

¿Violaciones por engaño?

Sobre el concepto de consentimiento y el objeto del consentimiento sexual

Sumario

-
¿Pueden cometerse violaciones por engaño? La respuesta depende de qué signifique la palabra «consentimiento» del art. 178.1 CP. Este trabajo empieza poniendo de relieve que dicha palabra tiene, al menos, dos significados: uno débil (aceptación) y otro fuerte (aceptación libre y consciente). Tras exponer las consecuencias de interpretar de un modo u otro el «consentimiento» del art. 178.1 CP, se concluye que dicha palabra significa, simplemente, «aceptación». De esta forma, se niega la posibilidad de castigar como violaciones las relaciones sexuales que han sido aceptadas debido a un engaño (por ejemplo, dando a entender que una persona es soltera, rica, etc.). Sin embargo, más adelante se muestra que los engaños no solo pueden emplearse para lograr que otro acepte una relación sexual, sino también para ocultar la realización de un acto sexual que no se ha aceptado en absoluto. Esto sucede cuando se oculta alguno de los elementos que definen un acto sexual: el contacto corporal que implica o su naturaleza sexual. En estos casos, el sujeto engañado consiente un acto sexual (o médico) distinto al realizado. Y, por ello, dicho engaño puede dar lugar a una violación.

Abstract

-
Can rape be committed by deception? The answer depends on what is meant by the word «consent» in the article 178.1 of the Penal Code. This paper begins by highlighting that this word has at least two meanings: a weak one (acceptance) and a strong one (free and conscious acceptance). After explaining the consequences of both alternative interpretations, it concludes that the word simply means «acceptance». Thus, it is denied that sexual relations that have been accepted due to deception (e.g., by implying that someone is single, rich, etc.) are rape. However, it is shown that deception can be used not only for another to accept a sexual relationship, but also to conceal the performance of a sexual act that has not been accepted at all. This happens when some of the elements that define a sexual act are concealed: the bodily contact involved or its sexual nature. In these cases, the deceived subject consents to a sexual (or medical) act other than the one performed. And, therefore, such deception can be punished as rape.

Zusammenfassung

-
Kann eine Vergewaltigung durch Täuschung begangen werden? Die Antwort hängt davon ab, was mit dem Wort «Einwilligung» in Artikel 178 Absatz 1 des Strafgesetzbuchs gemeint ist. In diesem Beitrag wird zunächst hervorgehoben, dass das Wort mindestens zwei Bedeutungen hat: eine schwache (Zustimmung) und eine starke (freie und bewusste Zustimmung). Nach Darlegung der Folgen, die sich aus der einen oder anderen Auslegung des Begriffs „Einwilligung» in Artikel 178 Absatz 1 ergeben, wird der Schluss gezogen, dass „Einwilligung» schlicht „Zustimmung» bedeutet. Es wird also verneint, dass sexuelle Beziehungen, die aufgrund einer Täuschung angenommen wurden, eine Vergewaltigung darstellen (z. B. wenn jemand behauptet er sei unverheiratet, reich usw.). Im Folgenden wird jedoch gezeigt, dass eine Täuschung nicht nur zur Zustimmung einer sexuellen Beziehung dient, sondern auch zur Verschleierung der Durchführung einer sexuellen Handlung, die nicht akzeptiert wurde. Dies ist der Fall, wenn eines der Elemente, die einen sexuellen Akt definieren, verheimlicht wird: sein Körperlicher Kontakt oder seine sexuelle Natur. In diesen Fällen hat die getäuschte Person in

eine andere sexuelle (oder medizinische) Handlung eingewilligt als die, die durchgeführt wurde. Eine solche Täuschung kann daher als Vergewaltigung strafbar sein.

Title: Rape by deception?: The concept of consent and the object of sexual consent

Titel: Vergewaltigung durch Täuschung?: Über den Begriff der Einwilligung und den Gegenstand der sexuellen Einwilligung

-

Palabras clave: Consentimiento, violación, libertad reproductiva, stealthing, error in persona.

Keywords: Consent, rape, reproductive autonomy, stealthing, error in persona.

Stichwörter: Einverständnis, Vergewaltigung, reproduktive Freiheit, Stealthing, Error in persona.

-

DOI: 10.31009/InDret.2023.i4.06

-

4.2023

Recepción
19/02/2023

-

Aceptación
29/03/2023

-

Índice

-

- 1. Introducción**
- 2. Un tiktoker (in)fértil**
 - 2.1. ¿Qué significa consentir?
 - 2.2. ¿Qué significa consentir en el Código penal?
 - 2.3. ¿Qué significa consentir en los delitos contra la libertad sexual?
 - a. ¿Actos que atentan contra la libertad sexual de otra persona «con» su consentimiento?
 - b. Consentimiento sexual y error
 - c. ¿Buenas y malas razones para consentir una relación sexual?
 - 2.4. Las condiciones de validez del consentimiento sexual
 - 2.5. Delitos sexuales y delitos cometidos a través del sexo: sobre los ataques a la libertad reproductiva
- 3. Una práctica denominada *stealth***
 - 3.1. El objeto del consentimiento sexual
 - 3.2. El contacto corporal
 - a. Preservativos pinchados y eyaculaciones sin consentimiento
 - b. ¿*Stealth* inverso?
 - c. ¿Agresión sexual con acceso carnal consentido?
 - d. ¿*Error in persona*?
 - 3.3. La naturaleza sexual
- 4. ¿Pueden cometerse violaciones por engaño?**
- 5. ¿Se protege más el patrimonio que la libertad sexual?**
- 6. Conclusiones**
- 7. Bibliografía**

-

Este trabajo se publica con una licencia Creative Commons Reconocimiento-No Comercial 4.0 Internacional 

1. Introducción*

Un popular usuario de la plataforma *Tik Tok* afirmó recientemente que, para mantener relaciones sexuales sin preservativo, fingía ser infértil: «yo les digo que tranquilas que soy estéril. Tú tranquila que yo me he operado para no tener hijos. Y cuando me llegue el hijo, bendito sea»¹. Ante la repercusión de dichas afirmaciones, la Ministra de Igualdad instó a que la Fiscalía abriera una investigación y, en una carta, mostró su preocupación por «el hecho de que se esté promoviendo entre la juventud la práctica denominada *stealth*, consistente en quitarse el preservativo durante una relación sexual sin consentimiento de la mujer»². Poco tiempo después se publicó una sentencia cuyos hechos probados ilustran perfectamente la práctica mencionada por la ministra: «A. sólo aceptó mantener las relaciones sexuales con uso de preservativo (...). Sin embargo, José no llegó a ponerse en ningún momento el preservativo y, pese a ello, sin decirle nada a A., inició la penetración por vía vaginal, que ésta aceptó en la convicción de que tenía puesto el tan citado profiláctico»³.

Los hechos relatados por el *tiktoker* y la práctica denominada *stealth* tienen un elemento en común: el engaño. En ambos casos se emplea un engaño para lograr una relación sexual. El objetivo de este trabajo es, precisamente, determinar si dichas relaciones sexuales (obtenidas mediante engaño) constituyen una violación. De esta forma, pretende responderse a la pregunta de: *¿pueden cometerse violaciones por engaño?*

La estructura de este trabajo girará en torno a los dos casos de actualidad mencionados. La primera parte se centrará en el supuesto descrito por el *tiktoker* (2). Así, en primer lugar, se analizará si las relaciones sexuales con la mujer engañada han sido realizadas «sin su consentimiento» (art. 178.1 CP). Para resolver esta cuestión se identificarán los (dos) significados que, en general, puede tener la palabra «consentimiento»: o bien «aceptar», o bien «aceptar libre y conscientemente» (2.1). Tras ello, se pondrá de manifiesto que el Código penal emplea dicha palabra en sus dos sentidos posibles (2.2). Y luego se mostrará que en los delitos contra la libertad sexual «consentir» significa, simplemente, «aceptar» (2.3). De lo contrario, el tipo genérico de agresiones sexuales resultaría redundante (2.3.a). Y, además, deberían castigarse todas las relaciones sexuales aceptadas a causa de un error; por ejemplo, las aceptadas debido a la falsa creencia de que la otra parte es soltera, famosa, rica, etc. (2.3.b). Es más, también deberían sancionarse las relaciones sexuales aceptadas por errores referidos a motivos discriminatorios (2.3.c). Como esto se estima inadmisibles, se sostendrá que los actos sexuales «no consentidos» son, únicamente, los actos sexuales «no aceptados»: los tocamientos sorprendidos, aquellos realizados sobre personas dormidas, etc. En cambio, los actos sexuales «aceptados» deberán considerarse «consentidos». Y dicho consentimiento (solo) estará viciado o será inválido en los casos previstos en los arts. 178.2 y 181.1 CP; es decir, cuando concurra violencia, intimidación,

* Autor/a de contacto: Carlos Castellví Monserrat (carloscastellvi@ub.edu). Este artículo ha sido desarrollado en el marco del Proyecto de investigación «Violencia extrema sobre la mujer: respuesta penal y alternativas para la prevención» (VEM, PID2022-140170NB-I00). Agradezco profundamente a Sergi Cardenal, Sara Castellví, Gema Clarimón, Ivó Coca, Silvia Fernández, Marta Pantaleón, Leopoldo Puente y Alejandro Turienzo sus valiosas observaciones y críticas a una versión inicial de este artículo. También quiero dar las gracias a Marina Mínguez por el impulso que supuso nuestro trabajo conjunto para profundizar en este tema.

¹ <https://www.publico.es/politica/igualdad-denuncia-fiscalia-tiktoker-naim-darrechi.html>

² <https://elpais.com/sociedad/2021-07-12/igualdad-pide-a-la-fiscalia-que-investigue-a-un-tiktoker-que-presume-de-no-usar-condon-les-digo-a-las-chicas-que-soy-esteril.html>

³ STSJ Andalucía, Sala de lo Civil y Penal, de 1 de julio de 2021 (ECLI:ES:TSJAND:2021:12396).

abuso de una situación de superioridad, una víctima menor de dieciséis años, etc. (2.4). Teniendo en cuenta que en dichos preceptos no se alude al «engaño», deberá concluirse que los actos sexuales aceptados mediante engaño no son agresiones sexuales. Y que, por ello, el supuesto descrito por el *tiktoker* no constituye una violación, sino, únicamente, un atentado contra la libertad reproductiva. Un atentado que, *de lege lata*, solo podría sancionarse mediante los delitos que protegen la integridad física (2.5).

La segunda parte de este trabajo se ocupará del *stealththing* (3). Dicha parte empezará mostrando que un engaño puede emplearse, no solo para mantener relaciones sexuales consentidas (como en el caso del *tiktoker*), sino también para ocultar una relación sexual que no ha sido aceptada en absoluto. A continuación, se defenderá que el engaño característico del *stealththing* sirve para lo segundo; esto es, para ocultar que se está realizando un acto sexual distinto al consentido. Para llegar a esta conclusión deberán identificarse los elementos que definen un acto sexual; es decir, los elementos que delimitan el objeto del consentimiento sexual (3.1). El primero de ellos será el contacto corporal involucrado (3.2). Así, una «penetración vaginal con preservativo» constituirá un acto sexual distinto a una «penetración vaginal sin preservativo», pues el contacto corporal involucrado es diferente (un contacto directo entre preservativo y membranas mucosas en lugar de un contacto directo entre membranas mucosas). Por ello, el *stealththing* será una agresión sexual. Y lo mismo ocurrirá con las eyaculaciones sin consentimiento (3.2.a). O con el *stealththing* inverso (3.2.b). En todo caso, aunque algunas de dichas agresiones sexuales no constituyan violaciones —por ejemplo, las que derivan de eyacular sin consentimiento durante una penetración—, el *stealththing* sí deberá calificarse como tal (3.2.c). Por otro lado, algún *error in persona* también constituirá una agresión sexual (y, en su caso, una violación): en concreto, aquel en que alguien consiente un contacto sexual con el cuerpo de una persona y, en cambio, sufre un contacto sexual con el cuerpo de otra (3.2.d). Finalmente, se mostrará que los actos sexuales no solo se definen por el contacto corporal que implican, sino también por su naturaleza sexual. Y, por ello, ocultar dicha naturaleza (por ejemplo, en un contexto médico) puede dar lugar a una agresión sexual (3.3). El artículo terminará dando respuesta a las siguientes preguntas: teniendo en cuenta que algunos engaños (los de la estafa) vician o invalidan el consentimiento patrimonial, ¿cómo puede ser que no ocurra lo mismo con el consentimiento sexual?; ¿es que acaso se protege más el patrimonio que la libertad sexual? (3.5).

2. Un *tiktoker* (in)fértil

Un *tiktoker* engaña a una mujer sobre su (in)fertilidad para que, de este modo, acepte mantener relaciones sexuales sin preservativo. ¿Constituyen dichas relaciones una violación? Pues bien, antes que nada, debe señalarse que los actos sexuales realizados mediante engaño no están incluidos en el catálogo del art. 178.2 CP. Es decir, no están incluidos en el catálogo de actos que, en todo caso, deben considerarse agresiones sexuales (actos de contenido sexual realizados empleando violencia, intimidación, abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad, etc.). Obviamente, esto último no impide que las relaciones sexuales protagonizadas por el *tiktoker* sean consideradas una agresión sexual (y, por tanto, una violación). Al fin y al cabo, el art. 178.1 CP califica como agresión sexual cualquier acto sexual realizado con otra persona «sin su consentimiento». En consecuencia, si se estima que las relaciones sexuales entre el *tiktoker* y la mujer engañada se han llevado a cabo «sin su consentimiento», el primero habrá cometido una violación.

Ahora bien, ¿las relaciones sexuales entre el *tiktoker* y la mujer engañada se han llevado a cabo «sin su consentimiento»? La respuesta no es evidente y, en todo caso, depende de qué se entienda por «consentimiento». A continuación, se pondrá de manifiesto que dicha palabra tiene dos significados: con uno, será indiscutible que la mujer engañada ha «consentido» la relación sexual; con el otro, dicha relación se habrá realizado «sin su consentimiento» (art. 178.1 CP).

2.1. ¿Qué significa consentir?

La palabra «consentimiento» tiene, como mínimo, dos significados: uno *débil* y otro *fuerte*⁴. Con el débil, consentir es, simplemente, «aceptar». Con el significado fuerte, en cambio, consentir es «aceptar libre y conscientemente»⁵. Los siguientes párrafos de la STS 344/2019⁶ ilustran muy gráficamente ambos significados, poniéndolos en relación con el concepto de intimidación:

«(...) la intimidación, a los efectos de la integración del tipo de agresión sexual, debe ser seria, previa, inmediata, grave y determinante del *consentimiento forzado*».

«En el caso de intimidación no existe consentimiento de la víctima hay una *ausencia de consentimiento*, ésta se encuentra doblegada por la intimidación por el miedo que le provoca la actitud del agente».

En el primer párrafo la intimidación determina un «consentimiento forzado», mientras que en el segundo comporta la «ausencia de consentimiento». Puede parecer contradictorio que la

⁴ WESTEN, *The Logic of Consent*, 2004, p. 107; FERZAN/WESTEN, «How to Think (Like a Lawyer) About Rape», *Criminal Law and Philosophy*, (11), 2017, p. 764, empleando una denominación similar: la de significado «fáctico» y «jurídico». Sin embargo, aquí prefiere evitarse dicha denominación, pues da a entender algo que no se corresponde con la realidad: que un significado es el propio del Código penal (el «jurídico») y el otro no (el «fáctico»). Véase al respecto el apartado 2.2.

⁵ La palabra «consentir» tiene un tercer significado; este es, «aceptar en condiciones que determinan la atipicidad (o justificación) de una conducta que, de otro modo, sería delictiva». Dicha noción de consentimiento es, sin duda, la más familiar para un penalista (pues constituye la base de la clásica distinción entre «*Einverständnis*» y «*Einwilligung*»). Sin embargo, al contrario de lo que sucede con el significado débil (aceptar) y fuerte (aceptar libre y conscientemente), esta noción de consentimiento no se define por su contenido, sino por sus *efectos*: determinar la atipicidad (o justificación) de una conducta. Y, claro, esto implica que su contenido no es siempre el mismo (como ocurre con el significado débil y el fuerte), sino que varía en función de cuál sea la conducta consentida. En este sentido, «consentir» un trasplante de órganos será algo distinto a «consentir» una transacción patrimonial, pues una conducta y otra deben aceptarse en condiciones distintas para ser atípicas (o estar justificadas). Así, por ejemplo, «consentir» un trasplante de órganos no incluye aceptarlo a cambio de precio (art. 156 CP), mientras que «consentir» una transacción patrimonial sí incluye aceptarla en esas mismas condiciones. En cambio, en sentido débil (aceptar) o fuerte (aceptar libre y conscientemente), «consentir» un trasplante de órganos es lo mismo que «consentir» una transacción patrimonial (con independencia de si dicho consentimiento determina o no la atipicidad de la conducta en cuestión). Es más, «consentir» un cohecho también significa exactamente lo mismo (aunque, obviamente, dicho consentimiento nunca comportará su atipicidad). En este sentido (débil o fuerte) la noción de consentimiento está totalmente desvinculada de sus efectos. Y, precisamente por ello, puede emplearse para dotar de contenido a un precepto del Código penal. Así, por ejemplo, la palabra «consentimiento» del art. 178.1 CP puede significar «aceptación» o «aceptación libre y consciente». Pero nunca puede significar «aceptación en condiciones que determinan la atipicidad de una conducta». De lo contrario, el art. 178.1 CP resultaría ininteligible, pues diría algo así: «Será castigado (...) el que realice cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su “aceptación en condiciones que determinen la atipicidad de su conducta”». Ante una frase de estas características surge inmediatamente la pregunta de: ¿a qué condiciones se refiere? Y, claro, dicha pregunta debe responderla el propio art. 178.1 CP. En concreto, debe responderla con el significado (débil o fuerte) de la palabra «consentimiento».

⁶ STS 344/2019, Penal, de 4 de julio, (ECLI:ES:TS:2019:2200).

intimidación fuerce el consentimiento y, a su vez, niegue la concurrencia de dicho consentimiento. No obstante, la contradicción desaparece cuando se advierte que la palabra «consentimiento» se emplea en dos sentidos distintos: en el primer párrafo se utiliza en sentido débil (aceptación) y en el segundo en sentido fuerte (aceptación libre y consciente). De este modo, las dos afirmaciones pasan a ser plenamente coherentes: la intimidación fuerza la «aceptación» y, al mismo tiempo, niega la concurrencia de una «aceptación libre y consciente»⁷.

Otro ejemplo muy gráfico de los distintos significados de la palabra «consentimiento» puede encontrarse en el siguiente párrafo de la STS 446/2020⁸:

«cuando se hizo la grabación y las fotografías los menores carecían de la madurez necesaria para *consentir* (...). Por tanto y en lo que afecta a la lesión del bien jurídico carece de relevancia alguna que los menores *consintieran* o no».

De nuevo, este párrafo puede parecer contradictorio: si los menores no pueden consentir, ¿qué sentido tiene afirmar que su consentimiento es irrelevante? Para que el párrafo transcrito sea coherente debe advertirse que la palabra «consentimiento» se utiliza en dos sentidos distintos: el primero es fuerte (aceptación libre y consciente) y el segundo débil (aceptación). Así, la frase cobra pleno sentido: los menores carecen de la madurez necesaria para «aceptar de forma libre y consciente» y, precisamente por ello, su «aceptación» es irrelevante.

Un último ejemplo de los dos significados que puede tener la palabra «consentimiento»:

«(...) la expresión “consentimiento informado” resultaría en cierto modo redundante: sin la debida información por parte del médico, el *consentimiento* del paciente no sería propiamente una conformidad “libre, voluntaria y consciente”».

«Paso ahora a analizar la posible responsabilidad penal y civil del médico que (...) practica una ligadura de trompas con el *consentimiento* de una paciente que desea ser esterilizada, sin informarla —debiendo haberlo hecho— de la posibilidad de que tras la intervención aumente su riesgo de sufrir un embarazo ectópico»⁹.

En el primer párrafo, la profesora PANTALEÓN DÍAZ afirma que el consentimiento es «informado» por definición (y que, por ello, la expresión «consentimiento informado» resulta redundante). En el segundo párrafo, sin embargo, analiza la responsabilidad que genera una operación «consentida sin la debida información». ¿Es compatible lo uno con lo otro? Obviamente, si el consentimiento es «informado» por definición, la alusión a un «consentimiento sin la debida información» constituye una contradicción en los términos. Esto pone de manifiesto que, una vez más, la palabra «consentimiento» se emplea en dos sentidos distintos: uno fuerte (aceptación con libertad y conocimiento) y otro débil (aceptación). De este modo, ambos párrafos resultan perfectamente compatibles: en el primero se afirma que «aceptar con libertad y conocimiento»

⁷ Sobre la relevancia de esto último a los efectos de distinguir la intimidación del abuso de una situación de superioridad, CASTELLVÍ MONSERRAT, «¿Intimidación o abuso de una situación de superioridad? Sobre el consentimiento, la libertad y las amenazas en las agresiones sexuales», en prensa, 2.2.

⁸ STS 446/2020, Penal, de 15 de septiembre, (ECLI:ES:TS:2020:3012).

⁹ PANTALEÓN DÍAZ, «Ausencia de consentimiento, defecto de información y responsabilidad médica», *Diario La Ley*, (9277), 2018, p. 2.

requiere, por definición, la debida información; en el segundo, simplemente, se analiza la responsabilidad que genera una operación «aceptada» sin la debida información¹⁰.

2.2. ¿Qué significa consentir en el Código penal?

De los dos sentidos que tiene la palabra «consentimiento», ¿cuál es el empleado por el Código penal? Pues bien, al igual que la jurisprudencia y la doctrina, nuestro texto punitivo utiliza dicha palabra en sus dos sentidos posibles. Es decir, en sentido débil (aceptación) y fuerte (aceptación libre y consciente).

En ocasiones, el Código penal utiliza claramente un concepto débil de «consentimiento». El art. 156 CP constituye un ejemplo muy gráfico:

«(...) el *consentimiento* válida, libre, consciente y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de trasplante de órganos efectuado con arreglo a lo dispuesto en la ley (...)».

De acuerdo con este precepto, lo que exime de responsabilidad en los supuestos de trasplante de órganos no es el consentimiento, sino el consentimiento libre y consciente. Esto pone de manifiesto que la palabra «consentimiento» se emplea en sentido débil (aceptación). Al fin y al cabo, si el «consentimiento» se entiende en sentido fuerte (aceptación libre y consciente), la locución «consentimiento libre y consciente» sería redundante¹¹.

Otro ejemplo. Al igual que ocurría en el caso anterior, el segundo inciso del art. 144 CP emplea la palabra «anuencia» (como sinónimo de «consentimiento») en sentido débil:

¹⁰ Tal y como indica WESTEN, *The Logic of Consent*, 2004, p. 39, aceptar algo «es elegirlo, ya sea por preferirlo subjetivamente o por ser indiferente a ello en las circunstancias concurrentes. Sin embargo, una persona no puede elegir algo subjetivamente sin ser consciente de ello». Precisamente por ello, el concepto débil de consentimiento (aceptación) presupone un determinado conocimiento: el de aquello que se consiente. En este sentido (débil), «consentir» un acto sexual requiere conocer dicho acto sexual. Y, en ese mismo sentido, «consentir» un tratamiento médico exige «la base de una información básica sobre las características generales y la finalidad del tratamiento (...), por mucho que tal información sea a su vez insuficiente para considerar cumplido el deber de información asistencial del médico» (PANTALEÓN DÍAZ, *Diario La Ley*, 2018, p. 3). En cambio, el concepto fuerte de consentimiento (aceptación libre y consciente) no solo presupone el conocimiento de su objeto (es decir, de aquello que se consiente), sino también el de toda aquella información que resulta relevante. En este sentido (fuerte), «consentir» un tratamiento médico requiere «el cumplimiento por parte del médico de su deber de información asistencial» (PANTALEÓN DÍAZ, *Diario La Ley*, 2018, p. 2). De este modo, la diferencia entre realizar un tratamiento médico «no consentido» en un sentido u otro (débil o fuerte) sería, precisamente, la que identifica agudamente PANTALEÓN DÍAZ, *Diario La Ley*, 2018, p. 2, entre «los casos en los que el médico no recaba siquiera su consentimiento [el del paciente] para llevar a cabo el tratamiento» y «aquellos otros en que lo recaba y lo obtiene, si bien previo cumplimiento defectuoso de su obligación de información asistencial».

