

¿EL ENGAÑO SEXUAL ES PENALMENTE RELEVANTE? REFLEXIONES A PROPÓSITO DEL FALLO DE LA SALA PENAL DEL TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL EN UN CASO DE *STEALTHING*¹

María Fernanda García²

1. INTRODUCCIÓN

La Sala Penal del Tribunal Supremo de España, el pasado 14 de junio, publicó los fundamentos de la sentencia 603/2024³ en un caso de *stealthing*⁴ ocurrido durante el año 2017 en la ciudad de Sevilla. Para resolver de ese modo, la mayoría del tribunal entendió que se trató de un abuso sexual sin penetración (artículo 181.1 del Código Penal, conforme redacción anterior a la reforma legal del 2022). La decisión no se basó ni en el engaño realizado por el condenado, ni en las consecuencias derivadas del evento sexual (la transmisión de una infección), sino en que se trató de un contacto corporal distinto para el cual se prestó consentimiento, lo que determinó la ausencia total de consentimiento para la conducta investigada.

En el presente artículo expongo de forma resumida ese argumento y aquel relativo a la inexistencia de una penetración sexual sin consentimiento, junto con los fundamentos discrepantes de la minoría del referido tribunal que puso de relieve la significancia criminal de determinados engaños, al tiempo que valoró la penetración realizada sin una barrera de protección externa como conducta reprochable al autor de los hechos.

Con posterioridad, presento algunas consideraciones en torno a los engaños en materia sexual y lo necesario de criminalizar algunos de ellos, no sin antes efectuar algunas distinciones al respecto.

2. BREVEMENTE, LOS ANTECEDENTES DEL CASO

El caso sometido a estudio de la justicia de Andalucía involucró a una mujer mayor de edad (E.), quien denunció a un hombre (M.) por no haber utilizado un profiláctico durante un encuentro sexual ocurrido en julio de 2017 en la localidad de Sevilla, pese a haberlo requerido

¹ Cítese como: Fernanda García, G. ¿El engaño sexual es penalmente relevante? Reflexiones a propósito del fallo de la Sala Penal del Tribunal Supremo Español en un caso de *stealthing*, *Estudios sobre jurisprudencia*, 146-165.

² Abogada (UNLP). Especialista en Derecho Penal (U. Salamanca). Magister en Derechos Humanos (UNLP). Doctoranda en Derecho (UP). Contacto: mfernandagarcíacampos@gmail.com

³ Sala Penal, Tribunal Supremo de Justicia de España. Sentencia 603/2024 del 14 de junio de 2024. Disponible en: www.poderjudicial.es

⁴ Se denomina *stealthing* a la quita o rotura (o no utilización) de una barrera de protección sexual externa (generalmente, preservativo o condón) sin el consentimiento del *partenaire* sexual.

de forma expresa y, más aún, de haberle entregado dicha protección para que aquel la utilizara.

Una particularidad es que M. se encontraba siendo asistido médicamente por una infección en sus órganos genitales, situación que le había comunicado a E. a través de charlas por la red social WhatsApp. Producto de la penetración por vía vaginal que efectuó sin la barrera de protección, M. contagió de su afección a E., lo que motivó que esta última requiriera de atención médica y la prescripción de medicamentos para su tratamiento.

La Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Sevilla condenó en octubre de 2020 a M., por encontrarlo penalmente responsable en calidad de autor del delito de abuso sexual, a la pena de cuatro años de prisión y prohibición de aproximarse a menos de quinientos metros de E. o comunicarse con ella por cualquier medio por seis años y el cumplimiento de libertad vigilada por cinco años una vez extinguida la pena de prisión impuesta (artículo 181.1 y 4 C.P.).

Asimismo, se lo condenó por hallarlo responsable de la comisión del delito de lesiones a la pena de seis meses de prisión y prohibición de aproximarse a menos de quinientos metros de E. o comunicarse con ella por cualquier medio por dos años (artículo 147.1 C.P.).

Con posterioridad, el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, en julio de 2021, confirmó dicha sentencia condenatoria. Contra dicha resolución, el acusado interpuso el recurso que motivó la revisión por parte del Tribunal Supremo.

3. FUNDAMENTOS DE LA MAYORÍA DEL TRIBUNAL

El Tribunal Supremo se abocó, por un lado, a determinar si el consentimiento sexual obtenido mediante un engaño puede quedar abarcado por la tipicidad del anterior artículo 181 del Código Penal español (o la del actual artículo 178.1) (a) y, por el otro, a indagar si en supuestos como el analizado se puede hablar de consentimiento respecto del concreto acto de penetración realizado (b).

(a) Al primero de los interrogantes respondió con una negativa. Sostuvo que no son actos típicos, por existir anuencia al comienzo del evento sexual, aquellos en que ha intervenido engaño para conseguir la conformidad de la otra persona.

Realizó una interpretación del consentimiento que exige la norma penal al que calificó como “débil”. En otras palabras, sostuvo que cuando el tipo penal habla de consentimiento lo hace en términos de aceptación o anuencia, más allá de que se verifique un vicio basado en un conocimiento errado de la realidad producto de un engaño o ardid. *“Consentir es sencillamente aceptar; no aceptar libre, e informadamente y con conocimiento de todos los factores y circunstancias concernidas”*, dijo la mayoría del tribunal.

Desde esta postura, los engaños no son supuestos típicos, aún en los casos en que se logre alcanzar la certeza de que el engañado no hubiera accedido a determinada práctica sexual de conocer el fraude. Adoptar una posición en contrario, para esos magistrados, podría llevar a

situaciones absurdas en que ambos *partenaires* sexuales sean agresores al mismo tiempo o, peor aún, conduciría a ampliar desmedidamente el principio de intervención mínima del derecho criminal.

No habría forma racional de limitar ese caudal represivo a través de la selección de algunas formas de engaños y el descarte o exclusión de otras. “*El intento de discriminar entre unas motivaciones protegibles y otras no tutelables, llevaría a una justicia penal que se inmiscuye de forma ilegítima en la autodeterminación sexual del ciudadano*”.

Más adelante, en una suerte de giro en el razonamiento argumentativo, se afirmó que sí existen casos en los que el engaño no solo desencadena un consentimiento viciado (del cual ya se predicó que resulta inidóneo en términos típicos), sino que logran traducir una ausencia total de consentimiento respecto de la concreta práctica sexual. Citan como ejemplo el supuesto del médico que realiza tocamientos de contenido sexual, simulando que son los actos propios de una práctica médica. Dichas acciones no están cubiertas por el consentimiento de la otra persona, cuyo contenido era puramente médico o sanitario.

Para explicar esa escisión, los magistrados afirmaron que no se trata de dar respuestas penales frente a un engaño motivacional (aquel que influye sobre las motivaciones para el evento), sino ya frente a un ardid relativo al carácter mismo de la acción (fraude en el *factum* o en lo fáctico), que será lo que determine que una acción u otra sean sustancialmente distintas o no. El punto de inflexión está dado por la dimensión estrictamente corporal, física del acto, y no por otros aspectos que pueden resultar importantes (el móvil para consentir tener sexo, riesgos sanitarios, entre otros), pero irrelevantes a los fines penales. Frente a estos supuestos no determinantes en términos criminales, puede ensayarse la aplicación de otras figuras típicas, como las lesiones.

