

---

This is the **published version** of the bachelor thesis:

Qi Lin, Yi Huai; Abril Campoy, Juan Manuel, dir. Una aproximación al concepto del consentimiento en el ordenamiento jurídico español. 2024. (Grau de Dret)

---

This version is available at <https://ddd.uab.cat/record/303128>

under the terms of the  license

**UAB**  
**Universitat Autònoma  
de Barcelona**

FACULTAD DE DERECHO

**UNA APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DEL CONSENTIMIENTO  
EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL**

**Trabajo Fin de Grado**

**Autor:** Yi Huai Qi Lin

**Tutor:** Joan Manel Abril Campboy

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

Mayo 2024

## Contenido

Resumen.....	3
Introducción .....	5
1ª Parte: en Busca del Concepto del Consentimiento .....	7
Delimitación Positiva del Consentimiento.....	7
Delimitación Negativa del Consentimiento .....	20
El concepto del consentimiento .....	36
La definición .....	36
Los límites y la validez .....	38
El alcance .....	40
La prueba del consentimiento y su relatividad .....	42
El consentimiento en relación con otros principios e instituciones de derecho.....	43
El consentimiento expreso o explícito .....	43
El consentimiento implícito o tácito .....	43
La buena fe y la doctrina de los actos propios .....	45
La cláusula <i>rebus sic stantibus</i> .....	47
El dolo en derecho penal.....	48
Aplicación de la definición .....	50
2ª Parte: Meditaciones Metajurídicas sobre el Consentimiento.....	54
Del conocimiento como poder y Michel Foucault.....	54
El consentimiento como derecho fundamental .....	57

## Aproximación a la Definición del Consentimiento

Otras reflexiones .....	61
Conclusión .....	65
BIBLIOGRAFÍA .....	67
SENTENCIAS CITADAS.....	69

## Aproximación a la Definición del Consentimiento

### Resumen

En este trabajo se analizará la legislación española con finalidad de poder llegar a una aproximación de la definición del concepto del consentimiento, que sea una universal para todas las jurisdicciones, partiendo de una delimitación positiva y negativa de los artículos y las instituciones que tengan relación con este concepto. La jurisprudencia del Tribunal Supremo, del Tribunal Constitucional y la doctrina jurídica tendrán un papel crucial para la interpretación de la legislación, y, por ende, también se analizarán por su influencia sobre la aproximación a la definición del consentimiento. Una vez definido el concepto, se dará una reflexión sobre sus implicaciones y se harán críticas.

### Resum

En aquest treball s'analitzarà la legislació espanyola amb la finalitat de poder arribar a una aproximació de la definició del concepte del consentiment, que serà universal per a totes les jurisdiccions, partint d'una delimitació positiva i negativa dels articles i les institucions que tinguin relació amb aquest concepte. La jurisprudència del Tribunal Suprem, del Tribunal Constitucional i la doctrina jurídica tindran un paper crucial per a la interpretació de la legislació i, per tant, també s'analitzaran per la seva influència sobre la aproximació a la definició del consentiment. Un cop definit el concepte, es farà una reflexió sobre les seves implicacions i es faran crítiques.

### Abstract

In this work, Spanish legislation will be analysed to reach an approximation of the definition of the concept of consent, one which will be universal for all jurisdictions, based on a positive and negative delimitation of the articles and institutions that are related to this concept. The case law of the Supreme Court, of the Constitutional Court and the legal doctrine will play a crucial role in the interpretation of the legislation, and, therefore, will also be analysed for its

influence on the definition of consent. Once the concept is defined, a reflection will be given on its implications and criticisms will be made.

*Palabras clave: Consentimiento, Jurisprudencia, Derecho Civil, Derecho Penal, Capacidad Jurídica*

## **Introducción**

El consentimiento es un concepto que se manifiesta muy a menudo en el ordenamiento jurídico español, no es una institución dado que no está expresa o positivamente prevista en la legislación. Una situación que implica que se deba de presumir la definición de lo que es el consentimiento y que pueda haber incongruencia en mundo práctico. Lo que sí está expresado en la legislación española son artículos que se refieren a lo que podría ser el consentimiento, pero como se ha dicho ninguno lo define. Entendemos pues que estas referencias de manera indirecta definen o se aproximan a la definición del concepto del consentimiento, y también la misma ausencia de la definición expresa justifica la necesidad de esclarecer este concepto. Por lo tanto, es finalidad de este trabajo llegar a una aproximación de la definición del consentimiento, y que a la vez sea universal, que se pueda aplicar tanto a la jurisdicción civil, la mercantil como la penal y la administrativa.

Teniendo en cuenta la finalidad del trabajo, éste se dividirá en 2 grandes bloques. La primera, donde se expondrán todas aquellas legislaciones que puedan definir indirectamente el consentimiento, dividiéndolas en 2 grupos, las que delimiten positivamente el consentimiento y las que delimiten negativamente el consentimiento. Serán aquellas normas y artículos que definen positivamente el consentimiento las que podamos entender que atribuyan funciones o añadan contenido al consentimiento. Por el otro lado, la delimitación negativa se caracterizará por excluir contenido al consentimiento, determinando qué no serían situaciones de consenso.

Evidentemente, no será suficiente solamente exponer estos 2 tipos de leyes y artículos e intentar deducir el concepto del consentimiento. La jurisprudencia también será objeto de análisis en la primera parte del trabajo, sobre todo la emitida por el Tribunal Supremo, debido a que la naturaleza de la jurisprudencia es la de interpretar las normas.

La aproximación del concepto del consentimiento se alcanzará al final de la primera parte del trabajo, y esta parte concluirá con un apartado relacionando este concepto con otros

## Aproximación a la Definición del Consentimiento

principios o instituciones de derecho que también son considerados relacionados con el consentimiento (ej. El principio de buena fe). Esto reforzará la conclusión dada desde el análisis y a su vez determinará la relación del consentimiento con los principios o las instituciones relacionadas.

La segunda parte del trabajo será jurídicamente simple, pero filosóficamente complicada. Aquí se partirá de la aproximación de la definición del consentimiento deducida de la primera parte del trabajo, y se criticará esta definición. Se expondrán las posibles implicaciones de la propia definición, que serán teóricas de por sí, y también las posibles implicaciones cuando se intente poner en práctica el consentimiento según lo definido.

Con todo esto, se dará la conclusión del mismo trabajo.

## 1ª Parte: en Busca del Concepto del Consentimiento

### Delimitación Positiva del Consentimiento

Este apartado, denominado la Delimitación Positiva, constarán las leyes y artículos que atribuyen o añadan el contenido al concepto del consentimiento, que serán expuestos y analizados. Estos no sólo serán de normas pertenecientes a la jurisdicción civil, sino también las de la penal y de materias especiales, dado que la finalidad del trabajo es llegar a una definición universal del consentimiento.

Partiendo de una búsqueda de la palabra del consentimiento en el Código Civil Español (en adelante CC), se puede encontrar varios artículos donde figure la palabra. Por ejemplo, los artículos pertenecientes al Título IV del Libro Primero sobre el matrimonio, el art. 45 y el 73 exige la existencia del consentimiento para un matrimonio válido; el art. 81 prevé para la separación del matrimonio la demanda por ambos cónyuges o la de uno con el consentimiento del otro; el art. 123 establece que se requiere el consentimiento (expreso o tácito) del hijo mayor para que produzca efectos el reconocimiento de éste. Muchos más artículos que los mencionados contienen la palabra consentimiento, pero ninguno de los que lo menciona lo define de manera jurídica.

Es hasta el art. 1262 y ss. (siguientes) del CC donde encontramos una sección dedicada al consentimiento en el ámbito contractual, que se encuentra bajo el Título I del Libro Cuarto. El art. 1262 prevé lo siguiente:

*“El consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato.*

*Hallándose en lugares distintos el que hizo la oferta y el que la aceptó, hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe. El contrato, en tal caso, se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta.*

*En los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación.”*

Se ve en el primer párrafo del art. 1262 CC que regula la manifestación del consentimiento en una relación contractual, que es la aceptación de la cosa y causa que constituyen el contrato (Fayos Gardó, 2021). Este no establece de ninguna manera los elementos necesarios para el consentimiento ni la esencia del consentimiento, lo cual implica que no se puede tomar este artículo como definición.

Los artículos siguientes al art. 1262 CC son artículos que limitan el consentimiento, aunque éste quede sin definir. Los arts. 1265 – 1270 CC regulan los vicios del consentimiento, éstos, como se ha dicho, limitan la definición, por tanto, se analizarán *ut infra* en la Delimitación Negativa<sup>1</sup>. Según los arts. 1263 y 1264 CC, se limita el ejercicio del consentimiento de los menores no emancipados sólo a aquellos contratos permitidos legalmente, y también de las personas con requisitos especiales para el ejercicio de la capacidad. Esto relaciona el concepto del consentimiento (o la capacidad para consentir) con la capacidad jurídica, pues inevitablemente se deberá de analizar éste y también las medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica para poder lograr un mejor entendimiento sobre el consentimiento y a su definición.

Los arts. 29 y ss. del CC establecen la personalidad jurídica de la persona natural. “El nacimiento determina la personalidad” y “la personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno”, estos artículos (29 y 30) establecen las condiciones por el cual una persona se hace sujeto de derecho. El mero hecho de nacer (nacer se define como desprenderse del seno de la madre) con vida

---

<sup>1</sup> Ya que los vicios no atribuyen contenido a la definición del consentimiento, sino que lo limitan.

implica la sujeción de la persona nacida al derecho y la atribución de la personalidad civil. Será la muerte (art. 32) por la cual se extingue dicha personalidad o sujeción. De aquí se deberá de introducir lo denominado como capacidad jurídica, que es la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones y poder ejercer estos derechos. Antes de la reforma introducida por la Ley 8/2021<sup>2</sup>, se distinguía entre la capacidad jurídica y la capacidad de obrar, donde la capacidad jurídica es la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones; la capacidad de obrar es la aptitud para ejercitar derechos y obligaciones (Blasco Gascó, 2022).

La mayoría de edad según el art. 240 CC se obtiene a los 18 años desde el día del nacimiento, que es la edad de la mayoría de la edad. Hay que añadir que el ejercicio de la capacidad jurídica (y anteriormente capacidad de obrar) de la persona no está únicamente determinada por la mayoría de edad, que es la regla general, sino que en la Delimitación Negativa del Consentimiento se expondrán otras situaciones que también afectan a la capacidad jurídica de una persona.

Hasta aquí se puede extraer que la persona una vez nacida está sujeta al derecho<sup>3</sup>, éste cuando llega a la mayoría de edad, puede activamente realizar nuevas relaciones jurídicas (se verá *ut infra* que los menores no emancipados también pueden contraer relaciones contractuales, bajo ciertas condiciones); dicho de otra manera, las intenciones realizadas por una persona obtienen relevancia jurídica a los 18 años como regla general.

Es de objeto relacionado con este trabajo entender la razón por la cual la mayoría de edad se determina a los 18 años y no a alguno otro, como a los 14 o 21 o 25. Un estudio sobre la evolución historia de la mayoría de edad en el ordenamiento jurídico español, expresa que

---

<sup>2</sup> Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. «BOE» núm. 132, de 03/06/2021. <https://www.boe.es/eli/es/l/2021/06/02/8/con>

<sup>3</sup> Esto tendrá incidencia en la segunda parte del trabajo.

la conclusión de los 18 años era en principio una determinación política, con la finalidad de que tuviera efecto en todo Derecho para lograr una unificación, que fue debatida durante el referéndum de la Constitución Española del 1978. A esta determinación luego se le atribuyó una justificación que rodeaba sobre la “suficiente madurez” o “suficiente juicio”, que más tarde fue desarrollada con una idea que la edad con plena capacidad de obrar coincide con la edad con plena capacidad natural (BALLESTÉ, 2015).

Se entiende pues, de todo lo expuesto hasta aquí, que las personas mayores de 18 años se les presume que tienen capacidad para consentir y que los menores de edad no pueden prestar el consentimiento. Entrará *prima facie* en la definición del concepto del consentimiento el elemento de la mayoría de edad.

En relación con la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de la capacidad jurídica, introduce un nuevo cambio en la legislación civil, la cual se elimina el concepto de capacidad de obrar, uniendo así los 2 tipos de capacidades (jurídica y de obrar), en una sola (capacidad jurídica).

Este cambio impulsado por la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad tiene su teleología en poner en condiciones iguales la capacidad jurídica (y la de obrar) de todas las personas. Entendiendo pues, que las personas con discapacidad también tienen la misma capacidad jurídica que aquellas personas con la capacidad plena. Las personas con discapacidad ya no tienen su capacidad de obrar reducida, o son incapacitados, sino que se les aplican medidas de apoyo, cuyas respetan la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad, para lograr esa igualdad de la capacidad con los demás (Verda y Beamonte, 2022) [las medidas de apoyo serán explicadas *ut infra*].

Con esto se dejará de momento el Código Civil Español, y procederemos a buscar el concepto del consentimiento en otras normas españolas.

El Código Penal del 1995 (en adelante CP) se puede encontrar la palabra consentimiento en varios artículos también, pero muchas menos veces que se pueden encontrar en el Código Civil Español. El art. 144 CP configura el consentimiento de la mujer como elemento del delito de aborto ilegal. El art. 155 CP prevé la atenuante para los delitos de lesiones donde exista de un consentimiento a estas mismas lesiones, que debe de ser válida, libre, espontánea y expresamente emitida por el ofendido. El art. 172.1 CP prevé el delito de coacciones, que consiste en impedir a otro con violencia hacer lo que la ley no prohíbe, o le compeliere a efectuar lo que no quiere, sea justo o injusto. El art. 197.1 CP prohíbe el apoderamiento de documentos o efectos personales sin consentimiento de esa persona para el descubrimiento de sus secretos o vulneración de su intimidad. El art. 178 CP exige el consentimiento de una persona para entrar en relaciones sexuales para evitar la comisión de un delito contra la libertad sexual. Entre todos estos artículos expuestos, se pueden clasificar en 2 grupos distintos, que reflejan 2 teorías diferentes sobre el consentimiento.

El primero es el consentimiento como causa de justificación en ciertos delitos.

Las causas de justificación previstas en el art. 20 CP son causas eximentes por el simple hecho de haber autorizado el delito, convirtiendo el acto antijurídico en jurídico. El consentimiento es una causa de justificación no prevista en el art. 20 CP, sino que se prevé de forma especial o tácita en ciertos delitos, donde el legislador ha querido atribuir facultad a los sujetos pasivos de situar el bien jurídico fuera de la protección penal. Cabe recalcar que el consentimiento en los delitos de lesión no es estrictamente una causa de justificación sino una condición para reducir la pena (Serrano Tárraga & Vázquez González, 2023). En todos los casos el ejercicio del consentimiento como causa de justificación está sujeta a ciertas condiciones, el sujeto que dé el consentimiento debe de tener una facultad reconocida por el ordenamiento jurídico para disponer válidamente de determinados bienes jurídicos; debe de tener la capacidad para disponer y entender el alcance y significación de sus actos; debe de

estar ausente de cualquier vicio; debe de ejercerse antes de la comisión del hecho y conocida por quien actúa a su amparo (Muñoz Conde et al., 2022).

El segundo es el concepto del consentimiento sexual.

Sobre este concepto es importante mencionar la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, la introducción de esta Ley Orgánica ha modificado el bien jurídico protegido por el CP en los arts. 178 y ss. El bien jurídico antes protegido eran la libertad y la indemnidad sexuales. Tras la modificación, la indemnidad sexual como bien jurídico autónomo desaparece, que en vez se entiende como una manifestación de la libertad sexual, y estrictamente sólo queda la libertad sexual la que es protegida. La Ley Orgánica 10/2022 en su Disposición Final 4ª introduce más cambios en el CP, uno de ellos es sobre el consentimiento sexual, quedando ésta definida como que existe “*sólo cuando éste se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona*”. La libertad sexual en su esencia es la autodeterminación sexual actual o potencial, una autodeterminación que puede ejercerse positiva o negativamente, consentir a la participación en un acto de naturaleza sexual o decidir a no participar en un acto de dicha naturaleza (Serrano Tárraga & Vázquez González, 2023). Por lo tanto, una obligación que vaya en contra de un disentimiento<sup>4</sup> a una relación sexual lesionará la libertad sexual del individuo quien la ejerce negativamente, y dicha obligación se subsumirá bajo los arts. 178 y ss. CP considerándola como una agresión sexual (cualquier conducta sexual sin consentimiento<sup>5</sup>).

---

<sup>4</sup> A disentimiento se entenderá por un no consentir, o un desacuerdo sobre cierto acto o relación. Este concepto se desarrollará más adelante en el apartado de la delimitación negativa.