¹¹ Obviamente, la clase de aceptación que tiene el efecto de eximir de responsabilidad en los supuestos de trasplante de órganos es aquella que, como mínimo, resulte libre y consciente; es decir, aquella que, como mínimo, pueda calificarse como «consentimiento» fuerte. Sin embargo, ello es perfectamente compatible con que la palabra «consentimiento» que aparece en el art. 156 CP se utilice en sentido débil (aceptación). A estos efectos, no debe confundirse el contenido que tiene la palabra «consentimiento» en el art. 156 CP (aceptación) con el contenido que tiene el «consentimiento» que exime de responsabilidad por un trasplante de órganos (aceptación libre, consciente, etc.). Lo primero responde a la pregunta de ¿qué significa el «consentimiento» que aparece en el texto del Código penal? En cambio, lo segundo contesta a la pregunta de ¿qué «consentimiento» tiene el efecto de excluir la responsabilidad penal?

«Las mismas penas se impondrán al que practique el aborto habiendo obtenido la *anuencia* de la mujer mediante violencia, amenaza o engaño».

La «anuencia» a la que se refiere este precepto debe obtenerse mediante violencia, amenaza o engaño. Teniendo en cuenta que dichos medios anulan la libertad (violencia o amenaza) o la consciencia (engaño) de la mujer embarazada, el sentido de la palabra «anuencia» no puede ser fuerte (aceptación libre y consciente). Resulta evidente que la violencia, la amenaza o el engaño no son medios aptos para obtener una «aceptación libre y consciente». En consecuencia, si se quiere evitar que el segundo inciso del art. 144 CP quede vacío de contenido, el sentido de la palabra «anuencia» debe ser débil (aceptación). Así, dicho precepto abarcará los abortos en que se haya obtenido la «aceptación» de la mujer mediante violencia, amenaza o engaño.

Los artículos anteriores emplean claramente un concepto débil de «consentimiento»¹². De lo contrario, serían redundantes o inaplicables. No obstante, el Código penal también contiene algunos preceptos que, con la misma claridad, utilizan la palabra «consentimiento» en sentido fuerte. El art. 161.1 CP constituye un ejemplo de ello:

«Quien practicare reproducción asistida en una mujer, sin su *consentimiento*, será castigado con la pena de (...)».

Con la noción débil de «consentimiento» (aceptación), el precepto transcrito solo abarcaría los actos de reproducción asistida que no han sido aceptados en modo alguno. Esto dejaría fuera de su alcance los actos de reproducción asistida que una mujer haya aceptado sin libertad o consciencia (pues dichos actos habrían sido «consentidos»). Así, por ejemplo, los actos de reproducción asistida aceptados mediante intimidación no podrían subsumirse en el art. 161.1 CP. Tampoco los que haya aceptado una mujer que carezca de las capacidades volitivas y cognitivas necesarias para aceptar libre y conscientemente una reproducción asistida. Y, por supuesto, lo mismo ocurriría con los actos de reproducción asistida aceptados por engaño. Teniendo en cuenta que el Código penal no tipifica expresamente los actos de reproducción asistida aceptados en dichas circunstancias, su realización debería quedar impune. Obviamente, esto resulta irrazonable (sobre todo, en el caso de la intimidación) y, precisamente por ello, el «consentimiento» del art. 161.1 CP debe interpretarse en sentido fuerte (aceptación libre y consciente). De este modo, el precepto en cuestión incluiría los actos de reproducción asistida aceptados mediante intimidación, con abuso de algún trastorno mental o, simplemente, por

¹² También utiliza una noción débil de «consentimiento» el art. 177 bis.3 CP: «El *consentimiento* de una víctima de trata de seres humanos será irrelevante cuando se haya recurrido a alguno de los medios indicados en el apartado primero de este artículo». Teniendo en cuenta que dichos medios son la «violencia, intimidación o engaño (...)» parece evidente que el art. 177 bis.3 CP no se refiere a una «aceptación libre y consciente», sino a una mera «aceptación» (que es lo único que puede obtenerse mediante violencia, intimidación o engaño). Y lo mismo ocurre con el art. 49 CP: «Los trabajos en beneficio de la comunidad, que no podrán imponerse sin el *consentimiento* de la persona condenada (...)». Adviértase que, con la noción fuerte de «consentimiento» (aceptación libre y consciente), el art. 49 CP resultaría inaplicable. Después de todo, los trabajos en beneficio de la comunidad nunca se aceptan «libremente». Tal y como indica BLAY GIL, «Nueve tópicos acerca del trabajo en beneficio de la comunidad», *InDret*, (4), 2007, p. 10, dicha aceptación siempre está «condicionada por la amenaza que representa la imposición alternativa de otra pena». Esa amenaza (legítima) de sufrir otra pena constriñe la voluntad del condenado de un modo incompatible con «aceptar libremente» los trabajos en beneficio de la comunidad. Precisamente por ello, el «consentimiento» del art. 49 CP debe entenderse en sentido débil (aceptación). De este modo, los trabajos en beneficio de la comunidad podrán imponerse con un consentimiento «no libre». Esto es, con un consentimiento obtenido mediante la amenaza de una pena alternativa. Así, BRANDARIZ GARCÍA, *La sanción penal de trabajos en beneficio de la comunidad*, 2009, p. 357.

engaño¹³. Al fin y al cabo, dichos actos se habrían realizado sin la aceptación libre y consciente de la mujer. Esto es, «sin su consentimiento» (art. 161.1 CP).

Lo anterior resulta extensible a todos los artículos que prohíben conductas «sin consentimiento» y que, sin embargo, no tipifican expresamente la realización de esas mismas conductas (como mínimo) con intimidación. En esos casos, el Código penal emplea un concepto fuerte de consentimiento, pues, de lo contrario, los artículos en cuestión serían claramente infra-inclusivos (sobre todo por lo absurdo que resulta dejar impunes las conductas aceptadas mediante intimidación).

De todos modos, no siempre queda claro si la palabra «consentimiento» se emplea en sentido débil o fuerte¹⁴. Lo que sí queda claro es que el Código penal no utiliza dicha palabra con un único significado. Precisamente por ello, la pregunta de ¿qué significa consentir? no debe plantearse en general para todo el Código penal, sino en particular para un determinado grupo de delitos. Teniendo en cuenta los propósitos de este trabajo, la cuestión que debe resolverse es: ¿qué significa consentir en los delitos contra la libertad sexual?

2.3. ¿Qué significa consentir en los delitos contra la libertad sexual?

Tras la reforma operada por la LO 10/2022, el art. 178.1 CP contiene un tipo genérico de agresiones sexuales con el siguiente tenor literal:

«Será castigado (...) como responsable de agresión sexual, el que realice cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su *consentimiento* (...)».

Obviamente, el ámbito que abarca este tipo será más o menos amplio en función del concepto de consentimiento que utilice. Con el concepto débil (aceptación), dicho tipo únicamente incluirá los actos sexuales que no han sido aceptados; por ejemplo, los sorprendidos o los realizados sobre personas dormidas. En cambio, los actos sexuales aceptados «sin libertad» o «sin consciencia» no podrán subsumirse en el tipo genérico de agresiones sexuales. Después de todo, dichos actos deberán estimarse «consentidos» (aunque hayan sido «consentidos» sin libertad o consciencia)¹⁵. Esto último, sin embargo, no implica que el tipo genérico de agresiones sexuales sea, de este modo, infra-inclusivo. Al fin y al cabo, el hecho de que los actos sexuales aceptados sin libertad o consciencia queden fuera del tipo genérico de agresiones sexuales (art. 178.1 CP) no es algo absurdo o irrazonable. Y no lo es porque la mayoría de dichos actos están expresamente tipificados en el artículo siguiente. Es decir, en el art. 178.2 CP:

«Se consideran en todo caso agresión sexual los actos de contenido sexual que se realicen empleando violencia, intimidación o abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima,

¹³ En este sentido, ROMEO MALANDA, «Las eximentes por analogía en el Código Penal Español de 1995», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (16), 2005, pp. 176 ss.; DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, «El delito de reproducción asistida sin consentimiento de la mujer», en BENÍTEZ ORTÚZAR/MORILLAS CUEVA/PERIS RIERA (coords.), *Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina*, 2005, pp. 231 ss. Con matices, ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, 2004, pp. 327 ss.

¹⁴ Así, por ejemplo, en función de cómo se interprete la «voluntad» del art. 202.1 CP, quien logra que otro le permita entrar en su domicilio mediante un engaño cometerá (o no) un delito de allanamiento de morada (quien lo hace mediante violencia o intimidación siempre realizará el tipo del art. 202.2 CP).

¹⁵ Sobre la compatibilidad de esto último con la previsión del art. 178.1 *in fine* CP («Sólo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente»), véase la nota 40.

así como los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuya situación mental se abusare y los que se realicen cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad».

Con el concepto débil, este precepto tipificaría expresamente algunos actos sexuales «consentidos». En particular, los actos sexuales aceptados «sin libertad» y los aceptados por personas que no pueden hacerlo de un modo libre y consciente. Así, por un lado, mediante la referencia a la violencia, a la intimidación y al abuso de superioridad (o vulnerabilidad) se tipificarían la práctica totalidad de los actos sexuales aceptados «sin libertad». Por otro lado, mediante la alusión a la privación de sentido, al abuso de situación mental y a la voluntad anulada (por cualquier causa) quedarían tipificados la mayor parte de los actos sexuales aceptados por personas que no pueden hacerlo de forma libre y consciente. Esto es, por personas que carecen de las capacidades volitivas y cognoscitivas necesarias para aceptar un acto sexual en dichas condiciones.

Además, el art. 181.1 CP también tipifica algunos actos sexuales que, de acuerdo con el concepto débil, habrían sido «consentidos» por personas que no pueden aceptarlos libre y conscientemente¹⁶. En concreto, por menores de dieciséis años:

«El que realizare actos de carácter sexual con un menor de dieciséis años, será castigado con la pena de prisión de dos a seis años».

Así pues, aunque el tipo genérico de agresiones sexuales no incluya los actos sexuales aceptados sin libertad o consciencia, la mayoría de dichos actos están expresamente tipificados en los arts. 178.2 y 181.1 CP. De hecho, los únicos actos sexuales de esas características que no están expresamente tipificados son los aceptados *por error*. Es decir, aquellos que han sido aceptados «sin consciencia». De esta forma, la principal consecuencia práctica de interpretar el «consentimiento» del art. 178.1 CP en sentido débil (y, de este modo, circunscribir su ámbito a los actos sexuales no aceptados) será, precisamente, dejar sin castigo los actos sexuales aceptados por error. Después de todo, dichos actos deberán estimarse «consentidos» y, además, no podrán subsumirse en ningún otro tipo.

Obviamente, las cosas serían distintas con el concepto fuerte de consentimiento (aceptación libre y consciente). Con dicho concepto, el tipo genérico de agresiones sexuales incluiría los actos sexuales no aceptados y, además, los actos sexuales aceptados sin libertad o consciencia. Al fin y al cabo, tanto los primeros como los segundos serían actos sexuales «no consentidos». Es decir, actos sexuales que no han sido aceptados de forma libre y consciente. De este modo, el ámbito típico de las agresiones sexuales genéricas (art. 178.1 CP) se solaparía con el propio de los arts. 178.2 y 181.1 CP. Así, por un lado, los actos sexuales aceptados mediante violencia, intimidación o abuso de superioridad (o vulnerabilidad), así como los aceptados por personas que están privadas de sentido, tienen la voluntad anulada, etc., podrían subsumirse tanto en tipo genérico de agresiones sexuales (por ser actos sexuales «no consentidos») como en el art. 178.2 CP. Por

¹⁶ Apunta en este sentido la STSJ Navarra, Sala de lo Civil y Penal, de 18 de junio de 2020, (ECLI:ES:TSJNA:2020:364), cuando afirma que «la Ley penal considera, por falta de consciencia y libertad, *irrelevante el eventual consentimiento* de una persona menor de dieciséis años, sin que frente a la presunción iuris et de iure de aquella carencia que la norma penal presupone admita la investigación y prueba de su efectiva capacidad para consentir una acción sexual».

otro lado, los actos sexuales aceptados por menores de dieciséis años también podrían subsumirse en el tipo genérico de agresiones sexuales (por ser, de nuevo, actos sexuales «no consentidos»¹⁷) y en el art. 181.1 CP (produciéndose un concurso de normas a resolver en favor del tipo específico de agresiones sexuales a menores de dieciséis años). En todo caso, el tipo genérico de agresiones sexuales del art. 178.1 CP no se limitaría a prohibir los actos sexuales aceptados sin libertad o consciencia que ya están tipificados por los arts. 178.2 y 181.1 CP, sino que también abarcaría todos los demás. Es decir, que también abarcaría los actos sexuales aceptados sin libertad o consciencia que no están tipificados en los arts. 178.2 y 181.1 CP. De esta manera, el tipo genérico de agresiones sexuales incluiría los actos sexuales aceptados «sin consciencia». Esto es, aquellos actos sexuales que hayan sido aceptados por error.

Teniendo en cuenta lo anterior, ¿en qué sentido debe interpretarse el «consentimiento» del art. 178.1 CP? A continuación, defenderé que dicho consentimiento debe interpretarse en sentido débil; es decir, como «aceptación». Para ello, esgrimiré dos argumentos que tienen distinto peso. El primero (que es el menos relevante) se basa en que interpretar el «consentimiento» del art. 178.1 CP en sentido fuerte hace que dicho precepto sea redundante (2.3.a). Y el segundo argumento (el principal) es que dicha interpretación supone criminalizar una cantidad irrazonable de relaciones sexuales: todas aquellas aceptadas por cualquier clase de error (2.3.b); incluso, por un error referido a motivos discriminatorios (2.3.c).

a. *¿Actos que atentan contra la libertad sexual de otra persona «con» su consentimiento?*

El primer motivo para rechazar el concepto fuerte de consentimiento en el art. 178.1 CP es que, con él, dicho precepto resultaría redundante. Al fin y al cabo, un «acto que atente contra la libertad sexual de otra persona *sin su consentimiento*» sería un «acto que atente contra la libertad sexual de otra persona *sin su aceptación libre y consciente*». Y, claro, todos los actos que atentan contra la libertad sexual de otra persona (por definición) se realizan sin su aceptación libre y consciente. En este sentido, no es posible realizar un acto que atente contra la libertad sexual de otra persona «con su aceptación libre y consciente». Precisamente por ello, exigir que el «acto que atente contra la libertad sexual de otra persona» se realice «sin su consentimiento» (fuerte) no añadiría nada al art. 178.1 CP. Sería, simplemente, redundante.

En cambio, lo anterior no ocurre con el concepto débil de consentimiento. Con dicho concepto, un «acto que atente contra la libertad sexual de otra persona *sin su consentimiento*» es un «acto que atente contra la libertad sexual de otra persona *sin su aceptación*». Y no todos los actos que atentan contra la libertad sexual de otra persona se realizan sin su aceptación. Después de todo, los arts. 178.2 y 181.1 CP prevén el castigo de distintos actos sexuales que atentan contra la libertad sexual de otra persona «con su aceptación»; así, por ejemplo, actos sexuales aceptados «sin libertad» (empleando intimidación, abuso de una situación de superioridad, etc.), o por personas que no pueden hacerlo «libre y conscientemente» (personas de cuya situación mental se abusare, menores de dieciséis años, etc.). En consecuencia, exigir que el «acto que atente contra la libertad sexual de otra persona» se realice «sin su consentimiento» (débil) no es

¹⁷ En esta dirección se pronuncia la STS 340/2020, Penal, de 22 de junio (ECLI:ES:TS:2020:4524), cuando señala que «Al tratarse de menores de 16 años, el artículo 183 -al igual que el antiguo artículo 181.2, redacción anterior LO 5/2010, establece (...) una presunción “iuris et de iure” sobre la *ausencia de consentimiento* por resultar los supuestos contemplados incompatibles con la consciencia y la libre voluntad de acción exigibles». Adviértase que, al contrario de lo que ocurría con el fragmento transcrito en la nota anterior, aquí no se presume iuris et de iure la «irrelevancia del consentimiento», sino la «ausencia de consentimiento».

redundante, sino que añade un requisito al art. 178.1 CP; concretamente, un requisito que excluye de su ámbito aplicativo todos los actos que atenten contra la libertad sexual de otra persona «con su consentimiento viciado o inválido» (que solo serán delictivos cuando estén prohibidos por otros preceptos distintos al art. 178.1 CP).

Obviamente, este argumento no tiene un gran peso¹⁸. Al fin y al cabo, el Código penal contiene muchos artículos redundantes. Sin embargo, es interesante poner de manifiesto que solo hay dos preceptos relativos a las agresiones sexuales que mencionan la palabra «consentimiento»: el art. 178.1 y el 183 bis CP. Y este último (que contiene la cláusula Romeo y Julieta¹⁹) también sería redundante con el concepto fuerte de consentimiento:

«Salvo en los casos en que concurra alguna de las circunstancias previstas en el apartado segundo del artículo 178, el libre consentimiento del menor de dieciséis años excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este capítulo cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez física y psicológica».

En primer lugar, el art. 183 bis exige el «libre consentimiento del menor». Y el «consentimiento» fuerte es libre por definición. Por tanto, la exigencia de que dicho consentimiento sea «libre» resulta, de nuevo, redundante (pues, en sentido fuerte, un consentimiento «no libre» constituye una contradicción en los términos). Pero no solo eso. Además, con el concepto fuerte de

¹⁸ Antes de la contrarreforma operada por la LO 4/2023 existía un argumento sistemático de mucho más peso para interpretar el «consentimiento» del art. 178.1 CP en sentido débil. Dicho argumento se basaba en que, con el concepto fuerte de consentimiento, el art. 181.1 CP resultaba inaplicable. Al fin y al cabo, el (antiguo) art. 181.2 CP agravaba la pena de todas las agresiones sexuales a menores de dieciséis años cuando «concurra alguna de las modalidades de agresión sexual descritas en el artículo 178». Es decir, cuando el acto sexual con un menor de dieciséis años se ha realizado mediante violencia, intimidación, abuso de superioridad, etc. (art. 178.2 CP) o cuando dicho acto se ha producido «sin su consentimiento» (art. 178.1 CP). Y teniendo en cuenta que, con el concepto fuerte, todo acto sexual con un menor de dieciséis años se ha producido «sin su consentimiento» —pues dichos menores no tienen las capacidades volitivas y cognoscitivas necesarias para «consentir» una relación sexual—, toda agresión sexual a un menor de dieciséis años debería castigarse mediante la modalidad agravada del art. 181.2 CP. De esta manera, el tipo básico de agresiones sexuales a menores del art. 181.1 CP no podría aplicarse en ningún caso (lo cual resultaba absurdo). En cambio, con el concepto débil de consentimiento, el (antiguo) art. 181.2 CP no agravaría todas las agresiones sexuales a menores de dieciséis años, sino, únicamente, algunas de ellas: por un lado, las que se han realizado mediante violencia, intimidación, abuso de superioridad, etc. (art. 178.2 CP) y, por el otro, las que no han sido «consentidas» en sentido débil (art. 178.1 CP). Es decir, las que no han sido aceptadas en modo alguno (por ejemplo, los tocamientos sorprendidos sobre un menor). De esta forma, el tipo básico del art. 181.1 CP tendrá un ámbito de aplicación propio: los actos sexuales «consentidos» por menores de dieciséis años sin violencia, intimidación, ni ninguna otra de las circunstancias del art. 178.2 CP; por ejemplo, los actos sexuales efectuados de mutuo acuerdo entre menores y adultos (precisamente, los que pueden quedar exentos de pena mediante la cláusula Romeo y Julieta cuando «el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez física y psicológica»). En todo caso, el argumento expuesto solo pudo emplearse durante el periodo comprendido entre la reforma de la LO 10/2022 y la contrarreforma de la LO 4/2023 (periodo en el que se escribió la primera versión de este artículo). Actualmente, el art. 182.1 CP ya no hace referencia a todo el art. 178 CP, sino, únicamente, a las modalidades descritas en el artículo 178.2 y 3 CP. En consecuencia, el art. 181.1 CP tendrá un ámbito de aplicación propio con independencia del concepto de consentimiento que emplee el art. 178.1 CP: los actos sexuales aceptados por un menor sin violencia, intimidación, abuso de una situación de superioridad, etc., y, además, los que no han sido aceptados en modo alguno (tocamientos sorprendidos, etc.). Así, tal y como indican DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO/TRAPERO BARREALES, «La nueva reforma de los delitos contra la libertad sexual: ¿la vuelta al Código Penal de la Manada?», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (25), 2023, p. 39, «la LO 4/2023 ha equiparado penológicamente el acto realizado con el consentimiento fáctico del menor, pero no válido jurídicamente, y el acto realizado sin el consentimiento, ni siquiera fáctico, del menor de 16 años».

¹⁹ Sobre dicha cláusula, RAMOS VÁZQUEZ, «La cláusula Romeo y Julieta (art. 183 quater del Código penal) cinco años después: perspectivas teóricas y praxis jurisprudencial», *Estudios penales y criminológicos*, (41), 2021, pp. 311 ss.

consentimiento, también sería redundante el requisito de que no concurra «alguna de las circunstancias previstas en el apartado segundo del artículo 178». Después de todo, el consentimiento fuerte presupone la ausencia de dichas circunstancias (violencia, intimidación, abuso de una situación de superioridad, etc.). En consecuencia, si el art. 183 bis CP empleara la palabra «consentimiento» en sentido fuerte, bastaría con decir que «el consentimiento del menor de dieciséis años excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este capítulo cuando el autor sea una persona próxima al menor (...)». En cambio, con el concepto débil (aceptación), sí que resulta necesario exigir que el consentimiento del menor sea «libre» —para que no exima de responsabilidad un consentimiento coaccionado— y, además, que no concurra alguna de las circunstancias del art. 178.2 CP —por ejemplo, para que no exima de responsabilidad un consentimiento obtenido abusando de la situación mental de la víctima²⁰—. Al fin y al cabo, con dicho concepto (débil), algunos atentados contra la libertad sexual de otra persona se realizan «con» su consentimiento (viciado o inválido).

b. *Consentimiento sexual y error*

En todo caso, el anterior no es el único argumento que se opone a interpretar el «consentimiento» del art. 178.1 CP en sentido fuerte (aceptación libre y consciente). La objeción principal contra dicha interpretación es que, con ella, se criminalizan un número excesivamente alto de relaciones sexuales. En particular, todas aquellas que han sido *aceptadas por error*. Es decir, todas aquellas que han sido aceptadas a causa de una creencia falsa.

En efecto, si el art. 178.1 CP prohíbe todos los actos sexuales que no han sido «aceptados con libertad y conocimiento» (es decir, que no han sido consentidos en sentido fuerte), cualquier relación sexual aceptada «sin conocimiento» constituirá una agresión sexual. Así, como mínimo, resultarán delictivos todos los actos sexuales aceptados a causa de un engaño; o sea, todos los actos sexuales cuya aceptación deriva causalmente (en el sentido de la *condicio sine qua non*) de una mentira. De este modo, no solo deberán sancionarse relaciones sexuales como la protagonizada por el *tiktoker*, sino, en general, todas aquellas que se hayan aceptado debido a la creencia (inducida mediante engaño) de que la otra parte es famosa, soltera, rica, europea, judía, virgen o que, posteriormente, tiene intención de contraer matrimonio. Incluso, si las dos partes de la relación sexual se engañan mutuamente —por ejemplo, fingiendo ser millonarias—, ambas cometerían un delito de agresión sexual. En tanto que su aceptación quede condicionada al objeto del engaño —«no me habría acostado con ella si hubiera sabido que era pobre» —, las dos personas involucradas realizarían, simultáneamente, un delito de agresión sexual sobre la otra²¹.

