercantil del potencial sexual cuando

[3] No he querido centrar la reflexión de este trabajo en la cuestión del consentimiento sexual, a pesar de su innegable interés. Remito para su análisis al trabajo ya citado de Clara Serra y al de Malón Marco (2020), que se refiere a la doctrina del "consentimiento positivo", asumiendo la máxima de que el consentimiento sexual debería ser siempre un acto de voluntad activa y no una mera cesión ante las pretensiones de un tercero. También puede leerse el breve pero interesante trabajo de González Rus (2023) citado en la bibliografía.

ATLÁNTICAS-Rev. Int. Est. Fem. 2025, 10, 2, 2-32
ISSN: 2530-2736|| https://dx.doi.org/10.17979/arief.2025.10.2.11558

hablamos de la prostitución o prestación de servicios sexuales; se discute sobre idéntica libertad de disposición para los supuestos de gestación para terceros, del mismo modo que se habla de esa libre disposición a la hora de decidir sobre la continuación o no de una gestación deseada o no deseada. Pero, en estos debates, la trascendencia colectiva de los actos individuales de consentir ocupa un plano secundario porque interesan más los bienes jurídicos del individuo y su capacidad para gestionarlos, que los bienes jurídicos del colectivo que, en todo caso, precisa de portavoces y representantes dotados de legitimidad para expresar el interés del grupo y consentir o rechazar en su nombre.

Nos movemos, por tanto, en el marco ofrecido por una noción de consentimiento que oscila entre varios polos: una concepción individualista del consentimiento como ejercicio de la autonomía de la voluntad, y una concepción del consentimiento como pretensión consensual, como expresión del acuerdo de voluntades. Pero también nos movemos entre lo colectivo y lo individual. Y entre el arquetipo y la persona. La cuestión por determinar es la identificación del polo que se aproxima más a una noción del consentimiento relativo al ejercicio de los derechos fundamentales.

En el ámbito del derecho privado el consentimiento es elemento constitutivo en un buen número de disposiciones del derecho matrimonial[4]; en el establecimiento de las relaciones paternofiliales[5]; en el régimen económico

[4] Así, en el Código Civil Español, se cita la necesidad de consentimiento en los arts. 45, 52, 56, 57, 59, 60, 73, 81, 82, 83, 86, 89, 96 (respecto de distintos aspectos del régimen matrimonial); 90 (consentimiento de los abuelos para prever un régimen de visitas en casos de ruptura del vínculo matrimonial); 102 y 106 (consentimientos otorgados entre los cónyuges); y en los arts. 117, 118, 123, 124, 138, y 141 (consentimiento para la inscripción de los hijos matrimoniales o para el reconocimiento paternidad).

[5] Se encuentra referencia a la necesidad del consentimiento en los arts. 154, 156, 158 CC (relaciones paternofiliales); 162, 164 CC (relativos al consentimiento del otro cónyuge o de los hijos para la toma de determinadas decisiones); 173, 176, 176 bis, 177, 178, 180 CC (sobre el acogimiento y la adopción); arts. 243, 247, 248, 1329CC (sobre la emancipación); y arts. 264 (guardador de hecho); y 287 (curador).

ATLÁNTICAS-Rev. Int. Est. Fem. 2025, 10, 2, 2-32
ISSN: 2530-2736|| https://dx.doi.org/10.17979/arief.2025.10.2.11558

matrimonial[6]; en el diseño normativo de los derechos reales, las servidumbres y las obligaciones y contratos[7]; en el derecho de sociedades[8]; y en la constitución de las fianzas[9]. El peso de la confluencia de voluntades es tan intenso[10] en la comprensión del alcance del consentimiento en el derecho privado que, cuando no concurre esa voluntad concurrente se habla de asentimiento[11] y no de consentimiento.

Ahora bien, el acuerdo de voluntades se transforma en expresión de la voluntad individual cuando nos trasladamos al espacio propio del derecho punitivo del Estado, del Derecho Penal. La propia definición de consentimiento que ofrece la nueva redacción del artículo 178 del Código Penal es clara cuando establece que sólo "se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona". En este caso resulta indiferente si existía o no confluencia de voluntades, porque lo único relevante es si ante el acto de un tercero, que objetivamente supone injerencia en bienes jurídicos propios, la persona titular de esos bienes jurídicos cedió a esa intrusión o no mediante un

[6] En este sentido véanse los arts. 1320, 1322, 1367, 1370, 1376, 1377, 1378, 1382, 1386, 1388, 1423, 1433 CC.

[7] A este respecto cabe citar los arts. 380 CC (indemnización por accesión sin consentimiento); 397 CC (alteraciones cosa común por un condueño sin consentimiento de los demás); arts. 579, 595, 596, 597 CC (servidumbres); art. 612 CC (colmenas); art. 655 (donaciones); arts. 995, 997 (herencias); arts. 1205, 1207, 1211 CC (novación o subrogación) ; arts. 1258, 1261, 1262 CC (contratos); y arts. 1618, 1619, 1634, 1656 CC (censos y enfiteusis o similares).

[8] Véanse sobre este particular los arts. 1694, 1695, 1696, 1702 CC.

[9] Arts. 1850 y 1851 CC.

[10] No puede dejar de observarse que esta afirmación es válida en tanto asumimos que el Código Civil español actualmente vigente está atravesado por el principio de igualdad del art. 14 CE. Pero no existía equivalencia de voluntades en el régimen previo porque no existían sujetos con voluntades equivalentes, sino que el derecho civil estaba marcado por la prevalencia del estatuto del varón, particularmente en el ámbito matrimonial y en las relaciones de familia, que marcaban todas las demás. Por eso tiene sentido la crítica global de Carole Pateman en su trabajo (El contrato sexual) a las relaciones jurídicas matrimoniales como estructuras de consolidación de la subordinación, así como la consideración del consentimiento, en ese marco, siempre como una cesión de la autonomía de la voluntad de la mujer ante las propia del varón.

[11] Es la declaración de un tercero por la que manifiesta su conformidad con un negocio ajeno cuyos efectos jurídicos le atañen y se encuentra en el art. 177 CC respecto del asentimiento de los padres biológicos a la adopción.

ATLÁNTICAS-Rev. Int. Est. Fem. 2025, 10, 2, 2-32
ISSN: 2530-2736|| https://dx.doi.org/10.17979/arief.2025.10.2.11558

acto de voluntad libremente expresado[12]. Si, además de cesión, hubo confluencia de voluntades ello en nada modifica el valor del consentimiento en el ámbito penal.

Pero no es tan sencillo como oponer una noción privatista y una publicista de consentimiento, porque este, como manifestación de voluntad, funciona de modos diversos en el ámbito del derecho penal pudiendo identificarse como[13]: i) elemento del tipo en los delitos que se definen sobre la base del consentimiento entre el autor y la víctima, de modo tal que su presencia contribuye a la perfección del delito y su ausencia da lugar a la existencia de delitos diferentes, generalmente de mayor gravedad[14]; ii) causa de atipicidad en los delitos cuya estructura requiere la falta de consentimiento del sujeto pasivo[15]; iii) causa de justificación cuando el deber de respetar los bienes jurídicamente protegidos está fundada en el interés del titular de los mismos en su conservación y al darse la conformidad de aquel en la destrucción, modificación o puesta en peligro del bien jurídico desaparece la oposición que fundamenta la antijuridicidad del

[12] Sobre la importancia del consentimiento en la disponibilidad de los bienes jurídicos y la conexión entre derecho penal y derecho constitucional sustantivo en este ámbito véase Quintero Olivares, 1993, 15.

