

ARTÍCULOS: NÚMERO ESPECIAL SOBRE DELITOS SEXUALES

**EL STEALTHING EN EL DERECHO PENAL ARGENTINO**

María Lucila TUÑÓN CORTI\*

Fecha de recepción: 24 de febrero de 2025

Fecha de aceptación: 12 de abril de 2025

**Resumen**

En el marco de los delitos sexuales, durante los últimos años se ha generado debate en torno a los efectos de los engaños en el consentimiento en mantener una relación sexual. Específicamente, se empieza a visibilizar una práctica llamada “stealthing” que implica la retirada furtiva del preservativo durante la relación sexual, a pesar de haberse previamente pactado una relación sexual con protección. Justamente por este motivo, el *stealthing* entra en directa tensión con la autonomía sexual de la víctima. Por lo tanto, esto plantea la siguiente pregunta: ¿es el *stealthing* punible en el Código Penal argentino? La conclusión es que el *stealthing* se subsume en el tipo penal del abuso sexual con acceso carnal según el art. 119, tercer párrafo, CP. El fundamento es que ese grado de injerencia corporal (mucosa-mucosa) no fue consentido por la víctima.

*Palabras clave:* Stealthing, consentimiento, engaño, abuso sexual

**Title:** Stealthing in Argentine Criminal Law

**Abstract**

In recent years there has been a debate in the field of sexual crimes about the effects of deception on consent to sexual intercourse. Specifically, a practice called “*stealthing*”, which involves the

---

\* Doctoranda (Julius-Maximilians-Universität Würzburg). Magíster (Julius-Maximilians-Universität Würzburg). Abogada y ayudante de segunda (Universidad de Buenos Aires).

furtive removal of condoms during sexual intercourse, despite having previously agreed to a protected sexual relationship, is beginning to become visible. Precisely for this reason, *stealthing* comes into direct tension with the sexual autonomy of the victim. Therefore, this raises the following question: is *stealthing* punishable under the Argentine Criminal Code? The conclusion is that *stealthing* is subsumed in the criminal offense of sexual abuse with carnal access according to article 119, third paragraph of the Criminal Code. The rationale is that this degree of bodily interference (mucous-mucous) was not consented to by the victim.

*Keywords:* Stealthing, Consent, Deception, Sexual assault

**Sumario:** I. I. Introducción; II. ¿Relaciones sexuales sin consentimiento?; 1. Antecedentes históricos de los delitos sexuales y legislación actual; 2. Autonomía sexual; 3. ¿Qué es el consentimiento?; a. La postura subjetiva; b. La postura performativa; c. La postura híbrida; III. La cuestión del engaño y su valoración jurídica; IV. *Stealthing* como violación en el derecho penal argentino; 1. *Stealthing* como engaño penalmente relevante; 2. Sobre la postura contraria; 3. Subsunción en el tipo penal del art. 119, tercer párrafo, CP; V. Conclusión; VI. Bibliografía

## I. Introducción

En los últimos años se ha generado gran debate en muchos países con respecto a la valoración jurídico-penal del llamado “*stealthing*” —del inglés *stealth*, traducido como sigilo— en el marco de los delitos contra la integridad sexual. Este concepto describe un acto muy concreto en el ámbito de las relaciones sexuales: el retiro del preservativo en forma furtiva o secreta durante una relación sexual con penetración sin que la otra parte lo note, a pesar de que previamente se había acordado su uso.<sup>1</sup> En otras palabras, este acto consiste en un retiro unilateral y no consentido del

---

<sup>1</sup> BRODSKY, “‘Rape-Adjacent’: Imagining Legal Responses to Nonconsensual Condom Removal”, en *Columbia Journal of Gender and Law*, vol. 32, n.º 2, 2017, p. 185 s.; CHÁVEZ, “*Stealthing*, nueva forma de agresión sexual”, en *Revista Pensamiento Penal*, vol. 405, 2021, p. 1 s.; CHESSER / CLOUGH-RICCI, “Criminalising *Stealthing*: Lessons From the UK and Australia”, en *Journal of Criminal Law*, vol. 88, 2024, p. 309; CHESSER / ZAHRAB, “*Stealthing*: a criminal offence?”, en *Current Issues in Criminal Justice*, vol. 31, n.º 2, 2019, p. 217; COCA VILA, “Agresión sexual por engaño. Hacia una teoría diferenciadora del engaño excluyente del consentimiento sexual”, en *InDret*, n.º 3, 2023, p. 434 con nota al pie n.º 7; DAROYA, “I See Nothing Wrong with *Stealthing* in Anonymous Sexual Situations: Assemblages of Sexual Consent in Gay, Bisexual, and other Queer Men’s Accounts of ‘*Stealthing*’ in an Online Barebacking Forum”, en *Sexuality & Culture*, vol. 26, 2022, p. 1733; ESPINOZA URETA, “El retiro no consentido del preservativo en una relación sexual y su vulneración a los derechos sexuales y reproductivos en Chile”, en *Revista derecho del Estado*, n.º 60, 2024, p. 206; FERRARI / NOGUEIRA /

preservativo durante el sexo. Es unilateral porque una de las partes<sup>2</sup> es la que arbitrariamente decide hacerlo, sin mencionarlo o consultarla con la otra parte. Es no consentido porque, más allá del último elemento mencionado, ambas partes habían pactado el uso del preservativo, p. ej., como medio de protección, durante toda la relación sexual y el autor lo hace sin el conocimiento o el consentimiento de la pareja sexual. Para ver más en detalle de qué se trata, tomemos el siguiente caso resuelto recientemente por el Tribunal Supremo español<sup>3</sup> como ejemplo:

*Stealthing*: Elena y Marino, ambos mayores de edad, se encontraron para mantener relaciones sexuales sin tener ningún tipo de relación sentimental o afectiva. Elena aceptó tener relaciones sexuales, pero con una condición: el uso de preservativo. Cuando el momento llegó, fue ella misma quien le entregó el profiláctico a Marino,

---

NASCIMENTO, “Experiences of *Stealthing* and the Sociodemographic Profiles of Women Victims in Brazil: A National Study”, *Social Sciences*, vol. 13, 2024, p. 295; FRANZKE, “Zur Strafbarkeit des so genannten ‘Stealthings’”, en *Bonner Rechtsjournal*, 2019, p. 114; GARCÍA, “Complejidades del ‘no es no’. Un análisis del *stealthing* como fenómeno que afecta la autonomía sexual y el consentimiento personal”, en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 18, n.º 1, 2020, p. 118; GILI PASCUAL, “*Stealthing*. Sobre el objeto del consentimiento en el delito de abuso sexual”, en *Cuadernos de política criminal*, n.º 4, 2021, p. 87; GONZÁLEZ GUERRA / IMAZ, “Delitos contra la integridad sexual”, en RAMIREZ (dir.), *Curso de Derecho Penal. Parte Especial*, Buenos Aires, BdeF, 2023, p. 103 s.; HÖRNLE, “The New German Law on Sexual Assault”, en IDEM (ed.), *Sexual Assault: Law Reform in a Comparative Perspective*, Oxford, Oxford University Press, 2023, p. 157; MADDEN DEMPSEY, “The Normative Force of Consent in Moral, Political, and Legal Perspective”, en HÖRNLE (ed.), *Sexual Assault: Law Reform in a Comparative Perspective*, Oxford, Oxford University Press, 2023, p. 28; RENZIKOWSKI, “§ 177”, en ERB / SCHÄFER (ed.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 4.<sup>a</sup> ed., Múnich, C.H. Beck, 2023, n.º m. 51; SCHUMANN, en KINDEHÄUSER / NEUMANN / PAEFFGEN / SALIGER (eds.), *NomosKommentar zum Strafgesetzbuch*, 6.<sup>a</sup> ed., Baden-Baden, Nomos, 2023, § 177 n.º m. 9; THORBURN, “Sexual Assault Law in Canada”, en HÖRNLE (ed.), *Sexual Assault: Law Reform in a Comparative Perspective*, Oxford, Oxford University Press, 2023, p. 107; TONI, *Stealthing*, 2024, p. 43; WIRBNER, “Das Phänomen *Stealthing*”, en *KriPoZ*, vol. 5, 2021, p. 279; ZIEGLER, “§ 177”, en HEINTSCHEL-HEINEGG / KUDLICH (ed.), *BeckOK-StGB*, 63.<sup>a</sup> ed., 2024, n.º m. 10. En este trabajo no trataré el “*stealthing* inverso”. Al respecto, CASTELLVÍ MONSERRAT, “Violaciones por engaño? Sobre el concepto de consentimiento y el objeto del consentimiento sexual”, en *Indret*, n.º 4, 2023, p. 201.

<sup>2</sup> En este trabajo parto de la base de que el autor siempre es un hombre.

<sup>3</sup> STS 603/2024 del 14 de junio de 2024 (ECLI:ES:TS:2024:3418). Sobre las instancias anteriores, 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”, en *Revista Crítica de Jurisprudencia Penal*, n.º 4, 2022, pp. 295 ss. En el caso original, el autor Marino era portador de la bacteria *chlamydia trachomatis* y por esas relaciones sexuales sin protección la había contagiado a Elena. En tal caso, cabe analizar el tipo penal del art. 119, párr. 4, c), CP, aunque la cuestión de las lesiones corporales no es el objeto de este trabajo y por eso se dejará de lado esta cuestión. Al respecto, en profundidad sobre todas las consecuencias posibles, véase TONI, *supra* nota 1, Capítulo 6 y GREEN, *La criminalización del sexo*, (traducción a cargo de José BÉGUELIN, Leandro DIAS y Alejandra VERDE), Madrid, Marcial Pons, 2024, p. 162 s. Sobre otras sentencias judiciales, véase GARCÍA, *supra* nota 1, pp. 124 ss.

observando cómo él lo tomaba y fingía ponérselo, aunque no lo hizo. Sin advertencia alguna, Marino rompió el acuerdo y decidió tener sexo sin protección por lo que inició la penetración por vía vaginal, la cual fue aceptada por Elena en la creencia de que aquel estaba haciendo uso del preservativo.

Por supuesto, el *stealthing* no ha llamado la atención únicamente en el ámbito del derecho penal. Se han hecho investigaciones en otras disciplinas como la psicología y sociología al respecto.<sup>4</sup> Sin embargo, en lo que atañe al objeto de este artículo, interesarán solamente la valoración jurídico-penal del *stealthing* con algunas cuestiones analizadas desde la filosofía del derecho. Puntualmente, nos concentraremos en la relevancia penal de aquellos vicios del consentimiento que presentan dos facetas: existe un consentimiento para mantener un tipo determinado de relaciones sexuales, pero también hay un rechazo contra-fáctico a esa relación sexual porque el uso de preservativo era decisivo para que una de las dos partes consienta. Es decir, si una parte le hubiese propuesto mantener relaciones sexuales sin profiláctico, la otra no habría aceptado.<sup>5</sup> En consecuencia, este trabajo se dedicará a tratar tres cuestiones centrales: por un lado, tras un breve recorrido histórico sobre los modelos legislativos de los delitos sexuales (II.1), se abordará la importancia de la autonomía sexual para el análisis de estos delitos (II.2) y para los modelos contemporáneos de consentimiento que han sido adoptados por diferentes legislaciones (II.3). Posteriormente, exploraremos en qué medida se viola el consentimiento ante un engaño penalmente relevante (III.). A continuación, profundizaremos en el ilícito del *stealthing* como engaño desde un punto de vista de la filosofía actual en la materia (IV.1). No obstante, se refutarán aquellos argumentos de la postura que concede al *stealthing* un carácter de “ilícito menor” (IV.2). Eso nos llevará a analizar si resulta ser simplemente una conducta atípica o justificada,<sup>6</sup> o bien si puede quedar subsumido en algunos de los tipos penales del art. 119 del código penal argentino (en adelante, CP), en especial si posible subsunción en el tipo penal de la violación del art. 119, párrafo 3, CP (IV.3). Finalmente, ofrezco con una conclusión (V.). Quien

---

<sup>4</sup> Paradigmático el estudio revelado por BRODSKY, *supra* nota 1, pp. 187 ss.: Los motivos del *stealthing* son variados y pueden incluir, p. ej., la idea de que los agresores varones tendrían un “derecho” natural masculino a mantener relaciones sexuales sin preservativo y eyacular dentro de una mujer (sin preservativo). Véanse además otros estudios realizados en CHESSER / CLOUGH-RICCI, *supra* nota 1, pp. 309 ss.; CHESSER / ZAHRAB, *supra* nota 1, p. 217; DAROYA, *supra* nota 1, pp. 1732 ss.; FERRARI / NOGUEIRA / NASCIMENTO, *supra* nota 1, pp. 295 ss., quienes advierten que también es una cuestión de salud.

<sup>5</sup> COCA VILA, *supra* nota 1, p. 434.

<sup>6</sup> Esto depende del efecto que se considere que tiene el consentimiento.

conozca el estado actual de la discusión sobre el concepto central de autonomía sexual y los modelos contemporáneos del consentimiento en la literatura y legislaciones puede saltarse el apartado II para retomar la lectura directamente en el análisis del *stealthing* como engaño penalmente relevante, que corresponde al apartado III.

## II. ¿Relaciones sexuales sin consentimiento?

### 1. Antecedentes históricos de los delitos sexuales y legislación actual

Para poder adentrarnos en el estudio del *stealthing*, primero debemos explicar sucintamente una serie de conceptos básicos que serán de gran ayuda para entender de qué estamos hablando cuando nos referimos, en términos generales, a un abuso sexual. En los ordenamientos jurídicos contemporáneos, al menos en los sistemas jurídicos occidentales, el consentimiento de las partes involucradas en un acto sexual juega un rol fundamental como la figura central en lo que respecta a la valoración jurídica de los delitos contra la integridad sexual.<sup>7</sup> Es decir, el consentimiento es el factor clave actualmente para marcar la línea divisoria de un acto sexual lícito y uno que es delictivo. De todas maneras, no es necesario irse demasiado atrás en el tiempo para apreciar ordenamientos jurídicos cuyo núcleo central estaba constituido por otros valores sociales,<sup>8</sup> incluso en Occidente, generalmente asociados a leyes religiosas.<sup>9</sup> En el caso de la República Argentina, incluso si no se asumía una visión estrictamente religiosa, el consentimiento cumplía un rol secundario. Así, SOLER hablaba, al explicar los delitos contra la integridad sexual, de la honestidad como uno de los bienes jurídicos protegidos en juego.<sup>10</sup> Generalmente, los códigos penales estaban muy arraigados a un modelo de coacciones. Es decir, una violación (o las conductas típicas similares) tenía que estar acompañada indefectiblemente de la de la violencia o fuerza con una

---

<sup>7</sup> CHESSER / ZAHRAB, *supra* nota 1, p. 219 s.; THERON, “Deceiving Someone into Having Sex”, en *Stellenbosch Socratic Journal*, vol. 3, 2023, p. 36.

<sup>8</sup> Véase, p. ej., RENZIKOWSKI, *supra* nota 1, § 177 n.º m. 16 ss.; RUBENFELD, “The Riddle of Rape-by-Deception and the Myth of Sexual Autonomy”, en *The Yale Law Journal*, 2013, p. 1388.

<sup>9</sup> HÖRNLE, “Violación como relaciones sexuales no consentidas” (trad. Corina ENGELMANN), *En Letra: Derecho Penal*, año VI, n.º 10, 2020, p. 197; SOLER, *Derecho Penal Argentino*, t. III, Buenos Aires, Tea, 1992, p. 294.

