

III

2021

N.º 135

**cuadernos
de política criminal
segunda época**

Edita

Dykinson, S.L.

CONTENIDO

SECCIÓN ESTUDIOS PENALES

LA LUCHA INTERNACIONAL CONTRA LA CORRUPCIÓN. UN FRENTE ABIERTO. <i>Por María José Jiménez-Díaz</i>	5
LA VIOLACIÓN “POR ACTUACIÓN CONJUNTA” (ART. 180.2ª CP). <i>Por José-Luis Serrano González De Murillo</i>	49
STEALTHING. SOBRE EL OBJETO DEL CONSENTIMIENTO EN EL DELITO DE ABUSO SEXUAL. <i>Por Antoni Gili Pascual</i> .	85
CORRUPCIÓN EN TIEMPOS DEL COVID19. UN ANÁLISIS DE DERECHO COMPARADO A PARTIR DEL DENOMINADO «MASKENAFFÄRE» EN ALEMANIA. <i>Por Miguel Ángel Cano Paños</i>	135
EL LEGADO DEL MODELO ANTITERRORISTA TRAS EL 11-S, 20 AÑOS DESPUÉS: LA INDUSTRIA DE LA VIGILANCIA GLOBAL. <i>Por Esther Pomares Cintas</i>	171

SECCION DERECHO COMPARADO Y DERECHO INTERNACIONAL PENAL

LAS ÓRDENES EUROPEAS DE ENTREGA Y CONSERVACIÓN: LA FUTURA OBTENCIÓN TRANSNACIONAL DE LA PRUEBA ELECTRÓNICA EN LOS PROCESOS PENALES EN LA UNIÓN EUROPEA. <i>Por Ángel Tinoco Pastrana</i>	203
--	-----

SECCIÓN JURISPRUDENCIAL

PANORAMA JURISPRUDENCIAL: TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y TRIBUNAL SUPREMO. <i>Por Manuel Jaén Vallejo</i>	247
--	-----

SECCIÓN BIBLIOGRÁFICA

RECENSIÓN A MORILLAS CUEVA (DIR.), BENÍTEZ ORTUZAR, DEL ROSAL BLASCO, MORILLAS CUEVA, OLMEDO CARDENETE, PERIS RIERA, SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS (AUTORES), <i>SISTEMA DE DERECHO PENAL. PARTE ESPECIAL</i> , 4ª EDICIÓN. DYKINSON, MADRID, 2021, 1654 PÁGINAS. <i>Por Samuel Rodríguez Ferrández</i>	267
RECENSIÓN A FERNANDO BERTRÁN GIRÓN, <i>REGULARIZACIÓN Y DELITO CONTRA LA HACIENDA PÚBLICA: CUESTIONES PRÁCTICAS</i> , DYKINSON, MADRID, 2021, 588 PÁGINAS. <i>Por Juan José Romero Abolafio.....</i>	281
NOTICIARIO	289
POLÍTICA EDITORIAL, CRITERIOS Y RÉGIMEN PARA LA PUBLICACIÓN DE TRABAJOS ORIGINALES EN CPC	301

“STEALTHING”:
SOBRE EL OBJETO DEL CONSENTIMIENTO
EN EL DELITO DE ABUSO SEXUAL*

Stealthing.
Regarding consent in the crime of sexual abuse

ANTONI GILI PASCUAL**

Fecha de recepción: 20/09/2021

Fecha de aprobación: 24/11/2021

RESUMEN: Hace un par de años que ha irrumpido en las resoluciones de la jurisdicción penal española, a la par que ha sucedido en la comparada, un nuevo término de origen anglosajón para aludir a una conducta sobre cuyo carácter delictivo se ha puesto internacionalmente, de forma novedosa, el foco de atención. Se trata del «stealthing» –del inglés *stealth*, sigilo–, vocablo que se emplea para aludir a una concreta práctica en el marco de las relaciones sexuales: la retirada no consensuada del preservativo durante una relación sexual sí consentida. Este trabajo explica el origen del fenómeno y las razones por las que solo en tiempos recientes se han ejercitado acciones penales por tal concepto, cuando tanto la conducta en sí como los instrumentos jurídicos finalmente aplicados existían ya desde antiguo. A continuación, el estudio se centra en analizar la

* El presente trabajo terminó de redactarse con anterioridad a la tramitación parlamentaria del *Proyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual*, como desvela su título. La disyuntiva entre las modalidades de abuso sexual que se analizan en el texto resulta, no obstante y dados sus términos, trasladable a la regulación que resultaría de la versión del proyecto existente al cierre del trabajo (aprobada por el Consejo de Ministros el 6 de julio de 2021), bien que con distinta terminología legal (contraponiendo agresión sexual y violación).

** Profesor Titular de Derecho Penal. Universidad de las Islas Baleares.

lesividad específica del comportamiento y su subsunción en el derecho positivo. Ello se hace, por una parte, con la mirada especialmente puesta en la experiencia vivida en otros ordenamientos, como el suizo o, destacadamente, el alemán posterior a la reforma de 2016. Por otra, el análisis se realiza prestando especial atención a las fortalezas y debilidades de las distintas calificaciones aplicadas por los órganos judiciales españoles, que han conllevado hasta la fecha condenas bien dispares.

PALABRAS CLAVE: *Stealththing*. Delitos contra la libertad sexual. Integridad moral. Abuso sexual. Violencia sexual. Consentimiento afirmativo. Consentimiento condicional. Agravante de género.

ABSTRACT: A new term derived from English to allude to conduct whose criminal nature has become a novel international focus of attention has arisen in rulings in Spanish criminal law, alongside comparative criminal law. '*Stealththing*', from the English *stealth*, is the term used to describe a specific sexual practice: non-consensual condom removal during consenting sex intercourse. This article explains the background of the practice and the reasons why criminal prosecutions have only taken place in recent years when the behaviour itself, as well as the legal instruments ultimately applied, have long since existed. It then provides an analysis of the specific harm caused by the practice, in addition to its subsumption into positive law. Firstly, this is done by specifically looking at experiences from other jurisdictions, such as Swiss law (which has invoked article 191 SchStGB) or, particularly, German law after the 2016 reforms (§177 StGB). In turn, the analysis places special focus on the strengths and weaknesses of different assessments made by Spanish judicial authorities that, to date, have led to highly disparate convictions.

KEYWORDS: *Stealththing*. Crimes against sexual freedom. Moral integrity. Sexual abuse. Sexual violence. Affirmative consent. Conditional consent. Aggravating circumstance for gender.

SUMARIO: I. El «*Stealththing*» en la jurisdicción penal española: sentencias recientes II. Contextualización de la conducta. 1. *Relaciones sexuales sin preservativo en la jurisprudencia anteriormente existente*. 1.1. Responsabilidad penal. 1.2. Responsabilidad civil. 1.3. Elementos diferenciales con el «*stealththing*». 2. *Contexto supranacional, Sex-positive feminism y la manófera*. III. Aislando la lesividad de la conducta. Subsunción de *lege lata*. 1. *Aproximación general*. 2. *Integridad moral y libertad de obrar*. 3. *Libertad sexual. Agravante de género*. 4. *Inaplicabilidad al «stealththing» del abuso sexual fraudulento*. 5. *Tipo básico y tipo agravado del art. 181 CP. Consentimiento afirmativo y consentimiento condicional. Consideraciones de lege ferenda*. IV. Proyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual.

I. EL «STEALTHING» EN LA JURISDICCIÓN PENAL ESPAÑOLA: SENTENCIAS RECIENTES

Hace un par de años que ha irrumpido en las resoluciones de la jurisdicción penal española (a la par que en la comparada) un nuevo término de origen anglosajón para aludir a una práctica sobre cuyo carácter delictivo se ha puesto, de forma novedosa, el foco de atención. Se trata del «stealthing» –del inglés *stealth*, sigilo–, vocablo que se emplea para aludir a una concretísima conducta en el marco de las relaciones sexuales: la retirada no consentida del preservativo durante una relación sexual sí consentida. Es decir, su apartamiento de forma secreta o disimulada, sin conocimiento del otro –o, en su caso, otros– interviniente/s en el acto sexual: *sigilosamente*.

De forma expresa, el término asomó por primera vez en una sentencia de conformidad dictada por el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Salamanca el 15 de abril de 2019¹. Según sus hechos probados, el acusado y una mujer “acordaron ambos mantener relaciones sexuales con empleo en todo caso de preservativo, y en el curso de las mismas, tras hacer uso de un primer preservativo y colocarse otro, el acusado se quitó el segundo preservativo sin conocimiento ni acuerdo previo por parte de ella, continuando las relaciones sexuales entre ambos con penetración, lo cual fue finalmente advertido por la mujer”, motivando que ésta abandonara el domicilio y formulara posterior denuncia en la Comisaría del Cuerpo Nacional de Policía, con aportación de una factura por la asistencia médica recibida.

En este caso manifestaría escuetamente el juzgador que la retirada sigilosa del profiláctico “atenta contra la indemnidad sexual de la víctima, quien consintió el acto sexual únicamente con las debidas garantías para evitar embarazos no deseados o enfermedades de transmisión sexual”, condenando al autor a la pena de doce meses de multa por un delito de abuso sexual del art. 181 apartado 1º CP. Pese a ser una resolución pionera, al tratarse de una sentencia de conformidad su motivación no recoge un análisis pormenorizado de los distintos interrogantes que puede plantear la calificación jurídica aplicada². Entre ellos, por ejemplo, la razón por la que, aceptado que se trataba de un delito de abuso sexual, no habría de resultar de aplicación la modalidad agravada del art. 181.4 CP,

¹ SJI nº 2 Salamanca, núm. 155/2019, de 15 de abril, Pte.: Juan Rollán García (ECLI:ES:JI:2019:1).

² Puntualizó, simplemente, que no se trataba de una agresión, al faltar la violencia y la intimidación.

al mediar acceso carnal. O por qué, en sentido diametralmente opuesto, al concurrir determinada forma de engaño en la conducta ésta no habría de resultar, en interpretación sistemática, una conducta atípica, puesto que el abuso sexual fraudulento se contempla sólo entre determinados márgenes de edad de la víctima (entre 16 y 18 años) en el artículo 182 CP, no siendo desvalorada la conducta en otro caso³.

La calificación agravada mencionada sí fue ya, en cambio, invocada por el Ministerio Fiscal en relación con los hechos que serían enjuiciados por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Barcelona en una sentencia de 14 de octubre de 2020⁴. Según el relato fáctico, en este caso el procesado se dirigió a una habitación de hotel con quien a la postre sería la denunciante, acordando ambos mantener relaciones sexuales y entregándole ella a tal efecto un preservativo, que el autor inicialmente utilizó, pero que la denunciante posteriormente advirtió que no llevaba puesto, recriminándole la conducta y abandonando el lugar, pese a los intentos del procesado para convencerla de que se quedaran, aunque acompañándola finalmente a coger un taxi. En su calificación definitiva, tales hechos se consideraron efectivamente constitutivos de un delito de abuso sexual de los arts. 181.1 y 4 CP, interesándose en consecuencia, entre otras, la pena de cuatro años de prisión, si bien en esta ocasión no sería impuesta por falta de prueba de cargo suficiente para enervar la presunción fundamental de inocencia⁵.

Poco después, en cambio, el 29 de octubre de 2020, la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Sevilla sí dictaría sentencia condenatoria con esa misma calificación agravada (aunque tanto el Ministerio Público como la Acusación Particular habían solicitado la apreciación de un delito de violación, arts. 178 y 179 CP), imponiendo así por un delito de abuso sexual cualificado la pena de cuatro años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo y prohibición de aproximarse a la víctima o de comunicarse con ella, así como la medida de libertad vigilada por un tiempo de cinco años, una vez extin-

³ Sobre ello, véase *Infra*, III.4.

⁴ SAP Barcelona, Secc. 3^a, núm. 379/2020, de 14 de octubre, Pte.: Carmen Guil Román (ECLI:ES:APB:2020:10218).

⁵ Fundamentalmente porque la declaración de la víctima, testigo único, se aportó como prueba preconstituida al amparo de lo dispuesto en el art. 448 LECrim, al residir la víctima en Estados Unidos. Argumentó el Tribunal las limitaciones que conllevaba la falta de la inmediatez necesaria para valorarla adecuadamente (imposibilidad, dado el plano general de la sala de vistas, de ver el rostro de la testigo, su expresión facial, lenguaje corporal, etc.).

guida la de prisión impuesta⁶. En este caso, el autor no llegó a ponerse en ningún momento el preservativo que le proporcionó también, como en el caso anterior, la propia víctima, limitándose a simular su utilización. La sentencia, que apreció asimismo el concurso con un delito de lesiones (por la transmisión de una infección bacteriana de la que era perfecto conocedor el autor), sumando por ello otros seis meses de prisión, sería posteriormente confirmada por la de la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de Andalucía de 1 de julio de 2021⁷. A ambas sentencias, por su relevancia en este incipiente tema, me volveré a referir en este artículo.

II. CONTEXTUALIZACIÓN DE LA CONDUCTA

Para contextualizar adecuadamente esta nueva conducta resultarán de utilidad dos operaciones. En primer lugar, cabrá fijarse en el protagonismo que había venido teniendo la falta de utilización del preservativo en la jurisprudencia ya existente antes de las resoluciones judiciales mencionadas en el epígrafe anterior, es decir, fijarse en la forma en que hasta la fecha había adquirido relevancia jurídica y había venido siendo abordada la cuestión de las relaciones sexuales sin protección, y ello aunque no se trate de situaciones exactamente coincidentes con las actualmente caracterizadas como *stealthing*. En segundo lugar, deberá dirigirse la mirada hacia el nacimiento del propio término y hacia el contexto supranacional en el que ello se enmarca, pues es de ese contexto del que a la postre resultan tributarias las aplicaciones judiciales indicadas.

1. RELACIONES SEXUALES SIN PRESERVATIVO EN LA JURISPRUDENCIA ANTERIORMENTE EXISTENTE

1.1. Responsabilidad penal

Con anterioridad a las resoluciones mencionadas, el mantenimiento de relaciones sexuales sin preservativo, o bien con él pero sin informar a la pareja sexual sobre riesgos específicos, naturalmente ya había estado presente en las resoluciones de nuestros tribunales penales. Pero la cuestión no se había enfocado hasta ahora desde la específica perspectiva de la libertad sexual, sino solo desde la de la integridad física y la salud,

⁶ SAP Sevilla, Secc. 4ª, núm. 375/2020, de 29 de octubre, Pte.: Carlos L. Lledó González (ECLI:ES:APSE:2020:1459).

⁷ STJ Andalucía, Secc. Apelación Penal, núm. 186/2021, de 1 de julio, Pte.: García Laraña.

analizándose fundamentalmente en el contexto de los delitos de lesiones⁸. Y es que, al margen del control de otro tipo de consecuencias (en particular, embarazos no deseados) el preservativo opera especialmente como contención de riesgos con relevancia penal específica en el ámbito de la integridad indicado. Como concentradamente recoge la STS de 11 de marzo de 2019⁹, “una actividad sexual sin adoptar la profilaxis sanitaria precisa cuando es requerida, no solo puede comportar la propagación de patógenos bacterianos, víricos o parasitarios transmisibles por vía sexual, con consecuencias leves o transitorias para la salud humana en muchas ocasiones, sino que puede desembocar en graves resultados a largo plazo, incluso de tipo permanente, como infertilidad, enfermedades crónicas, carcinomas o muerte prematura, además de graves patologías verticales en el feto o en el recién nacido”.

No es de extrañar, pues, la atención que desde el punto de vista de la protección de la integridad se le ha dispensado. En este ámbito, por su gravedad y singularidad así como por su frecuencia práctica y la relevancia social de la enfermedad que conlleva, esta atención ha sido especialmente destacada en relación con la transmisión del VIH, dando lugar tanto a destacados estudios académicos (especialmente en los primeros años de incidencia, en la década de los noventa), como a un buen número de resoluciones judiciales. En este campo, la cuestión se ha movido, en general, en torno a los criterios de imputación objetiva del resultado aplicables, teniendo en cuenta aspectos como el principio de confianza, el nivel de riesgo permitido, la autopuesta en peligro de la víctima o su heteropuesta en peligro con consentimiento. Ello ha dado lugar a condenas tanto por delito imprudente de lesiones como por delito doloso (generalmente lesiones del art. 149.1º CP, por tratarse de una grave enfermedad somática, con dolo eventual). Muestra de lo primero puede serlo la STS de 6 de junio de 2011¹⁰, en la que el Tribunal Supremo revocó la absolución dictada en la instancia (Secc. 1ª, Audiencia Prov. de Madrid) y condenó a cambio por dos delitos de lesiones imprudentes (152.1.2º CP), en concurso ideal (por la transmisión a la madre y, posteriormente, a la hija) en un supuesto en el que el autor, conociendo que era portador del VIH y sin comunicárselo a su pareja, mantuvo relaciones frecuentes con uso de

⁸ Aunque, extendiéndola a la imputación de los resultados producidos a largo plazo, también cupiese plantear el carácter homicida de determinados comportamientos.

⁹ STS, Sala de lo Penal, Secc. 1ª, núm. 690/2019, de 11 de marzo, Pte.: Pablo Llarena Conde (ECLI:ES:TS:2020:806).