[13] Se exponen las dimensiones del consentimiento en el proceso penal sin asumir una determinada posición respecto de la prevalencia de las doctrinas dualistas (que distinguen entre acuerdo y consentimiento), unitarias (que no establecen distinción entre ambos y consideran que todo consentimiento excluiría la tipicidad); o diferenciadoras (que diferencian entre acuerdo como causa de tipicidad y consentimiento como excluyente del tipo o como excluyente de la antijuridicidad). A este respecto son muchos los autores que pueden consultarse, por ejemplo Polaino-Orts (2003).

[14] Los arts. 144 y 145 CP se refieren al aborto sin consentimiento de la mujer; el art. 156 bis CP al tráfico de órganos refiriendo que la ausencia del consentimiento expreso del donante vivo supone que un trasplante se transforme en el tipo de tráfico de órganos; el art 161 CP alude a la sumisión de una mujer a técnicas de reproducción asistida sin su consentimiento; el art. 172 ter CP se refiere a quien, sin consentimiento de su titular, utilice la imagen de una persona para realizar anuncios o abrir perfiles falsos en redes sociales, páginas de contacto o cualquier medio de difusión pública. Y, a los anteriores, se unen ahora, tras la reforma introducida por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, los delitos contra la libertad sexual (art. 178 y 183 CP).

[15] Así sucede en los delitos relativos a la revelación de secretos tanto de personas físicas como de personas jurídicas (arts. 197 y 200 CP); al secuestro de menores por uno de los progenitores (art. 225 bis CP); a las defraudaciones de flujo eléctrico y análogas (art. 256 CP); a los delitos contra la propiedad intelectual (art. 270 CP) o industrial (art. 273 CP); a los delitos contra el mercado, en particular la defraudación en materia de servicios audiovisuales (art. 286 CP); al delito de deslealtad profesional de los abogados (art. 467 CP); o al delito de infracción de la inviolabilidad del domicilio (art. 534 CP).

ATLÁNTICAS-Rev. Int. Est. Fem. 2025, 10, 2, 2-32
ISSN: 2530-2736|| https://dx.doi.org/10.17979/arief.2025.10.2.11558

hecho típico[16]; iv) causa de atenuación de la pena[17]; y v) elemento sin trascendencia cuando el titular del bien jurídico sea la colectividad o cuando el ordenamiento prohíba a los titulares disponer del objeto o renunciar a su derecho por razones de moralidad o de orden público[18] (Bueno Arus, 1985, 15; Quintero Olivares, 1993, 13).

Esta realidad impide hablar del consentimiento de un modo unívoco, incluso en el restricto ámbito del derecho penal donde la teoría unitaria (Polaino-Orts, 2004) y la teoría diferenciadora en torno al consentimiento aún no llegan a un acuerdo sobre este extremo (Segura García, 2004, 828 y ss.)[19]. Parece que el consentimiento adopta formas distintas en virtud del modo en que se identifique en cada uno de los tipos en los que aparece específicamente mencionado (Segura García, 2004, 856)[20]. Se trata, por tanto, de una noción polimórfica y difícilmente aprehensible en la que prevalece en ocasiones la autonomía de la voluntad en positivo, en otras el acuerdo, en otras la cesión de espacios de autonomía (consentimiento en

[16] Se puede identificar en el art. 156 CP, relativa a la eximente en el caso de lesión de la integridad física asociada a los tratamientos de trasplante, esterilización, cirugía transexual.

[17] Es el caso del art. 155 CP, para el delito de lesiones.

[18] Encontramos referencias a esta dimensión en el art. 187 CP referido al proxenetismo, que establece que "se impondrá la pena de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses a quien se lucre explotando la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de la misma".

[19] La jurisprudencia constitucional pareciera reforzar esta idea de falta de univocidad del concepto en la STC 44/2024, de 12 de marzo, que admite la posibilidad de que exista una definición penal de consentimiento y una propia del ámbito administrativo, aunque ambas se refieran al mismo fenómeno. La sentencia, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad planteado contra algunos preceptos de la Ley del Parlamento de Cataluña 17/2020, de 22 de diciembre, de modificación de la Ley 5/2008, del derecho de las mujeres a erradicar la violencia machista, se refiere al legislador competente para concretar la definición de consentimiento sexual, para llegar a la conclusión de que es el legislador estatal quien define las bases del consentimiento con efectos penales, mientras que el legislador autonómico tiene la facultad de definir el alcance de esta noción en el marco de los objetivos propios de una norma de carácter asistencial insertada en las políticas de género. Así, se refuerza la incertidumbre que rodea al consentimiento jurídico. El Tribunal sostiene que, "al definir el consentimiento sexual en el art. 2 de la Ley 17/2020, el legislador sectorial catalán ni tipifica de manera efectiva y concreta algún supuesto de responsabilidad penal, ni tampoco reproduce o amplia tipo penal alguno (SSTC 142/1988, FJ 7, y 162/1996, FJ 4), limitándose a introducir una previsión en ejercicio de sus competencias en materia de políticas de género ex art. 153 EAC".

[20] Sobre la necesidad de simplificar y unificar la noción de consentimiento en relación con los delitos sexuales, véanse Quintero Olivares (1993, 19) y Malón (2022, 63 y ss), quien pone de manifiesto en su trabajo la idea esencial de estas páginas: la ausencia de una noción unívoca de consentimiento incluso si nos centramos exclusivamente en el consentimiento sexual.

ATLÁNTICAS-Rev. Int. Est. Fem. 2025, 10, 2, 2-32
ISSN: 2530-2736|| https://dx.doi.org/10.17979/arief.2025.10.2.11558

negativo). También porque se le asocian características diversas en virtud del bien jurídico protegido por el tipo concreto. Así en el art. 155 CP, referido a las lesiones, se establece que para que su presencia actúe como atenuante de la pena, se exige que el consentimiento sea válido, libre, espontáneo y expreso, mientras que en el art. 156 CP, referido a ciertos tratamientos médicos, se exige además que sea consciente.