Pero no solo eso. También cometería un delito de agresión sexual quien, simplemente, se aprovecha de un error. Es decir, quien advierte que la otra parte está aceptando mantener relaciones sexuales a causa de una creencia falsa y, a pesar de ello, sigue adelante. Así, por ejemplo, la persona transexual que omite revelar su sexo biológico a quien (sabe que) rechazaría cualquier acto sexual si tuviera dicha información. También el sujeto que padece una enfermedad venérea y no lo comunica a otro que, de haberlo sabido, nunca habría aceptado mantener relaciones sexuales (incluso con preservativo). En ambos casos se acepta por error (aunque dicho error no sea imputable a un engaño) y, por ello, el acto sexual resultante no puede estimarse

²⁰ CASTELLVÍ MONSERRAT, «Delitos contra la libertad sexual», en CORCOY BIDASOLO/GÓMEZ MARTÍN (dirs.), *Comentarios al Código penal*, 2023, en prensa.

²¹ A favor de esta conclusión, DOUGHERTY, «Sex, Lies, and Consent», *Ethics*, (123-4), 2013, p. 739.

«consentido» en sentido fuerte (pues no ha sido «aceptado libre y conscientemente»). De este modo, tanto la persona transexual como el sujeto que padece una enfermedad venérea habrían cometido un delito de agresión sexual.

Desde mi punto de vista, esto último resulta excesivo. Es posible que las conductas descritas merezcan alguna clase de reproche, pero, desde luego, no merecen el reproche propio de una agresión sexual. No es de recibo equiparar penológicamente una relación sexual aceptada por un motivo erróneo con otra que no ha sido aceptada en modo alguno. En este sentido, el sujeto que logra realizar un acto sexual mintiendo sobre su estado civil —por ejemplo, fingiendo ser soltero— no merece la pena correspondiente a aquel que, aprovechándose de que una persona está despistada, lleva a cabo un acto sexual sobre ella de forma sorpresiva²².

Quizás podría argumentarse que la posibilidad de castigar agresiones sexuales con penas de escasa gravedad (multa) permite calificar como tales conductas de menor gravedad (actos sexuales aceptados por error)²³. No obstante, aunque el art. 178.4 CP permite atenuar las agresiones sexuales y castigarlas con pena de multa, no existe un precepto equivalente que permita hacer lo propio con las violaciones (art. 179 CP). Esto implica que, por muy leve que sea, cualquier agresión sexual que implique acceso carnal deberá sancionarse con un mínimo de cuatro años de prisión²⁴. Teniendo en cuenta dicha pena, resulta completamente desproporcionado calificar como violaciones todos los coitos aceptados por un motivo erróneo (creer que la otra parte es soltera, rica, nacional, etc.). A estos efectos, conviene recordar que el antiguo delito de estupro preveía una pena mínima de dos años de prisión para una modalidad especialmente grave de acceso carnal fraudulento: el realizado sobre un menor de dieciocho años²⁵. Si esto era así antes de la reforma de 2022, resultaría inasumible que, ahora, tras la desaparición de dicho delito, todos los coitos aceptados por error (aunque no hayan sido realizados sobre menores de edad) sean castigados con una pena mínima de cuatro años de prisión²⁶.

En resumen: el concepto fuerte de consentimiento lleva a afirmar que todos los actos sexuales que alguien acepta por error se realizan «sin su consentimiento» (art. 178.1 CP) y, por tanto, constituyen agresiones sexuales (o, en su caso, violaciones). En última instancia, dicho concepto obliga a suscribir las condenas de «violación por engaño» («*rape by deception*») más polémicas que se han dictado en otras latitudes: por ejemplo, la que castiga a un árabe que finge ser judío

²² En esta dirección, RAMOS VÁZQUEZ, «El engaño como medio comisivo de la agresión sexual», en AGUSTINA SANLLEHÍ (coord.), *Comentarios a la ley del «solo sí es sí»: Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/2022, de 6 de septiembre, 2023*, p. 176. De otra opinión, ÁLVAREZ GARCÍA, «Prólogo», en EL MISMO (dir.), *Tratado de Derecho penal. Parte especial: Delitos contra las personas*, 3ª ed., 2021, p. 60.

²³ Tanto esta argumentación como su réplica se la debo al Prof. Coca Vila. Él mismo la expone de forma muy clara en COCA VILA, «Agresión sexual por engaño: Hacia una teoría diferenciadora del engaño excluyente del consentimiento sexual», *InDret*, (3), 2023, p. 459.

²⁴ AGUSTINA SANLLEHÍ, «Sobre la reforma de los delitos sexuales: de la “confusión típica” a la problemática discrecionalidad judicial y al desorden valorativo en el sistema de penas», en EL MISMO (coord.), *Comentarios a la ley del «solo sí es sí»*, 2023, p. 43; RAGUÉS I VALLÈS, «El grado de afectación al consentimiento de la víctima en los delitos sexuales», en AGUSTINA SANLLEHÍ (coord.), *Comentarios a la ley del «solo sí es sí»*, 2023, p. 105.

²⁵ Sobre el (antiguo) delito de estupro, BOIX REIG, *El delito de estupro fraudulento*, 1979.

²⁶ En esta dirección, RAMOS VÁZQUEZ, en AGUSTINA SANLLEHÍ (coord.), *Comentarios a la ley del «solo sí es sí»*, 2023, p. 172.

para mantener relaciones sexuales (Kashur v. Israel²⁷) o la que sanciona a una persona transexual que miente sobre su sexo biológico para hacer lo propio (McNally v. R²⁸). En mi opinión, esto último resulta inadmisibles (sobre todo teniendo en cuenta la pena mínima que comporta la violación) y, precisamente por ello, debe rechazarse el concepto fuerte de consentimiento en los delitos contra la libertad sexual. En su lugar, debe optarse por el concepto débil (aceptación), pues, con él, los actos sexuales aceptados por error son «consentidos» y, por ello, no constituyen agresiones sexuales. De este modo, las relaciones sexuales protagonizadas por el *tiktoker* no podrán calificarse como una violación porque serán «consentidas» (aunque hayan sido «consentidas» por error).

c. *¿Buenas y malas razones para consentir una relación sexual?*

Contra lo que se acaba de exponer podría replicarse que no todos los actos sexuales aceptados por error son iguales y que, por ello, rechazar el castigo de algunos de ellos (por ejemplo, los que derivan de errores referidos a la religión o a la identidad sexual) no implica que todos los demás deban quedar impunes. A estos efectos, podría argumentarse que los delitos contra la libertad sexual emplean un concepto fuerte de consentimiento (aceptación con libertad y conocimiento) y que, a pesar de ello, los errores sobre información de carácter discriminatorio son irrelevantes. Esto último requeriría afirmar que el conocimiento necesario para «consentir» una relación sexual no abarca cualquier información que haya condicionado su aceptación («no habría aceptado si hubiera sabido que...»), sino únicamente aquella que pueda motivar elecciones sexuales legítimas. Es decir, aquella información que nuestra sociedad considere válida para decidir si se acepta (o no) una relación sexual. De este modo, podrían considerarse relevantes los errores que, por ejemplo, vayan referidos a la idoneidad reproductiva de un acto sexual o a los riesgos que comporta para la salud (pues resulta completamente legítimo aceptar o rechazar un acto sexual en función de dichos datos). En cambio, serían irrelevantes los errores relativos a toda aquella información que pueda motivar elecciones sexuales discriminatorias (pues la sociedad no estimaría legítimo aceptar o rechazar un acto sexual en función de datos como la religión o la identidad sexual de la otra parte). En última instancia, esto supondría que los «errores en los motivos» resulten relevantes o irrelevantes según si afectan (o no) a razones válidas para realizar una elección sexual.

Sin embargo, el planteamiento anterior se basa en una premisa que resulta inasumible; esta es, que existen motivos ilegítimos para consentir una relación sexual. Tal y como indica DOUGHERTY, «uno de los principales logros de las olas de liberación sexual ha sido la promoción de un pluralismo sexual que permite a cada individuo perseguir su propia concepción del bien sexual»²⁹. Dicho pluralismo es incompatible con afirmar que determinados motivos para «consentir» una relación sexual son ilegítimos y, por ello, no merecen protección penal. En este sentido, condicionar la protección de la libertad sexual a los motivos de su titular constituye una forma de «moralismo sexual»³⁰ que, hoy en día, resulta inadmisibles.

²⁷ CrimA 5734/10 *Kashur v State of Israel* [2012] (Isr).

²⁸ R v. McNally [2013] EWCA Crim 1051.

²⁹ DOUGHERTY, *Ethics*, (123-4), 2013, p. 730.

³⁰ DOUGHERTY, *Ethics*, (123-4), 2013, p. 727.

En efecto, los delitos que protegen la *libertad* sexual no pueden diferenciar entre «buenas» y «malas» razones para consentir una relación sexual. Es decir, no pueden diferenciar entre motivos legítimos e ilegítimos para realizar elecciones sexuales. Dejando de lado las dificultades para distinguir unos motivos de otros —¿es legítimo consentir una relación sexual por despecho?, ¿y hacerlo para conseguir algo a cambio?, ¿y rechazar un acto sexual porque alguien tiene sobrepeso o se ha quedado calvo?—, los delitos contra la libertad sexual garantizan, precisamente, la posibilidad de aceptar o rechazar un acto sexual por el motivo que sea³¹. El hecho de que ese motivo tenga carácter discriminatorio es algo que, desde la perspectiva de la libertad sexual, resulta irrelevante³². A estos efectos, la decisión de no realizar un acto sexual con una persona árabe o transexual es igual de válida que la decisión de no hacer lo propio con alguien fértil o que padece una enfermedad venérea³³. Y, precisamente por ello, ambas decisiones merecen la misma protección por parte de los delitos contra la libertad sexual (aunque, obviamente, la decisión de no realizar actos sexuales que impliquen riesgos para la integridad física también estará protegida por los delitos de lesiones³⁴).

Lo anterior también ocurre con los delitos contra la libertad (en general). Así, por ejemplo, si alguien no quiere subir a un taxi conducido por una persona árabe o transexual —y prefiere esperar al siguiente—, obligarle a hacerlo por la fuerza constituiría, sin duda alguna, un delito de coacciones. Aquí, de nuevo, el carácter discriminatorio de la decisión que no se ha respetado sería irrelevante. En tanto que nadie tiene la obligación de escoger su transporte con arreglo a criterios no discriminatorios, la decisión de esperar al siguiente taxi debería ser protegida, al menos, en la misma medida que cualquier otra decisión que la ley no prohíba (aunque, obviamente, la decisión de no subir a un taxi conducido por una persona con COVID que no para de toser también estará protegida por los delitos de lesiones³⁵).

Dado que no está prohibido realizar elecciones sexuales por motivos discriminatorios, debe concluirse que dichas elecciones merecen, desde la perspectiva de la libertad sexual, la misma protección que las elecciones sexuales basadas en motivos reproductivos, profilácticos, o de cualquier otra clase. En consecuencia, si unos «errores en motivos» resultan relevantes, todos deberán serlo³⁶. Al fin y al cabo, no existe ningún motivo ilegítimo para rechazar una relación sexual. De este modo, si se castigan los actos sexuales aceptados por «errores en los motivos» de

³¹ Obviamente, dichos delitos no garantizan la posibilidad de mantener relaciones sexuales, sino, únicamente, la posibilidad de rechazarlas. Es decir, que únicamente garantizan la libertad sexual en su dimensión negativa. Tal y como indica MAÑALICH RAFFO, «La violación como delito contra la indemnidad sexual bajo el derecho penal chileno», *Ius et Praxis*, (20-2), 2014, p. 34, ello sugiere que, en realidad, el concepto «libertad sexual» no es el más idóneo para definir el bien jurídico protegido por las agresiones sexuales.

³² VAVRA, «Täuschungen als strafbare Eingriffe in die sexuelle Selbstbestimmung?», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, (12), 2018, p. 613.

³³ GIBSON, «Deceptive Sexual Relations: A Theory of Criminal Liability», *Oxford Journal of Legal Studies*, (40-1), 2020, p. 98.

³⁴ Sobre la responsabilidad penal derivada de la transmisión de enfermedades venéreas, CASTELLVÍ MONSERRAT/MÍNGUEZ ROSIQUE, «Con sigilo y sin preservativo: tres razones para castigar el *stealth*», *Diario La Ley*, (9962), 2021, p. 3; PANTALEÓN DÍAZ/CANCIO MELIÁ, «Transmisión sexual de VIH: imputación objetiva y subjetiva», *InDret*, (2), 2022, pp. 307 ss.

³⁵ Sobre los problemas que plantea la imputación de responsabilidad por esta clase de contagios, CANCIO MELIÁ/PANTALEÓN DÍAZ, «Derecho Penal y coronavirus: algunos problemas de imputación», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, (1), 2021, pp. 245 ss.

³⁶ Así, ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, *El consentimiento en derecho penal*, 2014, p. 173.

carácter reproductivo o profiláctico, también deberán sancionarse los actos sexuales aceptados por «errores en los motivos» de carácter discriminatorio.

En resumen: si se opta por el concepto fuerte de consentimiento (aceptación con libertad y conocimiento), luego no puede limitarse el conocimiento necesario para «consentir» a la información que pueda motivar elecciones sexuales legítimas. Al fin y al cabo, todas las elecciones sexuales son legítimas. Por ello, si algunos «errores en los motivos» se consideran relevantes, el resto también deberán serlo³⁷. Y, claro, si uno no está dispuesto a castigar todos los actos sexuales aceptados por un «error en los motivos» (por ejemplo, los referidos a la religión o a la identidad sexual), el concepto fuerte de consentimiento deberá ser rechazado.

2.4. Las condiciones de validez del consentimiento sexual

Teniendo en cuenta las inasumibles consecuencias derivadas de interpretar el «consentimiento» del art. 178.1 CP en sentido fuerte —criminalizar todos los actos sexuales aceptados por error—, dicha interpretación debe ser rechazada. En su lugar, debe optarse por el concepto débil de consentimiento (aceptación). De este modo, el tipo genérico de agresiones sexuales (art. 178.1 CP) únicamente incluirá los actos sexuales que no han sido aceptados; por ejemplo, los tocamientos sorpresivos o los que recaen sobre personas dormidas.

Obviamente, esto significa que el sexo prohibido va más allá del sexo no consentido³⁸. Esto es, que el Código penal no solo prohíbe los actos sexuales «sin consentimiento» (art. 178.1 CP), sino también todos aquellos «consentidos» de forma viciada o inválida. De este modo, el elemento común a todas las agresiones sexuales no será la ausencia de consentimiento, sino la *ausencia de un consentimiento válido*. Es decir, la ausencia de un consentimiento que cumpla con determinadas condiciones de validez. En concreto, con las condiciones de validez que el propio Código penal delimita (negativamente) mediante los arts. 178.2 y 181.1 CP. Así, un consentimiento válido será aquel que no se ha prestado mediante «violencia, intimidación o abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima» (art. 178.2 CP), ni por «personas que se hallen privadas de sentido o de cuya situación mental se abusare (...)», ni por menores de dieciséis años (art. 181.1 CP). Y al revés: un consentimiento viciado o inválido será aquel que se ha prestado mediante «violencia, intimidación o abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima» (art. 178.2 CP), o por «personas que se hallen privadas de sentido o de cuya situación mental se abusare (...)» o, finalmente, por un menor de dieciséis años (art. 181.1 CP)³⁹.

³⁷ Quizá, la única excepción serían los errores referidos a elecciones sexuales delictivas (por ejemplo, quien hace creer falsamente a un pedófilo que es menor de edad para acostarse con él).

³⁸ Resulta interesante poner de manifiesto que la relación entre el «sexo prohibido» y el «sexo no consentido» varía en función del concepto de consentimiento empleado. Con el concepto débil (aceptación), todo el «sexo no consentido» sería «sexo prohibido», pero no al revés (pues el sexo prohibido también incluiría el sexo consentido inválidamente). En cambio, con el concepto fuerte (aceptación libre y consciente), todo el «sexo prohibido» sería «sexo no consentido», pero no al revés (dado que el sexo no consentido incluiría sexo permitido; al menos, si se estima atípico el sexo aceptado por un error en los motivos). Finalmente, si la palabra consentimiento se utiliza con el significado de «aceptar en condiciones que determinan la atipicidad de una conducta» (véase la nota 5), todo el «sexo no consentido» sería, por definición, «sexo prohibido». Y viceversa.

³⁹ Teniendo en cuenta que la intimidación puede dar lugar a un consentimiento viciado o inválido, no puedo compartir la propuesta de LASCURAÍN SÁNCHEZ, «Los nuevos delitos sexuales: indiferenciación y consentimiento», en AGUSTINA SANLLEHÍ (coord.), *Comentarios a la ley del «solo sí es sí»*, 2023, p. 54, de establecer una frontera de

Adviértase que, de este modo, las condiciones de validez del consentimiento son, simplemente, las exigencias que impone el legislador penal para que una conducta «consentida» sea atípica (o esté justificada). Dichas condiciones pueden delimitarse de forma positiva (como ocurre con el art. 156 CP cuando exige que el consentimiento sea «libre, consciente y expresamente emitido») o negativa (prohibiendo expresamente las conductas realizadas mediante intimidación, engaño, etc.)⁴⁰. Pero, en todo caso, su delimitación le corresponde al legislador penal (y no al civil⁴¹).

gravedad que separe «la relación no consentida de la relación consentida con un consentimiento viciado». En este sentido, creo que existe una diferencia estructural relevante entre unas relaciones sexuales (las «no consentidas») y otras (las «consentidas de forma viciada o inválida») por alguna de las circunstancias previstas en los arts. 178.2 o 181 CP). Sin embargo, me parece que dicha diferencia estructural no implica que unas agresiones sexuales sean más graves que otras. Así, por ejemplo, los actos sexuales consentidos de forma viciada o inválida mediante intimidación (art. 178.3 CP) son más graves que los tocamientos sorpresivos realizados sobre una persona «sin su consentimiento» (art. 178.1 CP). Y al revés: los actos sexuales consentidos de forma viciada o inválida con «abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima» son menos graves que aquellos realizados sobre una persona que no los ha consentido en modo alguno porque tiene «anulada por cualquier causa su voluntad» (art. 178.3 CP). Incluso, me parece igual de grave la violencia que fuerza a la víctima a consentir un acto sexual de forma viciada o inválida (por ejemplo, un puñetazo que da entender que se producirá otro si no se cumplen los deseos del autor) que la violencia que sirve para lograr un acto sexual que no ha sido consentido en absoluto (por ejemplo, un puñetazo que deja inconsciente a la víctima para, luego, realizar actos sexuales sobre su cuerpo). Sobre la diferencia entre ambas clases de violencia, CASTELLVÍ MONSERRAT, en CORCOY BIDASOLO/GÓMEZ MARTÍN (dirs.), *Comentarios al Código penal, 2023*, en prensa.

⁴⁰ En los delitos contra la libertad sexual, las condiciones de validez del consentimiento se delimitan tanto de forma negativa como positiva. Tal y como se ha indicado en el texto, los arts. 178.2 y 181.1 CP definen dichas condiciones de forma negativa (ausencia de violencia, intimidación, abuso de una situación de superioridad, etc.). Pero, además, el art. 178.1 *in fine* CP lo hace de forma positiva cuando afirma que «Sólo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona». Sobre las implicaciones prácticas de exigir actos que expresen de forma clara la voluntad de la persona, RAMOS VÁZQUEZ, «Algunos problemas conceptuales y epistemológicos de la definición del consentimiento sexual en la llamada ley de “solo sí es sí”», *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, (34), 2023, p. 250; PUENTE RODRÍGUEZ, «Contra la tipificación de la agresión sexual imprudente», en prensa. En todo caso, el precepto transcrito exige que el consentimiento se haya manifestado libremente. Y aunque no es lo mismo exigir que el consentimiento sea libre (como hace el art. 183 bis CP) a que se haya manifestado libremente (pues un consentimiento libre puede ser expresado bajo coacción), dicha exigencia podría entenderse como una condición de validez del consentimiento (que, en gran parte, se solaparía con algunas de las que delimita negativamente el art. 178.2 CP; en concreto, con la ausencia de violencia, intimidación y abuso de una situación de superioridad o vulnerabilidad). No obstante, también podría entenderse, no como una condición de validez del consentimiento, sino como un presupuesto conceptual del consentimiento; es decir, no como algo que delimita cuándo un consentimiento sexual conlleva la atipicidad, sino como algo que delimita qué es un consentimiento sexual. Al fin y al cabo, el art. 178.1 *in fine* CP no empieza diciendo que «El consentimiento solo eximirá de responsabilidad cuando se haya manifestado libremente» (en cuyo caso, la exigencia de que se haya manifestado libremente sería, sin lugar a dudas, una condición de validez del consentimiento y no un presupuesto conceptual), sino que dicho precepto comienza señalando que «Sólo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente». Y, claro, esta frase parece dar a entender que cuando no haya una manifestación libre, simplemente, no existe consentimiento. Sin embargo, creo que esto no es así. En este sentido, la confusa redacción del art. 178.1 *in fine* CP permite una interpretación alternativa. Dicha interpretación parte de la siguiente constatación: en realidad, el art. 178.1 *in fine* CP no contiene una definición del consentimiento, pues, de ser así, dicha definición sería tautológica. En efecto, cuando el art. 178.1 *in fine* CP dice «Sólo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente (...)», la pregunta que surge inmediatamente es ¿cuándo se haya manifestado libremente el qué? Y, claro, la respuesta es «el consentimiento». Esto significa que, en realidad, el art. 178.1 *in fine* CP dice lo siguiente: «Sólo se entenderá que hay consentimiento cuando *el consentimiento* se haya manifestado libremente (...)». Precisamente por ello, dicho precepto no define el consentimiento (pues no se puede definir una palabra con esa misma palabra), sino que, en mi opinión, delimita las condiciones en que el consentimiento (oculto en la frase) tiene efectos jurídicos; esto es, las condiciones en que dicho consentimiento determina la atipicidad de un acto sexual.

⁴¹ Por ello, el art. 1265 CC es, a estos efectos, irrelevante. Sin embargo, la SAP Cáceres, Sección 2ª, de 24 de septiembre de 2020 (ECLI:ES:APCC:2020:934), recurre a dicho precepto civil para afirmar que un determinado error «vicia de forma radical el consentimiento de la víctima, haciéndolo nulo y, por tanto inexistente, efecto del

Además, el legislador penal puede establecer distintas condiciones de validez para distintas clases de «consentimiento». Es decir, puede establecer distintas exigencias para que distintas clases de actos «consentidos» sean atípicos. Así, por ejemplo, las condiciones para consentir válidamente un trasplante de órganos (art. 156 CP) no coinciden con las condiciones para consentir válidamente un acto sexual (art. 178.2 y 181 CP). De este modo, un mismo consentimiento puede hacer que una relación sexual sea atípica y, en cambio, no hacer lo propio con un trasplante de órganos (porque se haya obtenido mediando precio o recompensa, porque lo haya prestado un menor de dieciocho años pero mayor de dieciséis, etc.).

De acuerdo con lo anterior, el consentimiento sexual obtenido por engaño o error es, a estos efectos, válido⁴². El motivo es simple: el Código penal no prohíbe expresamente realizar actos sexuales a través de un engaño o aprovechándose de un error (al contrario de lo que ocurre con el empleo de violencia, intimidación, abuso de superioridad, etc.)⁴³. Y tampoco exige que, para eximir de responsabilidad, el consentimiento sexual deba ser «consciente» o «informado» (como sí hacen, por ejemplo, los arts. 156 y 156 bis CP)⁴⁴. En consecuencia, el engaño o el error no vician

que es muestra lo establecido con carácter general para la validez del consentimiento en el artículo 1.265 de nuestro Código Civil (“Será nulo el consentimiento prestado por error ...”), por lo que concurren los elementos objetivos que conforman el indicado delito de abuso sexual, y en particular el que requiere que la acción que atenta contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona se realice “sin que medie consentimiento”. Tal y como indican AGUSTINA SANLLEHÍ/PANYELLA CARBÓ, «Redefiniendo los delitos sexuales facilitados mediante el uso de sustancias psicoactivas», *Política Criminal*, (15-30), 2020, p. 557, la teoría jurídico-civil de los vicios de la voluntad no resulta aplicable en este ámbito.