Saldada esa cuestión, el razonamiento de la mayoría se enfrentó con otra situación compleja: el llamado “*stealth*ing inverso”⁵, que, conforme lo sostenido hasta aquí, también debería quedar contemplado en el espectro típico del antiguo artículo 181 del Código Penal, por implicar un cambio en el contacto físico. Rápidamente se advierte la insuficiencia de esa argumentación para dejar por fuera del poder sancionatorio estatal esta clase de hechos.

Motivado en ello, se termina por concluir que resulta necesario introducir otras dimensiones (por ejemplo, la potencialidad para generar un riesgo sanitario), que *a priori* no están ponderadas por el legislador en los tipos de penales de abuso sexual y agresión sexual, y que podrían quedar ligadas a tipicidades diferentes a las analizadas en ese caso.

(b) El segundo interrogante que busca responder el voto mayoritario es el relativo al significado que debe otorgarse al acceso carnal, consentido por la denunciante al comienzo

⁵ Debe entenderse por “*stealth*ing inverso” aquellos supuestos en los que fue pactada la no utilización del preservativo en el contexto de un evento sexual y finalmente se lo utiliza sin conocimiento de la pareja sexual.

del encuentro sexual. En ese sentido, se afirmó que la ausencia de consentimiento no abarcaba a la penetración vaginal con el pene del denunciado, sino únicamente a una modalidad específica de dicho acceso, como lo es el tipo de contacto corporal. *“Intuitivamente se capta que el nivel de antijuricidad es muy distinto. Es no solo desproporcionada, sino también forzada la equiparación con el acceso no consentido”*. En esa inteligencia, lo no cubierto por el consentimiento en sentido estricto es únicamente el contacto directo entre los órganos genitales.

El tribunal termina por concluir que resulta más adecuado y proporcional reconducir los hechos a la figura de abuso sin penetración (artículo 181.1 C.P.), por haber sido aceptada esta última por la denunciante, apartándose de la calificación de la primera instancia de abuso sexual con acceso carnal por vía vaginal.

4. LA MINORÍA DISIENTE

El voto minoritario marcó dos disidencias con los argumentos vertidos durante la sentencia: la primera, en relación con la virtualidad de los engaños sexuales para rellenar la tipicidad del delito de agresión sexual (*a*) y, la segunda, vinculada con la posibilidad de que los hechos queden subsumidos en el delito de agresión sexual con penetración (*b*).

(*a*) Respecto del primero de los puntos discutidos, la minoría entendió que operaba una categorización del consentimiento como de menor entidad a aquel exigido en otros tipos penales, que también reclaman el elemento consensual en su configuración.

Identificaron cierta contradicción interna en el razonamiento mayoritario que, al intentar encontrar fórmulas satisfactorias para reducir la sobreactuación del derecho penal, y tras negar la potencia del engaño para configurar una agresión sexual, terminó por afirmar que existen ciertos tipos de ardidés que sí son relevantes para considerar afectado el consentimiento, puntualmente, cuando producto del engaño el sujeto pasivo no puede manifestar libremente su voluntad y accede finalmente a la relación.

Para responder a esa inconsistencia, parten de proponer un principio de interpretación del engaño caso a caso, al evaluar su efectivo potencial de rellenar la tipicidad de una agresión sexual ante cada hecho (la restricción vendrá dada por un examen posterior de su relevancia, su causalidad con la relación y la afectación del bien jurídico). En esa tarea, afirman que, además de la afectación a la libertad sexual (entendida como libertad de mantener una relación sexual en la forma en que se quiera, con quien se quiera y cuando se quiera), la relevancia penal del engaño debe reclamar un plus de análisis.

Dicho análisis ulterior lo será bajo la dimensión estrictamente sexual (atendiendo al bien jurídico que se busca proteger, la libertad sexual), sin ponderar otras potencialidades lesivas como pueden ser los riesgos de embarazos no deseados o contagios de

enfermedades/infecciones de transmisión sexual, que podrían dar lugar a otras tipicidades concurrentes (lesiones, por ejemplo).

(b) El segundo de los puntos de distanciamiento argumental es el relativo a la subsunción de los hechos en un caso de abuso sexual sin penetración. Tanto la mayoría como el voto en disidencia, convienen en el hecho de que la conducta reprochada lesionó gravemente la libertad sexual de la denunciante, en virtud de que el acto de contenido sexual no se llevó a cabo de la manera que ella lo había consentido.

Sin embargo, se distancian en la interpretación que efectúan respecto de la penetración. Para este segundo conjunto de jueces hubo un acto penetrativo no consentido, precisamente porque fue realizada de una forma no pactada entre los *partenaires*. El modo en que fue efectuada no resulta un elemento accesorio o secundario, sino constitutivo de ella. Es por esto que terminan en significar el acceso por vía vaginal sin la barrera de protección sexual externa como un acto que queda abarcado por los límites típicos de las agresiones sexuales.

Respecto de los problemas derivados de la proporcionalidad de las penas a los que se refiere la sentencia mayoritaria, proponen sortearlos por vía interpretativa con la aplicación de cláusulas atenuatorias del Código Penal, como la del artículo 178.4 que permite atenuar las agresiones sexuales y castigarlas con pena de multa.

5. QUÉ HAY PARA DECIR RESPECTO DEL ENGAÑO SEXUAL

(a) En primer término, lo que interesa es relevar si el engaño puede ser considerado un medio comisivo típico de los delitos de índole sexual, en otras palabras, si puede generar un menoscabo de la libertad sexual (bien jurídico protegido de forma extendida en los ordenamientos jurídicos occidentales) que resulte penalmente relevante.

La doctrina penal tradicional, pero también la tradición normativa del sistema continental, ha afirmado que el engaño no es un medio comisivo típico de esta clase de delitos. En la mayoría de los casos han coincidido en la limitación de esos medios comisivos a los estrictamente coercitivos. La raíz de esa afirmación se encuentra en la identificación de la violencia sexual, en concreto a la violación, con la idea de ausencia absoluta de consentimiento⁶.

Los argumentos para su justificación van en dos sentidos. Por un lado, se jerarquiza de un modo distinto el desvalor que genera una conducta sexual engañosa en relación con la acción coercitiva, a la que se reputa como más lesiva de la libertad sexual. Se afirma en ese sentido que quien hace uso de un engaño para obtener una respuesta sexual por parte de otra persona, no está enfrentándose a una oposición o una negativa y actuando pese a ella. Por su parte, explica Coca Vila sobre esas miradas, *“la afectación coercitiva denotaría una*

⁶ Sobre el principio general de la irrelevancia penal del engaño sexual y sus fundamentos ver el desarrollo de Wertheimer, Alan (2010). *Consent to Sexual Relations*. Cambridge University Press.

crueldad extrema, pues el autor se mostraría inerte ante las actitudes reactivas negativas de una víctima que se sabe agredida sexualmente” (2023, 437).