Si atendemos no ya a la noción de consentimiento, sino a la definición de las reglas sobre su validez o invalidez, podemos identificar algunos elementos comunes pero que tampoco responden a estándares inequívocos:

- En el ámbito del derecho privado, decimos que son condiciones de validez del consentimiento, entre otras que no vienen al caso ahora (como la causa, forma, y tiempo), la capacidad de quien consiente, la titularidad del bien jurídico respecto del que se consiente, y la libertad para prestar el consentimiento de forma incondicionada (Quintero Olivares, 1993, 22) . El art. 1265 CC establece que será nulo, y por tanto se tendrá por inexistente, el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo (Rogel, 2016). También podemos excluir con facilidad las condiciones que sean, en sí mismas, lesivas de derechos individuales.
- El consentimiento de los menores de edad no siempre tiene el mismo valor. Como regla general, en el ámbito penal, el consentimiento prestado por menores de edad (menores de 18 años) o por personas con discapacidad necesitadas de especial protección es inválido (arts. 155 y 156 CP). Pero la regla se excepciona en relación con los delitos contra la libertad sexual porque, en este caso, la edad del consentimiento válido baja hasta los 16 años (art. 183 bis) e incluso puede ir por debajo de esta edad

ATLÁNTICAS-Rev. Int. Est. Fem. 2025, 10, 2, 2-32
ISSN: 2530-2736|| https://dx.doi.org/10.17979/arief.2025.10.2.11558

si la actividad sexual potencialmente punible se realiza entre dos personas próximas por edad y grado de desarrollo o madurez física y psicológica. Al final, la validez del consentimiento del o de la menor de edad va a depender en buena medida de quien sea el sujeto activo del comportamiento típico, y no necesariamente de las características de quien emite el consentimiento.

- El consentimiento obtenido bajo determinadas condiciones es considerado inválido en relación con algunos tipos concretos, pero no se establecen reglas generales de exclusión de la validez en el código penal. Así, el consentimiento obtenido a cambio de precio o recompensa se considera inválido si se producen hechos tipificados como lesiones (art. 156 CP). Y el uso de la violencia, la intimidación o el engaño, también se considera invalidante de la prestación del consentimiento en el caso del delito de trata de seres humanos. El art. 177 bis establece que el consentimiento de la víctima será irrelevante cuando se haya recurrido para obtenerlo a la "violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima".

En suma, si el acuerdo de voluntades es el elemento clave del consentimiento en el ámbito de las relaciones entre las personas, que viene regulado por el derecho civil, la conexión entre el Estado y el particular, a través del derecho penal acude a una noción de consentimiento que se apoya sobre la autonomía de la voluntad y la expresión del control de la persona sobre el haz de bienes jurídicos que le son

ATLÁNTICAS-Rev. Int. Est. Fem. 2025, 10, 2, 2-32
ISSN: 2530-2736|| https://dx.doi.org/10.17979/arief.2025.10.2.11558

propios[21]. Se trata aquí de un consentimiento cedente, de una cesión respecto del espacio propio que queda bajo el control de la persona. En uno y otro ámbito la validez del consentimiento exige la adopción de acto de la voluntad libre, y es en este punto donde surgen los problemas, no sólo de prueba, sino de configuración estricta de la noción de libre toma de decisiones.

3. EL CONSENTIMIENTO DESDE UN ENFOQUE CONSTITUCIONAL

Si trasladamos las dos aproximaciones a las que acabamos de referirnos al derecho constitucional vemos que ambas pueden ser identificadas en el texto de la Constitución, si bien de modo casi anecdótico, porque sólo existen tres menciones al consentimiento en el texto aprobado en 1978.

La vertiente del consentimiento como acuerdo de voluntades está presente en dos de los tres preceptos que en la Constitución hacen referencia directa al consentimiento. Así los arts. 63 y 94 se refieren al consentimiento del Estado, un sujeto institucional, para obligarse internacionalmente por medio de tratados. El primero de los preceptos se refiere a que corresponde al Rey manifestar ese consentimiento, porque la ausencia de personalidad del Estado exige la exteriorización de la voluntad de contratar o pactar a través de uno de sus agentes o representantes. Y el segundo se refiere a la necesidad de que las Cortes Generales autoricen la prestación del consentimiento del Estado para obligarse internacionalmente cuando los tratados internacionales, esto es los pactos respecto de los que se precisa emitir la voluntad consensual, se encuentren incluidos en el listado que prevé el propio precepto. En ambos supuestos estamos

[21] Evito de manera consciente la reflexión en torno a la indisponibilidad de determinados bienes jurídicos, pero parto del presupuesto implícito de que todos los bienes jurídicos son disponibles y que la eventual limitación de esa capacidad de disposición se sitúa en la preservación de intereses ajenos o intereses colectivos, pero no en una caracterización de indisponibilidad. Sobre la cuestión de la indisponibilidad véase Pérez del Valle (2012).

ATLÁNTICAS-Rev. Int. Est. Fem. 2025, 10, 2, 2-32
ISSN: 2530-2736|| https://dx.doi.org/10.17979/arief.2025.10.2.11558

ante la identificación del Estado como sujeto de derecho internacional que se relaciona con otros sujetos iguales y que se comprometen a cumplir determinados pactos contenidos en un tratado. A estos efectos la reciprocidad y las voluntades equivalentes actúan como elemento fundante del acuerdo.

Por lo que hace a la comprensión del consentimiento como cesión o aceptación de la injerencia en un bien jurídico propio, la Constitución se refiere al consentimiento en relación con el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio. El art. 18.2 CE establece que el domicilio es inviolable y que ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito. Es aquí donde encontramos el esquema de funcionamiento del consentimiento en el ámbito de los derechos fundamentales que se aproxima más a la concepción propia del derecho penal que a la del derecho de contratos, porque los sujetos que se relacionan en este caso también son la persona, titular del derecho a la inviolabilidad del domicilio, y el poder público, que podía limitar tal derecho si se dan determinadas circunstancias entre las que se incluye la aceptación previo consentimiento del titular del derecho.

Ahora bien, siendo esta la única mención explícita contenida en el texto constitucional, la posición del consentimiento en la aceptación de menoscabo de otros derechos fundamentales ha ido definiéndose por vía jurisprudencial y a partir de determinados supuestos paradigmáticos a los que nos referiremos inmediatamente. Y seguimos preguntándonos qué modalidad de consentimiento actúa en la gestión de los derechos fundamentales cuando estos se ejercitan en el marco de relaciones privadas o cuando se ejercitan en el contexto de las relaciones con los poderes del estado.

ATLÁNTICAS-Rev. Int. Est. Fem. 2025, 10, 2, 2-32
ISSN: 2530-2736|| https://dx.doi.org/10.17979/arief.2025.10.2.11558

3.1. El consentimiento no es un acuerdo de voluntades en el marco de las relaciones horizontales en que se ejercen derechos fundamentales

En algunos ordenamientos del sistema anglosajón, como el canadiense, la autonomía de la voluntad es clave para el desarrollo de los derechos de la personalidad (Girouz), pero esa dimensión no está tan clara en el sistema continental y, en particular, en el sistema español, en el que se establece como sujeto pasivo de los derechos fundamentales al poder público en sus tres formas (ejecutivo, legislativo y judicial). El consentimiento como acuerdo de voluntades se identifica más fácilmente en las relaciones horizontales, pero cuando hablamos de la afectación de derechos fundamentales prevalece la aproximación al consentimiento como cesión y no como acuerdo, y ello exige que se definan una serie de garantías para asegurar la validez de tal consentimiento. Ello se deriva de forma clara de las previsiones jurisprudenciales desarrolladas por el Tribunal Constitucional.

a. Relaciones médico-paciente (o el consentimiento en relación con el derecho a la integridad física y moral): La proyección del consentimiento individual a la práctica de determinados tratamientos médicos se articula, en el sistema de derechos fundamentales, a través del art. 15 CE, que se refiere a la protección de la integridad física y moral (STC 38/2023, de 20 de abril, FJ 3)[22].

