

## ***Revista Crítica de Jurisprudencia Penal***

Sección coordinada por Ramon Ragués i Vallès\*

Número monográfico: El tratamiento jurídico del *stealth*.  
Comentario a la STS 603/2024, de 14 de junio.

*Stealth* y legalidad penal, por Antoni GILI PASCUAL.

*Stealth*: ¿violación o agresión sexual?, por Ivó COCA VILA.

Engaño, consentimiento y acceso carnal, por Carlos CASTELLVÍ  
MONSERRAT.

Agresión sexual por engaño: disensos aparentes y acuerdos  
tácitos, por Ana Belén VALVERDE-CANO.

-

---

\* La *Revista Crítica de Jurisprudencia Penal* publica comentarios de sentencias recientes, con especial interés en aquellas que abordan cuestiones relacionadas con los fundamentos del Derecho penal, la teoría del delito y los conceptos comunes de la parte especial. Los autores interesados en publicar un comentario pueden ponerse en contacto con el coordinador de la sección en [ramon.ragues@upf.edu](mailto:ramon.ragues@upf.edu).

## Número monográfico: El tratamiento jurídico del *stealth*. Comentario a la STS 603/2024, de 14 de junio\*.

*El tratamiento jurídico-penal que merece el denominado *stealth* ha sido una de las cuestiones más polémicas del debate académico y forense de los últimos años sobre los delitos sexuales. Con ocasión de la primera sentencia del Tribunal Supremo sobre esta materia, en este número monográfico la Revista Crítica de Jurisprudencia Penal ha reunido a cuatro de los principales especialistas españoles para que valoren la nueva resolución. Los comentaristas han compartido una primera versión de sus textos a fin de poder considerar –y, en su caso, replicar– la opinión de los demás autores.*

### 1. Hechos y antecedentes procesales

La sentencia plenaria del Tribunal Supremo 603/2024, de 14 de junio<sup>1</sup>, se ocupa por vez primera en la Sala del tratamiento jurídico que merecen los casos del denominado *stealth*, es decir, de la no utilización fraudulenta –o retirada subrepticia– del preservativo en relaciones sexuales con penetración. Hasta la fecha la cuestión había sido ya polémica en el debate doctrinal, tanto en España como en otros países; también lo ha sido en esta resolución, que cuenta con un voto particular suscrito por cinco magistrados.

Los hechos que, resumidamente, han dado lugar a esta decisión judicial fueron los siguientes: el acusado Marino y la denunciante Elena, a los que no unía ningún tipo de relación afectiva, quedaron, como en ocasiones previas, para desplazarse en el coche de ella a un descampado y mantener allí relaciones sexuales. Previamente, el acusado había informado a la denunciante de que padecía algún tipo de infección indeterminada en los genitales para la que estaba siguiendo un tratamiento farmacológico. Como en ocasiones anteriores, dice la resolución, «Elena sólo aceptó mantener las relaciones sexuales con uso de preservativo, a cuyo efecto y cuando ya se encontraban en los asientos traseros del turismo, fue la propia Elena la que proporcionó a Marino un preservativo en su envoltorio, que éste recogió y aproximó a sus genitales simulando ponerse. Sin embargo, Marino no llegó a ponerse en ningún momento el preservativo y, pese a ello, sin

---

\* La redacción de este apartado introductorio ha corrido a cargo de Ramon Ragués.

<sup>1</sup> STS 603/2024, Penal (Pleno), de 14 de junio (ECLI:ES:TS:2024:3418). Ponente del Moral García.

decirle nada a Elena, inició la penetración por vía vaginal, que esta aceptó en la convicción de que tenía puesto el tan citado profiláctico».

Prosigue el relato contenido en la sentencia: «En determinado momento y tras un tiempo no determinado de coito, Elena sospechó que Marino pudiera no tener puesto el preservativo, por lo que empezó a decirle que parara y que se quitara de encima, lo que acompañaba del gesto de empujarlo, aunque sin conseguirlo por encontrarse él sobre ella; no consta que Marino se percatara inmediatamente de la intención de Elena de poner fin a la penetración, por lo que durante un breve lapso de tiempo continuó con la misma, sin que para ello ejerciera fuerza alguna más allá de la derivada de la propia postura en que se encontraban, hasta que pasado ese breve tiempo se dio cuenta de la negativa de Elena y, sin eyacular, se retiró, se vistió y se marchó del lugar».

A resultas del contacto sexual descrito, Elena resultó contagiada con la bacteria *chlamydia trachomatis*, de la que era portador Marino, una infección cuya curación precisó atención médica y la prescripción de antibióticos, antiinflamatorios y ansiolíticos. Además, se relata en la sentencia, Elena, «que había sido diagnosticada previamente de distimia, con crisis puntuales de ansiedad y algunos rasgos anómalos de personalidad, sufrió a consecuencia de los hechos un agravamiento de su patología, que hubo de controlar con seguimiento médico y el propio tratamiento medicamentoso que ya recibía; de ambos padecimientos sanó con 15 días de perjuicio personal básico, 5 de ellos de pérdida temporal de calidad de vida moderada».

La Audiencia Provincial de Sevilla, que conoció de los hechos en primera instancia, condenó a Marino como autor del (derogado) delito de abusos sexuales (art. 181.4 CP en su redacción previa a la LO 10/2022), agravado por acceso carnal, a una pena de cuatro años de prisión y un delito de lesiones (art. 147.1 CP) a una pena de seis meses de prisión, con una responsabilidad civil de 13.000 euros. Esta decisión fue recurrida en apelación por el acusado ante el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, que desestimó íntegramente dicha impugnación, procediendo seguidamente a presentar recurso de casación ante el Tribunal Supremo. Mientras se tramitaba el recurso, entró en vigor la reforma del Código Penal (Ley Orgánica 10/2022), que suprimió el antiguo delito de abusos sexuales y pasó a regular las conductas abarcada por este tipo en la figura de las agresiones sexuales (vigentes arts. 178 y 179 CP).

## 2. Fundamentación jurídica

De todos los motivos de recurso, interesa solamente en este comentario el basado en una posible infracción de precepto legal, concretamente, del antiguo art. 181 CP, que regulaba el delito de abusos sexuales y castigaba conductas actualmente reconducidas al delito de agresiones sexuales de los vigentes arts. 178 y 179 CP. Para dar respuesta a este motivo de recurso, según la Sala Segunda deben analizarse dos cuestiones: «a) Determinar si el consentimiento sexual obtenido mediante una argucia o engaño rellena la tipicidad del art. 181 (o la del actual art. 178.1)»; y «b) Indagar si en supuestos como el analizado se puede hablar de “consentimiento” respecto del concreto acto sexual realizado, desde la estricta perspectiva de la libertad sexual, que es el bien jurídico protegido».

## 2.1. En cuanto al engaño como posible medio comisivo de las agresiones sexuales

La primera cuestión de las dos planteadas es respondida en sentido negativo por el Tribunal Supremo. Según la Sala, «no son actos típicos, por existir anuencia, aquéllos en que ha intervenido engaño para conseguir la conformidad de la otra persona implicada en la relación sexual. Cuando el Código habla en estos preceptos de *consentimiento* lo hace en su sentido *débil*, según expresiva terminología manejada por algún estudioso; es decir, le basta la anuencia, la aceptación, aunque esa decisión esté viciada por un conocimiento errado de la realidad provocado o aprovechado por el otro sujeto. Consentir es sencillamente aceptar; no aceptar libre, e informadamente y con conocimiento de todos los factores y circunstancias concernidas. Estos preceptos (arts. 178 y ss CP), a diferencia de otros, no incluyen una referencia a un consentimiento obtenido por engaño (*vid.*, v.gr., el art. 177 bis o, singularmente, el art. 144.2 CP: el legislador prevé expresamente el consentimiento obtenido a través de un engaño; lo que no hace en el actual art. 178, ni hacía en el precedente 180). Cuando la ley quiere referirse a un consentimiento plenamente informado, libre de error, lo aclara normalmente de forma taxativa: art. 156 –*consentimiento válido, libre, consciente y expresamente emitido*–. Cuando solo habla de consentimiento, sin más calificativos, piensa ordinariamente en ese sentido *débil*» (cursivas en el original).

Prosigue el Tribunal señalando que, «justamente por eso, el reformado art. 178 CP estaría incompleto si junto al primer párrafo que enuncia la ausencia de consentimiento, no especificase que quedan asimilados aquéllos supuestos en que media violencia o intimidación (consentimiento arrancado coactivamente), o prevalimiento de superioridad (consentimiento no libre por concurrencia de una presión o ascendiente). Si se entendiese de otra forma, sobraría esa especificación». A juicio de la Sala, «en la misma línea, se ve obligado a tipificar expresamente los abusos sexuales sobre menores, aunque carezcan de capacidad legal para consentir y, por tanto, no pueda hablarse de consentimiento libre. Es más, en el seno de tal tipicidad (art. 181 actual) diferencia implícitamente entre algunos casos en que media consentimiento (entendido como simple aceptación o anuencia) y otros en que no lo hay. Aunque, ciertamente, la autonomía de las tipicidades del art. 181 CP obedece también a razones de diferenciación punitiva. Aún con esa aclaración, una y otra consideración confluyen erigiéndose en señal inequívoca de que esa expresión –consentimiento– es [*sic.*] está usando como equivalente a aceptación; no como consentimiento totalmente libre (*vid.* art. 183 bis que, por el contrario, sí adjetiva), y no aquejado por algún vicio del conocimiento».

Partiendo de tales premisas, concluye el Tribunal afirmando que «las relaciones sexuales en que el consentimiento se ha obtenido mediante un engaño solo estaban tipificadas como abuso sexual en el art. 182 CP (abuso fraudulento de menores) cuando la edad de la víctima se movía entre 16 y 18 años. Tal tipicidad ha sido suprimida por la reforma de 2022, lo que significa necesariamente que se ha despenalizado esa conducta». A tal efecto argumenta la Sala que «el engaño sobre el propio estado civil (dice ser soltero/a), sobre las condiciones personales (simula ser un famoso), sobre los sentimientos (hace protestas [*sic.*] de amor y fidelidad cuando simultanea varias relaciones clandestinas), la condición personal estable (alega ser infértil; oculta que es un transexual) o coyuntural (asegura que ha tomado anticonceptivos), la situación financiera (se jacta de ser millonario/a), o la promesa de recompensa o precio (promete falsamente que pagará una cantidad si mantiene relaciones sexuales) ... no son supuestos típicos, aunque se alcance la certeza de que el engañado no hubiese accedido a la relación de conocer el ardid o la simulación. Y es que hay conductas que pueden ser inmorales, desleales, reprobables

e, incluso, despreciables, pero que no necesariamente son delictivas. Por esta vía, podríamos llegar al absurdo de un acto sexual en que ambos son a la vez agresores (ha engañado) y víctima (ha sido engañado)».

En tal sentido, concluye la mayoría que «un consentimiento obtenido mediante engaño no abre las puertas a una condena por los delitos de los arts. 178 y ss actuales; como no las abría antes a las tipicidades equivalentes, con la única salvedad de los casos de sujeto pasivo con edad comprendida entre 16 y 18 años. Solo se otorga relevancia penal al consentimiento viciado si se obtuvo con intimidación, o prevalimiento o abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad (art. 178)». Tras descartar que esta conclusión genere una incoherencia por dejar desprotegida la libertad sexual frente a los engaños, si se la compara con los delitos patrimoniales, el Tribunal Supremo argumenta que, «si convertimos un consentimiento prestado por engaño en la base de un delito de agresión sexual llegaríamos a una insoportable y asfixiante intromisión del derecho penal en el ámbito afectivo sexual de los ciudadanos. No hay fórmula satisfactoria para seleccionar solo algunas de las variadísimas formas de engaño imaginables. Nos adentraríamos en una resbaladiza pendiente en que no habría forma racional de establecer límites».

## 2.2. En cuanto a la existencia de consentimiento respecto del acto realizado

Tras negar la relevancia típica del engaño, el Tribunal pasa a responder a la segunda pregunta planteada, a saber, si en casos como el señalado «se puede hablar realmente de consentimiento respecto de ese concreto acto». Según la Sala, «hay casos en que el engaño, no solo desencadena un consentimiento viciado (inidóneo para colmar la tipicidad); sino que se traduce en una ausencia de consentimiento respecto de la concreta conducta. No es consentimiento existente pero inválido por error; sino ausencia de consentimiento. El médico que realiza tocamientos ajenos a la *lex artis* simulando que son los actos propios de una exploración sanitaria; o unos masajes terapéuticos o prescritos médicamente, no se limita a obtener un consentimiento mediante su engaño (el consentimiento se prestó pensando en el plano puramente sanitario), sino que realiza acciones –con contenido sexual– no cubiertas por ese consentimiento (*vid.* STS 647/2023, de 27 de julio)». Según el Tribunal, en tales casos «no estamos ante un engaño *motivacional*, terminología que tomamos prestada de algún acercamiento académico, es decir, aquel que influye sobre las motivaciones o circunstancias que presumiblemente hubiesen excluido la anuencia; sino sobre el *qué*, sobre la misma acción (*fraud in the inducement* frente a *fraud in the factum*). Son conductas encajables en el anterior art. 181 y en el actual art. 178. No hay consentimiento para actos de contenido sexual, aunque se presenten disfrazados de palpaciones terapéuticas o de diagnóstico».

En esta misma línea, sigue argumentando la sentencia que «una penetración anal cuando solo se consintió la vaginal; o introducir en la cavidad genital un objeto, cuando solo se consintió el acceso digital, constituyen actos sexuales in consentidos. Por eso encajan en los arts. 178 y 179; y no porque el consentimiento estuviese viciado por el engaño previo. Cuando la acción sexual desplegada desborda o se aparta de lo consentido hay agresión sexual. No fue lo consentido. También cuando se suplanta la identidad –algún supuesto de ese tenor ofrecen los repertorios– se produce una actuación no consentida. No es que haya un consentimiento arrancado por engaño; es que no hay consentimiento para actos sexuales o para esos actuales sexuales, o para la interacción con esa persona que se hace pasar por otra».

En correspondencia con la anterior afirmación, añade el Tribunal que, «bien vistas las cosas, aquí radica el núcleo de la cuestión –si hay consentimiento o no–. La concurrencia de un previo engaño no añade nada penalmente. La respuesta penal será la misma si en lugar de una argucia preexistente, nos enfrentamos a una idea surgida de improviso, sin maquinación previa: retirada no planificada del preservativo, sino determinada por un impulso sobrevenido; o, para acudir a otra situación parificable, el médico que carecía de dolo antecedente, y, mientras examina a la paciente, cede a su pulsión sexual y comienza tocamientos lascivos que sin ajustarse a la *lex artis* o las exigencias del tratamiento, tienden en exclusiva a satisfacer su libido. En esos supuestos no se identifica un engaño previo y es que lo decisivo no es eso. Las elucubraciones sobre la validez de un consentimiento viciado por el engaño resultan superfluas a los fines de abordar la relevancia penal de estos casos. Lo determinante es comprobar si el consentimiento –viciado o no por una simulación o maquinación antecedente: eso es lo menos– abarcaba esos actos neutralizando su relevancia típica. La cuestión no estriba en la eficacia o naturaleza del engaño, sino en el alcance del consentimiento prestado. La pregunta a formular no es *¿el consentimiento estaba viciado por un error esencial provocado?* Son otras: *¿el acto sexual concreto estaba consentido?* *¿se apartó esencialmente de lo que se había aceptado?* Indagar sobre los vicios del consentimiento al modo de una relación contractual civil es camino infecundo a estos efectos. Lo que hay que explorar es el contenido del consentimiento prestado. Si éste es desbordado de forma esencial; no accidental, o accesorio, habrá delito contra la libertad sexual, se haya producido engaño o no» (cursivas en el original).

No obstante, el propio Tribunal matiza que «es obvio que no basta cualquier divergencia en el *cómo* (no se respetó la exigencia de esperar al orgasmo simultáneo, se cambió la postura acordada...), o en circunstancias no esenciales (se consumó el acto en un tiempo breve en contra de la reclamación de la pareja, frustrando deliberadamente las expectativas convenidas...). Es necesario que haya un *qué* distinto; un *aliud*. No solo un *cómo* diferente del acordado. No es fácil fijar los linderos entre unos casos y otros. Hay supuestos claros; otros, fronterizos”. Y a continuación precisa la misma Sala que “hay que advertir que a estos efectos debemos manejar en exclusiva la dimensión estrictamente sexual o corporal, física, del acto y no otros aspectos igualmente importantes (móvil de puro disfrute o manifestación de amor comprometido; potencialidad reproductiva; riesgo sanitario) pero irrelevantes a estos fines. Entre esos factores no determinantes están la apertura o no a la reproducción, o los riesgos sanitarios. Esas perspectivas no están involucradas en estos tipos. No hay agresión sexual –sí, en su caso, lesiones dolosas– en quien oculta la enfermedad venérea que le aqueja; o en quien hace protestas falsas de ser fértil para lograr el acceso con quien busca, por encima de todo, su maternidad».

Pasando a los detalles del caso concreto –es decir: al empleo o no de preservativo– señala el Tribunal que «identificamos, en esa dimensión estrictamente sexual a que hemos de atender, un *aliud* que constituye una diferencia esencial, ajena al consentimiento, en una penetración con preservativo cuando se exigió que se usase de ese medio y se eludió esa barrera; o cuando se impuso como condición excluirla y furtivamente se incumplió el compromiso». A juicio de la Sala Segunda, «la conducta merece reproche como consecuencia de las lesiones causadas. Sin duda. Pero no agota ahí su desvalor. Se ha producido un contacto sexual que desborda, también en su proyección puramente corporal, lo que se aceptó. Hay un contacto corporal distinto (por exceso o, en su caso, por defecto) del consentido. Muta la dimensión sexual del acto y no solo su potencialidad generadora o el eventual riesgo sanitario, ajenos a estas tipicidades. Sucede igual cuando se consintió el acceso con el órgano genital masculino, y, sin autorización, se introducen los dedos».

### 2.3. En cuanto a la posible aplicación de la modalidad agravada por acceso carnal

Una vez sentada la existencia de un atentado penalmente relevante contra la libertad sexual de la víctima, el Tribunal Supremo pasa a analizar la concreta modalidad delictiva aplicable. En tal sentido sostiene que no puede aplicarse a estos casos la modalidad agravada por la concurrencia de acceso carnal (actual art. 179 CP), por cuanto «cuando el legislador fija esas altas penalidades, está pensando en una penetración, por cualquiera de las vías establecidas, no consentida, no aceptada, rechazada. No se quiere la penetración. En un caso como el examinado la víctima consiente la penetración vaginal. La ausencia de consentimiento no puede predicarse de esa acción, –acceso por vía vaginal y con el miembro viril–; tan solo de la modalidad específica de acceso, del contacto directo con el miembro viril. Intuitivamente se capta que el nivel de antijuricidad es muy distinto. Es no solo desproporcionada, sino también forzada la equiparación con el acceso no consentido. La penetración vaginal es aceptada, aunque se produjo en una modalidad no cubierta por el consentimiento (como puede suceder en casos de eyaculación deliberada en el interior de la cavidad vaginal, pese al rechazo anterior exteriorizado por la mujer –o viceversa– u otras hipótesis imaginables). El acceso no desborda el consentimiento otorgado. La ausencia de consentimiento puede predicarse del contacto directo de los órganos genitales, pero no del acceso vaginal (...)». Por este concreto motivo, el Tribunal decide que la norma más favorable aplicable a los hechos es el antiguo art. 181.1 de abusos sexuales sin penetración, procediendo a rebajar la pena impuesta a un solo año de prisión.

### 3. Argumentos del voto particular

Los cinco magistrados que suscriben el voto particular –formulado por el Sr. Martínez Arrieta y al que se adhieren los Sres. Palomo del Arco, Ferrer García, Polo García y Hernández García– discrepan de los dos principales argumentos de la mayoría del Tribunal y sostienen tanto la relevancia penal del engaño como que los casos de *stealth* deben encuadrarse en los abusos (ahora agresiones) con acceso carnal. Antes de exponer sus argumentos, no obstante, los magistrados discrepantes parecen reprochar veladamente a la mayoría que haya tratado de construir algo así como una teoría general del engaño en los delitos sexuales en vez de limitarse a resolver en caso concreto. En tal sentido afirman que, «en casos como el presente en que nos pronunciamos por primera vez, sobre estas conductas, es necesario ir fijando la interpretación del precepto de forma prudente, señalando principios básicos de los que partir y, poco a poco, conforme se planteen supuestos concretos, desarrollar los principios precedentemente señalados y así analizar en la inteligencia de los tipos penales».

a) En cuanto a la primera cuestión –relevancia penal del engaño en los delitos contra la libertad sexual– los cinco magistrados señalan que la sentencia de la mayoría presenta «una clara contradicción interna, pues tras negar la virtualidad del engaño para rellenar la tipicidad de la agresión sexual, entiende que hay supuestos en los que el engaño es relevante, aquellos en los que la doctrina penalista conviene en reconocer relevancia del engaño como presupuesto típico de una falta de consentimiento». Entre estos se cita el engaño sobre la naturaleza sexual de la actividad consentida (caso del sanitario) y los supuestos en los que el sujeto activo simula ser otra persona. Según el voto, «si el principio de autonomía sexual implica el derecho a decidir el cómo, cuándo y con quién se consiente mantener una relación sexual, el error en la persona derivado del engaño, tiene toda la relevancia en la tipicidad afirmando la ausencia de consentimiento (caso de novación de intervinientes, suplantaciones); un tercer supuesto,

referido al grado de injerencia corporal, que es relevante cuando el sujeto pasivo ha consentido una determinada injerencia, y no otra, que es realizada sin consentimiento, pues el consentimiento sobre la forma de la relación es relevante, al consentir una determinada relación y no otra».

En tal sentido, puntualizan que «la definición del consentimiento contenida en el actual art. 178 CP, también aplicable a la redacción anterior, parte de la necesidad de que el consentimiento sea manifestado libremente, por lo tanto, el engaño, cuando el sujeto pasivo no manifiesta libremente su voluntad accediendo a la relación, puede rellenar la tipicidad del delito de agresión sexual. Los ejemplos que sitúan el engaño en situaciones hilarantes tienen solución, negando la subsunción en la agresión sexual, desde consideraciones sobre la relevancia penal del engaño, bien porque se vierte sobre apariencias, no realidades, bien porque la relevancia del error ha de ser examinada desde la perspectiva del bien jurídico protegido, que no es otro que la libertad de mantener una relación sexual en la forma, con quien quiera y cuando quiera, es decir, el principio de autonomía sexual». Según los firmantes del voto, corresponde distinguir entre «aquel engaño referido a la motivación del consentimiento, de aquel otro que versa sobre el hecho de la relación –el acto de contenido sexual, como precisa la norma–. En otros términos, es preciso distinguir el engaño motivacional, los motivos que llevaron a una persona a consentir una relación sexual, – respecto de los cuales el engaño no tiene relevancia penal, al jugar otros principios como el de autorresponsabilidad, de aquel engaño que se cierne sobre el hecho de la propia relación consentida–».

Concluye en este punto el voto particular que, en el fondo, «no hay desacuerdo en que existen supuestos en los que el engaño tiene relevancia penal, los anteriormente referidos, pero mientras que en la sentencia de la mayoría se niega la relevancia penal del engaño para rellenar la tipicidad en el delito de agresión, por un temor a una desmesura en la aplicación del tipo penal, admitiendo los tres supuestos referidos, en nuestra disensión afirmamos que el engaño puede rellenar la tipicidad y la restricción vendrá dada por el examen, en cada caso, de su relevancia, su causalidad con la relación y la afectación del bien jurídico, en los términos señalados. En definitiva, para la sentencia de la mayoría se parte, como postulado básico, de la irrelevancia del engaño en la conformación de la exigencia típica de la ausencia de consentimiento, para luego admitir que esa afirmación, categórica, tiene excepciones: las anteriormente referidas. En nuestra opinión, por el contrario, la argumentación parte de una afirmación básica, el engaño, si es relevante, puede viciar y anular el consentimiento, y su relevancia resulta clara y patente en los tres supuestos anteriormente referidos, la naturaleza sexual de la acción consentida, los casos de suplantaciones y los referidos al grado y forma de la injerencia consentida que se ve alterada por la acción del sujeto activo que truca lo autorizado».

b) Pasando al supuesto concreto enjuiciado, los Magistrados discrepantes señalan que «el engaño del sujeto respecto de la utilización del preservativo, simulando su llevanza conforme a lo acordado, para quitárselo, o no llegar a ponérselo, afecta a la forma de la injerencia, al grado de injerencia en la relación consentida, por lo que tiene la relevancia precisa para afirmar la tipicidad en el delito de agresión sexual. También convenimos en que el examen de la tipicidad ha de realizarse desde una dimensión pura y estrictamente sexual, sin atender a otros criterios que pueden surgir de la potencialidad lesiva a la integridad física o de potencialidad de embarazos, pues su concurrencia podría dar lugar a otras tipicidades concurrentes, en su caso, bajo las normas reguladoras de los concursos».

c) En cambio, existe discrepancia respecto de la mayoría en cuanto a la aplicación de la modalidad agravada de acceso carnal. Así, según la opinión minoritaria, «la víctima accedió a mantener relaciones sexuales penetrativas de una determinada manera que incluía el uso de condón. El recurrente al retirarlo sin su conocimiento o consentimiento lesionó gravemente la libertad sexual de aquella pues el acto de contenido sexual no se llevó a cabo de la manera que la víctima había consentido. Hubo penetración no consentida y ello conduce, indefectiblemente, a las consecuencias normativas antes precisadas. Los problemas derivados de la proporcionalidad de las penas, a los que se refiere la sentencia mayoritaria, tienen otras salidas en el propio Código penal, art. 4 CP». Dicha conclusión discrepante se basa en la idea de que es «difícilmente mantenible, como sostiene la sentencia mayoritaria, que pueda existir consentimiento válido para el acto sexual penetrativo y, al tiempo, falta de consentimiento para el contacto físico entre las membranas que implique intercambio de fluidos corporales. Esta disociación solo sería posible si se parte de que la utilización de condón es una suerte de condición accesorio del acto de contenido sexual consentido cuya vulneración es menos significativa y, por tanto, lesiona menos el bien jurídico protegido. Conclusión que, por las razones expuestas, rechazamos frontalmente. El acuerdo sobre el uso de preservativo constituye una parte esencial del consentimiento prestado para mantener un acto de contenido sexual penetrativo».