<sup>5</sup> Hasta ahora se presumirá que el disenso es equivalente a la inexistencia del consentimiento, y viceversa. Esto se estudiará y se negará más adelante.

La nueva redacción del consentimiento sexual debe de entenderse que excluye todas las manifestaciones que no sean libres, en el sentido de que no se presentan ningún vicio del consentimiento (véase *ut infra* sobre los vicios del consentimiento) ni coacción. Aun teniendo una cláusula de exclusión, la valoración e interpretación de si en un acto sexual ha existido consentimiento o no debe darse de forma casuística, según las circunstancias de cada caso, como el contexto del acto como las situaciones presentes al acto. Otra condición del consentimiento sexual es que debe de ser expresado mediante un acto, o que sea de forma expresa, y que sea clara e inequívoca, sin dejar lugar a ninguna duda o incertidumbre. Las condiciones de acto y expresión implican que el consentimiento debe de prestarse de forma activa, aunque la palabra “actos” también pueda englobar conductas pasivas, si se atiende a las circunstancias de cada caso. La condición expresiva del consentimiento sexual impide que ésta se manifieste de forma implícita, aunque la doctrina sí entiende que es posible el consentimiento sexual implícito (teoría intermedia o mediadora), debido a la finalidad pedagógica del Derecho penal, que no puede en ningún caso obligar el desempeño de conductas de cierta manera. Lo contrario, sería indiferente a degradar aquellas conductas libres pero que se dan mediante comportamientos sociales normalizados (Serrano Tárrega & Vázquez González, 2023).

Por lo tanto, el consentimiento sexual puede ser tanto expreso como tácito, pero siempre inequívocamente manifestada de forma libre. Esta libertad atribuye una independencia al consentimiento sexual, y por esto, puede ser revocada en cualquier momento, ni está sujeta a la existencia de consentimientos anteriores. En cuanto a ello, citando la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 14/2024<sup>6</sup> (del caso del futbolista Dani Alves):

---

<sup>6</sup> España. Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 21). Sentencia núm. 14/2024, de 22 de febrero.

*“...ni que la denunciante haya bailado de manera insinuante, ni que haya acercado sus nalgas al acusado, o que incluso haya podido abrazarse al acusado, puede hacernos suponer que prestaba su consentimiento a todo lo que posteriormente pudiera ocurrir. Estas actitudes o incluso la existencia de insinuaciones no suponen dar carta blanca a cualquier abuso o agresión que se produzca con posterioridad; el consentimiento en las relaciones sexuales debe prestarse siempre antes e incluso durante la práctica del sexo, de tal manera que una persona puede acceder a mantener relaciones hasta cierto punto y no mostrar el consentimiento a seguir, o a no llevar a cabo determinadas conductas sexuales o hacerlo de acuerdo a unas condiciones y no otras. Es más, el consentimiento debe ser prestado para cada una de las variedades de relaciones sexuales dentro de un encuentro sexual, puesto que alguien puede estar dispuesto a realizar tocamientos sin que ello suponga que accede a la penetración, o sexo oral pero no vaginal, o sexo vaginal pero no anal, o sexo únicamente con preservativo y no sin éste. Ni siquiera el hecho de que se hubieran realizado tocamientos, implicaría haber prestado el consentimiento para todo lo demás.”*

En caso de los menores de 16 años, la protección de su libertad sexual se hace mediante la indemnidad sexual. El objeto es la protección del desarrollo de la personalidad (incluida la sexual) de los menores, en este sentido no se les prohíbe del completo el ejercicio de actos sexuales de menores, sino que está permitido siempre que esté en interés del menor. La determinación de la edad mínima para el consentimiento sexual (en España a los 16 años) es fruto de un consenso social, entendiendo que la actividad sexual posiblemente perjudique al menor, cause problemas psicológicos en ellos. La indemnidad sexual pues, limita la facultad de la libertad sexual del menor de manera que prohíbe las relaciones sexuales desiguales donde una parte sea un menor de edad, resultando dicha relación de una abusiva (Pasamar, 2021).

### **El consentimiento informado y el TC sobre la eutanasia**

La Ley 41/2002, de 14 de noviembre<sup>7</sup>, regula el consentimiento informado dentro de la materia clínica. En esta ley se encontrarán 2 regímenes, una es la del consentimiento informado, y la otra es de la responsabilidad del médico derivado del incumplimiento de sus obligaciones con relación al consentimiento informado del paciente. El último no se analizará debido a que no forma parte del objetivo del trabajo ni está relacionado con ello. Por lo tanto, en este apartado se centrará en el análisis del concepto del consentimiento informado.

El consentimiento informado es un elemento que integra la *lex artis ad hoc*, que su eficacia es directamente dependiente (entre otros) con el deber de información del paciente, de manera simple, legal e inteligible. Con esta breve introducción, es inevitable mencionar el fundamento constitucional detrás del consentimiento informado. Este siendo principalmente el art. 15 de la Constitución Española. El Tribunal Constitucional entiende por inherente el consentimiento del paciente sobre las intervenciones médicas al derecho fundamental de la integridad física, suponiendo dicha facultad de consentimiento la de impedir las intervenciones no consentidas al cuerpo de uno mismo. De este modo, la autonomía de la voluntad del paciente mediante la autodeterminación de las terapias (tanto en aprobar o rechazar) es manifestación del art. 15 CE, pues la infracción al derecho a conocer el estado de salud o la falta de información previa a la terapia, tanto en las opciones disponibles; el contenido o procedimiento de las terapias; las posibles consecuencias, dan lugar al incumplimiento del consentimiento informado, que implica a su vez el incumplimiento del art. 15 CE (Ortiz Fernández, 2021). Citando el FD 5 STC 37/2011<sup>8</sup>, “*La información previa, que ha dado lugar a lo que se ha*

---

<sup>7</sup> 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. «BOE» núm. 274, de 15/11/2002. <https://www.boe.es/eli/es/l/2002/11/14/41/con>

<sup>8</sup> Sala Segunda. Sentencia 37/2011, de 28 de marzo de 2011. Recurso de amparo 3574-2008. Promovido por don José María García-Bayonas Garaizabal respecto a las Sentencias de la Audiencia Provincial de Bizkaia y de un Juzgado de Primera Instancia de Bilbao que desestimaron su reclamación de responsabilidad civil derivada de asistencia sanitaria. Vulneración de los derechos a la integridad

*venido en llamar consentimiento informado, puede ser considerada, pues, como un procedimiento o mecanismo de garantía para la efectividad del principio de autonomía de la voluntad del paciente y, por tanto, de los preceptos constitucionales que reconocen derechos fundamentales que pueden resultar concernidos por las actuaciones médicas, y, señaladamente, una consecuencia implícita y obligada de la garantía del derecho a la integridad física y moral, alcanzando así una relevancia constitucional que determina que su omisión o defectuosa realización puedan suponer una lesión del propio derecho fundamental.”*

El art. 1 de la Ley 41/2002 (en adelante LAP) establece el ámbito de aplicación de la ley, definiendo ésta como una norma especial, en materia de autonomía del paciente y de información y documentación clínica. El art. 2 establece los principios básicos de la LAP, son en síntesis: respeto a la dignidad de la persona humana y la autonomía de su voluntad orientadas a obtener información clínica; el carácter preceptivo del consentimiento de los pacientes en toda actuación en el ámbito de sanidad; el derecho a decidir sobre las opciones (del paciente); el derecho a negar cualquier tratamiento (salvo excepciones legales); la obligación de facilitar datos reales sobre la propia salud (del paciente); la obligación de los profesionales de intervenir de forma correcta y de cumplir con los deberes de información; el paciente debe tener acceso a su información clínica. Es en el art. 3 donde se puede encontrar una definición legal del consentimiento informado: *“la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud”*. Este se encuentra desarrollado en el Capítulo IV de la LAP, *El respeto a la autonomía del paciente*, arts. 8 – 13. Teniendo en cuenta el nombre del capítulo y su contenido, se puede extraer la existencia de una relación

---

física y a la tutela judicial efectiva: asistencia sanitaria proporcionada desatendiendo el derecho del paciente a prestar un consentimiento informado.

entre la autonomía y el consentimiento (informado). El art. 8 establece las características del consentimiento informado, que será verbal en general salvo para casos más graves que supongan riesgos y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente (en escrito), y que este consentimiento puede ser revocado en cualquier momento mediante un escrito. El art. 9 establece los límites del consentimiento del paciente, que son los intereses propios de la salud del paciente, de los terceros y por las exigencias terapéuticas del caso; cuando la situación del paciente ponga en riesgo a la salud pública a causa de las razones previstas legalmente o haya un riesgo inmediato para la integridad física o psíquica del paciente (en estas situaciones es facultativo el consentimiento); cuando el paciente se encuentre en una situación donde no pueda ejercer su capacidad (tomar decisiones) o sea una persona con discapacidad o sea un menor de edad que intelectualmente ni emocionalmente sea capaz de entender el alcance de la intervención (mediante consentimiento por representación). Además, el mismo artículo establece que el consentimiento por representación debe de ser a favor a los intereses del paciente, respetando su dignidad y adecuada a las circunstancias, donde el paciente participará en máximo a la toma de decisiones. A los pacientes con discapacidad, se ofrecerán medidas de apoyo pertinentes e información en forma accesible y comprensible a dicho paciente. La LAP en su art. 11 permite el adelantamiento de la toma de decisiones en un momento cuando el paciente aún sea capaz y libre. Esto se da mediante un escrito denominado el documento de instrucciones previas, para que se cumpla en momentos que el paciente se encuentre situaciones cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlos personalmente.

La LAP en síntesis regula el consentimiento en el ámbito clínico estableciendo una relación inseparable con la información que debe de recibir el paciente, y que su ejercicio puede ser limitada cuando el paciente sea menor de edad, no sea capaz de decidir o afecte a intereses de terceros.

Relacionado también al tema del concepto del consentimiento son las sentencias del Tribunal Constitucional sobre la Ley Orgánica de Regulación de la Eutanasia (LORE), las SSTC 19/2023<sup>9</sup> y 94/2023<sup>10</sup>. Ambos son recursos de inconstitucionalidad interpuestos consecutivamente por 50 diputados del Grupo Parlamentario de Vox y por más de 50 diputados del Grupo Parlamentario Popular. En ambas sentencias las partes actoras alegan la inconstitucionalidad de la autodeterminación de la muerte de uno mismo (derecho a la vida); la falta de proporcionalidad de las medidas previstas en la LORE; falta de garantías administrativas y jurisdiccionales; por la existencia de vicios en el proceso de aprobación de la LORE (entre otros motivos).

Esta parte del trabajo se centrará en exponer el motivo por el cual el Tribunal Constitucional considera constitucional la posibilidad de una persona de autodeterminar su propia muerte, y que esta posibilidad no infringe el art. 15 de la Constitución Española, el cual consagra y protege el derecho fundamental de la vida de las personas.

Son los FD 6.C STC 19/2023 y FD 3 STC 94/2023 donde el TC desarrolla su posición. Primero, entiende que el derecho a la vida no sólo consagra la vida *per se*, sino también es “*un prius de la persona y de todas sus manifestaciones*”, dado que la vida es condición de que sean posibles los restos derechos. De aquí se deriva el derecho de la integridad física de las personas, y con ello los deberes positivos y negativos de los poderes públicos para garantizar este derecho

---

<sup>9</sup> Pleno. Sentencia 19/2023, de 22 de marzo de 2023. Recurso de inconstitucionalidad 4057-2021. Interpuesto por cincuenta diputados del Grupo parlamentario Vox en el Congreso de los Diputados en relación con la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia. Derecho a la vida y a la integridad física y moral: constitucionalidad de la regulación legal del derecho a la autodeterminación respecto de la propia muerte en contextos eutanásicos. Votos particulares.

<sup>10</sup> Pleno. Sentencia 94/2023, de 12 de septiembre de 2023. Recurso de inconstitucionalidad 4313-2021. Interpuesto por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso en relación con la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia. Derecho a la vida y a la integridad física y moral: constitucionalidad de la regulación legal del derecho a la autodeterminación respecto de la propia muerte en contextos eutanásicos (STC 19/2023). Votos particulares.

(a la vida). Posteriormente, el TC alega la incompatibilidad de una noción absolutista del derecho a la vida con la propia Constitución, debido a que de este modo dicho derecho o deber prevalecería sobre la voluntad de la propia persona. Esta incompatibilidad se refleja en, la libertad de las personas en decidir voluntariamente la sumisión en tratamientos que puedan conducir la muerte o la terminación de la vida, o la posibilidad de rechazar tratamientos vitales. Es la capacidad de autodeterminación en estos casos la razón por la cual no se puede “*activar una protección de la vida a través de terapias salvadoras contra la voluntad del paciente*”. Por lo tanto, para el TC es trascendental la incidencia de la dignidad y la libre autodeterminación en la interpretación del derecho a la vida. La libertad y dignidad consagrada en el art. 1.1 CE “*como principio general inspirador del mismo, de la autonomía del individuo para elegir entre las diversas opciones vitales que se le presenten, de acuerdo con sus propios intereses y preferencias*” (STC 132/1989, de 18 de julio<sup>11</sup>, FJ 6); es base el sistema de derechos fundamentales español (STC 212/2005, de 21 de julio<sup>12</sup>, FJ 4). De consiguiente el TC expone en la sentencia que dicha “*facultad de autodeterminación se cristaliza principalmente en el derecho fundamental a la integridad física y moral, ..... y resulta vulnerado cuando se*

---

<sup>11</sup> Pleno. Sentencia 132/1989, de 18 de julio. Recursos de inconstitucionalidad 961/1985, 174/1987, 398/1987, 407/1987, 410/1987 y 425/1987, y conflicto positivo de competencia 504/1987 (acumulados). Promovidos, respectivamente, por el Presidente del Gobierno, por 70 Diputados, por la Generalidad de Cataluña, por el Consejo de Gobierno de la Diputación Regional de Cantabria, por el Gobierno Vasco, por 57 Diputados y por el Gobierno de la Nación: el primero, contra la Ley del Parlamento de Cataluña 18/1985, de 23 de julio, de Cámaras Profesionales Agrarias; los cinco siguientes, contra la Ley 23/1986, de 24 de diciembre, por la que se establecen las bases del Régimen Jurídico de las Cámaras Agrarias, y el último, promovido por el Gobierno de la Nación, contra el Decreto 32/1987, de la Junta de Galicia, por el que se autoriza la adquisición del derecho a usar los inmuebles propiedad de las Cámaras Agrarias Gallegas. Voto particular. «BOE» núm. 190, de 10 de agosto de 1989, páginas 2 a 23 (22 págs.)

<sup>12</sup> Pleno. Sentencia 212/2005, de 21 de julio de 2005. Conflicto positivo de competencia 4215/1996. Promovido por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña frente a la Orden del Ministerio de Educación y Cultura, por la que se conceden ayudas de educación especial para el curso 1996-1997. Competencias sobre educación e igualdad de los españoles en el ejercicio del derecho a la educación (STC 188/2001). Delimitación parcial. Voto particular. «BOE» núm. 197, de 18 de agosto de 2005, páginas 103 a 114 (12 págs.)

*mediatiza o instrumentaliza al individuo, olvidando que toda persona es un fin en sí mismo (SSTC 181/2004, de 2 de noviembre, FJ 13, y 34/2008, de 25 de febrero, FJ 5)*”. La única restricción a dicha autonomía de la persona como fin en sí mismo son aquellas establecidas justificadamente por la protección de otros intereses legítimos y derechos.

Por lo tanto, la eutanasia activa y la autodeterminación de la propia muerte de una persona es completamente constitucional, una decisión que debe de ser respetado por los poderes públicos, y sería inconstitucional la prohibición del ejercicio de dicha autonomía para estos casos. La capacidad de una persona para consentir engloba la muerte de uno mismo, y este derecho debe de ejercerse de manera libre y consciente por un ser humano capaz, que se encuentre dentro del contexto eutanásico descrito por la LORE<sup>13</sup>.

### **Delimitación Negativa del Consentimiento**

Dado por finalizado la delimitación positiva del consentimiento, se procede al apartado de la delimitación negativa. Este apartado del trabajo gira en torno a la única idea de exponer y analizar las leyes y artículos que restrinjan el contenido o el concepto del consentimiento, dicho de otra manera, que definan el límite del consentimiento y aquello que no es.

En la parte superior, cuando se citó el Código Civil Español para intentar buscar una definición del consentimiento (contractual), se expusieron los arts. 1262 – 1264, dejando los vicios del consentimiento para un momento posterior. Es en este apartado, donde se van a explicar.