Desde este ángulo se pondera que el daño que puede traer aparejado el engaño resulta de menor entidad que aquel causado a través del empleo de la fuerza o la intimidación. Para autores como Pundik (2018), las prácticas sexuales basadas en engaños deben ser tipificadas de forma separada al resto de las agresiones sexuales, para evitar generar de ese modo la idea de que el injusto que traen aparejadas estas últimas en realidad no resulta ser tan grave.

En segundo lugar, ya en términos de política-criminal, se afirma que se vuelve poco estratégico admitir la relevancia criminal de los fraudes en el sexo. Ello en virtud de que, al no existir en la actual doctrina y jurisprudencia consensos claros respecto de cuáles afectan verdaderamente la autonomía sexual y cuáles no, se termina por correr el riesgo de ampliar desmedidamente el capital persecutorio del derecho penal. *“Esta expansión, además, supondría una fuerte injerencia en la intimidad de amplias capas de la sociedad obligadas a revelar toda aquella información confidencial que se sabe relevante para la contraparte en una relación sexual” (Coca Vila, 2023, 438).*

Este parece ser el nudo argumentativo central de la mayoría del tribunal español que afirmó:

Si convertimos un consentimiento prestado por engaño en la base de un delito de agresión sexual llegaríamos a una insoportable y asfixiante intromisión del derecho penal en el ámbito afectivo sexual de los ciudadanos. No hay fórmula satisfactoria para seleccionar solo algunas de las variadísimas formas de engaño imaginables. Nos adentraríamos en una resbaladiza pendiente en que no habría forma racional de establecer límites (Tribunal Supremo de Justicia, sentencia 603/2024, p. 7 -versión digital-).

Este es, precisamente, el eje sobre el cual quiero discutir en este artículo, intentando trascender esas afirmaciones e ir en la búsqueda de criterios que guíen la tarea diferenciadora de los engaños que deben merecer un reproche penal de aquellos que no. Me distancio entonces de la mayoría del tribunal y adelanto mi postura en ese sentido.

Entonces, a la pregunta de si un engaño puede afectar al consentimiento hasta el punto de considerar que la relación sexual basada en él es constitutiva de un delito sexual, debe responderse que sí. Sin embargo, entiendo que esa situación difícil de explicar y encasillar dentro de los sistemas penales occidentales actuales, requiere, siguiendo a Rubinfeld (2013), de un replanteamiento de lo que se entiende por violación-agresión sexual y una reevaluación del ideal de autonomía de la voluntad que alimenta los actuales paradigmas consensuales. El *stealth*, hecho sometido a estudio de la justicia española, obliga a analizar, bajo estos parámetros, qué soluciones deben darse en situaciones donde la violencia y la resistencia no son las protagonistas de la relación sexual.

En simplificadas palabras, desde una postura amplia, también denominada subjetivista, se considera que cualquier engaño, al igual que cualquier otro medio coercitivo, tiene la

virtualidad suficiente como para excluir el consentimiento: resultará igualmente reprochable el engaño consistente en el retiro subrepticio de un condón y aquel engaño basado, por ejemplo, en ocultar un estado civil, una determinada clase social o la práctica de un culto religioso en particular.

Esta tesis ha sido desarrollada tempranamente por Herring (2005), quien indicó que todo engaño que es causalmente determinante para obtener el consentimiento, se vuelve un medio comisivo idóneo en la lógica delictual sexual. Mientras afecte las condiciones impuestas por la víctima, deberá ser reputado como penalmente relevante.

Sin importar sobre qué recaiga el fraude, se entiende que este implica una afectación a la integridad sexual de las personas involucradas, siempre que haya sido determinante para que la persona damnificada preste su consentimiento. La conclusión en estos casos sería que, en tanto se usufructúa de la decisión de esa persona, instrumentalizando la voluntad prestada para el acto, la conducta se vuelve merecedora de un reproche⁷.

Como contrapartida, otros posicionamientos afirman que resulta necesario administrar las respuestas criminales que se dispensan frente a esta clase de supuestos. Insisten en la idea de que afirmaciones como las anteriores conllevan a un peligro de criminalización de todas las relaciones sexuales que fueron consentidas bajo cualquier tipo de engaño⁸.

Desde esta postura se sostiene que debe asumirse un abordaje más restrictivo que diferencie entre el por qué se consiente un acto (engaño en los motivos o razones que conducen al evento, *the inducement*) y el qué se consiente en materia de sexo (las condiciones materiales necesarias para el evento, *the factum*), poniendo especial énfasis en el reproche jurídico-penal de este último.

⁷ El abordaje descrito ha sido el utilizado en los casos judiciales relativos a engaños en el marco de relaciones sexuales conocidos como “*Estado de Israel v. Alkobi*” (2003) y “*Estado de Israel v. Sabbar Kashur*” (2010), ambos de la Corte Criminal de Jerusalén.

⁸ Esta tarea de diferenciación fue emprendida por algunos tribunales que entendieron en casos de uso problemático de preservativos. A modo ilustrativo se enseñan los siguientes:

- El voto de la magistrada Rosalie Abella y el juez Michael Moldaver del Tribunal Supremo de Canadá en *R v. Hutchinson* (caso 19, sentencia del 7 de marzo de 2014), discriminó de forma expresa estos dos extremos:

[El consentimiento] no requiere el consentimiento sobre las consecuencias de ese contacto o las características de la pareja sexual, como la edad, la riqueza, el estado civil o la salud. Estas consecuencias o características, aunque potencialmente significativas, no forman parte de la actividad física real que se acuerda. Si los incluyéramos en el significado de la actividad sexual en cuestión bajo el s. 273.1(1), estaríamos penalizando la actividad que frustra los motivos de un denunciante, en lugar de centrarnos en la actividad física no deseada que realmente tuvo lugar (párr. 88, traducido, adaptado).

- *R v. Ewanchuk* del Tribunal Supremo de Canadá (caso 330, sentencia del 25 de febrero de 1999, párr. 28) donde se definió a la normativa contra las agresiones sexuales como aquella que protege la dignidad y la autonomía de las personas sobre quien toca sus cuerpos y cómo puede hacerlo.

- *R v. Kirkpatrick* de la Corte de Apelaciones de la Columbia Británica (caso 136, sentencia del 13 de mayo de 2020), oportunidad en la que, pese al relato de la denunciante que dio cuenta de los efectos adversos sufridos a raíz del tratamiento profiláctico, se optó por considerar como cuestión central el hecho de que la utilización de protección en el marco de un vínculo sexual es un elemento constitutivo del mismo.

Partiendo de estos posicionamientos que consideran criminalizables los eventos sexuales engañosos, cabe formular algunos interrogantes: ¿resulta esperable que frente a todo supuesto de fraude se reserven las mismas respuestas criminalizadoras? De no ser así, ¿es posible distinguir entre distintos tipos de engaños y que estos sean abordados de forma diferente? Según se verá en el siguiente apartado, la primera de dichas preguntas puede ser respondida de forma negativa y, en consecuencia, podremos pasar a considerar qué tipos de engaños existen en materia de relaciones sexuales y qué reproches les merecen, conforme una dividida doctrina y jurisprudencia.