¹⁰ STS (Sala de lo Penal, Secc. 1ª) núm. 528/2011, de 6 de junio, Pte.: José Manuel Maza Martín (ECLI: ES:TS:2011:3527).

preservativo, pero rompiéndose éste en diversas ocasiones. Como recordaría la posterior STS de 11 de marzo de 2019 (Fdto. Jco. 1º), elemento esencial para la calificación es aquí “la previa información a la pareja de que estaba infectado por el VIH, por entender: a) que el derecho a la intimidad del enfermo encuentra su límite en el derecho a la vida y a la salud del semejante y b) que la existencia o no de esa previa información resulta crucial, pues de no advertirse a la pareja que se es portador del virus, el transmisor se coloca en posición de dominio del hecho que sustenta la autoría en un delito de lesiones, dado que el sujeto pasivo aceptaría mantener unas relaciones sexuales de manera distinta a como lo habría hecho de conocer que las abordaba con una persona infectada”¹¹.

Un ejemplo de lo segundo nos lo puede ofrecer la STS de 8 de noviembre de 2011¹², que revocó en este caso la condena inicial por lesiones imprudentes para condenar a cambio por lesiones doloso-eventuales (art. 149 CP). En tal supuesto, el acusado, conocedor de su infección y omitiendo tal información a su pareja, no utilizó el preservativo en al menos dos ocasiones, produciéndose el contagio. En aquella ocasión, el Tribunal Supremo recordaba el punto de inflexión que en su doctrina sobre la intelección de las modalidades de dolo supuso el caso de la colza (23 de abril de 1992), aproximándola a la teoría de la probabilidad. Se estimó ya entonces que si el autor conoce el peligro concreto jurídicamente desaprobado y, no obstante ello, actúa, su decisión equivale a la ratificación del resultado, sin que la adopción de medidas poco serias para evitarlo o la simple esperanza de que no se produzca aquél excluyan el dolo eventual.

Particularmente interesante e ilustrativa de la posición actual del Tribunal Supremo resulta precisamente la sentencia ya citada de 11 de marzo de 2019. La singularidad del supuesto de hecho que analiza reside en que en ese caso la víctima se contagió conociendo la infección previa de su pareja y sabiendo también que la relación se mantenía sin protección. Con independencia de la solución otorgada al caso concreto (que confirmó la absolución por una cuestión probatoria), el Alto Tribunal se detuvo en señalar el que, a su juicio, debería haber sido el tratamiento adecuado para este supuesto, a saber, la apreciación de un delito de lesiones agravado (art. 149 CP) concurriendo la circunstancia mixta de

¹¹ Este último tipo de reflexión sobre lo que hipotéticamente hubiera hecho la víctima de haber dispuesto de la información completa será recuperada más adelante, al aludir al consentimiento condicional.

¹² STS (Sala de lo Penal, Secc. 1ª), núm. 1218/2011, de 8 de noviembre, Pte.: Carlos Granados Pérez (ECLI:ES:TS:2011:7857).

parentesco (art. 23 CP), todo ello sin perjuicio de la rebaja en uno o dos grados prevista para las lesiones consentidas (art. 155 CP). Pero ello, precisaba, por no constar realmente en el caso concreto que la víctima conociera y aceptara el riesgo. Pues, con carácter general y siguiendo lo sostenido por relevantes sectores doctrinales, el Tribunal Supremo admite la exención de responsabilidad en casos de heteropuesta en peligro efectivamente consentida. Situación que, indicaba en *obiter dicta*, “comporta una restricción teleológica del tipo de lesiones cuando el peligro equivalga, en su aspecto sustantivo, a una normalmente impune autopuesta en peligro con cooperación de terceros. Una equiparación que precisa de la comunión de los elementos que desdibujan la responsabilidad del autor con la del propio lesionado, concretamente: a) Que la víctima tenga un adecuado conocimiento del riesgo; b) Que consienta en la acción arriesgada causante del daño, sin venir tampoco impulsado por una marcada incitación del autor; c) Que el daño sea consecuencia del riesgo asumido, sin añadirse otros descuidos del ejecutante y d) Que la víctima, hasta el momento del completo descontrol del riesgo, haya podido dominarlo de una manera equivalente al autor mismo. Lo que es plenamente predicable respecto de aquella persona que, conociendo la patología contagiosa de otro, decide voluntaria y libremente mantener relaciones sexuales con él, sabedor que éstas son vehículo de transmisión de la enfermedad”.

Desde el punto de vista penal, en suma, y a falta de una tipicidad que de manera específica incrimine la transmisión o la exposición de otro sin su consentimiento al riesgo de transmisión¹³, habrá que estar a las reglas generales de imputación respecto de los tipos genéricos contra la vida y la integridad. En caso de que exista consentimiento en torno a la práctica de la actividad sexual sin preservativo pero sin conocimiento exacto de la situación de riesgo será, en definitiva, la contextualización del episodio concreto lo que determine la responsabilidad penal por lesiones del transmisor del contagio. En supuestos contextualizados en torno al principio de confianza, por ejemplo, cabrá afirmar la responsabilidad plena del transmitente (construida bien por acción bien en comisión por omisión, al omitir como garante la información relevante). En el marco de relaciones de riesgo, en cambio, podrá tal vez excluirse la responsabilidad entendiendo que el resultado cae fuera del fin de protección de la

¹³ En relación con el sida, una propuesta de precepto específico contra la transmisión puede verse en la obra colectiva: MIR PUIG (1993: 175 ss). La incriminación específica, no obstante, ha sido desaconsejada desde un punto de vista político-criminal tanto por otros autores como por organismos internacionales (sobre ello, ALVENTOSA DEL RÍO, 2014: 237s.).

norma, al igual que podrá excluirse también en supuestos en los que el principio de confianza conviva con la asunción de un determinado nivel de riesgo (como ocurre en las relaciones sexuales esporádicas, en principio no presididas ni por lo uno ni por lo otro), y en los que resultan válidas las consideraciones antedichas sobre la autopuesta o heteropuesta en peligro consentida impune¹⁴.

1.2. Responsabilidad civil

Pero la relevancia jurídica del mantenimiento de relaciones sexuales sin preservativo y/o sin participar de los riesgos específicos a la pareja sexual no solo se traduce en un eventual reproche penal sino que también se extiende a la responsabilidad civil. Pues tal conducta entraña también un *daño moral* que no ha pasado lógicamente inadvertido a nuestros tribunales. A consecuencia de ello se produce un inevitable “impacto o sufrimiento psíquico”, una “sensación anímica de inquietud, zozobra, ansiedad o angustia” que constituyen precisamente, conforme a reiterada jurisprudencia, la base que da lugar a un daño moral indemnizable, daño que, si bien no aparece específicamente mencionado en el art. 1902 CC, encuentra, según criterio consolidado, adecuado encaje en tal precepto, como parte de la responsabilidad civil extracontractual¹⁵.

Así, en ocasiones –aunque las menos– esta cuestión ha sido sustanciada de forma autónoma en la jurisdicción civil, como expresión que es de la vulneración del *neminem laedere*. Y en su virtud se ha condenado a indemnizar tanto en supuestos de transmisión efectiva¹⁶ como en otros en los que aquella transmisión no ha llegado a producirse¹⁷, al considerar-

¹⁴ Véase, GÓMEZ RIVERO (1998: 167 ss.). Sobre autopuesta en peligro y heteropuesta consentida, en general, CANCIO MELIÁ (1998:177 ss.); GIMBERNAT ORDEIG (2004: 75 ss.); LUZÓN PEÑA (2010: 58 ss.); ROXIN (2013: 1 ss.).

¹⁵ Puede verse: STS, Sala de lo Civil (Secc. 1^a), núm. 810/2006, de 14 de julio, Pte.: Clemente Auger Liñán (ECLI:ES:TS:2006:4420), Fdto. Jco. 3^o, con ulteriores referencias.

¹⁶ Así, por ejemplo, en los hechos que motivaron la SAP Baleares, Secc. 5^a, núm. 585/2001, de 14 de septiembre, Pte.: Mateo L. Ramon Homar (ECLI:ES:APIB:2001:2067), en los que se apreció culpa extracontractual en la conducta del marido que, pese a desconocer su estado de seropositividad, mantuvo prácticas de riesgo de las que no informó a su mujer, no utilizando medidas adecuadas de protección. La indemnización se fijó entonces en diez millones de pesetas.

¹⁷ Puede verse, por ejemplo, la SAP Madrid, Secc. 11, núm. 653/2007, de 10 de julio, Pte.: Sagrario Arroyo García (ECLI:ES:APM:2007:12301), que condenó al demandado a pagar la cantidad de treinta mil euros más intereses legales en un supuesto en el que aquél mantuvo relaciones sin medidas de prevención y sin comunicarlo a su pareja, aunque ésta no resultó finalmente infectada.

se que el sufrimiento psíquico determinante del daño moral se produce también con la sola exposición al virus, de modo que aquel daño puede concurrir en ambos casos, esto es, con independencia de que se dé o no finalmente el resultado.

En la mayoría de ocasiones, no obstante, la reparación ha sido decretada por la propia jurisdicción penal, por la vía de la responsabilidad civil derivada del delito, al venir frecuentemente anudada a un ilícito de esta última naturaleza¹⁸. En muchos de esos casos se ha determinado la indemnización a consecuencia de un contagio efectivo de la enfermedad¹⁹, pero también, en otros, se ha fijado considerando únicamente la angustia producida ante el miedo a una posible transmisión, sin necesidad de que ésta se haya producido de manera efectiva²⁰. Lógicamente, y acercándonos ahora al que es objeto específico de este trabajo, tal pronunciamiento acerca de la responsabilidad civil derivada del delito ha acompañado también a las dos condenas por *stealth* existentes hasta la fecha²¹.

¹⁸ Una sistematización de la jurisprudencia recaída hasta mediados de la pasada década sobre la responsabilidad civil derivada del delito en casos de transmisión del VIH/sida por vía sexual puede verse en ALVENTOSA DEL RÍO (2014:253 ss.).

¹⁹ Por ejemplo, SAP Madrid, Secc. 27^a, núm. 101/2010, de 22 de diciembre, Pte.: María Tardón Olmos (ECLI: ECLI:ES:APM:2010:20198), que fijó en 90.000 € la responsabilidad civil por el resultado y el daño moral en un supuesto de transmisión por parte de seropositivo sin usar preservativo, en pronunciamiento confirmado en este extremo (no así en la calificación imprudente, que se elevó a doloso-eventual) por la STS, Sala de lo Penal, Secc. 1^a, núm. 1218/2011, de 8 de noviembre, Pte.: Carlos Granados Pérez (ECLI: ECLI:ES:TS:2011:7857).

²⁰ SAP Pontevedra, Secc. 4^a, núm. 30/2010, de 30 de septiembre, Pte.: María Cristina Navares Villar, ECLI:ES:APPO:2010:2224 (3.000 €, en un supuesto de agresión sexual y maltrato familiar); SAP Navarra, Secc. 2^a, núm. 140/2008, de 31 de julio, Pte.: José Francisco Cobo Sáenz, ECLI:ES:APNA:2008:1363 (12.000 €, condena por favorecimiento de la prostitución); SAP Madrid, Secc. 2^a, núm. 389/2006, de 7 de noviembre, Pte.: José Luis Sánchez Trujillano (36.000 €, condena por robo y agresión sexual).

²¹ En la primera (SJI Salamanca 155/2019), poco representativa por tratarse de una sentencia de conformidad, se condenó a abonar a la perjudicada la cantidad de 900 € conforme a lo libremente acordado entre las partes. En la segunda (SAP Sevilla 375/2020), en cambio, el tribunal sí hubo de realizar un esfuerzo de ponderación para fijar la cuantía indemnizatoria correspondiente a los daños morales, considerando que el comportamiento enjuiciado produce “amén del lógico sufrimiento, un profundo sentimiento de humillación, angustia y desconfianza, difíciles de superar para cualquier persona”. Teniendo en cuenta que la víctima ya padecía con anterioridad una patología psíquica que se vio agravada, perdurando los efectos de los delitos sufridos con varios desbordamientos emocionales y severas limitaciones para el desenvolvimiento de su vida cotidiana, el Tribunal fijó aquella indemnización por daños morales en 12.000 € (por ambos delitos, abuso y lesiones, además de mil euros por los daños físicos correspondientes al contagio padecido).

1.3. Elementos diferenciales con el «stealththing»

Hecho este rápido repaso a las formas en las que la no utilización del preservativo había venido alcanzando ya relevancia jurídica en nuestro ordenamiento, conviene subrayar de inmediato lo evidente: que concurren entre tales situaciones y los supuestos caracterizados como *stealththing* elementos diferenciales básicos, tanto en lo fáctico como en lo jurídico. En lo jurídico, por lo pronto, porque en aquellos casos se ha obviado sistemáticamente en la valoración la dimensión sexual de los hechos (centrándose los órdenes penal y civil bien en las lesiones, bien en el daño moral derivado). En la vertiente fáctica, por su parte, la diferencia esencial radica en que en todos esos supuestos la víctima es plenamente consciente de que mantiene una relación sin preservativo, a diferencia de lo que define los supuestos de *stealththing*, en los que la víctima supone de forma errónea exactamente lo contrario.

Sin embargo, no puede negarse que existen también puntos de contacto entre ambas realidades, señaladamente en los casos en los que, conviviendo el principio de confianza con la asunción de un determinado nivel de riesgo, uno de los miembros de la pareja posee un conocimiento superior al otro en torno a su estado de salud (produciéndose así una situación en cierta medida análoga al desconocimiento exacto de la situación que padece la víctima de *stealththing*). Ello hace que determinados desarrollos doctrinales elaborados con la mirada puesta en aquellas situaciones (algunos de los cuales acaban orientando la calificación jurídica hacia la lesión de la libertad de obrar, es decir, hacia las coacciones²²) conserven todo su interés para nuestro ámbito de análisis. Pero a ello me referiré un poco más adelante²³. De momento, centrémonos en situar el origen inmediato del término y el contexto que arroja su repentina emergencia como nueva modalidad de comportamiento delictivo.

2. CONTEXTO SUPRANACIONAL, *SEX-POSITIVE FEMINISM* Y LA MANOSFERA

1. Que en España haya coincidido el ejercicio de acciones penales por la retirada sigilosa del preservativo solo en un periodo de tiempo reciente, cuando los instrumentos finalmente aplicados estaban ya disponibles en el ordenamiento desde antiguo²⁴, no es casualidad. Como

²² GÓMEZ RIVERO (1998:190).

²³ *Infra*, III.2.

²⁴ En el contexto explicado, focalizado primordialmente en el tratamiento penal del contagio, se obvió cualquier mención a los tipos penales que se ocupan de la afectación de

tampoco puede considerarse un fenómeno aislado o geográficamente localizado, sino de carácter más amplio o global²⁵. En el ámbito europeo, por ejemplo, GARCÍA²⁶ da noticia de dos sentencias condenatorias también recientes recaídas en Alemania y Reino Unido. En la primera, a la que me referiré después más ampliamente, un tribunal de Berlín –nos dice– condenó en 2018 a ocho meses de prisión y al pago de una multa de tres mil euros a un hombre que durante un acto sexual decidió quitarse el preservativo pese a la voluntad contraria de su pareja sexual, en la que constituyó la primera condena por *stealth* en Alemania (que aplicó el §177.1 StGB). En el segundo caso, un ciudadano inglés fue condenado, en sentencia de 2019, a doce años de prisión por transgredir los límites del acuerdo formalizado a través de la web con la víctima, una trabajadora sexual que anunciaba sus servicios con la estricta condición del uso de preservativo²⁷. Pero los ejemplos pueden multiplicarse, pudiéndose advertir incluso tratamientos encontrados en el seno de un mismo ordenamiento, lo que viene a evidenciar en último término que el fenómeno se ha presentado de imprevisto, cogiendo hasta cierto punto desprevenidos a los sistemas penales europeos. En Suiza, por ejemplo, que cuenta con diversos precedentes, una sentencia de enero de 2017 del *Strafgericht* de Lausanne condenó a doce meses de prisión a un varón francés que, tras conocer a la víctima a través de Tinder, mantuvo sexo consensuado con ella solicitando la retirada del preservativo, para a la postre hacer caso omiso de la negativa de su pareja, que lo descubriría después. Pero la calificación inicial sería posteriormente revisada por la instancia superior; el tribunal cantonal de Vaud, que consideraría la agresión como cons-

la libertad sexual pese a que, como sucede con los supuestos de *stealth*, se trataba en definitiva del mantenimiento de una relación sexual que, de haber dispuesto de la información ocultada, no se hubiese mantenido.

²⁵ Ilustrativas de lo novedoso y desconcertante del fenómeno en lo jurídico son las palabras con las que, resignadamente, la SAP Sevilla 375/2020 encaraba la calificación jurídica de los hechos objeto de enjuiciamiento: “Escasos precedentes ha encontrado la Sala –indicaba– respecto a la traducción jurídico-penal de esa conducta, más allá de algunas referencias a condenas relativamente recientes en Suiza, Estados Unidos o Alemania y a su expresa tipificación en el estado de California o en Singapur, así como el intento al menos de llevarlo expresamente a los códigos punitivos de algún país de América del Sur. En España sólo hemos logrado encontrar una sentencia condenatoria por *stealth*, la número 155/2019 dictada por el Juzgado de Instrucción nº 2 de Salamanca el 15 de abril de 2019, pero al ser una sentencia de conformidad poco aporta al análisis (...)”.

²⁶ GARCÍA (2020:126).

²⁷ Véase GARCÍA, (2020: 126 s.), con cita de diversos artículos periodísticos sobre los casos mencionados.

titutiva de abuso –o profanación (*Schändung*)–²⁸, aplicando entonces el art. 191 SchStGB, que dispensa su protección frente al abuso a persona carente de juicio o víctima que no está en condiciones de resistir la agresión²⁹. Esta última calificación, sin embargo, ha sido también finalmente descartada en otros casos similares, provocando así la absolución en sentencias posteriores al entender que no se cumplen escrupulosamente los requisitos de esta tipicidad (que requiere la incapacidad para resistir) y que, en consecuencia, se está, en realidad, ante un vacío legal³⁰.