---

<sup>13</sup> Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia. «BOE» núm. 72, de 25 de marzo de 2021, páginas 34037 a 34049 (13 págs.) <https://www.boe.es/eli/es/lo/2021/03/24/3>

El art. 1265 CC establece que cuando concurra error, violencia, intimidación o dolo en el consentimiento manifestado, será nulo.

En el art. 1266 CC establece:

*“Para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo.*

*El error sobre la persona sólo invalidará el contrato cuando la consideración a ella hubiere sido la causa principal del mismo.*

*El simple error de cuenta sólo dará lugar a su corrección.”*

Aquí no se puede deducir el concepto del error vicio, pero este es un concepto muy desarrollado y completado por la jurisprudencia. El Tribunal Supremo (TS) en la STS 840/2013<sup>14</sup> entiende que concurre error vicio *“cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea”*, que en conjunto con el primer párrafo del art. 1266 CC este error deberá de recaer sobre la esencia del contrato. De aquí la jurisprudencia distingue el error vicio o el error propio y el error obstativo. El error propio es el ya mencionado, que recae sobre el consentimiento en sí, o en la creación de la voluntad. En cambio, el error obstativo es un error que recae sobre la manifestación el consentimiento. En este caso, no hay una representación errónea, sino que ésta es correcta, pero la exteriorización se hace de forma errónea. También se diferencia el error propio, que debe de ser un error de hecho, recayendo sobre las circunstancias del objeto del consentimiento; con el error de derecho, que no es un error vicio, sino que es idéntico a lo previsto en el art. 6.1 CC, del desconocimiento de la norma (Rivera Tellechea, 2020).

---

<sup>14</sup> España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Pleno) [Versión electrónica. Bases de Datos vLex], Sentencia núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014 [Consultado 1 de abril 2024] <https://vlex.es/vid/financieras-informacion-test-idoneidad-494125630>

Teniendo en cuenta una breve definición del error vicio, se procederá a analizar los requisitos para determinar su existencia. La determinación de la existencia de un error vicio debe darse de forma casuística, debido a que es un remedio excepcional como causa de invalidación del contrato, y a la vez debe de cumplir los 3 requisitos de que sea esencial, excusable y reconocible.

La esencialidad del error se debe de entender en que el error ha de recaer sobre tal elemento del objeto del consentimiento, de tal manera que si no hubiera existido este error el consentimiento no se hubiera dado. Dando un ejemplo, si el objeto sobre el cual recae el consentimiento es la prestación de servicios por parte de persona A y no por cualquiera, y se da el error (por cualquier motivo) de que la persona B (que viene a prestar los servicios) es la persona A, pues se da la esencialidad debido a que si en principio se hubiera sabido que ha venido la persona B a prestar servicios, no se hubiera consentido a éste. El error excusable se entiende que la persona que ha padecido del error no lo ha podido evitar aun empleando medidas diligentes, y es inexcusable cuando lo pudiera haber evitado empleando medidas diligentes, pero no lo ha hecho. Será lógico pues que una persona más profesional no podrá alegar existencia de error cuando éste concurra en el ámbito del quien es profesional, debido a que se le exige más diligencia por su profesionalidad, y a quien no es profesional se le exige menos de esta diligencia (Verda y Beamonte, 2023). La reconocibilidad es la otra cara de la excusabilidad. La existencia de un error excusable, aparte de deber de aplicar la doctrina de la debida diligencia, hay que examinar que la actuación de *“la otra parte al objeto de determinar si su comportamiento negligente o contrario a la buena fe negocial llegó a provocar tal error”* (FD 3 STS 88/2020<sup>15</sup>). En otras palabras, la reconocibilidad del error es el límite de la

---

<sup>15</sup> España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) [Versión electrónica. Bases de Datos vLex], Sentencia núm. 88/2020, de 6 de febrero [Consultado en 1 de abril de 2024]

diligencia debida, donde acaba dicho deber por haber el otro parte inducido el error (suele ser de mala fe). Según la doctrina, la reconocibilidad implica que una de las partes debe de actuar de tal manera que se intenta evitar cualquier formación de error en la otra parte (Rivera Tellechea, 2020).

Con relación a lo anterior, la doctrina ha diferenciado entre diferentes tipos de error. Que son, el error sobre el objeto; error sobre la persona; error en los motivos. El error sobre el objeto, tal como se puede deducir de su literalidad, es el que recae sobre el objeto de la relación contractual (un objeto esencial o error *in substantiam*), base en la cual se formó el consentimiento. De esto, no serían error vicios ni producirían sus efectos los errores sobre las cualidades secundarias del objeto, o los simples errores de cuenta. Así que una compraventa de manzanas verdes no reversaría de vicios si las partes no dan importancia sobre el color de las manzanas. El error sobre la persona existe cuando hay vicio sobre la persona que es elemento esencial del contrato, sobre todo en contratos que son *intuitu personae*, de tal manera que si la concepción de una parte no cuadra con las cualidades de la otra persona (que es elemento esencial del contrato), existe error vicio. El error en los motivos es apreciado únicamente cuando los motivos que dieron lugar a la relación contractual, no se dieron al final, y que dichos motivos hayan sido parte esencial del contrato (Rivera Tellechea, 2020).

El efecto que produce el error vicio sobre la relación jurídica es aquella de la anulabilidad (o nulidad relativa), que anula la relación una vez se declare (ante el Tribunal y que se estime la acción), sin efectos retroactivos desde el momento que se aprecia la anulación del contrato. Los efectos de los vicios del consentimiento y de la acción de nulidad están regulados en los arts. 1300 y ss. CC, donde uno de sus efectos es que se deberá de restituir “*recíprocamente las cosas que hubieren sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio*

*con los intereses...” En cuanto a la jurisprudencia, el TS en la STS 10 de abril de 2001<sup>16</sup> FD expone: “Sin embargo, el Código Civil carece de un tratamiento preciso de la ineficacia contractual, pues: a) Se echa en falta una regulación sistemática de la nulidad radical o absoluta, a la que por lo general la doctrina asimila la inexistencia.- b) El vocablo "nulidad" que figura en la rúbrica del Capítulo IV, del Título II de su Libro Cuarto y en los artículos 1300, 1301 y 1302 ha de entenderse que se refiere únicamente a la nulidad relativa o anulabilidad, pues el primero de dichos preceptos parte de la base de que los contratos que pueden ser anulados a través del ejercicio de la acción que se regula en los otros dos, son aquellos "en que concurran los requisitos que expresa el artículo 1261".- c) Los artículos 1305 y 1306, por su parte, aluden sin duda alguna a casos de nulidad de pleno derecho o absoluta.- d) Finalmente, otros preceptos, como el 1307 y 1308 son de común aplicación a ambas especies de nulidad.”*

El dolo, como vicio del consentimiento, según el art. 1269 CC, existe cuando “*con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho.*” Por lo tanto es el engaño que la parte (que engaña) induce a la otra. El dolo no puede ser simplemente un engaño expreso, sino que la inadvertencia o el silencio de un parte sobre un defecto grave que conoce frente a la otra parte que no lo conoce también es considerado dolo, debido a que si la otra parte (la que desconoce el defecto) lo hubiera conocido, no prestaría el consentimiento y no se formaría la relación contractual (Verda y Beamonte, 2023).

El art. 1270 CC establece:

---

<sup>16</sup> España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), [Versión electrónica. Base de Datos vLex], Sentencia de 10 de abril 2001 [Consultado el 1 de abril de 2024] [https://app.vlex.com/#search/jurisdiction:ES+content\\_type:2+source:102\\_01.01/violencia+vicios/vid/15203220](https://app.vlex.com/#search/jurisdiction:ES+content_type:2+source:102_01.01/violencia+vicios/vid/15203220)

*“para que el dolo produzca la nulidad de los contratos, deberá ser grave y no haber sido empleado por las dos partes contratantes.*

*El dolo incidental sólo obliga al que lo empleó a indemnizar daños y perjuicios.”*

Una exigencia de la existencia del dolo es la gravedad de ella, que se debe de interpretar en un sentido análogo a la esencialidad del error, aquella que sin el engaño no se hubiera producido la relación contractual. La jurisprudencia también ha desarrollado sobre las exigencias para apreciar la existencia del dolo, en su STS 116/2021<sup>17</sup>, FD 3.7: *“La jurisprudencia, en concordancia con la doctrina científica, viene exigiendo para apreciar este vicio del consentimiento los siguientes requisitos: i) una conducta insidiosa, intencionada o dirigida a provocar la declaración negocial, mediante palabras o maquinaciones adecuadas; ii) la voluntad del declarante debe haber quedado viciada por haberse emitido sin la natural libertad y conocimiento a causa del engaño; iii) esta conducta debe ser determinante de la declaración; iv) el carácter grave de la conducta insidiosa; y v) el engaño no debe haber sido ocasionado por un tercero, ni empleado por las dos partes ( sentencias de 11 y 12 de junio de 2003, y reiterada más recientemente en las sentencias 626/2013, de 29 de octubre, 140/2017, de 1 de marzo, y 139/2020, de 2 de marzo)”*

Ahora bien, esta analogía aplicada, y lo expuesto del error vicio *ut supra*, posiblemente confunda o ambigüe la diferencia entre error vicio y dolo-vicio. Ante ello, según el FD 2 de la STS 505/2015<sup>18</sup>, la diferencia entre el dolo y el error vicio es que en cuanto al dolo, existe dicho acto antijurídico e intencional inducido por la parte que engaña, cuando el error puede

---

<sup>17</sup> España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) [Versión electrónica. Bases de Datos vLex], Sentencia núm. 116/2021, de 3 de marzo [Consultado en 1 de abril de 2024] [https://app.vlex.com/#search/jurisdiction:ES+content\\_type:2+source:102\\_01.01/violencia+Y+%22vicios+del+consentimiento%22/vid/863173720](https://app.vlex.com/#search/jurisdiction:ES+content_type:2+source:102_01.01/violencia+Y+%22vicios+del+consentimiento%22/vid/863173720)

<sup>18</sup> España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) [Versión electrónica. Bases de Datos vLex], Sentencia núm. 505/2015, de 29 de septiembre [Consultado en 1 de abril de 2024] <https://app.vlex.com/#search/jurisdiction:ES/dolo+vicio+consentimiento/vid/586102602>

desprender de otras cuestiones independientes al engaño (que pudiera ser empleado o no).

Citando literalmente al TS:

*“En este sentido, el error que produce o comporta el dolo queda también particularizado respecto de la noción general del error, pues es producto o consecuencia de una intención o propósito de engañar a la otra parte contratante y provocar, de este modo, una injusta vinculación obligacional que, por lo general, le será claramente perjudicial.*

*Esta nota de antijuridicidad que acompaña al dolo determina, a su vez, que la reacción del ordenamiento jurídico se centre en la protección del contratante engañado permitiendo, entre otras medidas de protección, la consecuente nulidad del contrato celebrado. En esta línea se desenvuelven también los principios de Derecho Europeo de Contratos (PECL), no sólo en la distinción del dolo como causa preeminente del vicio del consentimiento, sino también en la exclusión de la autonomía de la voluntad en orden a modular las consecuencias de la anulación, por error o información incorrecta, cuando dicha previsión resulte contraria a los postulados de buena fe y lealtad a la palabra dada; caso del dolo que nos ocupa.*

*De lo expuesto se desprende la conveniencia de diferenciar las figuras del dolo, propiamente dicho, y del error vicio en el curso de la formación del consentimiento contractual y, en consecuencia, la de sus respectivos regímenes jurídicos.*

*Así, en primer lugar, debe resaltarse que aunque el engaño, ínsito en el dolo, provoque necesariamente el error a la otra parte contratante, la reacción del ordenamiento jurídico se centra exclusivamente en la antijuridicidad de la conducta dolosa para determinar la nulidad del contrato celebrado. Consecuencia que solo puede quedar excepcionada bien cuando el dolo no revista carácter grave o esencial para con el objeto o las condiciones del contrato, o bien cuando haya sido empleado por ambos contratantes. (Artículos 1269 y 1270 CC).*

*En segundo lugar, y de acuerdo a lo anteriormente señalado, hay que precisar que una vez apreciado el dolo contractual no cabe, a su vez, apreciar el error vicio en el contrato como*

*si se tratara de supuestos compatibles y concurrentes. En efecto, la apreciación del dolo contractual determina por sí mismo, esto es, de un modo pleno, la nulidad del contrato celebrado; de forma que resulta improcedente entrar en el tratamiento jurídico que le es propio al error vicio, particularmente respecto a la valoración de la nota de excusabilidad del mismo. Nota que resulta lógica de acuerdo a la caracterización de este supuesto, en donde el error no es producto de un acto antijurídico de una de las partes, sino que puede obedecer a múltiples razones, entre otras, a deficiencias o ambigüedades de la negociación llevada a cabo, o ser incluso consecuencia de la culpa del mismo equivocado. De ahí, la necesaria valoración de las conductas de las partes en este supuesto.”*

Por otra parte está el dolo incidental, mencionado por el art. 1270 CC, que consiste en un dolo no grave, pues la parte que sufre del engaño es independiente de la existencia de aquella (hubiera formulado el consentimiento sin o con engaño inducido).

Los efectos del dolo también es la de la anulabilidad de la relación contractual, previstos en los arts. 1300 y ss. CC, que además, quien sufre de ella podrá pedir indemnización por daños y perjuicios previstos en el art. 1902 CC.

La violencia y la intimidación están previstos en el art. 1267 CC. *“Hay violencia cuando para arrancar el consentimiento se emplea una fuerza irresistible. Hay intimidación cuando se inspira a uno de los contratantes el temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona o bienes, o en la persona o bienes de su cónyuge, descendientes o ascendientes.”* La fuerza irresistible de la violencia es la aplicación de medios cuyos no cabe oposición contra ellos que pueden ser tanto físicos o psíquicos, y en consecuencia, se puede entender que excluyen el consentimiento de quien le es aplicado la violencia en vez de viciarlo. La intimidación es una amenaza contra la persona que debe de ser antijurídica, e impide la formación libre del consentimiento. Pues el ejercicio de un derecho legítimo que pueda de

cierto modo coaccionar a la otra parte no es considerada como intimidación (Verda y Beamonte, 2023).

Según el TS en el FD 4 de la STS 81/2012<sup>19</sup>:

*“La doctrina de esta Sala (entre otras, Sentencias de 27 de febrero de 1964 , 15 diciembre 1966 , 22 abril 1991 , 4 de octubre de 2002) viene significando en orden a que la intimidación definida en el apartado dos del art. 1267 del CC "pueda provocar los efectos previstos en el 1.265 del mismo Cuerpo Legal y conseguir la invalidación de lo convenido, que es preciso que uno de los contratantes o persona que con él se relacione, valiéndose de un acto injusto y no del ejercicio correcto y no abusivo de un derecho, ejerza sobre el otro una coacción o fuerza moral de tal entidad que por la inminencia del daño que pueda producir y el perjuicio que hubiere de originar, influya sobre su ánimo induciéndole a emitir una declaración de voluntad no deseada y contraria a sus propios intereses, es decir que consiste en la amenaza racional y fundada de un mal grave, en atención a las circunstancias personales y ambientales que concurran en el sujeto intimidado y no en un temor leve y que, entre ella y el consentimiento otorgado, medie un nexo eficiente de causalidad". Por consiguiente "se exige fundamentalmente la existencia de amenaza de un mal inminente y grave que influya sobre el ánimo de una persona induciéndole a emitir una declaración de voluntad no deseada y contraria a sus propios intereses" ( SS. 15 diciembre 1966 , 21 marzo 1970 , 26 noviembre 1985, 7 febrero 1995); esto es, "un contrato impuesto por la concurrencia de un forzado consentimiento, viciado por coacción moral intimidatoria grave, expresada por las presiones circunstanciales y situación de las partes interesadas" ( S. 5 octubre 1995 ).”*

---

<sup>19</sup> España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) [Versión electrónica. Bases de Datos vLex], Sentencia núm. 81/2012, de 20 de febrero [Consultado en 1 de abril de 2024] [https://app.vlex.com/#search/jurisdiction:ES+content\\_type:2+source:102\\_01.01/violencia+e+intimidacion+vicios+del+consentimiento/vid/355709226](https://app.vlex.com/#search/jurisdiction:ES+content_type:2+source:102_01.01/violencia+e+intimidacion+vicios+del+consentimiento/vid/355709226)

Versando aún sobre el Código Civil Español, pero redirigiendo hacia el tema de la capacidad, se puede encontrar el Título XI “*De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica*”, arts. 249 – 299 bis. Este título ha experimentado una modificación sustancial mediante la Ley 8/2021, de 2 de junio<sup>20</sup>, dejando por derogada la diferenciación entre la capacidad jurídica y la de obrar, presumiendo la plena capacidad jurídica para todas las personas, y estableciendo medidas de apoyo principalmente no representantes para auxiliar el ejercicio de la capacidad jurídica de aquellas personas en una situación desigual. Se deroga también la figura jurídica de la incapacitación, la modificación de la capacidad y de la persona discapacitada, sustituyéndolo con la figura de personas con discapacidad. Las instituciones de la incapacidad natural y de la tutela quedan eliminados, la última sólo reservada para el ejercicio de la patria potestad frente a menores no emancipados.