⁴² COCA VILA, *InDret*, (3), 2023, pp. 438, 448, sostiene exactamente lo contrario. Pero llega a unas conclusiones muy similares a las sostenidas en este trabajo. Y ello se debe, simplemente, a que él emplea la denominación «consentimiento válido» de un modo que no prejuzga el carácter atípico (o justificado) de la conducta consentida. Y lo mismo sucede cuando dicho autor emplea la locución «consentimiento viciado». Precisamente por ello, tiene sentido que COCA VILA, *InDret*, (3), 2023, p. 453, formule la siguiente pregunta: «¿Qué clase de engaños vician el consentimiento de modo que el menoscabo de la libertad sexual de la víctima constituye un delito de agresión sexual y cuáles son a tal efecto irrelevantes?». Adviértase que dicha pregunta sería absurda con el concepto de «vicio del consentimiento» empleado en el texto, pues, en este sentido, la existencia de un vicio en el consentimiento (sexual) prejuzga la concurrencia de una agresión sexual y, por tanto, no hay (por definición) vicios del consentimiento penalmente irrelevantes. También, VALVERDE CANO, «Lo bueno, lo malo y lo feo de los futuros delitos de esclavitud», *Diario La Ley*, (10272), 2023, p. 7, emplea una noción de «consentimiento viciado» que no prejuzga su relevancia penal cuando afirma que en determinadas «situaciones hay un consentimiento viciado, pero solo debería ser penalmente relevante —al menos a efectos del trabajo forzoso— aquel que afecte significativamente al bien jurídico protegido por el delito de trabajo forzoso». Sin embargo, con la noción de «consentimiento viciado» empleada de este trabajo, las situaciones en las que concurre un consentimiento viciado serán, precisamente, aquellas que afecten significativamente al bien jurídico protegido por el delito en cuestión.

⁴³ RAMOS VÁZQUEZ, en AGUSTINA SANLLEHÍ (coord.), *Comentarios a la ley del «solo sí es sí»*, 2023, p. 172, señala que la decisión legislativa de no prohibir expresamente realizar actos sexuales a través de un engaño es voluntaria, pues «durante la tramitación parlamentaria [de la LO 10/2022], se intentó introducir a través de dos enmiendas el engaño en el art. 178.2 del CP, y ambas fueron rechazadas».

⁴⁴ El art. 178.1 *in fine* CP no contiene una exigencia de estas características cuando afirma que «Sólo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona». En primer lugar, dicho precepto no alude a la «consciencia» o al «conocimiento» de quien consiente, sino, únicamente, a su «libertad». Es cierto que, tal y como indica COCA VILA, *InDret*, (3), 2023, p. 439, «la toma de una decisión autónoma, además de la ausencia de coacción externa y de la competencia mental de quien consiente, depende también de la información de la que dispone quien consiente». Sin embargo, el art. 178.1 *in fine* CP no exige autonomía, sino libertad (es decir, lo que COCA VILA denomina «ausencia de coacción externa»). Sobre las tres dimensiones de la autonomía, véase el apartado 5. En segundo lugar, el consentimiento derivado de un error expresa de forma clara la voluntad de la persona (una voluntad que, lógicamente, deriva de un error). Por ello, no puedo compartir completamente la afirmación de COCA VILA, «El *stealth* como delito de violación», *InDret*, (4), 2022, p. 300, de que «el consentimiento viciado no expresa de manera clara la voluntad de la persona». Quien cree (falsamente) que su

o invalidan el consentimiento sexual (aunque, como se verá más adelante, pueden ocultar la concurrencia de otro acto sexual distinto que no ha sido consentido). De este modo, las relaciones sexuales «consentidas» por engaño o error deben considerarse atípicas. O, al menos, no deben considerarse agresiones sexuales.

2.5. Delitos sexuales y delitos cometidos a través del sexo: sobre los ataques a la libertad reproductiva

¿Ha violado el *tiktoker* a la mujer que lo creía infértil? De acuerdo con todo lo anterior, la respuesta debe ser negativa: si consentir significa aceptar, la mujer engañada ha «consentido» la relación sexual sin preservativo. En consecuencia, dicha relación no puede constituir una violación. Además, el Código penal ya no prohíbe expresamente ningún acto sexual realizado mediante engaño (como ocurría anteriormente con el estupro) y, por tanto, el *tiktoker* tampoco podrá ser castigado por ningún otro delito sexual.

Ahora bien, esto último no significa que la relación sexual sin preservativo sea atípica. Después de todo, el sexo consentido puede dar lugar a otros delitos distintos a los sexuales. El caso paradigmático es el de quien mantiene relaciones sexuales ocultando que padece el VIH: aunque dichas relaciones sexuales no constituyan un delito de violación (por estimarse «consentidas»), el riesgo que implican para la integridad física puede sancionarse mediante los delitos de lesiones⁴⁵. En mi opinión, algo similar podría ocurrir en el caso del *tiktoker*. Al fin y al cabo, la mujer fue engañada sobre los riesgos reproductivos que implicaba la relación sexual sin preservativo. Por ello, dicha relación sexual «consentida» podría ser vista como un ataque contra su libertad reproductiva (negativa). Es decir, como un ataque contra su libertad para rechazar el proceso de procreación.

El problema es que nuestro Código penal solo protege expresamente la libertad reproductiva mediante el art. 161 CP. Es decir, mediante el castigo de «Quien practicare reproducción asistida en una mujer, sin su consentimiento». Dicho tipo únicamente abarca determinados ataques contra la libertad reproductiva negativa de las mujeres. En particular, aquellos que se realizan mediante «reproducción asistida». Esto es, mediante técnicas de reproducción artificial. De este modo, quedan fuera del ámbito del art. 161 CP todos los supuestos de «reproducción no asistida». Es decir, todos los supuestos en que se atenta contra la libertad reproductiva de una mujer por medios distintos a la inseminación artificial, la fecundación *in vitro*, etc. Así, por ejemplo, no realizará el tipo del art. 161 CP quien cambia las pastillas anticonceptivas de una mujer por otras de aspecto similar para que se quede embarazada. Y, claro, lo mismo ocurrirá con quién finge haberse realizado una vasectomía o, simplemente, afirma ser estéril (como en el caso del *tiktoker*).

No obstante, dejando de lado la conveniencia político-criminal de introducir en nuestro ordenamiento un delito genérico contra la libertad reproductiva⁴⁶ —cuyo sujeto pasivo también

interlocutor es multimillonario y le dice «quiero acostarme contigo» expresa de forma clara su voluntad (de acostarse con la persona que cree multimillonaria). Obviamente, su voluntad habría sido otra con más información, pero la expresión de dicha voluntad (mediante el consentimiento) es clara.

⁴⁵ En este sentido, GREEN, «Lies, Rape, and Statutory Rape», en SARAT (ed.), *Law and Lies*, 2015, p. 237.

⁴⁶ Al respecto, CASTELLVÍ MONSERRAT/MÍNGUEZ ROSIQUE, *Diario La Ley*, (9962), 2021, p. 6.

podría ser un hombre al que, por ejemplo, su pareja sexual le hace creer que toma pastillas anticonceptivas o que se ha realizado una ligadura de trompas⁴⁷—, lo cierto es que el embarazo provoca en la gestante un conjunto de efectos físicos (náuseas, vómitos, dolor de cabeza, etc.) que, sin lugar a dudas, perjudican su salud⁴⁸. Esto abre la puerta a que los ataques contra la libertad reproductiva negativa de las mujeres sean castigados como delitos de lesiones⁴⁹. Es decir, como atentados contra su integridad física. El argumento que habilitaría dicha calificación sería el siguiente: los efectos perjudiciales para la salud de la madre (náuseas, vómitos, dolor de cabeza, etc.) derivan del feto concebido en contra de su voluntad y, por ello, deben imputarse al único responsable del embarazo. Es decir, a quien ha impedido que la mujer ejerza (negativamente) su libertad reproductiva. Así, las lesiones causadas mediatamente a través del feto deberían atribuirse a la persona que ha atentado contra su libertad reproductiva.

Es cierto que el delito de lesiones no capta todo el desvalor de un ataque contra la libertad reproductiva de una mujer. Y también es cierto que la aplicación de dicho delito plantea varias dificultades prácticas importantes (¿lesiones dolosas o imprudentes?, ¿de las que requieren tratamiento médico o quirúrgico?, ¿depende esto último de si posteriormente se aborta?). Sin embargo, esta es la única opción que ofrece el arsenal punitivo actual para sancionar los ataques contra la libertad reproductiva que se realizan sin violencia o intimidación (es decir, sin coacciones o amenazas) y sin técnicas de reproducción asistida. De este modo, lo máximo que podría imputarse al *tiktoker* del ejemplo inicial será un delito de lesiones (o, en su caso, una tentativa).

Esta última calificación contrasta con la que, seguidamente, se atribuirá a la práctica del *stealththing*. Es decir, a la práctica de retirarse el preservativo sigilosamente durante una relación sexual. Tal y como se pondrá de manifiesto, dicha práctica sí constituye un delito sexual y, más concretamente, una violación. De esta forma, aunque la conducta del *tiktoker* y el *stealththing* impliquen el mismo riesgo para la libertad reproductiva, su calificación (y su pena) resultará completamente dispar. En el próximo apartado se explicará por qué.

3. Una práctica denominada *stealththing*

Una mujer consiente mantener relaciones sexuales con preservativo y, en el curso de las mismas, el hombre se retira subrepticamente el profiláctico sin que ella lo note. ¿Constituyen dichas relaciones una violación? Pues bien, lo primero que debe advertirse es que la relación sexual con

⁴⁷ Véase también el supuesto al que me refiero en la nota 70.

⁴⁸ En este sentido se pronuncia la reciente STC (Pleno) 44/2023, de 9 de mayo (BOE núm. 139, de 12 de junio de 2023), cuando afirma que el «embarazo es, en primer término, un proceso biológico de la máxima trascendencia para el cuerpo de la mujer en cuanto implica alteraciones sustanciales de carácter morfológico y fisiológico en prácticamente todos los sistemas corporales: endocrino, circulatorio, inmunológico, musculoesquelético, dérmico, respiratorio, excretor, digestivo y, por supuesto, reproductor». Precisamente por ello, dicha sentencia llega a la conclusión de que «el embarazo y el parto, aun cuando no presenten complicación adicional de ninguna clase, generan por sí mismos una afectación relevante de la integridad física de la mujer que se ve sometida a ellos». Así, con base en dicha afectación, el Tribunal Constitucional estima que «la interrupción voluntaria del embarazo (...) forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la integridad física y moral».

⁴⁹ CUGAT MAURI, «Artículo 182 CP vigencia del abuso fraudulento y consecuencias sistemáticas de la introducción de la nueva modalidad de abuso de confianza, autoridad o influencia sobre la víctima», en MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS/ESQUINAS VALVERDE (dirs.), *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen*, 2022, p. 237, nota 452, plantea la posibilidad de aplicar algún delito contra la integridad moral.

preservativo ha sido «consentida» (pues ha sido aceptada). Es cierto que ha sido consentida a causa de un error sobre las intenciones del hombre —dado que, con toda seguridad, la mujer no habría aceptado dicha relación sabiendo que el hombre planeaba quitarse el preservativo—, pero, como se ha visto anteriormente, los engaños y los errores no vician o invalidan el consentimiento sexual. De este modo, la relación sexual con preservativo debe estimarse válidamente consentida y, por tanto, no podrá sancionarse como un delito (de agresión) sexual.

Ahora bien, esto último no significa que el *stealth* constituya una conducta atípica, pues, tras el primer acto sexual (la penetración vaginal con preservativo), el hombre ha realizado otro acto sexual distinto (una penetración vaginal sin preservativo). Y, claro, aunque el primer acto sexual se haya consentido válidamente, el segundo no se ha consentido en absoluto. Precisamente por ello, la (nueva) relación sexual que se inicia cuando el hombre se quita el preservativo constituirá un delito de violación. Después de todo, dicha relación sexual no ha sido aceptada por la mujer y, por ello, se ha realizado «sin su consentimiento» (art. 178.1 CP).

¿Qué diferencia hay entre este caso y el del *tiktoker*? Pues bien, es cierto que en ambos supuestos se emplea un engaño para lograr una relación sexual sin preservativo. No obstante, el engaño del *tiktoker* va dirigido a que la víctima consienta dicha relación sexual sin preservativo (creyendo falsamente que no comporta riesgos reproductivos). En cambio, el engaño propio del *stealth* no va dirigido a que la víctima consienta una relación sexual sin preservativo (pues ella solo ha consentido la penetración vaginal con preservativo), sino que, más bien, pretende ocultar que dicha relación se está produciendo «sin su consentimiento» (art. 178.1 CP)⁵⁰.

Obviamente, esto último presupone que una «penetración vaginal sin preservativo» es una relación sexual distinta a una «penetración vaginal con preservativo». Solo así puede afirmarse que la relación sexual realizada (la penetración vaginal sin preservativo) es distinta a la relación sexual consentida (la penetración vaginal con preservativo). No obstante, si se admite que una cosa es distinta a la otra (y que ambas no constituyen una sola relación sexual «con penetración vaginal»), la pregunta que surge inmediatamente es: ¿no podría llevarse a cabo la misma distinción en el caso del *tiktoker*?, ¿acaso no podría decirse que una «penetración vaginal con una persona infértil» es un acto sexual diferente a una «penetración vaginal con una persona fértil»? Para responder (negativamente) a estas preguntas resulta necesario aclarar qué es un acto sexual. Es decir, resulta necesario aclarar cuál es el objeto del consentimiento sexual.

3.1. El objeto del consentimiento sexual

Una persona puede opinar que un acto sexual entre enamorados es distinto a un acto sexual entre sujetos que solo se utilizan para obtener placer⁵¹: unos «hacen el amor» y los otros «tienen sexo». Obviamente, quien opine esto último deberá afirmar que quien finge amor para acostarse con otro acaba realizando un acto sexual distinto al consentido. Después de todo, el sujeto engañado

⁵⁰ Sobre esta distinción, TADROS, «Beyond the Scope of Consent», *Philosophy & Public Affairs*, (50-4), 2022, p. 437.

⁵¹ HERRING, «Does Yes Mean Yes?: The Criminal Law and Mistaken Consent to Sexual Activity», *Singapore Law Review*, (22), 2002, p. 192.

no habría consentido un acto sexual con alguien que lo utiliza para obtener placer («tener sexo»), sino un acto sexual entre enamorados («hacer el amor»)⁵².

Lo anterior pone de manifiesto que, en función de cómo se definan los actos sexuales, cualquier engaño (o error) puede convertir lo consentido en algo distinto a lo realizado⁵³. Al fin y al cabo, el objeto del engaño —la soltería, la capacidad económica, etc.— siempre puede (re)definir el acto sexual consentido, transformándolo en un acto sexual diferente al que finalmente se ha llevado a cabo («yo no había consentido mantener relaciones sexuales con un casado pobre, sino con un soltero rico»).

Teniendo esto en cuenta, ¿cómo deben definirse los actos sexuales? Pues bien, ante todo debe advertirse que dichos actos no se definen de forma subjetiva. Es decir, que la definición de los actos sexuales no depende de las personas que participan en ellos. En este sentido, la libertad sexual no incluye la posibilidad de determinar qué es un acto sexual (sino, únicamente, la posibilidad de rechazar un acto sexual por el motivo que sea). Así, por ejemplo, aunque alguien estime que, para él, el tocamiento de un codo tiene carácter sexual, dicho acto nunca podrá constituir un delito de agresión sexual (aunque este se realice sin su consentimiento). Lo mismo ocurrirá con el adulto que opine que el exhibicionismo es un acto que atenta contra su libertad sexual (art. 178.1 CP): aunque el exhibicionista conozca dicha opinión, su conducta nunca podrá calificarse como una agresión sexual⁵⁴.

Los ejemplos anteriores muestran que los actos sexuales del art. 178.1 CP requieren, como mínimo, dos elementos. Por un lado, dichos actos deben implicar un determinado *contacto corporal* (cosa que no ocurre con el exhibicionismo). Por el otro, el contacto corporal en cuestión debe tener *naturaleza sexual* desde un punto de vista intersubjetivo (cosa que no ocurre con el tocamiento de un codo). Tal y como se pondrá de manifiesto a continuación, ambos elementos resultan imprescindibles para apreciar un «acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento» (at. 178.1 CP) y, precisamente por ello, dichos elementos definirán los actos sexuales⁵⁵. Es decir, definirán el objeto del consentimiento sexual.

⁵² SCHEIDEGGER, «Balancing Sexual Autonomy, Responsibility, and the Right to Privacy», *German Law Journal*, (22), 2021, p. 776.

⁵³ WESTEN, *The Logic of Consent*, 2004, pp. 40 ss.

⁵⁴ Sobre todo, teniendo en cuenta que el art. 185 CP castiga con una pena sensiblemente inferior los «actos de exhibición obscena ante menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección».

⁵⁵ COCA VILA, *InDret*, (3), 2023, p. 450, alude a elementos similares para «capturar la dimensión sexual de la autonomía y, por ende, la esencia del delito de agresión sexual frente a otras formas delictivas graves». La diferencia es que él no emplea dichos elementos para definir un acto sexual (y distinguirlo de otro), sino para delimitar los engaños que vician el consentimiento sexual. Sin embargo, creo que operando de este modo oculta que los elementos en cuestión no solo definen los engaños sexuales penalmente relevantes, sino que delimitan aquello que tienen en común todas las agresiones sexuales sin consentimiento (art. 178.1 CP). Precisamente por ello, su planteamiento se enfrenta a serios problemas a la hora de fundamentar por qué (solo) son relevantes los engaños relativos a determinados elementos (el grado de injerencia corporal, la naturaleza sexual de la actividad, etc.). En cambio, el planteamiento sostenido en este trabajo no tiene ese problema, pues, desde esta perspectiva, la razón por la que (solo) son relevantes los engaños (o los errores) referidos al contacto corporal y a su naturaleza sexual es, simplemente, que ambos elementos son imprescindibles para apreciar un «acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento» (at. 178.1 CP); es decir, que ambos elementos definen los actos sexuales (y los distinguen de otros distintos). De este modo, los engaños (o errores) sobre dichos elementos son relevantes porque suponen la realización de un acto sexual que no se corresponde con lo que se ha consentido.

3.2. El contacto corporal

El tipo genérico de agresiones sexuales requiere que exista un contacto corporal. Es decir, requiere que el cuerpo de la víctima sufra alguna clase de contacto físico «sin su consentimiento» (art. 178.1 CP). Adviértase que, en todo caso, dicha exigencia de contacto corporal no concurre en las agresiones sexuales «consentidas» de forma viciada o inválida (art. 178.2 y 181 CP). Así, por ejemplo, puede cometerse una agresión sexual sin contacto corporal empleando intimidación o abusando de una situación de superioridad para obligar a que la víctima se masturbe⁵⁶ (o, incluso, a que observe como el autor se masturba⁵⁷). Sin embargo, la conducta equivalente realizada «sin su consentimiento» (art. 178.1 CP) resulta, a todas luces, atípica: el *voyeur* que observa escondido cómo alguien se masturba no comete una agresión sexual (ni tampoco el exhibicionista que se masturba ante terceros sin su consentimiento). En este sentido, la ausencia de un contacto físico impide apreciar un «acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento» (at. 178.1 CP).

Teniendo en cuenta que el contacto físico es un elemento esencial para apreciar un acto sexual (al menos, a los efectos del art. 178.1 CP), dicho acto deberá definirse por el contacto físico que implica. Es decir, por el contacto corporal involucrado. De este modo, el objeto del consentimiento sexual será, precisamente, un determinado contacto físico.

En cambio, la definición de los actos sexuales no deberá incorporar sus riesgos para la libertad reproductiva. Al fin y al cabo, dichos riesgos no son un elemento consustancial a las agresiones sexuales. En este sentido, ni todos los atentados contra la libertad reproductiva presuponen una agresión sexual (el art. 161.1 CP es una buena muestra de ello), ni todas las agresiones sexuales presuponen un atentado contra la libertad reproductiva (por ejemplo, las agresiones sexuales que consisten en tocamientos sorprendidos o en una penetración anal). Algo parecido ocurre con los riesgos para la salud (y, en particular, los derivados de las ETS). Dichos riesgos no deben incorporarse a la definición de los actos sexuales, precisamente, porque no son un elemento consustancial a las agresiones sexuales. De nuevo: ni todas las transmisiones de una enfermedad venérea presuponen una agresión sexual (el SIDA puede contagiarse mediante una jeringuilla), ni todas las agresiones sexuales presuponen alguna clase de riesgo para la salud (por ejemplo, las agresiones sexuales que implican una penetración con preservativo o con un objeto).

Lo anterior explica por qué una penetración vaginal con alguien que toma anticonceptivos orales no es un acto sexual distinto a una penetración vaginal con alguien que no toma dichos

⁵⁶ En este sentido, la STS 1397/2009, Penal, de 29 de diciembre (ECLI:ES:TS:2009:8483), afirma que: «La acción de atentar contra la libertad sexual de otro (...) existe cuando se le somete a comportamientos sexuales no queridos por ella como también es el tener que desnudarse, y mostrar sus partes íntimas al agresor. Que la satisfacción sexual la obtenga éste tocando el cuerpo de la víctima o contemplándola desnuda mientras se masturba es indiferente para integrar para ella lo que es en ambos casos un comportamiento de indudable contenido sexual». Véase también ORTS BERENGUER/SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, 2001, p. 123; TAMARIT SUMALLA, *La protección penal del menor frente al abuso y a la explotación sexual*, 2ª ed., 2002, p. 72; MORILLAS FERNÁNDEZ, «Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en MORILLAS CUEVA (dir.), *Estudios sobre el Código Penal reformado*, 2015, p. 447; PÉREZ ALONSO, «Concepto de abuso sexual: contenido y límite mínimo del delito de abusos sexuales», *InDret*, (3), 2019, p. 15; MONGE FERNÁNDEZ, «Las Manadas» y su incidencia en la Futura Reforma de los Delitos de Agresiones y Abusos Sexuales, 2020, p. 73; CANCIO MELIÁ, «Delitos contra la libertad sexual», en MOLINA FERNÁNDEZ (dir.), *Memento Penal 2023*, 2022, nm. 9269.

⁵⁷ Esta última posibilidad resulta más cuestionable. En contra de admitirla, DÍEZ RIPOLLÉS, «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en DÍEZ RIPOLLÉS/ROMEO CASABONA (dirs.), *Comentarios al Código Penal*, t. II, 2004, p. 277.

anticonceptivos: aunque los riesgos reproductivos de una y otra penetración no tienen nada que ver, el contacto físico que implican es exactamente el mismo. Teniendo en cuenta que los actos sexuales no se definen por sus riesgos reproductivos (sino, únicamente, por el contacto corporal que implican), lo uno y lo otro serán, en realidad, el mismo acto sexual. Precisamente por ello, quien finge tomar anticonceptivos orales para que otro consienta una penetración vaginal no comete una violación. Después de todo, el acto sexual realizado es, exactamente, el acto sexual consentido: una penetración vaginal. En este sentido, los anticonceptivos orales pueden ser la razón por la que se ha consentido ese acto sexual, pero no (re)definen su contenido porque, con o sin pastillas, el contacto corporal es el mismo.