5.1 El engaño penalmente relevante

Se trata de determinar qué ardides producen un verdadero *deal breaker* o ruptura de lo que se juzga acordado y cuáles no. Frente a qué situaciones estamos ante la afectación de aspectos relevantes para la relación sexual, anticipo, no sólo desde la perspectiva de las víctimas, sino también atendiendo a ciertos consensos sociales que se comparten frente a las violencias de este tipo.

Teniendo en consideración las críticas sobre el excesivo margen de actuación del derecho criminal que significan las posturas amplias o subjetivistas (Castellví Monserrat y Mínguez Rosique, 2021; Coca Vila, 2023; Green, 2015; Rubinfeld, 2013; entre otros), me centraré en las perspectivas que ensayan una distinción entre los fraudes que se vinculan con los motivos que llevan a las personas a involucrarse en una relación sexual y aquellos que están relacionados con las condiciones materiales del sexo, para afirmar que los primeros deben ser retirados del círculo de perseguibilidad criminal.

Existe en ese sentido una tendencia mayoritaria a reconocer que no todas las hipótesis de contactos sexuales fraudulentas merecen el mismo repudio. Si bien toda relación sexual no consentida constituye un injusto moral grave, nos dice esta tesis, no todo injusto moral, por más grave que sea, puede ser considerado un delito sexual (Castellví Monserrat y Mínguez Rosique, 2021; Coca Vila, 2023; Rubinfeld, 2013; entre otros).

Esta tendencia encuentra profundos obstáculos a la hora de justificar por qué el fraude sobre los elementos materiales del evento sexual debe merecer un reproche, a diferencia del resto del universo de engaños. Castellví Monserrat y Mínguez Rosique sostienen que deben encontrarse otros argumentos para su limitación, distintos de aquellos que se apoyan en la libertad sexual de las personas, porque desde esa óptica no resultaría legítimo sancionar sólo algunos abusos por engaños y relegar otros.

En el sistema del *common law* existe una tendencia a diferenciar distintos tipos de fraudes. Se efectúa una suerte de categorización según versen sobre el acto sexual en sí, esto es, su sentido o algún elemento material constitutivo que haga a la naturaleza sexual del comportamiento consentido por la víctima (*the factum*), o sobre los motivos o razones que determinan o conducen a la persona a consentir la relación sexual (*the inducement*). Esa

doctrina y jurisprudencia angloamericanas asignan un grado menor de lesividad a estos últimos⁹.

Green (2015) explica que esa tradición anglosajona se basa en un estándar de “persona razonable”, esto es:

“si la creencia del acusado respecto del consentimiento era razonable, no será considerado culpable de abuso sexual o violación. Si la falsa creencia fue, sin embargo, irrazonable, será condenado por abuso sexual y violación como un delincuente que sabía positivamente que la víctima no consintió” (Hörn, 2020, 216).

Esta distinción, a riesgo de equiparar una atención insuficiente con un conocimiento positivo sobre la falta de consentimiento, indica sin embargo que el reproche debe ser distinto a aquel que se dispensa ante el desprecio intencional de la voluntad y del consentimiento de la otra persona.

Cierto es que resulta compleja la aplicación de esta clase de lecturas a nuestro sistema jurídico interno, sobre todo porque en el plano normativo local se considera primordialmente el universo de delitos sexuales en torno al tipo de contacto físico que se tenga. Más allá de dicha advertencia, se les ha criticado que la tarea limitativa y prescriptiva de la ley se vuelve de difícil justificación en casos en que una persona se encuentra protegida por la ley frente a un engaño respecto de la identidad de la otra persona, pero no ante el engaño que recae sobre otras características de su pareja sexual. Se cuestiona el hecho de que la ley no es clara con los criterios empleados para trazar ese límite entre lo que será considerado como un fraude con entidad suficiente como para estimular la reacción penal y lo que no (Dougherty, 2013; Pundik, 2018).

Esta inconsistencia en la distinción de los engaños es lo que Rubinfeld (2013) refiere como el “enigma de la violación por engaño”. En este punto explica que existe una tendencia a repetir como una especie de mantra que el fraude “*in the factum*” vicia el consentimiento, mientras

⁹ En ese sentido, la Ley de Ofensas Sexuales de 2003 del Reino Unido, en la Sección 76 sanciona los supuestos de engaños sobre la naturaleza del acto sexual y los engaños por suplantación o fraude respecto de la identidad del sujeto activo del delito. El Código Penal Modelo (artículo 213.1.2.c) y más de catorce códigos estatales como los de California, Idaho y Tennessee, en Estados Unidos de Norteamérica, legislan como violación las relaciones sexuales con una mujer que, debido a un artilugio u ocultamiento, cree que su pareja sexual es alguien que en realidad no es. Incluso el proyecto de ley n° 631 presentado en Massachusetts va en ese sentido. En Canadá, hasta 1982, el código penal incluía expresamente el caso de suplantación de la identidad del esposo de la víctima. La ley de 1983 abolió el delito de violación y lo reemplazó por “agresión sexual” (ver Código Penal de Canadá, RSC 1985, c. C-46, §§ 271-73). Sin embargo, la Corte Suprema ha sugerido que la nueva legislación proporciona una doctrina de violación por fraude más flexible y amplia (ver el ya mencionado caso. R. v. **Cuerrier** de 1998. También R. v. **Crangle**, caso n° 33768, sentencia del 17 de junio de 2010, 266 OAC 299 (CA); 2010 ONCA 451, que confirma una condena en la que un gemelo tuvo relaciones sexuales con la novia del otro gemelo). Para un mejor análisis de este tipo de legislaciones ver Green (2015). Lies, Rape, and Statutory Rape. En Cambridge U. Press, 194–253 y Rubinfeld (2013). The Riddle of Rape-by-Deception and the Myth of. En The Yale Law Journal, 122, 1372-1443.

el fraude "*in the inducement*" no lo logra, lo que conlleva inevitablemente a un misterio en el cual el enfoque tradicional del derecho consuetudinario angloamericano considera como dignos de reproche sólo dos tipos de ardides: uno vinculado a la naturaleza del acto y otro a la identidad del imputado.

Explica este autor que esa situación enigmática reconoce su raíz en el hecho de que la doctrina sobre la violación por engaño se desarrolló mucho antes del cambio en las legislaciones occidentales que actualmente tienen por centro el consentimiento sexual (el viraje hacia el modelo de "libre consentimiento") y que indican que violación es toda relación sexual mantenida sin la venia de una de las partes interviniente.

De esta forma, se explica que en los dos escenarios excepcionales (el fraude en la naturaleza del acto y en la identidad del imputado) el sexo por engaño pueda calificar como violación, porque en ellos la mujer precisamente no da su consentimiento para tener relaciones sexuales fuera del matrimonio (2013, 1401).