Desde 1990 la jurisprudencia constitucional sostiene que el derecho a la inviolabilidad del cuerpo o el espíritu de una persona es una garantía frente a

[22] La STC 38/2023, de 20 de abril, apelando a lo manifestado en la STC 37/2011, de 28 de marzo, recuerda en su fundamento jurídico 3º, que las relaciones médico-paciente, esto es la elección de los actos médicos y el juego del consentimiento en este ámbito, se analizan por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos desde la óptica del derecho a la vida privada del art. 8 CEDH, tal y como se expresa en las sentencias Raninen c. Finlandia, de 24 de febrero de 1998; Herczegfalvy c. Austria, de 24 de septiembre de 1992; o Pretty c. Reino Unido, de 29 de abril de 2002.

ATLÁNTICAS-Rev. Int. Est. Fem. 2025, 10, 2, 2-32
ISSN: 2530-2736|| https://dx.doi.org/10.17979/arief.2025.10.2.11558

cualquier intervención en esos bienes jurídicos (cuerpo y mente) que carezca del consentimiento de su titular[23]. En este caso el consentimiento actúa como manifestación del libre desarrollo de la personalidad[24], porque es una expresión de la voluntad de autodeterminación de la persona sobre su propio cuerpo[25]. Se observa claramente que la jurisprudencia constitucional no se aproxima al consentimiento, en este ámbito como un acuerdo de voluntades equivalentes, sino que se parte del presupuesto de que existe una facultad de dominio y control sobre el propio cuerpo y que, ante la eventual injerencia o los eventuales riesgos que puedan afectar a la preservación de esa integridad física y moral, la voluntad del titular del derecho es determinante para considerar legítima o no la afectación de tal derecho.

El consentimiento así entendido se articular como una eventual facultad de oposición. Dicho en otros términos, la última expresión del consentimiento sería el rechazo y, en este ámbito, la libre conformación del consentimiento implica la facultad de "oposición a la asistencia médica, en ejercicio de un derecho de autodeterminación que tiene por objeto el propio sustrato corporal, como distinto del derecho a la salud o a la vida" (STC 154/2002, de 18 de julio, FJ 9). Reconocer la facultad de rechazo supone asumir que en ejercicio del derecho a la integridad física o moral se ponga en riesgo la salud, esto es, la propia integridad física y moral o incluso la propia vida[26]. Así, el consentimiento actúa como elemento fundamental y definitorio del ejercicio del propio derecho, porque habilita para renunciar al mismo. Pero, como en relación con todos los demás derechos, tampoco aquí se reconoce con carácter absoluto. En primer lugar, se exige que el

[23] SSTC 120/1990, de 27 de junio; 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4; 154/2002, de 18 de julio, FJ 9; 19/2023, de 22 de marzo, FJ 4.
[24] STC 37/2011, de 28 de marzo, FJ 3.
[25] SSTC 37/2011, de 28 de marzo, FJ 5; y 38/2023, de 20 de abril.
[26] En ese sentido se entiende el FJ 5 de la STC 37/2011, de 28 de marzo.

ATLÁNTICAS-Rev. Int. Est. Fem. 2025, 10, 2, 2-32
ISSN: 2530-2736|| https://dx.doi.org/10.17979/arief.2025.10.2.11558

consentimiento se conforme de forma libre y responsable. Y es condición imprescindible de la conformación del libre consentimiento la información. El FJ 5 de la STC 37/2011, de 28 de marzo, retomada por la STC 38/2023, lo expresa del modo siguiente:

> es imprescindible que el paciente cuente con la información médica adecuada sobre las medidas terapéuticas, pues solo si dispone de dicha información podrá prestar libremente su consentimiento, eligiendo entre las opciones que se le presenten, o decidir, también con plena libertad, no autorizar los tratamientos o las intervenciones que se le propongan por los facultativos. De esta manera, el consentimiento y la información se manifiestan como dos derechos tan estrechamente imbricados que el ejercicio de uno depende de la previa correcta atención del otro, razón por la cual la privación de información no justificada equivale a la limitación o privación del propio derecho a decidir y consentir la actuación médica, afectando así al derecho a la integridad física del que ese consentimiento es manifestación.

Si el consentimiento es libre, voluntario y consciente, puede referirse incluso al hecho de poner fin a la propia vida en un "contexto eutanásico". Se puede, por tanto, consentir para dejar de existir, lo que supone una expresión máxima de autonomía. Pero en este caso, la gravedad de la injerencia supone que las garantías de la adopción del consentimiento libre sean aún más intensas y la intervención del poder público en el proceso que conforma la voluntad y da lugar a la emisión del consentimiento sea más invasiva[27].

La importancia dada a la información previa al consentimiento puede generar algunos efectos perniciosos sobre la propia configuración del consentimiento libre. Por un lado, pareciera que la información previa es un mero mecanismo de exención de responsabilidad médica para los supuestos en que se produzcan

[27] STC 19/2023, de 22 de marzo, FJ 6. En este supuesto se niega la posibilidad de que el consentimiento sea prestado por un representante (arts. 5.2, 6.4 y 9 LORE), y se exige una manifestación externa del consentimiento por quien esté en pleno uso de sus facultades.

ATLÁNTICAS-Rev. Int. Est. Fem. 2025, 10, 2, 2-32
ISSN: 2530-2736|| https://dx.doi.org/10.17979/arief.2025.10.2.11558

efectos indeseables o un menoscabo inesperado o desproporcionado sobre la integridad física o moral de la persona titular del derecho. Por otro, es posible instrumentalizar esta garantía para condicionar la prestación del consentimiento y, en este caso, podemos entender que no es condición implícita de la formación de un consentimiento libre y consciente, sino presupuesto de su invalidez por haber sido utilizada para condicionar la prestación o el rechazo al tratamiento médico. El supuesto paradigmático de los problemas asociados al contenido de la información previa tiene que ver con la prestación del consentimiento informado para la interrupción voluntaria del embarazo. En la STC 44/2023, de 9 de mayo, se valida el modelo de información previa previsto en la Ley Orgánica 2/2010, sin profundizar en la cuestión y limitándose a afirmar que la finalidad del trámite de información previa es:

> proporcionar a la mujer la información más completa que pueda necesitar a la hora de adoptar una decisión que se considera de extraordinaria trascendencia, libre de toda presión externa, con pleno conocimiento de causa y contando con todos los elementos adecuados para formar juicio, incluidos aquellos que pudieran contribuir a subvenir las dificultades de todo orden que el nacimiento de un hijo o hija pudiera plantear.