El sistema antiguo que deroga la Ley 8/2021 se centraba primariamente en la utilización de la institución de la tutela judicial, que resumidamente es la asunción completa de la capacidad de obrar por el tutor, nombrado por el juez competente o a veces por la persona tutelada. En cambio, el nuevo sistema, siendo él otro de los instrumentos de aplicación del Convenio de Nueva York de 2006<sup>21</sup>, presume la igual capacidad jurídica de las personas, debido a que ésta es inherente a la condición humana, y por tanto inmodificable. La idea principal del nuevo sistema es que el apoyo al ejercicio de la capacidad de las personas que lo requieran sea efectuado según la voluntad, deseos y preferencias para el desarrollo pleno de la

---

<sup>20</sup> Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. «BOE» núm. 132, de 03/06/2021. <https://www.boe.es/eli/es/l/2021/06/02/8/con>

<sup>21</sup> Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. «BOE» núm. 96, de 21 de abril de 2008, páginas 20648 a 20659 (12 págs.). <https://www.boe.es/eli/es/ai/2006/12/13/1>

personalidad del apoyado (Carrasco Perera, 2023), en este sentido, también expone el Tribunal Supremo en el FFJJ 4.1, 4.2 STS 3276/2021<sup>22</sup>.

La utilización de las medidas de apoyo es independiente de la existencia de una discapacidad sujeta a una declaración administrativa (y nada relacionado con una declaración judicial de modificación de la capacidad debido a que ésta está derogada). Estas medidas previstas en el Título XI CC pueden constituirse según la discapacidad física o intelectual de la persona, o incluso dependiendo de su situación personal. Las medidas de apoyo que se prevén en el Título XI son los poderes y mandatos preventivos, la guardia de hecho, la curatela y el defensor judicial.

Los poderes y los mandatos preventivos son ambas medidas voluntarias, que son preferentes a las demás. Estos consisten en la constitución de un poder (suele ser especial) o unos poderes por parte del poderdante a favor del apoderado para realizar los actos previstos en el poder en caso de que en el futuro el poderdante requiera apoyo para el ejercicio de su capacidad, que sólo se podrán otorgar para esta misma razón y constituidos mediante escritura pública (arts. 257 y 260 CC). Los poderes y mandatos preventivos subsistirán aún se hayan establecido otras medidas de apoyo (art. 258 CC). El ejercicio de las facultades representativas será siempre personal, pero con la posibilidad de delegar a terceros la realización de ciertos actos concretos, salvo las que tengan por objeto la protección de la persona (art. 261 CC).

La guardia de hecho es una medida de apoyo informal que se ejerce cuando las medidas existentes tanto voluntarias como judiciales no se pueden aplicar de forma eficaz (art. 263 CC). No podrá el guardador de hecho ejercer actuaciones representativas salvo que se le autorice vía judicial, teniendo en cuenta las circunstancias del caso. Cuando existan conflictos de interés

---

<sup>22</sup> España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Pleno), Sentencia núm. 3276/2021, de 8 de septiembre

entre el guardador y la persona con discapacidad, se nombrará un defensor judicial para apoyar a la persona para estos casos (art. 264 CC). El guardador tiene derechos al reembolso de los gastos justificados durante la guardia y a la indemnización por los daños derivados durante ésta (art 266 CC), y se extingue según lo expuesto en el art. 267 CC.

El defensor judicial se nombra cuando existen las causas previstas en el art. 295 CC: cuando quien haya de prestar no pueda hacerlo por cualquier causa; cuando exista conflicto de interés entre la persona apoyada y el que presta el apoyo; cuando el juez lo considere necesario durante la tramitación de la excusa del curador; entre otras, y se nombrará a quien sea más idóneo para respetar, comprender e interpretar la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad.

La curatela es una medida de apoyo constituida judicialmente mediante resolución motivada, que respetará siempre la máxima autonomía de la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad, atendiendo en todo caso su voluntad, deseos y preferencias, y será revisada periódicamente en un plazo máximo de 3 años para adaptarla a los cambios de situación del curado (art. 268 CC). La curatela se constituye cuando no existe otra medida de apoyo suficiente para la persona (por tanto, subsidiaria), que a la vez serán determinados los actos en concreto que requieran de apoyo, según las circunstancias y necesidades. En casos excepcionales la autoridad judicial puede otorgar al curador el ejercicio de representación, debido a que la función (finalidad) principal de la curatela es de cuidado o de asistencia a la persona con discapacidad. El nombramiento del curador se puede dar mediante escritura pública de la persona en previsión de una discapacidad futura, determinando la(s) persona(s), sus funciones y sus obligaciones. Este tipo de nombramiento se denomina la autocuratela, que es vinculante para la autoridad judicial para su constitución, salvo que hayan concurrido situaciones graves que alteran el motivo para la persona a constituir una autocuratela (art. 271 & 272). La otra forma del nombramiento del curador es por la autoridad judicial, entre las

personas previstas según los arts. 275 y 276 CC, que, en síntesis, son personas cercanas a la persona con discapacidad, propuestas por ella o las más idóneas para comprender e interpretar su voluntad, y que según la autoridad judicial tengan la facultad de ser curadores. tampoco deben de incurrir en las causas de inhabilitación previstas en el art. 275 y 277 CC. No se analizará ni las excusas del curador, ni su remoción, ni extinción, debido a que no es estrechamente relacionado con el objeto del trabajo.

Dando una síntesis sobre las medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad de las personas con discapacidad, el ordenamiento jurídico primero presume la igualdad capacidad jurídica de todas las personas, e intenta salvaguardar su ejercicio en condiciones iguales estableciendo dichas instituciones, que a la vez procura no sobreescribir la voluntad de la misma persona con discapacidad.

En cuanto a la capacidad de los menores de edad, el ordenamiento jurídico de forma general no les atribuye el libre ejercicio de su capacidad jurídica. El art. 154 CC prevé lo siguiente:

*“Los hijos e hijas no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores...  
...Si los hijos o hijas tuvieren suficiente madurez deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten sea en procedimiento contencioso o de mutuo acuerdo. En todo caso, se garantizará que puedan ser oídas en condiciones idóneas, en términos que les sean accesibles, comprensibles y adaptados a su edad, madurez y circunstancias, recabando el auxilio de especialistas cuando ello fuera necesario.”*

El art. 155 CC lo siguiente:

*“Los hijos deben:*

*1.º Obedecer a sus padres mientras permanezcan bajo su potestad, y respetarles siempre.*

2.º *Contribuir equitativamente, según sus posibilidades, al levantamiento de las cargas de la familia mientras convivan con ella.*”

Y el art. 199 CC lo siguiente:

*“Quedan sujetos a tutela:*

1.º *Los menores no emancipados en situación de desamparo.*

2.º *Los menores no emancipados no sujetos a patria potestad.*”

Pues se debe de entender que los menores, el ordenamiento jurídico no les atribuye capacidad plena para tomar sus propias decisiones, o que no pueden ejercer el consentimiento por sí mismos, ya que están o sujetos a la patria potestad o a la tutela. Ello siempre y cuando la Ley no haga alguna excepción, como la prevista en el art. 1263 CC<sup>23</sup>. Esta capacidad también dependerá del grado de madurez del menor, ya que en dicho ámbito se rige por el principio del interés superior del menor. Una de las excepciones de la patria potestad es *“los actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo”* (art. 162.1 CC). Ahora bien, los artículos anteriores se refieren a los menores no emancipados, así que se diferencia a ellos de los menores emancipados. La emancipación es una situación que extingue la patria potestad o la tutela del menor (arts. 169 y 231.1 CC), que podrá ser concedida por quienes ejerzan la patria potestad, siempre y cuando el menor tenga más de 16 años y lo consienta. Así que los menores emancipados son aquellos menores con más de 16 años y menos de 18 que pueden vivir de forma independiente según decisión de sus padres (quienes ejercen la patria potestad). A éstos, el ordenamiento jurídico sí les reconoce el

---

<sup>23</sup> Art. 1263 CC: *“Los menores de edad no emancipados podrán celebrar aquellos contratos que las leyes les permitan realizar por sí mismos o con asistencia de sus representantes y los relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales.”*

ejercicio de su capacidad jurídica, a una mayor extensión que los no emancipados, como expone el art. 247 CC<sup>24</sup>.

De la misma forma, el TC en el FD 5 de la STC 99/2019<sup>25</sup>, relaciona la capacidad de los menores con su grado de madurez, pues se deberá de tener en cuenta las decisiones del menor siempre que tengan suficiente madurez. Citando literalmente parte del FD 5:

*“Es abundante el acervo doctrinal (por todas, STC 183/2008 , de 22 de diciembre, FJ 5) que afirma, como “parte del contenido esencial del art. 24.1 CE”, el derecho de cualquier menor, con capacidad y madurez suficiente, a ser oído en vía judicial en la adopción de medidas que afectan a su esfera personal, y que añade que “con mayor razón, y por ser en muchos casos su presupuesto lógico, también forma parte del contenido esencial del art. 24.1 CE que se posibilite a cualquier menor, con capacidad y madurez suficiente, instar de los órganos judiciales, en cualquier orden jurisdiccional, la defensa de intereses que afecten a su esfera personal, incluso contra la voluntad de quienes ejerzan su representación legal”*

*Más ajustada a las cuestiones que se suscitan en este proceso —por tratarse de derechos de libertad y no de prestación como es el derecho a la tutela judicial efectiva— resulta la STC 141/2000 , de 29 de mayo, FJ 5, cuando afirma que “desde la perspectiva del*

---

<sup>24</sup> Art. 247 CC: *“La emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor; pero hasta que llegue a la mayor edad no podrá el emancipado tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor sin consentimiento de sus progenitores y, a falta de ambos, sin el de su defensor judicial.*

*El menor emancipado podrá por sí solo comparecer en juicio.*

*Lo dispuesto en este artículo es aplicable también al menor que hubiere obtenido judicialmente el beneficio de la mayor edad.”*

<sup>25</sup> Tribunal Constitucional. Pleno. Sentencia 99/2019, de 18 de julio de 2019. Cuestión de inconstitucionalidad 1595-2016. Planteada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo respecto al artículo 1 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas. Derechos a la integridad física y moral, a la intimidad y a la protección de la salud, en relación con la dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad: inconstitucionalidad del precepto legal en la medida en que prohíbe cambiar la mención registral del sexo y nombre a los menores de edad con suficiente madurez y que se encuentren en una situación estable de transexualidad. Voto particular.

*art. 16 CE los menores de edad son titulares plenos de sus derechos fundamentales, en este caso, de sus derechos a la libertad de creencias y a su integridad moral, sin que el ejercicio de los mismos y la facultad de disponer sobre ellos se abandonen por entero a lo que al respecto puedan decidir aquellos que tengan atribuida su guarda y custodia o, como en este caso, su patria potestad, cuya incidencia sobre el disfrute del menor de sus derechos fundamentales se modulará en función de la madurez del niño y los distintos estadios en que la legislación gradúa su capacidad de obrar”*

Por lo tanto, el ejercicio de la capacidad jurídica de los menores, como su capacidad para prestar el consentimiento, será en atención a su grado de madurez, pero limitada por la patria potestad o la tutela, salvo en casos de menores emancipados.

Otra de las limitaciones que prevé la legislación española, y en concreto la civil sobre el consentimiento, no recae directamente sobre aquello mismo, sino sobre la autonomía (concepto que el Tribunal Constitucional relaciona con el consentimiento y el libre desarrollo de la personalidad) de las partes. El art. 1255 CC prevé: *“Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público.”* De ello literal se puede entender que la facultad personal del consentimiento está limitada, por aquello que el Estado considera de interés en su propia regulación (tanto en leyes de *ius cogens* o relacionado al orden público) o la moral y valores éticos de la sociedad (Carrasco Perera, 2023).

Versando sobre la delimitación negativa del consentimiento, que según este trabajo es la definición negativa de aquello que es (pues lo que no es), obviamente se tendrá que tratar sobre la figura del disentimiento o el disenso. El disentimiento no está regulado directamente en la legislación española, y según la RAE el disentimiento o la acción de disentir es *“no ajustarse al sentir o parecer de alguien”*. En una relación multilateral, la manifestación del disentimiento de una parte significa la discordancia al consentimiento manifestado por los

otros, de tal manera que en su esencia, la acción de disentimiento no consiste en la no formación o no prestación del consentimiento de quien disiente, sino que consiste en la formación o prestación de un consentimiento de esa parte diferente al consentimiento prestado por los demás. Cuando el disenso sea entre todas las partes sobre una previa relación contractual, éste será una causa de extinción de la relación contractual (Verda y Beamonte, 2023).

### **El concepto del consentimiento**

#### **La definición**

Ya hecho las delimitaciones, y considerando todas ellas, se han acotado suficientemente la noción general para poder definir o aproximar al concepto del consentimiento. El consentimiento pues, consiste en 2 elementos esenciales, la cognitiva y la volitiva del individuo que lo presta. Cuando el consentimiento de un individuo recae sobre un objeto, implica que éste conoce las características, alcances, consecuencias de dicho objeto, y que concorde a sus conocimientos, quiere o acepta a ello. Es más que obvio la existencia del elemento de la voluntad en el consentimiento, e incluso se puede decir que en carácter general, existe un paralelismo entre la voluntad y el consentimiento. Pero ello es incorrecto, la mera voluntad es insuficiente para formar consentimiento, que como se ha visto *ut supra*, tanto la capacidad jurídica, la exigencia de los 18 años para la mayoría de edad y la suficiencia en la madurez, el consentimiento informado en el ámbito médico, los errores, no se dirigen solo a la voluntad del individuo, sino más sobre el conocimiento del individuo, elemento sobre el cual recae la voluntad. Así que cuando se refiere a consentir, se está refiriendo a querer lo que se conoce.

Desde cierto modo, el análisis lingüístico sobre la frase “A consiente a X” puede conllevar la misma conclusión. El sujeto A mediante el predicado “consiente a X” implica que aparte de un mero consentir debe de conocer tal objeto X para dirigir su consentimiento.

En síntesis, la formación (la manifestación es un acto relacionado pero ajeno a la formación) de un consentimiento válido por un sujeto, que recaiga sobre cualquier objeto, requerirá que el mismo sujeto conozca y quiera el objeto (ausencia de vicios) en base de aquellos conocimientos, y además que no tenga su ejercicio de la capacidad modificada (la capacidad jurídica implica la posibilidad de consentir).

La simple definición de los elementos esenciales del consentimiento no es suficiente como para que pueda considerarse una definición, o por lo menos una completa. Así que a continuación se tratarán otros aspectos del consentimiento, para poder completar su definición.

Extendiendo la definición, en cuanto que el Código Civil Español prevé la capacidad jurídica para personas jurídicas (arts. 35 – 39), que según el Derecho, son indistintos a las personas físicas, pero según la realidad, estos carecen de una corporalidad física, y no son más que una creación ficticia (del Derecho). Pues la capacidad para consentir, que como se ha definido anteriormente es puramente subjetiva, resulta cuestionable cuando se ejerce por una persona jurídica, que no tienen dicha subjetividad por no ser personas físicas. El núcleo de la capacidad jurídica de las personas jurídicas radica en la capacidad patrimonial de ellas, éstos pueden ser titulares de derechos reales y pueden ejercer sus derechos, pues según la LEC pueden ostentar de legitimación activa y pasiva, y estos derechos son conferidos por la Ley y limitados en sus estatutos. Lo que carecen estas entidades ficticias son las capacidades atribuidas exclusivamente personalmente, como el estado de la mayoría de edad, el matrimonio, el sexo. Pero en su esencia las personas jurídicas tienen una función de limitar o separar la responsabilidad de ellas de los socios o administradores que la integran, pues son éstos últimos que realmente quienes ejercen la capacidad subjetiva del consentimiento, y que en casos, se les puede atribuir la misma responsabilidad de la persona jurídica cuando abusen de la característica de responsabilidad limitada (Carrasco Perera, 2023).