<sup>10</sup> SOLER, *supra* nota 9, pp. 292 ss., aunque crítico en p. 294 s. Se advierte algo similar en el derecho penal español, cf. CANCIO MELIÁ, “Sexual Assaults under Spanish Law: Law Reform, Consent, and Political Identity”, en HÖRNLE (ed.), *Sexual Assault: Law Reform in a Comparative Perspective*, Oxford, Oxford University Press, 2023, p. 215.

atención particular a la figura de la mujer, independientemente de su consentimiento.<sup>11</sup> No obstante, a partir de la segunda mitad del siglo XX, surgieron movimientos sociales feministas que le concedieron un importante rol al consentimiento como elemento central en las relaciones sexuales.<sup>12</sup> Recién con ese cambio de paradigma tanto social como jurídico, se empieza a poner al concepto del consentimiento en un lugar central para el análisis de los delitos sexuales: lo ilícito de la violación no sería la aplicación de fuerza o violencia contra un objeto respecto del cual el autor no es “dueño”, sino realizar un acto sexual sin el consentimiento de la víctima. Con esta breve reseña histórica podemos constatar, por un lado, que hoy en día nos hallamos ante un aumento del alcance del castigo respecto de las conductas sexuales que no fueron consentidas, ya que la cuestión de si hubo o no coacción pasa a ser secundaria.<sup>13</sup> Ante este panorama, hubiese sido inimaginable que en tiempos de los modelos de la coacción se discuta la punibilidad del *stealthing*. Por otro lado, que la figura del consentimiento es, podríamos decir, una idea relativamente nueva<sup>14</sup> que funciona como punto de apoyo alrededor de la cual girará la cuestión de la criminalización de una conducta en el marco de un derecho penal de un Estado liberal como el

---

<sup>11</sup> Cf. EISELE, “Das neue Sexualstrafrecht”, en *Rechtspsychologie*, 2017, p. 8 s.; EL-GHAZI, “Der neue Straftatbestand des sexuellen Übergriffs nach § 177 Abs. 1 StGB n.F.”, en *ZIS*, 2017, p. 158; HÖRNLE, *supra* nota 1, p. 141 s.; MURPHY, “Article 213 of the American Law Institute’s Model Penal Code”, en HÖRNLE (ed.), *Sexual Assault: Law Reform in a Comparative Perspective*, Oxford, Oxford University Press, 2023, p. 186; SCHULHOFER, “What Does ‘Consent’ Mean?”, en HÖRNLE (ed.), *Sexual Assault: Law Reform in a Comparative Perspective*, Oxford, Oxford University Press, 2023, p. 53, 55 s., con más referencias; RENZIKOWSKI, “Nein! – Das neue Sexualstrafrecht”, en *NJW*, 2016, p. 3553; THORBURN, *supra* nota 1, p. 91. Puntualmente sobre el ordenamiento jurídico argentino, SOLER, *supra* nota 9, pp. 305 ss. También GONZÁLEZ GUERRA / IMAZ, *supra* nota 1, pp. 99 ss.

<sup>12</sup> WHISNANT, “Feminist Perspectives on Rape”, en ZALTA (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, otoño 2021. Véanse también las conclusiones de GARCÍA, *supra* nota 1, pp. 133 ss.

<sup>13</sup> GARCÍA SÁNCHEZ, “La nueva concepción de la libertad sexual en la ley del «solo sí es sí» y su problemática aplicación retroactiva”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, p. 123; TONI, *supra* nota 1, pp. 9 ss. respecto de Alemania. Aunque también cabe observar, tal como aclaran GREEN, *supra* nota 3, p. 24 y SCHEIDECKER, “Balancing Sexual Autonomy, Responsibility, and the Right to Privacy: Principles for Criminalizing Sex by Deception”, en *German Law Journal*, vol. 22, n.º 5, 2021, p. 770, que hubo despenalizaciones, como la de la sodomía o el adulterio, que implican una regulación jurídica más permisiva o laxa.

<sup>14</sup> Desde la filosofía moral, véase ALEXANDER, “The Ontology of Consent”, en *Analytic Philosophy*, 2014, pp. 1 ss.; HURD, “The Moral Magic of Consent”, en *Legal Theory*, vol. 2, n.º 2, 1996, p. 124. También CHESSER / CLOUGH-RICCI, *supra* nota 1, p. 308 s.; WHISNANT, *supra* nota 12, punto I. Para el caso de la Argentina, véase GONZÁLEZ GUERRA / IMAZ, *supra* nota 1, p. 103.

contemporáneo.<sup>15</sup> Veamos más de cerca, entonces, de qué se trata este nuevo paradigma en nuestro contexto actual.

## 2. Autonomía sexual

Antes de empezar a hablar sobre el consentimiento, es necesario aclarar el término de la “autonomía sexual” en el marco de un derecho penal liberal, porque lo que hace una persona al expresar su consentimiento es justamente ejercer su autonomía sexual.<sup>16</sup> Podría decirse que el fundamento del elemento del consentimiento en los delitos sexuales es la autonomía sexual. Esta se refiere, en términos normativos generales,<sup>17</sup> a un derecho a actuar sexualmente conforme a los deseos o arbitrios personales de cada uno, pero con la limitación de que al hacerlo no se menoscabe esa misma libertad de otros de hacer o no hacer algo.<sup>18</sup> Y detrás de la autonomía sexual está, a su vez, el derecho al respeto por la esfera íntima y la dignidad humana.<sup>19</sup> No obstante, se reconoce que hay dos subtipos diferentes de esta autonomía sexual. Por un lado, la “autonomía positiva” y, por otro lado, la “autonomía negativa”.<sup>20</sup> La primera consiste en el derecho a participar en una conducta sexual. Los derechos que encarnan la autonomía sexual positiva están relacionados con la decisión de si, cuando, dónde, cómo y con quién participar en actividades vinculadas a las relaciones sexuales.<sup>21</sup> Aquí es donde cobra relevancia la figura del *stealthing* porque

<sup>15</sup> Cf. GREEN, *supra* nota 3, p. 21 s.; HÖRNLE, *supra* nota 9, p. 197; MUNRO, “Sexual Autonomy”, en DUBBER / HÖRNLE (eds.), *The Oxford Handbook of Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 764; SCHEIDEGGER, *supra* nota 13, p. 772; SHERWIN, “Infelicitous Sex” *Legal Theory*, vol. 2, n.º 2, 1996, p. 209.

<sup>16</sup> Cf. BERGELSON, “The Meaning of Consent”, en *Ohio State Journal of Criminal Law*, vol. 12, 2014, p. 172; FERZAN, “Consent, Culpability, and the Law of Rape”, en *Ohio State Journal of Criminal Law*, vol. 13, 2016, p. 409; HURD, *supra* nota 14, p. 124; MUNRO, *supra* nota 15, p. 764; SHERWIN, *supra* nota 15, p. 211.

<sup>17</sup> Véase GREEN, *supra* nota 3, p. 59, quien aclara que hay un concepto de autonomía en sentido normativo y otro descriptivo.

<sup>18</sup> MUNRO, *supra* nota 15, p. 747. También HURD, *supra* nota 14, p. 124: “the capacity for autonomy is the capacity for self-legislation”.

<sup>19</sup> EL-GHAZI, *supra* nota 11, p. 159; HÖRNLE, “§ 177”, en: HILGENDORF / HÖRNLE / NESTLER (ed.), *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, t. 10, Berlin y otra, De Gruyter, 2023, n.º m. 1.

<sup>20</sup> HÖRNLE, “The Challenges of Designing Sexual Assault Law”, en *Current Legal Problems*, vol. 77, 2024, p. 51; HÖRNLE, *supra* nota 19, § 177 n.º m. 4; SCHEIDEGGER, *supra* nota 13, p. 771; SCHULHOFER, *supra* nota 11, p. 54.

<sup>21</sup> GREEN, *supra* nota 3, p. 61, también con ejemplos; RENZIKOWSKI, *supra* nota 11, p. 3553. En el mismo sentido se pronunció el AG Berlin-Tiergarten alemán en la sentencia del 11 de diciembre de 2018, BeckRS 2018, 47070, n.º m. 37. Sin embargo, es oportuno aclarar que, a lo largo de la historia, el derecho penal se ha inmiscuido varias veces en este tipo de autonomía. Piénsese el adulterio o la sodomía: en ambos casos se le prohíbe al ciudadano ejercer su derecho positivo a

la parte afectada, en nuestro caso Elena, había decidido participar, en ejercicio de su autonomía sexual positiva, en las relaciones sexuales por vía vaginal (sí) con Manuel (con quién) aquella noche (cuándo) y su condición era la utilización de profiláctico en todo momento (cómo).<sup>22</sup> Por otro lado, la autonomía negativa comprende el derecho a *no* participar o ser sujeto de una conducta sexual.<sup>23</sup> Trasladado al caso *stealthing*, Elena no quería participar de relaciones sexuales sin protección. Tener la capacidad de autonomía sexual es un modo de dar un significado a nuestra libertad y también a los actos que otros realizan.<sup>24</sup> Tanto es así que, en cuanto a lo que atañe la forma de relacionarse que tienen estas dos formas de autonomía, en general, la autonomía sexual negativa prevalecerá sobre la positiva en conflicto. A modo de ejemplo, el derecho negativo de *B* a “no tener relaciones” con *A*, triunfa sobre el derecho positivo de *A* de querer tener relaciones sexuales con *B*.<sup>25</sup> Por consiguiente, el derecho de *A* a tener relaciones sexuales con *B* estará supeditado al hecho de que *B* consienta tener relaciones sexuales con *A*. Esto tiene como consecuencia la creación un deber en *A* de no vulnerar los derechos negativos de *B*.<sup>26</sup> En caso de no cumplirlo, se deberá analizar la subsunción de su conducta en el tipo penal correspondiente, lo que puede acarrear responsabilidad penal.<sup>27</sup> Pero en caso de que haya consentimiento, las cosas cambian porque aquél implica un giro en el balance de esos derechos y deberes que las partes se deben unas a otras.<sup>28</sup> Si *B* consiente en tener relaciones sexuales con *A*, entonces *B* dispensará a *A* de su obligación de no traspasar ciertos límites de la autonomía sexual de *A*. Igualmente, también

---

elegr qué tipo y con quién tener relaciones sexuales. En Argentina, recién en 1995 se deroga el adulterio tipificado en el art. 118 CP (cf. Ley n.º 11.179 del año 1921). Véase la crítica que ya hacía SOLER, *supra* nota 9, p. 296.

<sup>22</sup> Paradigmático, la Corte Suprema de Canadá en el caso *Kirkpatrick* en el considerando 49.º de la sentencia revisora: “Recognizing that condom use may form part of the sexual activity in question is also the only way to respect the need for a complainant’s affirmative and subjective consent to each and every sexual act, every time. It not only affirms that individuals have the right to determine who touches their bodies and how; it situates condom use at the definitional core of consent, where it belongs. It is the only interpretation consistent with the foundational principles of consent”. Disponible en <https://decisions.scc-csc.ca/scc-csc/scc-csc/en/item/19458/index.dq> [enlace verificado el día 2 de mayo de 2025].

<sup>23</sup> GREEN, *supra* nota 3, p. 61; HÖRNLE, *supra* nota 19, § 177 n.º m. 1.

<sup>24</sup> HURD, *supra* nota 14, p. 124; SHERWIN, *supra* nota 15, p. 210.

<sup>25</sup> DOUGHERTY, “Sex, Lies, and Consent”, en *Ethics*, vol. 123, 2013, p. 723 s.; HÖRNLE, *supra* nota 20, p. 52; SCHEIDECKER, *supra* nota 13, p. 771.

<sup>26</sup> GREEN, *supra* nota 3, p. 66 s. Además, ya en la p. 62 se aclara que, si las cosas se invirtieran y el derecho positivo de *A* a tener relaciones sexuales con *B* triunfara sobre el derecho negativo de *B*, su vida sería más que intolerable. Ella sería esencialmente una esclava sexual.

<sup>27</sup> Véase ALEXANDER, *supra* nota 14, p. 1; FERZAN, *supra* nota 16, p. 403. Otros ejemplos en HURD, *supra* nota 14, p. 123 s.

<sup>28</sup> BERGELSON, *supra* nota 16, p. 172.

dispensará al Estado de su obligación de protegerla ante un traspaso de *A*.<sup>29</sup> Tal como se adelantó anteriormente, en varios países ha habido durante las últimas décadas reformas legislativas y hoy en día podríamos decir que nos hallamos ante un sistema jurídico cuya base es, en efecto, la autonomía sexual y, con ello, el consentimiento.<sup>30</sup>

### 3. ¿Qué es el consentimiento?

El consentimiento es una clase de acuerdo sobre algo que, de otra manera, hubiese constituido una violación a nuestros derechos.<sup>31</sup> Es relevante saber las repercusiones que tiene el consentimiento voluntario<sup>32</sup> en el marco de los delitos sexuales, ya que reiteradas veces fue sostenido que el consentimiento tiene un “poder transformador” a nivel normativo.<sup>33</sup> Esto se debe a que altera las relaciones normativas (p. ej., derechos o deberes) en las que se encuentran los demás con respecto a lo que pueden hacer y, en consecuencia, tiene la capacidad de justificar la conducta o excluir la tipicidad.<sup>34</sup> El hecho de que *B* consienta en tener relaciones sexuales con *A* implica que la acción de *A* pase a ser permisible gracias al consentimiento.<sup>35</sup> Parece haber tres

---

<sup>29</sup> BERGELSON, *supra* nota 16, p. 172; DOUGHERTY, *supra* nota 25, p. 735; HURD, “The Normative Force of Consent”, en MÜLLER / SCHABER, *The Routledge Handbook of the Ethics of Consent*, 2018, p. 45; TADROS, “Beyond the Scope of Consent” en *Philosophy and Public Affairs*, vol. 50, n.º 4, 2022, p. 430.

<sup>30</sup> Véase HÖRNLE, *supra* nota 9, p. 202.

<sup>31</sup> BERGELSON, “The Defense of Consent”, en DUBBER / HÖRNLE, *The Oxford Handbook of Criminal Law*, 2014, p. 629; SCHNÜRIGER, “What is Consent?”, en MÜLLER / SCHABER, *The Routledge Handbook of the Ethics of Consent*, 2018, p. 21; TILTON / ICHIKAWA, “Not What I Agreed To: Content and Consent”, en *Ethics*, vol. 132, n.º 1, 2021, p. 129.

<sup>32</sup> Se presupone que el consentimiento refleja también la voluntariedad del agente (THERON, *supra* nota 7, p. 37), aunque podamos diferenciar distintos “grados” (GREEN, *supra* nota 3, p. 71 s.) incluso hasta el punto de considerarlas indeseadas (p. 74).

<sup>33</sup> *Pars pro toto* WERTHEIMER, *Consent to Sexual Relations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, pp. 119 ss.

<sup>34</sup> Cf. SILVA SÁNCHEZ, *Derecho Penal. Parte General*, Madrid, Civitas, 2025, 22-21. También ALEXANDER, *supra* nota 14, p. 1; BERGELSON, *supra* nota 16, p. 171; FERZAN, *supra* nota 16, p. 403; HURD, *supra* nota 14, p. 124, habla hasta de “la magia moral” del consentimiento; VANDERVORT, “Mistake of Law and Sexual Assault: Consent and *Mens Rea*”, en *Canadian Journal of Women & the Law*, 1987-88, pp. 233 ss.; WERTHEIMER, *supra* nota 33, p. 121. Sin embargo, esto no es absoluto ya que el derecho penal prohíbe ciertas conductas incluso cuando media consentimiento. Piénsese en el caso de la ayuda a morir activa o el homicidio a petición del § 216 StGB (código penal alemán). Al respecto, véase PAWLIK, *La Limitación unilateral del esfuerzo terapéutico y la idea de autonomía*, Bogotá, Universidad del Externado, 2022, pp. 20 ss. y BERGELSON, *supra* nota 31, p. 630 con ejemplos.

<sup>35</sup> DOUGHERTY, *supra* nota 25, p. 722; HURD, *supra* nota 14, p. 123; WERTHEIMER, *supra* nota 33, p. 120. Sin embargo, GARDNER, “The Opposite of Rape”, en *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 38, 2018, pp. 58 ss., sugiere que se ha puesto al consentimiento en un lugar demasiado alto y se le ha exigido mucho.

enfoques distintos<sup>36</sup> mediante los cuales el consentimiento de una persona puede alterar la valoración jurídica y moral de las acciones de otra persona.<sup>37</sup> En primer lugar, una visión *subjetiva* sostiene que el consentimiento se representa en un “estado mental” determinado. En segundo lugar, un punto de vista *formativo* sostiene que el consentimiento es conductual, por lo que es necesaria una señal comunicativa, sea expresa o tácita, de su consentimiento de forma adecuada. En tercer lugar, hay punto de vista *híbrido* en donde convergen las otras dos posturas. Aquí se considera que tanto el estado mental como la señal de consentimiento pertinentes son necesarios para un consentimiento válido. Pasemos a analizar brevemente de qué se trata cada una.