Pero el voto particular de Maria Luisa Balaguer sí se detiene en la cuestión de la información previa al consentimiento, y del consentimiento en sí, para explicar cómo el consentimiento para interrumpir el embarazo no debiera quedar condicionado a la prestación de una información específica previa. Dice el voto que:

> (h)ay que tener presente que el art. 145 bis CP tipifica como delito autónomo el incumplimiento de los requisitos procedimentales regidos en la Ley Orgánica 2/2010, en particular, el relativo a la comprobación de que la mujer ha recibido la información previa. Y, de ello, se puede deducir que el sistema de plazos legalmente previsto no es un sistema de plazos incondicionado, sino un sistema de plazos con asesoramiento, configuración que parece aceptar implícitamente la sentencia. Pero yo entiendo que resulta más respetuoso con el pleno ejercicio del derecho de la mujer a interrumpir la gestación un modelo de plazos que asuma

ATLÁNTICAS-Rev. Int. Est. Fem. 2025, 10, 2, 2-32
ISSN: 2530-2736|| https://dx.doi.org/10.17979/arief.2025.10.2.11558

> la autonomía decisoria plena de la gestante. Una norma sobre interrupción voluntaria del embarazo que remitiera a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, para definir el consentimiento informado, o que no dispusiera más información previa adicional que la que prevé dicha ley, también podría ser considerada constitucional, y sin duda alguna, mucho menos restrictiva de la libertad individual y considerablemente menos lesiva del principio de dignidad personal. Porque la clave del razonamiento no puede ser la existencia de un conflicto entre derechos y valores constitucionales que obliguen al legislador a desarrollar mecanismos de protección del *nasciturus"*. (…) No es necesaria una información específica con connotación moral. Esa información se recibirá, si la mujer así lo desea, en otro contexto. Ni es necesaria una información reforzada o distinta de la que se facilita para acceder a otro tipo de intervenciones. Porque presuponer lo contrario es asumir la incapacidad de la mujer para tomar decisiones libres sin tutela administrativa, es asumir que la decisión adoptada por la mujer no es definitiva cuando llega al servicio de salud y es necesario reconducirla o confirmarla. Es asumir la falta de autonomía cognoscitiva y moral de la mujer.

En segundo término, el consentimiento puede verse mediatizado cuando existe un riesgo para los bienes jurídicos de terceras personas. El ejemplo idóneo es el relativo a la toma de decisiones en el curso de la gestación porque, en este caso, la mujer embarazada emite o niega su consentimiento respecto al seguimiento médico y esas decisiones pueden afectar a la viabilidad del feto, a la salud del nasciturus o a la futura integridad física de la persona que llegará a ser. Las sentencias 66/2022, de 2 de junio y 22/2023, de 23 de febrero, se refieren a esta cuestión en relación con el mismo supuesto de hecho: el ingreso hospitalario forzado de una mujer cuyo embarazo había llegado a término, pero había decidido parir en su casa, a pesar de las advertencias de riesgo formuladas por los facultativos. El Tribunal, partiendo del reconocimiento de la libertad, intimidad personal y autonomía de la mujer, y afirmando que es a ella a quien le concierne "decidir libremente sobre su propio sustrato corporal durante la gestación, lo que supone que no debe ser objeto de injerencias ajenas que la

ATLÁNTICAS-Rev. Int. Est. Fem. 2025, 10, 2, 2-32
ISSN: 2530-2736|| https://dx.doi.org/10.17979/arief.2025.10.2.11558

obstaculicen de manera ilegítima" (FJ 3), aplica a la solución del caso la doctrina general de que ningún derecho es ilimitado cuando entra en colisión con otros bienes constitucionales y, en este caso, se entiende que el rechazo de la asistencia hospitalaria, como forma de expresión del consentimiento de la titular del derecho, queda limitado por la protección de la vida y salud del nasciturus.

Por último, la autodeterminación individual se puede ver eventualmente limitada en el caso de las personas menores de edad o afectadas por una discapacidad limitativa de la facultad para decidir, porque puede llegar a desplazarse a sus representantes legales la toma de decisiones[28] sustituyendo el consentimiento del titular del derecho. Y también puede llegar a limitarse la autonomía de la voluntad en el caso de personas sometidas a situaciones de especial sujeción[29]. En cualquiera de estos supuestos, se identifica un doble interés: de un lado, el estrictamente individual de la persona afectada, y de otro, los intereses públicos en presencia, entre los que puede integrarse incluso la preservación del interés superior del menor que no puede entenderse de un modo estrictamente individual[30]. Pero la jurisprudencia no argumenta de forma

[28] En este caso es clave la STC 154/2002, de 18 de julio, que reconoció la autonomía de un menor de edad testigo de jehová, para rechazar una transfusión sanguínea que tuvo relación causal directa con su fallecimiento.

[29] Es el conocido caso de la huelga de hambre de los presos del GRAPO: SSTC 120/1990, de 27 de junio y 137/1990, de 19 de julio. En este caso ya se decía que el art. 15 CE "garantiza el derecho a la integridad física y moral, mediante el cual se protege la inviolabilidad de la persona, (…) contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular. Por ello, este derecho constitucional resultará afectado cuando se imponga a una persona asistencia médica en contra de su voluntad, (…) y, por consiguiente, esa asistencia médica coactiva constituirá limitación vulneradora del derecho fundamental, a no ser que tenga justificación constitucional".

[30] Tal y como recuerda el voto particular de Maria Luisa Balaguer a la STC 28/2024, de 27 de febrero, sobre gestación subrogada: "En su Observación general núm. 14 (OG14), sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, de 29 de mayo de 2013, el Comité subraya que el interés superior abarca tres dimensiones (derecho sustantivo, principio jurídico interpretativo fundamental y norma de procedimiento) y que, como derecho sustantivo, el interés superior a tener en cuenta no es solo el de un niño en concreto, tal y como este tribunal subraya de forma insistente en su jurisprudencia, sino también el interés superior de los niños considerados como grupo o en general; siendo ese interés superior "una" consideración primordial y no "la" consideración primordial a que se atenderá en la adopción de las medidas que afecten a los niños".

ATLÁNTICAS-Rev. Int. Est. Fem. 2025, 10, 2, 2-32
ISSN: 2530-2736|| https://dx.doi.org/10.17979/arief.2025.10.2.11558

suficientemente razonable en qué supuestos prevalece el consentimiento otorgado por sustitución y en cuales prevalece el interés público[31].

b. Relaciones entre el titular del derecho a la intimidad y quien es titular de las libertades informativas. El Tribunal sostiene, de forma constante, que el derecho fundamental a la intimidad otorga una facultad de exclusión que el titular del derecho ejerce frente a terceros y que le permite mantener un ámbito privativo, fuera de la aproximación de esos terceros. Sólo el consentimiento puede relajar esa facultad de exclusión, porque corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno[32]. Y la virtualidad de tal consentimiento se concreta del modo siguiente:

- En cuanto a la forma de prestación del consentimiento es admisible tanto el consentimiento expreso como el consentimiento tácito[33].
- Cuando se otorga el consentimiento con un determinado objetivo, no se puede utilizar la información obtenida con una finalidad diversa, porque eso quiebra la conexión necesaria entre consentimiento y alcance de la injerencia en el derecho a la intimidad[34].