### **Los límites y la validez**

Uno de los límites del consentimiento es lo previsto en el art. 1255 CC, el de la autonomía de las partes, que no puede versar sobre aquello contrario a las normas imperativas, el orden público o la moralidad social. Otro de los límites es el disentimiento, pues el efecto del disentimiento es la sustitución del antiguo consenso (objeto consentido anteriormente) por el nuevo disenso (objeto consentido posteriormente, distinto al anterior). De modo que el consentimiento está sujeta al límite temporal.

Por otra parte, según lo definido (aproximadamente) como los elementos esenciales del consentimiento, otro de los límites serían los idénticos al de la capacidad cognitiva y volitiva del individuo. Lo que no es conocido no se puede ni querer ni consentir, *prima facie* resulta simple entender este límite, pero cuando más vueltas se le da menos claro queda a que se refiere con lo que no es conocido. Si se refiere al conocimiento de cierto objeto como un espectro bidimensional, que por un extremo estará el conocimiento completo del objeto, y por el otro el desconocer completo (que no se podrá ni tener una idea básica, debido a que es desconocido por completo). Primero, es imposible conocer al todo el objeto del consentimiento, dado que no existe la omnisciencia, pues todo conocimiento es incompleto. En consiguiente, ¿hasta qué punto se deberá de conocer el objeto para que el consentimiento que recaiga sobre aquél sea válido? La respuesta es que dicho conocimiento no tiene que ser siempre clara, precisa y sin errores o engaños. El ordenamiento jurídico español permite a que el consentimiento de los individuos recaiga sobre objetos inciertos, el mejor ejemplo es el contrato condicional y el contrato aleatorio. Sin entrar en su análisis profundo, el contrato condicional basa el objeto del contrato (sobre el cual recae el consentimiento) en una situación futura e incierta; el contrato aleatorio basa el objeto del contrato en la mera incertidumbre (suerte o azar). Ahora bien, la característica fundamental se basa en que son posibles aunque sean inciertos, pues el art. 1272 CC invalida cuando el objeto del contrato sea imposible. En síntesis, el elemento cognitivo no

es limitado por la incertidumbre o azar del objeto, sino por su desconocimiento completo (no hay ni consciencia sobre su existencia) y por la imposibilidad del objeto (que es conocida).

¿Y en cuanto a lo que no se puede querer? Transformando la pregunta a una situación más simple, si decir que “sí” significa consentir (y por lo tanto querer X), y decir que “no” significa disentir (no querer X), que en su esencia sigue siendo consentimiento (pues se quiere), pero recae sobre un objeto distinto al disentido (no querer X = querer no X), pues el individuo autónomo está en un estado constante de consentimiento. Cualquier decisión, tanto afirmativa o negativa, es fundada base un consentimiento. Por lo tanto, el límite del elemento volitivo del consentimiento no es no querer, sino en la imposibilidad de querer, porque de lo deducido no querer sigue siendo querer, pero de manera diferente.

Así que otro límite, basado en el elemento cognitivo sería el estado de inconsciencia del individuo. Volviendo al Código Penal, en su art. 178, que se ha mencionado *ut supra*, en su apartado 2, endiente que no existe consentimiento sexual cuando existan vicios en el consentimiento, o cuando quien deba prestarla está privada de sentidos o cuando tenga anulada por cualquier causa su voluntad. En esto se basa la respuesta del límite del elemento cognitivo, en un individuo inconsciente, sus actos son legamente inválidos, no porque su consentimiento sea viciado, sino que no puede ni formarla, en cuanto no existe voluntad hacia los actos.

En síntesis, los límites del consentimiento son *sensu stricto* aquellos relativos a su esencia, por la extensión del conocimiento, el estado de inconsciencia o insuficiencia de ello (elementos subjetivos que limitan el consentimiento y su forma de ejercicio), y en otra parte de lo que es limitado por las leyes imperativas, el orden público, la moral social, que afectan *sensu stricto* el objeto sobre el cual recae el consentimiento. Ambos pueden producir los mismos resultados de la nulidad o invalidez, pero son esencialmente distintos por su fundamento.

### **El alcance**

El alcance es la otra cara de la moneda de los límites. Como ya se ha visto *ut supra*, aunque no directamente, el consentimiento puede ser tanto delegado (mediante autorizaciones), como manifestado con anterioridad a su efectivo ejercicio (mediante testamento, voluntades anticipadas, instrucciones previas del art. 11 Ley de Autonomía del Paciente, entre otros tipos). Que además, dichas manifestaciones deberán de ser respetadas si no existe uno posterior que lo modifique.

Debido a que estas manifestaciones consisten en cierto modo una previsión de las condiciones bajo las cuales se manifestará consentimiento, no son más que meras previsiones que pueden que en su momento no ser adecuadas a la realidad. Pues surge un problema cuando estas manifestaciones previas resultan posteriormente inadecuados a la realidad. La solución general es muy simple, debido a que un consentimiento válido posterior revoca al anterior (sin excluir las consecuencias legales que se prevean para esta modificación). ¿Pero qué pasaría cuando es imposible formar dicho consentimiento posterior? En cuanto al CC, el testamento de una persona ya fallida no se puede modificar, salvo en casos previstos (arts. 737 y ss.). Otra situación muy debatible sería en los casos de la inseminación artificial *post mortem* (previsto en el art. 9 de la Ley 14/2006, sobre técnicas de reproducción humana asistida), ya que se requiere un consentimiento expreso, formal y personalísimo para proceder a ello (antes del fallecimiento, mediante documento privado, testamento, instrucciones previas), concurriendo en problemas graves cuando haya una revocación posterior al consentimiento pero que no se encontró en su momento. Pues el ordenamiento jurídico no tiene respuesta a estas situaciones, ya que se pondera de una mano el interés del menor (potencial) contra el derecho a la mujer a tener hijos, cosa que podría ser resuelto teniendo en cuenta las conclusiones del presente trabajo (Rodríguez Guitián, 2013).

La existencia de la facultad de manifestar las condiciones bajo las cuales se ejercerá posteriormente un consentimiento (un testamento o las instrucciones previas), expande el alcance del consentimiento, de manera que incluso puede recaer sobre sí mismo.

La delegación de la capacidad o las autorizaciones a un tercero implica que el delegante realice un acto que recae sobre su propia capacidad, y por lo tanto es equivalente a tener el objeto sobre el cual recae el consentimiento su propio ejercicio del consentimiento. Parece paradójico que los sujetos tengan capacidad para modificar su propia capacidad, pues estas modificaciones podrían ser para restringir e incluso anular la misma capacidad. Eso no sería posible, porque teniendo en cuenta que el consentimiento está limitado por lo prohibido por la Ley, y la capacidad jurídica es plena salvo que se requiera por circunstancias previstas en la propia Ley (Código Civil). Esto tendrá transcendencia *in supra* en las reflexiones.

Relacionado con este tema es la institución de la anulabilidad. Como ya se ha expuesto, los vicios del consentimiento producen el efecto de la anulabilidad de la relación contractual. De tal manera que la parte que es afectada por ella puede tomar la acción de nulidad prevista en el CC para anular la relación contractual. De aquí que queda determinado por el sujeto, la decisión de, si invalidar la relación jurídica por ser anulable, o no invalidar y subsanar la relación viciada mediante el transcurso del tiempo (Rubia & Pinto, 2017). Esto es un claro ejemplo del amplísimo alcance del consentimiento, de cómo un sujeto puede consentir sobre un no consentimiento (disentimiento) anterior, implicando que el objeto sobre el cual recae el consentimiento puede hasta ser el no consentimiento.

### **La prueba del consentimiento y su relatividad<sup>26</sup>**

Hasta esta parte del presente trabajo, ya resulta obligatorio a poner de manifiesto que el consentimiento es una dimensión puramente subjetiva, debido a que sus elementos esenciales también lo son, pues el consentimiento es una facultad totalmente relativa al individuo.

La principal cuestión que surge de la subjetividad orbita en cuanto a su prueba. Fuera de lo teórico, y llegando a la práctica, las pruebas son fundamentales para cualquier tipo de pretensión. La prueba del consentimiento es en principio una diabólica. Lo subjetivo no se puede probar, ya que es una experiencia interna, y no se puede basar en nada objetivo para ello. Salvo que exista una externalización, una expresión de esta experiencia interna, que éstas sí se pueden probar. Pues el que quiera algo deberá de actuar ante terceros de una manera que los demás puedan entender dicha la existencia de dicha intención, e igual sucede con el conocimiento, pues se deberá de actuar de tal manera que frente a terceros que se note la existencia de dicho conocimiento<sup>27</sup>. Ejemplo sería una persona sordomuda, que ni siquiera puede expresar verbalmente sus intenciones, y que quiere comprar una manzana. Los terceros no pueden ni podrán saber en ningún momento la voluntad de esa persona, si la persona coge una pera y se dirige al cajero, los terceros entenderán que quiso una pera, en cambio si se dirige al cajero con una manzana entenderán que quiso una manzana. Así, que el consentimiento es improbable cuando no haya ninguna manifestación o externalización de ello, y por tanto la capacidad jurídica de las personas se presume en principio, ya en caso contrario nadie de ninguna manera podría probar que consienten o tienen la capacidad para consentir.

---

<sup>26</sup> Las proposiciones de este apartado están en conexión con lo que posteriormente se hará sobre la buena fe.

<sup>27</sup> Ante esto, se debe de tener en cuenta que la interpretación de los actos de los demás está sujeta a quienes lo interpreten. Pues sujetos de diferentes culturas o diferentes conocimientos podrán interpretar los mismos actos de forma diferente.

### **El consentimiento en relación con otros principios e instituciones de derecho**

En esta parte, se verá que el consentimiento, y partiendo de su definición que se le ha dado, a pesar de no estar definido y ser regulado en la Ley de forma indirecta y fragmentada, está relacionada con varias otras instituciones del ordenamiento jurídico español. El ejercicio de la capacidad jurídica implica que el individuo pueda consentir sobre ciertos objetos o relaciones, y este ejercicio es a la vez fundado por la autonomía del mismo individuo y su capacidad para el desarrollo personal. Por tanto, el consentimiento se fundamenta en la idea de que el sujeto es autónomo y jurídicamente capaz.

#### **El consentimiento expreso o explícito**

El consentimiento explícito es una forma de manifestación del elemento volitivo. Estas manifestaciones expresas consisten en expresar de forma clara la existencia del consentimiento, que suele ser mediante escrito u oral. Un contrato escrito es un tipo de expresión explícita del consentimiento, con el alcance a todo aquello que es escrito. Decir que “sí” también es una expresión explícita, con el supuesto alcance a aquello sobre el cual se consiente. Es importante esta figura, ya que el carácter de subjetividad del consentimiento implica que mediante su expresión explícita se da una seguridad (jurídica) y facilidad probatoria. Basándose en esto, muchas relaciones jurídicas se basan en la existencia de un consentimiento explícito, ya que los individuos repugnan las situaciones de ambigüedad, y prefieren la existencia de seguridad jurídica y previsibilidad.

#### **El consentimiento implícito o tácito**

El consentimiento implícito es la forma de consentir sin que sea manifestado expresamente el elemento volitivo. Pues implica que desde los actos que realiza el sujeto, se puede deducir de ellos el consentimiento de aquél. Para ello, no es suficiente analizar simplemente los actos o sus posibles intenciones, sino también el contexto bajo el cual se realizan. De tal manera que la deducción del consentimiento implícito se debe de atender de

forma casuística, y también que el silencio que presta un sujeto es *eo ipso* insuficiente para considerarlo como que consiente implícitamente, resultando que no decir nada no significa en principio que no esté en contra aquello<sup>28</sup>.

Estrechamente relacionado con el consentimiento tácito son las costumbres y las tradiciones. El art. 1.3 CC establece la costumbre como una de las fuentes del derecho, pero en este trabajo solo se analizará la costumbre y su relación con el consentimiento tácito. La costumbre como una o varias conductas observadas reiteradamente en una comunidad (con independencia de su carácter vinculante que no se analizará en este trabajo) implica la creación de cierto vínculo sin necesidad de que ninguno de los sujetos manifieste explícitamente su consentimiento a ello. Pues de la misma forma que el consentimiento explícito, la reiteración de las mismas acciones da lugar a una sensación de seguridad y previsibilidad, y la existencia de estos es suficiente para cubrir el consentimiento explícito. Aun así, la no manifestación expresa del consentimiento sigue significando que aquello es relativo, pues distintas costumbres pueden tener diferentes interpretaciones en cuanto a la misma situación.

De aquí, el consentimiento explícito, aunque refleje seguridad para las partes, está limitada a aquello que se le ha explicitado. Pues circunstancias que se excedan a éste se deberán de interpretar conforme a las reglas del consentimiento implícito, pero pueden variar debido a

---

<sup>28</sup> Citando el FD 6 de la STS 171/2013, de 6 de marzo (Sala de lo Civil): “*El consentimiento que debe ser otorgado para considerar lícitamente realizadas obras que afectan a elementos comunes en edificios sometidos al régimen de propiedad horizontal puede ser tácito. No obstante el conocimiento no equivale a consentimiento como exteriorización de una voluntad, ni el silencio supone una declaración genérica en la que se pueda encontrar justificación para no obtener los consentimientos legalmente exigidos. En definitiva, con valor de doctrina jurisprudencial, se ha declarado por esta Sala que ha de estarse a los hechos concretos para decidir si el silencio cabe ser apreciado como consentimiento tácito o manifestación de una determinada voluntad. De este modo, la resolución del conflicto radica en determinar bajo qué condiciones debe interpretarse el silencio como una tácita manifestación de ese consentimiento. Por ello deben valorarse las relaciones preexistentes entre las partes, la conducta o comportamiento de estas y las circunstancias que preceden y acompañan al silencio susceptible de ser interpretado como asentimiento*”

su relatividad en la interpretación. Así que decir un “sí” no es un consentimiento en absoluto, y una correcta interpretación debe atenderse siempre al contexto.

### **La buena fe y la doctrina de los actos propios**

La buena fe está prevista en el art. 7.1 CC, “*los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe*”. La jurisprudencia del Tribunal Supremo aprecia la exigencia de la buena fe de manera casuística, pero que en síntesis se puede entender la exigencia de la buena fe como actuar de tal manera que no concurren ni se intenta introducir vicios en el consentimiento (tal como engaños o falta de transparencia), y además se intenta salvaguardar la igualdad entre las partes para evitar desequilibrios y enriquecimientos injustos<sup>2930</sup>. Bajo el contexto de una relación contractual entre 2 o más partes, cuando se acuerda cierto objeto contractual, el consentimiento prestado de cada una de las partes parte de la subjetividad de los individuos, que según sus intereses pueden exponerla como les convenga. Pues la exigencia de actuar con buena fe intenta evitar la presencia de los desequilibrios causados por los intereses particulares frente a la contractual, y esta exigencia recae sobre las partes en sí. Estos desequilibrios en su esencia es una diferencia entre los conocimientos que tiene cada una de las partes en cuanto al objeto (o el contexto contractual), y no una diferencia en las voluntades de las partes (ya que han manifestado el consentimiento). Si la diferencia entre los conocimientos no se manifiesta, la parte que le interese alegar este desequilibrio deberá de probarlo deduciendo la existencia de esa diferencia mediante los actos de la otra parte, pues debe de probar la existencia de la mala fe. La ausencia de la buena fe es actuar de mala fe,

---

<sup>29</sup>España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) [Versión electrónica, Bases de Datos vLex], FD 5.2 Sentencia núm. 594/2017, de 7 de noviembre [consultado en 1 de abril de 2024] [https://app.vlex.com/#search/jurisdiction:ES+content\\_type:2/buena+fe/vid/697246793](https://app.vlex.com/#search/jurisdiction:ES+content_type:2/buena+fe/vid/697246793)

<sup>30</sup>España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) [Versión electrónica, Bases de Datos vLex], FD 4.B Sentencia de 26 de marzo de 2014 [consultado en 1 de abril de 2024] [https://app.vlex.com/#/search/jurisdiction:ES+content\\_type:2+aplica\\_ley:127560%3A7/buena+fe/vid/514867578](https://app.vlex.com/#/search/jurisdiction:ES+content_type:2+aplica_ley:127560%3A7/buena+fe/vid/514867578)

cosa que debe probar aquella parte que lo alega, debido a que la buena fe suele ser presunta (*iuris tantum*) [salvo en situaciones legales que son de mala fe *iuris et de iure*]<sup>31</sup>. De ello, la dificultad de la prueba de la mala fe, ya que quien actúa de esa manera no la habrá manifestado expresamente, sino que será implícita, en el sentido de que mediante los actos que realiza el sujeto de mala fe se puede deducir aquella, y probarla. La presunción de la buena fe tampoco está injustificada, ya que sin dicha presunción no cabría en principio relación jurídica con equilibrio, ni todas aquellas virtudes que conlleva actuar de buena fe, sobre todo el compromiso, que según los contractualistas es el fundamento de la validez de toda relación contractual<sup>32</sup>.