#### **a. La postura *subjetiva***

La postura *subjetiva* sostiene que el consentimiento se trata de un “estado mental” como fenómeno psicológico o actitud interna.<sup>38</sup> Para determinar su existencia en un caso puntual, es necesario buscar pruebas del estado mental de esa persona del mismo modo que buscamos pruebas de otros comportamientos moralmente reprochables (piénsese, p. ej., en el dolo como tipo subjetivo o el ánimo de apropiación en el hurto).<sup>39</sup> No se trata del humor ni sensaciones corporales, sino de creencias, intenciones, y/o elecciones: una dirección hacia un objetivo. Esto

---

<sup>36</sup> Tomo la clasificación de WERTHEIMER, *supra* nota 33, pp. 144 ss. Por el objeto de investigación de este trabajo, no será necesario optar por una de las tres posturas ni explayarnos en las críticas hechas a cada una de ellas.

<sup>37</sup> Estas teorías son hallables tanto en la literatura como en algunas legislaciones. Tal es el caso del código penal australiano y canadiense. Cf. BERGELSON, *supra* nota 31, p. 631.

<sup>38</sup> ALEXANDER, *supra* nota 14, p. 7; DRESSLER, “Where We Have Been, and Where We Might Be Going: Some Cautionary Reflections on Rape Law Reform”, en *Cleveland State Law Review*, vol. 409, 1998, p. 424 s.; FERZAN, *supra* nota 16, p. 403; HURD, *supra* nota 14, pp. 125 ss. (similar al *mens rea*); WESTEN, *The Logic of Consent: The Diversity and Deceptiveness of Consent as a Defense to Criminal Conduct*, Londres, Routledge, 2004, p. 25. Dentro de esta postura hay ciertas, aunque mínimas, discrepancias entre los autores, lo cual es reconocido por ellos mismos en ALEXANDER / HURD / WESTEN, “Consent Does Not Require Communication: A Reply to Dougherty”, en *Law and Philosophy*, vol. 35, 2016, p. 655: HURD y ALEXANDER mantienen posturas divergentes respecto de qué debe entenderse por “estado mental”. HURD sostiene que la persona que consiente debe tener la intención de permitir que la otra parte supere un límite que, sin ese consentimiento, sería moralmente reprochable. En cambio, ALEXANDER, *supra* nota 14, pp. 6 ss., argumenta que el consentimiento implica la voluntad de renunciar o retirar cualquier objeción moral a la transgresión de ese límite que la otra parte llevará a cabo (véase también GARDNER, *supra* nota 35, p. 58, quien lo plantea en un término de asimetría). Para HURD, el consentimiento de *B* es una intención de que *A* haga algo determinado, mientras que, según ALEXANDER, *B* no puede “tener la intención” de que *A* haga algo, sino que su estado mental es lo que *B* hará. Al respecto, ALEXANDER, *supra* nota 14, p. 6 s.; BERGELSON, *supra* nota 16, p. 172 s.; WERTHEIMER, *supra* nota 33, p. 145. Críticos al respecto HÖRNLE, “#MeToo ¿Implicancias para el derecho penal?” (trad. Agustina SZENKMAN), *En Letra: Derecho Penal*, año VI, n.º 9, 2019, p. 159; HÖRNLE, *supra* nota 9, p. 202 s.; MALM, “The Ontological Status of Consent and its Implications for the Law on Rape”, en *Legal Theory*, vol. 2, n.º 2, 1996, pp. 148 ss.

<sup>39</sup> HURD, *supra* nota 14, p. 125.

es un estado mental “intencional” en el sentido de una decisión interna relevante para el consentimiento.<sup>40</sup> Es interesante saber, además, qué consecuencias tiene este consentimiento como “estado mental”. El consentimiento entendido desde este punto de vista sería la reproducción más fiel o lo que mejor refleja cómo la víctima vivió la interacción con el presunto agresor, lo cual más respetaría la autonomía.<sup>41</sup> Es el acto de voluntad del consentidor, su elección, lo que hace permisibles las acciones de la otra parte.<sup>42</sup> Además, la relevancia del consentimiento entendido como estado mental es el hecho de que tal estado mental existe, o no existe, lo cual tendrá grandes repercusiones en la responsabilidad penal de la otra parte.<sup>43</sup> En consecuencia, esta postura funcionaría de la siguiente manera: no es necesario, según esta corriente, la expresión o comunicación alguna de este estado mental.<sup>44</sup> El motivo de esto es el efecto que despliega el consentimiento, porque aquél lo que hace es remover una barrera moral.<sup>45</sup> Veamos un ejemplo para explicar esta cuestión:

*Noche:* Carolina está durmiendo mientras David le empieza a practicar sexo oral, en la creencia de que eso le gustará mucho a David. Cuando se despierta, piensa “este es el mejor reloj despertador para levantarse y empezar bien el día”.<sup>46</sup>

Incluso hasta podríamos ir más allá con los casos y pensar en el siguiente, tal vez hasta más polémico:

*Encantada:* Clara quiere tener sexo con Juan pero teme que si se lo comunica, él piense que “ella está muerta por él” y acabe rechazando una relación duradera con ella, una relación que ella desea. Una noche, Juan le empieza a hacer insinuaciones sexuales. Clara quiere que siga adelante, pero no le dice nada y, de hecho, se resiste con cierta fuerza a cada paso que avanza la situación. Esta resistencia hace todo menos disuadirlo

---

<sup>40</sup> ALEXANDER/HURD/WESTEN, *supra* nota 38, p. 657; FERZAN, *supra* nota 16, p. 408; HURD, *supra* nota 14, p. 125.

<sup>41</sup> FERZAN, *supra* nota 16, p. 407.

<sup>42</sup> FERZAN, *supra* nota 16, p. 406.

<sup>43</sup> ALEXANDER, *supra* nota 14, p. 1.

<sup>44</sup> ALEXANDER/HURD/WESTEN, *supra* nota 38, p. 655; FERZAN, *supra* nota 16, p. 406; HURD, *supra* nota 14, p. 146; WESTEN, *supra* nota 38, p. 38. Llega a la misma conclusión, aunque habla de “*aquiescencia querida*” (*willed acquiescence*).

<sup>45</sup> ALEXANDER/HURD/WESTEN, *supra* nota 38, p. 657.

<sup>46</sup> FERZAN, *supra* nota 16, 405 s. Otro ejemplo en ALEXANDER, *supra* nota 14, p. 7 s.; ALEXANDER / HURD / WESTEN, *supra* nota 38, p. 656; BERGELSON, *supra* nota 16, p. 174. Véase también sobre el modelo afirmativo, SILVA SÁNCHEZ, *supra* nota 34, 22/113 s.

y terminan teniendo relaciones sexuales. Clara está encantada porque todo salió como ella esperaba. Juan ha tenido sexo con ella, aunque ella le comunicó que no estaba de acuerdo. Más tarde, sin embargo, una amiga de ella insiste en que Juan estaba dispuesto a tener relaciones sexuales solo porque creía que ella no estaba consintiendo. Lo que era encanto ahora es indignación.<sup>47</sup>

Según esta corriente, en *Noche*, Carolina no estaría cometiendo abuso sexual, debido a que David estuvo mentalmente siempre de acuerdo con el acto sexual y a pesar de que nunca manifestó su deseo de tener relaciones sexuales. Distinto sería el caso si David despertase y quedase paralizado por lo que estuvo pasando, porque no deseaba en absoluto esa conducta sexual, e incluso si no dice ni se opone al acto. Aquí ya nos encontramos en un terreno más oscuro y la conducta sexual sí se subsumiría en el tipo penal de un abuso sexual. En el caso *Encantada*, se mantiene el mismo veredicto: Juan no cometió un ilícito<sup>48</sup> de violación,<sup>49</sup> al menos en su faceta de consumación. Pues Juan a pesar de estar en la creencia de que no había consentimiento, ese consentimiento sí existía, con lo cual él, en verdad, tenía el permiso de Clara de traspasar esos límites morales o jurídicos, ya que Clara fue plenamente capaz de ejercer su autonomía sexual y eso es lo que realmente vale.<sup>50</sup> Por supuesto, en el caso *Encantada*, si bien no se comete un ilícito consumado, esto eso no obsta a una punibilidad por una tentativa de violación.<sup>51</sup> El tipo objetivo no estaría completo porque sí hubo consentimiento pero el autor se representa una ausencia de consentimiento. En un caso inverso, si el autor se representa que la otra parte ha dado el consentimiento, entonces será punible por un error de tipo.<sup>52</sup> Sin embargo, en lo que respecta a

---

<sup>47</sup> ALEXANDER / HURD / WESTEN, *supra* nota 38, p. 655 s. Véase un ejemplo similar en BERGELSON, *supra* nota 16, p. 174.

<sup>48</sup> El término en inglés usado por los autores es “wrong” pero es de difícil traducción. Por eso, tomo la traducción hecha por Béguelin, Dias y Verde en GREEN, *supra* nota 3, p. 25 con nota al pie n.º 4. Véase la aclaración de ALEXANDER, *supra* nota 14, p. 1.

<sup>49</sup> ALEXANDER / HURD / WESTEN, *supra* nota 38, p. 656; ALEXANDER, *supra* nota 14, p. 2.

<sup>50</sup> ALEXANDER / HURD / WESTEN, *supra* nota 38, p. 657.

<sup>51</sup> ALEXANDER / HURD / WESTEN, *supra* nota 38, p. 656.

<sup>52</sup> Véase también la solución de BERGELSON, *supra* nota 16, p. 179.

nuestro código penal, la aplicación de esta última consecuencia concluiría a la impunidad, por no hallarse tipificado un tipo penal de violación imprudente.<sup>53</sup>

### ***b. La postura performativa***

En cambio, la segunda teoría sostiene que el consentimiento es conductual y, por tanto, debe tratarse de un acto performativo.<sup>54</sup> El consentimiento implica un acto que no se define por el estado mental, sino por la comunicación: una persona expresa su consentimiento de forma adecuada si y solo si da señales de querer o aceptar ese acto.<sup>55</sup> Esto significa que el análisis del consentimiento debe centrarse ahora en la interacción entre las partes y el hecho de haber explicitado hacia el exterior su aqüiescencia es lo que permitirá descartar un delito contra la integridad sexual.<sup>56</sup> Esta comunicación puede darse mediante un intercambio expreso de palabras o incluso de forma tácita con “señales”.<sup>57</sup> En el caso puntual del *stealthing*, TILTON e ICHIKAWA explican que no sería en absoluto necesario que una de las partes le comunique a la otra expresamente que quiere hacer uso de un condón durante las relaciones sexuales. P. ej., si ellos están ya besándose en la cama y uno dice “¿tenés un preservativo?” y el otro le dice que sí, está claro que están consintiendo relaciones sexuales con condón, pero no a relaciones sexuales sin protección. De hecho, puede hasta llegar a ocurrir que la palabra “condón” ni siquiera haya sido mencionada. P. ej., si uno de los dos simplemente le da al otro el condón en un momento

---

<sup>53</sup> Probablemente sería distinto el caso en Suecia, ya que el código penal sueco tipifica en el Chapter 6, Section 1.a), un abuso sexual imprudente: “A person who commits an act referred to in Section 1 and is grossly negligent regarding the circumstance that the other person is not participating voluntarily is guilty of negligent rape”.

<sup>54</sup> Así DOUGHERTY, “Yes Means Yes: Consent as Communication”, en *Philosophy & Public Affairs*, vol. 43, 2015, p. 227; HÖRNLE, *supra* nota 9, p. 203; HÖRNLE, “Sexuelle Selbstbestimmung: Bedeutung, Voraussetzungen und kriminalpolitische Forderungen”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 127, n.º 4, 2016, p. 867; MALM, *supra* nota 38, pp. 147 ss.; SCHULHOFER, *supra* nota 11, p. 60 s.; VANDERVORT, *supra* nota 34; VAVRA, *Die Strafbarkeit nicht-einvernehmlicher sexueller Handlungen zwischen erwachsenen Personen*, Baden-Baden, Nomos, 2020, p. 130; WERTHEIMER, *supra* nota 33, pp. 146-148. Más referencias en WESTEN, “Some Common Confusions About Consent in Rape Cases”, en *Ohio State Journal Of Criminal Law*, 2004, p. 342 con nota al pie n.º 11. Sobre el término “performativo”, véase WERTHEIMER, *supra* nota 33, p. 144 con nota al pie n.º 1. Con dudas acerca de la plausibilidad de esta teoría, ALEXANDER, *supra* nota 14, p. 1.

<sup>55</sup> Cf. DOUGHERTY, *supra* nota 54, pp. 233 ss.; GREEN, *supra* nota 3, p. 67; HÖRNLE, *supra* nota 38, p. 159, 161; VANDERVORT, *supra* nota 34; WERTHEIMER, *supra* nota 33, p. 144.

<sup>56</sup> WERTHEIMER, *supra* nota 33, p. 147: las señales del consentimiento son relevantes justamente porque son indicadores confiables de los deseos, intenciones y elecciones.

<sup>57</sup> HÖRNLE, *supra* nota 9, p. 203; HÖRNLE, *supra* nota 54, p. 867; TILTON / ICHIKAWA, *supra* nota 31, p. 148; VAVRA, *supra* nota 54, p. 129 s.

determinado, esto ya es suficiente para emitir el consentimiento a relaciones sexuales con la condición de usar protección.<sup>58</sup>

De aceptarse esta postura, en el caso *Encantada* ya no se produciría en una mera tentativa, tal como proponen los defensores de la postura subjetiva, sino que Juan sería responsable penalmente por violación consumada.<sup>59</sup> En el caso *Noche*, Carolina también debería ser condenada por alguna clase de delito sexual (la cuestión de si se trataría de una violación, o no, puede ser dejada de lado aquí), ya que David, al estar dormido, no ha comunicado ninguna clase de aquiescencia. De hecho, puede ocurrir que un consentimiento expresamente comunicado sea inválido porque no se refleja realmente el “estado mental” de la víctima si, p. ej., está siendo amenazada con un arma.<sup>60</sup>

Aquellas autoras defensoras de este enfoque performativo sostienen que no solo se protege a las potenciales víctimas, sino también a la otra parte de la relación, porque se estaría considerando que es imposible que uno sepa qué es lo que está escondido en la mente de la víctima y solamente podemos saber qué piensa otra persona cuando lo expresa. Es por eso que juega un papel fundamental la comunicación entre las partes, porque gracias a lo que exterioriza, el otro puede saberlo aunque también tiene el derecho a confiar en lo que el otro manifestó.<sup>61</sup> Además, se considera que la parte afectada también tiene la obligación de ser transparente en caso de ser una persona adulta y capaz.<sup>62</sup>

Aquí es donde aparecen los conocidos modelos legislativos del “no es no”<sup>63</sup> y “solo sí es sí”<sup>64</sup> como punto de partida para la forma en que debe llevarse a cabo la comunicación y marcar el

---

<sup>58</sup> TILTON/ICHIKAWA, *supra* nota 31, p. 148.

<sup>59</sup> Véase el análisis de otros casos en WESTEN, *supra* nota 54, p. 343.

<sup>60</sup> VAVRA, *supra* nota 54, p. 129. Puede haber otros casos de coacción o similares, como fue el *#MeToo* en el año 2017, cuyo análisis es interesante cuando el acto sexual ocurre en un contexto profesional de jerarquía. Al respecto, GREEN, *supra* nota 3, p. 127 y Capítulo 10; HÖRNLE, *supra* nota 38, p. 163 s. Esta excepción está bien marcada en el código penal sueco (Capítulo 6, Sección 1).

<sup>61</sup> Cf. DOUGHERTY, *supra* nota 54, p. 236 s.; FERZAN, *supra* nota 16, p. 413.