El mismo razonamiento es aplicable al caso del *tiktoker*: una penetración vaginal con alguien infértil no es un acto sexual distinto a una penetración vaginal con alguien fértil (pues el contacto físico que implica lo uno y lo otro es idéntico). Precisamente por ello, tampoco comete una violación quien finge haberse realizado una vasectomía (o, sencillamente, afirma ser estéril) para que una mujer consienta una penetración vaginal sin preservativo⁵⁸. Y, claro, lo mismo ocurre con quien se inventa una analítica «limpia» (o, simplemente, oculta que padece una enfermedad venérea) para hacer lo propio. Ni uno ni otro cometen una violación porque, en ambos casos, el acto sexual realizado se corresponde con el consentido: una penetración vaginal sin preservativo. A estos efectos, la ausencia de fertilidad o de enfermedades venéreas puede explicar por qué se consiente, pero no define qué (acto sexual) se consiente.

Por el contrario, el contacto físico que involucra un acto sexual sí que define dicho acto⁵⁹. Por ello, una penetración vaginal es, sin lugar a dudas, un acto sexual distinto a una penetración anal (dado que lo uno implica un contacto físico distinto a lo otro). En consecuencia, comete una violación quien acuerda una penetración vaginal con una mujer y, posteriormente, realiza una penetración anal. Teniendo en cuenta que el objeto del consentimiento no es una «penetración» en abstracto (sino el concreto contacto físico que implica una penetración vaginal) resulta evidente que la penetración anal se ha realizado «sin su consentimiento» (art. 178.1 CP). Algo similar sucede con quien, tras quedar inmovilizado, sufre prácticas sexuales sadomasoquistas distintas a las consentidas: en tanto que dichas prácticas se plasmen en contactos físicos que no han sido consentidos, la persona que las lleva a cabo cometerá una agresión sexual, pues el acto sexual consentido no se definirá en abstracto como «prácticas sadomasoquistas», sino que se concretará en los contactos físicos que han sido acordados antes de que la víctima fuera inmovilizada.

En todo caso, no es evidente cuánto debe concretarse el contacto físico que implica un acto sexual. Está claro que debe concretarse lo suficiente como para considerar que, en los casos anteriores, existen dos actos sexuales distintos. Por ello, la definición de un acto sexual debe incluir, como mínimo, la parte del cuerpo en que se plasma el correspondiente contacto físico. Así, una penetración anal será distinta a una penetración vaginal, pues el contacto físico que implican ambas penetraciones se plasma en zonas distintas del cuerpo. Más complejo es determinar si, además de las zonas del cuerpo involucradas, también deben incluirse en la

⁵⁸ GUTIÉRREZ MAYO, «Análisis del denominado *stealth* (retirada del preservativo sin consentimiento durante las relaciones sexuales) como ataque contra la libertad sexual», en ORTEGA BURGOS/OCHOA MARCO, *Derecho penal 2021*, 2021, p. 358.

⁵⁹ El contenido de los siguientes párrafos se corresponde esencialmente con CASTELLVÍ MONSERRAT/MÍNGUEZ ROSIQUE, *Diario La Ley*, (9962), 2021, pp. 11 ss. No obstante, existe una diferencia relevante que será desarrollada en el siguiente apartado.

definición de un acto sexual otras características físicas del contacto. En este sentido, creo que algunas de ellas incidirán tan poco en la delimitación física del contacto sexual que, directamente, deberán estimarse irrelevantes. Así, por ejemplo, el grosor del preservativo no debe incluirse en la definición del acto sexual. De esta forma, mantener relaciones sexuales habiendo cambiado un preservativo muy grueso por otro más fino (o al revés) no constituirá una violación, aunque dicho cambio se haya realizado sin consentimiento. Asimismo, tampoco será una violación ocultar la propia menstruación para lograr una relación sexual que, de otra forma, no se hubiera consentido: aun cuando la menstruación modifique las características físicas del contacto sexual (dado que las partes del cuerpo involucradas pasan a estar impregnadas de sangre) su incidencia es tan limitada que no debe incluirse en la definición del acto sexual. Lo mismo podría decirse de quien simula haberse realizado una lavativa para que otro acceda a practicar sexo anal: pese a que dicha simulación pueda modificar las características físicas del sexo consentido, su repercusión será tan reducida que, de nuevo, deberá estimarse irrelevante a la hora de definir el acto sexual.

Sin embargo, aunque determinadas características físicas del contacto sexual puedan estimarse irrelevantes (el grosor del preservativo, la menstruación, etc.), otras tendrán la suficiente transcendencia como para definir el acto sexual consentido⁶⁰. Así, por ejemplo, el contacto físico que implica el tocamiento de un pecho (o de las nalgas) constituye un acto sexual distinto en función de si se realiza por encima o por debajo de la ropa⁶¹: pese a que el contacto físico se produzca entre las mismas zonas del cuerpo (una mano y un pecho), la barrera que representa la ropa es lo suficientemente relevante como para definir el tocamiento consentido. Precisamente por ello, cuando solo se ha consentido dicho tocamiento por encima de la ropa, su realización (sorpresa) por debajo constituirá un acto sexual distinto al consentido y, por lo tanto, un delito de agresión sexual.

Quien comparta lo anterior deberá concluir que el *stealthing* constituye una agresión sexual. Al fin y al cabo, dicha práctica también implica realizar un contacto físico distinto al consentido: en lugar de un contacto entre preservativo y membranas mucosas, se produce un contacto directo entre membranas mucosas⁶². Aquí, el profiláctico representa una *barrera física* que, al igual que

⁶⁰ Obviamente, la frontera entre unas características físicas y otras no es clara, pues su diferencia es meramente gradual. Así, tal y como indica COCA VILA, *InDret*, (3), 2023, p. 456, más allá de algunos «supuestos claros, no resulta en absoluto sencillo establecer una métrica de la injerencia corporal».

⁶¹ En este sentido se pronuncia, R v. Kirkpatrick, 2020 BCCA 136. Sobre dicha sentencia canadiense, GOTELL/GRANT, «Does “No, Not Without a Condom” Mean “Yes, Even Without a Condom”? The Fallout from R v Hutchinson», *Dalhousie Law Journal*, (43-2), 2020, pp. 770 ss.

⁶² GILI PASCUAL, «*Stealthing*. Sobre el objeto del consentimiento en el delito de abuso sexual», *Cuadernos de política criminal*, (135), 2021, p. 124, también llega a la conclusión de que el uso del preservativo define el acto sexual consentido. Pero afirma que ello no se debe a «un criterio físico o sensorial», sino a que «la mayoría de las personas manifiestan preferencias fuertes (*strong preferences*) en relación con 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 diferenciada». No obstante, creo que recurrir al lenguaje cotidiano para establecer diferencias entre actos sexuales puede conducir a consecuencias absurdas; por ejemplo, considerar que «hacer el amor» y «tener sexo» son cosas distintas (y que, por tanto, quien finge amor para acostarse con otro acaba realizando un acto sexual distinto al consentido). Y, por otro lado, trazar dichas diferencias mediante las fuertes preferencias (*strong preferences*) de la mayoría de la población supone, en mi opinión, algo parecido a diferenciar entre «buenas» y «malas» razones para consentir un acto sexual (las que se corresponden con las fuertes preferencias de la mayoría población y las que no).

la ropa, resulta lo suficientemente trascendente como para definir el acto sexual consentido⁶⁵. Dicho acto será, en el *stealthing*, una «penetración vaginal con preservativo» y, por este motivo, la posterior «penetración vaginal sin preservativo» constituirá un acto sexual distinto al consentido por la víctima⁶⁴. Es decir, un acto sexual realizado «sin su consentimiento» (art. 178.1 CP).

En definitiva, la relevancia física del preservativo (que impide el contacto directo entre membranas mucosas) es lo que permite incorporarlo a la definición de un acto sexual. En cambio, sus efectos profilácticos (la prevención de enfermedades y embarazos no deseados) resultan intrascendentes para definir dicho acto. Precisamente por ello, la práctica del *stealthing* constituye un delito de agresión sexual y, sin embargo, el engaño sobre la propia infertilidad o la ausencia de enfermedades venéreas no puede sancionarse como tal: aunque ambas prácticas conlleven los mismos riesgos para la salud y la libertad reproductiva, solamente el *stealthing* modifica el contacto físico que, en última instancia, define el acto sexual consentido.

En resumen: una penetración vaginal con preservativo es un acto sexual distinto a una penetración vaginal sin preservativo, pues el contacto físico que implican es diferente; una supone un contacto entre el preservativo y las membranas mucosas y la otra un contacto directo entre membranas mucosas. Por este motivo, quien practica el *stealthing* realiza un acto sexual (la penetración vaginal sin preservativo) distinto al consentido (la penetración vaginal con preservativo) y, en consecuencia, comete una agresión sexual. En cambio, una penetración vaginal con alguien infértil es el mismo acto sexual que una penetración vaginal con alguien fértil, dado que el contacto físico que implican ambas penetraciones es idéntico. Por ello, quien logra una penetración vaginal sin preservativo mintiendo sobre su fertilidad (el *tiktoker* del ejemplo inicial) no realiza un acto sexual distinto al consentido y, por tanto, no comete una agresión sexual. Así pues, aunque el caso del *tiktoker* y el del *stealthing* sean idénticos desde la perspectiva de la libertad reproductiva (ambos comportan el mismo riesgo de provocar un embarazo no deseado), solamente el *stealthing* implica un contacto corporal no consentido y, por ello, solamente el *stealthing* constituye una agresión sexual.

Aclarado lo anterior, queda aún por resolver la cuestión de si dicha agresión sexual constituye un delito de violación. Es decir, si dicha agresión sexual consiste en «acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de objetos por alguna de las dos primeras vías» (art. 179.1 CP). No obstante, antes de resolver esta cuestión se intentará dar respuesta a dos preguntas íntimamente vinculadas con la definición de acto sexual esbozada (como contacto corporal de naturaleza sexual). En particular: ¿es una agresión sexual pinchar un preservativo sin consentimiento?, y ¿lo es ponerse un preservativo sin consentimiento?

⁶⁵ AG Berlin-Tiergarten, 11.12.2018 - (278 Ls) 284 Js 118/18 (14/18), calificando también dicha barrera como «mental». Con respecto a esa resolución, WIßNER, «Stealthing: ein besorgniserregender Trend», *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, (103-4), 2020, p. 317; CAROLI/GENEUSS, «La rimozione fraudolenta del preservativo come aggressione sessuale. Lo Stealthing davanti al giudice penale», *Diritto Penale Contemporaneo*, (1), 2021, p. 140; GENEUSS/BUBLITZ/PAPENFUß, «Zur Strafbarkeit des Stealthing», *Juristische Rundschau*, (5), 2021, p. 190; KEßLER, *Sexuelle Täuschungen – Strafbarkeit und Strafwürdigkeit nach deutschem Sexualstrafrecht*, 2022, pp. 148 ss. Posteriormente, OLG Schleswig, 19.03.2021 - 2 OLG 4 Ss 13/21; BGH, 13.12.2022 - 3 StR 372/22.

⁶⁴ BRODSKY, «Rape-Adjacent», *Columbia Journal of Gender and Law*, (32-2), 2017, p. 190.

a. *Preservativos pinchados y eyaculaciones sin consentimiento*

A los efectos de definir un acto sexual, los preservativos no son relevantes por la *función* que cumplen (sus efectos profilácticos), sino por la barrera física que implican; es decir, por su *dimensión física*. Esto hace que un preservativo pinchado sea, a estos efectos, equiparable a un preservativo que no lo está, pues, a nivel físico, la diferencia entre ambos es despreciable (aunque a nivel funcional exista una diferencia abismal). En este sentido, pinchar un preservativo tiene menos relevancia física que cambiar uno más grueso por otro más fino, ocultar la menstruación, etc. Si esto último es irrelevante para definir un acto sexual, el agujero en el preservativo tampoco podrá incorporarse a dicha definición. En consecuencia, el agujero en cuestión resultará insuficiente (al menos, por sí mismo) para apreciar un delito de agresión sexual.

En todo caso, aunque pinchar un preservativo no afecte a la definición de la penetración vaginal subsiguiente (que seguirá siendo una «penetración vaginal con preservativo»), dicho pinchazo tiene el efecto de permitir un contacto físico adicional: el que implica la eyaculación. Y, claro, dicho contacto podría ser relevante por sí mismo; al menos, si se estima que eyacular sin consentimiento (por ejemplo, omitiendo realizar la «marcha atrás») constituye una agresión sexual. En ese caso, pinchar un preservativo y realizar una penetración con él sería, como mínimo, una tentativa de agresión sexual. Al fin y al cabo, dicha penetración (con el preservativo pinchado) sería el preludeo de un contacto físico no consentido: el del esperma con la vagina.

Ahora bien, ¿constituye una agresión sexual eyacular (dolosamente) sin consentimiento? La respuesta no es evidente⁶⁵. Adviértase que la relevancia física de la eyaculación solo es ligeramente superior a la de la menstruación: si ocultar lo segundo no constituye una agresión sexual, es dudoso que ocultar lo primero sí lo sea. Obviamente, los riesgos que implica lo uno y lo otro para la libertad reproductiva son completamente dispares, pero, en todo caso, dichos riesgos no definen los actos sexuales. En este sentido, la relevancia de la eyaculación debe medirse con independencia de su capacidad para provocar un embarazo: si eyacular sin consentimiento en el marco de una penetración vaginal es una agresión sexual, también lo será eyacular sin consentimiento en el marco de una penetración anal. Además, si la eyaculación tiene entidad (física) suficiente para definir un acto sexual, agujerear un preservativo ajeno será un medio idóneo para cometer una agresión sexual (en autoría mediata); así, el farmacéutico que pincha los preservativos que vende por motivos religiosos cometería tantas agresiones sexuales como eyaculaciones sin consentimiento se hayan producido gracias a él. Esto es, sin duda, contra-intuitivo. Y ello habla en contra de que la mera eyaculación tenga la relevancia (física) suficiente como para definir un acto sexual.

No obstante, también existen casos cuya resolución es contra-intuitiva si la eyaculación no tiene dicha relevancia física. En particular, todos aquellos en que la eyaculación es el único contacto físico que existe entre autor y víctima. El supuesto enjuiciado por la SAP Murcia 309/2012⁶⁶ es un buen ejemplo de ello:

⁶⁵ Tanto es así que en CASTELLVÍ MONSERRAT/MÍNGUEZ ROSIQUE, *Diario La Ley*, (9962), 2021, p. 12, se contesta dicha pregunta de otro modo (pese a que MÍNGUEZ ROSIQUE se inclinaba por la respuesta que, ahora, estimo preferible).

⁶⁶ SAP Murcia, Sección 5ª, de 18 de diciembre de 2012 (ECLI:ES:APMU:2012:3230).

«El procesado con ánimo libidinoso y aprovechando la estancia de su hijo un sábado en su domicilio, sin poder determinar la fecha concreta, pero en todo caso con anterioridad a mayo de 2012, se masturbó en presencia de su hijo eyaculando en su boca».

Para que en este supuesto pueda apreciarse un delito de agresión sexual (y no una mera conducta de exhibicionismo obsceno) debe reconocerse que la mera eyaculación sobre el cuerpo de la víctima es, en sí misma, un acto sexual; esto es, un contacto físico de naturaleza sexual⁶⁷. Y, claro, si la «eyaculación externa» sobre el cuerpo de la víctima constituye un acto sexual, la «eyaculación interna» también deberá serlo. Y, de ser así, pinchar un preservativo y realizar una penetración con él será, como mínimo, una tentativa de agresión sexual.

En mi opinión, casos como el anterior (o cualquier otro en que se eyacule sin consentimiento sobre el cuerpo de una víctima que está dormida o de espaldas al autor⁶⁸) ponen de relieve que la eyaculación tiene la relevancia (física) necesaria para delimitar un acto sexual. En consecuencia, eyacular sin consentimiento en el marco de una penetración vaginal debe considerarse un acto sexual no consentido y, por tanto, un delito de agresión sexual⁶⁹. Y ello con independencia de si se omite la «marcha atrás» o se utiliza un preservativo pinchado para eyacular sin consentimiento⁷⁰. Obviamente, también cometerá dicho delito quien hace lo propio en el marco de una penetración anal. Y, salvo que se recurra a alguna doctrina que limite la posibilidad de

⁶⁷ Así, RAMOS VÁZQUEZ, *Política criminal, cultura y abuso sexual de menores*, 2016, p. 117.

⁶⁸ Un ejemplo reciente en: <https://www.elperiodico.com/es/barcelona/20230605/detenido-hombre-eyacular-espalda-chica-fiesta-barca-femenino-champions-sant-jaume-barcelona-88311472>

⁶⁹ En este sentido, RAMOS VÁZQUEZ, en AGUSTINA SANLEHÍ (coord.), *Comentarios a la ley del «solo sí es sí»*, 2023, p. 170.

⁷⁰ En todo caso, la utilización de un preservativo pinchado solo constituirá una agresión sexual (consumada o en tentativa) cuando sea un medio para eyacular sin consentimiento; es decir, cuando pinche el preservativo la persona que luego eyaculará (normalmente, un hombre). En cambio, al contrario de lo que ha sostenido una reciente sentencia alemana (AG Bielefeld, Urt. v. 2.5.2022, Az. 10 Ls – 566 Js 962/21 – 476/21), la utilización de un preservativo pinchado no constituirá una agresión sexual (consumada o en tentativa) cuando sea un medio para recibir una eyaculación sin consentimiento; esto es, cuando pinche el preservativo la persona que luego recibirá la eyaculación (normalmente, una mujer). De este modo, el hombre que pincha un preservativo para dejar embarazada a una mujer que no desea ser madre comete una agresión sexual, mientras que la mujer que pincha un preservativo para quedarse embarazada de un sujeto que no desea ser padre realiza una conducta (*de lege lata*) atípica. La razón que explica esta diferencia es que la mujer (que no desea ser madre) sufre un contacto corporal in consentido: el del esperma con su cuerpo. En cambio, el hombre (que no desea ser padre) no sufre ningún contacto corporal in consentido; al fin y al cabo, el esperma que impacta en la mujer ya no es parte de su cuerpo. Lo anterior puede entenderse más fácilmente imaginando dos supuestos equivalentes de eyaculación «externa» (en vez de «interna»). El ejemplo del hombre que pincha el preservativo para eyacular dentro de la mujer (que no desea ser madre) es equivalente al del sujeto que eyacula sin consentimiento sobre el cuerpo de una víctima que está dormida o de espaldas: en ambos casos la víctima sufre un contacto corporal (de naturaleza sexual) in consentido y, por ello, concurre una agresión sexual. En cambio, el ejemplo de la mujer que pincha el preservativo para recibir la eyaculación del hombre (que no desea ser padre) es equivalente al de una persona que se acerca por la espalda a un sujeto que se está masturbando para, en el momento de la eyaculación, aparecer sorpresivamente e «interceptar» con su cuerpo el esperma de dicho sujeto sin su consentimiento: en ninguno de los dos casos el sujeto que eyacula sufre un contacto corporal (de naturaleza sexual) in consentido y, por tanto, no concurre agresión sexual alguna. Esta asimetría se debe que el esperma no es parte del cuerpo de quien eyacula, pero puede provocar que otro sufra un contacto corporal (de naturaleza sexual). Lo cual, por cierto, también sucede con cualquier clase de objeto: quien de forma in consentida toca las nalgas de una mujer con un bastón (o un consolador) puede cometer una agresión sexual, mientras que la mujer que de forma in consentida toca dicho bastón (o consolador) con sus nalgas nunca realizará una agresión sexual.

apreciar agresiones sexuales en autoría mediata⁷¹, lo mismo deberá decirse del farmacéutico que pincha los preservativos que vende por motivos religiosos.

En este punto debe destacarse un matiz: la eyaculación implica un contacto físico distinto a la penetración que la precede y, por ello, lo uno y lo otro pueden considerarse actos sexuales distintos. De este modo, cuando la eyaculación sin consentimiento se produzca en el contexto de una penetración consentida, no deberá apreciarse un solo acto sexual no consentido (una penetración con eyaculación), sino que deberán distinguirse dos actos sexuales distintos: uno consentido (la penetración) y otro no consentido (la eyaculación). Adviértase que, en todo caso, dicha distinción no puede hacerse en el caso del *stealth*; en este sentido, el preservativo delimita el contacto corporal que implica la penetración, pero no constituye un acto sexual distinto a la penetración. Por ello, en el *stealth* no deberá apreciarse un acto sexual consentido (la penetración) y otro no consentido (el contacto directo entre membranas mucosas), sino que únicamente concurrirá un acto sexual no consentido: una penetración sin preservativo; esto es, una penetración que se define por el contacto físico que implica (el contacto directo entre membranas mucosas).

El matiz anterior será relevante para determinar si una agresión sexual u otra (la eyaculación sin consentimiento o el *stealth*) constituyen una violación del art. 179 CP. Más adelante se explicará por qué. Sin embargo, antes se dará respuesta a la siguiente cuestión: ¿constituye una agresión sexual ponerse un preservativo sin consentimiento? En otras palabras: ¿es un delito el *stealth* inverso?

b. ¿*Stealth* inverso?

El *stealth* es un delito de agresión sexual aunque no se produzca eyaculación alguna (por ejemplo, porque la víctima advierte el fraude antes de finalizar la relación sexual)⁷². En tanto que los actos sexuales se definen por el contacto físico que implican, una «penetración vaginal sin preservativo» será un acto sexual distinto a una «penetración vaginal con preservativo» y, por ello, quien lleva a cabo lo primero habiendo pactado lo segundo con la víctima realizará, en todo caso, un acto sexual «sin su consentimiento» (art. 178.1 CP). Pero, ¿y al revés? ¿También comete una agresión sexual quien pacta una «penetración vaginal sin preservativo» y lleva a cabo una «penetración vaginal con preservativo»? Con dos ejemplos se entenderá mejor. El primero: una mujer religiosa consiente una «penetración vaginal sin preservativo» con el único fin de procrear; sin embargo, el hombre que se ha ofrecido a realizarla no está interesado en dichos fines y, durante el coito, aprovecha un descuido de la mujer para ponerse sigilosamente un preservativo que, finalmente, le permite eyacular sin arriesgarse a producir un embarazo. El segundo ejemplo: un hombre alérgico al látex consiente una «penetración anal sin preservativo»; no obstante, su pareja sexual tiene miedo de contraer alguna enfermedad y, pensando que no será para tanto, se

⁷¹ En contra, POZUELO PÉREZ, «La agresión sexual en autoría mediata: Proxenas, clientes y violación de personas prostituidas», *InDret*, (1), 2022, pp. 209 ss.

⁷² KEISLER, *Sexuelle Täuschungen*, 2022, p. 342.

pone subrepticamente un preservativo de látex que, al final, termina provocando en la otra parte una reacción alérgica⁷³.

¿Concorre una agresión sexual en los ejemplos anteriores? Pues bien, primero de todo debe advertirse lo siguiente: si antes se ha considerado que el *stealth* supone realizar un acto sexual distinto al consentido, lo mismo deberá decirse ahora con respecto al *stealth* inverso⁷⁴. De este modo, una «penetración con preservativo» será, en todo caso, un acto sexual distinto a una «penetración sin preservativo» (con independencia de si se ha consentido la primera y se ha realizado la segunda, o viceversa). En consecuencia, el *stealth* inverso siempre supondrá realizar un acto sexual que no se corresponde con el consentido: una penetración caracterizada por el contacto entre membranas mucosas y un profiláctico (penetración con preservativo) en lugar de otra que se define por el contacto directo entre membranas mucosas (penetración sin preservativo).

Ahora bien, esto último no implica necesariamente que el *stealth* inverso constituya una agresión sexual, pues, aunque el acto sexual consentido sea distinto al acto realizado, el primero podría ser concebido como un *plus* respecto al segundo⁷⁵. Y, en ese caso, algunos autores plantean la posibilidad de recurrir al criterio de exclusión de la imputación por «disminución del riesgo» para negar la responsabilidad de quien, en palabras de COCA VILA, «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»⁷⁶. Conforme a dicho criterio podría excluirse la concurrencia de una agresión sexual, no solo en el *stealth* inverso, sino también en aquellos casos en que se realiza un acto sexual distinto al consentido, pero menos lesivo que este. Así, por ejemplo, quien da un beso a alguien que (solo) ha consentido una penetración vaginal. O quien introduce un objeto fálico en la vagina de una mujer que esperaba una penetración con el órgano sexual masculino⁷⁷. O, incluso, la persona que lleva a cabo una penetración vaginal cuando lo consentido era, directamente, una penetración anal.