5.2 Engaño respecto del bien jurídico protegido. Un plus sobre la tesis diferenciadora

Entiendo que, frente a estos puntos críticos, la postura de Roxin, quien también insiste en efectuar distinciones dentro de los engaños, puede ayudarnos a delimitar la manera de avanzar dentro de este enredo, ya que lo hace sobre una base distinta. En este caso, retomando a Gunther Arzt (1970), el dogmático alemán restringe el abordaje criminal de los engaños a los supuestos en los que conducen a un error referido al bien jurídico que se intenta proteger. En otras palabras, "*cuando el que consiente yerra sobre el modo, dimensión o peligrosidad de la renuncia al bien jurídico; no, por el contrario, cuando su error sólo se refiere a una contraprestación esperada*" o a circunstancias que no se refieren al bien jurídico en sí mismo y versan sobre puntos "insignificantes" (1997, 543).

Aún sin distinguir entre *factum* e *inducement*, conforme las posturas antes mencionadas, concluye en una diferenciación que excluye de penalidad la amplia gama de ardides basados en los motivos que conducen al evento sexual y evita, en consecuencia, la aparición del gran fantasma de la sobre o hiper criminalización de conductas de carácter sexual. En esta oportunidad, por considerar que los engaños no versan sobre elementos esenciales del bien jurídico que busca protegerse.

Este supuesto parece ser el que menos problemas acarrea en materia de reprochabilidad, ya que, tal como se vio, existe cierto consenso respecto de considerar los casos en que la persona no conoce que está brindando su consentimiento para un evento sexual, como un abuso sexual. Dentro de ellos se suelen incluir los supuestos donde se aparenta un contacto sin contenido sexual (el ya referido caso del examen médico fraudulento), donde se engaña sobre el grado o modo de intromisión física o corporal (por ejemplo, el uso problemático de preservativo) o sobre la identidad de la otra persona. En todos estos supuestos se afirma que

el conocimiento de que se tendrá ese tipo de relaciones, de qué modo y con quién se las tendrá, forma parte constitutiva y esencial de la relación sexual.

Sin embargo, ha sido objetado en cuanto al carácter arbitrario que puede adquirir la delimitación entre los errores relativos al bien jurídico y los que no lo son. *“Lo que es «relativo a un bien jurídico» respecto de un bien tan etéreo como la libertad o autonomía sexual resulta altamente controvertido”* (Coca Vila, 2023, 444-445).

En este punto, es útil recordar que el derecho penal históricamente ha trabajado en esa clase de distinciones que prescriben conductas merecedoras de reproche y otras que no, jerarquizando dentro de las primeras algunas como más graves (el ejemplo de la penetración dentro de las violencias sexuales) y otras como menos lesivas (a saber, tocamientos que no llegan a ese grado de injerencia corporal). Es la esencia del derecho criminal el edificar esta clase de separación desde el momento mismo en que los Estados han expropiado el conflicto de manos de los particulares.

5.3 La teoría del engaño bastante en materia sexual

Otra mirada sobre el asunto es la del ya mencionado jurista español Ivó Coca Vila (2023), quien propone la construcción de una teoría normativa del engaño sexual, a través de la cual poder delimitar lo que denomina el “círculo” de los engaños penalmente relevantes. Considero que el aporte que realiza puede leerse en articulación con lo expuesto hasta aquí y, más aún, contribuye a brindar otras herramientas conceptuales para sostener la idea del *stealth* como conducta merecedora de un reproche criminal.

Esa afirmación parte del hecho de que, para edificar su perspectiva, parte de considerar las nociones de autonomía sexual y, en consecuencia, de consentimiento, como categorías graduales. Nos dice este autor que las decisiones no son ni plenamente autónomas ni plenamente heterónomas, *“sino siempre más o menos autónomas”* (Coca Vila, 2023, 450).

El consentimiento, en tanto conducta que viabiliza el ejercicio de la voluntad, también se nos presenta como un proceso gradual, que se va desarrollando al calor de un complejo entramado de relaciones sociales y contextuales. Como ya fue expuesto, *“la autonomía es una cuestión de grados”* sostiene Friedman, quien nos habla de que un ser nunca *“está completamente autodeterminado”* y afirma que *“incluso la autorreflexión en sí misma puede extenderse a lo largo de un continuo. Cuanto más reflexiona uno sobre sus deseos y compromisos, mayor es la autonomía con respecto a ellos”* (2003, 7, traducido, adaptado).

Partiendo de ese lugar, plantea una situación conflictiva que se genera inevitablemente cuando se pretende contrastar dicho gradualismo con la operatoria binaria del derecho penal que indica sencillamente que un acto es consentido o no consentido. La forma que encuentra Coca Vila para sortear esta aparente aporía es la determinación del consentimiento a partir de la realización de un juicio necesariamente normativo. Y advierte, normativo también es

establecer que una persona menor de determinada edad -para el caso argentino, 13 años- no puede consentir válidamente una relación sexual con una persona mayor de dicha edad, bajo ningún concepto (conforme el artículo 199 del Código Penal de Argentina).

Con esto insiste en que la pregunta que debemos hacernos frente a un engaño sexual no debe ser si la relación sexual fue consentida (producto de una voluntad autónoma) o no, sino más bien la capacidad de dicho fraude para afectar de modo tal la autonomía de las personas involucradas como para que sea legítima la imposición de un castigo.

Delimita el círculo de los engaños penalmente relevantes a tres casos. Me interesa detenerme únicamente en el tercero de ellos, el grado de injerencia corporal. Cualquier alteración en el grado de tales injerencias basado en consentimientos viciados debe ser considerado atendible en términos criminales.

Es por ello que el *stealth* es expresamente incluido por el mencionado autor como una conducta en los términos antes descritos. *“Existe –desde este prisma–una diferencia incuestionable entre la práctica de una relación sexual con preservativo y sin preservativo (...) se trata de un comportamiento que supone un plus de injerencia, y no solo un «aliud» frente a la relación sexual con preservativo”* (2023, 457).

Sin embargo, a una conclusión distinta se debe arribar respecto de casos de ardid sobre la utilización de píldoras anticonceptivas. Más allá de llegar a ser un *deal breaker* respecto de los acuerdos previos al sexo, no supone una interferencia corporal distinta.

Finalmente, excluye del círculo los denominados casos de *“stealth inverso”*, prácticas que constituyen un *minus* en términos de afectación a la intromisión corporal respecto de la injerencia pactada previamente (Coca Vila, 2023, 458). El fundamento es el criterio dogmático clásico de exclusión de la imputación por disminución del riesgo. En relación con esto regresaré en los próximos párrafos.

6. STEALTHING, UN ENGAÑO EN LAS CONDICIONES MATERIALES

En el mes de agosto del año 2022, los servicios de Promoción de Derechos de Fundación Huésped son contactados por una persona que se presenta en nombre de un amigo suyo, quien veía amenazados sus derechos. Solicita asesoramiento respecto a una situación de divulgación del diagnóstico por parte de la ex pareja de su amigo. Asimismo, destaca cómo esto impacta desfavorablemente en la posibilidad de acceder a trabajos respecto de la persona denunciada. El afectado, de ahora en más L.C., se contacta directamente y se exhibe brindando más información. L.C. cuenta que tras separarse de su ex pareja, a partir de ahora V., en mayo del año 2022, toma conocimiento de tener una denuncia penal.