<sup>62</sup> HÖRNLE, *supra* nota 38, p. 159 s., 162. Similar DOUGHERTY, *supra* nota 54, p. 246: Al permitir que las intenciones personales determinen el consentimiento, el punto de vista subjetivo no consigue captar el rol que desempeña el consentimiento a la hora de determinar cómo nos responsabilizamos los unos de los otros.

<sup>63</sup> Podría decirse que, a grandes rasgos, este modelo fue adoptado por el código penal alemán: “contra la voluntad reconocible de la otra persona” (§ 177 StGB). Al respecto, HÖRNLE, *supra* nota 20, p. 57 s.; TONI, *supra* nota 1, pp. 1 ss. Véanse algunas objeciones al modelo “no es no” en GREEN, *supra* nota 3, p. 126 s.

<sup>64</sup> Este modelo fue adoptado recientemente por el código penal español en su art. 178 (por todos, GARCÍA SÁNCHEZ, *supra* nota 13) y algunas jurisdicciones y universidades en Estados Unidos (DOUGHERTY, *supra* nota 54, p. 225 s.; GREEN, *supra*

límite entre los actos sexuales lícitos e ilícitos.<sup>65</sup> En el primer modelo, lo central está en proteger la autonomía negativa de la persona.<sup>66</sup> Según este modelo, habría un delito sexual cuando la víctima comunica su negativa a tener una relación sexual y la otra parte, no obstante, decide realizar el acto sexual. No sería necesario que la persona que comunica su negativa de participar en el acto sexual lo diga expresamente, sino que también podría hacerlo por medio de actos inequívocos como llorar, resistirse físicamente, irse del lugar, etc.<sup>67</sup> En el segundo modelo se requiere un consentimiento afirmativo de las partes en tener relaciones sexuales, cuyo contenido exprese la disposición a favor del acto sexual.<sup>68</sup> Aquel puede ser comunicado verbalmente o no, lo que incluye lenguaje corporal, gestos, otras acciones,<sup>69</sup> que por regla general debe darse antes del acto sexual.<sup>70</sup>

Los problemas entre estos dos modelos suelen aparecer en los casos de ambigüedad, cuando hay señales de pasividad notorias. P. ej., la persona permanece en silencio, no se mueve, de un modo más parecido a un cadáver que a una persona.<sup>71</sup> Un caso puede ser el siguiente:

*Soledad en la cima:*<sup>72</sup> Miguel está en su lujosa habitación de hotel y Sara toca la puerta. Él la invita a pasar. Luego de un rato mirando la televisión, él quiere tener relaciones sexuales con ella. Después de insinuársele, la lleva a su cama donde finalmente mantienen relaciones sexuales. Sin embargo, ella está petrificada sobre la cama y no se

---

nota 3, p. 129 con nota al pie n.º 26). Escéptico sobre la absoluta plausibilidad del modelo afirmativo, SILVA SÁNCHEZ, *supra* nota 34, 22/98.

<sup>65</sup> Un panorama es hallable en GREEN, *supra* nota 3, pp. 124 ss.

<sup>66</sup> HÖRNLE, *supra* nota 38, p. 160.

<sup>67</sup> HÖRNLE, *supra* nota 38, p. 160.

<sup>68</sup> Cf. FERZAN, *supra* nota 16, p. 413.

<sup>69</sup> GREEN, *supra* nota 3, p. 129; TIERKHEIMER, “Affirmative Consent”, en *Ohio State Journal of Criminal Law*, 2016, pp. 442 ss.; WERTHEIMER, *supra* nota 33, p. 153 s. Diferente, REMIK, “Read Her Lips: An Argument For A Verbal Consent Standard In Rape”, en *University of Pennsylvania Law Review*, 1993, p. 1105, quien sostiene solamente que para el consentimiento es válida una comunicación verbal: “no” significa “no”, “sí” significa “sí”, y la falta de toda comunicación significa un “no”. En términos más específicos, un “no” o su equivalente verbal sería determinante para la cuestión del consentimiento, al igual que un “sí” libremente dado o su equivalente verbal. La falta de un “sí” o de su equivalente verbal daría lugar a la presunción de falta de consentimiento.

<sup>70</sup> VAVRA, *supra* nota 54, p. 323 s.

<sup>71</sup> HÖRNLE, *supra* nota 9, p. 205.

<sup>72</sup> Este caso está tomado del capítulo 8 de la primera temporada de la serie de televisión *The Morning Show*, dirigido por Michelle MacLaren, escrito por JC Lee y emitido el 6 de diciembre de 2019 por AppleTV+.

mueve ni emite sonido alguno. Miguel no se detiene, ya que está convencido de que ella fue a su habitación porque quería tener relaciones sexuales con él.

Este caso es sumamente problemático si se analiza desde el punto de vista performativo porque la víctima no realizó una acción comunicativa en sentido positivo, pero tampoco se puede decir que rechazó el acto. Son casos de suma ambigüedad. El modelo “solo sí es sí” debería asumir que Sara no ha dado su consentimiento válido al acto sexual, porque el consentimiento debe ser claro y reconocible. Pero el modelo “no es no” debería interpretar que hubo un acto no verbal – seguir las relaciones sexuales y no comunicar su confusión o negativa – de aceptación o aquiescencia de la conducta sexual. En particular, se sostiene que en casos de ambigüedad menos claros, aquella parte que no quiere participar tiene una obligación de manifestar la disconformidad.<sup>73</sup>

### *c. La postura híbrida*

Se la llama híbrida<sup>74</sup> porque asume que tanto el estado mental como lo que se haya comunicado constituyen elementos para un consentimiento válido. Así, el consentimiento sería tanto una decisión subjetiva como un acto social cuyo objeto es expresar o transmitir un estado mental particular. Es decir, aquello que se comunica debe corresponderse con lo querido. Eso hace que sea una “transacción” entre dos partes.<sup>75</sup> No queda claro, no obstante, cómo se deberían juzgar los casos en los que no haya una correspondencia entre lo querido y lo expresado: ¿si se expresó un consentimiento positivo, pero el estado mental era negativo, entonces no hubo consentimiento? ¿Y qué sucede en el caso inverso?

## **III. La cuestión del engaño y su valoración jurídica**

Una vez aclarado el estado actual de la discusión sobre cómo debe manifestarse el consentimiento para ser válido, podemos decir que, en la actualidad, el derecho penal de varios países define el injusto penal de los abusos o agresiones sexuales a partir de la falta de

---

<sup>73</sup> Así, HÖRNLE, *supra* nota 9, p. 205. Véanse las condiciones según GARDNER / SHUTE, “La ilicitud de la violación” (trad. José Milton PERALTA), en MORESO MATEOS / FERRER BELTRÁN (ed.), *Ofensas y defensas*, Barcelona, Marcial Pons, 2012, p. 47 s.; WERTHEIMER, *supra* nota 33, p. 154.

<sup>74</sup> SHERWIN, *supra* nota 15, p. 216. Con dudas, ALEXANDER, *supra* nota 14, p. 1.

<sup>75</sup> SHERWIN, *supra* nota 15, p. 216 s. Escéptico acerca de su plausibilidad SCHNÜRIGER, *supra* nota 31, p. 25 s.

consentimiento: el abuso sexual sería una relación sexual no consentida.<sup>76</sup> Estos abarcarían las relaciones sexuales realizadas por medio de fuerza o coacción sobre las personas, lo cual se ha legislado expresamente en muchos códigos penales como el nuestro en el art. 119 CP. Pero la pregunta ahora recae en aquellos casos en los que no es tan evidente que estemos frente a un consentimiento válido. Recientemente ha cobrado mucha visibilidad en la literatura la pregunta por la relevancia penal del engaño<sup>77</sup> como elemento que excluye un consentimiento válido. La pregunta es si aquel que se aprovecha de un error o engaña a su pareja sexual para conseguir así su (viciado) consentimiento sería responsable penalmente por el delito sexual correspondiente.<sup>78</sup> Por razones de espacio no podré desarrollar en profundidad toda la discusión en torno a los engaños en relación a las relaciones sexuales, pero intentaré exponer un panorama fundamental al respecto. Esto es necesario porque aquí es donde se abre el debate por la punibilidad de Marino en nuestro caso *stealthing*: Elena y él habían pactado el uso de preservativo y él rompe ese pacto hecho con su contraparte sobre un elemento que era decisivo para conseguir su consentimiento al quitarse el preservativo sin consultarla o darle aviso. Además, cabe mencionar que nuestro código penal no contiene una disposición explícita sobre cómo debería tratarse el engaño a la pareja sexual, sino que la cuestión ha quedado abierta a la interpretación de la doctrina y la jurisprudencia.<sup>79</sup>

En este debate sobre los engaños es de suma importancia su análisis, pues si aceptamos que el abuso sexual se caracteriza por relaciones sexuales no consentidas, tenemos que analizar si un engaño tiene la fuerza suficiente como para hacer caer el consentimiento inicialmente dado y, por

---

<sup>76</sup> GREEN, *supra* nota 3, pp. 119 ss.

<sup>77</sup> Entre muchos otros, COCA VILA, *supra* nota 1, pp. 432 ss.; DOUGHERTY, *supra* nota 25, pp. 719 ss.; SCHEIDECKER, *supra* nota 13, pp. 772 ss; THERON, *supra* nota 7, pp. 36 ss. El error o el engaño puede recaer sobre innumerables elementos de diversa naturaleza. Al respecto, en profundidad, COCA VILA, *supra* nota 1, pp. 435 ss.; HOVEN / WEIGEND, “Sobre la punibilidad del engaño en el (nuevo) derecho penal sexual”, en LERMAN / TUÑÓN CORTI (dir.), *Fundamentos y límites del consentimiento en los delitos sexuales en la obra de Elisa Hoven*, pp. 132 ss.; WERTHEIMER, *supra* nota 33, pp. 195 ss. Véase la discusión filosófica sobre qué implica engañar y el concepto de falsedades en el concepto “D6” en MAHON, “The Definition of Lying and Deception”, en ZALTA (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, invierno 2016.

<sup>78</sup> Véase COCA VILA, *supra* nota 1, p. 436; DOUGHERTY, *supra* nota 25, 720; HÖRNLE, *supra* nota 19, § 177 n.º m. 3; SCHEIDECKER, *supra* nota 13, pp. 776 ss. El Tribunal Supremo español —STS 603/2024, p. 5 (ECLI:ES:TS:2024:3418)— recientemente declara que, según la redacción vigente del art. 178, CP español (abuso sexual), el engaño no es un medio idóneo para invalidar el consentimiento. Al respecto, RAGUÉS, “Número monográfico: El tratamiento jurídico del *stealthing*. Comentario a la STS 603/2024, de 14 de junio”, en *Revista Crítica de Jurisprudencia Penal*, 2024, p. 457.

<sup>79</sup> Pero sí están legislados en el Sexual Offences Act 2003 del Reino Unido en su art. 76, en el art. 265.3 (c) del código penal canadiense y Crimes Act 1900, Section 67.1, j) del código penal australiano.

tanto, podamos decir que el engaño transforma esa relación sexual en una “no consentida”.<sup>80</sup> En los casos de engaños en general, se suele hablar de un déficit del consentimiento porque la persona aquiescente toma una decisión que no se corresponde con sus valores subjetivos.<sup>81</sup> En particular, la mentira fuerza a la víctima a seguir los objetivos de quien la emite en lugar de los propios. Dado que la capacidad de decidir sobre un plan de vida y establecer metas personales es un aspecto esencial de la autonomía sexual, las mentiras utilizadas para manipular constituyen una afectación especialmente grave a la autonomía.<sup>82</sup> No obstante, se debe señalar que el consentimiento perfecto no existe (o no suele existir),<sup>83</sup> en el sentido de que es prácticamente imposible conocer y consentir absolutamente todos los aspectos de un acto, por más mínimos que sean.

En este marco, se discute la cuestión de, entonces, qué condiciones debe cumplir un engaño para que pueda ser suficiente para invalidar el consentimiento de la contraparte en tener relaciones sexuales en un mundo en el que el consentimiento nunca va a ser perfecto. Una primera postura parte de considerar como relevantes a los errores sobre condiciones necesarias para el consentimiento. Así, DOUGHERTY suele partir de dos factores que deberían constatarse acumulativamente.<sup>84</sup> En primer lugar, el engaño debe referirse al encuentro sexual, lo que incluiría los datos personales, debido a que cada persona es una parte esencial del encuentro sexual. P. ej., esto incluiría el engaño sobre si esta persona utiliza métodos anticonceptivos, sobre su profesión o sobre sus actitudes mentales (p. ej., estar enamorado o una promesa de matrimonio en caso de consumarse la relación sexual).<sup>85</sup> En segundo lugar, el engaño debe referirse a un

---

<sup>80</sup> DOUGHERTY, *supra* nota 25, p. 727; SCHEIDEGGER, *supra* nota 13, p. 773. Se ha sostenido que el injusto de la coerción como medio comisivo del abuso sexual es más grave que el engaño. Paradigmático PUNDIK, “Coercion and Deception in Sexual Relations” en *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, vol. 28, 2015, pp. 109 ss., quien sostiene que, en el engaño, el autor no se enfrentó a una reacción de rechazo de la víctima durante el acto sexual, sino que aquel será futuro, a diferencia de las relaciones sexuales coactivas. En contra, STRAUSS, “Persuasion, Autonomy, and Freedom of Expression”, en *Columbia Law Review*, 1991, p. 354: el engaño es más insidioso porque la víctima ni siquiera sabe que se ha apoderado de ella y que está siendo manipulada. Al menos en los casos de coacción pura y dura, su mente es libre.

<sup>81</sup> SCHEIDEGGER, *supra* nota 13, p. 772.

<sup>82</sup> STRAUSS, *supra* nota 80, pp. 354 s. También NORTON, “Lies and the Constitution”, en *The Supreme Court Review*, 2013, p. 166, aunque posteriormente indica que las falsedades pueden contribuir al desarrollo de la propia autonomía y privacidad. Sobre ese punto, véase BERGELSON, *supra* nota 31, p. 635 s.; SCHEIDEGGER, *supra* nota 13, pp. 780 ss.; TUÑÓN CORTI, “Estado de necesidad agresivo justificante y adecuación. Una interpretación a partir del *Means Principle*”, en *InDret*, 2024, p. 327.

<sup>83</sup> Similar COCA VILA, *supra* nota 1, p. 450; SCHULHOFER, *supra* nota 11, p. 54.

<sup>84</sup> DOUGHERTY, *supra* nota 25, p. 719.

<sup>85</sup> DOUGHERTY, *supra* nota 25, p. 719.

*dealbreaker*:<sup>86</sup> es un factor decisivo respecto de la característica del encuentro sexual que resulta ser *conditio sine qua non* para el encuentro.<sup>87</sup> En otras palabras, si la otra persona no habría estado dispuesta a participar en la relación sexual en cuestión si hubiese sabido la verdad, entonces estamos frente a un *dealbreaker*.

Esta postura, que considera como abuso sexual todo tipo de engaño o aprovechamiento –sea este creado activamente por el autor o pasivamente cuando reconoce que la otra parte se ha creado una falsa creencia– que sea *conditio sine qua non* para obtener el consentimiento también ha sido receptada en la doctrina de derecho penal.<sup>88</sup> Estos autores, incluso van más lejos al señalar que, una vez notado el error por parte del autor, aquel tiene un deber de aclarar la verdadera situación y sacar a la otra parte del error, por más mínimo o indiferente que parezca, incluso si resulta moralmente inaceptable o discriminatorio.<sup>89</sup> Véase el siguiente ejemplo:<sup>90</sup>

*Vegano*: Santiago tiene una cita con Ángeles en un restaurante vegano. Ángeles le dice a Santiago que ella solo tendría relaciones sexuales con veganos. Santiago, que suele comer carne vacuna habitualmente, no dice nada y cambia de tema. Esa noche, tiene relaciones sexuales con Ángeles.