## *Stealth* y legalidad penal

Antoni Gili Pascual\*  
Universitat de les Illes Balears  
antoni.gili@uib.edu

### 1. Preliminar

Aunque el lenguaje periodístico, siempre más incisivo y vistoso, anunciara el pasado mes de mayo en los diferentes medios (pendiente aún la publicación de la sentencia) que el Tribunal Supremo habría finalmente «declarado delictivo» el *stealth*, pareciendo dar a entender con ello, por tanto, que habrían existido iguales posibilidades de que hubiese declarado lo contrario<sup>1</sup>, lo cierto es que, a la vista de los fundamentos de la resolución, la casación tenía asumida ya de partida la relevancia penal de esta conducta<sup>2</sup>, y como delito sexual<sup>3</sup>. El dilema real no estaba, en suma, en decidir si era o no delito, o si era o no agresión sexual, sino solo en precisar qué clase de agresión sexual era: la del tipo básico, actual art. 178.1 (abuso sexual del art. 181.1 en la fecha de los hechos<sup>4</sup>) o la agravada por el «acceso carnal» (violación) del vigente art. 179.1 (181.4 anterior).

Por ello, centraré especialmente este comentario en la valoración de las dos opciones indicadas (apdo. 2), que se corresponden, además, con el único punto de disensión real entre el parecer suscrito por la mayoría de la Sala y el expresado en el voto particular de la sentencia. Pues el otro punto de desacuerdo que manifiesta el voto discrepante, relativo al papel que en general cabe conferir al engaño en la tipicidad de los actuales delitos sexuales, refleja un desacuerdo más aparente que real. En efecto, aunque este punto es el que recibe una atención más extensa en el voto mencionado (y es amplia también la que le dedica la decisión mayoritaria<sup>5</sup>), aquél viene a reflejar solo, más bien, un reproche hacia la contradicción interna en la argumentación de la

---

\* Esta publicación se enmarca en el proyecto PID2021-123441NB-I00 (MCIN/AEI/10.13039/501100011033).

<sup>1</sup> El enfoque periodístico indicado venía ciertamente auspiciado por el propio titular elegido por la nota de prensa de la Oficina de Comunicación del Poder Judicial: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Noticias-Judiciales/El-Tribunal-Supremo-declara-delictivo-el--stealth>- (29 de mayo de 2024).

<sup>2</sup> Pese a sus disquisiciones sobre la relevancia típica del engaño en el ámbito de los delitos sexuales: aunque se afirma con carácter general su irrelevancia como medio de comisión, se mantiene después la tipicidad del *stealth* porque la conducta –FJ 8– «desborda lo que se aceptó» (no se olvide, por engaño).

<sup>3</sup> Sin considerar en *obiter dicta* cualquier otra posible calificación, como la de delito contra la integridad moral.

<sup>4</sup> Figura que acabó aplicando la STS 603/2024 (al no ser en el caso más favorable la actual), en sustitución de la agravada (181.4 ACP) por la que venía condenado el recurrente.

<sup>5</sup> FFJJ 4 a 8.

opinión mayoritaria (no hacia la opción acogida por ésta –relevancia del *stealththing*–) a la vez que, y sobre todo, un reproche a la posible precipitación del parecer mayoritariamente sostenido, por haber éste entrado a teorizar en exceso sobre el engaño en general (y, en consecuencia, sobre la dimensión del conocimiento en el consentimiento sexual), abrazando ya con ello determinadas opiniones que acaso –cabría añadir– podrían hipotecar en demasía decisiones futuras. Ello cuando –sostiene el voto particular– «la jurisprudencia debe estar caracterizada por la prudencia», de modo que «en casos como el presente en los que nos pronunciamos por primera vez sobre estas conductas, es necesario ir fijando la interpretación del precepto de forma prudente, señalando los principios básicos de los que partir y, poco a poco, conforme se planteen supuestos concretos, desarrollar los principios precedentemente señalados y así avanzar en la inteligencia de los tipos penales».

En realidad, como se decía, aunque formalmente la mayoría de la Sala niega con carácter general la aptitud del engaño como medio de comisión típica (con argumentos sistemáticos, históricos y relativos a la propia génesis parlamentaria<sup>6</sup> –especialmente, FJ 4–)<sup>7</sup>, con ello resulta referirse solo al engaño en los motivos que propician el contacto sexual (al engaño *motivacional*, en la terminología de CASTELLVÍ MONSERRAT), aceptando en la práctica la relevancia típica de los que afectan a la propia significación sexual de la conducta (a la naturaleza del acto, la identidad nominal de la pareja sexual y el grado de injerencia corporal, en la interesante propuesta de COCA VILA). Coincide así en esto, materialmente, con la posición expresada por el voto particular, aunque éste le reproche por ello «una clara contradicción interna» en su razonamiento. Ambas posturas, en suma, no hacen sino hacerse eco de una distinción ya existente en la doctrina tanto española como comparada y que, a fin de cuentas, discrimina entre engaños relevantes (entre los que se contaría el *stealththing*) y otros que no lo son.

En cualquier caso, pese a la menor atención que por las razones expresadas se dedicará al déficit de conocimiento provocado por engaño en el marco de la teoría del consentimiento sexual, debe subrayarse que es precisamente la compleción y consolidación de esta dimensión (hay más<sup>8</sup>) de la teoría de dicho consentimiento el trasfondo necesario para abordar adecuadamente no solo los supuestos de *stealththing* –que por razones muy específicas han irrumpido con fuerza en el panorama jurídico no solo español sino internacional desde 2017<sup>9</sup>–, sino otros supuestos materialmente próximos y hasta equivalentes (como la eyaculación inconsciente en el marco de una penetración autorizada).

Este flanco de la cuestión, de todos modos, no quedará en absoluto desatendido, sino todo lo contrario, en este comentario a varias manos. Pues en él participan también, precisamente, los

---

<sup>6</sup> Estos argumentos pueden verse ampliamente contestados en este mismo número de la *Revista Crítica de Jurisprudencia Penal* por VALVERDE-CANO, «Agresión sexual por engaño: disensos aparentes y acuerdos tácitos», *InDret*, (4), 2024, apdo. 2.

<sup>7</sup> Los auténticos argumentos para negar (o, en su caso, sostener) la relevancia del engaño residirían, en realidad, en la eventual apreciación de una distinta antijuridicidad material y en consideraciones político criminales (véase COCA VILA, «Agresión sexual por engaño. Hacia una teoría diferenciadora del engaño excluyente del consentimiento sexual», *InDret*, (3), 2023, pp. 437 ss., citando a PUNDIK).

<sup>8</sup> Pues existen otras situaciones de *consentimiento imperfecto*: véase, 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 SANLEHÍ (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*, pp. 95 ss., 100 ss.

<sup>9</sup> Sobre tales razones puede verse GILI PASCUAL, «*Stealththing*. Sobre el objeto del consentimiento en el delito de abuso sexual», *Cuadernos de Política Criminal*, (135), 2021, pp. 95 ss.

autores que en la doctrina española se han ocupado con mayor atención de la relevancia típica del engaño sexual en los últimos años, y que con seguridad darán buena cuenta de este aspecto de la sentencia comentada. Quede en todo caso apuntado que se prescinde de la profundización en el engaño como vicio del consentimiento sexual por entender que éste no constituye una vía alternativa para decidir sobre la concreta calificación del *stealth* conforme al derecho positivo, sino (amén de un paso necesario para un adecuado enfoque global de futuro) solo un *prius* para determinar de presente la relevancia penal (o no) del comportamiento<sup>10</sup>. Pero tal análisis deja la cuestión, por así decir, a las puertas de esa decisión sobre la calificación exacta, que deberá resolverse con otro tipo de argumentos (a mi juicio, de estricta legalidad). Por aquella vía, en otros términos, se nos dirá que, efectivamente, el *stealth* debe situarse en la estantería de los delitos sexuales (por afectar al bien jurídico o, si se prefiere, a las pretensiones de veracidad de las normas que tutelan la libertad sexual<sup>11</sup>); pero no se nos indicará el estante (básico o agravado) en el que debe colocarse.

## 2. Una sentencia esperada, que se aparta de la tendencia judicial y doctrinal mayoritarias. ¿Agresión sexual (art. 178.1 CP) o violación (art. 179.1 CP)? Argumentos y valoración

### 2.1. En el ámbito judicial

1. En España, tras la irrupción del *stealth* como fenómeno con un *nomen* específico en el panorama jurídico internacional<sup>12</sup>, solo la primera sentencia que se pronunció sobre él condenó

---

<sup>10</sup> Por ello, no pueden compartirse determinadas aseveraciones genéricas de la sentencia comentada, como la que asegura que «las elucubraciones sobre la validez de un consentimiento viciado por el engaño resultan superfluas a los fines de abordar la relevancia penal de estos casos» (FJ 6). El supuesto «camino alternativo» que, una vez «taponada la vía del engaño» (*ibidem*) emprende la sentencia comentada, centrándose en determinar *qué* se ha consentido realmente, no es más que otra faceta del engaño, reverso del consentimiento (fraude en el hecho, en lugar de fraude en la inducción o en los motivos).

Tampoco es compartible, en fin, la rotunda afirmación de que «no hay fórmula satisfactoria para seleccionar solo algunas de las variadísimas formas de engaño imaginables» (FJ 5). Ciertamente, la convicción de que la referencia legal expresa al consentimiento sexual no cambiaba nada respecto de la situación anterior ha sido común (véase, sin ir más lejos, el propio ponente de la STS 603/2024: DEL MORAL GARCÍA, «Caracterización normativa del consentimiento en la reforma de los delitos sexuales», en AGUSTINA SANLEHÍ [coord.], *Comentarios a la ley del «solo sí es sí»*, 2023, p. 110); tal sensación deriva del hecho de que tampoco antes existían comportamientos in consentidos que, siendo lesivos para la libertad sexual, resultaran atípicos. Pero uno de los efectos positivos de la reforma ha sido, precisamente, la activación del debate sobre aspectos necesarios del consentimiento sexual, como este del engaño (en lo que el *stealth* ha sido solo un detonante), y que por razones históricas (destacadamente, la vinculación de la cuestión con un trasnochado estupro fraudulento) no se había actualizado. Las propuestas doctrinales que en poco tiempo han surgido en este campo sí parecen ofrecer, pues, fórmulas satisfactorias para seleccionar los engaños relevantes, en contra de lo categóricamente afirmado en la sentencia objeto de este comentario.

<sup>11</sup> En relación con un bien disponible como la libertad sexual, la profundización en los confines del consentimiento (y en uno de sus reversos, el engaño) no es otra cosa que la profundización en la propia comprensión del bien jurídico, en sus aspectos realmente dignos, merecedores y necesitados de protección. Comparto, no obstante, que el enfoque desde las pretensiones de veracidad de la norma puede resultar más eficiente que operar con una más imprecisa referencia al bien jurídico a la hora de discriminar lo penalmente relevante (COCA VILA, *InDret*, (3), 2023, p. 445).

<sup>12</sup> Con anterioridad había existido alguna otra decisión enfrentada a esta misma problemática, pero la relevancia penal de la conducta como delito sexual simplemente pasó desapercibida o fue directamente despreciada. Paradigmática en este sentido resulta la SAP-Madrid, Sección 7ª, de 29 de diciembre de 2009 (ECLI:ES:APM:2009:17885), que expresamente consideró (FJ 2) que «no pod[ía] decirse que en este caso el acusado

–y por conformidad de las partes<sup>13</sup>– por el tipo básico, del entonces art. 181.1 CP. Todas las demás resoluciones –sentencias o autos– posteriores a la mencionada habían manejado, asumido o aplicado invariablemente la calificación agravada del art. 181.4<sup>14</sup>. Hasta la aquí comentada del TS, que ha cambiado de criterio.

2. No obstante, ninguna de tales resoluciones (que reproducen entre sí el mismo argumentario) ha aportado en realidad motivos específicos que sustenten el salto a la calificación agravada que sostienen (hoy violación). Sino que, consciente o inconscientemente, tal calificación se ha venido a fiar, simplemente, a los mismos razonamientos con los que fundamentan la propia relevancia general del *stealth* en el ámbito penal sexual. De hecho, son los mismos manejados también por la STS 603/2024, que opta precisamente por la subsunción opuesta, en el tipo básico, lo que es indicativo de la exactitud de esta observación. Tales argumentos se concretan en tres: uno que podríamos llamar nuclear, y otros dos de apoyo o de refuerzo. Todos ellos son ciertos, solo que ninguno justifica, en mi opinión, la opción agravada que pretenden. Expuestos resumidamente:

El argumento nuclear destaca que la penetración con preservativo es un acto distinto de la penetración sin preservativo; un *aliud*, como recoge la jurisprudencia menor y ahora también la STS 603/2024 (FJ 8). Ello es evidentemente así, tanto desde el punto de vista del contacto físico que implica (aspecto en el que han insistido y basado especialmente su posición, entre nosotros, CASTELLVÍ MONSERRAT y MÍNGUEZ ROSIQUE, en cuyas apreciaciones se apoyan en buena medida varias de las sentencias recaídas<sup>15</sup>, incluida la del TS ahora comentada), como desde el punto de vista del desvalor que entraña el comportamiento. No creo necesario extenderme en este punto, sobre el que, por lo demás, existe una amplia coincidencia tanto judicial como doctrinal, igual que la hay sobre el hecho de que, a la hora de calibrar la lesividad del *stealth*, debe hacerse abstracción del peligro que la no utilización del preservativo pueda entrañar tanto para la integridad física (que, en su caso, debería apreciarse en concurso) como para la libertad

---

penetrara a la víctima sin su consentimiento y que [fuese] por ello autor de un delito de abuso sexual y ello aun cuando supiera que la víctima quería que utilizara preservativo y él no se lo hubiera puesto». En este contexto, previo a la eclosión del *stealth* como fenómeno con un *nomen* específico y potenciado por determinados colectivos sociales, es dudoso que el caso, si no hubiese ido acompañado de otro episodio de posible (entonces) abuso sexual –que no se consideró acreditado– hubiese superado siquiera la fase de instrucción, o incluso que se hubiese interpuesto denuncia por tales hechos. El Fiscal no acusó, y solicitó la libre absolución.

<sup>13</sup> Razón por la que, pese a ser pionera, no necesitó de una motivación pormenorizada de la calificación aplicada (181.1 ACP), que tampoco pudo ofrecernos (de nuevo, al mediar conformidad) un pronunciamiento en segunda instancia.

<sup>14</sup> SAP-Barcelona, Sección 3ª, de 14 de octubre de 2020 (ECLI:ES:APB:2020:10218), (aunque absolutoria por falta de prueba); SAP-Sevilla, Sección 4ª, de 29 de octubre de 2020 (ECLI:ES:APSE:2020:1459), confirmada en apelación por la STSJ-Andalucía, Penal, de 1 de julio de 2021 (ECLI:ES:TSJAND:2021:12396), y de la que trae causa la STS 603/2024, ahora comentada; SAP-Madrid, Sección 15ª, de 12 de enero de 2024 (ECLI:ES:APM:2024:1), en breve tiempo confirmada en apelación por la STSJ-Madrid, de 7 de mayo de 2024 (ECLI:ES:TSJM:2024:5495). La misma calificación ha venido siendo la asumida por los diferentes autos de apelación dictados en fase de instrucción por diversas Audiencias Provinciales que, aunque han evitado lógicamente pronunciarse de manera directa, han confirmado, por ejemplo, la prosecución de la tramitación por sumario ordinario por mor de la pena prevista en el art. 181.4 ACP, de hasta diez años de prisión (p. ej., AAP Almería, Sección 3ª, de 13 de abril de 2022 [ECLI:ES:APAL:2022:553A]).

<sup>15</sup> Cita incluso expresamente su trabajo, por ejemplo, la SAP-Madrid, Sección 15ª, de 12 de enero de 2024 (ECLI:ES:APM:2024:1) (FJ 4).

reproductiva<sup>16</sup> (que en este caso no tiene previsión penal específica<sup>17</sup> –*vid.* actualmente en este terreno, solo, el art. 161 CP–)<sup>18</sup>.

Como inmediato complemento y refuerzo de lo anterior, y en prueba de la necesidad de contar, siendo comportamientos distintos, con un consentimiento específico, se recurre invariablemente en la jurisprudencia a comparar la situación con la diferencia que existe, por ejemplo, entre una penetración vaginal y otra anal (situando así, subrepticamente, la cuestión al mismo nivel del tipo cualificado). Indica, por ejemplo, la reciente SAP Madrid 27/2024, de 12 de enero, reproduciendo lo ya argumentado por la SAP Sevilla 375/2020, de 29 de octubre (de la que a la postre trae causa la STS 603/2024), que «Es una constante de nuestra Jurisprudencia que el consentimiento otorgado para una determinada actividad sexual no puede extenderse unilateralmente por el otro u otros actores a distintas prácticas o relaciones, que dejarían de ser consentidas (...)» de modo que «así como, por ejemplo, parece obvio que el consentimiento para la penetración vaginal no permite presumir consentida también la penetración anal (o que el consentimiento prestado para mantener contacto sexual con una persona de un grupo no es extensivo a otros presentes), estimamos que el prestado para el acceso carnal con una muy específica condición cual es el uso de preservativo, no permite presumir que, retirando tal medio la penetración sigue, no obstante, siendo consentida» (FJ 4).

En tercer y último lugar, y en línea con lo anterior, se suele apuntalar el argumento nuclear indicando que la diferencia entre la relación con y sin preservativo es de carácter *esencial* o sustancial, no pudiendo considerarse simplemente *accesoria*. Así lo recoge la STS 603/2024 (FJ 8)<sup>19</sup>, o las sentencias de las Audiencias antes mencionadas, que categóricamente afirman, aunque sin acompañar mayor justificación, que «no cabe entender que [la víctima] consintió en todo caso la penetración y que el acusado modificó tan sólo una condición accesoria de ésta».

---

<sup>16</sup> La STS 603/2024 recoge también esta idea en su FJ 8, señalando que son «factores ligados con lo sexual pero ajenos a las tipicidades examinadas».

<sup>17</sup> Apunta a su tratamiento como tentativa de lesiones COCA VILA, *InDret*, (3), 2023, p. 456.

<sup>18</sup> De todos modos, en esta cuestión de los riesgos indicados entiendo que caben algunos matices en la medida en que la idoneidad para causar angustia y sufrimiento psicológico en la víctima debidos a ellos debe ser considerada para calibrar la gravedad de la conducta y, consiguientemente, la extensión de la pena. A menos que quiera convertirse el *stealth* en un simple delito formal (o asumir una acrítica protección homogeneizante de la autonomía sexual), valorativamente hablando no es lo mismo la retirada del preservativo en el marco de una relación en la que la víctima puede ostentar absoluta tranquilidad sobre tales riesgos, que la agresión producida siguiendo las más abyectas instrucciones de la *manosfera*, capaces de sumir en una profunda incertidumbre y sufrimiento psicológico a la víctima. A la postre, son precisamente estos riesgos los que singularizan el *sentido* de esta conducta frente a otras posibles variaciones en lo acordado. En este sentido, coincido con VALVERDE-CANO en que el referente de la integridad física podría estar siendo descartado de la ecuación con demasiada rapidez (VALVERDE-CANO, «*Stealth* y otras relaciones sexuales en las que media engaño: tres premisas para decidir sobre su castigo», *Diario La Ley*, (10495), 2024, p. 5). Pues, a la postre, si en los casos de *stealth* «tendemos a considerar que el engaño es relevante, se debe a que se ven afectados ámbitos relacionados con lo sanitario o la salud», donde el estándar del consentimiento es distinto.

<sup>19</sup> Que añade en su explicación que sería, en cambio, no esencial, «por llegar a un ejemplo absurdo (...) pensar que el uso de unos guantes de látex sin conocimiento de la pareja determina la ausencia de consentimiento. Eso no supone una *mutación esencial* del contenido sexual del acto, aunque el contacto corporal no coincida (...)». Las SSAP de Sevilla y de Madrid citadas indican en este sentido que el preservativo se habría «pactado como *condición esencial* del consentimiento» (FJ 3, Sevilla), y que «no cabe entender que [la víctima] consintió en todo caso la penetración y que el acusado modificó tan solo una *condición accesoria* de ésta» (FJ 3 Sevilla; FJ 4, Madrid) (sin cursivas en el original).

3. Pues bien: todo ello, como avanzaba, es cierto. Y nadie lo niega. Justifica, de hecho, que la retirada del preservativo sin consentimiento tenga relevancia penal, pues es un acto con significación sexual y no consentido<sup>20</sup>. Pero mi observación, que de ser igualmente cierta se convierte en una importante objeción, es la siguiente: tal distinción, que equipara la distancia entre el sexo con y sin preservativo con la que media entre una penetración vaginal y otra anal, ¿la hace la Ley? ¿O se limita, en cambio, a mencionar el «acceso carnal», sin adjetivos sobre la forma del contacto físico (lubricado o no, protegido o no, etc.), diferenciando solo en virtud de la vía de acceso (o de si éste lo es con miembros corporales u objetos)? Por otra parte, ¿distingue la Ley entre modificaciones *esenciales* y *accesorias* del mismo acceso carnal? Porque parece oportuno recordar que el principio de legalidad prohíbe distinguir, contra reo, donde la Ley no distingue. Al igual que prohíbe que cualquier conducta, por execrable que sea (y el *stealth* lo es) pueda ser castigada sin ley previa y cierta que lo establezca, o serlo en forma distinta de la prevista en ella. Al respecto, la Ley vigente –que a pesar de las últimas reformas en ningún momento ha considerado específicamente el *stealth* (como tampoco el engaño sexual en general, salvo para aplicar los patrones ya doctrinalmente asentados que llevaron a suprimir el art. 182 CP)–, trata de forma homogénea, en un mismo cajón de sastre, todos los actos que tengan una *significación sexual general* («actos que atenten contra la libertad sexual», dice el art. 178), desgajando en el art. 179 solo cinco actuaciones como actos *con significación sexual específica*, de modo que, en el aspecto aquí relevante, la estructura sigue siendo la tributaria del esquema de 1989.

Así las cosas, para reforzar la enjundia del comportamiento y su ya aludido carácter execrable podrá acudir a proposiciones grandilocuentes, como la rescatada por la jurisprudencia menor<sup>21</sup> de la que ella misma califica como «paradigmática» STS 1667/2002, de 16 de octubre, y exponer así otra obviedad como es el hecho de que «a pesar de que haya existido un acuerdo previo para mantener relaciones sexuales, es indudable que la víctima mantiene el derecho a poner límites a sus prestaciones (o a negarlas, en atención al comportamiento de la otra parte) dado que –resulta redundante decirlo– en el acuerdo no enajena su condición de persona y, por ello, el autor no puede tratarla como un objeto». ¡Quién puede oponerse a semejante afirmación! Pero –y al margen de que la cita sea desacertada en cuanto a los hechos que la motivan<sup>22</sup>–, no cambia un ápice lo afirmado desde el punto de vista de la legalidad penal.

Así pues, no hay nada que objetar a que se le abra la puerta a un nuevo anglicismo (*stealth*) con el que seguir amueblando la Parte Especial, pero siempre que para ello no deban salir por la ventana latinismos jurídicos básicos (*lex praevia*, *lex certa*). Fundamentalmente por ello defendí en un trabajo previo<sup>23</sup> que, una vez aceptada la relevancia de la conducta en el ámbito de los delitos sexuales<sup>24</sup>, la calificación procedente *de lege lata* era la del 181.1 ACP (agresión sexual del

---

<sup>20</sup> Aunque caben, a mi juicio, consideraciones sobre su posible mejor acomodo en el ámbito de los delitos contra la integridad moral.

<sup>21</sup> SAP-Sevilla, Sección 4ª, de 29 de octubre de 2020 (ECLI:ES:APSE:2020:1459), FJ 3; SAP-Madrid, Sección 15ª, de 12 de enero de 2024 (ECLI:ES:APM:2024:1), FJ 4.

<sup>22</sup> Pues eran claramente constitutivos de una violación de la anterior redacción, por el uso de violencia: los autores acordaron una relación sexual con las víctimas, negándose éstas posteriormente a mantenerla al no recibir anticipadamente el pago, siendo entonces obligadas a ello con violencia.

<sup>23</sup> GILI PASCUAL, *CPC*, (135), 2021, pp. 124 ss.

<sup>24</sup> Igual que nota 20.

art. 178), si bien considerando que la solución ideal pasaría en todo caso por unas pocas líneas de atención específica por parte del legislador, *de lege ferenda*.

Otra interpretación puede verse en el comentario a la STS 603/2024 de CASTELLVÍ MONSERRAT<sup>25</sup>. El autor entiende, en sentido diametralmente opuesto al que sostengo en el texto, que la opción que conculcaría la legalidad sería justamente la aplicación del art. 178, en lugar del 179. A su juicio, la sentencia estaría «reescribiendo» el art. 179.1 CP al añadirle que el acceso carnal debe ser *sin consentimiento*, por lo que, entiende, «la posición de la sentencia debe[ría] rechazarse por ser contraria al principio de legalidad». No comparto esta apreciación. A mi juicio, resulta obvio que para estar en el ámbito del art. 179 se requiere un acceso carnal sin consentimiento (en eso consiste la agresión sexual específica que se tipifica en él). En el caso del *stealth* ocurre, sencillamente, que la agresión sexual no consiste, en términos jurídicos, en el acceso carnal, aunque tenga lugar en su contexto (como lo pueden tener otras circunstancias).

4. El voto particular de la STS 603/2024 que, como se dijo, se suma al posicionamiento judicial hasta ahora mayoritario, adscrito a la modalidad agravada, tampoco contiene nuevos ni mejores argumentos para sostenerla<sup>26</sup>. Se limita a señalar apodícticamente que «hubo penetración no consentida y ello conduce, indefectiblemente, a las consecuencias normativas antes precisadas» (esto es, al 181.4 ACP). Con ello, se presenta como conclusión de una supuesta argumentación lo que es solo la hipótesis de partida que habría que fundamentar, en especial tratándose de una interpretación perjudicial para el reo. Entiendo, pues, que en relación con este punto de la resolución no pueden más que hacerse extensivas las reflexiones críticas arriba expresadas con carácter general (legalidad) respecto de esta habitual calificación jurídica en el ámbito judicial. Acaso añadir, ahora en favor del voto discordante, que sí le asiste la razón, resultando en esto comprensible su desazón, al señalar que la sentencia de la mayoría tampoco aporta, en propiedad, argumentos técnicos para excluir la subsunción típica en el antiguo art. 181.4, sino que se concentra para descartar su aplicación en consideraciones más atentas a la proporcionalidad de la pena (que en tal caso encontrarían su cauce más adecuado a través del art. 4 CP). No obstante, hay que recalcar que la falta de argumentación de los primeros en el aspecto señalado no valida sin más la opción de los segundos, sin que se justifique, a mi juicio, la breve atención que el voto particular presta a esta (sin embargo trascendental) cuestión de la sentencia comentada.