2. La razón de esta repentina irrupción simultánea en la esfera judicial debe buscarse, en primer lugar, en la propia asignación de un nombre específico a una conducta que, naturalmente, llevaba tiempo existiendo. La afirmación puede parecer obvia y superficial³¹. Pero aquí la atribución de un nombre no es en absoluto una cuestión menor o insustancial. Como ha ocurrido con otros comportamientos potencialmente merecedores de reproche penal, como el hostigamiento o el acoso laboral, un vocabulario específico constituye un primer paso para combatirlos, permitiendo su verbalización por parte de las víctimas, su identificación, su estudio y, finalmente, su adecuado tratamiento³².

En este caso, se coincide en señalar que la acuñación del término específico para lo que en realidad constituía una conducta ampliamente conocida y extendida (particularmente –según indica BLANCO³³– en

²⁸ Puede confrontarse, en la prensa digital, BUCHBINDER, Sasha “Sex ohne Gummi war Shändung”, <https://www.srf.ch/news/schweiz/sex-ohne-gummi-war-schaendung>; FELBER, Tom “«Stealthling» ist keine Shändung”, <https://www.nzz.ch/zuerich/stealthling-ist-keine-schaendung-ld.1459752>.

²⁹ Art. 191 SchStGB: *Wer eine urteilsunfähige oder eine zum Widerstand unfähige Person in Kenntnis ihres Zustandes zum Beischlaf, zu einer beischlafsähnlichen oder einer anderen sexuellen Handlung missbraucht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zehn Jahren oder Geldstrafe bestraft.*

³⁰ Se hace eco de ello, desde el punto de vista periodístico, SERAFINI, Sarah (2019), “Wenn Männer beim Sex das Kondom ausziehen. Fünf Antworten zum Stealthling-Fall am Zürcher Obergericht”, <https://www.aargauerzeitung.ch/schweiz/wenn-maenner-beim-sex-das-kondom-ausziehen-fuef-antworten-zum-stealthling-fall-am-zuercher-obergericht-ld.1172679>.

³¹ Y con ella no se pretende, desde luego, respaldar sin más la proliferación de neologismos, sobre todo cuando puede tenerse la sensación, fundada, de que un número ya suficiente de anglicismos han colonizado las referencias a las conductas de la Parte Especial.

³² En este sentido, en el ámbito de la violencia de género, Benson, D. J., & Thomson, G. E. (1982), “Sexual Harassment on a University Campus: the confluence of authority relations, sexual interest and gender stratification”, *Social Problems*, 29(3), 236–251. doi: 10.2307/800157, citado por VIDU/TOMÁS MARTÍNEZ (2019:104).

³³ BLANCO (2018:221).

el ámbito de la comunidad homosexual norteamericana), arranca con la publicación de un artículo de Alexandra BRODSKY, en el año 2017, en el *Columbia Journal of Gender and Law*. Según explica la autora³⁴, se limitó para ello a recoger la propia terminología con la que era ya apodada la conducta por una “sub-comunidad online de autores” de la misma³⁵, constatando con las entrevistas que efectuó que se trataba de una práctica común, especialmente entre gente joven sexualmente activa, siendo víctima de ella tanto mujeres como hombres, aunque las entrevistas realizadas por BRODSKY se ciñeron a mujeres³⁶. La denominación, como se anticipaba, desencadenaría de entrada un cierto movimiento “*me too*”, que facilitó la verbalización y salida a la luz de la experiencia sufrida por múltiples víctimas, inseguras hasta entonces de que la vivencia padecida tuviese algún tipo de catalogación y, menos aun, una tipificación legal³⁷.

3. Pero el interés creciente por el *stealth* y por su encaje en las distintas legislaciones comparadas se explica, en segundo lugar y sobre todo, asociado a las reivindicaciones del movimiento feminista. La práctica era, como se ha dicho, largamente conocida, especialmente en el entorno homosexual. Pero es su choque frontal con los postulados especialmente defendidos por el feminismo sexual lo que la catapulta a una posición de mayor visibilidad y resonancia internacional (ciertamente ayudada por el interés mediático de algún caso particular, como el protagonizado por Julian Assange en 2011³⁸). En efecto, el *sex-positive feminism* o feminismo sexual, que comenzó según explica BLANCO a principios de los años ochenta como respuesta a la campaña feminista de Catharine MacKinnon contra la pornografía, encuentra diversos desarrollos fundamentales, orientados todos a desmantelar el trasfondo cultural que da cobertura al orden de violencia sexual imperante contra las mujeres, calificado incluso como cultura sustentadora de la violación (rape-supportive culture). Destaca entre ellas la ubicación del consentimiento como elemento central en la reordenación del ejercicio efectivo por parte de las mujeres de su derecho a la libertad sexual, enfatizando el

³⁴ BRODSKY (2017: 184).

³⁵ Alexandra BRODSKY citaba aquí como ejemplo: <http://www.experienceproject.com/stories/Remove-The-Condom-Without-Them-Knowing-During-Stealth.Sex/2441931> [<http://perma.cc/453V-PPQJ>].

³⁶ Que –explica– fueron quienes atendieron a la invitación abierta, cursada en las redes sociales (2017: n. 7).

³⁷ BLANCO (2018:225).

³⁸ *Assange v. Swedish Prosecution Authority*, [2011] EWHC 2849.

derecho a la autonomía corporal (bodily autonomy) entendida como “el derecho al autogobierno del cuerpo sin influencia o coerción externa”³⁹.

La colisión frontal de tales postulados con el *stealthing*, que supone una flagrante negación de dicha autonomía y la denigración de la víctima, resulta evidente y explica el auge del interés por su erradicación. Máxime cuando resulta ser una conducta al parecer azuzada desde un conjunto de páginas web, foros y chats en internet que conforman lo que se ha dado en llamar la manosfera («manosphere»), en la que entre otros contenidos pueden encontrarse consejos y recomendaciones para practicarla impunemente⁴⁰. Es pues la perspectiva indicada, que concibe el *stealthing* como una forma más de violencia sexual⁴¹ y de género que, sin embargo, habría sido habitualmente silenciada o pasada por alto por las diferentes legislaciones, la que ha situado al fenómeno en el punto de mira y le ha dado mayor fuerza y visibilidad internacional, siendo la que realmente permite la comprensión de su actual relevancia.

III. AISLANDO LA LESIVIDAD DE LA CONDUCTA. SUBSUNCIÓN *DE LEGE LATA*

1. APROXIMACIÓN GENERAL

Hasta la fecha, y aplicando el mismo ordenamiento de partida, las dos sentencias condenatorias recaídas por *stealthing* en España han deparado resultados muy dispares, oscilando entre la multa en un caso y una pena de prisión en el otro, y ello a partir de calificaciones bien distintas. Por ello, y más allá de cuál sea el concreto origen de este fenómeno social y las razones que han acabado potenciando recientemente su visibilidad en diversos ámbitos, interesa especialmente en estas páginas analizar su encaje en el derecho positivo vigente, su subsunción *de lege lata*. Para ello, resultará conveniente dirigir los primeros esfuerzos a aislar su

³⁹ BLANCO (2018: 226 ss.)

⁴⁰ Tales contenidos hacen gala de su misoginia planteando esta conducta, según recogen autoras como BRODSKY (2017:188) o BLANCO (2018:221 ss.), como expresión de una supuesta supremacía sexual masculina, justificándola en un instinto masculino natural y en el derecho a esparcir la propia semilla. Estos contenidos irían asociados al activismo propio del movimiento por los derechos masculinos (“*Men’s Rights Movement*”), iniciado en la década de los 70, con la entrada del feminismo en su segunda ola (según BLANCO, 2018: 221).

⁴¹ Un concepto amplio de violencia sexual puede verse en el Informe Mundial sobre la violencia y la salud de la OMS (2002): https://www.who.int/violence_injury_prevention/violence/world_report/es/summary_es.pdf.

específico contenido de injusto, lo singular de su lesividad, intentando disociarla en lo posible de otros contenidos de injusto, con los que puede presentarse frecuentemente acompañada en la práctica.

La pionera sentencia del Juzgado de Instrucción nº 2 de Salamanca condenó por el tipo básico de abuso sexual, aunque en su escueta argumentación se apoyó para justificarlo en el hecho de que se “consintió el acto sexual únicamente con las debidas garantías para evitar embarazos no deseados o enfermedades de transmisión sexual” (Fdto. Jco. 2º). Tratándose de la retirada del preservativo, resulta comprensible esta tentación de ubicar la lesividad de la conducta justamente en la reactivación de los riesgos que el preservativo se encargaba de prevenir (embarazos, ETS). Pero ello no deja de resultar inconsistente con la afirmación de que es por esa razón por la que se verifica una tipicidad contraria a la libertad sexual, por más que pueda aceptarse que este bien jurídico, en uno de sus contenidos no centrales, abarque esa dimensión y se relacione así con el temor a tales resultados, puesto que imponiendo a la víctima el padecimiento de dicho temor se constriñe también su libertad. Pero en propiedad tales riesgos, en particular el que amenaza la integridad física, encuentran como se ha visto su propia vía de canalización en el terreno penal a través de los delitos de lesiones. Por tanto, si esa fuese efectivamente su lesividad específica –junto con, acaso, la correspondiente a la denigración de la víctima– no habría realmente lugar a reclamar la aplicación de un delito de naturaleza sexual. De hecho, esta es la posición (no mayoritaria) sostenida por diversos autores en Alemania, que han considerado que *de lege lata* la conducta resulta insubsumible como *sexueller Übergriff* en el § 177 StGB y han reconducido su eventual relevancia a los delitos de lesiones o, acaso, al de vejaciones o injurias. A ello me referiré de nuevo un poco más adelante, porque de momento la pregunta planteada sigue en pie: ¿Es realmente aquél el contenido de injusto del *stealththing*? Puede tal vez facilitar la visualización de la respuesta correcta imaginar la comisión del hecho en un supuesto de laboratorio en el que aquellos riesgos estén objetivamente neutralizados. Por ejemplo, por tratarse de un autor vasectomizado o estéril que cuente también con una analítica inmediatamente anterior a la conducta sexual y con la que pueda descartarse objetivamente cualquier riesgo de transmisión. ¿Debería un supuesto así considerarse inocuo desde el punto de vista de los valores que interesan al Derecho penal?

La respuesta debe ser, obviamente, negativa. Dejando al margen el potencial daño físico, la víctima de *stealththing* se ve sometida tanto a daños psicológicos inmediatos (lo que nos sigue situando en el ámbito de las

lesiones o de la responsabilidad civil derivada) como a otros potenciales derivados de los sentimientos de culpa y pérdida de dignidad que, si nos atenemos a lo manifestado por las personas entrevistadas por BRODSKY, son similares a los padecidos por las víctimas de violación; adyacentes a ella (*rape-adjacent*), si queremos usar el mismo término manejado por alguna de esas víctimas y que la investigadora norteamericana aprovechó para dar título a su trabajo. La fiabilidad de tales percepciones aumenta si tenemos en cuenta que muchas de las entrevistadas habían sido a la vez víctimas de ese último delito, siendo especialmente relevante que en la comparativa rebajaran el nivel de intensidad al referirse al *stealththing*. Su gravedad no se consideró, en efecto, equivalente a la del *sexual assault*, aludiéndose, en cambio, a una vivencia cercana en su naturaleza, pero menos concreta y de menor entidad, que implicaría, eso sí, una “violación del consentimiento”, de la “autonomía corporal” (*bodily autonomy*) y de la dignidad⁴². Si ello es así, y a falta de estudios específicos, no es aventurado suponer, con BLANCO, que los problemas de victimización propios de los ataques sexuales, como son los mayores riesgos de depresión, ansiedad, estrés postraumático o problemas sexuales pueden hacerse extensivos a las víctimas de “stealththing”⁴³.

En cualquier caso, lo relevante es que es a esa lesividad a la que debe encontrarse acomodo en el ordenamiento. Naturalmente, si a ello se añade el contagio de una enfermedad de transmisión sexual, deberá sumarse entonces, en concurso delictivo, el correspondiente delito de lesiones en la forma antes explicada⁴⁴, como, por lo demás, ya tuviera que hacer la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 29 de octubre de 2020 citada al inicio. Sobre esta última clase de responsabilidad (lesiones) cabe solo añadir a lo ya expuesto que, aunque en la práctica su exigencia se haya concentrado en supuestos con materialización efectiva del resultado (de forma obligada en la responsabilidad imprudente, pero también ha sucedido así en los supuestos dolosos), no existe sin embargo impedimento dogmático para exigirla también cuando el resultado no acabe produciéndose, canalizándola como tentativa con dolo eventual. En efecto, desde una concepción cognitiva del dolo, que lo identifique con el conocimiento del riesgo concreto de la acción, no existe obstáculo técnico para la admisión de la tentativa doloso-eventual⁴⁵. Cuestión distinta es,

⁴² BRODSKY (2017: 185 s., 188).

⁴³ BLANCO (2018: 223).

⁴⁴ *Supra*, II.1.1.

⁴⁵ Haciéndose de hecho innecesaria la propia terminología tradicional en torno a las diferentes clases de dolo. En realidad, la progresiva evolución hacia una concepción

por una parte, que la probabilidad del resultado resulte suficientemente relevante y, por otra, que el castigo de los supuestos en los que no hay transmisión efectiva sea realmente conveniente desde el punto de vista político criminal y sanitario. En relación con el VIH, por ejemplo, expertos y organizaciones internacionales han recomendado precisamente lo contrario, por el desincentivo que puede suponer la amenaza sancionadora en relación con el afloramiento de las infecciones existentes y su consiguiente tratamiento⁴⁶.

2. INTEGRIDAD MORAL Y LIBERTAD DE OBRAR

Si la lesividad es la que se ha identificado, es decir, la concentrada en el atentado a la dignidad de la persona, aunque venga materializada a través de una conducta con clara connotación sexual, puede tener sentido, al menos a efectos dialécticos, hacer momentáneamente abstracción de esa última connotación para explorar otras relevancias típicas, aunque sea –como ya se anticipa– para descartarlas. Téngase en cuenta que en el escenario indicado (esto es, el consistente en soslayar la significación sexual del comportamiento) nos situaríamos forzosamente si tuviésemos que aceptar, como propone cierto sector de la doctrina compara-

cognitiva del dolo ha ido depurando el concepto de elementos superfluos y arrinconado el elemento intencional, que resulta realmente innecesario para la imputación a título doloso. En general, el dolo pasa así a identificarse con el conocimiento del peligro concreto de la actuación, de modo que existe, como con mayor precisión ha definido RAGUÉS, cuando a partir del sentido social de un hecho y de las circunstancias que lo acompañan, pueda afirmarse de modo inequívoco que el sujeto ha llevado a cabo el comportamiento atribuyéndole la concreta capacidad de realizar un tipo penal. Como concepto normativo que es (y no psicológico, ni ontológico), para implementarlo bastará pues que la persona tome la decisión de realizar determinado hecho a pesar de conocer (abarcando intelectualmente) todas las circunstancias fácticas que van a convertir ese hecho en un hecho típico (FEIJOO SÁNCHEZ, 1998: 277), sin que en ello la intención aporte absolutamente nada, al punto que si ésta desaparece pero la representación del autor subsiste, habrá que entender que el dolo se mantiene (RAGUÉS I VALLÈS, 1999: 185). Esta visión es coherente, por lo demás, con el hecho de que el ordenamiento no establezca ninguna consecuencia para la ausencia de un “querer” relacionado con el tipo objetivo, como sí la establece para la ausencia del elemento cognitivo.

⁴⁶ Es el caso de ONUSIDA, que, amén de considerar que los Estados no deberían crear normas específicas penales sobre la transmisión del VIH, por cuanto contribuirían a una mayor estigmatización de los afectados, recomienda también que sólo se sancione la transmisión cuando la persona infectada, conociendo su estado serológico, actúe con la intención de transmitir el virus o cuando de hecho lo transmita. No, en cambio, en los casos en que no exista riesgo significativo de transmisión o cuando la persona desconociese su estado de seropositividad (ALVENTOSA DEL RÍO, 2014: 237 s.)

da, que la dimensión sexual del comportamiento viene neutralizada por el consentimiento general otorgado en relación con el acto sexual, que es el requerido en el sentido típico⁴⁷. Vale la pena pues, al menos, explorar este camino.

1. Pues bien, en tal escenario hipotético debería prestarse atención, en primer lugar, a la posibilidad de valorar el claro contenido vejatorio que acompaña a la conducta desde el prisma del ataque a la integridad moral, por cuanto se niega la dignidad humana al extirpar la capacidad de decisión sobre el propio cuerpo. Ello nos situaría en el ámbito genérico del art. 173 de nuestro Código Penal, que en su párrafo 1º castiga con la pena de prisión de seis meses a dos años a quien infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral. La derivación de la antijuridicidad del comportamiento hacia este terreno, pese a la innegable connotación sexual de la conducta (después nos ocuparemos de ello), no debería resultar tan extraña cuando existe una pasarela evidente que conecta la integridad moral con la libertad sexual. Sin ir más lejos, ésta pudo verse con frecuencia utilizada antes de la reforma que suprimió el Libro III en los casos en los que el atentado contra la libertad sexual se consideraba de no suficiente entidad para aplicar la figura del abuso sexual, derivando entonces el contenido de injusto hacia la falta de *vejaciones injustas* del antiguo art. 620 CP⁴⁸, hoy desaparecida. Por lo demás, de prosperar tal calificación como delito contra la integridad moral, ésta resultaría aplicable tanto a los supuestos de *stealthing* en el ámbito heterosexual como homosexual, sin perjuicio de considerar la agravante de cometer el delito por razones de género (o de sexo, en su caso) donde procediese.