En mi opinión, sin embargo, el criterio de la «disminución del riesgo» no puede aplicarse a los ejemplos anteriores. Dejando de lado las dificultades para establecer una escala intersubjetiva de «grados de injerencia corporal» —¿constituye el sexo vaginal un *minus* respecto al sexo anal?—, creo que los delitos contra la *libertad* sexual también deben proteger a quien consiente «lo más» pero no «lo menos». De lo contrario, consentir un acto sexual supondría permitir, no solo dicho

⁷³ Aluden a ejemplos similares, FRANZKE, «Zur Strafbarkeit des so genannten Stealthings», *Bonner Rechtsjournal*, (2), 2019, p. 118; DENZEL/KRAMER DA FONSECA CALIXTO, «Strafbarkeit und Strafwürdigkeit der sexuellen Täuschung», *Kriminalpolitische Zeitschrift*, (6), 2019, p. 315.

⁷⁴ En general, la denominación «*stealth* inverso» se emplea para referirse a la práctica de realizar una «penetración con preservativo» cuando se ha pactado una «penetración sin preservativo». Este es el significado que tiene en el texto y en CASTELLVÍ MONSERRAT/MÍNGUEZ ROSIQUE, *Diario La Ley*, (9962), 2021, p. 14; GARCÍA PÉREZ, «Algunas reflexiones, a la vista de los primeros pronunciamientos jurisprudenciales en España, en torno al delito de *stealth*», *Práctica penal*, (108), 2022, p. 20; COCA VILA, *InDret*, (4), 2022, p. 302; EL MISMO, *InDret*, (3), 2023, p. 458. Sin embargo, MARTÍNEZ DE ABREU, «Una aproximación a la relevancia penal del *stealth* en el ordenamiento español», *Revista penal México*, (22), 2023, p. 129, emplea dicha denominación para referirse a otra práctica distinta; concretamente, a la de «agujerear los preservativos con el fin de quedarse embarazada». En la nota 70 me refiero a dicha práctica y explico por qué (al contrario de lo que opina MARTÍNEZ DE ABREU) no debería calificarse como una agresión sexual.

⁷⁵ HOVEN, «Das neue Sexualstrafrecht: Ein erster Überblick», *NStZ*, (10), 2020, p. 581.

⁷⁶ COCA VILA, *InDret*, (4), 2022, p. 305.

⁷⁷ COCA VILA, *InDret*, (3), 2023, p. 458.

acto sexual, sino también todos aquellos actos sexuales que, pese a ser indeseados, implican un grado de injerencia corporal menor. El mensaje sería: «quien ha consentido lo más no puede negarse a lo menos». Y ello supondría que los delitos contra libertad sexual no garantizan la posibilidad de rechazar cualquier contacto corporal (de naturaleza sexual), sino, únicamente, la posibilidad de rechazar (en bloque) todos los contactos sexuales que implican un determinado grado de injerencia corporal.

De todos modos, rechazar la aplicación del criterio de la «disminución del riesgo» en los ejemplos anteriores (dar un beso a quien consiente una penetración, introducir un objeto cuando se esperaba un miembro corporal, etc.) no implica que, en todo caso, deban calificarse como agresiones sexuales. A estos efectos, deben hacerse dos matizaciones. La primera: quien consiente dos actos sexuales distintos también consiente (solo) uno. Así, por ejemplo, quien consiente una penetración y un beso también consiente (solo) una penetración o un beso (del mismo modo que quien consiente que le corten los dos brazos también consiente que le corten uno). En consecuencia, la otra parte no cometerá una agresión sexual si en lugar de realizar ambos actos sexuales (una penetración y un beso) solo realiza uno (una penetración o un beso). Y ello no deriva de una disminución del riesgo, sino, directamente, de que dicha conducta está consentida⁷⁸.

La segunda matización: en el ámbito sexual, quien consiente expresamente lo más (una penetración) suele consentir implícitamente lo menos (un beso). Así, aunque una persona no exprese verbalmente «quiero que me des un beso», ello puede sobreentenderse cuando dice «quiero realizar un coito contigo»⁷⁹. Por ello, en circunstancias normales, dicho beso será atípico aunque no se haya verbalizado expresamente su consentimiento. Algo similar ocurrirá con quien

⁷⁸ De otra opinión, COCA VILA, *InDret*, (4), 2022, p. 305, recurriendo a dicho criterio (de disminución del riesgo) para afirmar que «quien pacta con su víctima mantener relaciones sexuales con penetración anal sabiendo que solo está dispuesto a mantener una relación sexual sin penetración no comete un delito de agresión sexual cuando inicia la relación sexual».

⁷⁹ Sobre el papel que juegan aquí las convenciones sociales, TILTON/JENKINS ICHIKAWA, «Not What I Agreed To: Content and Consent», *Ethics*, (132-1), 2021, p. 146. COCA VILA, *InDret*, (3), 2023, p. 448, critica el recurso a dichas convenciones afirmando que «además de no amortiguar la incertidumbre sobre los límites de lo realmente consentido, tiene el riesgo de determinar el consentimiento de la víctima con base en convenciones sociales moralmente cuestionables. Dado que la convención social establece que en la mayoría de contextos el sexo biológico de una persona es relevante, no revelar dicho dato conduciría a afirmar que la relación sexual no ha sido consentida, cometiendo la persona transgénero un delito de agresión sexual». Sin embargo, aunque las convenciones sociales se empleen para concretar qué actos sexuales se han consentido mediante una determinada expresión (de modo que, en circunstancias normales, pueda sobreentenderse que quien dice «quiero realizar un coito contigo» consiente un beso previo), dichas convenciones no determinan qué es un acto sexual (a los efectos del art. 178.1 CP). Tal y como se ha indicado previamente (3.1), el exhibicionismo no es un «acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento» (art. 178.1 CP) aunque las convenciones sociales digan lo contrario. Al fin y al cabo, los actos sexuales a los que se refiere el art. 178.1 CP se definen por el contacto corporal (de naturaleza sexual) que implican. Precisamente por ello, aunque las convenciones sociales establezcan que el sexo biológico de una persona es relevante, no concurrirá ninguna agresión sexual si el contacto corporal (de naturaleza sexual) consentido se corresponde con el contacto corporal (de naturaleza sexual) realizado. Y, por la misma razón, tampoco concurrirá agresión sexual alguna cuando «(V) está dispuesta a mantener una relación sexual con (A) siempre y cuando este sea judío y esté soltero, algo que expresa claramente. (A) miente a (V) sobre ambos extremos y consigue así el consentimiento de (V)», pues, al contrario de lo que indica COCA VILA, *InDret*, (3), 2023, p. 448, no es evidente que «(V) ha consentido una relación sexual muy determinada, a saber, con una persona judía y soltera». En este sentido, el acto sexual consentido no queda definido por la religión o el estatus civil de una persona (pese a que las convenciones sociales puedan establecer que ello es relevante), sino por el contacto corporal (de naturaleza sexual) que implica. Y, desde esta perspectiva, el acto sexual consentido se corresponde con el realizado.

consiente expresamente una penetración vaginal con el órgano sexual masculino: en muchas ocasiones, ello implicará un consentimiento tácito de una (previa) penetración digital. Y, claro, no es raro que quien consiente explícitamente una penetración vaginal sin preservativo también consienta (implícitamente) una penetración vaginal con preservativo. Precisamente por ello, tanto el *stealth* inverso como la mayoría de los ejemplos anteriores no constituirán una agresión sexual, al menos, cuando se produzcan en circunstancias normales; es decir, en circunstancias que permitan inferir que consentir expresamente «lo más» supone consentir implícitamente «lo menos». Y, de nuevo, ello no deriva de que se haya disminuido el riesgo, sino de que ese acto sexual «menor» también estaba (implícitamente) consentido.

¿Cuándo constituirán una agresión sexual los ejemplos anteriores? Pues, en mi opinión, cuando «lo menos» no pueda entenderse implícitamente consentido; a saber, cuando se haya rechazado expresamente o dicho rechazo pueda inferirse de las circunstancias en que se ha consentido «lo más». Así, por ejemplo, quien consiente una penetración vaginal, pero rechaza explícitamente un beso —por dedicarse a la prostitución o ser un *swinger*—, sufre una agresión sexual cuando la otra parte le «roba un beso»⁸⁰. Y lo mismo sucede con quien consiente una penetración del órgano sexual masculino siendo alérgico al material de un determinado juguete sexual: aquí no puede entenderse implícitamente consentida una penetración con dicho juguete sexual y, por ello, su uso sorpresivo constituirá una agresión sexual. Y, finalmente, quien practica el *stealth* inverso cuando la otra parte ha rechazado expresamente una penetración con preservativo (aunque haya consentido una penetración sin dicho profiláctico) también cometerá una agresión sexual⁸¹. De este modo, aunque lo normal sea que consentir expresamente una penetración sin preservativo («lo más») suponga consentir tácitamente una penetración con preservativo («lo menos»), quien rechaza explícita o implícitamente lo segundo —ya sea por buscar un embarazo o por tener alergia al látex— sufre una agresión sexual cuando la otra parte se pone un preservativo sin consentimiento; es decir, cuando practica el *stealth* inverso⁸².

⁸⁰ En contra, COCA VILA, *InDret*, (3), 2023, p. 458, apuntando a la posibilidad de apreciar un delito de trato degradante.

⁸¹ KEßLER, *Sexuelle Täuschungen*, 2022, p. 343.

⁸² ¿Y si alguien consiente el tocamiento de un pecho (o de las nalgas) por *debajo* de la ropa y, sin embargo, dicho tocamiento se realiza por *encima* de la ropa? COCA VILA, *InDret*, (4), 2022, p. 306, nota 57, señala agudamente que un planteamiento como el expuesto en el texto debería llevar a la (contraintuitiva) respuesta de que el tocamiento por encima de la ropa constituye una agresión sexual. Al fin y al cabo, si la ropa es lo suficientemente relevante como para definir el acto sexual que implica el tocamiento de un pecho (o de las nalgas), un «tocamiento por encima de la ropa» será un acto sexual distinto a un «tocamiento por debajo de la ropa» (con independencia de si se ha consentido lo primero y se ha realizado lo segundo, o viceversa). Y, claro, si antes se ha considerado que en el supuesto inverso —consentir un tocamiento por *encima* de la ropa y que este se realice por *debajo*— concurren dos actos sexuales distintos, ahora también deberá hacerse lo propio. No obstante, al contrario de lo que ocurre con el supuesto inverso, lo más habitual es que quien consiente expresamente el tocamiento por debajo de la ropa («lo más») consienta implícitamente el tocamiento por encima («lo menos»). Es más, no se me ocurre ningún supuesto (realista) en que esto no sea así. Por ello, aunque el consentimiento solo vaya referido expresamente a un tocamiento por debajo de la ropa, en circunstancias normales podrá sobreentenderse que un tocamiento por encima de dicha ropa también está (tácitamente) consentido. Y que, por ello, no constituye una agresión sexual. Ahora bien, si, por el motivo que sea, se rechaza expresamente (y de forma seria) el tocamiento por encima (aunque se consienta por debajo), dicho tocamiento deberá ser considerado una agresión sexual. Quizás, el hecho de que no existan buenas razones para realizar una elección sexual tan extravagante hace que sea difícil empatizar con ella y, por tanto, considerarla digna de protección. Sin embargo, tal y como se ha expuesto anteriormente (2.3.c), los delitos contra la libertad sexual no pueden diferenciar entre «buenas» y «malas» razones, pues dichos delitos garantizan, precisamente, la posibilidad de aceptar o rechazar un acto sexual por el motivo que sea (aunque resulte absurdo o censurable). En este sentido, los ejemplos mencionados en el texto también constituirían una agresión sexual aunque la elección sexual de sus víctimas —consentir «lo más» pero no «lo menos»— no estuviera

c. ¿Agresión sexual con acceso carnal consentido?

Queda aún por resolver la cuestión de si el *stealth* constituye un delito de violación. Es decir, si dicha agresión sexual consiste en «acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías» (art. 179.1 CP). Teniendo en cuenta que el *stealth* presupone un acto que atenta «contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento» (art. 178 CP) y un «acceso carnal» (art. 179.1 CP), la única forma de negar la concurrencia de una violación pasa por desvincular lo primero de lo segundo. Es decir, pasa por afirmar que el acto que atenta «contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento» (art. 178 CP) se ciñe exclusivamente a la retirada subrepticia del preservativo y que, por ello, el «acceso carnal» (art. 179.1 CP) sí está consentido⁸³. De acuerdo con GILI PASCUAL, esto último:

«(...) 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»⁸⁴.

En mi opinión, sin embargo, el razonamiento anterior no puede aplicarse al *stealth*, sino, únicamente, a los casos en que concurren simultáneamente dos actos sexuales distintos; concretamente, a los casos en que concurren a la vez dos contactos corporales diferentes: uno consentido (el que implica acceso carnal) y otro no consentido (el que no implica acceso carnal). Así, por ejemplo, en el supuesto expuesto anteriormente de quien «roba un beso» a una persona que solamente ha consentido una penetración vaginal —rechazando expresamente un beso por dedicarse a la prostitución o al intercambio de parejas—, no se cometerá una violación aunque el beso in consentido se produzca *durante* la penetración vaginal, pues, en este caso, no existirá un único acto sexual no consentido (una penetración con beso), sino dos distintos: uno consentido (la penetración) y otro no consentido (el beso). De este modo, podrá afirmarse que el acto sexual realizado «sin su consentimiento» (art. 178.1 CP) se ciñe exclusivamente al contacto corporal que implica el beso y que, por ello, el acto sexual que supone el «acceso carnal» sí ha sido consentido. Precisamente por ello, la agresión sexual que representa el beso in consentido no constituiría una violación (aunque se haya producido en el contexto de una relación sexual con acceso carnal).

respaldada por buenas razones (reproductivas, médicas o emocionales). Así, por ejemplo, el *stealth* inverso sería delictivo pese a que la víctima hubiera rechazado la penetración con preservativo porque sí (y no por buscar un embarazo o tener alergia al látex). Lo mismo ocurriría con quien consiente un coito y rechaza la penetración con un juguete: dicho rechazo merecería protección aunque no esté fundamentado en una alergia u otro motivo médico. Y, finalmente, quien consiente una penetración, pero rechaza un beso, no solo merece protección si lo hace por motivos emocionales comprensibles (dedicarse a la prostitución o al intercambio de parejas), sino también si lo hace por razones absurdas o, incluso, por mero capricho. Obviamente, en estos casos será más difícil acreditar que no existía un consentimiento implícito, pero, si el rechazo es expreso y serio (y el autor lo conocía), deberá apreciarse una agresión sexual. Después de todo, los delitos contra la *libertad* sexual también protegen las elecciones sexuales extravagantes o absurdas.

⁸³ Señala dicha posibilidad RAGUÉS I VALLÈS, «Delitos contra la libertad sexual», en SILVA SÁNCHEZ (dir.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial*, 9ª ed., 2023, p. 149.

⁸⁴ GILI PASCUAL, *Cuadernos de política criminal*, (135), 2021, p. 115.

También podría realizarse la «disociación del objeto del consentimiento» de la que habla GILI PASCUAL en los casos en que se eyacula sin consentimiento durante una penetración consentida (ya sea omitiendo la «marcha atrás» o pinchando un preservativo). En efecto, tal y como se ha indicado antes (3.2.a), la eyaculación implica un contacto físico distinto a la penetración que la precede y, por ello, lo uno y lo otro deben considerarse actos sexuales distintos. En consecuencia, cuando la eyaculación sin consentimiento se produzca en el marco de una penetración consentida, no deberá apreciarse un solo acto sexual no consentido (una penetración con eyaculación), sino dos diferentes: uno consentido (la penetración) y otro no consentido (la eyaculación). Así, de nuevo, será posible afirmar que el acto sexual realizado «sin su consentimiento» (art. 178.1 CP) se ciñe al contacto físico que implica la eyaculación y que, por el contrario, la penetración que supone el «acceso carnal» sí ha sido consentida. De esta forma, aunque la eyaculación se produzca dentro de la vagina (y en el contexto de un acceso carnal), dicho acto sexual no constituirá un «acceso carnal» en sí mismo. Y, por ello, tampoco podrá sancionarse como un delito de violación (aunque sí constituya una agresión sexual).

El caso del *stealthing* es, no obstante, distinto a los dos anteriores. En él no concurren simultáneamente dos actos sexuales diferentes y, precisamente por ello, no es posible realizar la «disociación del objeto del consentimiento» mencionada por GILI PASCUAL. Es decir, no es posible desvincular el acto sexual que atenta «contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento» (art. 178 CP) del «acceso carnal» (art. 179.1 CP). Y no lo es porque, al contrario de lo que ocurre con los ejemplos anteriores (dar un beso o eyacular), quitarse el preservativo no constituye un acto sexual distinto a la penetración. En este sentido, quitarse el preservativo delimita el contacto físico que implica la penetración (que pasa a ser un contacto directo entre membranas mucosas en vez de uno mediado por el profiláctico), pero en ningún caso constituye por sí mismo un acto sexual que atenta «contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento» (art. 178 CP). Dicho de otro modo: quitarse el preservativo hace que la penetración no esté consentida (y, por ello, constituya una agresión sexual), pero no es una agresión sexual en sí misma⁸⁵. Precisamente por ello, no puede compartirse la afirmación de que, en el *stealthing*, «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»⁸⁶. Al fin y al cabo, el «no uso del preservativo» no es un acto sexual (y, por tanto, no puede constituir una agresión sexual). Por el contrario, el «no uso del preservativo» delimita el contacto corporal que implica el (único) acto sexual que sufre la víctima en el *stealthing*: la penetración vaginal (sin preservativo). Y, obviamente, dicho acto sexual realizado «sin su consentimiento» (art. 178.1 CP) consiste en un «acceso carnal» (art. 179.1 CP). Es decir, que dicha agresión sexual constituye una violación.

En todo caso, debe reconocerse que calificar el *stealthing* como un delito de violación supone asignarle una pena muy elevada (de cuatro a doce años de prisión)⁸⁷. Además, el hecho de que el art. 179 CP no prevea una cláusula atenuatoria equivalente a la del art. 178.4 CP (que permite castigar las agresiones sexuales con una pena de multa) comporta diferencias penológicas difícilmente justificables; así, por ejemplo, el *stealthing* no es mucho más grave que eyacular sin

⁸⁵ En un sentido similar, MARTÍNEZ DE ABREU, *Revista penal México*, (22), 2023, p. 128.

⁸⁶ GILI PASCUAL, *Cuadernos de política criminal*, (135), 2021, p. 131.

⁸⁷ En todo caso, debe advertirse que en un caso de *stealthing* enjuiciado con anterioridad a la LO 10/2022, la STSJ Andalucía, Sala de lo Civil y Penal, de 1 de julio de 2021 (ECLI:ES:TSJAND:2021:12396), impuso una pena de cuatro años de prisión por un abuso sexual (con acceso carnal).

consentimiento y, sin embargo, esta última conducta podrá recibir una pena de multa (de dieciocho a veinticuatro meses) mientras la primera deberá conllevar, como mínimo, cuatro años de prisión. Todo ello aconseja que, *de lege ferenda*, se permita aplicar la cláusula atenuatoria del art. 178.4 CP a algunas violaciones o que, por el contrario, no resulte obligatorio (sino facultativo) calificar una agresión sexual con «acceso carnal» como una violación (tal y como se hace en el § 177 Abs. 6 StGB). De lo contrario, podría llegarse a la paradójica situación de que, a la luz de la gravedad de la pena, algún juez interprete más restrictivamente las agresiones sexuales que suponen «acceso carnal» (y que, por ello, deben calificarse como violaciones) que aquellas que no⁸⁸; por ejemplo, que considere una agresión sexual el tocamiento de un pecho por debajo de la ropa cuando solo se ha consentido por encima (dado que dicha conducta puede castigarse con una pena de multa) y, en cambio, no califique como tal el *stealth* (por conllevar una pena mínima de cuatro años de prisión) aunque la *barrera física* que implica el preservativo sea equivalente a la de la ropa.

d. *¿Error in persona?*

La SAP Cáceres 209/2020⁸⁹, contiene los siguientes hechos probados:

«Andrés entró en el dormitorio y se acostó en la cama en la que estaba Socorro, manteniendo ambos una relación sexual y, una vez finalizada, Andrés salió del dormitorio mientras que Socorro se quedó dormida en la cama mirando hacia la pared (...). Instantes después de que Andrés saliera de la habitación, Lázaro entró en el dormitorio, se desnudó y se introdujo en la cama en la que Socorro dormía, comenzando a acariciarla con el fin de tratar de mantener él también con ella un acto sexual. Socorro, sintiendo aquellas caricias entre sueños, y pensando que se trataba de Andrés, consintió las caricias para después, al sentir que el varón pretendía un nuevo coito, facilitar la penetración y participar de aquel acto sexual, sin llegar a volverse, hasta que Lázaro eyaculó. A continuación, el acusado se levantó de la cama para vestirse y fue entonces cuando Socorro, al girarse, vio que aquel varón no era Andrés sino Lázaro, gritándole en ese instante al acusado “tú qué haces aquí”, respondiéndole “pues follarte”».

¿Ha cometido Lázaro una violación? Parece obvio que la respuesta debe ser afirmativa⁹⁰. Después de todo, Socorro ha consentido una relación sexual *con una persona distinta*. Concretamente, ha consentido una relación sexual con Andrés, y no con Lázaro. Por ello, este último ha realizado una penetración vaginal «sin su consentimiento» (art. 178.1 CP); esto es, en definitiva, una violación.

Pues bien, aunque lo anterior resulta evidente, no es fácil explicar por qué este mismo argumento no puede aplicarse a cualquier relación sexual consentida a causa de un error (en los motivos).

⁸⁸ Tal como indican PUENTE RODRÍGUEZ/LOBET ANGLÍ, «Norma de sanción y norma de conducta: ¿por qué castigamos más cuando queremos castigar menos? Una reflexión al hilo del nuevo art. 579 bis 4 CP», *La Ley penal*, (141), 2019, p. 2, «a la hora de interpretar cualquier tipo penal, la sanción que éste lleva aparejada condiciona la forma en que es entendido. Así, por ejemplo, la interpretación restrictiva se erige como un importante criterio jurídico cuando las penas que sancionan determinadas conductas se consideran excesivamente altas». En palabras de BASSO, «Sobre la relevancia de las penas mínimas. Una reflexión a partir del caso Mesa Nacional Herri Batasuna (STC 136/1999, de 20 de julio)», en PÉREZ CEPEDA (dir.), *El terrorismo en la actualidad: un nuevo enfoque político criminal*, 2017, p. 248, la «norma de sanción debe incidir en la configuración misma de la norma de conducta».

⁸⁹ SAP Cáceres, Sección 2ª, de 24 de septiembre de 2020, (ECLI:ES:APCC:2020:934).

⁹⁰ La sentencia transcrita castigó a Lázaro por el (antiguo) delito de abuso sexual con acceso carnal.

Al fin y al cabo, el objeto de un error siempre puede definir a la persona con quien se consiente un acto sexual (una soltera, una rica, una judía, una adulta, etc.), haciendo que sea distinta a la persona que realiza dicho acto (una casada, una pobre, una musulmana, una menor, etc.). Así, por ejemplo, la mujer engañada por el *tiktoker* del ejemplo inicial podría sostener que, al igual que Socorro, ella también ha consentido mantener relaciones sexuales con una persona distinta: concretamente, con una persona infértil (y no con una persona fértil). Tal y como indica FORNÉS en relación con los errores en el matrimonio, «si se entiende por “persona” no esta persona A (...), sino un ente abstracto que se compone de un substrato común y de unas cualidades también comunes (...). La persona no sería A (...), sino, si se me permite parafrasear al conocido filósofo español, sería “A y sus circunstancias”, de modo que si cambian las circunstancias, cambia A: ya no es A»⁹¹.