---

<sup>25</sup> CASTELLVÍ MONSERRAT, «Engaño, consentimiento y acceso carnal», *InDret*, (4), 2024, apdo. 4.

<sup>26</sup> Sino que insiste en los ya indicados; en particular, en la negación del carácter *accesorio* de la condición consistente en la utilización del preservativo.

## 2.2. En el ámbito doctrinal

1. También en la literatura jurídica española la calificación del *stealthing* como abuso sexual agravado (181.4 ACP), hoy violación (art. 179), debe considerarse mayoritaria<sup>27</sup>, habiendo sido ya la sostenida en la primera aportación aparecida en la materia<sup>28</sup>.

2. Parte de las contribuciones que han defendido esta calificación agravada lo han hecho considerándola una consecuencia automática de la existencia de acceso carnal, sin necesidad de mayor argumentación<sup>29</sup>. Sin embargo, esta forma de leer el Código Penal a modo de *check-list* de los artículos concernidos en función solo de los términos que en ellos aparecen (y, dicho sea de paso, con indiferencia práctica respecto de las penas resultantes –por más que formalmente puedan lamentarse por excesivas–), no es la única posible. Y, afortunadamente, el Tribunal Supremo ha demostrado de forma constante –no solo ahora– que no es ajeno a esta cuestión. Que exista un muerto no significa que haya que calificar por homicidio. Que exista, por ejemplo, una estafa, y que los hechos objeto de análisis impliquen bienes de primera necesidad como los medicamentos, no significa que el precepto aplicable deba ser irremisiblemente el agravado del 250.1.1º CP (en lugar del 248), como tuvo ocasión de argumentar el Alto Tribunal en el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 20 de diciembre de 2006. Del mismo modo, *mutatis mutandis*, que exista una agresión sexual y que los hechos objeto de análisis incluyan un «acceso carnal» no significa *indefectiblemente*<sup>30</sup> que el precepto aplicable deba ser el art. 179 CP. La agresión sexual puede que no haya consistido, en términos jurídicos, en el acceso carnal. Pues, a fin de cuentas, para poder calificar como antijurídica cualquier conducta es preciso que reúna los caracteres ónticos descritos en el precepto que le va a resultar aplicado, pero que realice también, a la vez, el injusto tipificado en él, sin conformarse con una antijuridicidad formal. A estas ideas viene a hacer referencia la sentencia de la mayoría cuando, en su FJ 9, señala que «se antoja una visión extremadamente superficial, que no penetra en la realidad última de la conducta, concluir que, como ha existido acceso carnal, hay que estar a lo dispuesto en el art. 181.4 CP».

<sup>27</sup> COCA VILA, «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. 306 ss.; COCA VILA, «Agresión sexual por engaño. Hacia una teoría diferenciadora del engaño excluyente del consentimiento sexual», *InDret*, (3), 2023, p. 457, en relación con 459; CASTELLVÍ MONSERRAT/MÍNGUEZ ROSIQUE, «Con sigilo y sin preservativo: tres razones para castigar el stealthing», *Diario La Ley*, (9962), 2021, pp. 1-13; CASTELLVÍ MONSERRAT, «¿Violaciones por engaño? Sobre el concepto de consentimiento y el objeto del consentimiento sexual», *InDret*, (4), 2023, p. 206; se adhiere a la posición de este último autor 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»*, 2023, pp. 169 ss., si bien debe significarse que se pronuncia claramente solo a favor del carácter de agresión sexual del *stealthing*, pero no precisa si se trataría del delito del art. 178 o del 179 CP (sostenido este último por CASTELLVÍ MONSERRAT), al no ser tampoco el objeto directo de su aportación; MARTÍNEZ DE ABREU, «Una aproximación a la relevancia penal del stealthing en el ordenamiento español», *Revista Penal México*, (22-1), 2023, p. 132; GUTIÉRREZ MAYO, «Comentario de la Sentencia del Juzgado de Instrucción nº 2 de Salamanca de 15 de abril de 2019, que condena por abuso sexual del artículo 181.1 del Código Penal un caso del denominado stealthing», *Boletín Digital Penal*, (33), 2019, p. 12; LA MISMA, «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, p. 355. La autora ha insistido en esta calificación también tras la STS 603/2024, en <https://elderecho.com/el-delito-de-stealthing-en-el-analisis-de-la-seccion-jurisprudenciatuitatuit>.

<sup>28</sup> Debida a la Fiscal E. GUTIÉRREZ MAYO, *Boletín Digital Penal*, (33), 2019, p. 12.

<sup>29</sup> GUTIÉRREZ MAYO, *Boletín Digital Penal*, (33), 2019, p. 12; LA MISMA, *Derecho Penal*, 2021, p. 355; MARTÍNEZ DE ABREU, *Revista Penal México*, (22-1), 2023, p. 132.

<sup>30</sup> Usando el término elegido por el voto particular.

3. Conscientes de la necesidad de ese plus de argumentación, otros defensores de la calificación agravada sí han intentado aportarla por caminos distintos, a la postre confluyentes. Es el caso de CASTELLVÍ MONSERRAT, cuya tesis viene caracterizada, en general, por una especial atención al aspecto físico como criterio dirimente de la calificación jurídica, situando la clase de contacto corporal como fiel de la balanza. Con estas premisas, en el caso del *stealth* observa que existe un déficit en el consentimiento a la vez que un único acto sexual (una sola penetración) donde proyectarlo, con lo que se desemboca en la tesis simplificada, calificando como violación. En palabras del autor «el “no uso del preservativo” delimita el contacto corporal que implica el (único) acto sexual que sufre la víctima en el *stealth*: 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»<sup>31</sup>.

En cambio, y paradójicamente aunque en consonancia con lo anterior, la no existencia de un único acontecimiento físico —que es, como decía, lo que determina la calificación en este planteamiento— lleva al autor a sostener un tratamiento bien distinto en supuestos valorativamente análogos, como la eyaculación no consentida en el marco de una penetración autorizada. Aquí sí se estiman diferenciables dos actos sexuales distintos, por tener una base física —léase espacio-temporal— separada (la eyaculación y la penetración que la precede), por lo que a su juicio sí podría efectuarse la «disociación del objeto del consentimiento»<sup>32</sup>, dejando impune la penetración (consentida) y tratando solo la eyaculación (no consentida) a través del 178. Las consecuencias son notables. Pues, como reconoce el autor, mientras que estos comportamientos (tratados por la vía del 178) podrían tener acceso a la cláusula atenuatoria del art. 178.3 CP y castigarse con pena de multa, tal opción quedaría vetada para el *stealth*, que partiría irremisiblemente de una pena de prisión de cuatro años. Pero esta sería cuestión que, atrapados en la tiranía del mundo físico, correspondería solo a decisiones *de lege ferenda* solucionar.

A mi juicio, este apego a la realidad física, que relega a un segundo plano (o simplemente desecha) las consideraciones axiológicas necesarias para la valoración jurídica (cuando no se trata de explicar la realidad, sino justamente de valorarla), deja al intérprete sin argumentos externos al propio contacto sexual para poder proceder a su adecuada evaluación, de modo que el planteamiento lleva a equiparar comportamientos que son valorativamente distintos (como el *stealth* inverso<sup>33</sup>) a la vez que encuentra dificultades para explicar por qué no son violaciones otros contactos corporales diferentes. Tal situación, de hecho, ha llevado a esta postura a introducir precisiones por otras vías que —y esto es lo realmente importante— no aportan mayor seguridad jurídica.

Por ejemplo: usar el contacto físico como criterio dirimente llevó a esta posición a apelar a la escasa incidencia (física) de determinadas características del contacto sexual (grosor del preservativo,

<sup>31</sup> CASTELLVÍ MONSERRAT, *InDret*, (4), 2023, p. 206; EL MISMO, *InDret*, (4), 2024, apdo. 4: consiendiendo la agresión sexual del *stealth* en un acceso carnal, «ello debería bastar para apreciar un delito de violación».

<sup>32</sup> A la que me he referido en el trabajo previo citado: GILI PASCUAL, *CPC*, (135), 2021, pp. 115, 121.

<sup>33</sup> Que también sería constitutivo de violación en este planteamiento: CASTELLVÍ MONSERRAT/MÍNGUEZ ROSIQUE, *Diario La Ley*, (9962), 2021, p. 7. Esta opinión resulta expresamente compartida por la STS 603/2024 (FJ 7), pese a no ser el posicionamiento sobre esta cuestión estrictamente necesario para la resolución del asunto planteado (contribuyendo así a uno de los reproches que le formula el voto particular). En contra, acertadamente en mi opinión, se han pronunciado COCA VILA, *InDret*, (4), 2022, pp. 305 ss.; EL MISMO, *InDret*, (3), 2023, pp. 458 ss., por constituir un *minus* en términos de afectación a la libertad sexual; también, VALVERDE-CANO, *Diario La Ley*, (10495), 2024, p. 6.

ocultación de la menstruación<sup>34</sup> —podrían imaginarse otras— para poder estimar tales contactos (que son físicamente distintos) como, sin embargo, irrelevantes. Precisamente en ese grupo de supuestos (irrelevancia por incidir «poco en la delimitación física del contacto sexual») se incluía también, en una primera aportación<sup>35</sup>, la antes aludida eyaculación inconsentida en el marco de una penetración autorizada, lo que da idea de la posible inseguridad del criterio.

4. En sus trabajos sobre la materia, también COCA VILA ha defendido la calificación agravada como consecuencia lógica inevitable, aislándola de las repercusiones punitivas que comporta (aunque expresando su incomodidad con ellas). «Si a fin de denegar la tipicidad ex art. 179 CP asumiéramos que el acceso carnal como tal fue consentido —se pregunta—, ¿dónde reside el injusto del hecho consistente en una única penetración por quien finge estar utilizando preservativo? Es decir, ¿cuál es el hecho de naturaleza sexual que no ha sido consentido por la víctima y que atenta contra la libertad sexual?»<sup>36</sup>.

En relación con ello, tal vez quepan algunas reflexiones, entendiendo que ciertos espejismos del lenguaje pueden estar actuando aquí como factores de distorsión. Uno: naturalmente, desde el uso común del lenguaje diremos, con COCA VILA (y en esto con otros autores y resoluciones judiciales), que «dado que la víctima no consiente un acceso carnal sin preservativo, la penetración no puede entenderse como consentida»<sup>37</sup>. Pero esta misma afirmación puede efectuarse rellenándola con diferentes *engaños sexuales periféricos* (por emplear la acertada terminología del propio autor<sup>38</sup>) o *motivacionales*. En este concreto sentido, se trata, en mi opinión, de una afirmación hueca, pendiente de contenido. A ello podrán aferrarse precisamente, por ejemplo, las tesis subjetivistas para afirmar que también otros contactos —aunque sean propios de una visión solipsista de la libertad sexual, carente de correctores normativos— son inconsentidos y, por tanto, también constitutivos de agresión<sup>39</sup>. Y es que el poder seductor de la lógica reside en la aparente asepsia de sus conclusiones, pero su validez depende del contenido de sus premisas. Y desde el punto de vista de la lógica proposicional la afirmación resulta meramente tautológica (dado que la víctima no consiente el acceso carnal, el acceso carnal no es consentido). Reclama pues, con urgencia, un contenido normativo y axiológico, que bien puede ser justamente el que de forma solvente nos aporta la teoría diferenciadora del engaño excluyente del consentimiento sexual propuesta por el propio COCA VILA, que identifica correctamente, a partir del principio de autorresponsabilidad, las pretensiones de veracidad de la víctima que deben entenderse garantizadas por el delito de agresión sexual<sup>40</sup>. Pasado ello por el tamiz (éste sí inexorable) de la legalidad (que en relación con el grado de injerencia corporal diferencia solo entre contactos consistentes y no consistentes en un acceso carnal, pero sin hacer nuevas distinciones dentro los primeros), la víctima accede en los términos legales al acto en el que participa, lo que debe ser forzosamente descontado de la factura de la desvaloración del hecho. El segundo factor de distorsión radica en la existencia de una «única penetración»; un único sustantivo. Pero el hecho de que la vida del adjetivo (*desprotegida*) no se conciba sin un sustantivo del que predicarse, no debe inducir tampoco a confusión desde el momento en que la

<sup>34</sup> CASTELLVÍ MONSERRAT/MÍNGUEZ ROSIQUE, *Diario La Ley*, (9962), 2021, p. 6.

<sup>35</sup> CASTELLVÍ MONSERRAT/MÍNGUEZ ROSIQUE, *Diario La Ley*, (9962), 2021, p. 6.

<sup>36</sup> COCA VILA, *InDret*, (4), 2022, p. 307.

<sup>37</sup> COCA VILA, *InDret*, (4), 2022, p. 307.

<sup>38</sup> COCA VILA, *InDret*, (3), 2023, pp. 458-459.

<sup>39</sup> GILI PASCUAL, *CPC*, (135), 2021, p. 123.

<sup>40</sup> COCA VILA, *InDret*, (4), 2022, pp. 303 ss.; EL MISMO, *InDret*, (3), 2023, pp. 452 ss.

acción no es el *sustrato* físico o conductual, sino el *sentido* que, conforme a un sistema de normas, puede atribuirse a determinados comportamientos humanos.

5. *Réplica a: COCA VILA, «Stealthing: ¿violación o agresión sexual?», InDret, (4), 2024.*

En su comentario a la STS 603/2024, en este mismo número de la *Revista Crítica de Jurisprudencia Penal*, COCA VILA aporta, adhiriéndose expresamente a razones expuestas por CASTELLVÍ MONSERRAT, nuevas consideraciones para reforzar la tesis del 179 que ha venido defendiendo. Ello ha de permitir, en este dinámico formato de comentario propuesto por el Profesor RAGUÉS I VALLÈS, entablar un breve diálogo con el autor a los meros efectos dialécticos y con la única pretensión de intentar explicar mejor la postura, distinta, que sin embargo creo más adecuada (art. 178).

En esencia, las objeciones planteadas en el indicado comentario a la tesis del 178 son dos. La primera, sin duda la central y más importante, la relaciona el autor con el principio de legalidad. La segunda se refiere a posibles efectos expansivos perniciosos que podría tener la tesis del 178 sostenida en los términos que comparto.

A estas dos reflexiones se añade una tercera relativa a las posibles vías para paliar las elevadas consecuencias punitivas que resultan de la aplicación del art. 179<sup>41</sup>. Estas observaciones podrían oponerse (lo hace, de hecho, el Voto Particular) a la línea argumental seguida por la sentencia comentada para llegar a la solución del art. 178, en tanto que descansa en argumentos de proporcionalidad, y no de tipicidad (subsunción)<sup>42</sup>, en proceder que también he cuestionado *supra* (2.1). Pero no constituyen en propiedad una crítica a la solución del 178 sostenida desde la línea argumental que defiendo, por lo que, en interés de la brevedad, no me detendré en ellas<sup>45</sup>.

Vayamos, pues, a las objeciones planteadas. Empezando por la segunda, más sencilla: se indica, siguiendo lo observado también por CASTELLVÍ MONSERRAT, que esta tesis (178) «debería conducir a dejar de castigar como violaciones un número no despreciable de supuestos que, tradicionalmente, se han considerado violaciones» como, por ejemplo, «los casos de facultativos que simulan exploraciones consistentes en un acceso carnal previamente consentidas por el paciente engañado». Este temor es del todo infundado. Pues en casos como el indicado se desconoce la naturaleza sexual del acto (agravado) en el que se participa, lo que no ocurre, hasta donde exige la Ley, en el *stealthing*. En palabras de VALVERDE-CANO: en el caso de tocamientos

<sup>41</sup> Oportunamente recordadas por la sentencia objeto de análisis (FJ 9), que subraya como, por ejemplo, ciertas combinaciones legales (pareja y reiteración) llevarían *ex lege* a una pena mínima de once años y seis meses.

<sup>42</sup> A esto entiendo que se refiere el reproche del voto discordante cuando manifiesta que «el razonamiento expresado en la sentencia de la mayoría no es puramente de subsunción» (sino, añadido, de falta de proporcionalidad). Otra lectura de esta afirmación en CASTELLVÍ MONSERRAT, *InDret*, (4), 2024, apdo. 4, últ. párr.

<sup>43</sup> Quede rápidamente dicho, en todo caso, que ni la aplicación del art. 179 me parecería inconstitucional, –al igual que parece improbable que un eventual precepto que específicamente impusiera para este caso penas elevadas fuese declarado tal por el TC, que en general se ha mostrado *deferente* con las cuestiones de proporcionalidad (vid., LASCURAÍN SÁNCHEZ, «¿Restrictivo o deferente? El control de la ley penal por parte del Tribunal Constitucional», *InDret*, [3], 2012, pp. 1-33)– ni, por otra parte, entiendo que para poder aplicar el 178 se esté produciendo una reducción teleológica del 179 que se materialice en una interpretación derogatoria del mismo. Cada precepto conserva, con la interpretación propuesta, su ámbito de aplicación. *Cfr.*, en cambio, COCA VILA, «Stealthing: ¿violación o agresión sexual?», *InDret*, (4), 2024, apdo. 3.

ajenos a la *lex artis* «sí se han infringido las pretensiones de veracidad sobre el acceso penetrativo, ya que se ocultó que era de naturaleza sexual. En este caso, sí debería aplicarse el art. 179»<sup>44</sup>.

La objeción esencial es la primera. En su abordaje de la cuestión, COCA VILA da por sentado que en el *stealth* la agresión «consiste» (art. 179) en el *acceso carnal*. De ser así, llevaría razón lógicamente en que se haría «difícil negar que el responsable debe ser castigado como reo de violación»<sup>45</sup>, y también en que aplicando el 178 se estaría incurriendo en un contrasentido lógico en el que el injusto básico estaría absorbiendo al cualificado<sup>46</sup>. Sin embargo, no sostengo la aplicación del 178 subsumiendo en dicho precepto un *acceso carnal*, sino la no utilización de preservativo<sup>47</sup>. Y este es nuestro punto de discrepancia en esta materia. Evidentemente, en términos físicos (ya me he referido a ello) el *stealth* coincide (espaciotemporalmente) con el acceso carnal, pero eso no significa que jurídicamente deba valorarse *como si fuese él*. Simplemente, la conducta objeto de valoración jurídica (ausencia de preservativo) tiene lugar físicamente asociada a la penetración (como pueden imaginarse otras circunstancias denigrantes simultáneas a ella). Para estar en el ámbito del 179, como indica VALVERDE-CANO, «lo que debe conocerse abarca dos extremos: que sea un acto penetrativo y que tenga carácter sexual. Todo ello lo conocía la víctima de *stealth*». Si se considera que debería conocer otros elementos que habrían de constituir también la base de la volición neutralizadora del tipo agravado (consentimiento), deberán incluirse en el futuro, pues hoy (y es lo único que he querido significar) no están en la Ley.

Por tanto, a la pregunta sobre dónde reside el injusto de quien finge estar usando preservativo (o «¿en qué consiste el atentado contra la autonomía sexual de la víctima que rellena el tipo del art. 178, sino en el hecho de accederla carnalmente?»<sup>48</sup>), debe responderse que lo hace justamente en el *plus* de injerencia corporal que comporta aquella conducta<sup>49</sup>, menoscabando con ello la dignidad e intimidad de la víctima. Y solo ese *extra* debe valorarse (y no, de nuevo, la magnitud de desvalor neutralizada por el consentimiento), sin que el temor a la infravaloración penal del *stealth* –que puede ciertamente resultar impopular–, deba conducir a cambio (sin la preceptiva modificación legal, que podría compartir) a una sobrevaloración (o doble valoración). No contiene el mismo desvalor (a menos que se adapte todo el articulado a la protección indiferenciada –y no gradual– de la autonomía sexual) la penetración sin preservativo en el marco de una relación consentida que la penetración no consentida (y eventualmente, además, sin preservativo).

Soy consciente, finalmente, de que la tesis del 178 resulta más antiintuitiva (además de, como he dicho, seguramente más impopular), pero creo que, si la conducta se estima que ostenta relevancia sexual, es la acorde con el principio de legalidad y con la interpretación *pro reo* que de él deriva. Si se estima, en cambio, que no ostenta tal relevancia, la opción acorde con el principio

---

<sup>44</sup> VALVERDE-CANO, *InDret*, (4), 2024, apdo. 4, n. 19.

<sup>45</sup> COCA VILA, *InDret*, (4), 2024, apdo. 3.

<sup>46</sup> COCA VILA, *InDret*, (4), 2022, p. 307.

<sup>47</sup> No de diferente forma procede CASTELLVÍ MONSERRAT, por ejemplo, en los casos de eyaculación no consentida (en los que no se centra en la penetración –que considera atípica por consentida– sino en la eyaculación –178–, en disociación que le permite, en su planteamiento, la posibilidad de concebir estos actos como físicamente diferenciables).

<sup>48</sup> COCA VILA, *InDret*, (4), 2024, apdo. 3.

<sup>49</sup> Como recoge el propio COCA VILA, *InDret*, (3), 2023, p. 457, citando a Elisa HOVEN. Sobre la afectación de la libertad sexual (en lugar de la integridad moral) entiendo, no obstante, que pueden caber ulteriores reflexiones.

de legalidad no es desde luego la de subsumir los hechos por elevación en el art. 179, sino la de aceptar sencillamente su atipicidad (como delito contra la libertad sexual). Esta última consideración puede reclamar alguna reflexión adicional, que esbozaré a continuación en forma de excursus.

6. *Excursus. Reflexiones (heréticas) más allá de los márgenes de la sentencia: ¿y si no hubiese que considerar el *stealth* como un delito sexual?*

En línea con lo acabado de indicar, soy también consciente de que queda esa segunda cuestión por contestar, cuestión que hasta aquí se ha rehuído más allá de alguna llamada de atención a pie de página referida a la posible consideración del *stealth* como delito contra la integridad moral, antes que como delito contra la libertad sexual.

En el planteamiento que he intentado refutar, la opción favorable a la aplicación del 179 se presenta como el resultado de una elección forzosa entre dos únicas alternativas posibles: o la falta de preservativo determina un atentado contra la libertad sexual del art. 179 por el acceso carnal, o el *stealth* debe ser considerado penalmente irrelevante (por entender que el acceso carnal habría sido consentido). Como he reiterado, creo que el dilema no se plantea en esos estrictos términos, sino que efectivamente existe un hecho distinto del acceso carnal (la no utilización inconsciente del preservativo) capaz de implementar el 178. Pero la pregunta que queda en pie es la siguiente: ¿de verdad constituye el no uso del preservativo un acto de naturaleza sexual? Pues al igual que habría que optar desde la tesis del 179 por la atipicidad si no se apreciase acceso carnal inconsciente, lo mismo habría de concluirse (atipicidad) desde la del 178 si el hecho de no usar preservativo no ostentara dicha significación sexual.

Al respecto, en un trabajo previo sostuve que la afectación de la autodeterminación sexual, entendida como la libertad de la persona para decidir a su discreción el momento, el tipo, la forma y la pareja de una actividad sexual, debía llevar a atraer hacia el Título VIII esta conducta, sustrayéndola al VII pese a afectar a la dignidad e integridad moral de la víctima (valores también tomados en consideración en el Título posterior)<sup>50</sup>. Por su parte, cabe suponer que la esperada STS 603/2024, que en su fallo acoge también la solución del 178 (aunque usando otra línea argumental), iluminará la pista de aterrizaje para los asuntos pendientes en esa dirección. El hecho de que la horquilla punitiva del 178 confiera mayor margen de maniobra<sup>51</sup> a Jueces y Tribunales que la del 173 no hace sino reforzar esta suposición<sup>52</sup>.

Sin embargo, albergo dudas sobre el hecho de que en esta cuestión se pueda haber dicho la última palabra. Expresaré solo algunas reflexiones, muy provisionales, en voz alta. De entrada, no nos debe cegar el hecho de que la conducta se produzca en un contexto eminentemente sexual. Como señala VALVERDE-CANO, «no todo lo que tiene que ver con el sexo o lo sexual debe castigarse recurriendo al régimen agravado de los delitos sexuales»<sup>53</sup>. Sino que en el marco de la actividad sexual pueden ocurrir, y ser independizados en su valoración jurídica, otros atentados como los

---

<sup>50</sup> GILI PASCUAL, *CPC*, (135), 2021, pp. 102 ss., 106.

<sup>51</sup> Tanto en el margen inferior (multa de dieciocho meses) como superior (cuatro años).

<sup>52</sup> Sin pautas jurisprudenciales claras sobre el tratamiento del engaño sexual no sabemos, en cambio, si con la citada sentencia estamos más cerca de la pacificación de esta cuestión o de la próxima denuncia por otro comportamiento inconsciente (distinto del *stealth*) en el marco de una relación sexual autorizada.

<sup>53</sup> VALVERDE-CANO, *Diario La Ley*, (10495), 2024, p. 6.

que pueden producirse contra la integridad física (lesiones), contra la libertad reproductiva (éstos no tipificados), o contra la integridad moral, por ejemplo. En relación con estos últimos recuérdese la pasarela jurisprudencial tendida desde regulaciones anteriores entre los delitos sexuales y el atentado leve a la integridad moral representado por la falta de vejaciones injustas (art. 620 ACP).

Por otro lado, el sentido que le es propio al profiláctico aparece indisolublemente ligado a los riesgos que pretende prevenir (ETS, embarazos no deseados). Desprovisto de ese sentido instrumental (que es –como se sostiene de forma unánime– como debe ser analizado en el *stealth*), su significación empieza a desdibujarse. Esta realidad puede advertirse entre líneas en la literatura jurídica sobre la materia. CASTELLVÍ MONSERRAT, por ejemplo, apunta expresamente que «quitarse el preservativo (...) en ningún caso constituye por sí mismo un acto sexual» y que «al fin y al cabo, el “no uso del preservativo” no es un acto sexual (y, por tanto, no puede constituir una agresión sexual)»<sup>54</sup>. También COCA VILA se ha preguntado, en algún pasaje<sup>55</sup>, si dicha práctica afecta al bien jurídico (libertad sexual) como tal, y su impresión de que no lo hace es, asimismo, la manifestada por CUGAT MAURI<sup>56</sup>.