2. Si se desea continuar haciendo abstracción, a efectos dialécticos, de la dimensión sexual del comportamiento –como se ha hecho al enfocarla desde el punto de vista del art. 173 CP–, entonces tampoco carece de sentido contemplar la situación desde la perspectiva de la imposición de una conducta no querida. Porque también eso sucede con el *stealthing*. Ello permite explorar la posibilidad de situar los hechos en el terreno de las coacciones, aunque, se insiste, a los solos efectos dialécticos y dada la novedad del fenómeno. Pues, como se señalará, existen serios obstáculos para la viabilidad de tal calificación, dada la literal exigencia típica de

⁴⁷ Así, DENZEL/KRAMER (2019: 352 ss.), en relación con el § 177 alemán.

⁴⁸ Sobre ello puede verse PÉREZ ALONSO (2019: 22 ss.), quien, tras la derogación de la falta, aboga por la impunidad en estos supuestos en que se trata de hechos menos graves o equívocos.

violencia. Pero me parece en todo caso de utilidad para nuestra cuestión traer a colación determinadas reflexiones doctrinales elaboradas al hilo del tratamiento penal de la transmisión del VIH, como ya se anticipó que se haría en el epígrafe dedicado a la atención jurisprudencial dispensada hasta tiempos recientes a las relaciones sexuales sin protección⁴⁹.

En este sentido –indicaba entonces– existe una innegable cercanía entre los supuestos de *stealth* y ciertos casos de exposición a la transmisión, por más que en estos últimos la víctima sea consciente de la no utilización del preservativo. Ello en la medida en que en ambas constataciones de casos se desconoce en realidad el significado exacto de la situación a la que la víctima se somete. Así ocurre, señaladamente, en los casos en los que, conviviendo el principio de confianza con la asunción de un determinado nivel de riesgo, uno de los miembros de la pareja posee un conocimiento superior al otro en torno a su estado de salud. Parte de la doctrina entenderá aquí que se produce una instrumentalización de la víctima que permite responsabilizar a quien oculta la información como autor mediato de la lesión. Sin embargo, también se ha considerado que en estos supuestos, en los que en realidad se accede a la relación sexual por la confianza generada por la declaración falsa del contagiado (de forma análoga a la que en los casos de *stealth* puede derivarse del compromiso de usar preservativo), lo que en realidad se está produciendo es un mero error en los motivos de la actuación –y no en aspectos con relevancia normativa–; un vicio, en suma, en la formación de la voluntad, pero que impediría hablar de instrumentalización plena de la víctima (y, por tanto, de atribución de un delito de lesiones al sujeto que cuenta con la información completa). Desde esta segunda posición ello no tendría que significar, sin embargo, descartar cualquier contenido de injusto relevante, solo que éste habría de derivarse entonces de los tipos que se orientan a tutelar la libre formación de la voluntad de la víctima. Situándolo, en concreto, en la órbita del delito de coacciones⁵⁰, siempre, claro está, que se admitiese el grado de espiritualización necesario del concepto de violencia demandado por el art. 172 CP⁵¹. Esta derivación del desvalor de la conducta hacia la afectación de la libertad personal

⁴⁹ *Supra*, II.1.3.

⁵⁰ GÓMEZ RIVERO (1998: 175 ss., 190).

⁵¹ Lo que no parece fácilmente admisible. Véase, por ejemplo, PÉREZ ALONSO (2019: 35), refiriéndose a la imposibilidad de subsumir en el vigente art. 172.3, sin incurrir en una extensión analógica prohibida, los casos de abuso anteriormente canalizados a través de la antigua falta de vejaciones injustas (si no existe violencia, por mínima que ésta sea).

(pese a la lesión de la integridad física) en supuestos de engaño sobre una circunstancia relevante de la relación sexual resultaría, como decía, trasladable al ámbito que nos ocupa, aunque ciertamente el concepto de *violencia* no parece fácilmente dispuesto a permitir la flexibilidad necesaria.

3. LIBERTAD SEXUAL. AGRAVANTE DE GÉNERO

1. Pese a las consideraciones esbozadas en el epígrafe anterior, y como se ha venido anticipando, no parece realmente posible sustraerse a la connotación sexual de las conductas de *stealthing*, lo que nos sitúa indefectiblemente ante el bien jurídico libertad sexual, que, en realidad, implica tanto a la libertad como a la dignidad antes mencionadas. Como indicaran ya ORTS/SUÁREZ-MIRA, “el concepto de libertad sexual no se opone sustancialmente al de libertad personal, sino que se trata de una manifestación de ésta que singulariza la facultad de autodeterminación voluntaria, refiriéndola al sector de la esfera sexual”⁵²; a la vez –añadían– “innecesario es subrayar la imbricación tan íntima que existe entre la libertad, en cualquiera de sus facetas, y la dignidad de las personas, pues faltando aquélla ésta resulta, en el mejor de los casos, malparada”⁵³. En análogo sentido señalaba más recientemente ORTS en relación con las agresiones sexuales que éstas «suponen también un atentado a la dignidad del sujeto pasivo, al que se utiliza como mero objeto; a su intimidad, porque se le impone un acto tan privado; a su bienestar psíquico; a lo que cabe añadir el riesgo de un embarazo no querido o de un contagio de una enfermedad de transmisión sexual (susceptible de generar un concurso)»⁵⁴.

Ciertamente, pueden encontrarse voces discordantes que niegan que el *stealthing* comprometa realmente la autodeterminación sexual. En Alemania, por ejemplo, se ha criticado seriamente el fallo del AG Berlin-Tiergarten (en la que fuera la primera sentencia sobre *stealthing* dictada en el país, antes mencionada), entendiendo que existe un consentimiento de la actividad sexual en el sentido requerido por el tipo⁵⁵, lo que impediría la aplicación del § 177 par. 1 StGB. Para estos autores⁵⁶, la conducta podría resultar en último término punible, pero lo sería por lesiones o,

⁵² ORTS BERENGUER/SUÁREZ-MIRA (2001: 16).

⁵³ ORTS BERENGUER/SUÁREZ-MIRA (2001: 18).

⁵⁴ ORTS BERENGUER (2019: 211).

⁵⁵ FRANZKE (2019:114 s.).

⁵⁶ Pueden verse, especialmente, FRANZKE (2019: 120 ss.) y DENZEL/KRAMER (2019: 353).

en su caso, por injurias o vejaciones (*Beleidigung*, § 185 StGB), concepto este último del que existen algunos precedentes de condena en relación con el rociado del cuerpo ajeno con semen del autor, sin consentimiento⁵⁷. Pero si la conducta no resultara finalmente subsumible en esos otros tipos penales⁵⁸ –se dice– debería verse, según esta postura, como una laguna legal, como ya se ha estado planteando también en Suiza.

Sin embargo, no se comparten estos últimos planteamientos. Me referiré algo más adelante al argumento del consentimiento sexual invocado en ellos para neutralizar la afectación de la libertad sexual⁵⁹, pero, de momento, baste destacar que en el *stealth* se contiene el inequívoco significado sexual⁶⁰ que constituye el criterio normativo necesario para la imputación de la conducta típica lesiva de esta clase de libertad. La conducta afecta, pues, a la autodeterminación sexual entendida como la libertad de la persona para decidir a su discreción el momento, el tipo, la forma y la pareja de una actividad sexual. Posición que es también, en contra de las voces de la doctrina alemana antes expuestas, la mayoritaria en aquel país⁶¹.

2. Solo un breve apunte debe añadirse a lo anterior para completar el alcance de la lesividad de la conducta, y ello para recordar la compatibilidad de los delitos contra la libertad sexual –y entre ellos el de abuso sexual, en cuyo ámbito encontrará finalmente acomodo el *stealth*– con la agravante de género del art. 22. 4ª CP. En efecto, los delitos sexuales vienen descritos de acuerdo con un criterio de igualdad formal, sin incorporar en la desvaloración el componente de género⁶². Por ello, son susceptibles de ver acompañada su aplicación con la agravante introducida por la L.O. 1/2015⁶³, si bien no de forma automática, es decir, en todos los casos en

⁵⁷ En opinión de WIßNER, en cambio, tales precedentes son anteriores a la reforma de 2016 y no son representativos, entendiéndose que esas “salpicaduras externas” sin consentimiento se considerarían hoy, sin duda, un ataque sexual en el sentido del § 177 StGB: WIßNER (2020: 321).

⁵⁸ Las probabilidades de una condena por lesiones –indica WIßNER (2020: 321)– son escasas, y no se plantearían siquiera en los casos en los que no existe riesgo de daño corporal, como ocurriría si el autor no padeciese una ETS.

⁵⁹ *Infra*, III.5.

⁶⁰ PÉREZ ALONSO (2019: 22 ss.).

⁶¹ HERZOG (2018: 354); SCHUMANN/ SCHEFER (2019: 816); HOFFMAN (2019: 18); WIßNER (2020: 321).

⁶² Puede verse, TORRES FERNÁNDEZ (2021: 15).

⁶³ Puede verse, por ejemplo, la STS 444/2020, de 14 de septiembre, Pte.: A. Mª. Ferrer García (ECLI:ES:TS:2020:2904). A favor de su aplicabilidad específicamente en los casos de *stealth* se pronuncia también GUTIÉRREZ MAYO (2021: 356 s.).

los que la víctima sea mujer, sino solo cuando concurren efectivamente los requisitos de discriminación en los que se fundamenta la cualificación⁶⁴.

Ahora bien, entre tales requisitos –y a pesar de que el alcance de la circunstancia no resulte aún del todo pacífico– no parece que deba encontrarse la exigencia de un especial ánimo subjetivo de dominación, humillación o sumisión, ni ningún particular sentimiento subjetivo de superioridad, de modo que la agravante del art. 22.4^a CP no solo resultaría de aplicación en los supuestos de *stealthing* que respondan subjetivamente a consignas como las supremacistas que inundan la *manosfera*, a la que antes me he referido⁶⁵. Sino que cabe una lectura en clave objetiva de esta agravante, que debe imponerse, y que permite a ésta contar con un espectro de aplicación más amplio, al bastar con la concurrencia de “una base fáctica que permita deducir que el comportamiento de quien agrede cuenta con el plus de antijuridicidad que conlleva el que sea manifestación de la grave y arraigada desigualdad que perpetúa los roles asignados tradicionalmente a los hombres y las mujeres, conformados sobre el dominio y la superioridad de aquellos y la supeditación de éstas”⁶⁶. Desde la letra de la ley tampoco hay necesidad, en fin, de restringir la aplicación

⁶⁴ Dirigiendo la mirada hacia los supuestos de *stealthing* analizados hasta la fecha por la jurisdicción penal española, se observa que la aplicación de la agravante de género únicamente fue solicitada por las acusaciones en el caso tratado por la AProv. Sevilla, la cual desestimó su apreciación al considerar que se trataba de una relación de alcance puramente sexual entre adultos, sin que se detectasen “aquellos estereotipos de género que pudieran apuntar a que el varón ejerciera o pretendiera ejercer un papel dominante, que de alguna manera intentara subyugar a la mujer o imponer su criterio con desprecio a la propia voluntad y libertad de ésta”. Debe puntualizarse, de todos modos, que la Audiencia de Sevilla se rigió, atendidas las sentencias del TS que cita, por una fundamentación eminentemente subjetiva de la agravante, que descansa antes en el ánimo de dominación y de demostración de superioridad que en una discriminación objetivizada, criterio que ha sido matizado por resoluciones posteriores.

Resulta también significativo en relación con el supuesto comentado que el Tribunal reprochase la poca motivación y proactividad de las acusaciones en defensa de esta agravación, lo que hubiese debido conducir igualmente a su desestimación por mor del principio acusatorio, que hubiese impedido al tribunal elucubrar una hipótesis de hecho que la sustentase: “...sorprende sobremanera –indicaba esta resolución en su Fdto. Jco. Sexto– que ninguna de las acusaciones haya detallado en sus conclusiones fácticas (tampoco en sus informes) los elementos de hecho que puedan apuntar a que el acusado actuó así contra [la víctima] por el mero hecho de ser mujer o por atávicos sentimientos machistas de dominación, más allá de proclamar apodóticamente que actuó así por razones de género y por ser mujer (lo que supone sustituir el presupuesto por la conclusión)”.

⁶⁵ *Supra*, n. 40.

⁶⁶ STS núm. 509/2021, de 10 junio, Pte.: E. de Porres Ortiz de Urbina (ECLI:ES:TS:2021:2547); STS 59/2021, de 27 de enero, Pte.: J. Sánchez Melgar (ECLI:ES:TS:2021:458); STS 571/2020, de 3 de noviembre, Pte.: J. Sánchez Melgar (ECLI:ES:TS:2020:3975).

de la circunstancia al ámbito de las relaciones de pareja (presentes o pasadas) a las que la L.O. 1/2004 circunscribió en cambio el concepto de violencia de género⁶⁷ (reduciendo, por cierto, el ámbito de la discriminación relevante contemplada por el posterior el Convenio de Estambul⁶⁸). Tal interpretación sistemática restrictiva, innecesaria como se ha dicho desde el punto de vista teleológico⁶⁹, en el caso del *stealth* reduciría sensiblemente la operatividad de la agravación (excluyéndola injustificadamente, por ejemplo, en relaciones sexuales esporádicas, en relaciones a cambio de precio u otras).

4. INAPLICABILIDAD AL *STEALTH* DEL ABUSO SEXUAL FRAUDULENTO

Lo apuntado hasta aquí nos sitúa, como hemos visto, en el ámbito inequívoco de la delincuencia sexual. Pero antes de analizar las calificaciones aplicadas hasta la fecha, correspondientes a los tipos básico o agravado del art. 181 CP, debemos abordar una cuestión previa en relación con el art. 182 CP, despejando eventuales dudas sobre la tipicidad por este concepto. En el siguiente sentido: el art. 182 CP sigue recogiendo en nuestro derecho, bien que a pesar del sentir doctrinal mayoritario⁷⁰, un genérico delito de abuso sexual fraudulento (junto al cometido con abuso de confianza). En la medida en que el *stealth* implica por definición un engaño, y que todas las referencias a comportamientos sexuales engañosos parecen concentrarse en el precepto citado, debe comentarse al menos por qué, en su caso, se estima que dicho artículo no ejerce su vis atractiva en relación con esta conducta. Ello, claro, fagocitaría práctica-

⁶⁷ El art. 1.1. de la Ley orgánica de Protección Integral contra la Violencia de Género ciñe, como es sabido, su actuación a la violencia que se ejerce sobre las mujeres “por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia”.

⁶⁸ Cuyo art. 43 indica que los delitos previstos en él se sancionarán con independencia de la relación existente entre la víctima y el autor.

⁶⁹ Y tampoco especialmente seguida por nuestra jurisprudencia: p. ej., STS STS 444/2020, de 14 de septiembre, Pte.: A. M^a. Ferrer García (ECLI:ES:TS:2020:2904); STS 565/2018, de 19 noviembre, Pte.: J. Sánchez Melgar (ECLI:ES:TS:2018:3757). A favor, en cambio, de la vinculación de la agravante con la relación de pareja o ex pareja, en línea con lo dispuesto en la LOMPIVG, puede verse la STS 420/2018, de 25 de septiembre, Pte.: M. Colmenero Menéndez de Luarca (ECLI:ES:TS:2018:3164).

⁷⁰ Que ha abogado ininterrumpidamente por su supresión, desde las primeras aportaciones (véase, p.e., MORALES PRATS/GARCÍA ALBERO, 1996) hasta las más recientes (p.e., SÚAREZ-MIRA, 2015: 604), valorando especialmente para ello su resabio histórico, su escasa autonomía o su falta de ofensividad bastante, en caso de que no represente un prevalimiento de superioridad.

mente todas las posibilidades de sanción, pues si así hubiese que entenderlo con la legalidad en la mano habría que aceptar que solo resultase punible la retirada sigilosa del preservativo cuando la víctima estuviese comprendida entre los dieciséis y los dieciocho años, a tenor de lo dispuesto en dicho artículo, por incomprensible y mayúsculo que cupiese juzgar el despropósito desde el punto de vista político criminal.

Naturalmente, la figura del art. 182 CP no fue pensada para el *stealthing*. Pero tampoco lo fueron las demás. Como es de sobras conocido, el art. 182 en realidad trae causa del antiguo estupro fraudulento y constituye, por tanto, una reminiscencia de tiempos pasados en los que la valoración de la mujer iba vinculada socialmente a sus posibilidades de matrimonio, siendo en consecuencia susceptible de verse afectada por el mantenimiento de relaciones sexuales bajo la promesa fraudulenta del mismo⁷¹. En realidad, pues, y como ya recogieran atinadamente MORALES PRATS y GARCÍA ALBERO en uno de los primeros comentarios al precepto (entonces el art. 183 del código vigente), el legislador fue en ese sentido “prisionero de un precepto cuya génesis y permanencia histórica se explica[ba] por la necesidad de conceder un instrumento de presión a la mujer –por la relevancia del perdón– cuyo valor de mercado menguaba por el ejercicio de la sexualidad en tempranas edades antes del matrimonio”. En ese contexto, hoy completamente trasnochado, cabe subrayar que los precedentes de este artículo tuvieron en realidad como bien jurídico de referencia la honestidad de la mujer, y no su libertad sexual, arrojando esa concepción previsiones que hoy pueden causar perplejidad, como fue la posibilidad de exención de pena al agresor que contrajese posterior matrimonio, como si de una excusa absolutoria por regularización se tratase⁷². Como se ve, nada que ver con el estadio de evolución social coetáneo a la propia promulgación del código vigente ni, por supuesto, con la situación actual.