En todo caso, para evitar que cualquier «error en los motivos» sea un *error in persona* siempre podría emplearse un concepto (más) estricto de persona. En particular, uno que quede circunscrito a la «identidad nominal de quien participa en el acto sexual»⁹². De esta forma, el objeto del consentimiento sexual (al igual que el del matrimonio⁹³) no sería una persona indeterminada con ciertas cualidades —ser soltera, rica o judía—, sino una persona determinada espacio-temporalmente —alguien que se identifica por un nombre y unos apellidos concretos—. Así, la mujer del ejemplo inicial no habría consentido mantener relaciones sexuales con alguien (indeterminado) que tiene la cualidad de ser infértil, sino con una persona determinada: el *tiktoker* en cuestión. De este modo, el error sobre su (in)fertilidad no iría referido a la persona con quien se consiente (el *tiktoker*), sino a los motivos que fundamentan dicho consentimiento.

Lo anterior, sin embargo, todavía comportaría criminalizar un número excesivamente elevado de relaciones sexuales; en particular, todas aquellas que derivan de una suplantación de identidad. Así, por ejemplo, quien finge ser un determinado actor para mantener relaciones sexuales con una admiradora que, en realidad, nunca lo ha visto en carne y hueso⁹⁴. O todas las que mantenga un agente encubierto durante una infiltración⁹⁵. En ambos supuestos, las personas engañadas podrían afirmar que, al igual que Socorro, ellas también han consentido mantener relaciones sexuales con una persona que tiene una identidad nominal distinta: o bien con un famoso actor

⁹¹ FORNÉS DE LA ROSA, «Error y dolo», *Ius canonicum*, (35-69), 1995, p. 169.

⁹² COCA VILA, *InDret*, (4), 2022, p. 305.

⁹³ GONZÁLEZ DEL VALLE, «Ignorancia, error y dolo al elegir cónyuge y al celebrar matrimonio», *Ius canonicum*, (21-41), 1981, p. 149.

⁹⁴ COCA VILA, *InDret*, (4), 2022, p. 305, también llega a la conclusión de que esta clase de supuestos no constituyen agresiones sexuales. Sin embargo, él no lo fundamenta del mismo modo que se hace en el texto, sino negando la relevancia de «aquellos errores reconducibles en primera instancia a una autopuesta en peligro de la víctima por infracción de sus incumbencias de cuidado». No obstante, dejando de lado que esta clase de argumentaciones podrían llegar a cuestionar la concurrencia de una agresión sexual en el supuesto inicial de este epígrafe (¿acaso Socorro no podría haberse girado para comprobar que quien entró en su cama no era Andrés, sino Lázaro?), el recurso a las incumbencias de cuidado de la víctima solo puede negar la existencia de una agresión sexual cuando el engaño de quien finge ser una celebridad es burdo. Y, por ello, creo que el desarrollo de dicha argumentación lleva a una conclusión que no comparto: que sí concorra una agresión sexual cuando, en esta clase de supuestos, el engaño resulta más elaborado; por ejemplo, si quien finge ser un conocido actor es, precisamente, su doble y, además, ha falsificado un documento de identidad con los datos del actor. Aquí no podría afirmarse que la víctima ha infringido sus incumbencias de cuidado. Y, sin embargo, no creo que en dicho supuesto concorra una agresión sexual.

⁹⁵ Alude a este ejemplo, CUGAT MAURI, en MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS/ESQUINAS VALVERDE (dirs.), *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen*, 2022, p. 236.

(y no con alguien que se le parece), o bien con la persona que responde a la identidad supuesta del agente encubierto (y no con un policía cuyo nombre y apellidos no tienen nada que ver)⁹⁶. No obstante, aunque últimamente se ha planteado la posibilidad de perseguir penalmente esta clase de engaños⁹⁷, creo que estos casos no son equiparables al supuesto transcrito al inicio de este epígrafe. Y que, por ello, dichos casos no deberían castigarse como agresiones sexuales (al menos *de lege lata*).

¿Qué diferencia hay entre la suplantación de identidad que caracteriza los casos anteriores y el supuesto inicial? Pues que en los casos anteriores el error versa sobre la *identidad nominal* de quien participa en el acto sexual y, en cambio, en el supuesto inicial dicho error atañe al *cuerpo* involucrado en el contacto sexual⁹⁸. Teniendo en cuenta que los actos sexuales se definen por el contacto *corporal* que implican, el objeto del consentimiento sexual no debe incluir la identidad nominal de las personas que participan en dicho contacto, sino, únicamente, (las zonas de) los cuerpos involucrados en él. Y, claro, quien mantiene relaciones sexuales con un agente encubierto o con quien finge ser un famoso actor percibe claramente el cuerpo que entrará en contacto con el suyo, de modo que el acto sexual consentido coincide con el realizado (un contacto sexual con el cuerpo de una persona que identifica espacio-temporalmente a la perfección, se llame como se llame). Precisamente por ello, los supuestos de (mera) suplantación de identidad nominal no constituirán agresiones sexuales. En cambio, sí deberán calificarse como tales los casos en que la víctima no percibe correctamente el cuerpo que entrará en contacto con el suyo y, por ello, no es consciente de que dicho cuerpo es distinto al que ella se ha representado. Así, por ejemplo, quien se cuela en un dormitorio oscuro y, haciéndose pasar por el marido de la mujer que está en la cama, mantiene relaciones sexuales con ella⁹⁹. O quien le pide a su pareja sexual que se vende los ojos para, a continuación, permitir que un tercero le suplante y realice tocamientos sobre ella. Y, por supuesto, el caso transcrito inicialmente en el que Lázaro se acerca por la espalda de Socorro para que lo confunda con Andrés y, así, mantenga una relación sexual con él. En todos estos casos concurre una agresión sexual porque la víctima no percibe correctamente el cuerpo de la persona que entrará en contacto con ella y, por tanto, el objeto de su consentimiento no es un contacto sexual con dicho cuerpo, sino con otro distinto

⁹⁶ Quizás podría argumentarse que un agente encubierto no se hace pasar por una persona determinada espacio-temporalmente (como ocurre con el ejemplo de quien finge ser un famoso actor), sino por alguien que no existe. Y que, por ello, su engaño es el equivalente a quien dice llamarse Juan en vez de Eusebio para ligar en una discoteca (siendo esto último, como mucho, un error en los motivos: «no me habría acostado con él si hubiera sabido que se llamaba así»). Sin embargo, desconozco si todas las infiltraciones policiales se realizan con identidades nominales de personas que no existen. Y, en todo caso, no creo que el hecho de que exista otra persona con esa identidad en algún lugar del mundo deba ser relevante para determinar si el agente encubierto ha cometido una agresión sexual.

⁹⁷ Véase al respecto la reciente noticia: <https://www.publico.es/politica/cinco-mujeres-querellan-policia-sedujo-infiltrarse-movimientos-sociales-barcelona.html>

⁹⁸ Tal y como me hicieron notar la profesora Pantaleón Díaz y los profesores Mañalich Raffó y Puente Rodríguez, la diferencia a la que se alude en el texto se corresponde esencialmente con la diferencia que existe entre el *error in persona* y la *aberratio ictus*. Sobre dicha diferencia, SILVA SÁNCHEZ, «Aberratio ictus» e imputación objetiva», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (37), 1984, pp. 357 ss; BLANCO CORDERO, «El “error in persona” del inducido y su relevancia para la responsabilidad penal del inductor», en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE (dir.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, 2001, pp. 830 ss.

⁹⁹ Supuesto que se corresponde con el enjuiciado en R v Dee [1884] 14 LR Ir 468. Alude a un ejemplo similar, LUZÓN PEÑA, «El consentimiento en Derecho penal», *Revista General de Derecho Penal*, (18), 2012, p. 35.

que ella puede representarse perfectamente (por ser el de su marido, pareja sexual o, al menos, el de alguien que ha conocido previamente¹⁰⁰).

3.3. La naturaleza sexual

Tal y como se ha indicado antes (3.1), para apreciar un «acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento» (at. 178.1 CP) no solo se requiere un contacto corporal, sino que, además, es necesario que dicho contacto tenga *naturaleza sexual*. Esto último depende, obviamente, de las zonas del cuerpo involucradas (por ello, el tocamiento de un codo nunca será un acto sexual). Pero no solo eso. La naturaleza sexual de un contacto corporal también depende del contexto: un mismo contacto corporal puede tener naturaleza sexual en un contexto y no tenerla en otro. Así, por ejemplo, tocar la vagina de alguien no tiene naturaleza sexual cuando lo hace un ginecólogo por motivos médicos y, en cambio, sí tiene dicha naturaleza en (casi) cualquier otro contexto¹⁰¹.

Lo anterior implica que una persona puede consentir un determinado tocamiento genital y, sin embargo, no consentir ningún acto sexual. Esto es, precisamente, lo que ocurre cuando alguien consiente una exploración ginecológica: que únicamente consiente tocamientos genitales en un determinado contexto (médico) que los priva de naturaleza sexual. Por ello, el ginecólogo que realiza dichos tocamientos engañando a una mujer sobre su necesidad médica (por ejemplo, inventándose una enfermedad que no padece) lleva a cabo un acto sexual «sin su consentimiento» (art. 178.1 CP)¹⁰². Al fin y al cabo, la mujer no ha consentido ningún contacto corporal de naturaleza sexual (es decir, no ha consentido ningún acto sexual). Y el ginecólogo ha realizado tocamientos genitales que, al carecer de un motivo médico, constituyen un acto de naturaleza sexual.

¹⁰⁰ Muchos ordenamientos anglosajones llegan a esta misma conclusión por la vía (directa) de exigir que el autor se haga pasar por alguien «conocido» por la víctima. Véase en este sentido, GREEN, *Criminalizing Sex: A Unified Liberal Theory*, 2020, p. 112. Teniendo en cuenta que la práctica totalidad de los casos en que la víctima confunde al autor con un conocido suyo derivan de que esta lo no percibe correctamente (por estar en una habitación oscura, con los ojos vendados, de espaldas, etc.), dicha exigencia comporta consecuencias muy parecidas a las propias del planteamiento que se ha esbozado en el texto. Quizás, la diferencia más importante entre lo uno y lo otro es la resolución del siguiente caso: una mujer se hace pasar por su hermana gemela para cenar con su cuñado y, tras una velada romántica, mantiene relaciones sexuales con él (pensando el cuñado que mantiene relaciones sexuales con su esposa). Aquí, sin duda, la mujer se ha hecho pasar por una persona «conocida» por el cuñado (su esposa). Y, sin embargo, el cuñado ha percibido nítidamente el cuerpo de esa persona (pues lo ha estado mirando desde la cena). En consecuencia, este caso podría ser sancionado en los ordenamientos anglosajones mencionados y, en cambio, resultaría impune en el nuestro (al menos, *de lege lata*). De lo contrario, también deberían castigarse como agresiones sexuales todos los casos de suplantación de identidad mentados anteriormente (quien finge ser un actor famoso, los agentes encubiertos, etc.). Similar, CORRÊA CAMARGO, «Sexuelle Selbstbestimmung als Schutzgegenstand des Strafrechts», *ZStW*, (134-2), 2022, p. 389. En todo caso, debe advertirse que no todos los casos de gemelos que se intercambian merecen la misma calificación. En este sentido, cuando la víctima no perciba correctamente el cuerpo del gemelo, sí podrá apreciarse una agresión sexual. Así, por ejemplo, el gemelo que aprovecha las llaves de su hermano para entrar de hurtadillas en la cama de su cuñada y, en la oscuridad, acostarse con ella, sin duda alguna, comete una violación (al igual que cometería una violación un tercero que hubiera hurtado las llaves e hiciera lo propio).

¹⁰¹ CORRÊA CAMARGO/RENZIKOWSKI, «El concepto de “acto de naturaleza sexual” en el derecho penal», *InDret*, (1), 2021, p. 155.

¹⁰² HÖRNLE, «Sexuelle Selbstbestimmung», *ZStW*, (127-4), 2020, p. 881.

La SAP Madrid 611/2016¹⁰³ contiene un ejemplo muy gráfico de esto último:

«(...) el acusado, sin que ello fuera en absoluto preciso, ni necesario, ni aconsejable, ni oportuno, dada la patología referida por la paciente, la auscultó, llegando el propio Doctor a descubrir parcialmente los pechos del sujetador de la joven. De igual modo y sin justificación médica alguna, indicó a la paciente que se bajara la falda, que se quitara la ropa interior y que se tumbara en la camilla, lo que llevó a cabo la joven. Acto seguido y con intención libidinosa introdujo dos dedos de la mano sin guantes en la vagina de la paciente (...) el acusado dio por terminada su falsa exploración e indicó a la joven que se vistiera y se sentara en la silla, explicándole a modo de excusa, incluso con un croquis que le dibujó, que las maniobras que había efectuado lo eran para conseguir separar la vagina del recto».

El caso anterior es, sin embargo, distinto a otros «engaños médicos» que también constituyen agresiones sexuales. En particular, los engaños que restringen la libertad de la víctima mediante una (falsa) situación de necesidad¹⁰⁴; es decir, aquellos engaños que tienen «carácter coercitivo»¹⁰⁵. Por ejemplo:

«el acusado mintió a la víctima diciéndole que padecía una enfermedad potencialmente mortal, que podía curarse manteniendo relaciones sexuales con un donante al que había inyectado un “suero”. La víctima dio su consentimiento creyendo erróneamente que, de lo contrario, moriría, y, así, el acusado mantuvo relaciones sexuales con ella»¹⁰⁶.

¿Qué diferencia un engaño del otro? Pues que el primero sirve para ocultar la naturaleza sexual del contacto consentido y, en cambio, el segundo no trata de ocultar dicha naturaleza (pues la víctima sabe que el contacto consentido tiene naturaleza sexual), sino que pretende constreñir su voluntad y, de este modo, forzar que consienta un acto sexual¹⁰⁷. Así pues, la víctima del primer engaño no ha consentido ninguna relación sexual y, en consecuencia, el primer médico ha llevado a cabo un acto sexual «sin su consentimiento» (art. 178.1 CP). Por el contrario, la víctima del segundo engaño ha consentido una relación sexual debido al miedo a una (falsa) enfermedad mortal y, por tanto, el segundo médico ha realizado un acto sexual consentido de forma viciada o inválida; más concretamente, un acto sexual consentido *sin libertad* debido al «abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima» (art. 178.2 CP)¹⁰⁸.

4. ¿Pueden cometerse violaciones por engaño?

El objetivo de este trabajo era contestar a la pregunta que se ha formulado al inicio: ¿pueden cometerse violaciones por engaño? Obviamente, la respuesta es afirmativa: mediante un engaño puede ocultarse a alguien una relación sexual (con acceso carnal) y, de este modo, realizarla «sin

¹⁰³ SAP Madrid, Sección 16ª, de 10 de noviembre de 2016 (ECLI:ES:APM:2016:15363).

¹⁰⁴ FERZAN/WESTEN, *Criminal Law and Philosophy*, (11), 2017, p. 785.

¹⁰⁵ CHIESA, «Solving the Riddle of Rape-by-Deception», *Yale Law & Policy Review*, (35), 2017, pp. 452 ss.

¹⁰⁶ BERGELSON, «Rethinking Rape-By-Fraud», en ASHFORD/REED (eds.), *Legal Perspectives on State Power*, 2016, p. 153, refiriéndose al caso *Boro v Superior Court* 210 Cal Rptr 122 (1985). Véase otro caso similar en CHIESA, *Yale Law & Policy Review*, (35), 2017, pp. 453.

¹⁰⁷ BERGELSON, en ASHFORD/REED (eds.), *Legal Perspectives on State Power*, 2016, p. 153; GREEN, *Criminalizing Sex*, 2020, p. 112.

¹⁰⁸ En el mismo sentido, COCA VILA, *InDret*, (3), 2023, p. 436, nota 10. Sobre los motivos que niegan la concurrencia de intimidación en estos supuestos, CASTELLVÍ MONSERRAT, «¿Intimidación o abuso de una situación de superioridad?», en prensa, 6.2.

su consentimiento» (art. 178.1 CP). Esto es, precisamente, lo que ocurre con el *stealththing*: que mediante un engaño se oculta a la víctima la realización de un acto sexual distinto al consentido (una «penetración sin preservativo» en lugar de una «penetración con preservativo»). Lo mismo sucede con el intruso que entra en un dormitorio y, haciéndose pasar por la pareja de una mujer que está de espaldas, mantiene relaciones sexuales con ella: de nuevo, dicho engaño oculta a la víctima la realización de una relación sexual distinta a la consentida (un contacto sexual con un intruso en lugar de un contacto sexual con su pareja). Y algo muy similar puede decirse de los engaños médicos que ocultan la naturaleza sexual de un tocamiento genital para, así, realizar un acto sexual sobre quien (solo) ha consentido un contacto corporal de carácter médico.

Lo anterior, sin embargo, no significa que cualquier relación sexual obtenida mediante engaño sea una agresión sexual. En particular, no son agresiones sexuales las relaciones sexuales aceptadas a causa de un engaño (por ejemplo, que la otra parte es famosa, soltera, rica, etc.). En tanto que dichas relaciones sexuales hayan sido aceptadas, deberán estimarse «consentidas» (pues, a los efectos del art. 178.1 CP, «consentir» significa, simplemente, «aceptar»). Y ese consentimiento será válido por una razón muy sencilla: que el Código penal no prohíbe expresamente realizar actos sexuales a través de un engaño (al contrario de lo que ocurre con el empleo de intimidación, abuso de superioridad, etc.). En este sentido, el engaño no vicia o invalida el consentimiento sexual (salvo que tenga «carácter coercitivo»). Precisamente por ello, quien logra que una mujer acepte una penetración sin preservativo mintiendo sobre su fertilidad (el *tiktoker* del ejemplo inicial) lleva a cabo un acto sexual válidamente consentido. Además, en ese caso no se oculta la realización de otro acto sexual distinto (como ocurría con el *stealththing*), pues una «penetración con alguien infértil» implica el mismo contacto corporal que una «penetración con alguien fértil». Y dicho contacto corporal (de naturaleza sexual) es, precisamente, lo que define los actos sexuales; es decir, lo que define el objeto del consentimiento sexual.

5. ¿Se protege más el patrimonio que la libertad sexual?

La respuesta anterior suscita una última pregunta. Teniendo en cuenta que algunos engaños (los de la estafa) vician o invalidan el consentimiento patrimonial, ¿cómo puede ser que no ocurra lo mismo con el consentimiento sexual?; ¿resulta coherente que los engaños que vician o invalidan el consentimiento patrimonial no hagan lo propio con el consentimiento sexual? Para ilustrar esta cuestión, considérese el siguiente supuesto (inspirado en el documental «el timador de *Tinder*»):

Un hombre finge ser un magnate multimillonario para seducir a una mujer que ha conocido a través de una aplicación de citas. Tras declararle (falsamente) su amor, logra acostarse con ella y que, además, le preste una cuantiosa suma de dinero. Después, el hombre no la vuelve a llamar nunca más ni le devuelve el dinero.

De acuerdo con lo sostenido en este trabajo, el caso anterior no contiene una violación. No obstante, sí que puede apreciarse un delito de estafa. Y, claro, esto resulta paradójico, pues implica que, en las mismas condiciones, el acto sexual se ha consentido válidamente y el acto patrimonial no. O, dicho de otro modo: implica que el mismo engaño que vicia o invalida el consentimiento patrimonial no vicia o invalida el consentimiento sexual. Ante ello, surge inmediatamente la pregunta de: ¿se exigen condiciones más estrictas para consentir válidamente

un acto patrimonial que para hacer lo propio con un acto sexual?; ¿es que acaso se protege más la autonomía en los delitos contra el patrimonio que en los delitos contra la libertad sexual?¹⁰⁹

Quien responda afirmativamente a la pregunta anterior deberá llegar a la conclusión de que los delitos contra la libertad sexual han de ser reinterpretados (*de lege lata*) o reformados (*de lege ferenda*)¹¹⁰. Después de todo, carece de sentido que la autonomía esté más protegida en los delitos patrimoniales que en los sexuales¹¹¹. Algo así supondría que nuestro ordenamiento jurídico no se toma lo suficientemente en serio la protección de la libertad sexual¹¹².

Ahora bien, ¿esto es así? Pues bien, antes de nada, debe advertirse que, efectivamente, existe una dimensión de la autonomía que está más protegida en los delitos contra el patrimonio que en los delitos contra la libertad sexual. En concreto, aquella que tiene que ver con el *conocimiento*. Tal y como muestra el ejemplo anterior, determinados errores (provocados por un engaño) vician o invalidan el consentimiento patrimonial y, en cambio, no hacen lo propio con el consentimiento sexual. Sin embargo, esto no significa que, en general, la autonomía esté más protegida en los delitos contra el patrimonio que en los delitos contra la libertad sexual. Al fin y al cabo, la autonomía no tiene una sola dimensión, sino tres: una referida a la *libertad*, otra relativa a la *capacidad* y, finalmente, la que atañe al *conocimiento*¹¹³. Aunque esta última dimensión esté más protegida en los delitos contra el patrimonio, no ocurre lo mismo con las otras dos. Así, por ejemplo, la madurez necesaria para consentir válidamente un acto sexual es mayor a la que se requiere para consentir válidamente un acto patrimonial: un joven de quince años puede regalar un bien mueble a su novio de treinta (sin que este cometa un delito al aceptarlo) y, sin embargo, no puede acostarse con él¹¹⁴. En este sentido, la dimensión de la autonomía vinculada con la *capacidad* está más protegida en los delitos contra la libertad sexual que en los delitos contra el patrimonio. Y lo mismo sucede con la dimensión de la autonomía restante; es decir, la que atañe a la *libertad*. A fin de cuentas, se exige más libertad para consentir válidamente un acto sexual que para hacer lo propio con un acto patrimonial. Por ello, es posible que, en las mismas condiciones de (falta de) libertad, el consentimiento sexual esté viciado o sea inválido y, en cambio, el consentimiento patrimonial resulte perfectamente válido. Un ejemplo (ficticio) para demostrarlo:

¹⁰⁹ HERRING, «Mistaken Sex», *Criminal Law Review*, (July), 2005, p. 511.

¹¹⁰ O llegará a la conclusión de que estos delitos no protegen la autonomía sexual (sino algo distinto) Así, RUBENFELD, «The Riddle of Rape-by-Deception and the Myth of Sexual Autonomy», *The Yale Law Journal*, (122), 2013, pp. 1423 ss.

¹¹¹ En todo caso, creo que una eventual reinterpretación (*de lege lata*) o reforma (*de lege ferenda*) que criminalice en el ámbito sexual los engaños propios de la estafa no haría que, tal y como indica RAMOS VÁZQUEZ, en AGUSTINA SANLEHÍ (coord.), *Comentarios a la ley del «solo sí es sí»*, 2023, p. 174, «el objeto de tutela deviniese la libertad sexual positiva y no la negativa»; al menos, si la libertad sexual positiva se vulnera mediante «comportamientos que impidan a la víctima llevar a cabo un comportamiento sexual con otra persona consintiente o en solitario» y la negativa se infringe «en la medida en que se involucre a una persona en un comportamiento sexual no deseado» (DÍEZ RIPOLLÉS, en DÍEZ RIPOLLÉS/ROMEO CASABONA (dirs.), *Comentarios al Código Penal*, t. II, 2004, p. 224). En mi opinión, la criminalización de dichos engaños (solo) ampliaría la protección de la libertad sexual negativa; al fin y al cabo, no prohibiría conductas que impiden realizar actos sexuales, sino, únicamente, conductas que involucran a una persona en un acto sexual sin el suficiente conocimiento.

¹¹² Así, DOUGHERTY, *Ethics*, (123-4), 2013, p. 722.

¹¹³ FERZAN/WESTEN, *Criminal Law and Philosophy*, (11), 2017, pp. 774 ss.; CHIESA, *Yale Law & Policy Review*, (35), 2017, pp. 422 ss.