[31] En todas las sentencias que resuelven recursos de amparo frente a la vacunación de mayores dependientes o de menores de edad cuyos progenitores estaban en desacuerdo sobre la vacuna, el Tribunal concluye que la vacunación era necesaria para preservar la salud de la persona que no podía consentir por sí misma. Y, habida cuenta de la diversidad de circunstancias, parece obvio que subyace en todos estos pronunciamientos, como leitmotiv la situación de riesgo de salud pública asociada a la pandemia, con lo que el consentimiento individual, en este caso el consentimiento sustitutivo queda preterido sistemáticamente: SSTC 59/2024, de 8 de abril; 58/2024, de 8 de abril; 56/2024, de 8 de abril; 41/2024, de 11 de marzo; 24/2024, de 12 de febrero; 14/2024, de 29 de enero; 13/2024, de 29 de enero ; 6/2024, de 15 de enero; 5/2024, de 15 de enero ; 4/2024, de 15 de enero; 187/2023, de 11 de diciembre ; 186/2023, de 11 de diciembre ; 185/2023, de 11 de diciembre; 182/2023, de 11 de diciembre; 180/2023, de 11 de diciembre; 163/2023, de 20 de noviembre; 162/2023, de 20 de noviembre; 160/2023, de 20 de noviembre; 159/2023, de 20 de noviembre; 158/2023, de 20 de noviembre; 157/2023, de 20 de noviembre; 156/2023, de 20 de noviembre; 155/2023, de 20 de noviembre ; 154/2023, de 20 de noviembre ; 148/2023, de 6 de noviembre ; 74/2023, de 19 de junio.

[32] Aquí cito tan solo la STC 135/2014, de 8 de septiembre, remitiéndome a la jurisprudencia referenciada en su FJ 3.

[33] STC 173/2011, de 7 de noviembre, FJ 2.

[34] SSTC 196/2004, de 15 de noviembre, FJ 2; 206/2007, de 24 de septiembre, FJ 5; y 70/2009, de 23 de marzo, FJ 2; 173/2011, de 7 de noviembre. En el asunto resuelto por la STC 208/2013, de 16 de diciembre, se plantea la injerencia ilegítima en el derecho a la intimidad de una persona que consintió en la utilización de su imagen pero no, obviamente, que esta fuera difundida para ridiculizarla lo que, efectivamente, sucedió.

ATLÁNTICAS-Rev. Int. Est. Fem. 2025, 10, 2, 2-32
ISSN: 2530-2736|| https://dx.doi.org/10.17979/arief.2025.10.2.11558

- El consentimiento para revelar determinados aspectos de la intimidad no es extensible a otros aspectos distintos, con lo que el objeto sobre el que versa la cesión resulta fundamental[35]. El que una persona haya hechos públicos, voluntariamente, datos de la vida privada no quiere decir que cualquier otro dato distinto sea disponible por terceros para ser revelado[36].
- El criterio desarrollado para determinar el alcance del consentimiento relativo a la información de datos o circunstancias asociadas al ámbito privado de la persona también se proyecta sobre el tratamiento de imágenes su captación[37], utilización[38], modificación[39] o difusión[40].

c. Relaciones entre el titular de los datos y el sujeto jurídico público o jurídico privado con capacidad de explotación de dichos datos. En el ámbito propio de la protección de datos personales nos movemos en los márgenes marcados por la titularidad del derecho a la intimidad personal (art. 18 CE), aunque la protección de datos tenga un alcance mayor, y también actúa el consentimiento como elemento clave, aunque no único, de la injerencia legítima de un tercero en ese ámbito. El derecho a la protección de datos garantiza a la persona un poder de control sobre sus datos personales y genera una serie de obligaciones en los terceros interesados en la gestión de los datos[41], esencialmente la obligación de requerir el previo consentimiento para la recogida y uso de los datos personales,

[35] STC 115/2000, de 5 de mayo.

[36] La misma afirmación cabe realzar cuando, por ejemplo, se solicita un análisis médico con un objetivo determinado, para el que se otorga el consentimiento, y los datos obtenidos se utilizan para una finalidad distinta de la inicialmente declarada, supuesto que se plantea en la STC 173/2011, de 7 de noviembre.

[37] STC 39/2016, de 3 de marzo.

[38] STC 27/2020, de 24 de febrero.

[39] STC 23/2010, de 27 de abril.

[40] SSTC 83/2002, de 22 de abril, 176/2013, de 21 de octubre; 7/2014, de 27 de enero; 19/2014, de 10 de febrero; 18/2015, de 16 de febrero o, en su vertiente de la publicación, el ATC 300/1989.

[41] STC 292/2000, de 30 de noviembre.

ATLÁNTICAS-Rev. Int. Est. Fem. 2025, 10, 2, 2-32
ISSN: 2530-2736|| https://dx.doi.org/10.17979/arief.2025.10.2.11558

así como para su cesión en cada caso concreto[42]. A esta obligación acompaña como correlato el derecho a ser informado sobre el destino y uso de esos datos, el derecho a acceder, rectificar y cancelar dichos datos[43]. La información actúa, por tanto, como elemento definidor de la validez del consentimiento.

3.2. El consentimiento es siempre cesión en el marco de las relaciones entre los poderes públicos y los ciudadanos titulares de derechos fundamentales.

En estos casos se plantea aún con más intensidad la certeza de que la autonomía decisoria actúa como cesión y no como acuerdo de voluntades equivalentes. El reconocimiento del derecho fundamental protege a la persona frente a injerencias del poder público en la esfera definida por el derecho. Ese límite, sin embargo, puede ser levantado bien por la decisión de un juez, que actúa en este supuesto como juez de garantías, bien por la concurrencia de circunstancias excepcionales previstas en la propia norma reguladora del derecho (la flagrancia en la comisión de un delito ex art. 18.2 CE) o bien porque media el consentimiento del titular del derecho[44]. El valor del consentimiento como límite a la intervención del poder público en la esfera de los derechos fundamentales es tan relevante que puede

[42] La STC 96/2012, de 7 de mayo, establece que "el interesado debe ser informado tanto de la posibilidad de cesión de sus datos personales y sus circunstancias como del destino de éstos, pues sólo así será eficaz su derecho a consentir, en cuanto facultad esencial de su derecho a controlar y disponer de sus datos personales. Para lo que no basta que conozca que tal cesión es posible según la disposición que ha creado o modificado el fichero, sino también las circunstancias de cada cesión concreta. Pues en otro caso sería fácil al responsable del fichero soslayar el consentimiento del interesado mediante la genérica información de que sus datos pueden ser cedidos. De suerte que, sin la garantía que supone el derecho a una información apropiada mediante el cumplimiento de determinados requisitos legales (art. 5 LOPD) quedaría sin duda frustrado el derecho del interesado a controlar y disponer de sus datos personales, pues es claro que le impedirían ejercer otras facultades que se integran en el contenido del derecho fundamental al que estamos haciendo referencia.

[43] SSTC 151/2014, de 25 de septiembre; 292/2000 y 254/1993.

[44] En este punto vale la pena la cita de la capacidad "moralmente transformadora" del consentimiento a la que se refiere Malón en su trabajo (2020, 57 y ss) porque sería posible trasladar la idea y hablar de un poder jurídicamente transformador del consentimiento que se identifica claramente en el ejemplo planteado.