Pero su origen histórico, que ciertamente puede tener su peso como criterio de interpretación, no puede, sin embargo, desplazar ni sustituir sin más la literalidad vigente, en la que en principio quedan abarcados el común de los supuestos de abuso sexual mediando engaño, siempre que la edad de la víctima esté comprendida entre las estipuladas (que han ido variando con las sucesivas redacciones). En su recorrido histórico, la aplicación jurisprudencial del precepto tuvo ciertamente como protagonista destacado al engaño mediante falsa promesa de matrimonio. Pero

⁷¹ Lo recuerda, por ejemplo, GARCÍA RIVAS, en ÁLVAREZ GARCÍA (Dir.), *PE*, 2ª ed. (2011: 618).

⁷² CUGAT MAURI (2004:366).

la literalidad legal es capaz de abarcar muchos otros. De modo que el precepto se ha convertido en una previsión legal confusa, inestable desde el punto de vista de la seguridad jurídica y de escasa aplicación, respecto de la cual la doctrina, además de recomendar casi invariablemente su supresión, ha especulado con posibles ejemplos de muy diferente alcance. Integrarían así su posible tipicidad, en función de la opinión, desde ofrecimientos varios sin intención de cumplir la promesa en cuestión hasta la ocultación del padecimiento del sida u otra enfermedad de transmisión sexual, pasando por la ocultación del auténtico estado civil del autor o de su identidad misma, si se hace pasar por otro. Cabría especular pues, también, con la tipicidad del engaño acerca del uso efectivo del preservativo conforme a lo acordado, pues de no haber mediado tal engaño y haber conocido la víctima los términos exactos de la situación, como en los otros ejemplos apuntados, no habría accedido tampoco a la relación sexual⁷³. Y si realmente todas las conductas sexuales engañosas susceptibles de poseer alguna relevancia penal estuviesen recluidas en el art. 282, ello significaría que el resto de tipos estarían libres de toda connotación fraudulenta. No hay que olvidar que, al fin y al cabo, una de las alegaciones fundamentales de las defensas en el ámbito comparado ha sido precisamente la consideración de que el tipo a aplicar no abarca el engaño sexual. Así se invocó, por ejemplo, en el recurso contra la primera sentencia recaída en Alemania en relación con el §177 (1) StGB, estimando que un consentimiento inicial sobre el sentido sexual del acto blindaría ya la atipicidad de la conducta por este título de imputación⁷⁴. Y es que resulta mayoritariamente asumido en aquel país que el §177 StGB no permite considerar típicos los casos de engaño, y ello tampoco tras la reforma de 2016⁷⁵, pese a haber ampliado significativamente su alcance con la adopción de un paradigma más próximo al “no es no”, que situó en el centro de la infracción la falta de una voluntad reconocible de la otra persona.

Sin embargo, volviendo al derecho español, existen en mi opinión diferencias relevantes entre la amalgama de ejemplos que se han barajado como posibles conductas típicas a tenor del art. 182 CP. Diferencias que deben llevar, conforme a una intelección actualizada del tipo, a alejar las conductas de *stealth* (tal vez junto con otras) de la órbita del art. 182 CP, trasladándolas hacia el art. 181 CP. En efecto, a mi juicio el

⁷³ Lo que es requisito de esta modalidad de abuso: ORTS BERENGUER/SUÁREZ-MIRA (2001: 137).

⁷⁴ WIßNER (2020: 317).

⁷⁵ Puede verse, DENZEL/KRAMER (2019: 349 ss.), desplegando en ese sentido argumentos literales, históricos y sistemáticos. Distinto, VAVRA (2018: 611 ss.)

valor hermenéutico que cabe atribuir al origen histórico de aquel precepto debe servir solo para advertir que el error que derive del engaño típico en este delito debe ser (como el que movía a la relación sexual fundada en la promesa falsa de matrimonio) un error sobre los motivos que llevan a la práctica sexual. No un error sobre las circunstancias que afectan a la concreta práctica sexual que se acepta. Solo este último vicio del consentimiento, el que afecta “al hecho mismo de la relación sexual”⁷⁶, es capaz de atentar contra la libertad sexual en el sentido penalmente relevante, es decir, en el que afecta a la devastación de la psique personal, de la dignidad humana y de la autonomía corporal que solo un consentimiento cabal puede neutralizar. En cambio, el error sobre los motivos por los que se acepta una relación de contenido sexual sí conocido son, en principio, irrelevantes⁷⁷. Por ello, no todos los ejemplos de engaño antes citados son, a mi modo de ver, equiparables. Naturalmente, se sentirá engañado, pero en sentido coloquial (y con tal vez alguna acción civil, dependiendo del caso), quien accede a una relación por motivos que resultaron ser falaces, ya sea la trasnochada promesa de matrimonio o cualquier otra (como la condición de soltero o la atribución de otras características personales –religión, riqueza, fama– por parte de la pareja sexual, que no fueron finalmente las que se dijo tener). Pero tales errores sobre los motivos, por bien que procedentes de engaños deliberados, no deben ser considerados en general, como se ha dicho, penalmente relevantes porque no implican la afectación que conlleva el auténtico atentado contra la libertad sexual que el Derecho penal quiere prevenir. En estos casos, el

⁷⁶ CUGAT MAURI (2004: 366).

⁷⁷ Coincido con CUGAT en que desde el punto de vista del bien jurídico libertad sexual no existe engaño respecto de la relación sexual cuando ambos sujetos son conscientes del acto que realizan, pero uno de ellos engaña al otro respecto de su trascendencia futura, como tampoco lo hay cuando el engaño recae, por ejemplo, sobre el precio que se espera cobrar –abstracción hecha aquí de la estafa o del delito relativo a la prostitución– (CUGAT MAURI, 2004: 367). A partir de aquí, lógicamente, la reflexión puede usarse bien para defender la supresión del art. 182, bien para, en una concesión al principio de vigencia, darle otro sentido. Como el de otorgar, a modo de excepción, relevancia a esos engaños que no afectan propiamente a la libertad sexual y, en atención a la edad de la víctima, considerar que pueden afectar a su indemnidad. Ello sin perjuicio de considerar en abstracto que lo conveniente hubiese sido, efectivamente, prescindir de esta tipicidad, y tener en cuenta penalmente solo los casos en los que la situación suponga un prevalimiento de superioridad, en lugar de contemplar engaños descontextualizados de ésta (MORALES PRATS/GARCÍA ALBERO, 1996: 898).

Oponiéndose a la distinción entre el fraude en el factum y el fraude en los motivos o en el incentivo, en relación con el § 177 StGB, *cfr.* VAVRA (2018: 613 ss.), quien considera a todos ellos igualmente punibles.

rechazo (retrospectivo) del acto sexual se basa en circunstancias externas al bien jurídico libertad sexual⁷⁸.

Pues bien, la excepción a la irrelevancia del error en los motivos, si se acepta la anterior interpretación diferenciadora, sería precisamente el art. 182. Y ello –acertadamente o no– por mor de la edad de la víctima. Según este patrón interpretativo, el art. 182 tendría en este punto un carácter más tuitivo de la indemnidad sexual del menor⁷⁹ que de la libertad sexual en sí, convirtiendo excepcionalmente el error en los motivos en penalmente relevante solo en relación con las personas de pocos años, con una menor madurez⁸⁰. Por encima de determinada edad (hoy dieciocho años) el engaño en relación con los móviles de la relación sexual continúa siendo penalmente irrelevante. Pero sí será relevante, independientemente de la edad de la víctima, el error que recaiga sobre el propio contenido y significación de la práctica sexual, éste sí afectante a la vertiente de la libertad que resulta penalmente tutelada, dando lugar a una conducta subsumible en el art. 181 CP. Será el caso del médico que convence a la paciente de la necesidad de explorar sus genitales cuando ello es totalmente innecesario⁸¹, pues ésta accede a una revisión médica, y no a una relación sexual, de otro contenido. Y será el caso también, si se acepta esta interpretación, del *stealth*, pues con él la víctima consiente una práctica sexual distinta a aquella a la que inconscientemente se la

⁷⁸ DENZEL/CRAMER (2019: 353). Estos autores consideran, sin embargo, en contra de la opinión aquí defendida, que el *stealth* se encontraría entre este tipo de supuestos (engaños no afectantes de la libertad sexual) de modo que, en su opinión, en el *stealth* se trataría de proteger la integridad física, no la autodeterminación sexual. Sí consideran, en cambio, relacionado con el bien jurídico el caso de la exploración ginecológica innecesaria, por tratarse de un engaño *sobre la naturaleza sexual del acto*.

⁷⁹ MORALES PRATS/GARCÍA ALBERO (1996: 898).

⁸⁰ Parece –indicaba ORTS, *Derecho penal. PE*, 3ª ed. (2010:263), en relación con el anterior art. 183 CP– “como si el legislador hubiera considerado al engaño una forma comisiva menos contundente y grave que las restantes, únicamente apropiado para recortar la libertad de personas de pocos años, de escasa madurez”.

Así puede verse aplicado el art. 182, en su apartado 2º, por ejemplo, por la SAP Madrid, Secc. 30ª, núm. 247/2019, de 26 de abril, Pte.: Rosa Mª Quintana San Martín (ECLI:ES:APM:2019:10407), en un supuesto en el que el autor convenció a la víctima, mayor de dieciséis años, para la realización de prácticas sexuales con el ofrecimiento de un dinero (considerable a los ojos de un menor) que no pagó. La sentencia recuerda que “la idoneidad del engaño ha de estar fijada, no con arreglo a parámetros universales, sino atendiendo a las circunstancias personales de quien presta su consentimiento para un acto sexual que, en otras circunstancias, no habría consentido”. La sentencia también aplicó, en concurso (sin plantearse una eventual duplicidad) el delito de corrupción de menores, art. 188.4 y 5 CP.

⁸¹ Lo trae a colación CUGAT MAURI (2004: 367).

somete⁸², quedando comprometida su libertad sexual y no solo los motivos por los que se aceptó la relación íntima. Desde otra perspectiva: la relación no se consiente porque medie un preservativo. Se consiente por la razón que sea, gratuita u onerosa, y lo que se consiente conlleva el uso de preservativo. No hay error sobre lo primero (los motivos), sino sobre la práctica sexual concreta en la que realmente se participa (en la que se materializa el bien jurídico libertad sexual)⁸³.

⁸² Que la relación sexual sin preservativo se reconozca una práctica sexual diferente respecto de la relación con preservativo no prejuzga aún la tipicidad concreta (la agravada del art. 181.4 o la básica del art. 181.1) en la que debe incardinarse. Sobre ello, *Infra*, III.5.

⁸³ Más cuestionable puede resultar, a mi juicio, la reconducción al ámbito del art. 181 también de los supuestos en los que **(a)** el sujeto engaña a su pareja sexual asegurando no padecer el sida u otra enfermedad sexualmente transmisible, si determina causalmente con ello su consentimiento, y **(b)** de los supuestos en los que se engaña sobre el uso de anticonceptivos y, por lo tanto, sobre la trascendencia reproductiva del acto. Ello dependerá en último término del contenido que se atribuya a la propia libertad sexual protegida penalmente, y de si se incluyen o no en ella aspectos relativos a la salud sexual y reproductiva. En función de ello se obtendrá la significación relevante para la tipo:

a) Si se acepta que el contenido del acto sexual es distinto cuando se trata de sexo seguro que cuando se trata de sexo con riesgos significativos para la salud, se estaría ante la tipicidad del art. 181 (sin prejuzgar que debiese tratarse, además, de la modalidad calificada) en supuestos de exposición no consentida al riesgo. Pues se estaría entendiendo, en suma, que lo que se impone a la víctima (sin que medie consentimiento) es el contenido específico de la propia relación sexual (ser ésta una relación de riesgo), no tratándose de un mero engaño sobre los motivos por los que se accede a la relación. Ello implicaría, en coherencia, la revisión de lo que se ha venido haciendo en relación con estas situaciones de exposición engañosa a enfermedades de transmisión sexual (singularmente el sida), que, como se vio, son supuestos que se han tratado hasta la fecha solo desde el punto de vista de las lesiones (concentrándose, por cierto, en la transmisión efectiva, dolosa o imprudente, pero sin particular atención a la tentativa doloso-eventual), y que ahora, con esta interpretación, habría que replantearse para añadir, en concurso, el abuso sexual. Se insiste en que ello sería así si realmente se entendiese que lo que se estaría imponiendo afectaría a la significación del acto conforme al objeto tutelado. Pero no puede ocultarse que este choque con la práctica consolidada tendría mejor pronóstico contando con una valoración expresa del legislador. En relación, por ejemplo, con el §177 StGB, existe un razonable consenso en que éste no abarca tampoco el engaño sexual, dejando también como cuestión exclusiva de los delitos de daño corporal los casos de ocultación de enfermedades.

b) Aun más difícil si cabe se antoja la inclusión en el art. 181 del engaño sobre la trascendencia reproductiva del acto. Por ejemplo, haciendo creer a la pareja sexual que se dispone de un dispositivo intrauterino o que se toma una píldora anticonceptiva que en realidad no se toma, cuando estas circunstancias fueron requeridas para la aceptación de la relación sexual. De nuevo, la práctica sexual que se realiza es aquí físicamente la misma que se consiente, pareciendo que la trascendencia de las consecuencias (daño moral, embarazo) debe ser canalizada en su caso por otras vías. La misma impresión

Nos situamos pues, de forma ahora sí motivada, en el terreno del art. 181 del Código Penal. En esta responsabilidad se incurriría, nótese, no solo en los supuestos de delincuencia de género, aunque sea esta perspectiva la que le ha dado mayor visibilidad al fenómeno y sean también éstos los casos con, presumiblemente, mayor relevancia en la práctica. Se incurriría en ella, también, en los supuestos con víctima masculina, bien se trate de relaciones homosexuales, bien de casos en los que es la mujer la que retira sigilosamente el preservativo⁸⁴. Todo ello sin perjuicio, naturalmente, de la aplicación de la agravante de género en los supuestos en que resulte procedente⁸⁵.

5. TIPO BÁSICO Y TIPO AGRAVADO DEL ART. 181 CP. CONSENTIMIENTO AFIRMATIVO Y CONSENTIMIENTO CONDICIONAL. CONSIDERACIONES DE *LEGE FERENDA*

A. El ordenamiento penal español carece hasta la fecha –como, por lo demás, ocurre en los ordenamientos de nuestro entorno– de una desvaloración específica, *ad hoc*, del contenido de injusto propio del *stealththing*. Aunque esta solución expresa –se anticipa– resultaría la preferible *de lege ferenda* si se desea perseguir penalmente esta conducta, naturalmente deben manejarse hasta entonces los instrumentos existentes, que si bien resultan adaptables, cuentan con los inconvenientes derivados de no haber sido ideados pensando precisamente en este tipo de situación. Por otra parte, en relación con esos instrumentos ya existentes, también se carece

manifiesta GUTIÉRREZ MAYO (2021: 358), entendiendo que “si posteriormente hubiese un embarazo no deseado se podría pedir responsabilidad civil a tenor del artículo 1.902 del Código Civil, si concudiesen los requisitos para ello”. Es también, en fin, el parecer mayoritario en relación con el mencionado §177 StGB. En general, resulta claro en relación con ese precepto que el engaño sexual *de lege lata* no es punible y que, por lo tanto, el engaño en sí mismo no conduce a la ineficacia del consentimiento. De modo que no son punibles, por ejemplo, el engaño sobre el uso de anticonceptivos o sobre la propia fertilidad (HOVEN/WEIGEND:2018, 161; DENZEL/KRAMER: 2019, 354). De ahí que aquella parte de la doctrina alemana que no se ha resignado a reconocer la atipicidad *de lege lata* del *stealththing* se haya visto obligada a intentar sutiles distinciones para encajarlo en ese precepto, entendiendo, por ejemplo, que no es lo mismo el engaño sobre el uso del preservativo que el engaño sobre el propio estado de salud.

⁸⁴ GUTIÉRREZ MAYO (2021: 357). La autora trae a colación al respecto la línea interpretativa establecida por el Pleno no jurisdiccional de 27 de mayo de 2005, en el que se acordó que a efectos del *acceso carnal* típico “es equivalente acceder carnalmente a hacerse acceder”. Menciona también la STS 519/2006, de 13 de dic., reconociendo que “el acceso carnal existe siempre que haya penetración del miembro viril, seal cual sea el sexo del sujeto activo y del pasivo, de manera que el delito [en este caso el del art. 179] lo comete tanto quien penetra a otro por las vías señaladas como quien se hace penetrar”.

⁸⁵ O, en su caso, de la discriminación por razón de sexo. *Supra*, III.3.

aún de una doctrina jurisprudencial unificada, e incluso de un criterio jurisprudencial mayoritario o que pueda estimarse suficientemente representativo. Por ello, comentaré a continuación las soluciones legales dispensadas hasta el momento procurando poner el acento en sus fortalezas y en sus posibles debilidades o inconvenientes. La situación explicada impide, en cualquier caso, certificar como correcta solo una de ellas, pues ello dependerá de la argumentación con la que finalmente se acompañe su elección.