Todo ello puede estar sugiriendo que lo que debe mantenerse en primer plano en este análisis, más que el contexto sexual en el que se produce la conducta de *stealth*, es el hecho de que la trascendencia de este *no-uso* solo emerge (si está despojado de los riesgos indicados) por la cosificación y alienación de la víctima que entraña; por el atentado a su dignidad como persona, así como, en su caso, por el sufrimiento psicológico que el temor a aquellos riesgos puede comportar (todo ello, pues, en el entorno de la *integridad moral*). No se olvide que la propia gestación del fenómeno *stealth* partió de los tintes denigrantes con los que determinados colectivos se jactaban, en EE.UU., de practicar estas conductas, provocando una respuesta reactiva que llegó a los tribunales de todo el mundo y que cogió desprevenida no solo a la legislación española sino a las demás legislaciones europeas. Perder estos referentes de vista puede llevar, tal vez, a un análisis desenfocado de esta nueva realidad, en particular de cara a una regulación futura.

No es este, en fin, el espacio adecuado para adentrarse en el intento de dar una respuesta definitiva a esta cuestión. Pero este tipo de consideraciones, habitualmente ausentes en nuestro abordaje judicial y doctrinal de la materia (no así en el ámbito comparado<sup>57</sup>), a lo mejor podrían ayudar a afinar el camino hacia aquella respuesta, en especial *de lege ferenda*.

7. De momento, entre las dos opciones manejadas por la STS 603/2024, la acogida en el fallo (art. 178), aunque se alcance desde una línea argumental distinta a la aquí defendida, resulta coherente –y esto es lo importante– con la dimensión del desvalor de estas conductas, que en todo caso deberá tasarse sin rebasar lo que la Ley, que no pensó en ellas, nos permita. La víctima

---

<sup>54</sup> CASTELLVÍ MONSERRAT, *InDret*, (4), 2023, p. 206.

<sup>55</sup> COCA VILA, *InDret*, (3), 2023, p. 445.

<sup>56</sup> CUGAT MAURI, «Artículo 182 CP. Vigencia del abuso fraudulento y consecuencias 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*, 2022, p. 237.

<sup>57</sup> En el derecho alemán, por ejemplo, se ha manejado la opción de canalizar la conducta como vejación (*Beleidigung*, §185 StGB).

de *stealth* se ve sometida a un trato degradante y, potencialmente, tanto a daños psicológicos inmediatos como a otros derivados de los sentimientos de culpa y pérdida de dignidad que, si nos atenemos a lo manifestado por las personas entrevistadas por BRODSKY, muchas de ellas –no se olvide– víctimas de violación, son similares, pero en todo caso inferiores, a esta última clase de agresión; «adyacentes» a ella (*rape-adjacent*)<sup>58</sup>. A estas ideas viene a referirse la STS 603/2024 cuando señala que «*intuitivamente*<sup>59</sup> se capta que el nivel de antijuridicidad es muy distinto», procediendo así a la disociación del objeto del consentimiento<sup>60</sup>: «La ausencia de consentimiento –indica– no puede predicarse de esa acción, –acceso por vía vaginal y con el miembro viril–; tan solo de la modalidad específica de acceso, del contacto directo con el miembro viril». E insiste: «la ausencia de consentimiento puede predicarse del contacto directo de los órganos genitales, pero no del acceso vaginal» (FJ 9).

---

<sup>58</sup> Reproduciendo el mismo término manejado por alguna de esas víctimas y que la investigadora norteamericana aprovechó para dar título a su trabajo, publicado en *Columbia Journal of Gender and Law* en 2017.

<sup>59</sup> Sin cursiva en el texto de la sentencia.

<sup>60</sup> GILI PASCUAL, *CPC*, (135), 2021, pp. 115, 121. Esta disociación también ha sido defendida por VALVERDE-CANO, *Diario La Ley*, (10495), 2024, p. 6, quien opta igualmente por la aplicación del art. 178 actual.

## *Stealth*ing: ¿violación o agresión sexual?

Ivó Coca Vila\*  
Universitat Pompeu Fabra  
ivo.coca@upf.edu

### 1. Introducción

La mayoría de la Sala 2ª da respuesta en la sentencia aquí en comentario a dos cuestiones sustantivas. Por un lado, a si el *stealth*ing constituye o no un delito de agresión sexual (o de abuso sexual antes de la reforma). Por el otro, a si tal hecho debe ser ahora tipificado como un delito de agresión sexual (art. 178 CP) o como un delito de violación (art. 179 CP)<sup>1</sup>. La mayoría de la Sala responde afirmativamente la primera cuestión y de forma negativa la segunda. En mi opinión, está en lo cierto cuando sostiene que el *stealth*ing rellena el tipo del delito de agresión sexual. Discrepo sin embargo en el camino emprendido para otorgar relevancia al engaño. Por el contrario, entiendo incorrecto negar la tipificación de la práctica del *stealth*ing como delito de violación (art. 179 CP) en el modo en el que se hace. Posiblemente sea excesivo el castigo mínimo previsto (cuatro años) para estos supuestos, pero negar la tipicidad ex art. 179 CP tras afirmar que la relación sexual (penetrativa) no ha sido consentida rebasa en mi opinión los límites de la interpretación restrictiva admisible. La interpretación conforme a la Constitución como modalidad de reducción teleológica puede ser admisible en circunstancias excepcionales, pero es dudoso que en este supuesto el Tribunal Supremo haya de arrogarse tal función cuasilegislativa para inaplicar el art. 179 CP. Como advertirá el lector, mis argumentos, ya presentados al lector de *InDret Penal*<sup>2</sup>, son esencialmente coincidentes con los del voto particular formulado por el magistrado Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta, y al que se adhirieron otros cuatro magistrados.

---

\* Este comentario se enmarca en la ejecución de los proyectos PID2023-147308NB-I00/RYC2018-025174-I.

<sup>1</sup> Tomando en cuenta el Derecho vigente en el momento de los hechos, la cuestión es si el *stealth*ing debía tipificarse como un abuso sexual simple o con penetración.

<sup>2</sup> En detalle, COCA VILA, «Agresión sexual por engaño. Hacia una teoría diferenciadora del engaño excluyente del consentimiento sexual», *InDret*, (3), 2023, pp. 430 ss.; y antes, *vid.* mi comentario a las dos sentencias de instancia en el supuesto de *stealth*ing ahora enjuiciado por el Tribunal Supremo, COCA VILA, «El *stealth*ing 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 ss.

## 2. *Stealthing* como delito de agresión sexual (art. 178 CP)

El Tribunal aborda la primera de las dos cuestiones referidas en su FJ 3. En su opinión, el análisis de esta cuestión demanda «dos prismas diferenciados y escalonados de examen». En primer lugar, se trata de «determinar si el consentimiento sexual obtenido mediante una argucia o engaño rellena la tipicidad del art. 181 (o la del actual art. 178.1)». En segundo lugar, de «indagar si en supuestos como el analizado se puede hablar de “consentimiento” respecto del concreto acto sexual realizado».

En opinión de la mayoría del Tribunal, el primero de los interrogantes merece una respuesta negativa. El acto sexual viciadamente consentido es siempre penalmente atípico. «No son actos típicos, por existir anuencia, aquéllos en que ha intervenido engaño para conseguir la conformidad de la otra persona implicada en la relación sexual. Cuando el Código habla en estos preceptos de consentimiento lo hace en su sentido débil, [...] es decir, le basta la anuencia, la aceptación, aunque esa decisión esté viciada por un conocimiento errado de la realidad provocado o aprovechada por el otro sujeto. Consentir es sencillamente aceptar, no aceptar libre, e informadamente y con conocimiento de todos los factores y circunstancias concernidas». Con ello el Tribunal Supremo opta por apartarse expresamente de la tesis dominante en el Derecho comparado según la cual el engaño vicia el consentimiento sexual de manera penalmente relevante<sup>3</sup>.

La mayoría de la Sala funda esta tesis (figuradamente) restrictiva del tipo del art. 178 CP recurriendo a tres de los «cánones» interpretativos clásicos. En primer lugar, recurre a un argumento de naturaleza *lógico-sistemática*<sup>4</sup>: cuando el legislador quiere otorgar relevancia al engaño, lo aclara de forma específica. Entre otros, se cita el art. 156 CP, en donde se exime de responsabilidad en los supuestos de trasplante de órganos ante un «consentimiento válida, libre, consciente y expresamente emitido»; y el art. 183 bis CP, en donde se alude al «libre consentimiento» del menor de dieciséis años. En segundo lugar, se recurre a un argumento de naturaleza *histórica*<sup>5</sup>: el legislador español del siglo XXI no cree merecedor de pena una práctica sexual consentida gracias a un engaño, por muy determinante que sea éste. El legislador reformista, en suma, cuando «solo habla de consentimiento, sin más calificativos, piensa ordinariamente en ese sentido *débil*», en «sencillamente aceptar». Este argumento es completado con uno de naturaleza *genética*: durante la tramitación parlamentaria de la LO 10/2022 se rechazaron algunas enmiendas que invitaban a reconsiderar la no previsión del engaño como uno de los supuestos que legalmente habían de ser asimilados a la ausencia de consentimiento. Finalmente, en tercer lugar, se presenta un argumento *teleológico* para ensanchar la noción de consentimiento excluyente del injusto en el marco del art. 178 CP. Negar relevancia a la aceptación dada por la víctima de un engaño conculcaría «el principio de intervención mínima invadiendo el derecho penal ámbitos que no reclaman la activación de la más poderosa herramienta de presión que maneja el Estado». Todavía más, se llegaría a «una insoportable y asfixiante intromisión del derecho penal en el ámbito afectivo sexual de los ciudadanos». La

---

<sup>3</sup> Cfr. p. ej., HÖRNLE (ed.), *Sexual Assault: Law Reform in a Comparative Perspective*, 2023, Parte 2.

<sup>4</sup> En profundidad, en este mismo sentido, *vid.* ya CASTELLVÍ MONSERRAT, «¿Violaciones por engaño?: Sobre el concepto de consentimiento y el objeto del consentimiento sexual», *InDret*, (4), 2023, pp. 180 ss.

<sup>5</sup> Así ya, 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»*, 2023, p. 172.

mayoría de la Sala aviva el temor a una insoportable expansión del Derecho penal recurriendo a los ejemplos clásicos de engaños sexuales considerados por la doctrina penal –de manera prácticamente unánime– como irrelevantes (p. ej., el engaño sobre el propio estado civil). «No hay fórmula satisfactoria para seleccionar solo algunas de las variadísimas formas de engaño imaginables. Nos adentraríamos en una resbaladiza pendiente en que no habría forma racional de establecer límites».

No obstante, una vez descartada la relevancia del consentimiento viciado por engaño en materia sexual, el Tribunal abraza la tesis del «objeto del consentimiento» como vía para afirmar la tipicidad ex art. 178 CP del *stealthing*<sup>6</sup>. «[H]ay casos en que el engaño, no solo desencadena un consentimiento viciado (inidóneo para colmar la tipicidad); sino que se traduce en una ausencia de consentimiento respecto de la concreta conducta». Es decir, el *stealthing* sería punible ex art. 178 CP, pero no porque la víctima aceptara engañada, sino porque la relación sexual mantenida, al ser diferente a la inicialmente acordada, no fue en absoluto consentida. «Es necesario que haya un *qué* distinto; un *aliud*. No solo un *cómo* diferente del acordado». Si lo entiendo bien, el Tribunal trata de concretar la teoría del «objeto del consentimiento» a partir de un doble filtro: en primer lugar, se trata de apreciar si el acto sexual *concreto* estaba o no consentido. En caso de que no lo estuviera, si el acto practicado se apartó *esencialmente* de lo que se había aceptado. «Lo que hay que explorar es el contenido del consentimiento prestado. Si éste es desbordado de forma esencial; no accidental, o accesoria, habrá delito contra la libertad sexual, se haya producido engaño o no». El Alto Tribunal no concreta por qué en el caso del *stealthing* estamos ante un *aliud*, y no solo frente a un *cómo* diferente al acordado. Aunque sostiene que lo relevante es la dimensión estrictamente sexual o corporal, física, del acto, deja en el aire por qué es distinta una penetración con preservativo a una sin él. En particular, nada se dice sobre el por qué es *esencial* el apartamiento en este caso. En este sentido, se afirma únicamente que hay «un contacto corporal distinto [...] del consentido. Muta la dimensión sexual del acto». Insiste en todo caso en que esta conclusión nada tiene que ver con los riesgos sanitarios o la dimensión reproductiva del acto sexual sin preservativo<sup>7</sup>.

Aunque, al igual que el resto de colegas participantes en este comentario, comparto la primera conclusión a la que llega el Tribunal, el camino argumental transitado por la mayoría no es convincente. En primer lugar, no es cierto que el art. 178 CP se conforme con un consentimiento «débil»<sup>8</sup>. La mayoría se deja en el tintero en su solvente manejo de los «cánones» interpretativos el criterio central, esto es, el semántico<sup>9</sup>. El nuevo art. 178 CP, en su primer numeral, afirma

---

<sup>6</sup> Cfr. CASTELLVÍ MONSERRAT/MÍNGUEZ ROSIQUE, «Con sigilo y sin preservativo: tres razones para castigar el *stealthing*», *Diario La Ley*, (9962), 2021, pp. 1-13; CASTELLVÍ MONSERRAT, *InDret*, (4), 2023, pp. 193 ss.; RAMOS VÁZQUEZ, en AGUSTINA SANLEHÍ (coord.), *Comentarios a la ley del «solo sí es sí»*, 2023, p. 174; MÍNGUEZ ROSIQUE, «Sexo, mentiras y preservativos (o de la llegada del *stealthing* al Tribunal Supremo). Comentario a la STS 603/2024, de 14 de junio», *Diario La Ley*, (24333), 2024, pp. 1-11.

<sup>7</sup> De otra opinión, *vid.* sin embargo VALVERDE-CANO, «Stealthing y otras relaciones sexuales en las que media engaño: tres premisas para decidir sobre su castigo», *Diario La Ley*, (10495), 2024, p. 7: el engaño es relevante en el *stealthing* porque está en juego la integridad física de la víctima. Esta es la dimensión que eleva las exigencias para considerar válido el consentimiento prestado –también desde la óptica del art. 178 CP–. En esta misma línea, *vid.* BGH, Beschluss v. 13.12.2022 - 3 StR 372/22 (LG Düsseldorf), BeckRS 2022, 41459.

<sup>8</sup> Cfr. COCA VILA, *InDret*, (3), 2023, p. 300. Asimismo, persuasiva, VALVERDE-CANO, *Diario La Ley*, (10495), 2024, p. 5.

<sup>9</sup> Sobre la primacía del «canon» semántico, cfr. por todos MÖLLERS, *Juristische Methodenlehre*, 5ª ed., 2023, pp. 138 ss.

literalmente 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». Es decir, que el consentimiento debe ser *libre* y expresar claramente la *voluntad* de la persona. Es, pues, inexacta la afirmación según la cual el «consentimiento» en el art. 178 CP no está adjetivado. Lo está, y por partida doble: debe ser libre y expresar de forma clara la voluntad de la persona. Que un consentimiento viciado por un engaño no es *libre* o no expresa de forma clara la *voluntad* de la persona es difícilmente rebatible. El Tribunal, de hecho, no lo hace. Recurriendo a un argumento a contrario de naturaleza sistemática afirma que los vicios del consentimiento sí serían relevantes en el marco del art. 183 bis CP, pues allí se dice que «el libre consentimiento del menor de dieciséis años excluirá la responsabilidad». Entre un «libre consentimiento» y uno «manifestado libremente» no media sin embargo la diferencia que advierte el Tribunal<sup>10</sup>. Neutralizar este argumento gramatical recurriendo a la —siempre elástica— supuesta voluntad del legislador reformista resulta, cuanto menos, paradójico. El preámbulo de la LO 10/2022 pone a las claras que el legislador no quería garantizar una pura declaración, sino «el derecho a decidir libremente, con el único límite de las libertades de las otras personas, sobre el desarrollo de la propia sexualidad de manera segura, sin sufrir injerencias o impedimentos por parte de terceros y exenta de coacciones, discriminación y violencia». Dicho preámbulo alude asimismo en repetidas ocasiones al Convenio de Estambul, en cuyo art. 36.2 se establece expresamente que: «El consentimiento debe prestarse voluntariamente como manifestación del libre arbitrio de la persona considerado en el contexto de las condiciones circundantes». No creo plausible afirmar que el legislador español reformista asumiera un concepto «débil» de consentimiento. Sea como fuere, no es necesario especular en este caso sobre qué tenía en mente el legislador, pues el art. 178 CP es meridianamente luminoso. *In claris non fit interpretatio*.

Un Derecho penal sexual respetuoso con la autonomía sexual de la víctima no puede asumir la irrelevancia de todo acto sexual en el que la víctima ha pronunciado un «sí». Lo realmente sustancial es si ese «sí» es expresión de una decisión autorresponsable de la persona que participa en la relación sexual. Que la noción de autonomía es gradual es incuestionable, como lo es que el Derecho penal no debe exigir un *consentimiento entusiasta* para excluir el injusto penal<sup>11</sup>. También quien consiente una relación sexual con su pareja para no defraudarla y poder acostarse lo antes posible lo hace de manera libre y acorde a su voluntad en el sentido del art. 178 CP<sup>12</sup>. Sin embargo, afirmar que todo vicio del consentimiento es irrelevante supone abandonar ya la lógica de la autonomía sexual en la interpretación del art. 178 CP.

La mayoría de la Sala está en lo cierto cuando afirma que no todo engaño causalmente decisivo para obtener el consentimiento sexual debe dar lugar a un delito de agresión sexual. Esta tesis

<sup>10</sup> Cfr. sin embargo en este mismo número de la RCJ, CASTELLVÍ MONSERRAT, «Engaño, consentimiento y acceso carnal», *InDret*, (4), 2024, apdo. 3, quien trata de distinguir entre un consentimiento libre y uno autónomo. También en este número, *vid.* sin embargo VALVERDE-CANO, «Agresión sexual por engaño: disensos aparentes y acuerdos tácitos», *InDret*, (4), 2024, apdo. 2.2, replicando el argumento sistemático-derogatorio adelantado por CASTELLVÍ MONSERRAT y asumido por el TS.

<sup>11</sup> *Vid.* sin embargo HERRING, «Rethinking Sexual Crimes: From Women's Consent to Men's Responsibility», *Anatomia Do Crime*, (17), 2023, p. 26. Como en el texto, *vid.* p. ej. GREEN, *Criminalizing Sex*, 2020, pp. 29 ss. Asimismo, recientemente, *vid.* RAGUÉS I VALLÈS, «El grado de afectación al consentimiento de la víctima: una revisión crítica de la Ley Orgánica 10/2022», en AGUSTINA SANLLEHÍ (coord.), *Comentarios a la ley del «solo sí es sí»*, 2023, pp. 96 ss.

<sup>12</sup> Desde una perspectiva filosófico-política, en esta línea, SERRA SÁNCHEZ, *El sentido de consentir*, 2024, Cap. 4.

(subjetivista radical), pese a contar con algunos defensores<sup>13</sup>, ha sido objeto de múltiples y certeras críticas. Nadie la ha defendido en nuestro país, por lo que el Tribunal Supremo por momentos parece incurrir en la falacia del hombre de paja. Como señala con razón GILI PASCUAL<sup>14</sup>, es desmedido afirmar que no hay «fórmula satisfactoria para seleccionar solo algunas de las variadísimas formas de engaño imaginables». El Tribunal Supremo rechaza de plano las teorías de la diferenciación del engaño sexual, mayoritarias en la doctrina penal contemporánea. Aunque por momentos parece recurrir a la clásica distinción anglosajona entre *fraud in the inducement* y *fraud in the factum*<sup>15</sup>, concluye que abrir la puerta al engaño supondría adentrarse «en una resbaladiza pendiente en que no habría forma racional de establecer límites». Este temor es infundado. En la doctrina (y jurisprudencia comparada) existe un acuerdo amplio en que, básicamente, son tres los engaños penalmente relevantes en el marco del delito de agresión sexual, a saber: aquellos relativos a la naturaleza sexual de la actividad (conocer si uno está o no participando en una actividad de naturaleza sexual); a la identidad personal de los participantes (con qué persona se mantiene una relación sexual); y, finalmente, al grado de injerencia corporal. La discusión científica más prometedora gira en torno a la definición exacta de los límites de estas formas de engaño penalmente relevantes. ¿Comete una agresión sexual, en tanto que engaño sobre la identidad personal, quien engaña a su pareja «activista libertaria» sobre su condición de agente de policía<sup>16</sup>? ¿Y si el engaño recae sobre el sexo biológico? Sin duda, como muestra CASTELLVÍ MONSERRAT<sup>17</sup>, son muchas las cuestiones particulares que deben ser todavía discutidas y resueltas, algunas de ellas incluso con relevancia práctica penal. Ahora bien, derivar de ahí la inutilidad de todas las teorías diferenciadoras y, por extensión, la insignificancia del engaño en el Derecho penal sexual español, resulta desafortunado.

No es solo que las teorías diferenciadoras ofrecen ya criterios sólidos de delimitación de los engaños penalmente relevantes. Resulta que, paradójicamente, la aproximación adoptada por el Tribunal Supremo, ni ofrece más certidumbre que las teorías reiteradamente descalificadas, ni evita la tan temida pendiente resbaladiza. Es más, la sentencia en comento entiende cubiertos por el tipo del art. 178 CP más supuestos de engaño que muchas de las teorías diferenciadoras que tanto critica (!)<sup>18</sup>. Es su tesis, en definitiva, la más sobreinclusiva, o en las propias palabras del Alto Tribunal, la que «desboca el principio de intervención mínima invadiendo el derecho penal ámbitos que no reclaman la activación de la más poderosas herramienta de represión que maneja el Estado». Veamos por qué.

De acuerdo con la opinión de la mayoría de la Sala, se trata en los casos aquí relevantes de decidir: (1) si el acto sexual *concreto* estaba consentido; (2) si en caso de no estarlo el apartamiento fue *esencial* respecto de lo que se había aceptado. No pretendo reproducir las objeciones que se le

<sup>13</sup> Un resumen (crítico) de estas perspectivas, con referencias, en COCA VILA, *InDret*, (3), 2023, pp. 440 ss.

<sup>14</sup> GILI PASCUAL, «*Stealth* y legalidad penal», *InDret*, (4), 2024, apdo. 2, n. 8.

<sup>15</sup> Esta distinción colapsa, pues una misma circunstancia puede ser reformulada como relativa al hecho o al motivo de manera indistinta. Cfr. al respecto COCA VILA, *InDret*, (3), 2023, pp. 446 ss.

<sup>16</sup> La respuesta es negativa para quien asuma un concepto estricto de «identidad personal». En este sentido, COCA VILA, *InDret*, (3), 2023, p. 455, n. 121; y ahora también, AAP Barcelona, Sección 5ª, de 25 de julio de 2024.

<sup>17</sup> En este mismo número de la RCJ, CASTELLVÍ MONSERRAT, *InDret*, (4), 2024, apdo. 2.

<sup>18</sup> Por ejemplo, el Alto Tribunal considera constitutivo de agresión sexual el *stealth* inverso, esto es, mantener una relación sexual con preservativo cuando se había pactado lo contrario. En este sentido ya CASTELLVÍ MONSERRAT, *InDret*, (4), 2023, pp. 201 ss. Críticamente, COCA VILA, *InDret*, (3), 2023, p. 458; y ahora, *vid.* en este mismo número de la RCJ, VALVERDE-CANO, *InDret*, (4), 2024, apdo. 3.

han formulado a la teoría del «objeto del consentimiento» asumida ahora por el Alto Tribunal<sup>19</sup>. Sin embargo, como sus propios defensores reconocen, determinar qué es exactamente lo que las partes habían consentido resulta extraordinariamente complejo. Los participantes en relaciones sexuales no acostumbran a firmar contratos en los que se detalla lo consentido. Y tales contratos tampoco serían la solución: *rebus sic stantibus*. Cuando (A) y (V) pactan mantener una relación sexual con penetración a cambio del pago de un precio, ¿consiente (V) que su cliente le bese en los labios? O en la formulación del Tribunal Supremo, cuando (A) besa a (V), ¿estamos ante un *qué* distinto; un *aliud*, o solo un *cómo* diferente? Los defensores de la aproximación abrazada por la mayoría reconocen que para determinar el objeto de lo consentido es imprescindible recurrir a la metasemántica y a las convenciones sociales<sup>20</sup>, que operarían como factores defectivos de determinación del exacto objeto de lo consentido. Sin embargo, el recurso a las convenciones sociales, además de no amortiguar la incertidumbre sobre los límites de lo consentido, abre la puerta a la determinación del consentimiento con base en convenciones 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. El Alto Tribunal afirma que lo relevante es «en exclusiva la dimensión estrictamente sexual o corporal, física, del acto», pero tampoco aclara qué es corporal o físico a tales efectos<sup>21</sup>. Esto es especialmente criticable pues, como afirman las teorías de la diferenciación que tanto censura, el Tribunal Supremo entiende que hay agresión sexual cuando se suplanta la identidad<sup>22</sup>. «No es que haya un consentimiento arrancando por engaño [ICV: ¿cómo si no, se arrancó entonces el consentimiento?]; es que no hay consentimiento para actos sexuales o para esos actuales sexuales, o para la interacción con esa persona que se hace pasar por otra».

En mi opinión, la sentencia en comentario ha errado el tiro. Ha concentrado sus esfuerzos en descalificar una tesis que, en realidad, conduce a una interpretación del tipo más previsible y restrictiva, al tiempo que alcanza la misma conclusión de subsunción acogida por la Sala. Lo paradójico es que lo hace en la creencia de que solo excluyendo el engaño de los medios comisivos del art. 178 CP podrá evitar una expansión descontrolada del Derecho penal sexual. En la medida en que no concreta ni cuándo estamos ante una relación distinta a la pactada ni cuando la diferencia debe ser considerada esencial, queda en el aire la resolución de un buen número de supuestos con mucha mayor trascendencia práctica que los hilarantes ejemplos con los que inicia sus elucubraciones. Y todo ello, apartándose del tenor literal del art. 178 CP, que demanda ahora un consentimiento libre y expresivo de la voluntad de quien lo otorga.