ATLÁNTICAS-Rev. Int. Est. Fem. 2025, 10, 2, 2-32
ISSN: 2530-2736|| https://dx.doi.org/10.17979/arief.2025.10.2.11558

incluso suplir la autorización judicial[45], actuando como fuente de legitimación constitucional de la injerencia[46].

Pero, en estos casos, resulta complicado determinar la suficiencia de la autonomía de la voluntad porque se está ante sujetos de derecho (el titular del derecho fundamental y la autoridad) que no ocupan la misma posición de poder. La STC 40/2024, de 11 de marzo, resulta sumamente ilustrativa a este respecto, porque analiza en qué medida el consentimiento de una persona valida una acción policial de conducción, sin previa detención, a dependencias policiales, en este caso para realizar una prueba de alcoholemia. El Tribunal asume que el consentimiento para acompañar a la policía, cuando es libre e incondicionado, impide categorizar ese acompañamiento como privación de libertad. Ahora bien, para considerarlo "incondicionado", y por tanto libre, es necesario que no exista presión o amenaza alguna de incurrir en infracción penal o administrativa. Dice la sentencia que el consentimiento no se presta de manera libre cuando la decisión se adopta significativamente presionado por parte de un funcionario público. Trayendo a la argumentación el FJ 4 de la STC 341/1993, el Tribunal sostiene que:

> la actitud del requerido que acata la orden policial, expresa, claro es, una voluntad (la de no resistirse o no negarse a acompañar a los agentes), pero no necesariamente una voluntad libre en el sentido del art. 17.1 de la Constitución: volui, sed coactus volui. La libertad a la que se refiere esta norma constitucional es, en efecto, la de quien orienta, en el marco de normas generales, la propia

[45] En la STC 135/2014, de 8 de septiembre, el Tribunal asume la validez de una prueba de ADN obtenida mediante frotis bucal que sirvió para levantar la presunción de inocencia del recurrente en amparo, porque, a pesar de haberse realizado sin autorización judicial, la muestra se tomó con el consentimiento del titular del derecho a la intimidad (art. 18 CE), en este caso. La misma sentencia entiende que la prueba del frotis bucal, cuya finalidad es obtener una pequeña cantidad de células de la lengua para practicar un análisis de ADN, no tiene incidencia en la integridad física ni supone ningún riesgo para la salud física del afectado, por lo que no se encuentra concernido, en el caso, el derecho a la integridad física, pero si el derecho a la intimidad personal, en razón de la finalidad de la prueba, esto es la averiguación de una información que afecta la esfera de la vida privada que el sujeto puede no querer desvelar (STC 199/2013, de 5 de diciembre, FJ 6; o STC 125/2014, de 8 de septiembre, FJ 2).

[46] STC 196/2006, FJ 5.

ATLÁNTICAS-Rev. Int. Est. Fem. 2025, 10, 2, 2-32
ISSN: 2530-2736|| https://dx.doi.org/10.17979/arief.2025.10.2.11558

acción, no la de quien elige entre la obediencia y la resistencia al Derecho o a las órdenes dictadas en su virtud.

4. CONCLUSIONES: EL CONSENTIMIENTO CONSTITUCIONAL COMO LIBERTAD DE ELECCIÓN CONDICIONADA (TAMBIÉN PARA LA MUJERES)

La exposición previa, descriptiva de las dificultades para elaborar una noción de consentimiento jurídico omnicomprensiva y universalmente válida, permite concluir que, en lo que hace al disfrute de los derechos fundamentales, el consentimiento actúa como aceptación de la eventual injerencia de terceros en el derecho del que somos titulares. Ni siquiera en el ámbito de las relaciones entre particulares el consentimiento se expresa como acuerdo de voluntades, porque no existe un objetivo común al que tienda la decisión adoptada, sino una aceptación consciente de que la actuación de otra persona afectará al pleno disfrute de mi derecho fundamental. Frente a la concepción psicoanalítica lacaniana del consentimiento, que niega la sinonimia entre ceder y consentir, aproximando el consentimiento al deseo (Legil, 2023; Serra, 2024), en el marco del consentimiento jurídico y la práctica de los derechos fundamentales, ceder sí es consentir porque consentir es siempre ceder.

Ello no significa que no sea una decisión libre, porque la autonomía de la voluntad siempre debe estar presente y la libertad de configuración del consentimiento también, para que este sea válido. En este punto, al "consentimiento constitucional" le serían aplicables las reglas del art. 1265 CC. Pero la cuestión más compleja radica en la identificación de los condicionantes de la voluntad individual, esto es, los condicionantes de formación del consentimiento, que resultan tolerables desde el punto de vista del efectivo disfrute de los derechos fundamentales y de la plena eficacia del respeto a la

ATLÁNTICAS-Rev. Int. Est. Fem. 2025, 10, 2, 2-32
ISSN: 2530-2736|| https://dx.doi.org/10.17979/arief.2025.10.2.11558

dignidad de la persona. Cualquier decisión que toma una persona, y esto incluye también lo relativo a la gestión de los bienes jurídicos y derechos de que es titular, viene determinada por una serie de elementos internos, externos, relacionales y consecuenciales que quien debe tomar una decisión tiene en cuenta. Todos esos elementos pueden ser identificados en un momento dado como condiciones de la definición de la voluntad individual. La interpelación jurídica relevante, en este caso, radica en identificar las condiciones intolerables para el sistema de garantía de los derechos y, en particular, las condiciones que afectan esencialmente a las mujeres. Es preciso determinar qué condiciones ambientales, culturales o de contexto influyen en la definición de la voluntad individual hasta el punto de invalidar del consentimiento. Pero las dificultades de semejante tarea son evidentes porque la definición propuesta actúa en el campo del relativismo más absoluto y es que, en parte, depende de la capacidad de resistencia y adaptación de cada persona a los condicionantes ambientales.

Por eso quizá sea más razonable proponer un canon valorativo de la suficiencia del consentimiento que introduzca la idea de autonomía condicionada. Así, podríamos considerar válido un consentimiento: i) personalísimo y autónomo, lo que nos exigiría revisar la cuestión de la prestación del consentimiento de los menores de edad; ii) consciente,lo que significa que sea informado allí donde la información sea requerida y no tenga por objeto la manipulación de la decisión final; iii) revocable hasta el momento en que se derive una consecuencia irreversible de la expresión del consentimiento; iv) inequívoco para aquel que actúa sobre la esfera de los derechos fundamentales del titular (del derecho y del consentimiento), lo que puede llegar a exigir que se trate de un consentimiento expreso. Lo anterior no significa que sea absolutamente incondicionado, significa que la persona que consiente asume las consecuencias de la emisión del

ATLÁNTICAS-Rev. Int. Est. Fem. 2025, 10, 2, 2-32
ISSN: 2530-2736|| https://dx.doi.org/10.17979/arief.2025.10.2.11558

consentimiento tras valorar las alternativas, y que adopta la decisión por sí misma. Instalarse en la idea de que solo el consentimiento plenamente libre e incondicionado es válido[47] supone asumir que sólo pueden ejercer con plenitud sus derechos fundamentales quienes se sitúan en una posición de autonomía plena, y tales situaciones son excepcionales y no permanentes[48].