De la buena fe también se deriva la doctrina de los actos propios. El TS lo define como: *“la prohibición de ir contra los actos propios, con la negativa de todo efecto jurídico a la conducta contraria, se asienta en la buena fe, en la necesidad de coherencia en el comportamiento para la protección a la confianza que un acto o conducta de una persona suscita objetivamente en otra u otras; el módulo regulador es la objetividad, o sea, el entendimiento o significado que, conforme con los criterios generales del obrar en el tráfico jurídico, ha de dársele a tal acto o conducta»*; también, sostiene que *«los presupuestos de aplicación de esta regla son los siguientes: 1º, que una persona haya observado, dentro de una determinada situación jurídica, una conducta relevante, eficaz y vinculante; 2º, que posteriormente esta misma persona intente ejercitar un derecho subjetivo o una facultad, con la creación de una situación litigiosa y formulando dentro de ella una determinada pretensión;*

---

<sup>31</sup> En este sentido, ejemplo sería el art. 434 CC, en cuanto se presume de buena fe las acciones del poseedor, y quien alega su mala fe debe de probar aquella, como el art. 34 de la Ley Hipotecaria, que se presume la buena fe del tercero mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro (hay que probar la mala fe). También el art. 521-7 del Código Civil Catalán, que la posesión de mala fe se da cuando no existe creencia justificable de la titularidad de la posesión.

<sup>32</sup> Hasta incluso se puede decir que el principio de buena fe obra como un categórico imperativo en el ordenamiento jurídico, debido a la relatividad y la dificultad de probar los consentimientos de los sujetos, una relación jurídica verdaderamente honesta debe de ser adecuada según dicho principio (de buena fe).

3º, que entre la conducta anterior y la pretensión posterior exista una incompatibilidad o contradicción, según el sentido que de buena fe hubiera de atribuirse a la conducta anterior; y 4º, que entre la conducta anterior y la pretensión posterior exista una perfecta identidad de sujetos». A lo que se añade que esta Sala tiene declarado que «para estimar que se ha infringido la doctrina de los actos propios, que encuentra su apoyo legal en el artículo 7.1 del Código Civil, ha de haberse creado quebranto del deber de coherencia en los comportamientos, y debe concurrir en los actos propios la condición de ser inequívocos, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar o extinguir, sin ninguna duda, una precisada situación jurídica afectante a su autor, que ocasione incompatibilidad o contradicción entre la conducta precedente y la actual» (entre otras, SSTS de 30 de enero de 1999 y 25 de julio de 2000)”

Pues el art. 7 CC no sólo exige a los sujetos actuar de buena fe, sino también que no actúen de tal manera que se contradigan con sus propios actos, y por tanto que exista una coherencia entre lo que el sujeto manifiesta expresamente y lo que realmente consiente.

#### **La cláusula *rebus sic stantibus***

Bajo el contexto de una relación contractual, las partes llegan a un acuerdo (puede ser explícito o tácito) sobre cierto objeto. Dicho objeto acordado, está por un lado sujeta por las partes, y por el otro las circunstancias o el contexto bajo el cual se intenta llevar a cabo el objeto contractual. Así, existen circunstancias independientes a las partes contractuales que pueden afectar el objeto contractual, circunstancias que pueden ser consentidas (conocidas y aceptadas) o no consentidas (no conocidas o no aceptadas), que pueden ser alteraciones sobrevenidas de las circunstancias del contrato. La cláusula *rebus sic stantibus*<sup>33</sup> se aplicó en frecuencia para resolver o modificar contratos de compraventa de viviendas que no obtuvieron financiación

---

<sup>33</sup> Que significa literal “mientras continúen así las cosas” en latín.

durante la crisis económica del 2008, ya que la crisis económica “*como una alteración extraordinaria de las circunstancias, capaz de originar, siempre que concurran en cada caso concreto otros requisitos, una desproporción exorbitante y fuera de todo cálculo entre las correspectivas prestaciones de las partes*”<sup>34</sup>

Los requisitos para aplicar la cláusula *rebus* son: “*primero, una alteración completamente extraordinaria de las circunstancias que se dan en el momento de cumplir el contrato, en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración; segundo, una desproporción inusitada o exorbitante entre las prestaciones de las partes contratantes que rompa el equilibrio de las prestaciones; tercero, que sobrevengan circunstancias radicalmente imprevisibles; cuarto, que no exista otro medio jurídico para compensar el desequilibrio*” (Verda y Beamonte, 2023).

En el ordenamiento jurídico español pues se encuentra una cláusula excepcional para dejar sin efecto una relación jurídica entre varias partes, cuando concurra una situación sobrevenida, ajena al conocimiento de las partes y al riesgo normal o inherente al contrato FD 2.5 STS 64/2015<sup>35</sup>. Se refleja de ello la importancia o primacía de la autonomía del sujeto, de la cual dependen ciertas situaciones jurídicas (o discutiblemente todas), también de la influencia que tiene el contexto sobre el individuo, en cuanto puede condicionar el ejercicio de su capacidad jurídica.

### **El dolo en derecho penal**

La definición dada *ut supra* del consentimiento, a quien sea familiar con el derecho penal, le resultará muy similar al dolo. En cuanto a la determinación del dolo como elemento

---

<sup>34</sup> España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) [Versión electrónica. Bases de Datos Tirant Prime] Sentencia núm. 822/2012, de 17 de enero de 2013 (Tol 3239524), [Consultado en 1 de abril 2024]

<sup>35</sup> España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) [Versión electrónica. Bases de Datos vLex] Sentencia núm. 64/2015, de 24 de febrero 2015, [Consultado en 1 de abril 2024], [https://app.vlex.com/#search/jurisdiction:ES+content\\_type:2/rebus+sic+stantibus/vid/569416522](https://app.vlex.com/#search/jurisdiction:ES+content_type:2/rebus+sic+stantibus/vid/569416522)

subjetivo del delito, requiere el conocimiento del sujeto en que está cometiendo un delito (elemento cognitivo del dolo), y también la voluntad del sujeto en cometer dicho delito (elemento volitivo del dolo), para poder imputarle de la comisión del delito. En una mano, el dolo es elemento constitutivo del delito, y por otra, implica la existencia de la autonomía del sujeto quien comete el delito para cometerlo o no. De cierto modo, se puede decir que el sujeto consiente sobre la comisión del delito (pues hay dolo), pero dado que el objeto del consentimiento no puede ser ilícito, se debe de optar por otra denominación para el elemento subjetivo del delito<sup>36</sup>.

De la misma manera, el Código Penal prevé paralelismos al Código Civil de los vicios del consentimiento que eliminan la existencia del dolo, que algunos de los motivos de las atenuantes o eximentes previstas en el arts. 20 y 21 CP, dado que ellas afectan la responsabilidad criminal y entre algunas el elemento subjetivo del delito. Del art. 20 CP (eximentes), la comisión de delitos bajo alteraciones psíquicas que implique la incompreensión de la ilicitud del hecho (art. 20.1); bajo estado de intoxicación de drogas o sustancias análogas que impliquen la incompreensión de la ilicitud del hecho (art. 20.2); bajo alteraciones graves de la conciencia de la realidad desde el nacimiento o la infancia (art. 20.3); por estado de necesidad (art. 20.5); por ser impulsado por miedo insuperable. Del art. 21 CP, que incluye las causas del art. 20 cuando no concurren todos sus requisitos necesarios; la existencia de una afección psicológica; la grave adicción a las sustancias; obrar por causas o estímulos poderosos que causan miedo, arrebato (entre otras previstas). De las causas expuestas resultan que todas afectan el elemento cognitivo del dolo y algunas afectan o pueden afectar el elemento volitivo del dolo (como las alteraciones por drogodependencia u otras sustancias), y que de esta

---

<sup>36</sup> Aunque para ello se puede dar un estudio histórico sobre los delitos y sus elementos, cosa que se excede del objeto del presente trabajo.

afectación se vea afectada la autonomía del sujeto y su capacidad para ser sujeto derecho. Una modificación paralela a los efectos que producen los vicios del Código Civil, pero más dirigida a la responsabilidad del sujeto.

Otra idea que se deduce de lo anterior es la reafirmación de la diferencia entre situaciones que invalidan en consentimiento en sí (ej. Los vicios), y situaciones que invalidan el objeto sobre el cual recae el consentimiento (ej. Los límites de la autonomía y los objetos ilícitos). Pues el alcance del consentimiento llega incluso sobre los delitos, que en cuyo caso se denominará dolo.

### **Aplicación de la definición**

Ya dado la definición, y analizado ciertas figuras jurídicas desde el punto de vista del consentimiento, en este apartado se aplicará la definición *ut supra* deducida a relaciones actuales.

Supongamos la existencia de una relación contractual entre el sujeto A y el sujeto B. A, presta su propio consentimiento sobre el objeto del contrato (ya sea una compraventa, prestación de servicios), y B también presta su consentimiento sobre el objeto del contrato. Hasta aquí supongamos que no existe ningún vicio en los consentimientos (en plural, ya que cada parte presta su propio consentimiento relativo). De esta manera, se cumplen los elementos contractuales y nace el contrato entre las partes. Este contrato, se puede interpretar como un solo consentimiento expreso emitido por ambas partes, de tal manera que no cabrá la modificación unilateral del contrato, ya que el consentimiento de una parte no es suficiente para tener efectos sobre el consentimiento conjunto (el contrato)<sup>37</sup>. Así, cuadra con Derecho la

---

<sup>37</sup> Esta descripción también se le puede aplicar al matrimonio. Esta relación jurídica, desde el punto de vista subjetivo de las partes (desde el consentimiento, y no entrando a definir la institución del matrimonio), igualmente se puede entender que las partes conocen las implicaciones de la relación matrimonial (en cuanto a la posible situación económica, familiar, con los hijos, etc.) y quieren realizar el matrimonio basándose en estos conocimientos. Así, situaciones que impliquen una diferencia entre lo que uno conoce (o prevé) y las circunstancias reales del matrimonio puede dar lugar a un divorcio,

necesidad del consentimiento de ambas partes para modificar un contrato. De igual manera el incumplimiento contractual, la modificación unilateral del contrato (incumplirlo) da lugar a ciertas consecuencias legales, como son que la contra parte puede exigir el cumplimiento, o extinguir el contrato y recibir indemnización. Pues ocurre una modificación en el consentimiento conjunto (el contrato), la parte que incumple consiente sobre su incumplimiento y también todas aquellas consecuencias derivadas de aquella acción, y la contraparte consiente también sobre el incumplimiento con la consecuencia de recibir indemnización.

En el caso de que haya existido vicios en el consentimiento de alguna de las partes, digamos que A conoce un defecto en el objeto, y por falta de buena fe (se ha expuesto que la buena fe exige que A deba de dar dicho conocimiento frente a B), no se lo comunica a B. B, sin tener conocimiento del defecto, forma contrato con A, y supuestamente nace el consentimiento conjunto (el contrato). Si posteriormente B se entera de que existió defecto en el objeto contractual y que A no se lo comunicó, esto debe interpretarse que existió cierto disentimiento por parte de B, y aquel consentimiento conjunto (el contrato) no debió de existir, pues lógicamente la consecuencia legal de los efectos de la acción de nulidad, la restitución entre las partes, como si aquel contrato no hubiera existido.

En cuanto a una relación sexual entre una pareja, A consiente sobre mantener una relación sexual con B, y B consiente sobre mantener relación sexual con A (por el mero conveniente digamos que es penetración vaginal con preservativo). La interpretación de esta situación es paralela a aquella contractual. De este modo, una penetración sin preservativo sin comunicárselo a la otra parte resultaría en una situación de disentimiento, pues en principio no

---

pudiendo entender que de esa diferencia existe un vicio en el consentimiento. En el Código Penal vigente, prohíbe los matrimonios forzados, pues la protección jurídica en cuanto a los defectos del consentimiento (dissentimiento) en el momento de contraer matrimonio.

se consintió sobre esto. Esta conducta podría constituirse de una violación (delito de agresión sexual), prevista en el art. 178 CP. En la realidad, las verdaderas cuestiones sugerían de la interpretación del consentimiento de ambas partes por ambas contrapartes, ya que no se suele especificar expresa o explícitamente mediante un escrito como es el de un contrato. Así que A tendría su propia concepción en del consentimiento conjunto manifestado, en cuanto sólo sabe sobre lo que sí mismo consiente, y debe de interpretar según sí mismo sobre lo que B consiente. E igualmente pasa con B. Con suerte la interpretación de ambas partes coincide, y la relación sexual es realizada bajo el consentimiento mutuo. Con menos suerte la interpretación puede no coincidir, pues se realizaría una relación sexual no consentida, castigada por el Derecho Penal español. Este ejemplo también recalca la importancia del principio de buena fe, ya que una efectiva comunicación entre las partes facilita mucho más la interpretación que hace cada uno sobre el consentimiento conjunto.

En el caso de que una persona, C, que tenga modificada su ejercicio de capacidad jurídica. Ante esta situación, las asistencias para el ejercicio de su capacidad jurídica surgen de la existencia de una circunstancia irregular en cuanto su capacidad de conocer el entorno, o en cuanto a su capacidad de formar su voluntad (ej. se encuentra en un estado de coma). Incluso el principio de buena fe no puede salvaguardar esta circunstancia irregular frente a terceros, ya que la misma circunstancia es de tal gravedad que desiguala y desampara de protección a C. La respuesta jurídica es asignar a una persona plenamente jurídicamente capaz, para que asuma aquellas incompetencias de C y además deba de obrar en el interés de C. De aquí pues lo científicamente conocido como los trastornos de personalidad no serían suficientes como para limitar el ejercicio del consentimiento de una persona<sup>38</sup>, sino que para dicha limitación deben

---

<sup>38</sup> Esta proposición es una mera hipótesis, ya que los trastornos de personalidad pertenecen a un ámbito muy especial de la psicología, y para una comprensión exhaustiva de ello se requerirá otro estudio con objeto ajeno al del presente trabajo.

de ser circunstancias que atenten directamente contra la capacidad de formar conocimiento o la capacidad de formar voluntad<sup>39</sup>.

---

<sup>39</sup> Como nota de pie, teniendo en cuenta lo expuesto en el párrafo, se ha de criticar la decisión del TS en la STS 589/2021, donde considera no adecuada la aplicación de una medida de apoyo a un anciano que padece del síndrome de Diógenes. Claramente se puede considerar que el síndrome de Diógenes afecta a la capacidad cognitiva del sujeto, ya que no logra entender ni conocer aquellos elementos que afectan a la higiene y el autocuidado de sí mismo. Porque el contexto del caso es ese anciano acumulaba mucha basura en su piso que se encuentra en una Propiedad Horizontal, donde de allí emitía mucho pudor por la basura acumulada. Aunque en el juicio oral la voluntad del anciano era muy clara, y por tanto tenía plena el elemento volitivo del consentimiento, es innegable que su elemento cognitivo del consentimiento es deficiente en cuanto a la esfera de la higiene y del autocuidado. Por lo tanto, se debería haber aplicado una medida de apoyo de su ejercicio de la capacidad jurídica.

## **2ª Parte: Meditaciones Metajurídicas sobre el Consentimiento**

Esta parte del trabajo se centra en unas reflexiones personales en cuanto a lo expuesto anteriormente, apartándose del mundo meramente jurídico. En fin, lo que se expone ahora son sólo reflexiones, que pueden dar lugar a un estudio mucho más profundo, pero que ya se extiende demasiado del objeto del trabajo.

### **Del conocimiento como poder y Michel Foucault**

Michel Foucault, filósofo postmodernista del S. XX, relaciona en su obra Vigilar y Castigar: el nacimiento de la prisión por primera vez el poder con el conocimiento. Inspirado en el concepto del panóptico, donde en guardia situado en el centro de la prisión logra ver y vigilar a todos los prisioneros localizados en celdas que rodean el puesto del guardia (Kelly, 2022). La existencia de tremendo desequilibrio de poder entre una persona (que podía o no encontrarse en su puesto), resultaba que el guardia podía ver en todo momento la situación de los prisioneros, mientras que los prisioneros no podían ver la situación del guardia de la prisión, debiendo así presumir que están bajo constante vigilancia, y así se puede relacionar el concepto del poder con la del conocimiento. En el libro La Voluntad de Saber<sup>40</sup>, Foucault critica el concepto tradicional del poder, como una concepción negativa, en cuanto la existencia del poder es la facultad de prohibir a los demás en hacer algo, y sancionar aquellas conductas prohibidas (Gaventa, 2003).