B. La pionera sentencia del Juzgado de Instrucción de Salamanca aplicó el tipo básico de abusos sexuales, considerando implícitamente, por tanto, que los hechos contenían, de forma genérica, “actos que atent[aban] contra la libertad sexual de otra persona” “sin violencia ni intimidación y sin que med[iase] consentimiento” (art. 181.1 CP), lo que el Código Penal castiga con la pena alternativa de prisión (de uno a tres años) o multa. Aunque sus escuetos fundamentos jurídicos –particularmente al tratarse de una sentencia de conformidad, como se dijo– nos privan de una argumentación más detallada, cabe especular que esta calificación resultaría coherente desde un punto de vista teórico con una disociación del objeto del consentimiento. Una valoración que contemplaría separadamente la cuestión del uso o no uso del preservativo, por una parte, valorándolo en este sentido como un acto de significación sexual general (art. 181.1 CP) y, por otra parte, el “acceso carnal” en sí, que como acto con significación sexual específica *ex lege* se habría considerado entonces consentido y consiguientemente neutralizado su desvalor específico, es decir, el que aparece contemplado en el aptdo. 4º del art. 181 CP. Este esquema de funcionamiento sería el mismo utilizado por la primera condena por *stealthing* en Alemania que, según explica GARCÍA, “consideró que el reproche sólo debía recaer sobre la conducta de quitarse el preservativo, quedando excluida la penetración en sí misma ya que había sido consentida oportunamente por la mujer”⁸⁶.

En el haber de una solución así podría considerarse el hecho de que, a falta de una valoración específica por parte del legislador, se eludirían con ella de la forma más segura posible los eventuales riesgos de doble valoración (que no pueden en absoluto ser trivializados, pues son expresión del núcleo esencial del principio de legalidad). De otro modo, nótese, se estaría proporcionando la misma calificación tanto en un caso de *stealthing* como en un supuesto de penetración sin consentimiento y, además, sin preserva-

⁸⁶ GARCÍA (2020:126).

tivo. Una equiparación con la que se podría estar desoyendo incluso, desde esta línea de argumentación, las propias conclusiones del precursor trabajo de BRODSKY, el cual (amén de preguntarse por la potencial canalización de la conducta a través de otros ámbitos del Derecho) apuntaba en lo específicamente penal hacia un peldaño inferior en cuanto a su gravedad, sugiriendo también otras voces evitar la sobre-criminalización del comportamiento y no tratar, en definitiva, de forma homogénea situaciones realmente distintas. Porque el acceso carnal inconsciente y el acceso carnal autorizado pero usando preservativo son realmente situaciones distintas. Si a efectos meramente instrumentales se está dispuesto a aceptar, por ejemplo, el posible rendimiento explicativo de la teoría del negocio jurídico, se podrá advertir que en el caso del *stealth* existe una *causa* jurídicamente reconocible (el intercambio, gratuito u oneroso, de una experiencia sexual), bien que con un vicio de la voluntad (el error) que lo convierte en nulo, pero ello frente a una situación en la que, de partida, se carece de *causa* reconocible alguna. Las diferencias entre ambas situaciones, por lo tanto, existen. Pero, en cualquier caso, no se trata tanto de explicar estas diferencias estructurales entre situaciones que son efectivamente distintas, ni tampoco de teorizarlas especialmente, sino de valorarlas desde el punto de vista de la afectación al bien jurídico y de la traducción penológica que ello pueda tener⁸⁷.

Jugarán también a favor de la solución del tipo básico del aptdo. 1º, en fin, las debilidades que puedan apreciarse en la posición alternativa, favorable a la aplicación del tipo cualificado. Y ello en proporción inversa: a mayor solidez de las críticas a la última, mayor refuerzo para las posiciones de la primera. En este sentido, se deja ya apuntado que la solución del 181.4 puede tener su principal punto débil en el hecho de implicar una distinción contra reo donde la ley no distingue, reproche que, de ser exacto, debería inclinar la balanza hacia esta primera opción (181.1 CP). Ello por más que la desvaloración de la conducta pueda me-

⁸⁷ En este último sentido, la denuncia de la desproporción derivada de conferir la misma calificación jurídica (el subtipo agravado del aptdo. 4º) a supuestos distintos (penetración consentida pero sin preservativo/penetración inconsciente y además sin preservativo), aunque es cierta, tampoco debe ser sobrevalorada. Al igual que se permanecerá también en el seno de la misma tipicidad cualificada (181.4 CP), por ejemplo, si el acceso carnal tiene lugar por más de una de las vías que señala el precepto (siempre que ello ocurra en *unidad de suceso*), lo mismo podrá esgrimirse respecto de los supuestos de acceso carnal inconsciente y además sin preservativo, pudiéndose canalizar la proporcionalidad necesaria a través del margen penológico (amplio) que se deja al juzgador para la adaptación de la consecuencia jurídica al caso concreto. Es decir, sin tener que descender forzosamente, en definitiva, al tipo básico del art. 181.1 CP para poder reflejar la diferencia.

recer mayor respuesta que la que refleja hoy la ley para el tipo básico, que parte de la posibilidad de imposición de una pena de multa. Por razones sistemáticas, comentaré esta cuestión una vez presentada la segunda alternativa aplicada por nuestros tribunales.

C. El segundo camino para el tratamiento *de lege lata* de la situación ha sido, como se acaba de indicar, la aplicación del tipo cualificado del art. 181.4^a, que castiga los supuestos en los que “el abuso sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal (...)” con la pena de prisión de cuatro a diez años.

Esta fue, como se vio⁸⁸, la vía propuesta ante la Audiencia Provincial de Barcelona –que absolvería en aquel caso por falta de prueba– y también la efectivamente aplicada por la Audiencia de Sevilla, que después sería confirmada por el Tribunal Superior de Andalucía⁸⁹. La resolución de este último órgano recoge ya una argumentación más elaborada sobre la concreta subsunción de la conducta que la contenida en la inicial sentencia del Juzgado de Instrucción de Salamanca. En su Fdto. Jco. 5º, que por su interés dado lo todavía incipiente de esta cuestión se reproduce, el TSJ Andalucía indicaba textualmente: “Como expone con detalle el tribunal *a quo*, la acción consistente en prescindir de preservativo durante todo o parte de una relación sexual, pese a haber sido pactado o impuesto por la pareja como condición al prestar el consentimiento, conocida en la doctrina científica y de los tribunales con la denominación anglosajona *stealthing*, constituye un atentado a la libertad sexual de la otra persona partícipe en la relación en cuanto ésta no ha consentido cualquier suerte, forma o condiciones de contacto sexual, sino que ha impuesto como límite o condición el uso de protección mediante preservativo. Por tanto, si la persona que según ese acuerdo ha de llevar profiláctico durante la relación prescinde del mismo subrepticamente, en todo o parte del acto sexual, está desoyendo una condición impuesta por la pareja como complemento –esencial y no meramente accesorio o secundario– de su consentimiento, es decir, está manteniendo una relación no consentida que, así, atenta contra la libertad sexual y ha de ser sancionada conforme al art. 181 apartado 1 que aquí se aplica, incluyendo el apartado

⁸⁸ *Supra*, I.

⁸⁹ Es también la calificación defendida por la autora que hasta la fecha se ha pronunciado sobre esta cuestión en España (GUTIÉRREZ MAYO, 2021: 355), argumentando que es “un subtipo de obligatoria aplicación cuando concurren los elementos previstos en el mismo”. La cuestión es, claro, determinar si realmente concurren tales elementos, dada la interferencia de un cierto grado de consentimiento y el rigor del principio de legalidad penal.

4 en caso de acceso carnal por alguna de las vías previstas en el mismo, ya que, como es sabido y recuerda acertadamente la sentencia apelada, el consentimiento para una concreta actividad sexual no puede extenderse unilateralmente por el otro partícipe a otros tipos de contactos no consentidos”.

Como puede fácilmente apreciarse, la clave para el tratamiento de la cuestión se hace residir, como no puede ser de otro modo, en el contenido y alcance del consentimiento, término que, de forma muy reveladora, se menciona hasta en cinco ocasiones en el breve pasaje reproducido. Esta segunda vía, como se ve, pasa por contemplar de forma global el consentimiento sexual sobre la penetración, sin disociar la aprobación correspondiente a la significación sexual del acto, por un lado, y el uso del profiláctico, por otro. Esto último se concibe como “complemento esencial” de lo primero, de modo que su ausencia determina la total falta de consentimiento sobre el acto. También se señala –y sobre esto habrá que volver– que la penetración con preservativo y la penetración sin preservativo son actos penalmente distintos, requiriendo consentimientos separados.

D. En sus resultados, aunque la resolución lógicamente no lo menciona, la sentencia está en realidad en consonancia con los postulados de una importante corriente global que, dando respuesta a la cuestión más amplia acerca del enfoque genéricamente adecuado para el tratamiento jurídico-penal de la delincuencia sexual, ha venido apostando por el paradigma del “no es no” como modelo para el abordaje de esta materia. Una corriente que ha tenido ya su plasmación, con diverso alcance y características, en reformas aún relativamente recientes como la alemana de 2016 o la sueca de 2018⁹⁰.

En ese contexto global comparado, para dar cobertura a la tipicidad del fenómeno *stealth* se ha puesto especial énfasis en la adjetivación del consentimiento, particularmente en el ámbito anglosajón. Uno de los modelos en los que más se ha fijado la mirada es el del denominado consentimiento afirmativo (*affirmative consent*), término con el que se conoce popularmente el consentimiento recogido en el Código penal de California. De acuerdo con el §261.6 del *California Penal Code*, el consentimiento en determinado grupo de delitos debe ser entendido como la cooperación positiva en el acto en tanto que expresión del ejercicio de la libre voluntad, debiendo la persona tener pleno conocimiento de la

⁹⁰ Aunque esta última más inclinada hacia el modelo del consentimiento expreso (*vid.*, PERAMATO MARTÍN, 2020: 8).

naturaleza del acto en el que se involucra. También se cita en el mismo sentido, en el ámbito estadounidense, la llamada “ley de consentimiento de California”⁹¹, la *California State Bill SB-967*⁹² que, para el ámbito universitario y a determinados efectos, consagra un “estándar de consentimiento afirmativo” para determinar si ambas partes dieron el consentimiento requerido para la actividad sexual⁹³. “Consentimiento afirmativo” significa, siempre según esta misma norma, “acuerdo afirmativo, consciente y voluntario para participar en actividades sexuales”, siendo especialmente destacable que la propia disposición, entre otras precisiones⁹⁴, especifique que “es responsabilidad de cada persona involucrada en la actividad sexual asegurarse de que él o ella tenga el consentimiento afirmativo del otro u otros” y que el consentimiento afirmativo debe ser constante, durante toda la actividad sexual, pudiendo revocarse en cualquier momento. Fácilmente se comprende que estas últimas precisiones hayan resultado particularmente útiles a los defensores de este concepto para subrayar la antijuridicidad del *stealthing*.

No obstante, el rendimiento del concepto de *affirmative consent* para defender la relevancia penal del *stealthing* también ha sido cuestionado. En particular, se ha destacado que no resulta claro que tal especie de consentimiento falte realmente en esta clase de supuestos desde el momento en que la naturaleza del acto al que se accede es la misma de aquel al

⁹¹ GARCÍA (2020: 128)

⁹² Ley SB 967, Student safety: sexual assault, del 28/09/2014, disponible en https://leginfo.ca.gov/faces/billNavClient.xhtml?bill_id=201320140SB967

⁹³ Según explican VIDU/TOMÁS MARTÍNEZ (2019: 198 ss.), la consigna “Yes means Yes”, expresión del consentimiento afirmativo, supuso la superación del “no es no”, y fue defendida en el ámbito del activismo social y estudiantil universitario, en particular por el grupo de estudiantes *Our Harvard can Do Better*, conscientes de la insuficiencia que suponía identificar el consentimiento con la expresión de una negativa, lo que en determinadas circunstancias las víctimas no están en condiciones de poder expresar.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta lo contraproducente de la exigencia de una negativa explícita tanto en el momento de los hechos como en el de la denuncia, colocando a la víctima en una situación a la vez complicada y peligrosa. Como indica PERAMATO, en el momento de la comisión con ello se “coloca a la mujer ante una disyuntiva muy peligrosa: no resistirse ante el miedo racional y lógico de sufrir graves daños a pesar de que ello conlleve la impunidad del agresor, o resistir asumiendo ese peligro para poder acreditar que la relación fue impuesta y no consentida”. A la hora de denunciar el ilícito, también se la sitúa “en una posición complicada pues, ante la ausencia de reconocimiento de los hechos por el autor, la mujer tendrá que probar que efectivamente se opuso de alguna manera a esa relación” (PERAMATO MARTÍN, 2020: 7 s.).

⁹⁴ Como la irrelevancia de ciertas circunstancias para afirmar la concurrencia del consentimiento (tales como el silencio, la falta de protesta o resistencia, o la existencia de relaciones sexuales pasadas entre las personas involucradas).

que se consintió⁹⁵. Y se propone, en su lugar, operar con un concepto de *conditional consent*, que no se fije tanto en la naturaleza sexual del acto como en las condiciones bajo las cuales dicho consentimiento se otorgó⁹⁶.

El concepto de *conditional consent*, particularmente utilizado por los tribunales británicos, adquirió especial protagonismo y visibilidad para la cuestión aquí tratada a raíz del caso *Assange*⁹⁷, quien habría desoído las condiciones establecidas por su pareja sexual y eludido el uso del preservativo (y después roto el mismo). Aunque la defensa argumentó que lo relevante era la naturaleza del acto al que se había accedido, el Tribunal no aceptó esta consideración, entendiendo que el “true consent” requiere que las condiciones bajo las que el consentimiento fue otorgado se mantengan durante todo el acto sexual.

A juicio de BLANCO, gran defensora del paradigma del *consentimiento condicional*, su adopción presentaría diversas ventajas. No todas ellas parecen, desde luego, méritos atribuibles específicamente a dicho concepto, al menos desde el punto de vista de nuestro derecho⁹⁸. Pero sí debe admitirse que las facilidades probatorias, en las que en realidad piensa la autora, concurren, en el sentido de que resultaría suficiente probar que

⁹⁵ BLANCO (2018: 239).

⁹⁶ BLANCO (2018: 239).

⁹⁷ *Assange v. Swedish Prosecution Authority*, [2011] EWHC 2849. Sobre este asunto puede verse GARCÍA 2020: 124 ss.

⁹⁸ La autora refiere, por ejemplo (n. 172, p. 239), que el concepto permitiría proteger potencialmente también a una víctima varón que hubiese condicionado la relación sexual a la garantía por parte de la mujer de estar tomando anticonceptivos, siendo esto falso (*tricked parenthood*). La cuestión de los abusos sexuales mediando engaño, sin embargo, no queda resuelta, sino solo presentada, introduciendo un concepto pretendidamente novedoso de “consentimiento condicional”. Lo relevante, como se vio (*supra* III.4), descansa en una profundización adecuada sobre aquello a lo que afecta la condición impuesta: si se estima que afecta al *contenido* de la relación sexual o, por el contrario, que afecta solo a los *motivos* por los que se aceptó la relación sexual. En este caso, se requeriría poder entender que la cuestión reproductiva afecta al contenido de la relación sexual para considerar que efectivamente se provoca un error sobre la significación del acto que se realiza, lo que no resulta en absoluto pacífico (sobre ello, *supra* n. 83). Tampoco queda dicho que por esa vía interpretativa pueda hablarse de abuso sexual cualificado.

También señala la autora que el concepto de *conditional consent* sería el que permitiría asimismo proteger a las víctimas masculinas del denominado “*gift-giving*” (n. 134, p. 235), es decir, víctimas de la transmisión intencional del VIH, especialmente en el ámbito homosexual (aunque esta terminología parece más asociada a la búsqueda intencional de la infección por parte de la víctima a través del mantenimiento de relaciones sin protección, y relacionarse así con la práctica conocida como “*bug-chasing*”, potenciada a través de internet). Puede verse, WEISS (2006: 389 ss.). Sobre el abordaje de la transmisión del VIH en nuestro derecho, y en particular sobre la heteropuesta en peligro consentida, *Supra* II.1.1.

el uso del preservativo fue una condición para que se accediese a la relación, en lugar de trasladar a la víctima la carga de la prueba sobre el sentido exacto de su consentimiento afirmativo. Aunque la revictimización durante el proceso es siempre inevitable, señala BLANCO, los beneficios del estándar del consentimiento condicional serían así muy superiores a los costes⁹⁹.

La STSJ Andalucía, aunque ajena a todos estos desarrollos de la órbita anglosajona, se mueve en realidad en parámetros parecidos. No en vano menciona en aquel pasaje antes reproducido, esta vez en hasta cuatro ocasiones, el término *condición* asociado al consentimiento. En su razonamiento, aunque se viene a unificar el contenido del consentimiento al concluir que no lo ha habido (que se ha mantenido una relación incontestada, señala), en realidad la disociación del objeto del acuerdo sigue siendo perfectamente visible –al igual que lo es en la sentencia de la que trae causa¹⁰⁰–, de modo que se llega a aquella conclusión tal vez correctamente, pero no sin dejar un cierto vacío argumental por el camino. El propio Tribunal distingue el consentimiento en sí (que concurriría) de lo que es un “complemento esencial y no meramente accesorio o secundario” del mismo. Así que persiste la separación de dos niveles de asentimiento, aunque determinando la falta del segundo (que recae sobre la condición impuesta por la pareja) el decaimiento de todo él. A la vez, la identificación del uso de preservativo como complemento “esencial” da a entender que existirían otros complementos “accesorios o secundarios”, sin que quede claro cuáles, que carecerían de aquellos efectos invalidantes sobre el consentimiento.

E. Operar con carácter general con un concepto de *consentimiento condicional*, como se ha visto que propugnan algunas voces del ámbito comparado y como hace también la STSJ Andalucía para un caso concreto (el *stealthing*), no plantea particulares problemas desde el punto de vista conceptual. De hecho, ni el concepto de *conditional consent* ni el de *affirmative consent* aportan realmente nada nuevo o desconocido ni para la teoría del negocio jurídico en general ni para la del consentimiento penal en particular. El problema se encuentra, más bien, en el terreno va-

⁹⁹ BLANCO (2018: 239).