### 3. *Stealth*ing como delito de violación (art. 179 CP)

En la sentencia en comentario se defiende que el *stealth*ing, pese a ser punible ex art. 178 CP, no constituye un delito de violación (art. 179 CP). Es decir, aunque existe una agresión sexual, pues estamos ante una relación sexual (con penetración) no consentida, no habría violación. «La

---

<sup>19</sup> Vid. COCA VILA, *InDret*, (3), 2023, pp. 447 ss.

<sup>20</sup> Cfr. TILTON/JENKINS ICHIKAWA, «Not What I Agreed To: Content and Consent», *Ethics*, (132-1), 2021, pp. 139 ss.

<sup>21</sup> O en palabras de MÍNGUEZ ROSIQUE, *Diario La Ley*, (24333), 2024, p. 5: «es precisamente en este punto en el que se echa en falta una mayor densidad argumentativa por parte del Tribunal, que, si bien aporta algún ejemplo para ilustrar su postura (con ramificaciones no del todo claras), no ofrece un razonamiento sólido en relación con el concreto caso planteado».

<sup>22</sup> En un sentido parecido, *vid.* en este mismo número de la RCJ, VALVERDE-CANO, *InDret*, (4), 2024, apdo. 3.

ausencia de consentimiento puede predicarse del contacto directo de los órganos genitales, pero no del acceso vaginal». Según el Tribunal Supremo, «[i]ntuitivamente se capta que el nivel de antijuridicidad es muy distinto». La penetración como tal sí habría sido consentida, no lo habría sido sin preservativo, por lo que estaríamos ante un atentado contra la libertad sexual de menor entidad que la violación.

Esta interpretación, por loable que sea el intento por mitigar el castigo en estos supuestos, no resulta convincente. La disociación del objeto del consentimiento (penetración vs. penetración con preservativo) es incongruente con la previa tipificación del *stealthing* como un delito de agresión sexual<sup>23</sup>. Si resulta que el engaño en estos casos es penalmente relevante porque la víctima había consentido una relación sexual en condiciones distintas a las que finalmente determinan la relación sexual, en particular, había condicionado su consentimiento al uso de preservativo, el acceso carnal como elemento constitutivo de la relación sexual queda también condicionado al uso de preservativo. ¿O es que no se advertiría una violación en el supuesto en que autor y víctima pactan una penetración vaginal con preservativo y el autor acaba penetrando analmente a su víctima con un objeto de plástico? El que se haya consentido una penetración no otorga patente de corso al autor para llevar a cabo cualquier penetración imaginable, incluso con violencia, de manera atípica ex art. 179 CP. O la falta de preservativo determina un atentado contra la libertad sexual que ha de sancionarse ex art. 179 CP al producirse un acceso carnal, o el *stealthing* debe ser considerado penalmente irrelevante<sup>24</sup>, en la medida en que la víctima consintió, aunque fuera de forma «débil».

GILI PASCUAL ha objetado a mi punto de vista, esencialmente coincidente con el de CASTELLVÍ MONSERRAT, que en los casos de *stealthing*, «la víctima accede en los términos legales al acto en el que participa, lo que debe ser forzosamente descontado de la factura de la desvaloración del hecho»<sup>25</sup>. Expresado en términos materiales: el injusto del hecho no reside en un ataque a la autonomía sexual de la víctima, pues aquel quedaría neutralizado por el consentimiento, sino por el ataque a la «dignidad e intimidad de la víctima» vinculado al plus de injerencia corporal que comporta una penetración sin preservativo. Es decir, «no contiene el mismo desvalor [...] la penetración sin preservativo en el marco de una relación consentida que la penetración no consentida y, además, sin preservativo». Esta disociación del objeto de lo consentido es también defendida por VALVERDE-CANO, quien avala la tipificación de la mayoría de la Sala en la sentencia en comentario<sup>26</sup>.

CASTELLVÍ MONSERRAT presenta en su comentario de manera elaborada las razones por las que creo que el *stealthing* es típico ex art. 179 CP<sup>27</sup>. Me limito por lo tanto en lo que sigue a recuperar un argumento, en mi opinión, el central, en favor de considerar el acceso carnal consentido por

<sup>23</sup> En el panorama alemán, en este sentido, cfr. MAKEPEACE, «„I’m not sure this is rape, but...“ Zur Strafbarkeit von „Stealthing“ nach dem neuen Sexualstrafrecht», *KriPoZ*, (1), 2021, pp. 14 ss. De otra opinión, *vid.* sin embargo GILI PASCUAL, «Stealthing. Sobre el objeto del consentimiento en el delito de abuso sexual», *Cuadernos de política criminal*, (135), 2021, pp. 114 ss.; o VALVERDE-CANO, *Diario La Ley*, (10495), 2024, p. 9.

<sup>24</sup> Expresa sus dudas sobre la relevancia penal del *stealthing* 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*, 2022, pp. 234 ss.

<sup>25</sup> *Vid.* en este mismo número de la RCJ GILI PASCUAL, *InDret*, (4), 2024, apdo. 2.2.

<sup>26</sup> VALVERDE-CANO, *InDret*, (4), 2024, apdo. 4.

<sup>27</sup> CASTELLVÍ MONSERRAT, *InDret*, (4), 2024, apdo. 4.

engaño como una forma de violación. Me refiero al principio de legalidad. El art. 179 CP establece lo siguiente:

«Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado como reo de violación con la pena de prisión de cuatro a doce años».

Dicho precepto contiene una norma de sanción accesoria o auxiliar, se trata de un subtipo agravado que entra en consideración única y exclusivamente cuando se ha cometido el tipo básico del art. 178 CP. Pues bien, a la hora de valorar la tipicidad del *stealthing* la primera pregunta es si encaja o no en la descripción del art. 178 CP, es decir, ¿se ha realizado un acto que atenta contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento? Tanto GILI PASCUAL como VALVERDE-CANO coinciden con la sentencia en comentario en que, efectivamente, el *stealthing* rellena la tipicidad del art. 178 CP. Esto supone admitir que el autor ha sometido a su víctima a una relación sexual no consentida. El autor, pues, ha cometido una «agresión sexual» penalmente típica.

A partir de aquí, resulta obligado avanzar en el juicio de subsunción y preguntarse si el hecho, además, encaja en alguna de las modalidades agravadas, en particular, en la del art. 179 CP. Pues bien, si resulta que ha existido una «agresión sexual» y que esta agresión ha consistido en un «acceso carnal», parece difícil negar que el responsable debe ser castigado como reo de violación. Recordemos, el art. 179 CP establece que «[c]uando la agresión sexual consista en acceso carnal [...] el responsable será castigado como reo de violación». Quizá todavía podría afirmarse que en los casos de *stealthing* la agresión sexual no consiste en un acceso carnal, sino que simplemente se materializa o realiza en un acceso carnal; o que el acceso carnal sí había sido consentido, aunque en unas condiciones distintas. Sin embargo, la pregunta central en los casos de *stealthing* sigue siendo la misma: ¿en qué consiste el atentado contra la autonomía sexual de la víctima que rellena el tipo del art. 178 CP, si no en el hecho de accederla carnalmente en contra de su voluntad? MÍNGUEZ ROSIQUE afirma que dicho atentado no consiste «en la penetración en sí misma, sino en la forma y contexto de la penetración»<sup>28</sup>. Pero es que precisamente la forma y el contexto son decisivas para afirmar si aquella se ajusta o no a lo consentido. El que la víctima hubiera consentido una penetración quizá determina un menor injusto, en la medida en que el autor somete a una relación sexual no querida a quien estaba dispuesta a mantener una relación sexual (aunque distinta), pero no creo que ello permita obviar el art. 179 CP. Como señala además CASTELLVÍ MONSERRAT, la disociación del objeto del consentimiento pretendida por GILI PASCUAL debería conducir a dejar de castigar como violaciones un número no despreciable de supuestos que, tradicionalmente, se han considerado supuestos incontrovertidos de violación. Piénsese, por ejemplo, en los casos de facultativos que simulan exploraciones consistentes en un acceso carnal previamente consentidas por el paciente engañado<sup>29</sup>.

A tenor de la regulación vigente, el *stealthing* es típico ex art. 179 CP. Si la pena mínima a imponer (ahora cuatro años) es inconstitucional, por desproporcionada, se le presentan al aplicador tres opciones: una primera es atribuir al art. 178.4 CP fuerza atenuante tanto de las agresiones sexuales no penetrativas como de las penetrativas. El tenor literal de dicho precepto no lo impide,

<sup>28</sup> MÍNGUEZ ROSIQUE, *Diario La Ley*, (24333), 2024, p. 7.

<sup>29</sup> En detalle, *vid.* CASTELLVÍ MONSERRAT, *InDret*, (4), 2024, apdo. 4.

aunque su ubicación sistemática sí parece un obstáculo infranqueable<sup>30</sup>. Esta opción interpretativa ya ha sido expresamente descartada en la STS 647/2023, de 27 de julio<sup>31</sup>: la cláusula atenuatoria rige exclusivamente respecto de las agresiones sexuales que no comportan penetración o acceso. La segunda opción es la establecida en el art. 4.3 CP: el Juez o tribunal acudiría al Gobierno exponiendo lo conveniente sobre la derogación o modificación del precepto o la concesión de indulto, cuando la pena a imponer sea notablemente excesiva. Dado que el art. 178.3 CP expresamente aísla la tipificación de las agresiones sexuales cometidas con violencia, intimidación o sobre persona con voluntad anulada, parece razonable replicar la distinción penológica en el marco del delito de violación (art. 179 CP)<sup>32</sup>. En fin, quien esté convencido que castigar el *stealth* con una pena de cuatro años es inconstitucional, por suponer una respuesta desproporcionada, todavía puede abogar por inaplicar el art. 179 CP con base en una interpretación (reducción teleológica) del precepto conforme con la Constitución<sup>33</sup>. De acuerdo con el Tribunal Constitucional, ello sería posible cuando la resolución judicial, aun respetando el sentido literal posible de los términos de la ley, conduce a «soluciones esencialmente opuestas a la orientación material de la norma y, por ello, imprevisibles para sus destinatarios»<sup>34</sup>. La exigencia de una «previsibilidad axiológica» incluso *contra legem* traería causa del derecho fundamental a la legalidad (art. 25.1 CE). Por su parte, el art. 5.1 LOPJ establece que la Constitución, en tanto que norma suprema del ordenamiento jurídico, vincula a todos los Jueces y Tribunales, «quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos». Pues bien, en el caso del *stealth*, la reducción teleológica habría de materializarse en una interpretación derogatoria del art. 179 CP. Aunque esta posibilidad es objeto de contundentes críticas por influyentes teóricos del Derecho<sup>35</sup> y no pocos penalistas<sup>36</sup>, hay quien, como SILVA SÁNCHEZ, defiende que los tribunales ordinarios sí están legitimados y deben —en circunstancias excepcionales— operar a modo de cuasi-legislador a fin de subsanar (a favor del reo) graves deficiencias del Derecho positivo<sup>37</sup>.

No puede ser este el lugar en el que tematizar los límites a la reducción teleológica admisible por parte de tribunales ordinarios. Me conformo aquí con apuntar lo siguiente: quien pretenda inaplicar el art. 179 CP con base en la Constitución debe, en primer lugar, reconocer la naturaleza creadora (o derogatoria) de su actividad (*verfassungskonforme Rechtsfortbildung*) que, por

---

<sup>30</sup> Apunta a esta posibilidad ya GILI PASCUAL, *CPC*, (135), 2021, pp. 131 ss.

<sup>31</sup> STS 647/2023, Penal, de 27 de julio (ECLI:ES:TS:2023:3488).

<sup>32</sup> En favor de una cláusula atenuadora equivalente a la del art. 178.4 CP en el marco del delito de violación, *vid.* CASTELLVÍ MONSERRAT, *InDret*, (4), 2023, pp. 206-207.

<sup>33</sup> Sobre la interpretación conforme a la Constitución como forma cualificada de interpretación restrictiva de naturaleza sistemático-teleológica, *vid.* SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*, 2018, pp. 46 ss.; o ALCÁ CER GUIRAO, «El Derecho a la legalidad penal y los límites de actuación del Tribunal Constitucional», en MIR PUIG *et al.* (eds.), *Constitución y Principios del Derecho Penal: Algunas Bases Constitucionales*, 2010, pp. 53 ss.

<sup>34</sup> STC 129/2008, de 27 de octubre (BOE núm. 281, de 21 de noviembre de 2008).

<sup>35</sup> Un iluminador panorama de la discusión alemana en MÖLLERS, *Juristische Methodenlehre*, 5ª ed., 2023, pp. 430 ss. Especialmente crítico, JESTAEDT, «The Constitution Conformant Interpretation», en VON HEIN *et al.* (eds.), *Relationship between the Legislature and the Judiciary*, 2017, pp. 25 ss.

<sup>36</sup> Cfr. p. ej., ALCÁ CER GUIRAO, en MIR PUIG *et al.* (eds.), *Constitución y Principios del Derecho Penal: Algunas Bases Constitucionales*, 2010, p. 57: «menos plausible me resulta la posibilidad de hacer brotar del art. 25.1 CE un mandato de *prohibición de exceso* al juez».

<sup>37</sup> SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*, 2018, pp. 49 ss.

definición, rebasa los límites de la pura interpretación (restrictiva). Y, en segundo lugar, debe exponer con claridad qué derecho fundamental determina la inconstitucionalidad del art. 179 CP aplicado al supuesto concreto. Aunque creo que el castigo mínimo (cuatro años) para el caso objeto de la sentencia en comento puede ser excesivo, dudo que estemos ante un supuesto de desproporción (cardinal) manifiesta que justifique la admisión de una forma de pseudo-control difuso de constitucionalidad como a la que nos aboca autorizar a tribunales ordinarios a inaplicar el art. 179 CP.

#### 4. Conclusión

Como muestra la disparidad de pareceres y matices reunidos en este comentario conjunto, el tratamiento penal del *stealth* es y seguirá siendo objeto de profunda controversia. Mis diferencias con la STS 603/2024, de 14 de junio, no deberían empañar el mérito de una resolución que, enfrentada a un complejo problema, es capaz de hallar en la discusión académica los mejores argumentos disponibles para defender una tesis político-criminalmente laudable. A su vez, es incuestionable que esta resolución, incluido su voto particular, enriquece la discusión académica. Todo ello, con independencia del mayor o menor acuerdo con el sentido de la resolución, ha de ser motivo de satisfacción para cualquier participante de la «comunidad de expertos profesionales del Derecho penal»<sup>38</sup>. Y es que, como señala el filósofo del Derecho penal Michael PAWLIK, en «el juego conjunto de legislación, jurisprudencia y ciencia del Derecho, las cuales se observan entre sí, hacen referencia las unas a las otras y se corrigen recíprocamente en caso de ser necesario, se manifiesta el mayor grado posible de *razón jurídica*»<sup>39</sup>.

---

<sup>38</sup> PAWLIK, *Confirmación de la norma y equilibrio en la identidad*, 2019, p. 75.

<sup>39</sup> PAWLIK, *Confirmación de la norma y equilibrio en la identidad*, 2019, p. 75.

## Engaño, consentimiento y acceso carnal

Carlos Castellví Monserrat\*  
Universitat de Barcelona  
carloscastellvi@ub.edu

### 1. Las discrepancias del voto particular

El voto particular de la STS 603/2024, de 14 de junio, contiene dos discrepancias con la opinión mayoritaria. La primera de ellas es «exclusivamente argumental»: aunque existe acuerdo en que los únicos engaños relevantes en el ámbito sexual son los que afectan a «la naturaleza sexual de la acción consentida, los casos de suplantaciones y los referidos al grado y forma de la injerencia consentida», la sentencia y el voto particular discrepan al fundamentar por qué esto es así; es decir, discrepan al explicar por qué dichos engaños son relevantes y el resto no. En este sentido, la sentencia considera que la diferencia entre unos engaños y otros es el *consentimiento*: los engaños mencionados provocarían actos sexuales inconsistentes y el resto no. En cambio, el voto particular identifica dicha diferencia en el *bien jurídico*; desde esta perspectiva, cualquier engaño podría provocar un acto sexual inconsistente, pero solo los mencionados afectarían a la libertad sexual de la víctima.

La segunda discrepancia no es meramente argumentativa, sino que afecta al fallo. Así, la sentencia califica el *stealthing* como un delito de agresión sexual, pero descarta apreciar una violación porque «la víctima consiente la penetración vaginal. La ausencia de consentimiento no puede predicarse de esa acción (...); tan solo de la modalidad específica de acceso, del contacto directo con el miembro viril». Por el contrario, el voto particular estima que debería aplicarse el tipo agravado de violación, pues «la penetración no fue consentida en los términos convenidos».

Este breve comentario se centrará en las dos discrepancias del voto particular. Al abordar la primera, se defenderá la postura de la sentencia<sup>1</sup>; esto es, se defenderá que la diferencia entre los engaños relevantes y los irrelevantes es el consentimiento (y no el bien jurídico). En cambio, al

---

\* Esta publicación es parte del proyecto de I+D+i PID2021-125718NB-I00, financiado por el MCIN/AEI/10.13039/501100011033/FEDER “Una manera de hacer Europa”.

<sup>1</sup> En este punto, la sentencia se aproxima a lo defendido en CASTELLVÍ MONSERRAT, «¿Violaciones por engaño?», *InDret*, (4), 2023; concretamente, pp. 178-188: FJ 4; pp. 212-214: FJ 5; pp. 193-194, 210-211: FJ6; pp. 195-201: FJ 7. En todo caso, las ideas a las que se acerca este último fundamento jurídico ya se plasmaron en CASTELLVÍ MONSERRAT/MÍNGUEZ ROSIQUE, «Con sigilo y sin preservativo», *Diario La Ley*, (9962), 2021, pp. 1-13. Al respecto, MÍNGUEZ ROSIQUE, «Sexo, mentiras y preservativos (o de la llegada del *stealthing* al Tribunal Supremo)», *Diario La Ley*, (10565), 2024, p. 5

tratar la segunda discrepancia se cambiará de bando y se argumentará a favor del voto particular; es decir, se argumentará a favor de calificar el *stealth* como un delito de violación.

En todo caso, la posición esbozada (a favor de la sentencia en una discrepancia y del voto particular en otra) muestra algo que merece ser destacado: que no existe ninguna relación entre la primera discrepancia y la segunda; esto es, que no existe ninguna relación entre, por un lado, emplear el criterio del consentimiento o del bien jurídico y, por el otro, calificar el *stealth* como una agresión sexual o una violación. Ni el criterio del consentimiento obliga a calificar el *stealth* como una mera agresión sexual, ni el criterio del bien jurídico obliga a calificarlo como una violación. Por ello, aunque todos los magistrados del Tribunal Supremo se hayan agrupado en torno a la posición de la sentencia (consentimiento y agresión sexual) o a la del voto particular (bien jurídico y violación), podrían haberse sostenido dos posiciones adicionales que son igual de plausibles: la que correspondería a un voto concurrente (bien jurídico y agresión sexual) y la propia de otro voto particular más restringido (consentimiento y violación). Esta última será la que se defiende a continuación.

## 2. ¿Por qué solo son relevantes algunos engaños?

Tanto la sentencia como el voto particular coinciden en lo siguiente: en el ámbito sexual solo son relevantes los engaños que afecten al contacto físico involucrado, a la persona que lo protagoniza, o a su naturaleza sexual. En cambio, el resto de «engaños motivacionales» resultan irrelevantes; así, por ejemplo, no cometerá una agresión sexual quien logre una relación haciéndose pasar por «una persona adinerada, (...) famosa, o una soltera o no comprometida».

Lo anterior, sin embargo, puede fundamentarse de dos formas distintas. La sentencia lo hace afirmando que los engaños motivacionales dan lugar a relaciones sexuales consentidas, mientras que los engaños relevantes se caracterizan por provocar un acto sexual sobre otra persona «sin su consentimiento» (art. 178.1 CP). En cambio, el voto particular sostiene que ambos engaños hacen que otra persona sufra un acto sexual «sin su consentimiento» (art. 178.1 CP), aunque después excluye la relevancia penal de los engaños motivacionales «a partir de consideraciones nacidas de la afectación al bien jurídico».

Obviamente, la sentencia y el voto particular interpretan de un modo distinto la palabra «consentimiento» del art. 178.1 CP. La sentencia entiende dicha palabra en sentido débil; es decir, como *aceptación*<sup>2</sup>. De este modo, quien logra que otro acepte una relación sexual gracias a un engaño motivacional (por ejemplo, mintiendo sobre su estado civil o su capacidad económica) realiza una conducta «consentida»; al fin y al cabo, dicha conducta ha sido aceptada (aunque ciertamente, no hubiera sido aceptada con la debida información). Por el contrario, el voto particular estima que el «consentimiento» del art. 178.1 CP equivale a *aceptación libre y consciente*. Lo cual hace que dicho consentimiento deba darse «darse sin mediar coacción, engaño o fraude». Pues, desde esta perspectiva, lograr que otro acepte una relación sexual mediante un engaño motivacional supone realizar una conducta «sin su consentimiento» (art. 178.1 CP); después de todo, dicha conducta no ha sido aceptada con la debida información.

---

<sup>2</sup> Con más detalle, CASTELLVÍ MONSERRAT, *InDret*, (4), 2023, pp. 176-178.

Debido al concepto de consentimiento asumido, la sentencia y el voto particular se enfrentan a obstáculos distintos. La sentencia, para evitar ser *infra-inclusiva*, debe fundamentar por qué los engaños relevantes (los que afectan al contacto físico, a la persona implicada o a la naturaleza sexual del acto) dan lugar a actos sexuales in consentidos. En cambio, el voto particular, para no ser *supra-inclusivo*, debe explicar por qué los engaños motivacionales resultan atípicos pese a provocar actos sexuales in consentidos.

¿Cómo puede argumentar la sentencia que los engaños relevantes dan lugar a actos sexuales in consentidos? Pues afirmando que, en dichos casos, el engaño no sirve para lograr que otro acepte una relación sexual, sino para ocultarle la realización de un acto sexual que no ha sido aceptado en absoluto. De este modo, los engaños relevantes se caracterizarían por dar lugar a un acto sexual que, al ser desconocido por la víctima, no ha sido aceptado por esta. Lo cual ocurre, precisamente, cuando el engaño recae sobre el contacto físico o la persona involucrada en él (dado que, entonces, se acepta un acto sexual distinto al realizado) o sobre la naturaleza sexual del acto (pues, en ese caso, no se acepta ningún acto sexual, sino, como máximo, uno médico). En estos supuestos, lo aceptado es algo distinto al acto sexual realizado y, por ello, el engaño «se traduce en una ausencia de consentimiento respecto de la concreta conducta».

Contra lo anterior podría replicarse que, en función de cómo se definan los actos sexuales, cualquier engaño puede convertir lo aceptado en algo distinto a lo realizado. Pues el objeto de un engaño motivacional —la soltería, la capacidad económica, etc.— siempre puede (re)definir el acto consentido, transformándolo en un acto sexual diferente al que se ha realizado («yo no había consentido mantener relaciones sexuales con un casado pobre, sino con un soltero rico»). Sin embargo, un acto sexual no puede definirse de cualquier modo, sino únicamente a partir de dos elementos; concretamente, a partir de los dos elementos que resultan imprescindibles para apreciar un «acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento» (art. 178.1 CP): el *contacto corporal* que implica y su *naturaleza sexual*<sup>3</sup>. El resto de elementos sobre los que puede recaer un engaño no definen qué se consiente (sino por qué se consiente). Precisamente por ello, los engaños motivacionales no convierten el acto consentido en uno distinto al realizado. Dado que, en estos casos, el contacto corporal (de naturaleza sexual) aceptado se corresponde con el contacto corporal (de naturaleza sexual) realizado.

¿Y cómo argumenta el voto particular que los engaños motivacionales resultan atípicos? Pues afirmando que estos no afectan al bien jurídico protegido: «Partimos de la relevancia del engaño para rellenar la exigencia típica de la ausencia del consentimiento y restringimos la desmesura de los ejemplos que se exponen a partir de consideraciones nacidas de la afectación al bien jurídico»<sup>4</sup>. Sin embargo, tal y como indica COCA VILA, lo «que es “relativo a un bien jurídico” respecto de un bien tan etéreo como la libertad o autonomía sexual resulta altamente

---

<sup>3</sup> De forma más desarrollada, CASTELLVÍ MONSERRAT, *InDret*, (4), 2023, pp. 193-195.

<sup>4</sup> El voto particular también emplea otros argumentos para esto último. En primer lugar, descarta algún engaño porque «se vierte sobre apariencias, no realidades». En segundo término, sostiene que «el engaño motivacional (...) no tiene relevancia penal, al jugar otros principios como el de autorresponsabilidad». Y, finalmente, también afirma que «el consentimiento debe recaer, como se precisa en el artículo 178.2 CP vigente, sobre los actos de contenido sexual, no sobre los motivos o las motivaciones del mismo». Sin embargo, todo engaño transmite una apariencia que no se corresponde con la realidad. Además, el principio de autorresponsabilidad no explica por sí mismo la exclusión de los engaños motivacionales. Y, en todo caso, el art. 178.2 CP no precisa que el consentimiento deba recaer sobre actos de contenido sexual.

controvertido»<sup>5</sup>. En efecto, cuando se afirma que solo afecta a la libertad sexual el «engaño que se cierne sobre el hecho de la propia relación consentida-, y del que forman parte la novación del sujeto, el que recae sobre el propio contenido de la relación y el referido a la forma, el grado de injerencia», la pregunta que surge inmediatamente es: ¿por qué?, ¿por qué esa clase de engaños afectan a la libertad sexual y los otros no?