Se le ha criticado a esta postura que va demasiado lejos, dado que el hecho de ser vegano parecería ser irrelevante para el derecho penal, en el sentido de que un engaño de esta clase no

---

<sup>86</sup> DOUGHERTY, *supra* nota 25, p. 731. Este concepto es tomado ampliamente en la literatura. P. ej., COCA VILA, *supra* nota 1, pp. 441 ss.; GREEN, *supra* nota 3, Cap. 6; THERON, *supra* nota 7, p. 41; VAVRA, “Täuschungen als strafbare Eingriffe in die sexuelle Selbstbestimmung”, en ZIS, 2018, p. 613. Diferente, TILTON / ICHIKAWA, *supra* nota 31, p. 135, 141; los autores consideran que es mejor hablar de una característica esencial [*core feature*]. En contra de esto se pronunció el Tribunal Supremo español (ECLI:ES:2024:3418) (cf. RAGUÉS, *supra* nota 78, p. 457 s.).

<sup>87</sup> DOUGHERTY, *supra* nota 25, p. 719. Para un caso práctico donde se ve claramente cómo el uso de preservativo era un *dealbreaker* cf. la resolución CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL, “G.K., M. s/abuso sexual”, Sala VII, 29 de agosto de 2024 (CCC 9235/2024/CA1).

<sup>88</sup> HERRING, “Does Yes Mean Yes — The Criminal Law and Mistaken Consent to Sexual Activity”, en *Singapore Law Review*, vol. 22, 2002, p. 193; VAVRA, *supra* nota 86, p. 613 s.

<sup>89</sup> Cf. SILVA SÁNCHEZ, *supra* nota 34, 22/77. Véase el caso *State of Israel v. Kashur* en PUNDIK, “The Law of Deception”, en *Notre Dame Law Review Online*, 2018, pp. 172 ss.

<sup>90</sup> Un caso similar es presentado por DOUGHERTY, *supra* nota 25, p. 728.

parecería afectar la integridad o libertad sexual de la víctima de un modo relevante.<sup>91</sup> Estoy de acuerdo con esta crítica y considero que la postura que asume que todo engaño respecto de una condición necesaria para el otorgamiento del consentimiento debe ser rechazada. Es contraintuitivo señalar que en casos como “vegano” se ha producido un abuso sexual, incluso si la víctima fue engañada sobre un aspecto decisivo para otorgar su consentimiento. Dicho en otras palabras, el engaño sobre un *dealbreaker* parecería ser una condición necesaria para que pueda hablarse de un abuso sexual en casos de engaño, pero no suficiente. Exactamente qué es necesario para poder distinguir entre *dealbreakers* suficientes y *dealbreakers* insuficientes para invalidar el consentimiento es una tarea complicada y que todavía no ha tenido una respuesta convincente. Sin embargo, creo que es posible señalar algunos puntos de partida para hacer esa delimitación. Una vez acreditado el engaño sobre un *dealbreaker*, todavía es necesario realizar una evaluación sobre qué razones adicionales hay a favor o en contra de considerar que el consentimiento se encuentra (o no) viciado. Como señala TADROS,<sup>92</sup> esa consideración es posible que deba ser realizada caso a caso y que no pueda brindarse un principio abarcativo.

En contraposición a esta postura, hay otra corriente que intenta restringir una punibilidad tan amplia y opta por diferenciar normativamente entre clases de engaños que sean penalmente relevantes.<sup>93</sup> Principalmente en la doctrina anglosajona, se distingue entre fraude en el hecho (*fraud in the factum*), que siempre viciaría el consentimiento, y fraude en el incentivo (*fraud in the inducement*), que en principio no lo viciaría.<sup>94</sup> El primero se refiere al engaño respecto de la naturaleza sexual del acto, p. ej., la víctima no es consciente de estar participando de una relación sexual.<sup>95</sup> El segundo se refiere a un engaño que más bien cae sobre las características, motivos o

---

<sup>91</sup> Críticos a esta postura COCA VILA, *supra* nota 1, pp. 442 ss.; SCHEIDECKER, *supra* nota 13, p. 778 s; SILVA SÁNCHEZ, *supra* nota 34, 22/81; TILTON / ICHIKAWA, *supra* nota 31, p. 133 especialmente en cuanto a la postura de DOUGHERTY: va demasiado lejos y hace depender la existencia de una violación en la idiosincrasia individual (*supra* nota 33, p. 134).

<sup>92</sup> TADROS, *supra* nota 29, p. 466. Próximo SILVA SÁNCHEZ, *supra* nota 34, 22/81.

<sup>93</sup> COCA VILA, *supra* nota 1, pp. 453 ss.; GONZÁLEZ GUERRA / IMAZ, *supra* nota 1, p. 104; GREEN, *supra* nota 3, p. 154; TILTON / ICHIKAWA, *supra* nota 31, pp. 139 ss.; WIBNER, *supra* nota 1, p. 282. En profundidad sobre los fundamentos, GREEN, *supra* nota 3, pp. 152 ss., especialmente p. 155.

<sup>94</sup> Al respecto GREEN, *supra* nota 3, p. 148 s.; TILTON / ICHIKAWA, *supra* nota 31, p. 140; WERTHEIMER, *supra* nota 33, p. 195 s. con claros ejemplos, aunque posteriormente descarta tal distinción en p. 206.

<sup>95</sup> Un caso muy conocido es aquel en el que el médico ginecólogo finge estar haciendo un examen clínico de rutina cuando, en verdad, le realiza una penetración a su paciente-victima. Al respecto, CHESSER / ZAHRAB, *supra* nota 1, p. 224; GREEN, *supra* nota 3, p. 157; SILVA SÁNCHEZ, *supra* nota 34, 22/78.

hechos en particular.<sup>96</sup> Se dijo que el fraude en el incentivo “en principio” no viciaría el consentimiento, porque también hay posturas que consideran que, más allá de esta clasificación, lo relevante es determinar qué clases de engaños son los que finalmente menoscaban la autonomía sexual negativa<sup>97</sup> jurídicamente protegida por la norma, en el sentido de una afectación penalmente relevante de la autonomía sexual,<sup>98</sup> ya que no todo engaño tiene tal efecto.<sup>99</sup> Según COCA VILA hay tres categorías básicas de engaños *dealbreakers* que resultan ser penalmente relevantes:<sup>100</sup> a) la naturaleza sexual de la actividad; b) la identidad personal de las partes; c) el grado de injerencia corporal. Esta última es de suma importancia para el *stealthing*.

En este trabajo asumiré que esta segunda postura es la correcta y dejaré abierta la cuestión de si ciertos fraudes en los motivos, además de los clásicos fraudes en el hecho, pueden viciar el consentimiento. Ya se señaló que no todos los engaños sobre *dealbreakers* son condiciones suficientes para viciar el consentimiento (caso *Vegano*) y se asumió como correcta la visión de TADROS respecto de que los casos de engaño merecen una ponderación caso a caso. Entre los factores de ponderación a tener en cuenta está, especialmente, la cuestión de si el derecho penal puede dejar cierto ámbito de libertad para la configuración del consentimiento en las relaciones sexuales. En particular, un deber de decir la verdad sobre cualquier circunstancia que configura un *dealbreaker* parece ir demasiado lejos en la protección de la libertad negativa, por sobre la libertad positiva de las partes respecto de su derecho a participar en relaciones sexuales. En casos en los que esa ponderación es “dudosa”, parecería que el derecho penal, con su carácter fragmentario o de *ultima ratio* debería abstenerse de actuar. No obstante, cuando el engaño se produce sobre circunstancias que ya desde una contemplación objetiva son importantes para cualquier parte interesada en tener relaciones sexuales, como las señaladas por COCA VILA (naturaleza sexual de la actividad, identidad personal y grado de injerencia corporal), entonces parecería que estamos frente a un engaño penalmente relevante. Estas circunstancias importantes se condicen

---

<sup>96</sup> GREEN, *supra* nota 3, p. 149.

<sup>97</sup> COCA VILA, *supra* nota 1, p. 449. Así, lo relevante no es que haya sido una *conditio sine qua non*, sino que el engaño lesiona el derecho que tiene una persona a decidir con base en una información veraz (COCA VILA, *supra* nota 1, p. 452).

<sup>98</sup> COCA VILA, *supra* nota 1, p. 451.

<sup>99</sup> COCA VILA, *supra* nota 1, p. 453. Similar GILI PASCUAL, *supra* nota 1, p. 111; SCHEIDECKER, *supra* nota 13, p. 781 s.

<sup>100</sup> No desarrollaré el punto a) y b) por carecer de trascendencia en el *stealthing*. Al respecto, COCA VILA, *supra* nota 1, pp. 454 ss.

esencialmente con las correspondientes al clásico fraude en el hecho, aunque, como señalé más arriba, dejo abierta la cuestión de si puede haber fraudes en los motivos penalmente relevantes.

#### **IV. *Stealthing* como violación en el derecho penal argentino**

##### **1. *Stealthing* como engaño penalmente relevante**

En base a lo señalado, voy a considerar que en el caso del *stealthing* el autor no ha respetado la autonomía sexual de la otra parte cuando se había acordado explícitamente relaciones sexuales con protección, como el caso de Marino y Elena. Esto invalidaría el consentimiento de Elena por hallarse un engaño penalmente relevante<sup>101</sup> aunque primero hay que explicar por qué esto es así.

En primer lugar, quisiera retomar la cuestión de si ha habido consentimiento o no en este caso, a partir de las distintas posturas respecto de lo que el consentimiento realmente *es* o, al menos, respecto de cómo ha sido regulado en el derecho penal respectivo. Entiendo que el problema de los engaños, en general, y del *stealthing*, en particular, es relativamente independiente de la discusión sobre la ontología del consentimiento. Si se considera que el consentimiento es un estado mental, entonces surge la pregunta de si ese estado mental estaba presente al momento del hecho (puntualmente, al momento de la remoción del preservativo) en casos de *stealthing*. Hay que determinar, entonces, qué engaños son relevantes para afectar al estado mental característico de la aquiescencia en tener relaciones sexuales. Los modelos performativos tienen exactamente el mismo problema, debido a que si bien Marino no actuó en contra de una negativa a tener relaciones sexuales (“no es no”) y, de hecho, obtuvo la aquiescencia positiva de Elena (“sí es sí”), lo cierto es que resta saber si el retiro el condón es capaz de afectar la evaluación. En modelos performativos “sí es sí” esto es evidente: habría que determinar si el engaño es tan relevante como para poder afirmar que Marino tenía un deber de obtener un “sí” de Elena antes de sacárselo. La cuestión no es tan clara en modelos performativos “no es no”, ya que la víctima engañada, por supuesto, no está en condiciones de negarse ante lo que no conoce. No

---

<sup>101</sup> CASTELLVÍ MONSERRAT, *supra* nota 1, p. 192; COCA VILA, *supra* nota 3, pp. 300 ss.; GILI PASCUAL, *supra* nota 1, p. 108; GONZÁLEZ GUERRA / IMAZ, *supra* nota 1, p. 104; HÖRNLE, *supra* nota 1, p. 157; THERON, *supra* nota 7, p. 38; TILTON / ICHIKAWA, *supra* nota 31, p. 143; VALVERDE-CANO, “*Stealthing* y otras relaciones sexuales en las que media engaño: tres premisas para decidir sobre su castigo”, en *Diario La Ley*, 2024, p. 3; WERTHEIMER, *supra* nota 33, p. 209. Véase también CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL, “G.K., M. s/abuso sexual”, Sala VII, 29 de agosto de 2024 (CCC 9235/2024/CA1). En contra FRANZKE, *supra* nota 1, p. 120.

obstante, creo que el caso es igual de relevante que para los otros modelos, en la medida en que el aprovechamiento de que la víctima no tuvo la oportunidad de “vetar” el acto sexual (p. ej., porque estaba dormida o porque se trató de un tocamiento realizado subrepticiamente) también son considerados por el modelo performativo como abusos sexuales. La pregunta para este modelo es si esta clase de engaño es lo suficientemente importante como para que pueda hablarse de que la víctima no estuvo en condiciones de consentir por falta de información sobre el hecho. Por tanto, considero que el problema es esencialmente el mismo, con independencia de la postura que uno siga respecto de la ontología del consentimiento.

En segundo lugar, en el caso queda claro que el uso de preservativo es un *dealbreaker*<sup>102</sup> y, dentro de estos últimos, un fraude en el *factum*.<sup>103</sup> Por tanto, según la posición aquí defendida, tendríamos un engaño penalmente relevante, ya que se cumplen las dos condiciones acumulativas mencionadas más arriba. Por un lado, el uso de preservativo era *conditio sine qua non* para tener relaciones sexuales. Por otro lado, el engaño está vinculado a una característica esencial del hecho mismo, puntualmente a la injerencia corporal del acto sexual. Se trata, por consiguiente, de una característica básica del hecho, respecto de la cual la víctima tenía un derecho a ser informada en caso de que se produjese una modificación intempestiva de la existencia, o no, de esa característica en la relación sexual. De modo un tanto plástico, los casos de *stealthing* lucen más similares a un acto sexual cometido por un médico que le miente a su paciente respecto de la necesidad médica de realizarle un tacto rectal (ejemplo claro de engaño penalmente relevante) que a un acto sexual en el que se produce un engaño sobre el carácter de vegano de una de las partes (ejemplo claro de engaño penalmente irrelevante).

Lo esencial para la fundamentación ya recae en la autonomía sexual en sentido estricto y su expresión a través del consentimiento.<sup>104</sup> Toda persona tiene el derecho de controlar el

---

<sup>102</sup> DOUGHERTY, *supra* nota 25, p. 731. TILTON / ICHIKAWA, *supra* nota 31, p. 135, consideran que incluso si Elena se hubiese dado cuenta que Marino se había quitado el profiláctico, pero a ella le era indiferente, a pesar de lo pactado, la conducta sería igualmente punible, ya que ellos no consideran el *dealbreaker* como factor esencial, sino el hecho de que directamente esa conducta no se había pactado.

<sup>103</sup> SCHEIDEGGER, *supra* nota 13, p. 777; TILTON / ICHIKAWA, *supra* nota 31, p. 140 s.

<sup>104</sup> COCA VILA, *supra* nota 3, p. 299.

comportamiento de otros dentro de su esfera jurídica,<sup>105</sup> como correlato de ser seres autónomos. Pues cada uno tiene el derecho de renunciar a determinados derechos al permitirle a otro una injerencia en nuestra esfera. El problema aparece cuando uno se representó estar renunciando a cierto derecho pero, en verdad, se estaba invadiendo otro.<sup>106</sup> Es decir, la víctima consintió un acto que en la realidad no terminó ocurriendo, sino que ocurrió otra cosa que ella nunca consintió.<sup>107</sup> Entonces, el engañador, al soslayar un obstáculo que se sabe impediría el encuentro sexual, le quita ese poder a la otra persona de ejercer su autonomía sexual. Ese derecho a decidir en qué medida cada uno quiere involucrarse en una relación sexual está íntimamente relacionado con nuestro derecho agencial.<sup>108</sup> Esto nos dará la posibilidad de tomar decisiones sobre lo que puede ocurrir permisiblemente en los ámbitos personales sobre los que tenemos control exclusivo como lo es el propio cuerpo. Disponer de estos ámbitos personales es crucial para conducir nuestras vidas como nos gustaría. En paralelo, los demás tienen la obligación de respetar esas decisiones. Tal como indica DOUGHERTY, si nuestras decisiones determinan al máximo la permisibilidad de las acciones de los demás, los derechos a los que renunciamos deben ser los derechos a los que pretendemos renunciar. Solo así seremos plenamente soberanos en esos ámbitos.<sup>109</sup> En el caso del *stealthing*, la parte afectada quiso permitir restrictivamente que la conducta sexual sea con protección, pero de ningún modo sin ella. Este “desnivel” es jurídicamente relevante porque una relación sexual sin protección no fue consentida como injerencia corporal.<sup>110</sup>

En tercer lugar, se debe señalar que independientemente de que en este caso fue más que explícito que Elena quería e insistió en el uso de preservativo, sería incluso suficiente que el engañador ya hubiese sabido cuál es el *dealbreaker* para la víctima.<sup>111</sup> P. ej., si uno ya en la primera cita le menciona al otro que siempre tiene relaciones con protección, esto ya puede entenderse de

---

<sup>105</sup> DOUGHERTY, *supra* nota 25, p. 733 s. En general, véase PAWLIK, *El injusto del ciudadano*, (trad. Ivó COCA VILA, Marcelo LERMAN y Hernán OROZCO LÓPEZ), Bogotá y otra, Editorial Universidad Externado de Colombia y otra, 2023, pp. 134 ss., 214 ss.