El *stealth* entra en conflicto con la idea de consentimiento sexual en virtud de que, durante el transcurso de un encuentro sexual, sucede un engaño respecto de las condiciones en que este se brindó. El error producto de dicho engaño recae sobre un aspecto que hace al núcleo

material de lo que se consintió, sobre el *factum*¹⁰. El contacto físico aparece como un elemento dirimente entre el sexo consentido y el que no lo es.

Recapitulando, el engaño de tipo material, es decir, en las condiciones materiales que hacen al evento sexual, nos habla de una modificación en los elementos pactados para que la relación sexual se produzca, sin el conocimiento y la anuencia de una de las partes. Dentro de este amplio universo de condiciones materiales, nos encontramos con aquella que hace al objeto de este artículo: la quita o remoción de una barrera de protección externa sin que la persona conozca de ese cambio.

Podría decirse que frente a estos casos no opera una verdadera variación en los criterios de abordajes ya repasados, porque se continúa insistiendo en el engaño como lo que “(re)define el acto sexual consentido” (Castellví Monserrat y Mínguez Rosique, 2021), entonces, ¿qué es lo que hace del *stealth* un acto sexual que merece un reproche y que no se encuentra presente en las otras conductas fraudulentas? ¿Qué es lo que hace del condón una condición jurídicamente relevante para analizar el consentimiento? Porque si lo que se quiere es evitar los riesgos de sobrecriminalización de toda conducta engañosa, como lo plasma el voto mayoritario del Tribunal Supremo español, sin descuidar un posible reproche ante casos de *stealth*, entonces no se lo puede sancionar únicamente por el engaño que en sí mismo representa.

Se torna necesario encontrar otros motivos y, en ese sentido, un argumento que podría ensayarse es el vinculado a que se trata de dos actos distintos aquel realizado con preservativo y aquel que prescinde de él. El *stealth* en tanto engaño en el *factum*, es decir, respecto de una condición material necesaria (uso de barrera de protección externa) para el evento, habilita considerar entonces la posibilidad de un reproche, porque en concreto no se trata de la relación sexual para la que se brindó el acuerdo. Existen dos relaciones sexuales,

¹⁰ Consideraciones aparte merecen aquellas lecturas que sustentan la diferencia principalmente en el riesgo creado frente a la transmisión de enfermedades o infecciones de transmisión sexual o la posibilidad de contraer embarazos no deseados. Si bien resultan atendibles estos extremos, lo cierto es que este argumento despertó fuertes críticas vinculadas a la imposibilidad de proceder sin generar estándares diferenciados en aquellos supuestos en que las parejas sexuales no pudieran quedar embarazadas o el acusado no tuviera una enfermedad/infección de transmisión sexual, y por lo tanto tal riesgo concreto al daño físico no exista.

Es un terreno poco pacífico intentar incluir en las definiciones de las agresiones sexuales los riesgos para la libertad reproductiva y para la salud que puedan traer aparejadas ciertas prácticas. Dichos riesgos no son un elemento consustancial, ya que “*ni todos los atentados contra la libertad reproductiva presuponen una agresión sexual (...) ni todas las agresiones sexuales presuponen un atentado contra la libertad reproductiva (...) Algo parecido ocurre con los riesgos para la salud*” (Castellví, 2023: 195).

Esto habilita una respuesta frente a aquellos planteos respecto, por ejemplo, del ardid que versa sobre la ingesta de anticonceptivos orales. El engaño en esos supuestos no es determinante en lo que al contacto físico respecta, elemento que sí es valorado de forma bastante unánime como (re)definitorio en el sexo. Aunque puede verificarse la concurrencia de riesgos reproductivos, ello no tiene vinculación con el tipo de tocamiento o roce corporal que termina por ser exactamente el mismo. La anticoncepción argüida por el socio sexual puede ser razón suficiente como para consentir un acto sexual, pero no logra conmovir su contenido (Castellví, 2023: 195-196).

la primera de ellas válida (por contar con protección) y la segunda fraudulenta, en consecuencia, inválida (por no contar con protección).

El cambio en el contacto físico que opera en estos casos, tal como lo afirma el voto de la mayoría, es un elemento dirimente en la relevancia del engaño. Aparece como un componente que (re)define el contenido del acto sexual ya que, a diferencia de lo que ocurre con el resto de los engaños en materia de relaciones sexuales (fraude sobre un estado civil, una condición económica o la utilización de una píldora anticonceptiva), aquí sí se modifica el tipo de contacto físico. La presencia de un preservativo constituye una barrera física “*lo suficientemente trascendente*” como para definir un acto sexual como consentido o no, explican Castellví Monserrat y Mínguez Rosique (2021).

Lo que viene a representar el uso de un condón es el efectivo ejercicio del *right to self-possession* del que nos habla Rubinfeld (2013), esto es, la posibilidad de controlar el contacto físico que se desea tener y que, modificado en sus condiciones, determina que un acto sexual se torna distinto. El contacto directo entre membranas mucosas que se evita a través del uso de una barrera de protección externa, es lo dirimente a la hora de incorporar al *stealth* en la definición de un acto sexual no consentido.

6.1 La rotura de la protección y el llamado “*stealth* inverso”. Un extra al requisito del cambio en el tipo de contacto físico

Sin embargo, no debe obviarse que la solución desarrollada hasta aquí puede conllevar a situaciones complejas en las que, por ejemplo, la rotura de un condón no sea considerada una variación definitiva del acto sexual, en virtud de que la diferencia física entre usar un condón y que éste se rompa resulta despreciable. Iguales complejidades acarrearán aquellas en las que la no utilización del preservativo fue pactada y finalmente se lo utilizó sin conocimiento de la pareja sexual, conocido este último caso como “*stealth* inverso” y referida en el voto mayoritario del caso bajo estudio (Castellví Monserrat y Mínguez Rosique, 2021).

El primero de los supuestos referidos, aunque a nivel funcional determine una diferencia sustancial con la efectiva utilización de la protección, tiene poca relevancia en términos de la variación física que implica. El agujero en cuestión es insuficiente por sí mismo para configurar un tipo de agresión sexual ya que la penetración sigue siendo con el uso de un condón. Distinto sería en caso de que suceda una eyaculación, a partir de la cual el contacto físico se volvería notoriamente diferente al inicial. La presencia de fluidos extraños a los propios de las mucosas determina una alteración material considerable con el acto que inicialmente fue consentido, habilitando la posibilidad de hablar de una conducta que logra afectar de forma sustancial al consentimiento brindado (Castellví Monserrat, 2023, 198-199).