El voto particular no puede ofrecer una respuesta satisfactoria a esta pregunta. Y no puede hacerlo porque cualquier respuesta que ofrezca acabará siendo tan abstracta que no solo podrá fundamentar dicha delimitación de los engaños penalmente relevantes, sino también cualquier otra. Así, por ejemplo, aunque COCA VILA concreta de forma muy convincente el concepto de libertad sexual (recurriendo para ello a las nociones de autonomía corporal, intimidad y dignidad), su argumentación incurre en un salto al intentar derivar de ella el contenido de los engaños penalmente relevantes. Pues no es evidente por qué afectan a dicho bien jurídico los engaños sobre la naturaleza sexual (por ejemplo, el del «proctólogo que se inventa un motivo médico para llevar a cabo una exploración anal»<sup>6</sup>) y, en cambio, no hacen lo propio los engaños que inciden sobre la privacidad del acto sexual (por ejemplo, el de quien oculta que está grabando la relación sexual o el del «médico que engaña a su víctima sobre la condición de médico asistente de un amigo *voyeur* que contempla una exploración médica indicada»<sup>7</sup>)<sup>8</sup>. Es más, desde el punto de vista de la intimidad (uno de los elementos que, según COCA VILA, permite «capturar la dimensión sexual de la autonomía»<sup>9</sup>), parece más lesivo lo segundo que lo primero<sup>10</sup>. Igualmente, tampoco es fácil explicar por qué afectan a la libertad sexual los engaños sobre la identidad personal (por ejemplo, el de quien se cuela en un dormitorio oscuro para hacerse pasar por la pareja de quien está en la cama) y, por el contrario, no ocurre lo mismo con los engaños sobre la posibilidad de provocar un embarazo (por ejemplo, el del *tiktoker* que miente sobre su fertilidad). Incluso podría decirse que, desde la perspectiva de la autonomía corporal y de la dignidad (elementos que, de acuerdo con COCA VILA, también delimitan la «noción de autonomía sexual protegida»), los segundos son más graves que los primeros<sup>11</sup>.

La fundamentación del voto particular abre la puerta a castigar prácticamente cualquier engaño. Pues el vaporoso concepto de *libertad* sexual no obliga a delimitar los engaños relevantes del mismo modo que el Tribunal Supremo, sino que permite hacerlo razonablemente de muchas formas distintas. En este sentido, tiene razón la sentencia cuando afirma que «Si convertimos un

---

<sup>5</sup> COCA VILA, «Agresión sexual por engaño», *InDret*, (3), 2023, p. 445.

<sup>6</sup> COCA VILA, *InDret*, (3), 2023, p. 454.

<sup>7</sup> COCA VILA, *InDret*, (3), 2023, p. 454.

<sup>8</sup> Con una crítica similar, VALVERDE-CANO, «*Stealth*ing y otras relaciones sexuales en las que media engaño», *Diario La Ley*, (10495), 2024, p. 10, proponiendo una delimitación alternativa de los engaños relevantes.

<sup>9</sup> COCA VILA, *InDret*, (3), 2023, p. 450.

<sup>10</sup> En cambio, desde la perspectiva de la sentencia, resulta sencillo explicar por qué la «naturaleza sexual» es un elemento que define los actos sexuales y su «incidencia en la privacidad» no lo es: lo primero es un elemento consustancial a las agresiones sexuales y lo segundo no. En este sentido, toda agresión sexual implica un acto de naturaleza sexual, pero pueden cometerse agresiones sexuales sin atentar contra la intimidad de la víctima (por ejemplo, realizando un tocamiento sorpresivo por encima de la ropa).

<sup>11</sup> En cambio, vuelve a resultar sencillo explicar por qué el «contacto corporal» es un elemento que define los actos sexuales y su «incidencia en la libertad reproductiva» no lo es: lo primero es un elemento consustancial a las agresiones sexuales y lo segundo no. A estos efectos, toda agresión sexual implica el contacto con el cuerpo de una determinada persona, pero pueden cometerse agresiones sexuales sin atentar contra la libertad reproductiva (por ejemplo, realizando una penetración anal o con un objeto).

consentimiento prestado por engaño en la base de un delito de agresión sexual llegaríamos a una insoportable y asfixiante intromisión del derecho penal en el ámbito afectivo sexual de los ciudadanos. No hay fórmula satisfactoria para seleccionar solo algunas de las variadísimas formas de engaño imaginables. Nos adentraríamos en una resbaladiza pendiente en que no habría forma racional de establecer límites».

Pero la posición del voto particular no solo tiene problemas de fundamentación, sino también de legalidad. Desde el momento en que se interpreta la palabra «consentimiento» del art. 178.1 CP como «aceptación libre y consciente», cualquier acto sexual aceptado a causa de un engaño debería ser típico. En realidad, dicha interpretación tendría los mismos efectos que ampliar el art. 178.2 CP para que dijera: «Se consideran en todo caso agresión sexual los actos de contenido sexual que se realicen (...) *empleando engaño*». Y, si esto es así, resulta muy poco respetuoso con el legislador que, luego, el intérprete niegue la tipicidad de la inmensa mayoría de los engaños<sup>12</sup>. Sobre todo, si lo hace sobre la base de una noción tan indeterminada como la de libertad sexual.

### 3. ¿Libertad o autonomía?

Para defender su postura, el voto particular afirma que «la definición del consentimiento contenida en el actual art. 178 CP, también aplicable a la redacción anterior, parte de la necesidad de que el consentimiento sea manifestado libremente, por lo tanto, el engaño, cuando el sujeto pasivo no manifiesta libremente su voluntad accediendo a la relación, puede rellenar la tipicidad del delito de agresión sexual»<sup>13</sup>. Desde este punto de vista, todos los engaños (también los motivacionales) harían que el consentimiento resultante no «se haya manifestado libremente» (art. 178.1 *in fine* CP). Y, por ello, la desmesura de dichos engaños debería restringirse «a partir de consideraciones nacidas de la afectación al bien jurídico».

Sin embargo, el argumento del voto particular debe rechazarse por el siguiente motivo: el art. 178.1 *in fine* CP 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, «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»<sup>14</sup>. No obstante, el art. 178.1 *in fine* CP no exige autonomía, sino libertad (es decir, lo que COCA VILA denomina «ausencia de coacción externa»). En este sentido, alguien que carece de la suficiente competencia (un menor) o de la debida información (la víctima de un engaño) puede tomar una decisión libre. Pues ello solo dependerá de que dicha decisión no haya sido coaccionada.

---

<sup>12</sup> Algo así equivaldría a que el antiguo delito de estupro (que sancionaba al que «interviniendo *engaño*, realice actos de carácter sexual con persona mayor de trece años y menor de dieciséis») se hubiera restringido a los engaños sobre la naturaleza sexual, la identidad y el contacto físico. Sobre la derogación de este delito RAMOS VÁZQUEZ, «El engaño como medio comisivo de la agresión sexual», en AGUSTINA SANLLEHÍ (coord.), *Comentarios a la ley del «solo sí es sí»*, 2023, p. 173.

<sup>13</sup> Argumento esgrimido por COCA VILA, *InDret*, (3), 2023, p. 438 y VALVERDE-CANO, *Diario La Ley*, (10495), 2024, p. 8.

<sup>14</sup> COCA VILA, *InDret*, (3), 2023, p. 439.

La exigencia de que el consentimiento «se haya manifestado libremente» permite subsumir en el art. 178.1 CP (y no solo en el art. 178.2 CP) los actos sexuales obtenidos mediante intimidación<sup>15</sup>. Pues, obviamente, un consentimiento arrancado con amenazas no se manifestará libremente. Sin embargo, el consentimiento de alguien «de cuya situación mental se abusare» (art. 178.2 CP) puede manifestarse libremente. De modo que el acto sexual resultante no podrá subsumirse en el art. 178.1 CP, sino, únicamente, en el art. 178.2 CP<sup>16</sup>. Y algo parecido ocurrirá con el consentimiento derivado de un engaño: en tanto que dicho consentimiento se manifieste libremente (aunque se otorgue sin la debida información), el acto sexual subsiguiente no encajará en el tenor literal del art. 178.1 CP.

Contra lo anterior podría replicarse que las palabras «libertad» y «autonomía» a veces se usan como sinónimos. Y que, por ello, el requisito de que el consentimiento «se haya manifestado libremente» podría interpretarse como una exigencia de que este «se haya manifestado *autónomamente*». Sin embargo, el Código Penal no utiliza la palabra «libertad» en ese sentido. Y ello no solo lo prueban los preceptos que exigen un consentimiento libre y consciente (art. 156 CP), o libre e informado (art. 156 bis CP) –cuyo contenido sería redundante si libertad equivale a autonomía–, sino, sobre todo, el tenor literal del art. 183 bis: «el libre consentimiento del menor de dieciséis años excluirá la responsabilidad (...) cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo». Adviértase que, de acuerdo con este precepto, el *libre consentimiento* del menor no excluirá la responsabilidad cuando el autor sea una persona alejada del menor por edad y grado de desarrollo (por ejemplo, cuando este tenga cuarenta años). Lo cual implica que algunas agresiones sexuales se cometerán con el libre consentimiento de la víctima. De modo que, para el Código Penal, libertad no equivale a autonomía. Pues, de acuerdo con sus propios términos, una persona puede consentir libremente un acto sin la suficiente competencia (y, por tanto, sin plena autonomía).

#### 4. ¿Acceso carnal consentido?

La sentencia no califica el *stealthing* como un delito de violación porque «la víctima consiente la penetración vaginal. La ausencia de consentimiento no puede predicarse de esa acción, -acceso por vía vaginal y con el miembro viril-; tan solo de la modalidad específica de acceso, del contacto directo con el miembro viril»<sup>17</sup>. Desde esta perspectiva, el *stealthing* constituiría una simple agresión sexual y se equipararía a los «casos de eyaculación deliberada en el interior de la cavidad vaginal, pese al rechazo anterior exteriorizado por la mujer».

Sin embargo, el *stealthing* no es asimilable a los supuestos de eyaculación interna inconsciente. Pues, en estos últimos, 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: uno consentido (la penetración) y otro no consentido (la eyaculación). Así, puede afirmarse que el acto sexual realizado «sin su consentimiento» (art. 178.1 CP) se ciñe al contacto físico (de naturaleza sexual)

---

<sup>15</sup> O los obtenidos mediante abuso superioridad, pues, en ellos, la víctima también carece de libertad. Así, CASTELLVÍ MONSERRAT, «¿Intimidación o abuso de una situación de superioridad?», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (25), 2023, p. 21.

<sup>16</sup> Por ello, no comparto la afirmación de VALVERDE-CANO, *Diario La Ley*, (10495), 2024, p. 8, de que, en el art. 178 CP, existe «una relación de menos a más en la que el apartado 2 presupone en todo caso el apartado 1».

<sup>17</sup> Se muestran favorables a esta solución tanto GILI PASCUAL, «Stealthing. Sobre el objeto del consentimiento en el delito de abuso sexual», *Cuadernos de política criminal*, (135), 2021, p. 125, como VALVERDE-CANO, *Diario La Ley*, (10495), 2024, p. 15. También, MÍNGUEZ ROSIQUE, *Diario La Ley* (10565), 2024, p. 7.

que implica la eyaculación y que, por el contrario, la penetración que supone el «acceso carnal» sí ha sido consentida. En cambio, en el *stealth* no concurren dos actos sexuales distintos, sino uno solo: una penetración sin preservativo; esto es, una penetración que se define por el contacto físico que implica (el contacto directo entre membranas mucosas). Y, obviamente, dicho acto inconsciente (al contrario de lo que ocurría con el acto inconsciente que implica la eyaculación) consiste en «acceso carnal».

El *stealth* constituye una agresión sexual. Y dicha agresión sexual consiste en acceso carnal. Ello debería bastar para apreciar un delito de violación. Pues el art. 179.1 CP solamente dice que:

«Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal (...) el responsable será castigado como reo de violación».

Sin embargo, cuando la sentencia afirma que el art. 179 CP «está pensando en una penetración, por cualquiera de las vías establecidas, no consentida, no aceptada, rechazada», en realidad, está añadiendo un requisito a dicho precepto; concretamente, está añadiendo el requisito de que el acceso carnal sea inconsciente. De este modo, la sentencia reescribe el art. 179.1 CP en los siguientes términos:

«Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal *sin consentimiento* por vía vaginal (...) el responsable será castigado como reo de violación».

Con este tenor literal, una violación no sería cualquier acto sexual inconsciente que consista en un acceso carnal, sino, únicamente, un acto sexual inconsciente que consista en un acceso carnal *inconsciente*. De esta forma, un acto sexual inconsciente que consista en un acceso carnal *consentido* solo constituiría una agresión sexual simple.

Adviértase que el objeto de este nuevo consentimiento no será el acto sexual que consiste en acceso carnal (pues, por definición, dicho acto sexual no estará consentido), sino *el acceso carnal en sí mismo*. Y, obviamente, dicho acceso carnal podrá definirse de forma más o menos amplia. Así, por ejemplo, si el acceso carnal se define de forma genérica (como la introducción de cualquiera de los elementos del art. 179 CP por cualquiera de las vías previstas) no cometerá una violación quien penetra analmente a una persona que solo ha consentido una penetración vaginal; pues, en este caso, se habría consentido un acceso carnal. En cambio, si el acceso carnal se define por la vía de acceso (vaginal, anal o bucal) no cometerá una violación quien penetra vaginalmente con el miembro viril a quien solo había consentido la introducción de los dedos en su vagina; a fin de cuentas, aquí se habría consentido el acceso carnal por esa vía. Y, finalmente, si el acceso carnal se define por la vía de acceso (vaginal, anal o bucal) y el elemento introducido (pene, miembros corporales u objetos) solo quedarán fuera del art. 179 CP supuestos como el *stealth*; es decir, supuestos en que «la ausencia de consentimiento no puede predicarse de esa acción, –acceso por vía vaginal y con el miembro viril–; tan solo de la modalidad específica de acceso, del contacto directo con el miembro viril».

No obstante, lo anterior debería conllevar que tampoco se castiguen como violaciones otros supuestos que, tradicionalmente, nuestra jurisprudencia ha considerado como tales. Me refiero, por un lado, a los engaños médicos que comportan una penetración digital. Por ejemplo, el que

recoge la SAP Madrid 611/2016<sup>18</sup>: «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 (...) Acto seguido y con intención libidinosa introdujo dos dedos de la mano sin guantes en la vagina de la paciente». Dado que, en este caso, la introducción de los dedos en la vagina estaba consentida (pese a que no se hubiera consentido acto sexual alguno), la sentencia debería descartar la concurrencia de una violación. Y lo mismo debería hacer con todos los engaños sobre la identidad personal que implican acceso carnal. Por ejemplo, el que relata la SAP Cáceres 209/2020<sup>19</sup>: «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 (...) y pensando que se trataba de Andrés, consintió (...) facilitar la penetración y participar de aquel acto sexual». Teniendo en cuenta que, aquí, también se consintió una penetración vaginal (aunque fuera una penetración vaginal distinta), la sentencia no podría apreciar una violación, sino, únicamente, una agresión sexual simple.

En todo caso, dejando de lado lo contraintuitivo que resulta esto último, la posición de la sentencia debe rechazarse por ser contraria al principio de legalidad. En este sentido, tiene razón el voto particular cuando afirma que «el razonamiento expresado en la sentencia de la mayoría no es puramente de subsunción». En efecto, el art. 179.1 CP podría haber tenido otra redacción distinta (que exigiera que el acceso carnal no esté consentido). Pero no la tiene. Y, desde mi punto de vista, los problemas de proporcionalidad que dicha redacción comporta no debe solucionarlos el intérprete, sino el legislador.

## 5. Réplica a Coca Vila

Uno de los lemas del #MeToo fue: «no es sexo, es violación»<sup>20</sup>. Obviamente, dicho concepto de «sexo» prejuzga su licitud. Y es incompatible con afirmar que una violación es «sexo ilícito» (pues, si es ilícito, no puede considerarse «sexo»).

Algo similar ocurre con el concepto de consentimiento. A veces, dicho concepto se emplea de un modo que prejuzga su validez<sup>21</sup>. Y que es incompatible con afirmar que en una violación concurre un «consentimiento inválido» (pues, si es inválido, no puede considerarse «consentimiento»).

La ambigüedad de las palabras «sexo» y «consentimiento» puede generar algunas confusiones. Así, por ejemplo, alguien podría protestar porque se ha calificado como «acto sexual» lo que, a todas luces, constituye una violación. Sin embargo, dicha protesta sería impertinente si el concepto de «acto sexual» empleado no es el propio del lema transcrito, sino el del art. 181.4 CP: «Cuando el *acto sexual* consista en acceso carnal (...) el responsable será castigado con la pena de prisión de ocho a doce años». En este sentido, toda violación presupone un acto sexual (ilícito). Y, en consecuencia, sostener que algo es un «acto sexual» no impide calificarlo como violación, sino que resulta necesario para ello.

---

<sup>18</sup> SAP-Madrid, Sección 16ª, de 10 de noviembre de 2016 (ECLI:ES:APM:2016:15363).

<sup>19</sup> SAP-Cáceres, Sección 2ª, de 24 de septiembre de 2020 (ECLI:ES:APCC:2020:934).

<sup>20</sup> [https://www.eldiario.es/cultura/victoria-harvey-weinstein-placido-domingo\\_1\\_1117290.html](https://www.eldiario.es/cultura/victoria-harvey-weinstein-placido-domingo_1_1117290.html)

<sup>21</sup> Con más profundidad, CASTELLVÍ MONSERRAT, *InDret*, (4), 2023, p. 176, nota 5.

COCA VILA favorece una confusión similar cuando se apoya en el preámbulo de la LO 10/2022 para decir: «No creo plausible afirmar que el legislador español reformista asumiera un concepto “débil” de consentimiento»<sup>22</sup>. Evidentemente, sería absurdo que el que el legislador asumiera un concepto débil de «consentimiento válido». Pues ello supondría «la irrelevancia general de todo acto sexual en el que la víctima ha pronunciado un “sí”»<sup>23</sup>; es decir, supondría la atipicidad de todos los actos sexuales que hayan sido aceptados (con independencia de si dicha aceptación se ha logrado con violencia, intimidación, abuso de superioridad, etc.). Sin embargo, nadie sostiene algo así. Lo que asume la sentencia es un concepto débil de «consentimiento». Y dicho concepto no prejuzga su validez. Pues la validez del consentimiento depende de los requisitos (positivos) del art. 178.1 *in fine* CP y de los (negativos) del art. 178.2 CP; es decir, depende de que el consentimiento (débil) se haya manifestado libremente mediante actos que expresen de manera clara la voluntad de la persona (art. 178.1 *in fine* CP<sup>24</sup>) y de que no haya sido obtenido mediante violencia, intimidación, abuso de superioridad, etc. (art. 178.2 CP)<sup>25</sup>. De modo que no es cierto que, de acuerdo con la sentencia, «todo vicio del consentimiento es irrelevante»<sup>26</sup>. El único vicio del consentimiento irrelevante es el que no está previsto en los arts. 178.1 *in fine* y 178.2 CP: el engaño.

Por otro lado, COCA VILA critica que, de acuerdo con el planteamiento de la sentencia, «para determinar el objeto de lo consentido es imprescindible recurrir a la metasemántica y a las convenciones sociales, que operarían como factores defectivos de determinación del exacto objeto de lo consentido. Sin embargo, el recurso a las convenciones sociales, además de no amortiguar la incertidumbre sobre los límites de lo consentido, abre la puerta a la determinación del consentimiento 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»<sup>27</sup>. No obstante, creo que COCA VILA mezcla dos planos en su razonamiento: por un lado, cómo definir un acto sexual (una cuestión material) y, por el otro, cómo determinar los actos sexuales consentidos mediante una determinada expresión (una cuestión procesal). Las convenciones sociales son imprescindibles para lo segundo, pero no para lo primero. Así, por ejemplo, dichas convenciones determinan que, en circunstancias normales, quien dice «quiero acostarme contigo» consiente un beso previo. O que, normalmente, quien pone un preservativo a su pareja consiente una penetración (con preservativo). Sin embargo, las convenciones sociales no definen los actos sexuales. Una muestra de ello es que el exhibicionismo no constituye un «acto que atente contra la libertad sexual de

---

<sup>22</sup> COCA VILA, «Stealth: ¿violación o agresión sexual?», *InDret*, (4), 2024, apdo. 2, indicando que el «preámbulo de la LO 10/2022 pone a las claras que el legislador no quería garantizar una pura declaración, sino “el derecho a decidir libremente, con el único límite de las libertades de las otras personas, sobre el desarrollo de la propia sexualidad de manera segura, sin sufrir injerencias o impedimentos por parte de terceros y exenta de coacciones, discriminación y violencia”».

<sup>23</sup> COCA VILA, *InDret*, (4), 2024, apdo. 2.

<sup>24</sup> Sobre la relevancia de este requisito, CASTELLVÍ MONSERRAT, «¿Actos que expresen de manera clara la voluntad de la persona?», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 2024, en prensa.

<sup>25</sup> Adviértase que este concepto de «consentimiento válido» sí garantiza el derecho al que aludía el preámbulo de la LO 10/2022 a «decidir libremente, con el único límite de las libertades de las otras personas, sobre el desarrollo de la propia sexualidad de manera segura, sin sufrir injerencias o impedimentos por parte de terceros y exenta de coacciones, discriminación y violencia».

<sup>26</sup> COCA VILA, *InDret*, (4), 2024, apdo. 2.

<sup>27</sup> COCA VILA, *InDret*, (4), 2024, apdo. 2.

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.

Teniendo en cuenta que COCA VILA también debe recurrir a las convenciones sociales –pues, de lo contrario, ¿cómo determinará si ha existido un engaño sobre el grado de injerencia corporal cuando no se ha explicitado lo pactado?–, su planteamiento no ofrece más certidumbre que el de la sentencia. Y tampoco lleva a consecuencias necesariamente distintas. Pues solo hay un caso que parece resolverse de forma distinta con un planteamiento u otro: el del *stealthing* inverso<sup>28</sup>. Sin embargo, creo que el tratamiento de dicho supuesto no depende del criterio empleado para distinguir entre engaños relevantes e irrelevantes (el del consentimiento o el del bien jurídico), sino, únicamente, de si se admite la relevancia del criterio de «disminución del riesgo»<sup>29</sup>; esto es, de si se admite que, en el ámbito sexual, «quien consiente lo más también consiente lo menos». Aceptar este criterio permite dejar impune el *stealthing* inverso, pero también obliga a absolver al cliente que «roba un beso» a una trabajadora sexual que ha dejado claro que solo consiente una determinada penetración. En cambio, rechazar dicho criterio permite castigar al cliente en cuestión, pero también obliga a castigar el *stealthing* inverso. COCA VILA estima preferible lo primero. Yo, en cambio, creo que es mejor lo segundo<sup>30</sup>. Sin embargo, ni el criterio del bien jurídico obliga a aceptar que «quien consiente lo más también consiente lo menos», ni el criterio del consentimiento obliga a sostener lo contrario.

En realidad, la única diferencia entre el criterio del consentimiento y el del bien jurídico es su capacidad para fundamentar la delimitación de los engaños penalmente relevantes. Y aquí el criterio del consentimiento gana la partida. Pues puede explicar perfectamente por qué solo son relevantes los engaños que afectan al contacto corporal, a la persona involucrada en él y a la naturaleza sexual. En cambio, el criterio del bien jurídico no obliga a delimitar así los engaños relevantes, sino que permite hacerlo razonablemente de muchas formas distintas. Una muestra de ello es que VALVERDE-CANO y GILI PASCUAL emplean dicho criterio para delimitar los engaños relevantes de una forma distinta a la defendida conjuntamente por la sentencia y el voto particular del Tribunal Supremo<sup>31</sup>.

## 6. Réplica a Valverde-Cano

VALVERDE-CANO sostiene que interpretar el art. 178.1 CP de una forma que abarque los engaños (tal como hace el voto particular) no entraña un riesgo de *vis expansiva*. Pues en otros preceptos del Código Penal «se incluye expresamente el engaño como uno de los medios comisivos posibles, pero esto no significa que cualquiera sea relevante, o que lo vaya a ser de cualquier

---

<sup>28</sup> COCA VILA, *InDret*, (4), 2024, apdo. 2.

<sup>29</sup> COCA VILA, *InDret*, (3), 2023, p. 438.

<sup>30</sup> CASTELLVÍ MONSERRAT, *InDret*, (4), 2023, p. 202.

<sup>31</sup> VALVERDE-CANO, *Diario La Ley*, (10495), 2024, p. 10; GILI PASCUAL, «*Stealthing* y legalidad penal», *InDret*, (4), 2024, apdo. 2.1, coincidiendo con ella «en que el referente de la integridad física podría estar siendo descartado de la ecuación con demasiada rapidez».

manera»<sup>32</sup>. Como ejemplos, dicha autora alude a los delitos de explotación laboral (art. 311 CP), estafa (art. 248) y prostitución forzada (187.1 CP). Sin embargo, aunque es cierto que la inclusión del engaño en dichos delitos no comporta que cualquiera sea relevante, creo que ello se debe a otros requisitos típicos (distintos del engaño) que no aparecen en el delito de agresión sexual. Así, por un lado, el delito de explotación laboral exige que «mediante engaño» se «impongan» (art. 311 CP) determinadas condiciones ilegales. De modo que la razón por la cual no es típica la conducta de quien «dice ser un empresario de éxito, cuando se encuentra sistemáticamente en pérdidas»<sup>33</sup> no es que falte el requisito del «engaño», sino el de la «imposición»; al fin y al cabo, aunque concurre un «engaño», este no «impone» nada. Y algo similar ocurre con la estafa: dicho delito exige que el «engaño» se utilice para inducir a un «acto de disposición en perjuicio propio o ajeno». Así, la razón por la cual es atípica la conducta del vendedor que miente sobre un aspecto económicamente irrelevante del bien (por ejemplo, su color) no es la ausencia de un «engaño», sino el hecho de que no se induzca a realizar un «acto de disposición en perjuicio propio o ajeno»<sup>34</sup>. Adviértase que, en ambos casos, la atipicidad no deriva de la interpretación de la palabra «engaño», sino de otros requisitos típicos adicionales. Y, teniendo en cuenta que el delito de agresión sexual carece de esa clase de requisitos adicionales —pues solo exige un «acto que atente contra la *libertad* sexual de otra persona sin su consentimiento»—, interpretar el art. 178.1 CP de un modo que abarque los engaños entraña necesariamente un riesgo de *vis expansiva*<sup>35</sup>.