<sup>106</sup> Piénsese en el caso del ginecólogo o urólogo que les hace creer a sus pacientes que le debe realizar un estudio pero en realidad les practica un acto sexual.

<sup>107</sup> Así la explicación de TILTON / ICHIKAWA, *supra* nota 31, p. 144.

<sup>108</sup> DOUGHERTY, *supra* nota 25, p. 734; SCHEIDEGGER, *supra* nota 13, p. 777; WERTHEIMER, *supra* nota 33, p. 208.

<sup>109</sup> DOUGHERTY, *supra* nota 25, p. 735. De acuerdo THERON, *supra* nota 7, p. 36 s.

<sup>110</sup> Véase BRODSKY, *supra* nota 1, p. 187; CHESSER / CLOUGH-RICCI, *supra* nota 1, p. 309; HÖRNLE, *supra* nota 9, p. 209. Véase también el voto particular del STS 3418/2024 (ECLI:ES:TS:2024:3418).

<sup>111</sup> DOUGHERTY, *supra* nota 25, p. 734.

manera suficiente como un consentimiento a tener relaciones sexuales pero con protección.<sup>112</sup> En ese sentido, la confianza (incluso mínima) que caracteriza a un encuentro sexual coloca en el *partner* un deber de respetar los alcances de su consentimiento de la otra parte.

## 2. Sobre la postura contraria

En contra de lo aquí sostenido, se ha señalado que en el análisis del *stealthing*, debemos hacer una disociación de objetos: por un lado, la cuestión de la relación sexual con penetración propiamente dicha; por otro lado, una cuestión más bien “instrumental”<sup>113</sup> que se refiere a la forma de llevar a cabo la relación sexual, como el uso (o no) de preservativo.<sup>114</sup> Aunque ambas pueden afectar la autonomía sexual, la segunda lo hace en menor medida. Así, no habría engaño ni error sobre lo primero, sino sobre la práctica sexual concreta y el consentimiento está afectado en menor medida porque, al fin y al cabo, la penetración sí estaba consentida, entonces el ilícito sería menor.<sup>115</sup> Lo que no estaría consentido es la relación sexual arriesgada por la falta de protección.<sup>116</sup> Pues sería diferente el caso en el que directamente no hay consentimiento (por coacciones, fuerza, etc.) al caso en el que, de algún modo, algún tipo de consentimiento hubo.<sup>117</sup> Esto tendría consecuencias prácticas respecto de la subsunción en uno u otro tipo penal, lo cual será analizado en el siguiente punto.

Además, se ha afirmado que en casos como el aquí tratado no habría un delito contra la integridad sexual por considerar que el tipo penal básico de abuso sexual no reconoce como inválido el consentimiento otorgado en base a informaciones falsas o engaños. En todo caso, cabría una punibilidad por delitos de lesiones corporales, ya que lo trascendental del retiro del condón es

---

<sup>112</sup> TILTON/ICHIKAWA, *supra* nota 31, p. 148 s. con el ejemplo del caso canadiense Kirkpatrick. Posteriormente, en el 2022, la Corte Suprema de Canadá aclaró que “Non-consensual condom refusal or removal is a form of sexual violence”.

<sup>113</sup> Así lo denomina VALVERDE-CANO, *supra* nota 101, p. 4.

<sup>114</sup> GILI PASCUAL, *supra* nota 1, p. 131.

<sup>115</sup> La discusión de GILI PASCUAL se centra en el Código Penal español. Por ende, él entiende que el *stealthing* merecería la calificación de abuso sexual no agravado por acceso carnal (art. 178, CP español) pero de ninguna manera de violación (art. 179, CP español). Similar, VALVERDE-CANO, *supra* nota 101, p. 9.

<sup>116</sup> VALVERDE-CANO, *supra* nota 101, p. 9. Sin dudas, las víctimas tendrán temor ya sea de un embarazo no deseado o de una enfermedad de transmisión sexual. En el mismo sentido, BRODSKY, *supra* nota 1, 186, p. 191 s.

<sup>117</sup> GILI PASCUAL, *supra* nota 1, p. 115; VALVERDE-CANO, *supra* nota 101, p. 9, considera que diferenciar dos objetos distintos en una relación sexual es procedente.

el riesgo de transmisión de agentes patógenos o embarazo no deseado<sup>118</sup>, incluso en grado de tentativa. Además, podría entrar en consideración el delito de injurias por considerar una degradación a la víctima. De esta manera, no habría una laguna legal.<sup>119</sup> Esta postura no es correcta como cuestión de derecho positivo en Argentina, ya que el delito de abuso sexual tiene una cláusula explícita de ausencia de consentimiento en la que los casos de engaños pueden ingresar sin mayores problemas, a partir del art. 119, primer párrafo, CP: “aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción”. De ahí que la postura consistente en considerar a los engaños como abusos sexuales no afecte en absoluto la letra de la ley, al menos en Argentina.

Además, tampoco estoy de acuerdo con esta postura recién desarrollada. BRODSKY sostiene correctamente que el consentimiento para el contacto íntimo con un preservativo es muy diferente al consentimiento para un contacto con piel,<sup>120</sup> lo cual también ha sido confirmado por jurisprudencia de distintos países.<sup>121</sup> No interesa que se haya consentido “la penetración” en un sentido amplio, porque aquella tiene distintos elementos que también se consienten, pues porque uno puede consentir la penetración, pero con ciertas condiciones. Es el *tipo* de penetración que se consiente, sumado a la negativa por parte de la víctima a la exposición a enfermedades de transmisión sexual sugerido. De no sostener esto, deberíamos decir que cuando se consiente una penetración vaginal también sería paralelamente un consentimiento que incluye la penetración anal u oral y esto resulta sumamente contraintuitivo.<sup>122</sup> Aquí el acto sexual realizado se desvía del consentimiento inicial de un modo que objetivamente conduce a un cambio significativo de la naturaleza e intensidad del acto sexual. Es cierto que el uso de preservativo implica también la restricción a una injerencia en la integridad física que tiene que ver con la salud,<sup>123</sup> pero sigue

---

<sup>118</sup> Al respecto, véase TONI, *supra* nota 1, p. 155 s.

<sup>119</sup> Así FRANZKE, *supra* nota 1, pp. 120 ss. Crítica TONI, *supra* nota 1, p. 162 s. Sobre la jurisprudencia española que consideró anteriormente el tipo de lesiones corporales, GILI PASCUAL, *supra* nota 1, pp. 89 ss.

<sup>120</sup> BRODSKY, *supra* nota 1, p. 190. De acuerdo, COCA VILA, *supra* nota 1, p. 457; CASTELLVÍ MONSERRAT, *supra* nota 1, p. 193; GONZÁLEZ GUERRA / IMAZ, *supra* nota 1, p. 104; HÖRNLE, *supra* nota 1, p. 157; RENZIKOWSKI, *supra* nota 1, § 177 n.<sup>o</sup> m. 51; SCHEIDEGGER, *supra* nota 13, p. 777.

<sup>121</sup> P. ej., la Corte Suprema de Canadá en el caso Kirkpatrick en su segundo considerando: “Sex with and without a condom are fundamentally and qualitatively distinct forms of physical touching”. Similar SAP Sevilla, Sección 4, p. 7 (ECLI:ES:APSE:2020:1459) y STSJ Andalucía, p. 5 (ECLI:ES:TSJAND:2021:12396). En Alemania, AG Berlin-Tiergarten, con fecha 11 de diciembre de 2018, BeckRS 2018, 47070, n.<sup>o</sup> m. 37.

<sup>122</sup> COCA VILA, *supra* nota 3, p. 305; HÖRNLE, *supra* nota 19, § 177 n.<sup>o</sup> m. 35; SCHEIDEGGER, *supra* nota 13, p. 777.

<sup>123</sup> VALVERDE-CANO, *supra* nota 101, p. 7.

siendo una cuestión relacionada al tipo de penetración consentida. El hecho de consentir una penetración no implica que paralelamente se haya dado un consentimiento “en blanco para el futuro” a *cualquier* tipo de contacto sexual.<sup>124</sup> Por todo esto, la penetración tampoco está consentida y se considera que en *Stealthing* nos hallamos ante un engaño penalmente relevante (*dealbreaker* por grado en la injerencia).<sup>125</sup> Esto se debe a que la víctima no percibe que ha cambiado la naturaleza de la injerencia corporal o del contacto sexual en sus dimensiones físicas y el acto sexual concreto fue en contra de su voluntad.<sup>126</sup> Esto conlleva a considerar que el consentimiento de la víctima está viciado y, por tanto, no es válido.

De todas formas, creo que quedan por aclarar dos cuestiones no menores al respecto de esta última conclusión. La primera está relacionada con el reproche o incorrección moral en sí del *stealthing*, más allá de los daños físicos y psicológicos, incluso de las emociones.<sup>127</sup> Lo incorrecto del *stealthing* no puede residir *únicamente* en la transmisión de enfermedades o riesgos de embarazo no deseados, porque podemos considerar que puede ocurrir que no haya daños, incluso imaginemos un caso donde la víctima no se ha dado cuenta del retiro del preservativo.<sup>128</sup> En la discusión anglosajona sobre filosofía moral, se suele distinguir dentro de la ética deontológica entre fundamentos *agent-relative* y *patient-relative*.<sup>129</sup> El primero generalmente tiene que ver con una obligación relativa al autor, como lo es una obligación en particular de realizar o abstenerse de realizar alguna acción, p. ej., el deber negativo de no dañar (*neminem laedere*). En este sentido, autor tenía el deber negativo de no lesionar la autonomía sexual negativa de la víctima y no realizar ningún tipo de injerencia no consentida en su esfera. En lo que respecta a la perspectiva *patient-relative*, esta teoría se basa ya en los derechos más que en los deberes de las personas. Aquí es donde juega un papel fundamental el derecho que todos tenemos a no ser instrumentalizados o utilizados como medio para producir buenas consecuencias –como para el beneficio propio o de otros– sin nuestro consentimiento.<sup>130</sup> Más concretamente, se ha desarrollado en los últimos

---

<sup>124</sup> BRODSKY, *supra* nota 1, p. 190. De acuerdo, GILI PASCUAL, *supra* nota 1, p. 125; SCHEIDECKER, *supra* nota 13, p. 777.

<sup>125</sup> HÖRNLE, *supra* nota 9, p. 209.

<sup>126</sup> HÖRNLE, *supra* nota 19, § 177 n.º m. 35.

<sup>127</sup> Al respecto FERRARI/NOGUEIRA/NASCIMENTO, *supra* nota 1, pp. 299 ss.

<sup>128</sup> Tal como lo hacen GARDNER/SHUTE, *supra* nota 73, pp. 27 ss.; GARDNER, “Reasonable Reactions to the Wrongness of Rape”, *The Denning Law Journal*, vol. 29, 2017, pp. 4 ss., quiero quitar toda intromisión posible como las lesiones físicas, daños psicológicos, etc.

<sup>129</sup> ALEXANDER / MOORE, “Deontological Ethics”, en ZALTA, (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2007.

<sup>130</sup> *Pars pro toto* TUÑÓN CORTI, *supra* nota 82, pp. 322 ss.

tiempos el concepto del *Means Principle* en la filosofía deontológica centrado en la víctima que prohíbe la utilización del cuerpo, la fuerza de trabajo y el talento de otra persona sin su consentimiento, intentando darle un contenido concreto a esa tan conocida pero indefinida prohibición de instrumentalización.<sup>131</sup> El castigo en el *stealthing* se fundamenta principalmente desde el lado de la víctima (*patient-relative*) porque se la ha utilizado, instrumentalizado, para lograr un contacto sexual por penetración<sup>132</sup> del que la otra parte no solo que no era consciente sino que, además, no había consentido ya en un momento anterior. Esto fue plasmado en la jurisprudencia alemana,<sup>133</sup> donde se aseveró que al quitarse el preservativo en secreto, el agresor reduce deliberadamente a la víctima a un mero objeto de comportamiento sexual predeterminado por otros y la utiliza para su gratificación sexual personal.<sup>134</sup> Además de la instrumentalización, también es relevante el desprecio por parte del autor por la falta de consentimiento de la víctima:<sup>135</sup> En el *stealthing* hay una pérdida de la barrera mecánica y se somete a la víctima a una

---

<sup>131</sup> Cf. TUÑÓN CORTI, *supra* nota 82, pp. 327 ss.

<sup>132</sup> GARDNER / SHUTE, *supra* nota 73, p. 46.

<sup>133</sup> KG Berlin, sentencia del 27/7/2020 – 4 Ss 58/20, BeckRS 2020, 18243, n.º m. 17 ss. (ECLI:DE:KG:2020:0727.4SS58.20.00).

<sup>134</sup> Coincidien en la existencia de una instrumentalización COCA VILA, *supra* nota 1, p. 460; VAVRA, *supra* nota 86, p. 616. Véase también GARCÍA, *supra* nota 1, pp. 133 ss.

<sup>135</sup> GARDNER, *supra* nota 35, p. 49. También SCHUMANN, *supra* nota 1, § 177 n.º m. 9. Similar WIBNER, *supra* nota 1, p. 281. Si se asumiese que en los casos de *stealthing* el consentimiento queda intacto, igualmente eso no significa que el acto sea correcto. De hecho, tal acto puede ser violatorio de derechos y merecería criminalización. Para entender esto, es interesante la argumentación complementaria hecha por GARDNER hace unos años con respecto al consentimiento que puede ser trascendental para entender el reproche hecho en el *stealthing*. GARDNER, *supra* nota 35, pp. 58 ss., explica que el consentimiento ha sido una herramienta conceptual crucial para diferenciar entre relaciones sexuales válidas-justificadas y abuso sexual, aunque considera que se le ha exigido demasiado poder transformador y realmente no alcanza o refleja lo que se pretende. Le preocupan los casos en los cuales hubo un consentimiento, pero la relación queda de todas formas asimétrica, quedando lejos la posibilidad del consentimiento de ejercer un poder normativo verdadero. El motivo de esto es que una parte simplemente le permite que otra haga algo sobre ella (o al menos es así como se ha entendido el mecanismo del consentimiento). Pero esta estructura implica una dinámica de “agente-sufrido”, tornando al que consiente en un sujeto pasivo. Por eso, la actividad sexual no es simétrica agente-agente. Por el contrario, una parte estaría siendo utilizada sexualmente por la otra. Por esto, Gardner sugiere que tendría que exigirse una *actividad verdaderamente mutua o colaborativa*, lo cual iría más allá del consentimiento –tal como es entendido contemporáneamente– y eso es lo contrario a una violación (p. 60). ¿Cómo podría relacionarse esto con el *stealthing*? El *stealthing* no podría configurar tal actividad colaborativa en el análisis de GARDNER, sino todo lo contrario porque la víctima había pactado otro tipo de relación sexual. Aquí es donde se puede ver a qué se refiere GARDNER cuando habla de “asimetría” en la relación: Por un lado, no hay una actividad conjunta, basada en la reciprocidad y la agencia compartida (p. 69: “But in good sex, I mean sex that is good in the dimension I have explored in this paper, all parties are active. They act together, ideally as a team. Isn’t this how we would like things to be for women, all else being equal? Don’t we want women’s sexual agency to be affirmed, or at any rate to be in principle affirmable, in sexual relations between men and women?”). Por eso, el *stealthing* implica un cambio

intimidad sexual demasiado estrecha que no había consentido, cuestión que es decisiva en el contexto de las relaciones sexuales seguras.<sup>136</sup> Ese desprecio se ve reflejado en lo que el autor está haciendo sobre su víctima, lo cual es independiente de la consideración de la transmisión de enfermedades sexuales.<sup>137</sup> Esto refuta las posturas arriba descriptas que abogan por una minimización del injusto del *stealthing* y dividir los objetos, porque la penetración tampoco estaría consentida desde la perspectiva de GARDNER. También refuta aquella defensa de que el *stealthing* no tiene que ser tratado como un delito contra la integridad sexual y se sugiere solo un delito de lesiones o injurias.