Más allá de ese caso puntualísimo, el elemento físico es sin duda definitorio a la hora de brindar respuestas a esta clase de problemas. Sin embargo, llego a la misma conclusión que

el tribunal español en cuanto a su insuficiencia: considero que se requiere de algún otro dato que contribuya a brindar una respuesta más precisa para estos supuestos problemáticos. En ese sentido, podría analizarse si en el particular existió una concreta afectación del bien jurídico que la norma intenta proteger, tal como lo desarrolló Roxin.

En otras palabras, corresponde en primera instancia que nos preguntemos si frente a esos casos resulta viable la aplicación de sanciones de índole penal por resultar la conducta de relevancia jurídica al afectar un bien jurídico protegido normativamente (por ejemplo, en el caso del “*stealth*ing inverso”).

Desde una perspectiva que tome en consideración los riesgos jurídicamente permitidos en materia de agresiones sexuales, ¿resulta lógico poner en juego el poder punitivo del Estado para brindar una respuesta a estos casos? ¿La conducta denunciada es lo suficientemente relevante en términos de transgresión de reglas sociales fijadas con antelación en torno a las agresiones sexuales?

Para responder a estas inquietudes Green propone hablar de “*formas menores de tergiversación*” que muy probablemente deberían quedar fuera del alcance de la ley penal (2015, 253), y Coca Vila recurre al criterio de exclusión de la imputación por disminución del riesgo, desresponsabilizando a quien “*lleva a cabo un acto sexual que constituye un minus en términos de afectación a la libertad sexual (injerencia corpórea) respecto de la injerencia pactada*” (2023, 458).

Se deberá indagar si el reproche que se pretende dispensar debe ser por la violación a un tipo penal de abuso-agresión sexual o si, por el contrario, es oportuno considerar, por aplicación del *fair labelling*¹¹, figuras de otro orden como ser las lesiones que, en el caso del Código Penal argentino, incluyen los daños a la salud de las personas.

En síntesis, comparto con el voto minoritario que no resulta apropiado negar de forma general la capacidad de los engaños sexuales de contaminar el consentimiento brindado al comienzo de un encuentro sexual y, en consecuencia, de quedar abarcado por los tipos penales sexuales (a).

En tanto considero que se trata de una práctica que limita la capacidad o posibilidad de disposición sobre nuestros cuerpos sin injerencia de terceros, la libertad de decidir cuándo, con quién y de qué modo queremos ejercitar nuestra sexualidad, en otras palabras, una conducta sexual que afecta la autonomía de la voluntad de las personas y la libertad sexual viabilizada a través de esta (*right to self-possession*), la aplicación de un reproche penal resulta

¹¹ Principio de *fair labelling* o correcto etiquetamiento, según su traducción al español. Con origen en la década de los 80s en el sistema anglosajón y estrechamente vinculada con el principio de legalidad, esta regla nos habla de la claridad que la técnica legal debe tener a la hora de delimitar típicamente las conductas que serán consideradas como reprochables. En otras palabras, debe existir una correcta y específica caracterización del delito que se persigue y de los bienes jurídicos que se buscan proteger.

atendible, siempre que se tengan en consideración las pautas interpretativas desarrolladas anteriormente:

1. Que el fraude recaiga sobre un elemento material central del evento sexual,
2. Que producto de ese engaño se termine por generar una variación en el tipo de contacto corporal que se tuvo finalmente (respecto de aquel para el que se prestó conformidad al comienzo) y
3. Que se verifique una concreta afectación del bien jurídico protegido por la norma (estudio caso a caso).

7. SIGNIFICAR LA PENETRACIÓN EN EL *STEALTHING* Y PONER EN JUEGO LA PROPORCIONALIDAD

Respecto de los planteos de la mayoría y la minoría relativos a la significación típica que le otorgan a la penetración vía vaginal (*b*), ninguno ha ingresado a discutir la identidad existente entre penetración sexual y violación en los ordenamientos jurídicos sexuales.

En ese sentido, la sexualidad diseñada en torno a la función reproductiva, hace percibir y valorar la penetración en las sociedades occidentales pasadas y actuales con un estatus particular, en otras palabras, como el acto sexual por excelencia (Hercovich, 1997; Martín Alcoff, 2021; entre otras).

Explica MacKinnon que la definición legal de la violación no es subjetiva, individual o feminista, si no más bien una composición social falocéntrica definida exclusivamente por la penetración. Es la traducción de un punto de vista masculino acerca de lo que significa ser violada sexualmente. *“La violación se define según lo que los hombres piensan que viola a las mujeres, y eso es precisamente lo mismo que consideran condición sine qua non del sexo”* (2014, 129). La atención está puesta principalmente en lo que los hombres definen o practican como sexualidad, desestimando el ser sexual que experimentan las mujeres.

En este punto, la sentencia pasa por alto esa identificación, que no hace otra cosa que limitar seriamente la discusión en torno al binomio abuso sexual o agresión sexual, conforme el sentido que se le otorgue al acceso carnal.

Más allá de esa ausencia en el debate, cabe reparar en otra cuestión vinculada a la penetración: la aplicación de esta figura gravosa a este tipo de casos conlleva a una serie de consecuencias que también merecen prestarles atención. Suponer que opera un abuso sexual con acceso carnal implica considerar al mismo tiempo nulo el capital decisorio de las personas afectadas en torno a su aquiescencia inicial sobre la penetración.

Más allá de haber operado en el 2022 una reforma legal en el código criminal español que vino a modificar sustancialmente la base normativa a aplicar frente a casos de violencias

sexuales¹², lo discutido en ambos votos resulta ser un tema de actualidad si se tienen en cuenta los desarrollos teóricos pasados y actuales en materia de consentimiento sexual de las mujeres.

Los sucesivos avances respecto de la autonomía de la voluntad y el consentimiento han indicado de manera invariable la necesidad de generar cambios que potencien el agenciamiento de éstas en lo que a sus sexualidades respecta. De forma constante se ha insistido en lo imperioso de considerar a las mujeres como sujetos de deseo y, en consecuencia, de abandonar el lugar objetivado al que históricamente se las relegó.

Lo que sugiero aquí es promover una interpretación de la figura base de abuso sexual como comprensiva de casos de engaño en las condiciones materiales que hacen al acto sexual, manteniendo a resguardo aquella decisión inicial respecto de la práctica de acceso corporal y rastreando la posibilidad de subsumir en otras figuras delictivas cuando de estas prácticas se deriven consecuencias para la salud sexual y reproductiva de las personas. Por ejemplo, en el caso de Argentina, podría analizarse la aplicación del tipo penal de lesiones del artículo 89 y siguientes del Código Penal, que contemplan diversos grados de daños al cuerpo o a la salud.

Esta perspectiva acarrea consigo otra virtud vinculada con el principio legal de proporcionalidad de las penas, estrechamente relacionado a su vez con el ya mencionado principio *fair labelling*, que adquiere importancia a la hora de la aplicación de la norma a un caso concreto. Este principio indica que la pena pensada por el legislador en abstracto debe guardar congruencia con la valoración del bien jurídico que pretende proteger, las características de la conducta desplegada y la gravedad de la lesión causada. Lo que hay que verificar en estos casos es que exista una correlación o proporción entre sanción y bien jurídico protegido, un nexo causal entre la conducta en concreto y el fin que se persigue resguardar¹³.