Por otro lado, VALVERDE-CANO afirma que la sentencia incurre en un *non sequitur*: «si lo único fundamental es el acto físico concreto acordado, que normalmente se limita a ciertas partes del cuerpo, ¿por qué es importante que se pueda percibir el rostro u otros elementos que permitan la identificación del sujeto? Desde la perspectiva del paradigma esbozado por COCA VILA, y que suscribo, esta pregunta es fácil de responder: porque los delitos sexuales también protegen una dimensión relacionada con la intimidad, y esta tiene un componente intersubjetivo que puede dañarse mediante un engaño que afecte a tales extremos»<sup>36</sup>. Sin embargo, no me parece evidente que la intimidad pueda fundamentar la relevancia de los engaños sobre la identidad personal. ¿Por qué un engaño sobre la identidad personal afecta a la intimidad y un engaño sobre la grabación del acto sexual no lo hace? En todo caso, el planteamiento de la sentencia sí puede explicar por qué los engaños sobre la identidad personal son relevantes: en tanto que los actos sexuales se definen por el contacto corporal que implican, y dicho contacto corporal siempre involucra a otra persona, la persona involucrada en el contacto corporal también definirá el acto sexual en cuestión. Ahora bien, con independencia del criterio empleado para fundamentar la relevancia de los engaños sobre la identidad personal, lo complejo en este ámbito es determinar *con qué persona se consiente un acto sexual*: ¿con la que uno tiene en la cabeza o con la que percibe directamente? Si se opta por lo primero debe castigarse a quien finge ser Brad Pitt para mantener relaciones sexuales con una admiradora que, en realidad, nunca lo ha visto en carne y hueso<sup>37</sup>. En cambio, si se opta por lo segundo deberá absolverse a la mujer que se hace pasar por su gemela para cenar con su cuñado y, tras una velada romántica, mantener relaciones sexuales con él

---

<sup>32</sup> VALVERDE-CANO, «Agresión sexual por engaño: disensos aparentes y acuerdos tácitos», *InDret*, (4), 2024, apdo. 2.3.

<sup>33</sup> VALVERDE-CANO, *InDret*, (4), 2024, apdo. 2.3.

<sup>34</sup> Más dudas me genera el delito de prostitución forzada (art. 187.1 CP). En dicho delito, o se interpreta el verbo «determinar» en un sentido análogo al de «imponer», o se admite que cualquier engaño es relevante.

<sup>35</sup> Además de implicar el problema de legalidad señalado en la nota 12.

<sup>36</sup> VALVERDE-CANO, *InDret*, (4), 2024, apdo. 3.

<sup>37</sup> Algún matiz en COCA VILA, *InDret*, (3), 2023, p. 457; CASTELLVÍ MONSERRAT, *InDret*, (4), 2023, p. 208, n. 94.

(pensando el cuñado que mantiene relaciones sexuales con su esposa). Obviamente, tanto lo uno como lo otro resulta contraintuitivo. Y, precisamente por ello, las propuestas anglosajonas de (solo) castigar a quien se hace pasar por alguien «conocido» por la víctima me parecen, *de lege ferenda*, un modelo a seguir (pues permiten absolver al falso Brad Pitt y condenar a la gemela). De acuerdo con dichas propuestas, la pregunta de antes debería contestarse del siguiente modo: se consiente con la persona que uno tiene en la cabeza cuando esta se conoce personalmente, y con la que uno percibe directamente cuando no existe ningún vínculo personal previo.

Finalmente, VALVERDE-CANO defiende que el *stealth* no constituye una violación porque, en él, la víctima conoce la realización de un acto penetrativo que tiene carácter sexual. En cambio, «no ocurriría lo mismo en un supuesto como el del sanitario que realiza tocamientos ajenos a la *lex artis* simulando que son los propios de una exploración sanitaria, porque en este caso sí se han infringido las pretensiones de veracidad sobre el acceso penetrativo, ya que se ocultó que era de naturaleza sexual. En este caso, sí debería aplicarse el art. 179 CP»<sup>38</sup>. Sin embargo, dejando de lado los problemas de legalidad que comporta añadir al 179 CP la exigencia de que el acceso carnal no esté consentido<sup>39</sup>, me parece arbitrario que, para consentir dicho acceso, la víctima deba conocer su naturaleza sexual, pero no el contacto físico que implica. ¿Por qué lo uno y no lo otro? ¿Y por qué no al revés?

## 7. Réplica a Gili Pascual

GILI PASCUAL también defiende que el *stealth* no constituye una violación argumentando que el Código Penal no debe leerse «a modo de *check-list* de los artículos concernidos en función solo de los términos que en ellos aparecen», pues, en este sentido, «que exista un muerto no significa que haya que calificar por homicidio»<sup>40</sup>. Y, del mismo modo, «que exista una agresión sexual y que los hechos objeto de análisis incluyan un “acceso carnal” no significa *indefectiblemente* que el precepto aplicable deba ser el art. 179 CP. La agresión sexual puede que no haya consistido, en términos jurídicos, en el acceso carnal». Sin embargo, aunque la exigencia de que el autor «matare a otro» (art. 138 CP) deja mucho margen interpretativo para que hayan muertos sin homicidios, el requisito de que la agresión sexual consista en «acceso carnal» no es tan flexible. Obviamente, podría defenderse que solo implica acceso carnal en sentido jurídico aquel que no ha sido consentido. Pero ello supone ir más allá de una interpretación meramente restrictiva. Supone, tal y como indica COCA VILA, una «reducción teleológica» que «habría de materializarse en una interpretación derogatoria del art. 179 CP». Y comparto con este último autor que, aunque castigar el *stealth* con un mínimo de cuatro años de prisión «puede ser excesivo, dudo que estemos ante un supuesto de desproporción (cardinal) manifiesta que justifique la admisión de una forma de pseudo-control difuso de constitucionalidad como a la que nos aboca autorizar a tribunales ordinarios a inaplicar el art. 179 CP»<sup>41</sup>.

Por otro lado, GILI PASCUAL considera que mi planteamiento está muy apegado a la realidad física y «relega a un segundo plano (o simplemente desecha) las consideraciones axiológicas necesarias para la valoración jurídica (cuando no se trata de explicar la realidad, sino justamente de

<sup>38</sup> VALVERDE-CANO, *InDret*, (4), 2024, apdo. 4.

<sup>39</sup> Véase el apartado 4.

<sup>40</sup> GILI PASCUAL, *InDret*, (4), 2024, apdo. 2.1.

<sup>41</sup> COCA VILA, *InDret*, (4), 2024, apdo. 3.

valorarla)» de modo que «encuentra dificultades para explicar por qué no son violaciones otros contactos corporales diferentes»<sup>42</sup>. Sin embargo, no creo que mi planteamiento deseche las consideraciones axiológicas; precisamente, dicha clase de consideraciones me llevan a definir los actos sexuales por el contacto físico que implican (en vez de hacerlo por sus riesgos para la salud, los reproductivos, su incidencia en la intimidad, etc.). Y, obviamente, el criterio del contacto físico plantea dificultades al establecer el umbral de la insignificancia (cambiar un preservativo más grueso por otro más fino, ocultar la menstruación, eyacular sin consentimiento, etc.). Pero dichas dificultades son las propias de la gradualidad. Y, en mi opinión, son inevitables.

---

<sup>42</sup> GILI PASCUAL, *InDret*, (4), 2024, apdo. 2.2.

## Agresión sexual por engaño: disensos aparentes y acuerdos tácitos

Ana Belén Valverde-Cano\*  
Universidad Complutense de Madrid  
anabeval@ucm.es

-

### 1. Introducción

Solo se puede criticar con eficacia —aunque no necesariamente con razón— aquello que es sólido o que tiene los contornos definidos. Este es el caso de la STS 603/2024, de 14 de junio, que tengo el honor de comentar. Avanzo que, aunque estoy en desacuerdo con el camino argumentativo de la sentencia, acercándome en muchos puntos al del voto particular, comparto sus conclusiones: que las conductas de *stealth* son atentados penalmente relevantes contra la libertad sexual que deben castigarse como agresión sexual (art. 178 CP) y no como violación (art. 179 CP).

La sentencia responde dos preguntas. La primera, sobre si las conductas de *stealth* constituyen un atentado contra la libertad sexual. Afirma rotundamente que sí, rechazando la otra opción interpretativa posible, que era considerar atípicos este tipo de contactos por no tener significado sexual autónomo, o tratarlos en su caso como delitos contra la integridad física<sup>1</sup>. Tanto la sentencia como el voto discrepante coinciden en esto, y también en que se puede consentir válidamente un contacto sexual, aunque sea con un consentimiento viciado, siempre que el error recaiga sobre los *motivos* para mantener la relación sexual. Discrepan, no obstante, en el papel que se le otorga al engaño como medio comisivo en los delitos sexuales. La segunda pregunta tiene que ver con la subsunción del hecho en el delito de agresión sexual (art. 178 CP, o los antiguos abusos) o en el de violación (art. 179 CP). En la sentencia se defiende que el engaño, que impide consentir el contacto que verdaderamente tiene lugar (uno sin preservativo), no oculta el hecho de la penetración vaginal. Este fue conocido y consentido, lo que impide la aplicación del delito de violación. El voto particular, sin embargo, critica este juicio de subsunción porque considera que, ante una penetración no consentida, esto es, cuando «la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal», el precepto aplicable es el art. 179 CP.

Mi comentario se estructura en tres partes, definidas por mi discrepancia con la sentencia en cuanto al tratamiento de los engaños en las relaciones sexuales (apartado 2), y mi confluencia

---

\* Esta publicación se ha elaborado en el marco de los proyectos RYC2022-037101-I/PID2022-141837OB-I00.

<sup>1</sup> Vid., GILI PASCUAL, «*Stealth*. Sobre el objeto del consentimiento en el delito de abuso sexual», *Cuadernos de Política Criminal*, (3), 2021, pp. 89-94.

con la aplicación del delito de agresión sexual y no violación (apartado 3). Concluyo con unas réplicas a los comentarios y observaciones de los colegas en este mismo número (apartado 4).

## 2. El engaño como medio típico en los delitos sexuales

### 2.1. Argumentos de la sentencia en contra de la relevancia del engaño como medio típico

La sentencia, muy deferente con la doctrina nacional, se basa en el siguiente planteamiento: no se pueden cometer agresiones sexuales mediante engaño, salvo que este en realidad oculte un contacto físico sexual no consentido<sup>2</sup>. Para excluir la relevancia de los engaños como posibles medios típicos en los delitos contra la libertad sexual, la sentencia utiliza tres argumentos, dos de tipo *sensu contrario* de carácter histórico o sistemático, y otro consecuencialista. Aunque se exponen de manera muy persuasiva, presentan debilidades en varios flancos.

*a. Argumento a maiore ad minus: si se ha descriminalizado el estupro de menores de edad, con más razón debe considerarse atípico el engaño entre adultos.*

Este argumento se ve aparentemente reforzado por el hecho de que se tratara de incluir una referencia expresa al engaño en los trabajos legislativos, y que la moción fuera expresamente rechazada<sup>3</sup>. No obstante, de la destipificación de algunos engaños para lograr mantener relaciones sexuales con menores no se sigue necesariamente que *cualquier* engaño deba ser atípico<sup>4</sup>. La razón es sencilla: las conductas engañosas a las que se refería el estupro constituyen un *aliud* respecto a las que (creo) siguen cabiendo entre adultos. Me explico.

---

<sup>2</sup> Se trata de un planteamiento que ha sido esbozado entre nosotros por autores como CASTELLVÍ MONSERRAT, MÍNGUEZ ROSIQUE, RAMOS VÁZQUEZ, GUTIÉRREZ MAYO y CUGAT MAURI. Vid. CASTELLVÍ MONSERRAT, «¿Violaciones por engaño? Sobre el concepto de consentimiento y el objeto del consentimiento sexual», *InDret*, (4), 2023, pp. 171-220; CASTELLVÍ MONSERRAT/MÍNGUEZ ROSIQUE, «Con sigilo y sin preservativo: tres razones para castigar el *stealthing*», *Diario La Ley*, (9962), 2021, pp. 1-13; CUGAT MAURI, «Artículo 182 CP. Vigencia del abuso fraudulento y consecuencias sistemáticas de la introducción de la nueva modalidad e 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*, 2022, pp. 227-249; GUTIÉRREZ MAYO, «Comentario de la sentencia del juzgado de instrucción nº 2 de Salamanca de 15 de abril de 2019, que condena por abuso sexual del artículo 181.1 del código penal un caso del denominado *stealthing*», *Boletín Digital Penal*, (33), 2019, pp. 10-13; MÍNGUEZ ROSIQUE, «Sexo, mentiras y preservativos (o de la llegada del *stealthing* al Tribunal Supremo)», *Diario La Ley*, (10565), 2024, pp. 1-11; 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»*, 2023, pp. 167-177.

<sup>3</sup> RAMOS VÁZQUEZ, en AGUSTINA SANLLEHÍ (coord.), *Comentarios a la ley del «solo sí es sí»*, p. 172. El argumento de la «intención del legislador», no obstante, no debe ser decisivo para la interpretación del Derecho penal, sobre todo si disponemos de otros criterios. En sentido parecido: DE LA HERRÁN RUIZ-MATEOS, *Fundamentos de los medios comisivos en el tipo de injusto de los delitos compuestos*, 2024, p. 414.

<sup>4</sup> En cualquier caso, no está de más recordar que tomarse demasiado en serio el argumento *sensu contrario* puede tener otros efectos perturbadores en la regulación de los delitos sexuales. Por ejemplo, el artículo 181.1 CP especifica que «los actos de carácter sexual [...] que realice el menor con un tercero o sobre sí mismo a instancia del autor» quedan incluidos en el concepto de agresión sexual. Nada dice al respecto el art. 178.1 CP, lo cual nos llevaría a la inasumible consecuencia de que obligar a un adulto a practicar actos sexuales sobre sí mismo no constituye agresión sexual, sino, a lo sumo, un delito de coacciones o amenazas.

Igual que el concepto de consentimiento se utiliza de manera más o menos adjetivada (a veces requiere más o menos información, a veces más o menos libertad), pudiendo identificarse como mínimo dos conceptos distintos —en sentido «débil» y «fuerte»—, lo cierto que es que también la propia noción de engaño se utiliza en más de un sentido, como, de hecho, se menciona en la sentencia. Uno que se correspondería con el «engaño en el *por qué*» y otro con el «engaño en el *qué*». El primero, más amplio, admite no solo el fraude sobre el hecho en sí, sino también sobre los motivos o la contraprestación (*fraud in the inducement*), como ocurre en los delitos de estafa o de trata<sup>5</sup>. El segundo se circunscribe estrictamente al hecho (*fraud in the factum*), relevante por ejemplo en el delito de aborto del art. 144 CP<sup>6</sup>. Como advierte GILI PASCUAL, puede interpretarse que el antiguo delito de estupro se refería *únicamente* al primer tipo de engaño —recordemos el clásico ejemplo de la oferta de matrimonio para conseguir mantener relaciones sexuales—, que no era punible entre adultos<sup>7</sup>. No lo era entonces, y tampoco ahora. Pero eso no prejuzgaba nada sobre el tratamiento que había de dispensarse al segundo tipo de engaños, que podía (y puede) castigarse conforme al régimen general cuando sea equiparable a otros atentados no aceptados.

*b. Argumento pro vigencia de la norma: el concepto de consentimiento del art. 178.1 CP debe entenderse «en sentido débil» porque, de lo contrario, varios preceptos devienen redundantes.*

Resumidamente: la sentencia mantiene que el entendimiento restringido del art. 178.1 CP salva la vigencia de más preceptos penales y se trata, por tanto, de una interpretación preferible. Este argumento está fundado en la perspicaz observación de que el Código Penal no alude al consentimiento unívocamente. A veces se refiere a un consentimiento en sentido fuerte —p. ej., el consentimiento «válido, libre, consciente y expresamente emitido» al que se refiere el art. 156 CP—, y otras veces en sentido débil, equivalente a aceptación y compatible con situaciones de intimidación, como al que se refiere el art. 144 CP, que castiga al que practica el aborto «habiendo obtenido la anuencia de la mujer mediante violencia, amenaza o engaño». La Sala 2ª sostiene que el consentimiento al que alude el art. 178.1 CP debe entenderse en su sentido débil, esto es, ceñido a conductas sorpresivas o realizadas sobre personas dormidas, y por ello debe completarse necesariamente con el art. 178.2 CP. Si no se hiciese así y se interpretase el consentimiento del art. 178.1 CP en un sentido fuerte —equivalente al consentimiento libre e informado—, el art. 178.2 CP sería casi por completo redundante, como también lo serían el art. 183 bis CP o algunos preceptos relativos a las agresiones sexuales a menores.

Se trata de una interpretación poco compatible con una lectura alternativa y, a mi juicio, más razonable, del art. 178.1 CP *in fine*: «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*». La sentencia sostiene que el art. 178.1 CP no castiga los actos sexuales intimidatorios porque son actos aceptados, aun en sentido débil. Están cubiertos por el art. 178.2 CP, pero, insisto, no por el artículo anterior. Esto significa que el «de acuerdo, me acuesto contigo» musitado por una persona a la que se le dice «o te acuestas conmigo o mato

<sup>5</sup> También incluyen esta clase de engaños los arts. 144 (aborto); 172 bis.2 (forzar a alguien a abandonar el país para obligarlo a contraer matrimonio); 183 (*grooming*); 312.2 (determinar a abandonar el puesto de trabajo); o 313 (forzar la migración) del Código Penal.

<sup>6</sup> *Id.*, sobre la distinción entre *fraud in the factum* y *fraud in the inducement*, COCA VILA, «Agresión sexual por engaño. Hacia una teoría diferenciadora del engaño excluyente del consentimiento sexual», *InDret*, (3), 2023, pp. 445-447.

<sup>7</sup> GILI PASCUAL, *CPC*, (135), 2021, pp. 111 ss.

a tu hijo», equivale a un «sí» manifestado libremente, un acto que expresa de manera clara su voluntad<sup>8</sup>. Recuerda agudamente CASTELLVÍ MONSERRAT que hay una diferencia entre decir «consentimiento libre» o «consentimiento manifestado libremente», pero no me parece que la diferencia sea tan radical como el autor parece sugerir<sup>9</sup>, porque parece evidente que la ausencia de un contexto coercitivo es una condición *sine qua non* para manifestar libremente (!) el consentimiento. El contexto coercitivo excluye la libertad de la *formación* de la voluntad, pero también la libertad de su *manifestación*.

Por otro lado, tampoco es cierto que esta sea la única interpretación que mantiene la vigencia de los tipos. Otra lectura que admita que el art. 178.1 CP incluye un abanico amplio de conductas más y menos incisivas con la libertad, entre las que se encuentran las del apartado 2, no hace redundante este precepto porque su función es la de recordar que esas concretas conductas típicas constituyen *en todo caso* agresión sexual<sup>10</sup>. Las conductas engañosas pueden no constituir medios idóneos para atentar contra la libertad sexual en algunos casos, pero no así las enumeradas en el art. 178.2 CP, que habrán de considerarse siempre medios típicos a efectos de la agresión sexual. Esta interpretación tampoco hace redundantes los arts. 183 bis (cláusula Romeo y Julieta) o los que se refieren a las agresiones sexuales a menores, que constituyen cláusulas imprescindibles para especificar qué atentados contra la esfera sexual de los menores son penalmente relevantes<sup>11</sup>.

*c. Argumento de la pendiente resbaladiza: una interpretación restrictiva es la única que puede erradicar una inasumible vis expansiva del Derecho penal sexual.*

Se trata sin duda del argumento más decisivo. Si la inclusión del engaño entre los posibles medios típicos realmente conduce a criminalizar conductas que no merecen ser castigadas, entonces es preferible optar por la interpretación restringida, aunque parezca algo forzada o poco compatible (lingüísticamente) con el precepto. Sin embargo, no creo que este sea el caso. Si se acepta que aludimos al engaño en distintos sentidos, que no cualquiera equivale a *fraud in the inducement* —

---

<sup>8</sup> Creo que este era el sentido en el que podía interpretarse al autor del que procede la distinción entre el consentimiento en sentido débil o fuerte (CASTELLVÍ MONSERRAT, *InDret*, (4), 2023, pp. 182 ss.), y por eso le hice esta crítica aquí (cfr., también, VALVERDE-CANO, «Stealth y otras relaciones sexuales en las que media engaño: tres premisas para decidir sobre su castigo», *Diario La Ley*, [10495], 2024, pp. 1-15). No obstante, en su comentario a este número de la RCJ, el propio CASTELLVÍ MONSERRAT aclara que el art. 178.1 CP también engloba los actos sexuales obtenidos mediante intimidación, y como la mejor fuente de interpretación de un autor es el propio autor, mi crítica en este punto se dirige únicamente a la sentencia, que sí parece sostener que el art. 178.1 CP no incluye los actos sexuales realizados mediante intimidación cuando dice que «el reformado art. 178 CP estaría incompleto si junto al primer párrafo que enuncia la ausencia de consentimiento, no especificase que quedan asimilados aquéllos supuestos en que media violencia o intimidación (consentimiento arrancado coactivamente)».

<sup>9</sup> CASTELLVÍ MONSERRAT, *InDret*, (4), 2023, p. 189, n. 40.

<sup>10</sup> De todos modos, las conductas típicas deben recaer sobre el modo de obtención del consentimiento (p. ej., violentamente) y no sobre el acto sexual en sí, como se deduciría de una interpretación literal del artículo. De otro modo, se estarían prohibiendo injustificadamente prácticas plenamente consentidas en las que media algún grado de violencia (p. ej., prácticas sadomasoquistas). Cfr. GONZÁLEZ TASCÓN, «El delito de agresión sexual en su configuración por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual: comentario al artículo 178 del Código penal», *Estudios Penales y Criminológicos*, (43), 2023, pp. 32 ss.; PUENTE RODRÍGUEZ, «Contra la tipificación de la agresión sexual imprudente», *RECPC*, (25), 2023, pp. 22-23.

<sup>11</sup> *Vid.*, FUERTES IGLESIAS, *El nuevo derecho penal sexual español y los menores*, 2024; 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. 307-360.

engaño sobre los motivos o contraprestación—, sino que es necesario determinar caso por caso cuáles son relevantes en función de a qué afectan y en qué medida, teniendo en cuenta el tipo penal y el bien jurídico, no hay riesgo de que se materialice la temida *vis expansiva*. De esto da cuenta el voto particular cuando afirma que «estas situaciones pueden ser fácilmente apartadas de la tipicidad desde la ausencia de relevancia del engaño, pues la relación se ha consentido con una persona, no con su apariencia. El consentimiento debe recaer, como se precisa en el artículo 178.2 CP vigente, sobre los actos de contenido sexual, no sobre los motivos o las motivaciones del mismo».

Un buen ejemplo de esto lo constituye el tratamiento del engaño en los delitos de explotación laboral (art. 311.1 CP) y en los delitos de prostitución (art. 187.1 CP). En todos estos casos se incluye expresamente el engaño como uno de los medios comisivos posibles, pero esto no significa que cualquiera sea relevante, o que lo vaya a ser de cualquier manera<sup>12</sup>. No lo es, por ejemplo, aquel que versa sobre la condición del empleador (dice ser un empresario de éxito, cuando se encuentra sistemáticamente en pérdidas), pero sí algunos otros que recaigan sobre la contraprestación o sobre algunas características de la relación laboral (promete el pago del salario a fin de mes, pero sistemáticamente retiene algunas cantidades o deja de pagar en algún punto). Podemos efectuar consideraciones muy semejantes sobre el delito de sometimiento a prostitución del art. 187.1 CP. Como puede verse, aunque se admita el engaño como medio comisivo, esto no ha supuesto la criminalización de cualquier conducta fraudulenta.

## 2.2. Inconvenientes de la postura de la sentencia sobre los engaños

La sentencia sostiene que la lesión a la libertad sexual que se produce mediante engaño es atípica. Ahora bien, si la conducta fraudulentamente *encubre* aspectos básicos de la relación sexual, será punible, no por lo engañoso, sino porque desencadena contactos distintos a los acordados: no hay engaño, pero tampoco hay consentimiento. Estos aspectos básicos que se ocultan, impidiendo lógicamente que puedan consentirse, son los siguientes: (1) el contacto sexual *concreto* que está teniendo lugar; (2) la auténtica naturaleza sexual de tal contacto; o (3) la identidad de la contraparte.

De manera muy ilustrativa, la sentencia plantea la necesidad de sustituir una pregunta —«¿el consentimiento estaba viciado por un error esencial provocado?»— por otra: «¿el acto sexual concreto estaba consentido? ¿se apartó esencialmente de lo que se había aceptado?».

Pueden efectuarse dos consideraciones. La primera, sobre la existencia de un *non sequitur*. Se dice que los tres extremos mencionados conforman los elementos esenciales del acto sexual concreto ex art. 178 CP y que, por tanto, deben conocerse. Creo que, al menos en lo relativo a la identidad personal, esto no es evidente. Así, si lo único fundamental es el acto físico concreto acordado, que normalmente se limita a ciertas partes del cuerpo, ¿por qué es importante que se pueda percibir el rostro u otros elementos que permitan la identificación del sujeto? Desde la perspectiva del paradigma esbozado por COCA VILA, y que suscribo, esta pregunta es fácil de responder: porque los delitos sexuales también protegen una dimensión relacionada con la

<sup>12</sup> En realidad, tampoco en los de estafa, a pesar de ser delitos que, paradigmáticamente, castigan los engaños sobre los motivos. *Vid.*, por ejemplo, sobre engaños atípicos o aquellos que constituyen un ilícito civil en las transacciones patrimoniales: DOPICO GÓMEZ-ALLER, «Estafa y dolo civil: criterios para su delimitación», *Dereito*, (21), 2012, pp. 19 ss.

intimidad, y esta tiene un componente intersubjetivo que puede dañarse mediante un engaño que afecte a tales extremos. La persona puede, razonablemente, esperar protección frente a una afectación ilegítima de sus pretensiones de veracidad en este ámbito<sup>13</sup>. No obstante, puesto que el planteamiento de la sentencia o el esbozado por CASTELLVÍ MONSERRAT impiden dar cabida a algo parecido a unas pretensiones de veracidad, excluyendo la punición de cualquier engaño salvo que conforme un *distinto acto sexual concreto*, debería entonces explicarse más detalladamente por qué, si se conocen los concretos contactos sexuales intercambiados con otra persona, estos son distintos si se mantienen con María o si se hace con Lucrecia.

La segunda consideración tiene que ver con algunas contraintuitivas consecuencias (a veces inclusivas de más, a veces de menos) a las que lleva la adopción de este paradigma, como la punición de lo que se conoce como «*stealth*ing inverso» (emplear subrepticamente un preservativo cuando se acordó una relación sin él) u otras variaciones de contacto (se había acordado una relación penetrativa con un miembro masculino y finalmente se utiliza otro artefacto)<sup>14</sup>. Al hablar exclusivamente de contactos conocidos/no conocidos, se dejan de lado herramientas que pueden ser de utilidad para resolver los casos en los que hay un *minus* de afectación a la autonomía sexual, aunque el contacto concreto no se haya podido aceptar porque efectivamente no se conocía. Así, una postura más flexible, que admita la punición de engaños que tengan como foco tanto el contacto sexual concreto como la medida en que este puede afectar a la autonomía sexual, admite la dispensa de soluciones más razonables a estos supuestos.