¹¹⁴ CHIESA, *Yale Law & Policy Review*, (35), 2017, p. 428.

Un alumno se presenta a una revisión de examen visiblemente angustiado porque, al haber suspendido (justamente), perderá la beca que le permite financiar sus estudios. El profesor aprovecha dicha angustia y le dice que modificará su calificación si se acuesta con él y le paga 100€. Ante la alternativa de verse obligado a abandonar sus estudios, el alumno acepta ambas condiciones.

Aquí, el profesor se ha aprovechado de una situación de necesidad para doblegar la voluntad del alumno y, de este modo, conseguir que realice dos actos: uno sexual (acostarse con él) y otro patrimonial (entregarle 100€). Obviamente, obtener un acto sexual mediante el «abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima» (art. 178.2 CP) es una agresión sexual¹¹⁵. Sin embargo, lograr un acto patrimonial mediante el abuso de esa misma situación no constituye delito patrimonial alguno (hurto, robo con intimidación, extorsión, etc.)¹¹⁶. Y, claro, ello significa que, en las mismas condiciones de (falta de) libertad, el acto patrimonial se ha consentido válidamente y el acto sexual no. O, dicho de otro modo: significa que (el aprovechamiento de) la misma situación de necesidad que vicia o invalida el consentimiento sexual no vicia o invalida el consentimiento patrimonial.

Lo anterior permite responder negativamente a la pregunta formulada al inicio de este epígrafe: aunque la dimensión de la autonomía vinculada con el conocimiento está más protegida en los delitos patrimoniales que en los sexuales, ocurre exactamente lo contrario con las dos dimensiones de la autonomía restantes. En este sentido, se exige más libertad y capacidad para consentir válidamente un acto sexual que para hacer lo propio con un acto patrimonial. Y ello muestra que, con carácter general, no puede afirmarse que la autonomía esté más protegida en los delitos contra el patrimonio que en los delitos contra la libertad sexual. Lo que sucede es, simplemente, que unos delitos y otros protegen de forma distinta las tres dimensiones de la autonomía¹¹⁷. Por ello, el hecho de que exista un delito como la estafa no obliga a reinterpretar (*de lege lata*) o reformar (*de lege ferenda*) los delitos contra la libertad sexual.

¹¹⁵ CASTELLVÍ MONSERRAT, «¿Intimidación o abuso de una situación de superioridad?», en prensa, 4.4.

¹¹⁶ En relación con dicho acto, el alumno no sería víctima de un delito patrimonial, sino autor de un delito de cohecho (que, probablemente, ni siquiera podría quedar exculpado). Ello resulta perfectamente compatible con afirmar que dicho alumno no ha consentido válidamente el acto sexual, pues las condiciones de validez del consentimiento no tienen por qué coincidir con las condiciones que permiten imputar responsabilidad penal. En este sentido, MAÑALICH RAFFO, *Nötigung und Verantwortung*, 2009, p. 111; PUENTE RODRÍGUEZ, «Contra la tipificación de la agresión sexual imprudente», en prensa.

¹¹⁷ Esta diferencia plantea inmediatamente la pregunta de: ¿por qué el consentimiento sexual exige más libertad pero menos conocimiento? O, dicho de otro modo: ¿por qué el abuso de una situación de superioridad vicia o invalida el consentimiento sexual y, en cambio, el engaño no hace lo propio? La respuesta no es evidente. Sin embargo, creo que guarda relación con el papel que desempeña la experiencia de la víctima en los delitos contra la libertad sexual. Me explico. Al contrario de lo que ocurre con los actos patrimoniales, sentir rechazo por un acto sexual mientras este se produce constituye una experiencia especialmente desagradable y traumática. En mi opinión, evitar ese daño «experiencial» es una de las principales finalidades de los delitos contra la libertad sexual (aunque no la única). Y, claro, dicho daño se produce necesariamente en todos los actos sexuales consentidos sin (la suficiente) libertad. Al fin y al cabo, quien consiente un acto sexual sin (la suficiente) libertad siempre experimenta rechazo por él durante su ejecución (pues en ese momento es consciente de que no actúa con la suficiente libertad). En cambio, esa clase de daño «experiencial» está excluido en todos los actos sexuales consentidos sin (el suficiente) conocimiento. Después de todo, quien consiente un acto sexual sin (el suficiente) conocimiento nunca experimenta rechazo por él durante su ejecución (pues, en ese momento, no es consciente de actúa sin el suficiente conocimiento). En esos casos, el rechazo siempre es retrospectivo; es decir, que se produce una vez el acto sexual ya ha finalizado. Esto podría ser el motivo por el que los delitos contra la libertad sexual prohíben el abuso de una situación de superioridad (o vulnerabilidad) y no hacen lo propio con el engaño: porque uno presupone dicho daño «experiencial» y el otro lo excluye. Quizás podría oponerse a esto último que los delitos contra la libertad sexual también castigan conductas que no requieren que la víctima sufra esa clase de

6. Conclusiones

La palabra «consentimiento» tiene, al menos, dos significados: uno débil (aceptación) y otro fuerte (aceptación libre y consciente). Nuestro Código penal emplea dicha palabra en sus dos sentidos posibles: a veces en sentido débil (por ejemplo, en las lesiones) y a veces en sentido fuerte (por ejemplo, en el delito de reproducción asistida). En todo caso, el «consentimiento» al que aluden los delitos contra la libertad sexual debe entenderse en sentido débil (aceptación). De lo contrario, el tipo genérico de agresiones sexuales resultaría redundante y, además, deberían castigarse todas las relaciones sexuales aceptadas por error: por ejemplo, las relaciones sexuales aceptadas debido a la falsa creencia de que la otra parte es famosa, soltera, rica, europea, judía, etc. En tanto que esto último se estime inadmisibile, deberá reconocerse que los actos que atentan contra la libertad sexual de otra persona «sin su consentimiento» (art. 178.1 CP) son, únicamente, los actos sexuales «no aceptados»: los tocamientos sorpresivos, aquellos realizados sobre personas dormidas, etc. De este modo, los actos sexuales aceptados solo estarán prohibidos cuando estén expresamente previstos en los arts. 178.2 y 181.1 CP; esto es, cuando se realicen mediante «violencia, intimidación o abuso de una situación de superioridad», o sobre «personas que se hallen privadas de sentido o de cuya situación mental se abusare» (art. 178.2 CP) o, finalmente, con «un menor de dieciséis años» (art. 181.1 CP). Teniendo en cuenta que en dichos preceptos no se alude al «engaño», deberá concluirse que, *de lege lata*, los actos sexuales aceptados mediante engaño no son agresiones sexuales.

De todos modos, los engaños no solo pueden emplearse para lograr que otro acepte una relación sexual, sino también para ocultarle la realización de un acto sexual que no ha sido aceptado en absoluto. En este último caso, el acto sexual se habrá realizado «sin su consentimiento» (art. 178.1 CP) y, por ello, constituirá una agresión sexual. Obviamente, esta clase de engaños solo serán viables cuando la víctima haya consentido un acto sexual (o médico) distinto al realizado. Y esto ocurrirá en dos grupos de casos. En primer lugar, cuando el acto sexual realizado implique un *contacto corporal* distinto al acto sexual consentido. Así, por ejemplo, cuando se realice penetración sin preservativo en lugar de una penetración con preservativo (pues lo uno implica un contacto entre preservativo y membranas mucosas y lo otro un contacto directo entre membranas mucosas). O cuando alguien consienta un contacto sexual con el cuerpo de una persona y, en cambio, sufra un contacto sexual con el cuerpo de otra. En segundo lugar, también se habrá realizado algo diferente a lo consentido cuando se oculte la *naturaleza sexual* del contacto corporal en cuestión. En este sentido, un tocamiento genital en un contexto médico no es un acto sexual y, por tanto, el facultativo que engaña al paciente sobre su carácter terapéutico

daño «experiencial»; precisamente, esto es lo que ocurre con las agresiones sexuales realizadas sobre una persona «sin su consentimiento» (art. 178.1 CP): así, por ejemplo, las agresiones sexuales sobre personas dormidas o, incluso, las violaciones por engaño recién esbozadas (el *stealth*, los engaños médicos, etc.). Sin embargo, al contrario de lo que ocurre con los actos sexuales «consentidos por engaño», la categoría de los actos sexuales «no consentidos» incluye conductas que sí producen el rechazo de la víctima durante su ejecución: por ejemplo, los tocamientos sorpresivos, los realizados sobre personas inmovilizadas que están conscientes, etc. De este modo, aunque el tipo genérico de agresiones sexuales inconscientes no presupone el daño «experiencial» mencionado (tal y como sucede con los actos sexuales «consentidos sin libertad»), tampoco lo excluye (tal y como ocurre con los actos sexuales «consentidos sin conocimiento»). En la sugerente taxonomía propuesta por TURIENZO FERNÁNDEZ, «“Ojos que no ven, corazón que no siente”: los llamados “casos puros”», *InDret*, (3), 2023, p. 471, los actos sexuales realizados sin consentimiento (art. 178.1 CP) serían «comportamientos prohibidos penalmente que pueden cometerse tanto sabiendo la víctima que alguien la está victimizando como no sabiéndolo». En cambio, un acto sexual consentido por engaño «presupone la ignorancia de la víctima acerca de su victimización». Y, claro, los actos sexuales consentidos sin libertad son «comportamientos prohibidos penalmente para cuya comisión es necesario el conocimiento de la víctima acerca de su victimización».

(por ejemplo, inventándose una enfermedad que no padece) lleva a cabo un acto sexual «sin su consentimiento» (art. 178.1 CP).

En resumen: solamente pueden cometerse *violaciones por engaño* cuando la víctima desconoce alguno de los (dos) elementos que definen los actos sexuales: el contacto corporal que implican y su naturaleza sexual. Cualquier otro error da lugar a un acto sexual consentido. Y, en ese caso, el engaño (previo) no vicia ni invalida el consentimiento sexual.

7. Bibliografía

AGUSTINA SANLLEHÍ, «Sobre la reforma de los delitos sexuales: de la “confusión típica” a la problemática discrecionalidad judicial y al desorden valorativo en el sistema de penas», en EL MISMO (coord.), *Comentarios a la ley del «solo sí es sí»: Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/2022, de 6 de septiembre*, Atelier, Barcelona, 2023, pp. 37-50.

AGUSTINA SANLLEHÍ/PANYELLA CARBÓ, «Redefiniendo los delitos sexuales facilitados mediante el uso de sustancias psicoactivas», *Política Criminal*, (15-30), 2020, pp. 526-581.

ÁLVAREZ GARCÍA, «Prólogo», en ÁLVAREZ GARCÍA (dir.), *Tratado de Derecho penal. Parte especial: Delitos contra las personas*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 29-61.

BASSO, «Sobre la relevancia de las penas mínimas. Una reflexión a partir del caso Mesa Nacional Herri Batasuna (STC 136/1999, de 20 de julio)», en PÉREZ CEPEDA (dir.), *El terrorismo en la actualidad: un nuevo enfoque político criminal*, Ratio Legis, Salamanca, 2017, pp. 239-250.

BERGELSON, «Rethinking Rape-By-Fraud», en ASHFORD/REED/WAKE (eds.), *Legal Perspectives on State Power: Consent and Control*, Cambridge Scholars Publishing, Newcastle upon Tyne, 2016, pp. 152-184.

BLANCO CORDERO, «El “error in persona” del inducido y su relevancia para la responsabilidad penal del inductor», en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE (dir.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, t. I, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha/Ediciones Universidad de Salamanca, Cuenca, 2001, pp. 823-858.

BLAY GIL, «Nueve tópicos acerca del trabajo en beneficio de la comunidad: la necesidad de una discusión basada en conocimientos empíricos», *InDret*, (4), 2007, pp. 1-18.

BOIX REIG, *El delito de estupro fraudulento*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1979.

BRANDARIZ GARCÍA, *La sanción penal de trabajos en beneficio de la comunidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

BRODSKY, «“Rape-Adjacent”: Imagining Legal Responses to Nonconsensual Condom Removal», *Columbia Journal of Gender and Law*, (32-2), 2017, pp. 183-210.

CANCIO MELIÁ, «Delitos contra la libertad sexual», en MOLINA FERNÁNDEZ (dir.), *Memento Penal 2023*, Francis Lefebvre, Madrid, 2022, nm. 9210 ss.

CANCIO MELIÁ/PANTALEÓN DÍAZ, «Derecho Penal y coronavirus: algunos problemas de imputación», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, (1), 2021, pp. 241-256.

CAROLI/GENEUSS, «La rimozione fraudolenta del preservativo come aggressione sessuale. Lo Stealthing davanti al giudice penale», *Diritto Penale Contemporaneo*, (1), 2021, pp. 136-149.

CASTELLVÍ MONSERRAT, «Delitos contra la libertad sexual», en CORCOY BIDASOLO/GÓMEZ MARTÍN: *Comentarios al Código penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, en prensa.

———, «¿Intimidación o abuso de una situación de superioridad? Sobre el consentimiento, la libertad y las amenazas en las agresiones sexuales», en prensa.

CASTELLVÍ MONSERRAT/MÍNGUEZ ROSIQUE, «Con sigilo y sin preservativo: tres razones para castigar el *stealthing*», *Diario La Ley*, (9962), 2021, pp. 1-13.

CHIESA, «Solving the Riddle of Rape-by-Deception», *Yale Law & Policy Review*, (35), 2017, pp. 407-460.

COCA VILA, «Agresión sexual por engaño: Hacia una teoría diferenciadora del engaño excluyente del consentimiento sexual», *InDret*, (3), 2023, pp. 430-466.

———, «El *stealthing* como delito de violación: Comentario a las STSJ-Andalucía 186/2021, de 1 de julio y SAP-Sevilla 375/2020, de 29 de octubre», *InDret*, (4), 2022, pp. 294-308.

CORRÊA CAMARGO, «Sexuelle Selbstbestimmung als Schutzgegenstand des Strafrechts», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (134-2), 2022, pp. 351-390.

CORRÊA CAMARGO/RENNIKOWSKI, «El concepto de “acto de naturaleza sexual” en el derecho penal», *InDret*, (1), 2021, pp. 145-165.

CUGAT MAURI, «Artículo 182 CP vigencia del abuso fraudulento y consecuencias sistemáticas de la introducción de la nueva modalidad de abuso de confianza, autoridad o influencia sobre la víctima», en MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS/ESQUINAS VALVERDE (dirs.), *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 227-247.

DENZEL/KRAMER DA FONSECA CALIXTO, «Strafbarkeit und Strafwürdigkeit der sexuellen Täuschung», *Kriminalpolitische Zeitschrift*, (6), 2019, pp. 347-354.

DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO/TRAPERERO BARREALES, «La nueva reforma de los delitos contra la libertad sexual: ¿la vuelta al Código Penal de la Manada?», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (25), 2023, pp. 1-51.

DÍEZ RIPOLLÉS, «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en DÍEZ RIPOLLÉS/ROMEO CASABONA (dirs.), *Comentarios al Código Penal*, t. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 209-389.

DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, «El delito de reproducción asistida sin consentimiento de la mujer», en BENÍTEZ ORTÚZAR/MORILLAS CUEVA/PERIS RIERA (coords.), *Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina*, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 221-243.

DOUGHERTY, «Sex, Lies, and Consent», *Ethics*, (123-4), 2013, pp. 717-744.

ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, *El consentimiento en Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

FERZAN/WESTEN, «How to Think (Like a Lawyer) About Rape», *Criminal Law and Philosophy*, (11), 2017, pp. 759-800.

FORNÉS DE LA ROSA, «Error y dolo: Fundamentos y diferencias», *Ius canonicum*, (35-69), 1995, pp. 165-182.

FRANZKE, «Zur Strafbarkeit des so genannten „Stealthings“», *Bonner Rechtsjournal*, (2), 2019, pp. 114-122.

GARCÍA PÉREZ, «Algunas reflexiones, a la vista de los primeros pronunciamientos jurisprudenciales en España, en torno al delito de stealthing», *Práctica penal: cuaderno jurídico*, (108), 2022, pp. 15-31.

GENEUS/BUBLITZ/PAPENFUß, «Zur Strafbarkeit des Stealthing», *Juristische Rundschau*, (5), 2021, pp. 189-193.

GIBSON, «Deceptive Sexual Relations: A Theory of Criminal Liability», *Oxford Journal of Legal Studies*, (40-1), 2020, pp. 82-109.

GILI PASCUAL, «Stealthing. Sobre el objeto del consentimiento en el delito de abuso sexual», *Cuadernos de política criminal*, (135), 2021, pp. 85-134.

GONZÁLEZ DEL VALLE, «Ignorancia, error y dolo al elegir cónyuge y al celebrar matrimonio», *Ius canonicum*, (21-41), 1981, pp. 145-165.

GOTELL/GRANT, «Does “No, Not Without a Condom” Mean “Yes, Even Without a Condom”? The Fallout from *R v Hutchinson*», *Dalhousie Law Journal*, (43-2), 2020, pp. 768-792.

GREEN, *Criminalizing Sex: A Unified Liberal Theory*, Oxford University Press, Oxford, 2020.

———, «Lies, Rape, and Statutory Rape», en SARAT (ed.), *Law and Lies: Deception and Truth-Telling in the American Legal System*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015, pp. 194 ss.

GUTIÉRREZ MAYO, «Análisis del denominado *stealthing* (retirada del preservativo sin consentimiento durante las relaciones sexuales) como ataque contra la libertad sexual», en ORTEGA BURGOS/OCHOA MARCO, *Derecho penal 2021*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 345 ss.

HERRING, «Mistaken Sex», *Criminal Law Review*, (July), 2005, pp. 511 ss.

———, «Does Yes Mean Yes?: The Criminal Law and Mistaken Consent to Sexual Activity», *Singapore Law Review*, (22), 2002, pp. 182 ss.

HÖRNLE, «Sexuelle Selbstbestimmung: Bedeutung, Voraussetzungen und kriminalpolitische Forderungen», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (127-4), 2020, pp. 851 ss.

HOVEN, «Das neue Sexualstrafrecht: Ein erster Überblick», *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, (10), 2020, pp. 578 ss.

KEßLER, *Sexuelle Täuschungen – Strafbarkeit und Strafwürdigkeit nach deutschem Sexualstrafrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 2022.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, «Los nuevos delitos sexuales: indiferenciación y consentimiento», en AGUSTINA SANLLEHÍ (coord.), *Comentarios a la ley del «solo sí es sí»: Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/2022, de 6 de septiembre*, Atelier, Barcelona, 2023, pp. 51 ss.

LUZÓN PEÑA, «El consentimiento en Derecho penal: causa de atipicidad, de justificación o de exclusión sólo de la tipicidad penal», *Revista General de Derecho Penal*, (18), 2012, pp. 1-48.

MAÑALICH RAFFO, «La violación como delito contra la indemnidad sexual bajo el derecho penal chileno: Una reconstrucción desde la teoría de las normas», *Ius et Praxis*, (20-2), 2014, pp. 21 ss.

———, *Nötigung und Verantwortung: rechtstheoretische Untersuchungen zum präskriptiven und askriptiven Nötigungsbegriff im Strafrecht*, Nomos, Baden-Baden, 2009.

MARTÍNEZ DE ABREU, «Una aproximación a la relevancia penal del stealthing en el ordenamiento español», *Revista penal México*, (22), 2023, pp. 123 ss.

MONGE FERNÁNDEZ, «Las Manadas» y su Incidencia en la Futura Reforma de los Delitos de Agresiones y Abusos Sexuales, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

MORILLAS FERNÁNDEZ, «Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en MORILLAS CUEVA (dir.), *Estudios sobre el Código Penal reformado*, Dykinson, Madrid, 2015, pp. 433 ss.

ORTS BERENGUER/SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

PANTALEÓN DÍAZ, «Ausencia de consentimiento, defecto de información y responsabilidad médica: perspectivas penal y civil», *Diario La Ley*, (9277), 2018, pp. 1 ss.

PANTALEÓN DÍAZ/CANCIO MELIÁ, «Transmisión sexual de VIH: imputación objetiva y subjetiva», *InDret*, (2), 2022, pp. 307 ss.

PÉREZ ALONSO, «Concepto de abuso sexual: contenido y límite mínimo del delito de abusos sexuales», *InDret*, (3), 2019, pp. 1 ss.

POZUELO PÉREZ, «La agresión sexual en autoría mediata: Proxenetes, clientes y violación de personas prostituidas», *InDret*, (1), 2022, pp. 206 ss.

PUENTE RODRÍGUEZ, «Contra la tipificación de la agresión sexual imprudente», en prensa.

PUENTE RODRÍGUEZ/LLOBET ANGLÍ, «Norma de sanción y norma de conducta: ¿por qué castigamos más cuando queremos castigar menos? Una reflexión al hilo del nuevo art. 579 bis 4 CP», *La Ley penal*, (141), 2019, pp. 1 ss.

RAGUÉS I VALLÈS, «El grado de afectación al consentimiento de la víctima en los delitos sexuales: una revisión crítica de la Ley Orgánica 10/2022», en AGUSTINA SANLLEHÍ (coord.), *Comentarios a la ley del «solo sí es sí»: Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/2022, de 6 de septiembre*, Atelier, Barcelona, 2023, pp. 95 ss.

———, «Delitos contra la libertad sexual», en SILVA SÁNCHEZ (dir.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial*, 9ª ed., Atelier, Barcelona, 2023, pp. 135 ss.

RAMOS VÁZQUEZ, «El engaño como medio comisivo de la agresión sexual: la esterilidad de Naim Darrechi y la nueva cultura del consentimiento», en AGUSTINA SANLLEHÍ (coord.), *Comentarios a la ley del «solo sí es sí»: Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/2022, de 6 de septiembre*, Atelier, Barcelona, 2023, pp. 167 ss.

———, «Algunos problemas conceptuales y epistemológicos de la definición del consentimiento sexual en la llamada ley de “solo sí es sí”», *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, (34), 2023, pp. 230 ss.

———, «La cláusula Romeo y Julieta (art. 183 quater del Código penal) cinco años después: perspectivas teóricas y praxis jurisprudencial», *Estudios penales y criminológicos*, (41), 2021, pp. 307 ss.

———, *Política criminal, cultura y abuso sexual de menores: un estudio sobre los artículos 183 y siguientes del Código penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

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

ROMEO MALANDA, «Las eximentes por analogía en el Código Penal Español de 1995», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (16), 2005, pp. 169 ss.

RUBENFELD, «The Riddle of Rape-by-Deception and the Myth of Sexual Autonomy», *The Yale Law Journal*, (122), 2013, pp. 1372 ss.

SCHEIDEGGER, «Balancing Sexual Autonomy, Responsibility, and the Right to Privacy: Principles for Criminalizing Sex by Deception», *German Law Journal*, (22), 2021, pp. 769 ss.

SILVA SÁNCHEZ, «“Aberratio ictus” e imputación objetiva», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (37), 1984, pp. 347 ss.

TADROS, «Beyond the Scope of Consent», *Philosophy & Public Affairs*, (50-4), 2022, pp. 409 ss.

TAMARIT SUMALLA, *La protección penal del menor frente al abuso y a la explotación sexual*, 2ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2002.

TILTON/JENKINS ICHIKAWA, «Not What I Agreed To: Content and Consent», *Ethics*, (132-1), 2021, pp. 127 ss.

TURIENZO FERNÁNDEZ, «“Ojos que no ven, corazón que no siente”: los llamados “casos puros”», *InDret*, (3), 2023, pp. 467 ss.

VALVERDE CANO, «Lo bueno, lo malo y lo feo de los futuros delitos de esclavitud», *Diario La Ley*, (10272), 2023, pp. 1 ss.

VAVRA, «Täuschungen als strafbare Eingriffe in die sexuelle Selbstbestimmung?», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, (12), 2018, pp. 611 ss.

WESTEN, *The Logic of Consent*, Routledge, New York, 2004.

WIßNER, «Stealthing: ein besorgniserregender Trend», *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, (103-4), 2020, pp. 315 ss.