Conservando esta simple idea, y sin ir a más profundidades de la genealogía del poder y el biopoder, en cuanto que el consentimiento es formado con base en los conocimientos del sujeto, este puede ejercer su poder (por ejemplo, creando obligaciones a la otra parte contractual). Pues la relatividad del consentimiento, ya reiterado varias veces, puede causar

---

<sup>40</sup> Es el primer libro de La Historia de la Sexualidad, la mayor obra conocida de Foucault, que revoluciona la concepción tradicional en torno al sexo y el género. En este trabajo no se hará mención alguna sobre las teorías del género, pero sí lo que expresa en la obra en cuanto al concepto del poder.

una diferencia entre el contenido del conocimiento según qué sujeto, y por consiguiente creando una situación de desigualdad de poder, con el posible abuso de esta situación por la parte más poderosa. En este sentido las relaciones con consumidores, las grandes empresas tienen el monopolio de la información de sus propios productos, pudiendo decidir ellos mismos qué presentar frente a los consumidores, formando así consentimientos viciados, que además del que son inconscientes los consumidores, debido a que creen lo presentado frente a ellos. De esta manera se crea una grave desigualdad, perjudicando a los consumidores a favor de la misma empresa, que abusa de la misma situación creada por ella, y de ello justificando la necesidad de la protección especial que otorga la legislación española (y la de la Unión Europea) a los consumidores<sup>41</sup>.

Pasando a lo denominado como autonomía (del sujeto), o al libre desarrollo de la personalidad, es criticable cualquier noción que crea que aquellos son absolutos. El condicionamiento del consentimiento mediante el elemento cognitivo del sujeto al contexto

---

<sup>41</sup> En este sentido, dando ejemplo del caso PANNON v. ERZSÉVET, Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea asunto C-243/08, ECLI:EU:C:2009:350, sobre un caso de una relación contractual entre consumidor y profesional formada por un contrato de adhesión, y la existencia de cláusulas abusivas dentro del contrato. Interpreta el TJUE que las cláusulas abusivas no vinculan en ningún momento al consumidor, y que deben de ser apreciadas de oficio por los jueces nacionales según sus criterios. Además, la motivación es en línea a lo que se expone en este trabajo, citando los §22 y §25:

*“De este modo, el sistema de protección establecido por la Directiva se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de éstas (sentencia de 27 de junio de 2000, Océano Grupo Editorial y Salvat Editores, C-240/98 a C-244/98, Rec. p. I-4941, apartado 25)”*

*“En cuanto a los efectos jurídicos que deben derivarse de una cláusula abusiva, el Tribunal de Justicia precisó, en la sentencia de 26 de octubre de 2006, Mostaza Claro (C-168/05, Rec. p. I-10421), apartado 36, que la importancia de la protección de los consumidores ha conducido en particular al legislador comunitario a establecer, en el artículo 6, apartado 1, de la Directiva, que las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional «no vincularán al consumidor». El Tribunal de Justicia puso de relieve que se trata de una disposición imperativa que, habida cuenta de la inferioridad de una de las partes del contrato, trata de reemplazar el equilibrio formal que éste establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas.”*

sociocultural (o lo que denomina Foucault como los “regímenes de la verdad”), da a entender que el individuo no consiente con base en sus propios conocimientos exclusivamente, sino que hay elementos externos que afectan a su consentimiento. Tampoco hay que interpretar dicha proposición de forma negativa, sino que simplemente se insinúa que hay que tener en cuenta el contexto sociocultural de la contraparte cuando se establece una relación con ella, también en cuanto a la intención que la contraparte implícitamente da para entender, y no sólo quedarse con lo que expresa de forma explícita.

Luego en cuanto a la libertad, como fundamento de la capacidad del individuo o del sujeto a tomar sus propias decisiones y ejercer su capacidad para consentir. Es muy criticable, ya que la manera que está regulada el consentimiento (positiva y negativamente, como se ha expuesto en este trabajo), son meros requisitos para que dicho ejercicio del consentimiento sea jurídicamente considerado de válido, y no en cuanto a la verdadera formación libre, ni que refleje la libertad de desarrollo del individuo. Ya que, incluso la existencia de vicios debe de ser conocida por el propio sujeto que lo sufre, para que pueda acudir a la jurisdicción a ejercer la acción de nulidad. Pues la libertad sólo cabe verdaderamente ser protegida por el propio individuo, ya que el ordenamiento no ofrece dicha protección de oficio, salvo en los casos donde se considere la existencia de un interés general (como el régimen de los menores, de las personas con discapacidad, de los consumidores o de los trabajadores). Esto, visto desde un punto de vista contrario, se puede entender que es completamente coherente con la libertad de desarrollo que prevé la Constitución, ya que dicha libertad puede interpretarse como la abstención de la injerencia de los poderes públicos en las decisiones del individuo (interpretación liberal de la libertad, en cuanto a más libertad negativa). Pero de todo lo anterior, es de conclusión común que el consentimiento no está regulado en la legislación como figura que protege la libertad, sino como figura que protege la eficacia legal de las decisiones o de la

voluntad, y que es facultad del propio individuo reflexionar si verdaderamente ha sido libre el consentimiento prestado.

Volviendo al poder y el conocimiento, el objetivo de este trabajo, aparte de intentar llegar a una definición (o una aproximada) más universal (por lo menos de aplicación interjurisdiccional de la legislación española) del consentimiento, es de poner en manifiesto cómo la legislación interpreta y limita esta facultad. Ya que lo que está fuera no puede ser conocido a no ser que se tenga en cuenta que hay algo más allá de lo que ya se conoce. Pero el verdadero viaje para este objetivo más escondido (la rigurosa definición del consentimiento) debe de partir de un estudio mucho más sofisticado e interdisciplinario, de tal manera que este mismo trabajo sólo puede servir como un empuje para acumular una inercia inicial.

### **El consentimiento como derecho fundamental**

Estrictamente no se puede entender que la capacidad para consentir de las personas sea un derecho fundamental, ya que no es previsto en la Constitución Española. Pero de lo expuesto *ut supra* se da una sensación de que sí puede ser un derecho, de la manera que lo regula la Ley. Primero que la capacidad para consentir es presumida para cualquier persona, como persona en sí, y que la limitación de esta capacidad se hace de forma excepcional, conforme las capacidades objetivas de la persona, y siempre teniendo en cuenta el interés de la propia persona. Segundo, que dicha capacidad no puede ser limitada por las demás personas, ya que se otorga una protección en la jurisdicción penal, protección que sólo se da para proteger los aspectos más importantes del ordenamiento jurídico (el principio de última ratio). Las únicas limitaciones a la capacidad de consentir serían aquellas limitadas por la propia legislación, que tampoco se puede entender que no son consentidas, ya que el poder legislativo debe de representar a la voluntad de la mayoría del pueblo (pues que el pueblo haya consentido en sí la limitación de la capacidad de consentir de las personas, ya sea por interés general o algún otro motivo).

De allí el espíritu liberal que fundamenta la capacidad de consentir de la persona, en cuanto que es persona en sí. Pues se asimila la libertad derivada del liberalismo, que cualquier persona puede hacer lo que le convenga siempre que no lesione a los demás, pero luego adaptado al sistema socio-demócrata, que existen intereses generales que pueden primar sobre los particulares. Esto en contraste al sistema feudal o autoritario, que a la persona se le puede obligar sin su consentimiento, incluso para los intereses particulares de los que ostentan el poder.

Con relación a lo que es la libertad, un concepto absoluto de ello también puede resultar de situaciones paradójicas, pues mediante la misma se podría restringir a sí misma. Igual que el alcance del consentimiento, que es todo aquello que el individuo conozca. Una crítica personal sobre el alcance y aquellos objetos susceptibles a ser consentidos es la muerte y en ello la decisión de someterse bajo una eutanasia.

Tal como se ha definido aproximadamente el consentimiento, para que un sujeto consienta sobre cierto objeto debe de conocerlo (elemento cognitivo) y debe de quererlo con base en ese conocimiento (elemento volitivo). Con la muerte como objeto del consentimiento, surge el problema de que uno debe de conocer lo que es la muerte antes de que pueda válidamente consentir sobre ello. En cuanto la muerte no está definida, ya que no se puede saber (aparte de las consecuencias objetivas como son el paro del ritmo cardiaco o la actividad cerebral) en lo que subjetivamente consiste, ni en sus consecuencias o implicaciones. De manera que es difícil de hablar que un sujeto consienta sobre la muerte en sí. Lo más adecuado y lógico es decir que el sujeto consiente en vez sobre la inevitabilidad de la muerte, que esta está cerca y mucho más previsible. Pues de esta manera sí podría ser objeto sobre el cual recae el consentimiento, y por ende, se debe de entender que cualquier consentimiento sobre la propia

muerte resulta de un vicio del consentimiento, y particularmente del error *in substantiam* sobre el objeto<sup>42</sup>.

Otra de las situaciones paradójicas que surgen del alcance del consentimiento, es en cuanto a las violaciones (agresiones sexuales tipificadas en el art. 178 CP). Tal como se ha analizado en cuanto a la figura de la subsanación, uno se podría preguntar si puede existir un consentimiento posterior sobre una violación, de manera que el acto tipificado que ocurrió deje de ser tipificado por haberse modificado el (no) consentimiento posterior (o el manifestado durante el acto). Esto podría ser completamente posible bajo el ordenamiento jurídico español actual, ya que el concepto del consentimiento está regulado de tal manera que prima siempre el propio consentimiento del sujeto<sup>43</sup>. Claro, esto es independiente de las posibles consecuencias penales que puedan resultar de ello, ya que en un caso de violación siempre se verá implicado el acusador público o el Ministerio Fiscal, para asegurar que las relaciones sexuales siempre se produzcan consentidas en su momento de producción, y no en una posterior.

Luego, también relacionado con el consentimiento sexual, son las prácticas de lo denominado *Consensual non-Consent* (CNC), que es la de simular una violación<sup>44</sup>. Pues resulta paradójico que un consentimiento anterior no se vea modificado por uno posterior, pues durante la relación se estará constantemente una parte negando a realizar la relación sexual. Pero en cuanto se tiene en cuenta el real alcance del consentimiento, pues este podría condicionar sobre

---

<sup>42</sup> Resulta de aquí que se puede criticar a la decisión del TC en cuanto a la eutanasia, ya que según lo que motiva en la sentencia, la decisión de la eutanasia se basa fundamentalmente en la libertad de pensamiento y en el libre desarrollo de la personalidad. Pero esta motivación no es suficiente, y es superficial, pues no entra el TC en el análisis sobre la esencia de la libertad de la persona, ni tampoco en los posibles límites de las decisiones que una persona pueda tomar. Mediante este trabajo se llega a aclarar mejor que sí que existen objetos que por su naturaleza no se pueden consentir por las personas, como es la muerte (o por lo menos hasta que no haya avances científicos que den un conocimiento más completo sobre la muerte).

<sup>43</sup> Lo equivalente al perdón de la víctima en el procedimiento penal.

<sup>44</sup> Es decir, realizar la relación sexual bajo previo consentimiento que durante aquella, se negará a la realizar la relación sexual (en otras palabras, consentir a una violación).

el ejercicio de un consentimiento posterior, que en los casos del CNC, se suele sustituir la expresión de un disentimiento a la relación sexual mediante una palabra de salvaguardia distinta al “no”. Modificando de esta manera mediante el consentimiento la interpretación que se deba de hacer de la misma bajo un contexto específico.

Pero de la consideración anterior, ello no es muy recomendable, ya que sigue existiendo una relatividad en la interpretación del consentimiento por un sujeto ajeno. La acción de modificar la interpretación del consentimiento bajo ciertas circunstancias específicas, digamos que compleja mucho más la interpretación, ya que la interpretación del consentimiento en los casos de CNC se verá afectada por la interpretación del consentimiento primario<sup>45</sup> que constituye la relación de CNC.

Versando ahora sobre el consentimiento informado que se les exige a los pacientes para poder realizar una operación médica, se puede criticar que dicho consentimiento informado es un mero formalismo, ya que un paciente puede firmar solo para que se proceda para la operación y se le pueda operar. Si fuera este el caso, entonces todo consentimiento informado que se preste formalmente sería viciado, y la verdadera intención del paciente es que le operen y que se les cure. Aplicando lo expuesto *ut supra* en el este trabajo, existiría un disentimiento prestado por el paciente sobre las posibles consecuencias negativas de la operación médica, pero que una vez realizada la operación, y el paciente se ve conforme a ella, podrá subsanar su

---

<sup>45</sup> Un ejemplo de esto sería un caso que ocurrió en un ordenamiento jurídico distinto al español, en Estados Unidos, y por esto se describe en las notas de pie. El caso *People v. Moua*, No. 315972-0 (Fresno Cnty. Super. Ct., Feb 7, 1985), sobre un inmigrante vietnamita en EE. UU. que pertenecía de la tribu Hmong, quienes practican las bodas por secuestro, contrayendo matrimonio vía forzosa y agredir sexualmente a la “mujer”, que debe de protestar en contra los actos sexuales como forma de testimonio de la virtuosidad del hombre. Estos actos en su propia cultura plenamente aceptado. Pues este inmigrante vietnamita en Fresno California, secuestra y mantiene relaciones sexuales forzosamente a otra mujer Hmong estadounidense, sin hacer caso alguno al disentimiento de la mujer, pensando en cambio que esa resistencia es un acto de apreciación. Llega a juicio el caso, pero el “marido” no es condenado por delito de agresiones sexuales por alegar el “*cultural defense*”, alegaciones basadas en la diferencia de la cultura. Esto es un gran ejemplo de cómo las circunstancias socioculturales pueden dar lugar a interpretaciones distintas de una misma manifestación (explícita o implícita) del consentimiento.

disentimiento prestado inicialmente mediante la no actuación para anular aquel consentimiento prestado de forma viciada. En el caso contrario, si el resultado de la operación médica le hubiera producido consecuencias negativas las cuales el mismo paciente se negaba, recurrirá a la jurisdicción por haberse infringido su disentimiento prestado.

### **Otras reflexiones**

Desde un punto de vista global, las fuentes que se han analizado, y de las cuales se ha deducido una definición aproximada y más amplia del consentimiento, son todas de origen jurídico. Esto es, que dentro del ordenamiento jurídico, se han creado las reglas para definir la capacidad de los sujetos a la hora de tomar sus decisiones. Pues es posible llegar a la conclusión de que el consentimiento es una mera creación jurídica, como lo son los derechos fundamentales, y esta postura se refuerza por el hecho de que no hay elementos ajenos al ordenamiento jurídico que ayuden a definir el consentimiento. De aquí el elemento de relatividad del consentimiento, ya que cabe interpretación subjetiva de las reglas que la regula. Se podría así justificar como que el consentimiento es la condición jurídica que atribuye validez a las decisiones de los sujetos.

Si fuera este caso, sería posible atribuir la capacidad para consentir también a las máquinas, y así sin tener que a la vez atribuirles la capacidad jurídica, ya que este está reservado para las personas por la mera condición de serlas. Pues las decisiones de las máquinas serían válidas siempre que se cumplan los elementos esenciales del consentimiento. Entendiendo el elemento cognitivo de las máquinas el método de su programación o las funciones por las cuales están programadas a realizar, y el elemento volitivo de las máquinas como la función que debe de realizar. Poniendo un ejemplo, cuando cierto sujeto A quiere comprar un objeto desde una máquina de venta, a un precio X. El consentimiento de A se forma en cuanto conoce que la máquina le venderá el objeto siempre y cuando él introduzca el importe X de en la máquina, y quiere realizar la compra según las condiciones que A conoce. El consentimiento

de la máquina se forma en cuanto, siempre que reciba el importe X, deberá realizar las funciones necesarias para vender el objeto, pues aquí en cuanto el elemento volitivo de la máquina no es libre, sino que está obligada a realizar la venta cuando se cumplan las condiciones programadas para ello (elemento cognitivo). Pues se realizará efectivamente una compraventa jurídicamente válida, cuando A introduzca el importe X y la máquina le venda el objeto.

Ahora bien, supongamos que existe un bug en la programación de la máquina, donde el precio marcado para el objeto es X, pero el bug de la programación lo cambia en vez a  $X + 1$ , y de tal manera que no se pueda conocer dicho bug por A. El consentimiento de A se formará de forma igual que el caso anterior, pensando que si introduce el importe X se le venderá el objeto que quiere. Y el consentimiento de la máquina también se formará igual, salvo que la condición de la venta sería siempre y cuando se introduzca el importe  $X + 1$ . La consecuencia de A introduciendo X importe en la máquina, resultaría la no formación del consentimiento conjunto entre A y la máquina, pues existe un error (o incluso dolo) que vicia el consentimiento prestado por A, ya que éste no conoce que *de facto* existe un bug y debía en cambio haber introducido el importe  $X + 1$ . Y de aquí un paso más que A puede decir introducir el importe de + 1 para subsanar el consentimiento conjunto y crear un vínculo jurídico válido, o de cierta forma pedir la restitución de la relación jurídicamente inválida por haberse viciado el consentimiento.