### 3. ¿Agresión sexual o violación?

A pesar de las discrepancias con el razonamiento, lo cierto es que coincido con el fallo: en el contexto de la relación sexual hay aspectos consentidos (el acceso penetrativo) y otros que no (el relacionado con el uso de preservativo). La sentencia señala que los actos penetrativos no consentidos están más duramente castigados porque son más graves. La conducta de *stealth*ing que se enjuicia no alcanza tal grado de antijuridicidad porque el acceso carnal sí se había consentido (no así el modo concreto de ejecución):

«La penetración vaginal es aceptada, aunque se produjo en una modalidad no cubierta por el consentimiento [...]. El acceso no desborda el consentimiento otorgado. La ausencia de consentimiento puede predicarse del contacto directo de los órganos genitales, pero no del acceso vaginal».

Esta argumentación encaja perfectamente en un paradigma como el que aquí se asume, basado en las pretensiones de veracidad como delimitadoras del objeto del consentimiento sexual<sup>15</sup>, pero

<sup>13</sup> COCA VILA, *InDret*, (3), 2023, pp. 452 ss.; EL MISMO, «El *stealth*ing 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. 299 ss.

<sup>14</sup> En el caso *McNally v. R* [EWCA Crim 1051 (2013)], por ejemplo, (M) accede a mantener relaciones sexuales con McNally, con quien mantenía una relación sentimental a distancia, pensando que era biológicamente hombre y sin saber que era transexual. Se alegó que McNally utilizó un dildo para mantener relaciones sexuales penetrativas con (M), sin que ella se diera cuenta.

<sup>15</sup> Paradigma esbozado por COCA VILA, aun con algunas divergencias, que no es de recibo desarrollar aquí, pero que esbozo muy sucintamente en VALVERDE-CANO, *Diario La Ley*, (10495), 2024, pp. 1-15. De hecho, el autor citado sostiene que las conductas de *stealth*ing deben castigarse violación ex art. 179 CP: COCA VILA, *InDret*, (4), 2022, pp. 306-307.

no debería tener espacio en el que adopta la sentencia, donde no hay pretensiones de veracidad, sino actos sexuales sobre los que se tiene o no consciencia. Si no hemos de fijarnos en el engaño, sino en el contacto concreto que se produce, esto debe llevarnos a decir que el *concreto contacto penetrativo no se pudo consentir*. Es decir, que desde esta óptica solo hay una conducta penalmente relevante, no dos, y este acto del que la persona no era consciente resulta que es penetrativo. Esto a su vez nos obliga a aplicar el marco penológico del art. 179 CP, que no permite la atenuación de la pena de una manera equivalente a la del art. 178.3 CP, aunque efectivamente nos parezca menos grave<sup>16</sup>.

No obstante, si partimos de la idea de que hay áreas en las que existen pretensiones de veracidad, y que estas pueden ayudar a delimitar el objeto del consentimiento sexual en algunos casos<sup>17</sup>, llegamos a la misma conclusión que la sentencia sin contravenir el razonamiento previo. Así, a una persona no se le puede exigir que no mienta en su interacción con otro adulto. Puede hacerlo, aunque con ello consiga que este mantenga relaciones sexuales no del todo acordes con su *auténtica* voluntad (se había jurado no salir jamás con una persona casada). Pero si esa otra persona exterioriza de alguna manera los límites a la relación que desea mantener y estos pertenecen al núcleo duro de lo protegido por los delitos sexuales (como la indemnidad corporal y la intimidad), no se pueden soslayar. Estos deberes de veracidad se extenderán hasta donde sea razonablemente necesario para que la persona salvaguarde un grado de autonomía sexual suficiente, configurando así el objeto del consentimiento sexual<sup>18</sup>.

En el caso de los actos penetrativos ex art. 179 CP, lo que debe conocerse abarca dos extremos: que sea un acto penetrativo y que tenga carácter sexual. Todo ello lo conocía la víctima de *stealththing*<sup>19</sup>. Lo único que desconocía era uno de los aspectos de la interacción (el no uso del

---

<sup>16</sup> Para solucionar este problema, el propio CASTELLVÍ MONSERRAT sugiere que se prevea una cláusula atenuatoria equivalente a la del art. 178.4 CP, que permitiría castigar este tipo de agresiones con pena de multa (CASTELLVÍ MONSERRAT, *InDret*, [4], 2023, pp. 206-207). Cfr., sin embargo, MARTÍNEZ DE ABREU, «Una aproximación a la relevancia penal del *stealththing* en el ordenamiento español», *Revista Penal México*, (22), 2023, pp. 132-133. Este autor considera aplicable la atenuación del art. 178.3 al 179 CP.

<sup>17</sup> Al igual que ocurre, por cierto, con otros delitos que se basan en afectaciones a la autonomía, como las lesiones producidas en el contexto de un tratamiento médico o la estafa. La persona no tiene que ser informada de absolutamente todas las minucias de la intervención médica, pero sí de todos aquellos aspectos o riesgos que puedan afectar a su salud. Vid., GUÉREZ TRICARICO, *El tratamiento médico curativo y su licitud: el papel del consentimiento del paciente*, 2012, pp. 230 ss.; PASTOR MUÑOZ, «El redescubrimiento de la responsabilidad de la víctima en la dogmática de la estafa», en SILVA SÁNCHEZ (dir.), *¿Libertad económica o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial*, 2003, pp. 82 ss. Sobre la relevancia de otros condicionantes de carácter ético-social para la evaluación del consentimiento, cfr. ÍÑIGO CORROZA, «El consentimiento de la víctima. Hacia una teoría normativa de la acción del que consiente», *ADPCP*, (LXXV), 2022, pp. 181 ss.

<sup>18</sup> El objeto del consentimiento, así definido, se hace cargo de la dimensión gradual de la autonomía (COCA VILA, *InDret*, [3], 2023, pp. 450 ss.). El punto de partida es, por tanto, que la persona que mantiene relaciones sexuales que no se ajustan a su voluntad es responsable de su acto de disposición, salvo que exista una razón normativa para desplazar la responsabilidad al que ha generado el error. Y esta razón se impone para conservar un, perdón por la horripilante metáfora, «mercado sexual» que garantice un adecuado balance entre las vertientes positivas y negativa de la autonomía sexual, que no pueden optimizarse al mismo tiempo. Advierten sobre esto, WERTHEIMER, *Consent to Sexual Relations*, 2003, p. 3; HÖRNLE, «The Challenges of Designing Sexual Assault Law», *Current Legal Problems*, (XX), 2024, pp. 4 ss. En cualquier caso, aun contraviniendo la dimensión negativa de la autonomía sexual, estas conductas deben alcanzar un mínimo de lesividad. Cfr. PÉREZ ALONSO, «Concepto de abuso sexual: contenido y límite mínimo del delito de abusos sexuales», *InDret*, (3), 2019, pp. 38 ss.

<sup>19</sup> No ocurriría lo mismo en un supuesto como el del sanitario que realiza tocamientos ajenos a la *lex artis* simulando que son los propios de una exploración sanitaria, porque en este caso sí se han infringido las

preservativo), que importa a efectos de la aplicación del régimen de delitos sexuales porque implica un *plus* de injerencia en la libertad sexual. Como apuntaba tempranamente GILI PASCUAL, el hecho de no usar el preservativo es un acto de significado sexual específico (lo llama «sexo seguro»), distinto de las prácticas en las que se utiliza profiláctico, generalmente menos arriesgadas<sup>20</sup>. La razón seguramente tenga que ver con la dimensión social de la autonomía sexual, y el hecho de que la percepción social sobre la gravedad de un atentado contra la autonomía está al menos parcialmente definida por las consecuencias o daños que puede conllevar tal interacción de este tipo.

#### 4. Réplica

Después de haber leído los comentarios de los compañeros, constato lo siguiente: estamos de acuerdo con que el juicio de subsunción de las conductas de *stealth* en el art. 178 CP es correcto, es decir, que son agresiones sexuales, pero seguimos discrepando en el razonamiento. Y, sobre si, además, deben castigarse como violación, COCA VILA y CASTELLVÍ MONSERRAT dicen que sí, que el mandato normativo es claro e ineludible, alineándose así con el voto particular, mientras que GILI PASCUAL y yo misma sostenemos que la interpretación de la sentencia, que no aplica el art. 179 CP, no solo es plausible, sino más adecuada. Mantengo esta opinión en lo esencial, aunque creo conveniente realizar algunas matizaciones e, incluso, conceder algún punto a las críticas que se me han hecho.

##### a. *Stealth* como delito de agresión sexual

CASTELLVÍ MONSERRAT comienza su comentario delineando las dos grandes posturas que llegan a la misma conclusión, etiquetándolas como «tesis del bien jurídico» y «tesis del consentimiento»: «la sentencia considera que la diferencia entre unos engaños y otros es el *consentimiento*: los engaños mencionados provocarían actos sexuales in consentidos y el resto no. En cambio, el voto particular identifica dicha diferencia en el *bien jurídico*; desde esta perspectiva, cualquier engaño podría provocar un acto sexual in consentido, pero solo los mencionados afectarían a la libertad sexual de la víctima».

No tengo claro que los que firman la sentencia o el voto particular se vean adecuadamente retratados en estas categorías. Ni la sentencia prescinde de criterios relacionados con el bien jurídico, ni el voto particular es ajeno a la delimitación del objeto del consentimiento. Así, para indagar si hay un apartamiento esencial de lo que se había aceptado, esto es, para determinar si hay un *aliud* —que es uno de los dos escalones de análisis que propone la sentencia «¿el acto sexual concreto estaba consentido? ¿se apartó esencialmente de lo que se había aceptado?»—, indica que es «imprescindible explorar si se identifica una diversidad que interfiere en la libertad sexual, que es lo tutelado, el bien jurídico en juego». Por otro lado, la delimitación del objeto del consentimiento también es un elemento central en la tesis mantenida por el voto discrepante: «es preciso distinguir el engaño motivacional, los motivos que llevaron a una persona a consentir una relación sexual, —respecto de los cuales el engaño no tiene relevancia penal, al jugar otros principios como el de autorresponsabilidad, de aquel engaño que se cierne sobre el hecho de la

---

pretensiones de veracidad sobre el acceso penetrativo, ya que se ocultó que era de naturaleza sexual. En este caso, sí debería aplicarse el art. 179 CP.

<sup>20</sup> GILI PASCUAL, *CPC*, (135), 2021, p. 113.

propia relación consentida—, y del que recae sobre el propio contenido de la relación y el referido a la forma, el grado de injerencia, de la relación consentida».

Darme cuenta de esto me hizo pensar que, en cierta medida, hay algo de disputa meramente terminológica en este punto. Por un lado, la sentencia dice que no son punibles los engaños, salvo que oculten contactos sexuales no consentidos. Por el otro, el voto particular sostiene que sí se castigan los engaños, pero solo cuando den lugar a contactos que sean equivalentes, en *quantum* de antijuridicidad material, a aquellos inconscientes. Lo cierto es que ambas posturas coinciden en que hay un hecho sexual y debe determinarse si se ha consentido o no, siguiendo caminos aparentemente distintos. No obstante, al coincidir en la radical importancia de la distinción entre el engaño sobre el hecho o sobre los motivos como punto de partida —en el caso de la sentencia, entre el engaño que oculta unos hechos y aquel que no—, no es de extrañar que las decisiones de ambas posturas sobre si un contacto constituye agresión sexual o no tiendan a coincidir, como se ha visto en este caso, y que las discrepancias se limiten a supuestos muy concretos (p. ej., posiblemente en los casos de *stealth* inverso).

Esto seguramente deba quitar algo de hierro a los reproches de *supra* o *infra-inclusividad* que nos achacamos recíprocamente unos a otros en este comentario de la STS 603/2024, de 14 de junio. COCA VILA, GILI PASCUAL y yo misma, hemos criticado que la argumentación de la sentencia conduce al castigo de conductas que no merecen serlo, como el *stealth* inverso, al menos en el marco de los delitos sexuales. En este mismo comentario, sostengo que, siguiendo el razonamiento de la sentencia, no se explica por qué son punibles los engaños sobre la identidad concreta de la contraparte (por ejemplo, se piensa que se están manteniendo relaciones sexuales con el marido, y es su gemelo), si la persona es consciente de lo único aparentemente esencial, que es que hay un contacto sexual con otro individuo. Me parece que es imposible responder esta pregunta (¿por qué mantener relaciones con una persona distinta de la que uno cree constituye un *aliud* respecto de lo consentido?), sin hacer alguna referencia a los bienes jurídicos autonomía sexual e intimidad. Pero es que la sentencia no renuncia a consideraciones sobre el bien jurídico, como dice expresamente, por más que uno tenga la tentación de hacer un hombre de paja para ganar algún punto con el argumento<sup>21</sup>.

Por esta misma razón, tampoco me parecen justos esos mismos reproches dirigidos a la posición del voto particular. Lo advierte GILI PASCUAL en su comentario, haciéndose eco de las palabras del voto: «[l]os ejemplos que sitúan el engaño en situaciones hilarantes tienen solución, negando la subsunción en la agresión sexual, desde consideraciones sobre la relevancia penal del engaño, bien porque se vierte sobre apariencias, no realidades, bien porque la relevancia del error ha de ser examinada desde la perspectiva del bien jurídico protegido». No parece que esto suponga abrir la puerta a castigar prácticamente cualquier engaño porque, de nuevo en palabras del voto particular, este tiene que «versa[r] sobre el hecho de la relación —el acto de contenido sexual, como precisa la norma—. Es decir, que el engaño ha de tener como punto de anclaje ineludible el acto sexual concreto, y esto disminuye considerablemente el número de conductas fraudulentamente punibles que pueden rodearlo, por ejemplo, en la fase de seducción.

---

<sup>21</sup> En realidad, tampoco pueden desprenderse de tales consideraciones los que defienden la postura de la sentencia, como CASTELLVÍ MONSERRAT, MÍNGUEZ ROSIQUE o RAMOS VÁZQUEZ, porque no se puede determinar si un hecho tiene naturaleza sexual (elemento que, si se oculta mediante un engaño, puede dar lugar a una agresión sexual), sin atender al objeto de protección de los delitos sexuales.

De hecho, me atrevería a decir que, si hay riesgo de supra-criminalización, este riesgo no puede conjurarse mediante la adopción de uno de los dos paradigmas, porque ambos contienen un germen expansivo: la determinación de las conductas que tienen «naturaleza sexual». Dice la sentencia que solo importan los engaños cuando estos ocultan un contacto sexual no consentido (p. ej., *stealth*) o la *naturaleza sexual* de un contacto (p. ej., un médico que realiza tocamientos sin ajustarse a las exigencias del tratamiento). Esto implica que, en función de la amplitud con la que interpretemos la naturaleza sexual del contacto, habrá más o menos engaños punibles, obviamente desde la perspectiva de la «tesis del bien jurídico», pero también desde la «tesis del consentimiento».

Imaginemos que a partir de ahora empiezan a castigarse conductas como los tocamientos de pies con ánimo libidinoso, por considerarse actos sexuales atentatorios contra la libertad sexual<sup>22</sup>. Puesto que el hecho de participar en un acto de «naturaleza sexual» es uno de los elementos esenciales que debe conocerse, ocultar a la persona que recibe un masaje de pies que está teniendo lugar un acto con ese significado debería dar lugar a una conducta punible, se consideren los engaños medios típicos o no.

¿Por qué seguir defendiendo entonces la tesis del voto particular, si la de la sentencia es muy similar en lo esencial y también llega a soluciones razonables? Creo que es preferible mantener el camino interpretativo del voto por dos razones. Primero, porque carece de los efectos perturbadores que tiene la interpretación del consentimiento débil/fuerte de la sentencia en otras áreas del Código Penal en las que se menciona el engaño. Con un legislador poco pendiente de los efectos de las reformas en otras partes del CP, parece poco conveniente cargar demasiado las tintas de los argumentos sistemáticos. Si en una nueva reforma se incluye el engaño como medio comisivo de los delitos sexuales, ¿debemos interpretar que abarca todos los engaños en los motivos porque se exige un consentimiento en sentido fuerte? Salvo que así se indique expresamente, a mi juicio, la respuesta debe ser negativa. Únicamente nos obligaría a precisar los engaños referidos al acto sexual, y aquellos que no, y castigar solo los primeros.

Pero, además, el camino que marca el voto particular permite profundizar más en el contenido de la autonomía sexual y los engaños que pueden afectarla, y esta me parece la vía más fructífera para seguir delimitando las conductas permitidas en un terreno en el que continúa existiendo una excesiva inseguridad jurídica<sup>23</sup>. En su comentario, CASTELLVÍ MONSERRAT afirma que las argumentaciones sobre el bien jurídico incurren en un salto al derivar de ellas el contenido de los daños penalmente relevantes. Para ejemplificar esto, compara dos situaciones: el engaño de quien oculta que está grabando una relación sexual, y el del médico que engaña a su víctima sobre la condición de médico asistente de su amigo *voyeur* que contempla una exploración médica indicada. Sostiene críticamente que, desde el punto de vista de la intimidad, afectaría más a la libertad sexual la primera situación que la segunda, a pesar de lo contraintuitivo que resulta.

---

<sup>22</sup> Parece un escenario inverosímil, por eso no está de más apuntar a un supuesto reciente (tanto que la sentencia no se encuentra aún disponible en CENDOJ en el momento de escribir esta réplica) en el que se ha condenado como autor de un delito de agresión sexual a un hombre que asaltó a dos menores para chuparles los pies: <https://www.elperiodico.com/es/sociedad/20241002/avala-supremo-carcel-chupar-pies-agresion-sexual-menores-108804091>.

<sup>23</sup> En este mismo sentido, COCA VILA, *InDret*, (4), 2024, apdo. 2.

Estos ejemplos, sin embargo, olvidan lo principal, que es que el engaño debe referirse al contacto sexual concreto, que es desde donde —entiendo— debe construirse el régimen de los delitos sexuales y que pone límites nada desdeñables a los saltos que le preocupan al mencionado autor.

*b. Stealthing como delito de violación*

Por último, tanto el voto particular, como COCA VILA y CASTELLVÍ MONSERRAT, coinciden en que el juicio de subsunción de los hechos que efectúa la sentencia es contrario al principio de legalidad. Recuerdan que el art. 179.1 CP contiene un presupuesto —«Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal»— y una consecuencia —«será castigado como reo de violación»— que, a su juicio, admite poco margen de interpretación (hay una agresión sexual y esta consiste en acceso penetrativo, luego debe aplicarse la consecuencia jurídica prevista para tales casos). No obstante, y al igual que GILI PASCUAL y MÍNGUEZ ROSIQUE<sup>24</sup>, creo que el margen es más amplio de lo que estos autores dan a entender. En el Código Penal, no es suficiente con que la agresión «implique» un acceso, sino que la agresión sexual «consista» en él. En las conductas de *stealthing*, la agresión no «consiste» en el acceso, aunque lo «implique».

La clave se encuentra, como inteligentemente apunta CASTELLVÍ MONSERRAT, en interpretar los accesos a los que se refiere el art. 179 CP como accesos penetrativos *no consentidos*<sup>25</sup>. Es cierto que el art. 179 CP no los adjetiva de esa forma, pero, si no se recurre a la falta de consentimiento sobre tal grado de injerencia corporal y sobre la intimidad, no se entiende dónde reside entonces el plus de antijuridicidad que justifica el notable incremento de pena<sup>26</sup>. Entender que los actos penetrativos punibles del art. 179 CP deben ser también in consentidos, nos permite replicar las consideraciones que hacemos sobre los contactos sexuales consentidos ex art. 178 CP: la persona debe ser consciente de que se trata de un acto de naturaleza sexual y de que ese concreto contacto es penetrativo. En el supuesto de hecho de la sentencia, se observa que la persona conoce esos extremos y los acepta. Lo que no sabe —y, por tanto, no puede aceptar—, se limita a uno de los aspectos de la relación sexual, que tiene autonomía como atentado sexual por tratarse de un contacto más incisivo en la intimidad de la víctima<sup>27</sup>. De esto se hace cargo la sentencia: «En un caso como el examinado la víctima consiente la penetración vaginal. La ausencia de consentimiento no puede predicarse de esa acción, —acceso por vía vaginal y con el miembro viril—; tan solo de la modalidad específica de acceso, del contacto directo con el miembro viril». No se trata de que la aceptación genérica de *cualquier* acceso penetrativo (como ha consentido un acceso carnal, se entiende que consiente cualquier modalidad de acceso), sino que el consentimiento debe recaer sobre el contacto concreto que tiene lugar.

---

<sup>24</sup> Vid., MÍNGUEZ ROSIQUE, *Diario La Ley*, (10565), 2024, p. 6-7

<sup>25</sup> CASTELLVÍ MONSERRAT, *InDret*, (4), 2024, apdo. 4.

<sup>26</sup> En este mismo sentido, MÍNGUEZ ROSIQUE, *Diario La Ley*, (10565), 2024, p. 1-11; GILI PASCUAL, *InDret*, (4), 2024, apdo. 2.2.

<sup>27</sup> En palabras de MÍNGUEZ ROSIQUE: «el significado del acto de cara a la afectación de la libertad sexual es diferente, precisamente, porque la forma y el contexto de realización del contacto corporal en dichas zonas tan íntimas y de especial significado sexual, a través del órgano sexual masculino, modifica el significado del acto realizado», (MÍNGUEZ ROSIQUE, *Diario La Ley*, [10565], 2024, p. 7). Esto, creo, responde a la pregunta que se hace COCA VILA en su comentario: «¿en qué consiste el atentado contra la autonomía sexual de la víctima que rellena el tipo del art. 178 CP?» (COCA VILA, *InDret*, [4], 2024, apdo. 3).

Plantean COCA VILA y CASTELLVÍ MONSERRAT que tal disociación del consentimiento obliga a dejar de considerar violación algunos supuestos que incontrovertidamente se habían castigado como tal, como los de facultativos que simulan explotaciones consistentes en un acceso carnal previamente consentidas por el paciente engañado. Pero es que se está obviando que el consentimiento debe recaer tanto sobre el contacto penetrativo, como sobre su naturaleza sexual. En estos casos no puede decirse que tal consentimiento haya existido porque a la persona se le había ocultado que el acceso tenía un significado sexual<sup>28</sup>.

## 5. Conclusión

Creo que hacemos bien en cuestionar la premisa de la que parte la sentencia, criticada en el voto particular, de que el engaño no constituye un medio típico en delitos sexuales, incluso aunque dedique parte de la réplica a demostrar que algunas diferencias son más terminológicas que reales. Es preferible la tesis mantenida por el voto porque extender la interpretación sobre el consentimiento débil/fuerte a otras áreas del Código Penal en las que se menciona el engaño puede tener efectos perturbadores imprevistos (p. ej., en los delitos de explotación laboral), y sobre todo porque se trata de un paradigma más fructífero para discutir sobre las vulneraciones penalmente relevantes de la autonomía sexual. Esta discusión, huelga decirlo, deberá estar ineludiblemente referida a un contacto sexual concreto. En este sentido, aunque tenga algo de razón la crítica «mecanicista» de GILI PASCUAL<sup>29</sup> hacia las posturas de CASTELLVÍ MONSERRAT y MÍNGUEZ ROSIQUE<sup>30</sup>, no puede negarse que, en parte gracias a estos autores, se ha mantenido en el centro de la discusión la radical importancia del acto sexual concreto para interpretar las vulneraciones a la autonomía sexual, limitando el riesgo, o la tentación, de castigar ciertos atentados referidos exclusivamente a la motivación de una persona para mantener relaciones sexuales con otra.

Por otro lado, la –a mi juicio, correcta– decisión de la sentencia de castigar por el delito de agresión sexual y no por el de violación, se explica mejor si se acepta que, como en otros ámbitos en los que la autonomía juega un papel primordial, el objeto del consentimiento (también sobre el acceso penetrativo, que constituye un objeto distinto) se delimita por las pretensiones de *veracidad* sobre las que obviamente cabe el engaño. Este es el camino que agudamente apuntó COCA VILA en sus trabajos y es el que creo que hay que seguir. Por supuesto, estas pretensiones no pueden ser demasiado intensas si queremos mantener un adecuado equilibrio entre las vertientes positiva y negativa de la autonomía sexual.

---

<sup>28</sup> En cualquier caso, tampoco me parece una consecuencia disparatada teniendo en cuenta el marco penológico que establecen los arts. 178 y 180 CP, que puede llegar a los ocho años si se abusa de una situación de superioridad.

<sup>29</sup> P. ej., cuando sostiene que, a su juicio, «este apego a la realidad física, que relega a un segundo plano (o simplemente desecha) las consideraciones axiológicas necesarias para la valoración jurídica (cuando no se trata de explicar la realidad, sino justamente de valorarla), deja al intérprete sin argumentos externos al propio contacto sexual para poder proceder a su adecuada evaluación» (GILI PASCUAL, *InDret*, [4], 2024, apdo. 2.2).

<sup>30</sup> CASTELLVÍ MONSERRAT, *InDret*, (4), 2023, pp. 171-220; CASTELLVÍ MONSERRAT/MÍNGUEZ ROSIQUE, *Diario La Ley*, (9962), 2021, pp. 1-13. También pueden incluirse aquí otros autores, como CUGAT MAURI. En su brillante análisis del derogado delito de estupro del art. 182 CP, la autora trata de dar un contenido asumible a los engaños punibles abogando por «situar el objeto del engaño en los aspectos esenciales de la relación sexual a la que se accede, que van desde el hecho mismo de su naturaleza sexual [...] hasta la identidad de la pareja sexual [...]. Desde ese punto de vista, con independencia de su valor humano, no debería concederse relevancia penal al engaño sobre el motivo de la relación» (CUGAT MAURI, en MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS/ESQUINAS VALVERDE [dirs.], *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen*, 2022, p. 235).

No me resisto a concluir con una constatación: como señalé al principio, cuanto más definida y sólida es una argumentación, más y mejor se puede «pensar contra ella». En este caso, si esta crítica merece de algún modo el calificativo de incisiva, se debe sin duda a que aún son más agudas las argumentaciones que le dan origen.