¹⁰⁰ En la SAP Sevilla de 29 de octubre de 2020 se lee literalmente que la víctima “consintió el acceso carnal que ha dado lugar al juicio, por más que fuera en otras condiciones que no fueron respetadas” (Fdto. Jco. Sexto), o que “decidió libremente consentir mantener relaciones sexuales con penetración vaginal con el acusado siempre que utilizara preservativo” (Fdto. Jco. Tercero).

lorativo, en determinar las condiciones relevantes y sus límites. En precisar, en otros términos, qué actos requieren a la postre de un consentimiento específico o separado y, también y sobre todo, quién (el aplicador del derecho, por vía interpretativa, o el legislador) debe decidir cuáles son esos actos. La problemática encierra pues dos vertientes distintas. La primera –la identificación de las condiciones penalmente relevantes (a)–, resulta fácilmente superable por parte del *stealthing*, dado su grado de lesividad. Pero no tanto la segunda, una cuestión de estricta legalidad (b) en la que podría encallar definitivamente el sostenimiento de esta punibilidad agravada para el fenómeno objeto de análisis:

a) La primera cuestión, la relativa a la identificación de las condiciones penalmente relevantes, nos devuelve en parte a la problemática ya analizada del engaño. Retomando lo explicado entonces en relación con el fraude sexual¹⁰¹, quedan fuera de la relevancia penal, claro, todas las condiciones relativas a los *motivos* de la relación (salvo para los sujetos del art. 182 CP, a sus efectos). Pero aun así son ilimitadas, imposibles de enumerar de forma casuística, las condiciones que se pueden establecer como límites personales infranqueables en el contexto de una relación y que afecten a la actividad sexual en sí, al acto que se desarrolla, y no a los motivos por los que se lleva a cabo. Supongamos, por ejemplo, que el sujeto, fetichista, se coloca *sigilosamente* durante el acto sexual un amuleto vetado por su pareja; o que la mujer que practica la felación tenía pene, en contra de las preferencias expresamente establecidas por su *partenaire* y sin su conocimiento. ¿Diremos que se trata de abusos sexuales típicos?; ¿caso de abusos sexuales cualificados, si hubo acceso carnal, porque lo dice el 181.4 CP? Si se opera sin más con un concepto de consentimiento condicional, se tendrá dificultades para cualquier argumentación diferenciadora (aunque tal vez desde ese posicionamiento no se desee tenerla), pues se carecerá de un criterio al que referenciar sólidamente dónde situar los límites.

Naturalmente, desde una perspectiva pancriminalizadora podrá argumentarse que el consentimiento se sitúa en el centro de la lesividad sexual de tal modo que es irrelevante su objeto: si la pareja sexual no ha aceptado determinada circunstancia, la que sea, la conducta deberá ser típica por transgredir el consentimiento que es la esencia de la infracción. Sin duda, si alguien no acepta cualquiera que sea la actuación sobre su cuerpo, nadie tiene derecho a llevarla a cabo. Pero cuestión distinta es

¹⁰¹ *Supra*, III.4.

que contrariar ese deseo esté tipificado en todo caso como abuso sexual. Hay, desde luego, otra forma de entenderlo, al menos *de lege lata*. Cabe entender, en efecto, que el consentimiento neutraliza la tipicidad, pero respecto de una conducta previamente definida (seleccionada) como atentatoria contra la libertad sexual. De modo que el consentimiento determina la atipicidad, pero no es quien define lo que es típico (no decide lo que atenta contra la libertad sexual). En este sentido, debe advertirse acerca del acusado riesgo de subjetivización de la protección penal que podría suponer una opción como la antes señalada. Pues podría implicar la sustitución de la *ultima ratio* en la definición de los ataques relevantes al bien jurídico por un modelo que pusiese la intervención penal al servicio de una concepción solipsista de la libertad sexual. Por ello, debe entenderse que la selección de las *condiciones* cuyo quebrantamiento implica la superación del listón penal constituye una decisión valorativa que corresponde al legislador tomar (o, en el peor de los casos, al intérprete a partir de las tenues especificaciones de aquél), pero que en ningún caso viene determinada por el consentimiento, cuya entrada en juego es posterior. Así parece que lo recoge el art. 181 vigente, que precisa que los actos realizados deben atentar contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona, primero, y no mediar el consentimiento sobre ellos, después¹⁰².

Situados en ese terreno valorativo, y como ya se adelantara, cabe subrayar que el *stealthing* tiene entidad propia (es un acto sexual distinto) y suficiente (supera sin problemas el corte de la lesividad). Tiene entidad propia porque, efectivamente, la penetración sin preservativo constituye una práctica sexual diferente de la penetración con preservativo. La diferencia no hay que buscarla, sin embargo, en un criterio físico o sensorial, como en cambio apuntara BRODSKY¹⁰³. Ello podría llevar a incluir otras muchas situaciones de distinta relevancia amén de generar innecesarias complicaciones probatorias. Sino que, por el contrario, lo relevante para su independización, a mi juicio, reside en el grado de afectación que entraña para el bien jurídico, clave que resulta, de hecho, intuida por la propia autora citada cuando constata que la mayoría de las personas ma-

¹⁰² Aunque esté volcado en subrayar el protagonismo del consentimiento, el Proyecto de L.O. de Garantía Integral de la Libertad Sexual reproduce el mismo esquema. En él, el nuevo art. 178 CP demanda primero la realización de “cualquier acto que atente contra la libertad sexual” y, después, la ausencia de consentimiento en relación con él.

¹⁰³ Para defender la autonomía de ambos comportamientos –y justificar así la necesidad de un consentimiento separado para cada uno– BRODSKY se fijó, como criterio de distinción, en el tipo de contacto que conlleva cada situación, con la piel en un caso, con el preservativo en otro: BRODSKY (2017: 191). La sigue, en España, GUTIÉRREZ MAYO (2021: 352).

nifiestan preferencias fuertes (*strong preferences*) en relación a la práctica sexual con o sin preservativo, obviamente por las importantes implicaciones que conlleva. Y es que, como señalara la Corte de apelaciones que revisó la sentencia alemana (KG Berlin), el mero hecho de que el término “sexo seguro” se haya acabado implantando en el lenguaje cotidiano deja ya claro que las relaciones sexuales sin protección son una práctica sexual diferenciada¹⁰⁴, de modo que el paso de una a otra no debe considerarse (desde el punto de vista valorativo, veremos después si también legal) una desviación insignificante. En segundo lugar y en coherencia con lo anterior, el *stealth* demuestra un suficiente grado de lesividad, de modo que con su contemplación específica y separada se aplica un razonable grado de objetivización en el estándar de la condición impuesta (uso del preservativo), evitando la excesiva subjetivización comentada. El uso del preservativo representa así, desde el punto de vista de la intervención penal, una *condición* relevante que justificaría su tratamiento separado. Cuestión distinta es que, *lege lata*, se lo dispense actualmente la Ley.

b) En efecto –y esta es la segunda dimensión del problema, más difícilmente sorteable como decía– hoy por hoy el legislador ha desvalorado de forma unitaria el común de los “actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual” (181.1 CP), realizando una valoración separada únicamente de aquellos que consistan en lo que denomina *acceso carnal* (181.4 CP). En relación con estos últimos, la Ley especifica solo que quedan valorativamente equiparadas a la penetración por vía vaginal, anal o bucal la introducción de objetos o miembros corporales por las dos primeras vías. Pero no existe ninguna adjetivación ulterior de la penetración misma, lo que a los efectos aquí tratados pudiera llevar a entender que abarca tanto la provista como la desprovista de preservativo, así como, en general, la afectada por cualquier otra *circunstancia acompañante* aunque pueda ser externamente perceptible y hasta valorativamente distinta. Por otra parte, entender que la introducción del preservativo encajaría en la modalidad de introducción de objetos no parece una opción realista, pues fuerza la lógica utilizada por el precepto, cuya sistemática contrapone precisamente el acceso carnal a la utilización de aquellos objetos (o de otros miembros corporales). Por ello, y por más que valorativamente el *stealth* sea merecedor de un tratamiento específico, como se ha visto, puede tener que concluirse que hoy por hoy no se lo dispensa la Ley, que de este modo lo estaría remitiendo al cajón de sastre de los

¹⁰⁴ WIßNER (2020: 325).

actos con significación sexual de desvaloración general, del aptdo. 1º del art. 181 CP.

Por supuesto, lleva razón BRODSKY al señalar que el consentimiento para un acto sexual no puede ser considerado un cheque en blanco para cualquier otro acto sexual futuro¹⁰⁵. Igual que asiste la razón al TSJ de Andalucía cuando, en idéntico sentido y recordando lo ya apuntado por la sentencia apelada, recalca que “el consentimiento para una concreta actividad sexual no puede extenderse unilateralmente por el otro partícipe a otros tipos de contactos no consentidos”¹⁰⁶. Como asiste la razón a WIßNER, cuando como ejemplo de lo anterior señala que el consentimiento otorgado para ser penetrado con los dedos no cubre la penetración con el órgano sexual masculino; o, en España, a GUTIÉRREZ MAYO, cuando indica que “estaríamos ante un delito de abuso sexual en el supuesto en que los miembros de la pareja hubiesen acordado tener relaciones sexuales con penetración vaginal, estableciendo la perjudicada su oposición a mantener sexo por vía anal, y una vez iniciada la relación sexual (...) el autor aprovechase para penetrarla analmente”, del mismo modo en que estaríamos ante una agresión sexual (art. 179 CP) si, apercibida la víctima de que el autor no tiene el preservativo “pidiese terminar con la relación sexual y éste se opusiese sujetándola con las manos e impidiendo que se marchase”¹⁰⁷.

Todo lo anterior no es discutido por nadie, como tampoco se discute, en realidad, que el *stealthing* tenga entidad suficiente para merecer también una consideración penal autónoma, debiendo requerir en consecuencia un consentimiento específico. Pero la diferencia respecto de las prácticas sexuales a las que se acaba de aludir como ejemplos de prácticas diferenciadas –y para la neutralización de cuya lesividad se requiere ya *de lege lata*, en efecto, un consentimiento separado o independiente– reside en que éstas han sido singularizadas, desgajadas del capítulo común, por la palabra del legislador¹⁰⁸. La duda sigue en pie, en cambio, para el *stealthing*, dejando así al descubierto el principal flanco potencial

¹⁰⁵ BRODSKY (2017: 190).

¹⁰⁶ Fdto. Jco. Quinto.

¹⁰⁷ GUTIÉRREZ MAYO (2021: 358 s.).

¹⁰⁸ Por ello no puede convencer tampoco como argumento para sostener la autonomía del consentimiento en el *stealthing* la STS que la Audiencia Provincial de Sevilla cita, en cambio, como paradigmática, ya que alude a un medio comisivo (la violencia) que sí está perfectamente individualizado por el legislador. Tal resolución (la STS 1667/2002, de 16 de octubre) se refiere a la aceptación de una relación sexual a cambio de precio a la que las víctimas se negaron después al no recibir anticipadamente el pago, siendo obligadas violentamente a mantenerla.

para la crítica a la solución del tipo cualificado del art. 181.4 CP: que es por vía hermenéutica, y no a través de la palabra expresa del legislador, como se decide realmente qué es (y qué no) un comportamiento necesitado de un consentimiento distinto; o, si se quiere en los términos manejados por la STSJ Andalucía, qué es (y qué no) un “complemento esencial y no meramente accesorio o secundario del consentimiento”. Y que con ello se puede estar realizando una distinción, *contra reo*, donde la Ley hoy por hoy en realidad no distingue, por más que se pueda coincidir en que debería hacerlo.

F. En definitiva, las soluciones exploradas hasta la fecha por nuestros tribunales pueden ser correctas en función de la argumentación que acompañe su elección. El comentario anterior pretendía –se dijo al principio– poner el acento en sus fortalezas y en sus posibles debilidades o inconvenientes en un momento todavía incipiente de su aplicación, así como en la necesidad de unificar los tratamientos penológicos que se han empezado ya a dispensar. Pero lo que finalmente parece ponerse también de manifiesto, si de verdad se quiere clarificar su punición, es la conveniencia de incorporar una valoración expresa de este comportamiento en el Código Penal, tomando especialmente en consideración los dictados del principio de proporcionalidad. Bien sea para asociarle después una pena específica a la retirada inconsentida del preservativo (que presumiblemente estaría comprendida en ese caso entre la asignada hoy al tipo básico y al cualificado), bien para equipararla penológicamente a cualquiera de las dos, en función de las consideraciones preventivas o de otro tipo que pueden incidir finalmente en la determinación legal de la pena, pero fruto en todo caso de una valoración singularizada del comportamiento.

Apunta en tal dirección la posibilidad, real, de que la aplicación del código se vea en alguna ocasión esquivada por el juego del art. 182 en relación con el tratamiento del engaño sexual. Debe tenerse en cuenta, en este sentido, que la interpretación que aquí se ha hecho, que sorteja la eventual vis atractiva que puede ejercer el art. 182 CP en relación con los supuestos de relación sexual mediando engaño, y que permite incluir en el art. 181 ciertos tipos de práctica sexual engañosa, como es el caso del *stealththing*, no deja de ser una solución hermenéutica que quedaría mejor respaldada con la palabra expresa del legislador. En la misma dirección apunta también el hecho de que la distinción entre sexo con protección y sin protección como prácticas sexuales diferenciadas sea una distinción obtenida hoy por vía exclusivamente hermenéutica, por más que desde

el punto de vista valorativo no exista duda de su relevancia, lo que puede poner en jaque la solución del subtipo cualificado del art. 181.4 CP.

En relación con la elección de este último título de imputación tampoco pueden desconocerse, en fin, los sesgos que condicionan la práctica forense. No puede dejar de significarse, en este sentido, que tanto en la sentencia de la Audiencia de Barcelona como en la de la Audiencia de Sevilla (y la posterior del TSJ de Andalucía), que tomaron en consideración esta calificación agravada, los hechos eran en realidad más graves que el solo *stealthing*. En la primera, podía estarse en la órbita de la agresión sexual agravada, pues el autor parece que continuó no sigilosamente con su actividad y hubo que darle un cabezazo para detenerle. En la segunda, se produjo además del *stealthing* la transmisión dolosa de una ETS (sin olvidar que, de hecho, el atentado contra la libertad sexual fue ya calificado por ambas acusaciones como agresión sexual con acceso carnal del art. 179 CP, catalogación que fue descartada por el tribunal al no apreciar la violencia necesaria¹⁰⁹). Todo ello, quiérase o no, predispone a un tratamiento contundente de lo sucedido. Pero cabe preguntarse qué hubiese ocurrido si lo denunciado hubiese sido solo, tal vez incluso días o semanas después de haber tenido lugar, la retirada sigilosa del preservativo. La respuesta no puede ser optimista, máxime tratándose de un delito en relación con el cual el bagaje probatorio está destinado a verse generalmente reducido al testimonio único de la víctima. Las dificultades probatorias, recuérdese, ya inclinaron hacia la absolución en el primero de los casos mencionados. Con esto no se trata en absoluto de dar carta de naturaleza a las desviaciones de la práctica, pero sí de ser conscientes de que no siempre la amenaza penal más elevada es la que dispensa una mejor protección al bien jurídico. Dejar la conducta abierta a una calificación agravada, como es hoy la del art. 181.4 CP, pero supeditada a una decisión interpretativa de los tribunales, no garantiza pues esa mejor protección, lo que de nuevo apunta hacia la conveniencia del pronunciamiento legal expreso.

En suma, puede ser mucho pretender que cuando la mayoría de ordenamientos europeos experimentan serios problemas para subsumir esta conducta en sus respectivos articulados, desembocando algunas de sus sentencias en el reconocimiento resignado de la atipicidad, el derecho español pueda considerarse, en cambio, capacitado para dar, con sus instrumentos antiguos, una respuesta perfectamente aquilatada a un fenómeno que se reconoce novedoso a nivel mundial, sin necesidad de

¹⁰⁹ SAP Sevilla núm. 375/2020, cit., Fdto. Jco. Segundo.

ninguna adaptación. En este sentido, es significativo que el pionero trabajo de BRODSKY, en el que la autora confesaba no haber conseguido encontrar un solo caso judicial en relación con el *stealth* en el derecho estadounidense¹¹⁰, explorase no solo un posible encaje penal, sino también en el Derecho de daños, entre las acciones civiles derivadas de la violencia de género (*Violence Against Women Act*) e incluso en el mero incumplimiento contractual, para acabar, vistas las dificultades para canalizar la situación con las leyes existentes, requiriendo una nueva figura específica, que a su juicio debería recoger la prohibición de retirar el preservativo sin el consentimiento afirmativo de ambos implicados¹¹¹. También WIßNER, centrado en el ámbito específicamente penal del ordenamiento de su país, y a pesar de admitir la subsumibilidad del comportamiento en el §177 StGB vigente, se inclinaba recientemente, consciente de las dificultades planteadas por los tipos penales clásicos (y ello pese a lo renovado de la fórmula alemana vigente), por proponer una ampliación del tenor del recientemente reformado §177 Abs. 2 StGB. Una ampliación que no implicaría la elevación de la pena respecto de los demás casos allí contemplados, pero que recogería expresamente el supuesto cuya punición se pretende, para mayor seguridad jurídica. En su propuesta, formulada más como documento de trabajo que como redacción definitiva, el autor viene a incluir así como punible la conducta de quien ignore deliberadamente una condición relacionada con el acto sexual que haya sido comunicada anticipadamente por la víctima, y que no solo represente una desviación insignificante (pensando en relación con esto último especialmente en el *stealth*). A mi juicio, sería mejor que la previsión legal aludiese expresamente y sin complejos a la retirada in consentida del preservativo, antes que idear una fórmula más general como la última indicada que acabe obligando a dilucidar después por vía interpretativa qué representa y qué no una desviación *insignificante* de lo acordado, teniendo en cuenta que debe ya partirse de su inequívoca relevancia para el bien jurídico.