De esta pequeña reflexión, se puede entender el consentimiento como un mero instrumento jurídico para examinar la validez de las decisiones que son realizadas por los sujetos, y no necesariamente una capacidad intrínseca a la persona por ser persona en sí. Facilitando con esta interpretación los posibles problemas que surjan con la introducción de la inteligencia artificial en la realidad jurídica y en la objetiva.

Otro aspecto sobre el cual cabe reflexionar, es la forma mediante el cual el ordenamiento jurídico regula la figura del consentimiento. Es hipócrita la postura positivista y codificadora de la legislación española, en cuanto al consentimiento, ya que es un pilar fundamental de la capacidad jurídica del sujeto, y como requisito para calificar la validez de las decisiones, no se da ninguna definición positiva y rigurosa del consentimiento, sino que, según lo analizado en este trabajo, se rija por una definición incompleta y deconstructivista. Se debe de buscar una definición rigurosa para poder dar seguridad, sobre todo a los sujetos que no sean familiares con la ley, en cuanto los límites o el contenido legal que deben de cumplir sus decisiones. También para lograr una protección autónoma por los propios sujetos, ya que con una definición positivista serán más conscientes de ello. Esta crítica a la falta de rigurosidad también se aplica a la existencia del elemento de relatividad en la interpretación del consentimiento prestado. Todo esto se expresa mediante el lenguaje, que puede ser tanto por escrito o como verbal. Introduciendo pues en este tema la filosofía de Ludwig Wittgenstein<sup>46</sup>, en cuanto a la necesidad de la rigurosidad del lenguaje, ya que lo que se expresa es la realidad, y más allá de lo que llega el lenguaje es inexistente (para las contrapartes).

Lo que no se exprese de forma clara, o no se exprese en sí, aunque resulte evidente o existente para el mismo sujeto, es cosa inexistente y carece de valor para los terceros. La realidad es todo aquello sobre el cual el lenguaje se puede expresar, todo lo que está más allá del alcance del lenguaje es carece de sentido alguno. Pues la única forma de establecer un verdadero vínculo de buena fe y poder prestar un consentimiento no viciado, es mediante la expresión de todo sobre lo que concierne el consentimiento. Existirán elementos que serán más

---

<sup>46</sup> Sobre todo las ideas que él expone en el *Tractatus Logico-Philosophicus*, pero sólo aquellas que se centran en el lenguaje y las representaciones y cómo éstos delimitan la realidad. Sin entrar en las cuestiones sobre metafísica y la finalidad de la filosofía, que también se tratan en la misma obra. Tampoco se va a hacer una discusión o un análisis de las diferentes formas de interpretación del *Tractatus*, ya que ello es completamente ajeno al objeto del trabajo.

fáciles de expresar o formular, como aquello objetivo que se pueda reflejar objetivamente en la realidad. Pero también harán elementos mucho más difíciles para ello, ya que existen intenciones demasiado subjetivas para que sean formuladas rigurosamente por el lenguaje, y eso no significa que se deba callarse uno (por no poder hablarlo o formularlo), sino que hay que ponerse en la figura del otro, y expresarse de manera que el otro lo pueda entender según sus propios conceptos.

## Conclusión

En el inicio del presente trabajo, se ha establecido el objeto de este la búsqueda de una aproximación a la definición universal del concepto del consentimiento en el ordenamiento jurídico español. Con todo el recorrido dado del trabajo, no se puede negar que el ordenamiento jurídico español ya tiene una propia noción del consentimiento, pero una deconstruccionista. Tampoco se debe de criticar esta aproximación deconstruccionista, este es solo un punto de vista diferente. En cuanto a este trabajo, se ha intentado dar una aproximación más holística, intentando unir todos esos análisis, y proveyendo la vista global inexistente en el ordenamiento jurídico español. Y el resultado de este trabajo es que en su esencia el consentimiento está formado por 2 elementos, el elemento cognitivo (que es el conocimiento del sujeto que consiente sobre el objeto consentido) y el elemento volitivo (que es la voluntad del sujeto sobre el objeto consentido con base en sus conocimientos de ello).

Uno de los mayores problemas en cuanto al consentimiento, es su relatividad y casuística. Por tanto la definición que se ha llegado en este no es una definición completamente rígida, sino una más principalista<sup>47</sup>, y de aquí el motivo por el cual el título se denomina como “Una Aproximación”, de que los principios esenciales para considerar la existencia del consentimiento son el cognitivo, el volitivo y su intrínseca relatividad.

Como última consideración, este trabajo no es más que una simple introducción a un tema mucho más profundo, que requiere mucho más estudio y dedicación, debido a que existe mucha jurisprudencia y doctrina en todos los elementos de la deconstrucción del consentimiento. Cada una de las figuras legales estudiadas son desarrolladas en gran extensión, que si se tuvieran un análisis más profundo a lo mejor se llegaría a una definición universal más rigurosa del consentimiento. Y además sobre su relatividad, que este trabajo nomás surge

---

<sup>47</sup> En cuanto según el principalismo.

del análisis del ordenamiento jurídico español. Para una real definición universal del consentimiento, debería de ser ajena a esta relatividad, y por tanto un análisis del consentimiento de ordenamientos jurídicos extranjeros, o incluso una aproximación histórica a la evolución del concepto del consentimiento, sería más apto para su verdadera definición universal.

Ante todo lo expuesto, se da por finalizado el presente trabajo.

## BIBLIOGRAFÍA

- BALLESTÉ, I. R. (2015). ¿POR QUÉ DIECIOCHO AÑOS? LA MAYORÍA DE EDAD CIVIL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CIVIL ESPAÑOL. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 49, 129-154.
- Blasco Gascó, F. d. P. (2022). *Instituciones de derecho civil : parte general : introducción, los sujetos de derecho, la relación jurídica / Francisco de P. Blasco Gascó , Catedrático de Derecho Civil. Universitat de València, abogado (2ª edición ed.)*. Tirant lo Blanch.
- Carrasco Perera, Á. (2023). *Derecho Civil. Introducción. Fuentes. Derecho de la persona. Derecho subjetivo. Derecho de propiedad*. (Tecnos, Ed. 9ª ed. ed.). Tecnos.
- Fayos Gardó, A. (2021). *Derecho civil: manual de derecho de obligaciones y contratos (1, 9/8/21 ed.)*. Dykinson. <https://doi.org/10.2307/j.ctv20hcs7s>
- Gaventa, J. (2003). *Foucault: power is everywhere*. Retrieved 10/05 from <https://www.powercube.net/other-forms-of-power/foucault-power-is-everywhere/>
- Kelly, M. (2022). *Michel Foucault (1926-1984)*. Retrieved 10/05 from <https://iep.utm.edu/foucault/>
- Muñoz Conde, F., García Arán, M., & García Álvarez, P. (2022). *Derecho penal : parte general / Francisco Muñoz Conde (Catedrático de derecho penal), Mercedes García Arán (Catedrática de derecho penal de la Universidad Autónoma de Barcelona) (11ª edición, revisada y puesta al día con la colaboración de Pastora García Álvarez ed.)*. Tirant lo Blanch.
- Ortiz Fernández, M. (2021). *El consentimiento informado en el ámbito sanitario: responsabilidad civil y derechos constitucionales (1/26/21 ed.)*. Dykinson. <https://doi.org/10.2307/j.ctv1ks0dtr>
- Pasamar, M. Á. B. (2021). La relatividad legal de la edad de consentimiento sexual de los menores de dieciséis años: regla y excepción. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología RECPC*.
- Rivera Tellechea, B. (2020). Qué entiende por error vicio del consentimiento la jurisprudencia más actual.
- Rodríguez Guitián, A. M. (2013). *Reproducción Artificial Post Mortem*.
- Rubia, R. M. d. I., & Pinto, M. J. V. (2017). La Anulabilidad de los Contratos.
- Serrano Tárraga, M. D., & Vázquez González, C. (2023). *Derecho penal. Parte especial / M<sup>a</sup> Dolores Serrano Tárraga (Coordinadora) ; Carlos Vázquez González [y 4 más] (1ª edición) ed.*. Tirant lo Blanch.

Verda y Beamonte, J. R. d. (2022). *Derecho civil I : (derecho de la persona) / coordinador: José Ramón de Verda y Beamonte ; autores: Alventosa del Río, J. [i 11 més]* (3ª edición ed.). Tirant lo Blanch.

Verda y Beamonte, J. R. d. (2023). *Derecho civil II : (obligaciones y contratos) / coordinador : José Ramón de Verda y Beamonte ; autores : M<sup>a</sup> L. Atienza Navarro [i 15 més]* (6ª edición ed.). Tirant lo Blanch.

### SENTENCIAS CITADAS

- 1) España. Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 21). Sentencia núm. 14/2024, de 22 de febrero
- 2) España. Tribunal Constitucional. Pleno. Sentencia 132/1989, de 18 de julio. Recursos de inconstitucionalidad 961/1985, 174/1987, 398/1987, 407/1987, 410/1987 y 425/1987, y conflicto positivo de competencia 504/1987 (acumulados). Promovidos, respectivamente, por el Presidente del Gobierno, por 70 Diputados, por la Generalidad de Cataluña, por el Consejo de Gobierno de la Diputación Regional de Cantabria, por el Gobierno Vasco, por 57 Diputados y por el Gobierno de la Nación: el primero, contra la Ley del Parlamento de Cataluña 18/1985, de 23 de julio, de Cámaras Profesionales Agrarias; los cinco siguientes, contra la Ley 23/1986, de 24 de diciembre, por la que se establecen las bases del Régimen Jurídico de las Cámaras Agrarias, y el último, promovido por el Gobierno de la Nación, contra el Decreto 32/1987, de la Junta de Galicia, por el que se autoriza la adquisición del derecho a usar los inmuebles propiedad de las Cámaras Agrarias Gallegas. Voto particular. «BOE» núm. 190, de 10 de agosto de 1989, páginas 2 a 23 (22 págs.)
- 3) España. Tribunal Constitucional. Pleno. Sentencia 19/2023, de 22 de marzo de 2023. Recurso de inconstitucionalidad 4057-2021. Interpuesto por cincuenta diputados del Grupo parlamentario Vox en el Congreso de los Diputados en relación con la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia. Derecho a la vida y a la integridad física y moral: constitucionalidad de la regulación legal del derecho a la autodeterminación respecto de la propia muerte en contextos eutanásicos. Votos particulares.
- 4) España. Tribunal Constitucional. Pleno. Sentencia 212/2005, de 21 de julio de 2005. Conflicto positivo de competencia 4215/1996. Promovido por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña frente a la Orden del Ministerio de Educación y Cultura, por la que se conceden ayudas de educación especial para el curso 1996-1997. Competencias

sobre educación e igualdad de los españoles en el ejercicio del derecho a la educación (STC 188/2001). Delimitación parcial. Voto particular. «BOE» núm. 197, de 18 de agosto de 2005, páginas 103 a 114 (12 págs.)

- 5) España. Tribunal Constitucional. Pleno. Sentencia 94/2023, de 12 de septiembre de 2023. Recurso de inconstitucionalidad 4313-2021. Interpuesto por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso en relación con la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia. Derecho a la vida y a la integridad física y moral: constitucionalidad de la regulación legal del derecho a la autodeterminación respecto de la propia muerte en contextos eutanásicos (STC 19/2023). Votos particulares.
- 6) España. Tribunal Constitucional. Pleno. Sentencia 99/2019, de 18 de julio de 2019. Cuestión de inconstitucionalidad 1595-2016. Planteada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo respecto al artículo 1 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas. Derechos a la integridad física y moral, a la intimidad y a la protección de la salud, en relación con la dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad: inconstitucionalidad del precepto legal en la medida en que prohíbe cambiar la mención registral del sexo y nombre a los menores de edad con suficiente madurez y que se encuentren en una situación estable de transexualidad. Voto particular.
- 7) España. Tribunal Constitucional. Sala Segunda. Sentencia 37/2011, de 28 de marzo de 2011. Recurso de amparo 3574-2008. Promovido por don José María García-Bayonas Garaizabal respecto a las Sentencias de la Audiencia Provincial de Bizkaia y de un Juzgado de Primera Instancia de Bilbao que desestimaron su reclamación de responsabilidad civil derivada de asistencia sanitaria. Vulneración de los derechos a la integridad física y a la tutela judicial efectiva: asistencia sanitaria proporcionada desatendiendo el derecho del paciente a prestar un consentimiento informado.

- 8) España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) [Versión electrónica, Bases de Datos vLex], FD 5.2 Sentencia núm. 594/2017, de 7 de noviembre [consultado en 1 de abril de 2024]  
[https://app.vlex.com/#search/jurisdiction:ES+content\\_type:2/buena+fe/vid/697246793](https://app.vlex.com/#search/jurisdiction:ES+content_type:2/buena+fe/vid/697246793)
- 9) España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) [Versión electrónica, Bases de Datos vLex], FD 4.B Sentencia de 26 de marzo de 2014 [consultado en 1 de abril de 2024]  
[https://app.vlex.com/#search/jurisdiction:ES+content\\_type:2+aplica\\_ley:127560%3A7/buena+fe/vid/514867578](https://app.vlex.com/#search/jurisdiction:ES+content_type:2+aplica_ley:127560%3A7/buena+fe/vid/514867578)
- 10) España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) [Versión electrónica. Bases de Datos vLex], Sentencia núm. 88/2020, de 6 de febrero [Consultado en 1 de abril de 2024]
- 11) España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) [Versión electrónica. Bases de Datos vLex], Sentencia núm. 116/2021, de 3 de marzo [Consultado en 1 de abril de 2024]  
[https://app.vlex.com/#search/jurisdiction:ES+content\\_type:2+source:102\\_01.01/violencia+Y+%22vicios+del+consentimiento%22/vid/863173720](https://app.vlex.com/#search/jurisdiction:ES+content_type:2+source:102_01.01/violencia+Y+%22vicios+del+consentimiento%22/vid/863173720)
- 12) España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) [Versión electrónica. Bases de Datos vLex], Sentencia núm. 505/2015, de 29 de septiembre [Consultado en 1 de abril de 2024]  
<https://app.vlex.com/#search/jurisdiction:ES/dolo+vicio+consentimiento/vid/586102602>
- 13) España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) [Versión electrónica. Bases de Datos vLex], Sentencia núm. 81/2012, de 20 de febrero [Consultado en 1 de abril de 2024]  
[https://app.vlex.com/#search/jurisdiction:ES+content\\_type:2+source:102\\_01.01/violencia+e+intimidacion+vicios+del+consentimiento/vid/355709226](https://app.vlex.com/#search/jurisdiction:ES+content_type:2+source:102_01.01/violencia+e+intimidacion+vicios+del+consentimiento/vid/355709226)
- 14) España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) [Versión electrónica. Bases de Datos Tirant Prime] Sentencia núm. 822/2012, de 17 de enero de 2013 (Tol 3239524), [Consultado en 1 de abril 2024]
- 15) España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) [Versión electrónica. Bases de Datos vLex] Sentencia núm. 64/2015, de 24 de febrero 2015, [Consultado en 1 de abril 2024],

[https://app.vlex.com/#search/jurisdiction:ES+content\\_type:2/rebus+sic+stantibus/vid/569416522](https://app.vlex.com/#search/jurisdiction:ES+content_type:2/rebus+sic+stantibus/vid/569416522)

16) España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), [Versión electrónica. Base de Datos vLex], Sentencia de 10 de abril 2001 [Consultado el 1 de abril de 2024]  
[https://app.vlex.com/#search/jurisdiction:ES+content\\_type:2+source:102\\_01.01/violencia+vicios/vid/15203220](https://app.vlex.com/#search/jurisdiction:ES+content_type:2+source:102_01.01/violencia+vicios/vid/15203220)

17) España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 171/2013, de 6 de marzo

18) España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Pleno) [Versión electrónica. Bases de Datos vLex], Sentencia núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014 [Consultado 1 de abril 2024]  
<https://vlex.es/vid/financieras-informacion-test-idoneidad-494125630>

19) España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Pleno), Sentencia núm. 3276/2021, de 8 de septiembre

Sentencias citadas

20) Unión Europea. Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asunto C-243/08. Sentencia de fecha 4 de junio 2009. ECLI:EU:C:2009:350