En consecuencia, desde el principio de proporcionalidad, las decisiones en materia político criminal serán tildadas de legítimas cuando ponderen la importancia de los objetivos que se persiguen -protección de bienes jurídicos-, la aptitud de las medidas escogidas para lograrlo y el nivel de la restricción que produce a los bienes del sujeto activo de la conducta -no debe resultar abusiva o excesiva-.

El voto de la minoría, para mantener a resguardo esa proporcionalidad, propone la aplicación de cláusulas atenuatorias del Código Penal, como la del artículo 178.4. Escapa a este trabajo el análisis respecto de las tensiones que pueden suscitarse entre la utilización de estas figuras

¹² La legislación sexual española fue modificada por la Ley Orgánica 10/2022 de Garantía Integral de la Libertad Sexual, conocida como "Ley Sólo sí es sí", publicada en el Boletín Oficial el 7 de septiembre de 2022 y actualmente vigente.

¹³ Ver CSJN Fallos 313, 1333, 318 y 207.

legisladas en el ordenamiento criminal y la vigencia del principio *fair labelling*, más allá de lo cual, corresponde que señale que en el caso de Argentina no contamos con disposiciones de esta índole que permitan adoptar, vía interpretación judicial, una postura más “atemperada” respecto de estos supuestos.

Efectuado entonces el test de razonabilidad de una ley, este debe concluir en su proporcionalidad. El principio de proporcionalidad aparece como el criterio metodológico para determinar si una intervención pública, frente a una situación determinada, se ajusta a la constitución o no. Es esto último lo que debe practicarse a la hora de analizar ante cada caso (no en abstracto) qué figura típica debe aplicarse. Si vamos a utilizar una figura base de abuso sexual, propia de la legislación anterior española (en Argentina, abuso sexual simple) o una figura más gravosa como las agresiones sexuales del artículo 179 del Código Penal de España previo a 2022 (abuso sexual con acceso carnal de nuestro Código Penal).

8. REFLEXIONES FINALES

La sentencia del Tribunal Supremo español es sin duda alentadora en términos de reconocimiento jurídico de la práctica del *stealthing*. Si bien en la actualidad cada vez son más los casos que se judicializan, lo cierto es que aún es bastante incipiente el debate que desde la justicia se propone en torno a significar estos hechos y el alcance que tiene el consentimiento brindado por las partes involucradas.

Contar con la opinión de un alto órgano de justicia como lo es el Tribunal Supremo de España, incluso con los matices que plantean el voto de la mayoría y el de la minoría, resulta valioso ya que renueva las posibilidades de discutir los engaños en el sexo y, en particular, su potencia para comprometer la autonomía de la voluntad personal.

Dicho eso, comparto con la minoría del tribunal que la referida sentencia adolece de cierta inconsistencia interna. Esta se manifiesta al pretender encontrar una fórmula para significar en términos penales el engaño que entraña el *stealthing* y al mismo tiempo contener el impulso sancionador frente a toda práctica fraudulenta.

En ese sentido, resulta más adecuado proponer principios de interpretación de los engaños que, al tiempo que reconozcan su virtualidad para minar el consentimiento sexual, intenten restringir su criminalización verificando los tres puntos mencionados con anterioridad, esto es: 1. Constatar que el fraude recaiga sobre un elemento material central del evento sexual y no respecto de las motivaciones que conducen a las partes a tener sexo. 2. Que se genere una variación en el tipo de contacto físico a consecuencia de ese engaño. 3. Finalmente, que se compruebe en el caso concreto que operó una afectación del bien jurídico protegido por la norma (en Argentina, integridad sexual).

Respecto de la posibilidad de responder frente a otras consecuencias que se deriven del acto sexual (embarazos no deseados, transmisión de enfermedades/infecciones), corresponde la evaluación de otras figuras legales específicas.

Para finalizar, en relación con el sentido dado a la penetración por vía vaginal, segundo punto de debate en la jurisprudencia analizada, el voto mayoritario tiene la virtud de ponderar y mantener a resguardo el capital decisorio de la persona denunciante, que brindó su consentimiento al sexo -incluida dicha penetración- cuando comenzó el encuentro. Por el camino de la correcta adecuación legal de la conducta analizada y la proporcionalidad del reproche penal, termina por decidir la calificación típica menos gravosa de abuso sexual, frente a la de agresión aplicada en instancias anteriores.

Pese a ello, tanto la mayoría como la minoría del tribunal, no se detienen a discutir una cuestión central: el protagonismo que tiene la penetración en el modo de legislar los delitos sexuales. En ese sentido, los casos de *stealthing*, por las propias características de la conducta que involucra un acceso carnal, surgen como una oportunidad atendible para poner a debate la importancia de ese elemento en los eventos sexuales y las consecuencias que de ello se derivan a la hora de discutir judicialmente la calificación a adoptar.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Arzt, G. (1970). *Willensmängel bei der Einwilligung*. Frankfurt: Athenäum Verl.

Castellví Monserrat, C. (2023). ¿Violaciones por engaño? Sobre el concepto de consentimiento y el objeto del consentimiento sexual. *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, 4, 171-220.

Castellví Monserrat, C., & Mínguez Rosique, M. (2021). Con sigilo y sin preservativo: Tres razones para castigar el *stealthing*. En *Revista de Derecho Penal* (pp. 154-173). Santa Fe: Rubinzal Culzoni.

Coca Vila, I. (2023). Agresión sexual por engaño: Hacia una teoría diferenciadora del engaño excluyente del consentimiento sexual. *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, 3, 430-466.

Dougherty, T. (2013). Sex, lies, and consent. *Ethics*, 123(4), 717-744.

Friedman, M. (2003). *Autonomy, gender, politics*. NY: Oxford University Press.

Green, S. (2015). Lies, rape, and statutory rape. *Cambridge University Press*, 194-253.

Hercovich, I. (1997). *El enigma sexual de la violación*. Buenos Aires: Editorial Biblos.

Herring, J. (2005). Mistaken sex. *Criminal Law Review*, 511-524.

Hörnle, T. (2020). Violación como relaciones sexuales no consentidas. *En Letra: Derecho Penal*, VI(10), 197-217.

Mackinnon, C. (2014). *Feminismo inmodificado: Discursos sobre la vida y el derecho* (e.o. 1981). Buenos Aires: Siglo XXI Editores.

Martín Alcoff, L. (2021). *Violación y resistencia: Cómo comprender las complejidades de la violación sexual*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Prometeo.

Pundik, A. (2018). The law of deception. *Notre Dame Law Review Online*, 93(1), 172-186.

Roxin, C. (1997). *Derecho penal. Parte general* (Tomo I). Madrid: Editorial Civitas.

Rubinfeld, J. (2013). The riddle of rape-by-deception and the myth of. *The Yale Law Journal*, 122, 1372-1443.

Wertheimer, A. (2010). *Consent to sexual relations*. Cambridge University Press.