Por último, cabe mencionar que el máximo tribunal español, en su voto mayoritario, rechazó recientemente la relevancia penal de los engaños con un *obiter dictum* de política criminal: “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 (...) Nos adentraríamos en una resbaladiza pendiente en que no habría forma racional de establecer límites”.<sup>138</sup> El argumento de la pendiente resbaladiza siempre es tentador y bastante popular en la argumentación jurídica pero es más exigente de lo que parece. Tal como explica PAWLICK, quienes invoquen un argumento de pendiente resbaladiza tendrán que explicitar cuál es exactamente el peligro que la prohibición que defienden pretende evitar. Ya que el argumento no cuestiona directamente la práctica en cuestión —aquí: el engañar para tener relaciones sexuales—, sino las malas o indeseadas consecuencias que podría acarrear la inclusión en el ordenamiento jurídico-penal de esa práctica, deben demostrar que la urgencia del peligro es empíricamente plausible. Por último, deben indicar la relevancia normativa de su miedo y probar que justifica el (no) uso del derecho penal.<sup>139</sup> Por eso, el temor por una pendiente resbaladiza no está fundamentada, al menos en lo que hace a la insuficiente justificación por parte del tribunal.

---

unilateral de las condiciones, eliminando arbitrariamente la reciprocidad, el trabajo en equipo y la simetría activa de ambas partes.

<sup>136</sup> KG, sentencia del 27.07.2020, BeckRS 2020, 18243, n.º m. 17 ss.

<sup>137</sup> Cf. GARDNER, *supra* nota 35, 49. También BayObLG, sentencia del 20.08.2021, BeckRS 2021, 31633, n.º m. 17.

<sup>138</sup> STS 3418/2024 (ECLI:ES:TS:2024:3418), p. 7.

<sup>139</sup> PAWLICK, *El derecho de las personas mayores*, (trad. Lucila TUÑÓN CORTI), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2022, p. 39. Véase también el comentario de VALVERDE-CANO, “Agresión sexual por engaño: disensos aparentes y acuerdos tácitos”, *Revista Crítica de Jurisprudencia Penal*, 2024, p. 504 s.

### 3. Subsunción en el tipo penal del art. 119, tercer párrafo, CP

La segunda cuestión tiene que ver con la valoración jurídica que merece el *stealthing* en el derecho penal de acuerdo a lo anteriormente argumentado. En consecuencia, ya estrictamente en el ámbito de la Parte Especial del derecho penal, si entendemos al abuso sexual como “relaciones sexuales sin consentimiento”, tendremos que entender que el autor comete un abuso sexual.<sup>140</sup> Sin embargo, queda por analizar si esto también es así en nuestro sistema jurídico argentino. Es decir, si el *stealthing* es atípico o se subsume en el tipo penal del art. 119, CP.

El primer obstáculo al que nos enfrentamos es que el art. 119, CP no se pronuncia *explicamente* sobre los engaños como medio comisivo de un abuso sexual. De todas formas, creo que eso no implica que los rechace ni que los acepte, tal como explica VALVERDE-CANO.<sup>141</sup> De hecho, y como ya se señaló, la cláusula de consentimiento del art. 119, primer párrafo, CP (“aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción”) ofrece un apoyo textual suficiente para afirmar que en caso de engaño la víctima no consintió el acto sexual y, por tanto, hubo un abuso sexual.<sup>142</sup>

Habiendo aclarado que no hay problemas de legalidad respecto de la consideración de los engaños como casos de abuso sexual en Argentina, debemos aclarar que en todo abuso sexual lo primordial es determinar el acto sexual en cuestión. En otras palabras, ¿cuál es el acto sexual en cuestión que debemos subsumir? En el caso del *stealthing*, el acto sexual es el contacto directo de las mucosas de los genitales de ambas partes.<sup>143</sup> En el apartado anterior sostuvimos que BRODSKY tenía razón cuando afirmaba que el consentimiento dado por la víctima de tener contacto con un condón es muy diferente al consentimiento para un contacto con piel.<sup>144</sup> Esto es lo que tenemos que analizar con un poco más de detalle. Más allá de que sean dos consentimientos diferentes, lo central es que hay que distinguir dos *momentos* diferentes. El primer acto sexual con preservativo sí

---

<sup>140</sup> COCA VILA, *supra* nota 1, 457; THERON, *supra* nota 7, p. 36 s.

<sup>141</sup> VALVERDE-CANO, *supra* nota 101, 5. Véase también FRANZKE, *supra* nota 1, p. 120; GONZÁLEZ GUERRA / IMAZ, *supra* nota 1, p. 103; SCHUMANN, *supra* nota 1, § 177 n.º m. 9.

<sup>142</sup> Véase SCHRODER, “Delitos contra la integridad sexual”, en SIMAZ / VESPA, *Manual de Derecho Penal*, Buenos Aires, Erreius, 2024, p. 74 s., quien sostiene que la última modalidad enunciada en el art. 119, primer párrafo, CP, debe ser interpretada en un sentido amplio y considera que el error o engaño puede ser un medio comisivo.

<sup>143</sup> TONI, *supra* nota 1, pp. 47 ss.

<sup>144</sup> BRODSKY, *supra* nota 1, p. 190.

está consentido.<sup>145</sup> Pero el segundo acto –la penetración sin preservativo– ya es un acto sexual distinto que no fue en absoluto consentido y constituye una nueva relación sexual.<sup>146</sup> Tanto es así que la víctima del acto sexual de penetración sin protección no conocía siquiera su existencia:<sup>147</sup> se determinó a alguien a participar en un acto sexual en el que no se ha podido reparar. Esto quiere decir que no es que lo central en el *stealthing* sea el engaño por privarla a la víctima de la posibilidad de emitir una aceptación libre consciente informada y emitida con competencia. Más bien, directamente no hay aceptación en absoluto porque se pretende *ocultar* que ese segundo acto se está produciendo sin su consentimiento.<sup>148</sup> Esto tiene una repercusión directa en la pregunta de la subsunción del *stealthing* en el art. 119, primer párrafo, CP.

Por regla general, la alternativa del primer párrafo que reza “aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción” hace referencia a una situación de debilidad o indefensión por parte de la víctima para protegerse de la agresión sexual. En términos generales, la víctima se encuentra dormida, carente de sentido o no puede consentir por una enfermedad.<sup>149</sup> No obstante, creo que el acto sexual del *stealthing* se subsume aquí por los siguientes motivos. El acto sexual sin protección en *Stealthing* requeriría un nuevo consentimiento por parte de Elena, distinto al anteriormente dado porque se trata de una divergencia esencial en cuanto al consentimiento relativo a la injerencia corporal:<sup>150</sup> al ocultarse las características esenciales del segundo acto, se produce una situación en la que tiene lugar un acto sexual aprovechándose que la víctima no pudo consentir libremente la acción. Con esto podemos concluir que el acto del *stealthing* se subsume, al menos, en el tipo básico del abuso sexual según el art. 119, primer párrafo, CP. Queda igualmente por analizar si es posible una subsunción del *stealthing* pero ahora en el tipo penal de abuso sexual con acceso carnal (art. 119, tercer párrafo),

---

<sup>145</sup> CASTELLVÍ MONSERRAT, *supra* nota 1, p. 193.

<sup>146</sup> CASTELLVÍ MONSERRAT, *supra* nota 1, p. 193. También Berlin-Tiergarten, sentencia del 11.12.2018, BeckRS 2018, 47070, n.º m. 35 ss.

<sup>147</sup> TILTON/ICHIKAWA, *supra* nota 31, p. 144. Berlin-Tiergarten, BeckRS 2018, 47070, n.º m. 35 ss.

<sup>148</sup> CASTELLVÍ MONSERRAT, *supra* nota 1, p. 215.

<sup>149</sup> Cf. BALDI, “Art. 119”, en BASÍLICO / VILLADA (dir.), *Código Penal de la Nación Argentina*, 4.<sup>a</sup> ed., Buenos Aires, Hammurabi, p. 372; SCHRODER, *supra* nota 142, p. 74 s.

<sup>150</sup> Véase BRODSKY, *supra* nota 1, p. 187; HÖRNLE, *supra* nota 9, p. 209.

es decir, violación.<sup>151</sup> No trataré la cuestión de si también es posible una subsunción en el art. 119, segundo párrafo, CP (“gravemente ultrajante para la víctima”), porque el caso inicial no ofrece mayores detalles sobre si el acto fue, en efecto, gravemente ultrajante para la víctima.

En contra de una subsunción en el delito de violación se ha pronunciado recientemente el Tribunal Supremo español en un voto mayoritario extraordinariamente discutido.<sup>152</sup> Si bien la redacción del tipo penal no es exactamente igual a la tomada por nuestro código penal en el art. 119, tercer párrafo, es muy similar y hasta podría trasladarse el argumento defendido por la mayoría: puede afirmarse la ausencia de consentimiento con respecto al contacto directo de los órganos genitales, pero debe negarse respecto del acceso carnal por vía vaginal. Por tanto, el atentado contra la autonomía sexual sería menor<sup>153</sup> porque la penetración sí habría estado consentida (la víctima conocía el acto penetrativo) y el injusto del *stealthing* residiría solo en un “plus” referido al tipo interacción o injerencia corporal.<sup>154</sup>

No coincido con estas valoraciones. Si la víctima, tal como sucedió en el caso, tras notar o sospechar que su compañero se ha quitado el preservativo, lo instase a que se detuviera sería justamente porque esa penetración del *segundo momento* no estaba consentida en absoluto. En ese sentido, no pueden disociarse los “componentes” del consentimiento respecto de la penetración. Aquí entra en consideración una interpretación de los elementos del tipo de violación, si entendemos que la violación es “una penetración no consentida”.<sup>155</sup> Debe entenderse que el acceso carnal, propio de un delito de violación, debe ser *no consentido*, aunque la redacción legal no lo exprese así. Si fuese irrelevante el consentimiento de la penetración y la violación consistiese entonces en un abuso independientemente del estado de la penetración en cuanto al consentimiento, se estaría castigando de forma más grave por un injusto que no tiene tanta relevancia si se aceptase que da igual el estado de la penetración:<sup>156</sup> se castigaría con una pena

---

<sup>151</sup> En esta dirección, recientemente, la resolución de la CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL, “G.K., M. s/abuso sexual”, Sala VII, 29 de agosto de 2024 (CCC 9235/2024/CA1). Véase también CHÁVEZ, *supra* nota 1, p. 4.

<sup>152</sup> Cf. STS 3418/2024 (ECLI:ES:TS:2024:3418), p. 10. De acuerdo, VALVERDE-CANO, *supra* nota 139, 506 ss.

<sup>153</sup> Cf. COCA VILA, “*Stealthing*: ¿violación o agresión sexual?”, en *Revista Crítica de Jurisprudencia Penal*, 2024, p. 483 s.

<sup>154</sup> En esta línea GILI PASCUAL, *supra* nota 1, p. 113; VALVERDE-CANO, *supra* nota 139, 507. Similar WÜBNER, *supra* nota 1, p. 286. Cf. también COCA VILA, *supra* nota 153, p. 484.

<sup>155</sup> GARDNER/SHUTE, *supra* nota 73, p. 43. Véase también CHESSER / ZAHRAB, *supra* nota 1, p. 221.

<sup>156</sup> Véase la discusión en CASTELLVÍ MONSERRAT, “Engaño, consentimiento y acceso carnal”, *Revista Crítica de Jurisprudencia Penal*, 2024, p. 494; VALVERDE-CANO, *supra* nota 139, p. 511.

drásticamente más grave la penetración, a pesar de que el ilícito en ambos casos sería un “acto sexual no consentido”, acompañado por una penetración que daría igual que esté consentida o no. Creo que es evidente que la penetración no fue consentida<sup>157</sup> en casos de *stealthing*, porque no se trata ni de cualquier tipo de acceso carnal (es decir, no es que si se acepta una penetración esta incluya por vía oral, anal o vaginal) ni de cualquier acceso penetrativo respecto de la modalidad. El consentimiento es muy específico y sus estándares son exigentes en estos casos: aquello que termina sucediendo en la realidad, puntualmente respecto de la penetración, tiene que coincidir con el consentimiento dado respecto de la penetración, la vía y la modalidad, lo cual incluye el uso de un preservativo.<sup>158</sup>

Además, creo que el rechazo tan tajante por parte de algunos autores a considerar el *stealthing* como delito de violación se ve teñido por cierto temor a las consecuencias punitivas. En reiteradas oportunidades se ha mencionado la diferencia de los marcos penales entre el abuso sexual simple y la violación.<sup>159</sup> Puede ser cierto que resulte excesivo o desproporcionada la pena aunque sea del mínimo de la violación (en Argentina, 6 años) pero es un problema diferente que nada tiene que ver con la interpretación dogmática. Sí puede decirse que el marco penal puede servir como herramienta interpretativa para saber qué tipo de protección se le está dando al bien jurídico y considerar que el delito de violación se pensó para situaciones más violentas o forzadas. Pero igualmente no es un argumento con suficiente fuerza. Si la discusión se vincula al marco penal y la sensación de excesiva de la pena mínima, el argumento cae inmediatamente si ante una reforma el legislador decide bajar la pena mínima. Imagínese que en unos años el legislador decide que la pena mínima es de un año. A aquellos autores hoy impresionados por la pena se les quita la dificultad, pero el problema dogmático de Parte Especial del derecho penal sigue estando respecto de la ausencia del consentimiento de la penetración sin condón. Por todos estos motivos considero que la conducta propia del *stealthing* puede ser subsumida en el art. 119, primer y tercer párrafo, CP.

---

<sup>157</sup> Véase VALVERDE-CANO, *supra* nota 139, p. 511.

<sup>158</sup> En igual sentido, GONZÁLEZ GUERRA/IMAZ, *supra* nota 1, p. 104 s.; SCHRODER, *supra* nota 142, p. 85.

<sup>159</sup> En España, el tipo penal básico del abuso sexual (art. 178, primer párrafo) tiene una pena mínima de un año y máxima de cuatro años, aunque existe una atenuación facultativa de seis meses o multa. En el tipo de violación (art. 179) la escala es de cuatro a doce años. Véase CASTELLVÍ MONSERRAT, *supra* nota 1, 185; COCA VILA, *supra* nota 153, p. 484 s.; VALVERDE-CANO, *supra* nota 101, p. 8.

## V. Conclusión

En este artículo se ha abarcado el problema puntual de la valoración jurídico-penal del *stealthing*, un nuevo problema que ataña a la interpretación de los tipos penales contra la integridad sexual, que ha generado gran debate en diferentes jurisdicciones a nivel internacional. Tras explicar las bases de la autonomía sexual y los modelos actuales de consentimiento, se procedió a analizar en profundidad cuál es el injusto del *stealthing*, despojándolo de toda intervención respecto de la salud o integridad física de la víctima. Así, se concluye que el *stealthing* configura una instrumentalización de la víctima, lo cual es rechazado por la autonomía sexual. Por último, hemos concluido que el *stealthing* en el sistema jurídico argentino se subsume no solamente en el primer párrafo del art. 119 CP, sino también en el tercero, con lo que se configura una violación. No cabe duda alguna respecto de la necesidad del imprescindible debate que seguramente continuará, ya al día de hoy que hay varias causas penales en trámite en nuestro país. Además, creo que es fundamental empezar a discutir sobre los delitos contra la integridad sexual, los cuales han sido relegados por muchos años, aunque recientemente ha habido excelentes contribuciones en la literatura. Por el momento, he intentado ofrecer una perspectiva jurídica con argumentos filosóficos sobre la relevancia penal de los engaños en el marco del *stealthing*.