No parece que vayan por este último camino, de todos modos, los trabajos prelegislativos actualmente en fase de tramitación. La referencia al tratamiento que resultaría de ellos para esta conducta cerrará, en el siguiente epígrafe, esta aportación al debate.

¹¹⁰ BRODSKY (2017: 184 n. 4, 196).

¹¹¹ BRODSKY (2017: 208 ss.).

IV. PROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE GARANTÍA INTEGRAL DE LA LIBERTAD SEXUAL

El reciente Proyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual, aprobado por el Consejo de Ministros el 6 de julio de 2021¹¹², no presta tampoco una atención separada o específica al *stealththing*. Ello en absoluto significa que la conducta no tenga cabida en la regulación proyectada, como la tiene en la vigente. En efecto, la arquitectura general que la nueva regulación propone para los delitos sexuales, con la que se viene a situar el consentimiento afirmativo como clave de bóveda, allana, incluso más si cabe, el camino para poder afirmar su tipicidad. Pero sigue siendo planteable el mismo dilema entre la aplicación de una tipicidad básica (ahora bajo la denominación genérica de *agresión sexual* –art. 178.1 PLOGILS–) y otra cualificada (*violación*, conforme a la terminología del proyecto –art. 179–), y ello en términos prácticamente idénticos a los que actualmente plantea la contraposición entre los apartados 1º y 4º del art. 181 CP, como modalidades de *abuso sexual*. Queda igualmente pendiente, por otra parte, esa valoración político-criminal individualizada de la conducta, en particular desde consideraciones atentas al principio de proporcionalidad. Veámoslo con algo más de detenimiento.

El Proyecto se hace eco de los postulados del ‘*solo sí es sí*’ y ‘*si no es sí, es no*’ que han sido defendidos por el feminismo como la única opción que garantiza íntegramente la autonomía y la libertad sexual de la mujer¹¹³. Por primera vez el texto legal se detiene en definir el consentimiento en este ámbito, y lo hace –en esto con mejor técnica legislativa que el Anteproyecto, que entre otras cosas empleaba innecesariamente una definición en clave negativa¹¹⁴–, indicando que sólo se entenderá que lo hay “cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona”. Es decir, requiriendo un consentimiento afirmativo, aunque –una vez superada la confusa redacción del Anteproyecto¹¹⁵–, pueda éste

¹¹² Actualización de la versión aprobada como Anteproyecto el 3 de marzo de 2020.

¹¹³ PERAMATO MARTÍN (2020: 14).

¹¹⁴ Disponía el segundo inciso del homólogo art. 178.1 del Anteproyecto: “*Se entenderá que no existe consentimiento cuando la víctima no haya manifestado libremente por actos exteriores, concluyentes e inequívocos conforme a las circunstancias concurrentes, su voluntad expresa de participar en el acto*”.

¹¹⁵ La misma fue tildada en alguna ocasión de “un tanto ‘rocambolésca’”, señalando que los elementos empleados en la definición podrían inducir a error en su interpretación, e incluso dar a entender que serían delictivas determinadas relaciones en las que

ser tácito, deducible de las circunstancias. Esta segunda versión de la definición, distinta de la inicialmente planteada por el Anteproyecto, se acerca más a la contenida en el Convenio de Estambul¹¹⁶, cuyo art. 36.2, al referirse a la violencia sexual, especifica que “el consentimiento debe prestarse voluntariamente como manifestación del libre arbitrio de la persona considerado en el contexto de las condiciones circundantes”.

Tanto la necesidad de definir expresamente el consentimiento como el contenido concreto de la definición han sido objeto de críticas¹¹⁷, pero no es esta la cuestión que ahora nos debe interesar. El interés por recalcar el papel determinante del consentimiento resulta comprensible, en particular cuando su contemplación conjunta con los medios empleados para atentar contra la libertad sexual ha podido provocar en buena parte que la atención se desvíe hacia estos últimos, originando complejas distinciones y redundando su falta de prueba o de precisión en la negación del atentado sexual mismo. Frente a ello, el Proyecto presenta de forma despejada la que es la esencia del ataque a la libertad sexual –que es la que viene a neutralizarse por medio del consentimiento– separándola de los medios comisivos. Ello ha de presentar ventajas tanto en la evitación de la victimización secundaria como en el terreno probatorio, evitando también distinciones complejas y artificiosas como la que separa actualmente la intimidación del prevalimiento¹¹⁸. Sin embargo, con situar como eje de la regulación el consentimiento de la víctima, dotándolo así de una mayor visibilidad y protagonismo, no se termina el trabajo, sino que éste

se hubiese dado un asentimiento tácito, es decir, sin actos “exteriores, concluyentes e inequívocos” (ESTEVE MALLENT, 2021: 52). Tal riesgo resultaba más bien ficticio, pues valorando los hechos con el protocolo habitual, conforme a la lógica y la experiencia, no parece que hubiese de existir dificultad para fijarse en el significado de la actuación y admitir así la validez del consentimiento tácito. En cualquier caso, la redacción del Proyecto elude tales posibles inconvenientes.

¹¹⁶ Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011 (Instrumento de ratificación publicado en el BOE núm. 137 de 6 de Junio de 2014).

¹¹⁷ En relación con el Anteproyecto, el Informe del CGPJ, de febrero de 2021, subrayó que el problema en torno al consentimiento no era tanto conceptual (qué debe entenderse por tal) como probatorio. Desde otro ángulo, la innecesariedad de una definición expresa en la Ley también fue cuestionada por entender que implicaba una duplicidad con la ya existente en el art. 36.2 del Convenio de Estambul, considerada de aplicación directa. Su convivencia, señalaba ESTEVE MALLENT (2021: 52), hubiese generado además innecesarias dudas interpretativas dado que ambas definiciones (refiriéndose a la contraposición con la prevista en el Anteproyecto) no resultaban exactamente equivalentes ni complementarias. Desde esta perspectiva, la nueva versión, más próxima a la del Convenio, suaviza este tipo de dificultades.

¹¹⁸ JERICÓ OJER (2020: 18).

apenas empieza. A partir de ese denominador común de los atentados a la libertad sexual, lo importante será perfilar adecuadamente las diferencias de trato entre los diversos actos sexuales in consentidos, sin olvidar en ese cometido ni la seguridad jurídica necesaria ni el principio de proporcionalidad, observación que vale tanto para los supuestos cualificados como para los atenuados. Porque, como afirma JERICÓ¹¹⁹, “una cosa es el aspecto comunicativo positivo que implica la unificación conceptual y otra muy distinta equiparar jurídicopenalmente el tratamiento dispensado a las relaciones sexuales in consentidas”.

En relación con el *stealthing*, no parece que quepa duda acerca de su subsunción en el proyectado art. 178.1. Pero se puede topar, de nuevo y en función del rigor interpretativo, con dificultades para incardinarlo en el nuevo tipo de violación (coincidente con el vigente abuso sexual cualificado del art. 181.4) en el siguiente sentido, análogo al ya indicado respecto del derecho vigente: el acto que atenta contra la libertad sexual no abarcado de manera clara por la voluntad de la persona no es en puridad la penetración, sino el no uso del preservativo; o, si se prefiere en términos unitarios alternativos, la voluntad abarca la penetración con preservativo, y no la penetración sin preservativo, que es efectivamente una práctica sexual diferenciada de *acceso carnal*, solo que, al igual que se explicó en relación con el art. 181.4 vigente, la distinción no se lee tampoco en el art. 179 proyectado, que distingue las modalidades de acceso carnal en función de las vías utilizadas, pero no de otras *circunstancias acompañantes*. De seguir este camino interpretativo se trataría, pues, de un problema de estricta legalidad, y no de falta de desvaloración agravada de la conducta. Tal interpretación no es ciertamente obligada, pero debe exponerse como eventual impedimento hermenéutico con el que puede topar en alguna ocasión la aplicación del tipo cualificado. Al igual que podrá ocurrir, en dirección justamente opuesta, que la conducta se incardine ocasionalmente no solo en el art. 178, sino en el subtipo atenuado del art. 178.3, y ello en atención ahora no solo a “la menor entidad del hecho”, como ya decía el Anteproyecto, sino también en atención a las “circunstancias personales del culpable”. Así sucederá si el órgano sentenciador hace uso de esta cláusula de ponderación, que no deja de proyectar una cierta inseguridad jurídica¹²⁰, y en la que a buen seguro deberán concentrarse parte de los nuevos esfuerzos delimitadores que la nueva regulación, si se aprueba en estos términos, trasladará a los tribunales. Con ello, la potencial horquilla punitiva para las conductas de *stealthing* se mantiene tan amplia como la

¹¹⁹ JERICÓ OJER (2020: 23).

¹²⁰ JERICÓ OJER (2020: 20).

que permite ser fundadamente argumentada con el texto vigente (de hecho, un poco más), oscilando ahora entre la pena de multa de dieciocho a veinticuatro meses (art. 178.3 nuevo, coincidente con el suelo punitivo del actual art. 181.1 CP) y la de prisión de doce años (art. 179 nuevo, en lugar del máximo de diez que tolera el vigente art. 181.4 CP). En definitiva, una delegación al terreno interpretativo que podría seguir deparando importantes disparidades aplicativas en el tratamiento de este fenómeno de todavía reciente aparición, y que unas pocas líneas de atención por parte del legislador podrían fácilmente evitar.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALVENTOSA DEL RÍO, Josefina (2014), “Responsabilidad civil derivada de transmisión del VIH/Sida por vía sexual en el ámbito jurídico español”, *Revista de Derecho Patrimonial*, nº 34, mayo-agosto 2014, págs. 229 a 265.
- BLANCO, Melissa Marie (2018), “Sex Trend or Sexual Assault?: The Dangers of “Stealth” and the Concept of Conditional Consent”, *Penn State Law Review*, Vol. 123:1, págs. 217 a 246.
- BRODSKY, Alexandra (2017), “«Rape-adjacent»: Imagining legal responses to nonconsensual condom removal”, *Columbia Journal of Gender and Law*, 32, 2, New York, Columbia University Libraries, 2017, págs. 183 a 210.
- CANCIO MELIÁ, Manuel (1998), *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*. Barcelona, J.M. Bosch.
- CUGAT MAURI, Miriam (2004). “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN, *Comentarios al Código penal. Parte Especial*. Tomo I. Marcial Pons, Madrid.
- DENZEL, Moritz/KRAMER DA FONSECA CALIXTO, Renato (2019), “Strafbarkeit und Strafwürdigkeit der sexuellen Täuschung”, *Kriminalpolitische Zeitung (KriPoZ)*, 6/2019, págs. 347 a 354.
- ESTEVE MALLENT, Lara (2021), “Consentimiento y dicotomía entre agresión y abuso en los delitos de naturaleza sexual”, *El Criminalista Digital. Papeles de Criminología*, II Época, nº 9, págs. 38 a 58.
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo (1998), “La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo”, *Cuadernos de Política Criminal (CPC)*, nº 65, págs. 269 a 364.
- FRANZKE, Kevin (2019), “Zur Strafbarkeit des so gennanten «Stealthings»”, *Bonner Rechtsjournal (BRJ)*, 02/2019, págs. 114 a 122.
- GARCÍA, María Fernanda (2020), “Complejidades del ‘no es no’: un análisis del *stealth* como fenómeno que afecta la autonomía sexual y el consenti-

- miento personal”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 18, nº 1, junio de 2020, págs. 117 a 140.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique (2004), “Imputación objetiva, participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2004, págs. 75 a 100.
- GÓMEZ RIVERO, M^a Carmen (1998), *La imputación de los resultados producidos a largo plazo. Especial referencia a la problemática del SIDA*. Valencia, Tirant lo Blanch.
- GUTIÉRREZ MAYO, Escarlata (2021), “Análisis del denominado stealthing (retirada del preservativo sin consentimiento durante las relaciones sexuales) como ataque a la libertad sexual”, en ORTEGA BURGOS, E./OCHOA MARCO (Dir.), *Derecho penal 2021*, págs. 345 a 359.
- HERZOG, Felix (2018), “Stealthing: Wenn Männer beim Geschlechtsverkehr heimlich das Kondom entfernen. Eine Sexualstraftat?”, en *Festschrift für Thomas Fischer*. Hsg. von S. Barton/R. Eschelbach/M. Hettinger/E. Kempf/C. Krehl/F. Salditt. München, Verlag C. H. Beck, págs. 351 a 359.
- HOFFMANN, Thomas Michael (2019), “Zum Problemkreis der differenzierten Einwilligung (Einverständnis) des Opfers im Bereich des §177 StGB nach dem Strafrechtsänderungsgesetz 2016. Ein Kurzbeitrag zur strafrechtlichen Einordnung des sogenannten «Stealthing»”, *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2019-1, págs. 16 a 18.
- HOVEN, Elisa /WEIGEND, Thomas (2018), “Zur Strafbarkeit von Täuschungen im Sexualstrafrecht”, *Kriminalpolitische Zeitung (KriPoZ)* 3/2018, págs. 156 a 161.
- JERICÓ OJER, Leticia (2020), “Proporcionalidad, lesividad y seguridad jurídica: breves reflexiones a propósito del anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual”, *Boletín Comisión Violencia de Género. Juezas y Jueces para la Democracia*, nº 11, 2020 (*Delitos contra la libertad sexual. Anteproyecto de Ley Orgánica*), págs. 15 a 35.
- LECLERC, Vonny (2017), “Vonnny Moyes: Let’s not kid ourselves that ‘stealthing’ is a trend. It is rape”, *The National*, 1 may 2017 (artículo de prensa disponible en: <https://www.thenational.scot/politics/15256580.vonnny-moyes-lets-not-kid-ourselves-that-stealthing-is-a-trend-it-is-rape/>).
- LUZÓN PEÑA, Diego Manuel (2010), “Principio de alteridad o de identidad vs. principio de autoresponsabilidad. Participación en autopuesta en peligro, heteropuesta en peligro consentida y equivalencia: el criterio del control del riesgo”, *Nuevo Foro Penal*, nº 74, págs. 58 a 80.
- MIR PUIG, Santiago (ed.) (1993) *Problemas jurídico penales del sida*. Bosch, Barcelona.
- MORALES PRATS, Fermín/GARCÍA ALBERO, Ramon (1996), “Delitos contra la libertad sexual. Art. 183”, en QUINTERO OLIVARES, G., *Comentarios al nuevo Código penal*. 1^a ed. Aranzadi, Pamplona.

- ORTS BERENGUER, Enrique/SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos (2001). *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*. Valencia, Tirant lo Blanch.
- ORTS BERENGUER, Enrique (2019), “Lección XI. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (I): agresiones sexuales”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Coord.), *Derecho penal. Parte Especial*. 6ª ed. Valencia, Tirant lo Blanch.
- PERAMATO MARTÍN, Teresa (2020), “Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la libertad sexual. El consentimiento”, *Boletín Comisión Violencia de Género. Juezas y Jueces para la Democracia*, nº 11, 2020 (*Delitos contra la libertad sexual. Anteproyecto de Ley Orgánica*), págs. 3 a 14.
- PÉREZ ALONSO, Esteban (2019), “Concepto de abuso sexual: contenido y límite mínimo del delito de abusos sexuales”, *InDret* 3/2019.
- RAGUÉS I VALLÈS, Ramon (1999), *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Bosch, Barcelona.
- ROXIN, Claus (2013), “La polémica en torno a la heteropuesta en peligro consentida: sobre el alcance el principio de autoresponsabilidad en Derecho Penal”, *InDret* 1/2013.
- SCHUMANN, Kay H./ SCHEFER, Lukas, (2019), “Das sog. Stealthing als Prüfstein des § 177 StGB n.F.”, en *Festschrift zum 70. Geburtstag von Professor Dr. Dr. h.c. mult. Urs Kindhäuser*. Nomos Verlag, Baden Baden, págs. 811 a 826.
- SERAFINI, Sarah (2019), “Wenn Männer beim Sex das Kondom ausziehen. Fünf Antworten zum Stealthing-Fall am Zürcher Obergericht”. <https://www.aargauerzeitung.ch/schweiz/wenn-manner-beim-sex-das-kondom-ausziehen-funf-antworten-zum-stealthing-fall-am-zurcher-obergericht-ld.1172679>.
- SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos (2015), “Abusos sexuales a menores: arts. 182, 183 y 183 bis CP”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Comentarios a la Reforma del Código penal de 2015*. Valencia, Tirant lo Blanch.
- TORRES FERNÁNDEZ, Mª Elena (2021), “Perspectiva de género y delitos contra la libertad sexual”, *Revista General de Derecho Penal*, nº 35, 2021, págs. 1 a 32.
- VAVRA, Rita (2018), “Täuschungen als strafbare Eingriffe in die sexuelle Selbstbestimmung?”, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS)*, 12/2018, págs. 611 a 618.
- VIDU, Ana/TOMÁS MARTÍNEZ, Gema (2019). “The Affirmative ‘Yes’. Sexual Offense Based on Consent. *Masculinities and Social Change*, 8(1), págs. 91 a 112. doi: 10.17583/MCS.2019.3739.
- WEISS, Amanda (2006), “Criminalizing consensual transmission of VIH”, *University of Chicago Legal Forum*, vol. 2006, págs. 389 a 408.
- WIßNER, Andres (2020), “Stealthing: ein besorgniserregender Trend?”, *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrecht*, Vol. 103, nº 4, 2020, págs. 315 a 330.