Y junto al examen de las condiciones de configuración del consentimiento, que pueden actuar como límite intrínseco a la libertad de elección, será preciso tener en cuenta los límites externos que vienen dados, tal y como hemos visto, por el efectivo disfrute de los derechos de terceros, o por la preservación de bienes e intereses constitucionales dignos de particular protección. En este punto, en el que lo colectivo se puede llegar a superponer a lo individual (véase epígrafe 2), es preciso prestar particular atención a que los intereses constitucionales no respondan a posicionamientos morales limitativos del ejercicio del derecho a las mujeres a su libre determinación.

[47] En este sentido véase la posición de Mackinnon (2023), que propugna el abandono del paradigma del consentimiento sexual porque las mujeres no se encuentran en una posición equivalente e idéntica a la del arquetipo masculino sobre el que se construye la teoría de dicho consentimiento. A mi juicio las consideraciones de esta autora no pueden ser proyectadas a formulaciones generales del consentimiento, pero me parece interesante aludir aquí a esta idea de desigualdad estructural inhabilitante para adoptar un consentimiento realmente incondicionado.

[48] El arquetipo del titular de derechos (varón adulto, blanco, económicamente independiente) también fue niño y un día será mayor dependiente, y en estas fases su capacidad de decisión autónoma también se ve afectada.

ATLÁNTICAS-Rev. Int. Est. Fem. 2025, 10, 2, 2-32
ISSN: 2530-2736|| https://dx.doi.org/10.17979/arief.2025.10.2.11558

5. BIBLIOGRAFÍA

Acale S., M. (2020). El consentimiento de la víctima: piedra angular en los delitos sexuales. En J. L. González Cussac (Dir.), *Estudios jurídicos en memoria de la Profesora Doctora Elena Górriz Royo* (pp. 35-58).

Balaguer, M. L. (2017). *Hij@s del mercado*. Ediciones Cátedra.

Bosch C., E. (2009). Estado de necesidad y consentimiento contractual. ¿Una reinterpretación de los conceptos de violencia e intimidación como vicios del consentimiento a la luz del Derecho contractual europeo y comparado? *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 711*, 58-95.

Bueno A., F. (1985). Límites del consentimiento en la disposición del propio cuerpo desde la perspectiva del derecho penal. En *El Derecho en las fronteras de la medicina* (pp. 15-39). Cátedra de Medicina Legal de la Universidad de Córdoba.

Castellví M., C. (2024). ¿Actos que expresen de manera clara la voluntad de la persona?: Sobre el significado del "solo sí es sí" y la definición del consentimiento sexual. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 77*, 481-518.

Fanlo C., I. (2017). Derechos reproductivos y libertad de las mujeres. Observaciones sobre el debate feminista. *Revista de Derecho Privado, 32*.

Fernández D., A. (2003). John Rawls y el contractualismo. *Revista española de control externo, 5*(13), 159-186.

Giroux, M. (2006). El impacto de los derechos fundamentales sobre el consentimiento en los tratamientos médicos en Quebec: del Código Civil del Bajo Canadá a la Carta canadiense de derechos y libertades. En Castellà, A. J. M. (Coord.) *Derechos y libertades en Canadá* (pp. 407-430). Atelier.

González C., M. (2022). La Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre: el 'nuevo' consentimiento sexual, desde la perspectiva de la eficacia probatoria en el proceso penal. *Diario La Ley, 10154*.

González R., J. J. (2023). Sobre la libertad e indemnidad sexual, la reforma de las

agresiones sexuales y la superación de los inconvenientes del "modelo del consentimiento". En Corral, M. N., García, M. D., Pérez, J. F., Prado, B., Rando, C. P. y Díez, R. J. L. (Coords.), *Estudios político-criminales, jurídico-penales y criminológicos: Libro homenaje al profesor José Luis Díez Ripollés* (pp. 1427-1444). Tirant lo Blanch.

Grossi, P. (2019). Caracteres de la experiencia jurídica posmoderna. Crónica Jurídica Hispalense: revista de la Facultad de Derecho, *16-17*, 221-230.

Guzmán B., A. (2000). Para la historia de la formación de la teoría general de acto o negocio jurídico y del contrato: los orígenes históricos de la teoría general del contrato. Revista de Estudios Histórico-Jurídicos, 22, 45-60. https://doi.org/10.4067/S0716-54552000002200003

Kouchner, C. (2021). *La familia grande*. Ediciones Península.

Krasnoff, L. (2018). Más que consentimiento. Kant sobre la función del contrato social. *Las Torres de Lucca: Revista Internacional de Filosofía Política, 7*(13), 45-62.

Leguil, C. (2023). *Ceder no es consentir*. Ediciones Ned.

MacKinnon, C. (2023). *Le viol redéfini: Vers l'égalité, contre le consentement*. Big Book.

Malón M., A. (2020). *La doctrina del consentimiento afirmativo*. Aranzadi.

Pateman, C. (1995). *El contrato sexual*. Anthropos, Universidad Autónoma Metropolitana.

Peramato M., T. (2023). La ausencia del consentimiento afirmativo como eje de la respuesta penal. *Revista del Ministerio Fiscal, 11*, 10-27.

Pérez del Valle, C. (2012). Límites a la autonomía personal: ¿Existen bienes jurídicos indisponibles? Reflexiones a partir del debate doctrinal sobre el consentimiento en el s. XIX. En *Multiculturalismo y derecho penal* (pp. 95-116). Aranzadi.

Polaino-Orts, M. (2003). ¿Volenti non fit iniuria? Sobre la discutible distinción entre acuerdo y consentimiento en derecho penal. *Pucp fondo editorial, Universidad de Friburgo*.

Polaino-Orts, M. (2004). Alegato en favor de un tratamiento jurídico-penal unitario para los casos de acuerdo y consentimiento como causas de atipicidad. *Cuadernos de Política Criminal, 82*, 163-204.

Quintero O., G. (1993). El consentimiento en el derecho penal español en especial referencia a algunas infracciones. *Cuadernos de derecho judicial, El consentimiento*(18), 1-27

Rogel V., C. (2016). *La violencia como vicio del consentimiento*. Ubijus-Reus.

Segura G., M. J. (2004). El consentimiento del sujeto pasivo en los delitos contra bienes jurídicos individuales. En Espinar, Z., J. M y Barja de Quiroga, J. L. (Coords.), *Dogmática y ley penal: Libro homenaje a Enrique Bacigalupo* (pp. 827-866). Marcial Pons.

Serra, C. (2024). *El sentido de consentir*. Anagrama.

Springora, V. (2020). *El consentimiento*. Lumen.

Suárez Ll., L. (2001). *La "teoría comunitarista" y la filosofía política: presupuestos y aspectos críticos*. Dykinson.

Suárez Ll., L. (2017). *El Posmodernismo jurídico y la Filosofía del Derecho*. Tirant lo Blanch.

Zubiaurre-Wagner, M. T. (1997). Feminismo y posmodernidad. *Anuario de Letras Modernas, 8*, 79–94. https://doi.org/10.22201/ffyl.01860526p.1997.8.863