## VI. Bibliografía

- ALEXANDER, Larry, “The Ontology of Consent”, en *Analytic Philosophy*, 2014, pp. 1-12.
- ALEXANDER, Larry / MOORE, Michael, “Deontological Ethics”, en ZALTA, Edward (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Stanford, 2007.
- ALEXANDER, Larry / HURD, Heidi / WESTEN, Peter, “Consent Does Not Require Communication: A Reply to Dougherty”, en *Law and Philosophy*, vol. 35, 2016, pp. 655-660.
- BALDI, Pedro, “Art. 119”, en BASÍLICO, Ricardo / VILLADA, Jorge (dir.), *Código Penal de la Nación Argentina*, 4.<sup>a</sup> edición, Buenos Aires, Hammurabi, 2024, pp. 371-376.
- BERGELSON, Vera, “The Defense of Consent”, en DUBBER, Markus / HÖRNLE, Tatjana (eds.), *The Oxford Handbook of Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014, pp. 629-653.
- BERGELSON, Vera, “The Meaning of Consent”, en *Ohio State Journal of Criminal Law*, vol. 12, 2014, pp. 171-180.

BRODSKY, Alexandra, “‘Rape-Adjacent’: Imagining Legal Responses to Nonconsensual Condom Removal”, en *Columbia Journal of Gender and Law*, vol. 32, n.º 2, 2017, pp. 183-210.

CANCIO MELIÁ, Manuel “Sexual Assaults under Spanish Law: Law Reform, Consent, and Political Identity”, en HÖRNLE, Tatjana (ed.), *Sexual Assault: Law Reform in a Comparative Perspective*, Oxford, Oxford University Press, 2023, pp. 215-234.

CASTELLVÍ MONSERRAT, Carlos, “¿Violaciones por engaño? Sobre el concepto de consentimiento y el objeto del consentimiento sexual”, en *InDret*, n.º 4, 2023, pp. 171-220.

—, “Engaño, consentimiento y acceso carnal”, en *Revista Crítica de Jurisprudencia Penal*, n.º 4, 2024, pp. 488-500.

CHÁVEZ, Karina, “*Stealthing*, nueva forma de agresión sexual”, en *Revista Pensamiento Penal*, vol. 405, 2021, pp. 1-4.

CHESSER, Brianna / CLOUGH-RICCI, Amanda, “Criminalising *Stealthing*: Lessons from the UK and Australia”, en *Journal of Criminal Law*, vol. 88, 2024, pp. 307-318.

CHESSER, Brianna/ZAHRAB, April, “*Stealthing*: a criminal offence?”, en *Current Issues in Criminal Justice*, vol. 31, n.º 2, 2019, pp. 217–235.

COCA VILA, Ivó, “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”, en *Revista Crítica de Jurisprudencia Penal*, n.º 4, 2022, pp. 294-308.

—, “Agresión sexual por engaño. Hacia una teoría diferenciadora del engaño excluyente del consentimiento sexual”, en *InDret*, n.º 3, 2023, pp. 430-466.

—, “*Stealthing*: ¿violación o agresión sexual?”, en *Revista Crítica de Jurisprudencia Penal*, n.º 4, 2024, pp. 478-487.

DAROYA, Emerich, “I See Nothing Wrong with *Stealthing* in Anonymous Sexual Situations: Assemblages of Sexual Consent in Gay, Bisexual, and other Queer Men’s Accounts of ‘*Stealthing*’ in an Online Barebacking Forum”, en *Sexuality & Culture*, vol. 26, 2022, pp. 1732-1749.

DOUGHERTY, Tom, “Sex, Lies, and Consent”, en *Ethics*, vol. 123, 2013, pp. 717–744.

—, “Yes Means Yes: Consent as Communication”, en *Philosophy & Public Affairs*, vol. 43, 2015, pp. 224-253.

DRESSLER, Joshua, “Where We Have Been, and Where We Might Be Going: Some Cautionary Reflections on Rape Law Reform”, en *Cleveland State Law Review*, vol. 409, 1998, pp. 409-442.

EISELE, Jörg, “Das neue Sexualstrafrecht”, en *Rechtspsychologie*, 2017, pp. 7-30.

EL-GHAZI, Mohamad, “Der neue Straftatbestand des sexuellen Übergriffs nach § 177 Abs. 1 StGB n.F.”, en *ZIS*, 2017, pp. 159-168.

ESPINOZA URETA, Maritza, “El retiro no consentido del preservativo en una relación sexual y su vulneración a los derechos sexuales y reproductivos en Chile”, en *Revista derecho del Estado*, n.º 60, 2024, pp. 201-231.

FERRARI, Wendell / CONCEIÇÃO, Nogueira / NASCIMENTO, Marcos, “Experiences of *Stealthing* and the Sociodemographic Profiles of Women Victims in Brazil: A National Study”, en *Social Sciences*, vol. 13, 2024, pp. 295-306.

FERZAN, Kimberly, “Consent, Culpability, and the Law of Rape”, en *Ohio State Journal of Criminal Law*, vol. 13, 2016, pp. 397-439.

FRANZKE, Kevin, “Zur Strafbarkeit des so genannten ‘Stealthings’”, en *Bonner Rechtsjournal*, 2019, pp. 114-122.

GARCÍA, María Fernanda, “Complejidades del ‘no es no’. Un análisis del *stealthing* como fenómeno que afecta la autonomía sexual y el consentimiento personal”, en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 18, n.º 1, 2020, pp. 117-140.

GARCÍA SÁNCHEZ, Beatriz, “La nueva concepción de la libertad sexual en la ley del «solo sí es sí» y su problemática aplicación retroactiva”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.ª época, n.º 30, pp. 113-163.

GARDNER, John, “Reasonable Reactions to the Wrongness of Rape”, en *The Denning Law Journal*, vol. 29, 2017, pp. 3-16.

—, “The Opposite of Rape”, en *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 38, 2018, pp. 48-70.

GARDNER, John / SHUTE, Stepehn, “La ilicitud de la violación” (trad. José Milton PERALTA), en MORESO MATEOS, Josep Joan / FERRER BELTRÁN, Jordi (dir.), *Ofensas y defensas*, Barcelona, Marcial Pons, 2012, pp. 23-54.

GILI PASCUAL, Antoni, “*Stealthing* y legalidad penal”, en *Revista Crítica de Jurisprudencia Penal*, n.º 4, 2024, pp. 463-477.

—, “*Stealthing*. Sobre el objeto del consentimiento en el delito de abuso sexual”, en *Cuadernos de política criminal*, n.º 135, 2021, pp. 85-134.

GONZÁLEZ GUERRA, Carlos / IMAZ, Delfina, “Delitos contra la integridad sexual”, en RAMÍREZ, Nicolás (dir.), *Curso de Derecho Penal. Parte Especial*, Buenos Aires, BdeF, 2023, pp. 99-147.

GREEN, John, *La criminalización del sexo* (trad. José BÉGUELIN, Leandro DIAS y Alejandra VERDE), Marcial Pons, Madrid, 2024.

HERRING, Jonathan, “Does Yes Mean Yes — The Criminal Law and Mistaken Consent to Sexual Activity”, en *Singapore Law Review*, vol. 22, 2002, pp. 181-201.

HÖRNLE, Tatjana, “§ 177”, en: HILGENDORF, Eric / HÖRNLE, Tatjana / NESTLER, Nina (eds.), *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, t. 10, Berlín y otra, De Gruyter, 2023.

HÖRNLE, Tatjana “#MeToo ¿Implicancias para el derecho penal?” (trad. Agustina SZENKMAN), en *En Letra: Derecho Penal*, año VI, n.º 9, 2019, pp. 144-167.

—, “Sexuelle Selbstbestimmung: Bedeutung, Voraussetzungen und kriminalpolitische Forderungen”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 127, n.º 4, 2016, pp. 851-887.

—, “The Challenges of Designing Sexual Assault Law”, *Current Legal Problems*, vol. 77, 2024, pp. 49-80.

—, “The New German Law on Sexual Assault”, en ÍDEM (ed.), *Sexual Assault: Law Reform in a Comparative Perspective*, Oxford, Oxford University Press, 2023, pp. 139-162.

—, “Violación como relaciones sexuales no consentidas” (trad. Corina ENGELMANN), en *En Letra: Derecho Penal*, año VI, n.º 10, 2020, pp. 197-217.

HOVEN, Elisa / WEIGEND, Thomas, “Sobre la punibilidad del engaño en el (nuevo) derecho penal sexual”, en LERMAN, Marcelo / TUÑÓN CORTI, Lucila (dir.), *Fundamentos y límites del consentimiento en los delitos sexuales en la obra de Elisa Hoven*, Buenos Aires, Editores del Sur, 2023, pp. 119-138.

HURD, Heidi, “The Moral Magic of Consent”, en *Legal Theory*, vol. 2, n.º 2, 1996, pp. 121-146.

—, “The Normative Force of Consent”, en MÜLLER, Andreas / SCHABER, Peter (dir.), *The Routledge Handbook of the Ethics of Consent*, 2018, pp. 44-54.

MADDEN DEMPSEY, Michelle, “The Normative Force of Consent in Moral, Political, and Legal Perspective”, en HÖRNLE, Tatjana (ed.), *Sexual Assault: Law Reform in a Comparative Perspective*, Oxford, Oxford University Press, 2023, pp. 11-31.

MAHON, James E., “The Definition of Lying and Deception”, en ZALTA, Edward (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, invierno de 2016.

MALM, Heidi, “The Ontological Status of Consent and its Implications for the Law on Rape”, en *Legal Theory*, vol. 2, n.º 2, 1996, pp. 147-164.

MUNRO, Vanessa, “Sexual Autonomy”, en DUBBER, Markus / HÖRNLE, Tatjana (ed.), *The Oxford Handbook of Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014, pp. 745-767.

MURPHY, Erin, “Article 213 of the American Law Institute’s Model Penal Code”, en: HÖRNLE, Tatjana (ed.), *Sexual Assault: Law Reform in a Comparative Perspective*, Oxford, Oxford University Press, 2023, pp. 185-214.

NORTON, Helen, “Lies and the Constitution”, en *The Supreme Court Review*, 2013, pp. 161-201.

PAWLIK, Michael, *El derecho de las personas mayores* (trad. TUÑÓN CORTI), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2022.

—, *El injusto del ciudadano* (trad. Ivó COCA VILA, Marcelo LERMAN y Hernán OROZCO LÓPEZ), Bogotá y otra, Editorial Universidad Externado de Colombia-Atelier, 2023.

—, *La limitación unilateral del esfuerzo terapéutico y la idea de autonomía* (trad. Bernarda MUÑOZ), Bogotá, Universidad del Externado, 2022.

PUNDIK, Amit, “Coercion and Deception in Sexual Relations”, en *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, vol. 28, 2015, pp. 97-127.

—, “The Law of Deception”, en *Notre Dame Law Review Online*, 2018, pp. 172-186.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramon, “Número monográfico: El tratamiento jurídico del *stealthing*. Comentario a la STS 603/2024, de 14 de junio”, en *Revista Crítica de Jurisprudencia Penal*, 2024, pp. 455-462.

REMIK, Lanni A., “Read Her Lips: An Argument For A Verbal Consent Standard In Rape”, en *University of Pennsylvania Law Review*, 1993, pp. 1103-1151.

RENZIKOWSKI, Joachim, “§ 177”, en ERB, Volker / SCHÄFER, Jürgen (ed.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch: StGB*, 4.<sup>a</sup> ed., Múnich, C.H. Beck, 2021.

—, “Nein! – Das neue Sexualstrafrecht”, en *NJW*, 2016, pp. 3553-3616.

RUBENFELD, Jed, “The Riddle of Rape-by-Deception and the Myth of Sexual Autonomy”, en *The Yale Law Journal*, 2013, pp. 1372-1443.

SCHEIDEGGER, “Balancing Sexual Autonomy, Responsibility, and the Right to Privacy: Principles for Criminalizing Sex by Deception”, *German Law Journal*, vol. 22, n.<sup>o</sup> 5, 2021, pp. 769-83.

SCHNÜRIGER, Nora, “What is Consent?”, en MÜLLER, Andreas / SCHABER, Peter (dir.), *The Routledge Handbook of the Ethics of Consent*, 2018, pp. 21-31.

SCHRODER, Federico, “Delitos contra la integridad sexual”, en: SIMAZC, Alexis (dir.) / VESPA, Felicitas (coord.), *Manual de Derecho Penal*, Buenos Aires, Erreius, 2024, pp. 71-114.

SCHULHOFER, Stephen, “What Does ‘Consent’ Mean?”, en HÖRNLE, Tatjana (ed.), *Sexual Assault: Law Reform in a Comparative Perspective*, Oxford, Oxford University Press, 2023, pp. 53-72.

SCHUMANN, “§ 177”, en: KINDHÄUSER, Urs / NEUMANN, Ulfrid / PAEFFGEN, Hans-Ullrich / SALIGER, Frank (ed.), *NomosKommentar zum Strafgesetzbuch*, 6.<sup>a</sup> ed., Baden-Baden, Nomos, 2023.

SHERWIN, Emily, “Infelicitous Sex”, en *Legal Theory*, vol. 2, n.<sup>o</sup> 2, 1996, pp. 209-31.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Derecho Penal. Parte General*, Madrid, Civitas, 2025.

SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, t. III, Buenos Aires, Tea, 1992.

STRAUSS, David, “Persuasion, Autonomy, and Freedom of Expression”, en *Columbia Law Review*, 1991, pp. 334-371.

TADROS, Victor, “Beyond the Scope of Consent”, en *Philosophy and Public Affairs*, vol. 50, n.º 4, 2022, pp. 430-466.

THERON, Shirah, “Deceiving Someone into Having Sex”, en *Stellenbosch Socratic Journal*, vol. 3, 2023, pp. 35-46.

THORBURN, Malcolm, “Sexual Assault Law in Canada”, en HÖRNLE, Tatjana (ed.), *Sexual Assault: Law Reform in a Comparative Perspective*, Oxford, Oxford University Press, 2023.

TILTON, Emily / ICHIKAWA, Jonathan, “Not What I Agreed To: Content and Consent”, en *Ethics* vol. 132, n.º 1, 2021, pp. 127-154.

TONI, Fiona, *Stealthing*, Tesis de doctorado en la Universidad de Múnich, 2024.

TUERKHEIMER, Deborah, “Affirmative Consent”, en *Ohio State Journal of Criminal Law*, vol. 441, 2016, pp. 441-468.

TUÑÓN CORTI, Lucila, “Estado de necesidad agresivo justificante y adecuación. Una interpretación a partir del *Means Principle*”, en *InDret*, n.º 4, 2024, pp. 304-337.

VALVERDE-CANO, Ana, “Agresión sexual por engaño: disensos aparentes y acuerdos tácitos”, *Revista Crítica de Jurisprudencia Penal*, 2024, pp. 501-513.

—, “*Stealthing* y otras relaciones sexuales en las que media engaño: tres premisas para decidir sobre su castigo”, en *Diario La Ley*, 2024.

VANDERVORT, Lucinda, “Mistake of Law and Sexual Assault: Consent and *Mens Rea*”, en *Canadian Journal of Women & the Law*, vol. 2, 1987-88, pp. 233-309.

VAVRA, Rita, “Täuschungen als strafbare Eingriffe in die sexuelle Selbstbestimmung?”, en *ZIS*, 2018, pp. 611-618.

—, *Die Strafbarkeit nicht-einvernehmlicher sexueller Handlungen zwischen erwachsenen Personen*, Baden-Baden, Nomos, 2020.

WERTHEIMER, Alan, *Consent to Sexual Relations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003.

WESTEN, Peter, “Some Common Confusions About Consent in Rape Cases”, en *Ohio State Journal of Criminal Law*, 2004, pp. 333-360.

—, *The Logic of Consent: The Diversity and Deceptiveness of Consent as a Defense to Criminal Conduct*, Londres, Routledge, 2004.

WHISNANT, Rebecca, “Feminist Perspectives on Rape”, en ZALTA, Edward (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, otoño 2021. Disponible en: <https://plato.stanford.edu/archives/fall2021/entries/feminism-rape/> [enlace verificado el día 2 de mayo de 2025]

WIßNER, Andres, “Das Phänomen *Stealthing*”, en *KriPoZ*, vol. 5, 2021, pp. 279-286.

ZIEGLER, Theo, “§ 177”, en HEINTSCHEL-HEINEGG, Bernd von / KUDLICH, Hans (eds.), *BeckOK StGB*, 63.<sup>a</sup> ed., 2024.