

---

This is the **published version** of the bachelor thesis:

Mayer Calvo, Alèxia; Bonet Esteva, Margarita, dir. Tratamiento jurídico-penal del Stealthing. 2024. (Grau de Dret)

---

This version is available at <https://ddd.uab.cat/record/303602>

under the terms of the  license

# **UAB**

## **Universitat Autònoma de Barcelona**

TRABAJO DE FINAL DE GRADO  
TRATAMIENTO JURÍDICO-PENAL DEL STEALTHING

**ALEXIA MAYER CALVO**  
GRADO EN DERECHO

TUTOR/A: MARGARITA BONET ESTEVA  
Profesora titular de Derecho Penal

## ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN.....	2
1.1. Abstract .....	2
2. OBJETO DE ESTUDIO Y PROPUESTA METODOLÓGICA .....	3
3. HISTORIA Y ANTECEDENTES .....	5
3.1. ¿Qué es el Stealthing? .....	5
3.2. ¿Cómo ha surgido?.....	6
3.3. ¿Cuándo se calificó por primera vez? .....	8
4. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL SOBRE EL STEALTHING EN ESPAÑA .....	10
4.1. Introducción.....	10
4.1.1. Sentencias condenatorias y Sentencias absolutorias.....	10
4.1.2. Delito contra la integridad física vs. Delito contra la libertad sexual.....	12
4.1.3. El Stealthing tras la reforma de la Ley “Sí es Sí” .....	13
4.1.4. Conclusiones.....	14
5. AGRESIONES SEXUALES: LA EXTENSIÓN DEL CONSENTIMIENTO.....	16
5.1. Abordajes teóricos sobre el consentimiento.....	17
5.1.1. Consentimiento afirmativo .....	17
5.1.2. Consentimiento condicionado.....	18
5.2. El consentimiento como condición esencial o accesorio. ....	19
5.3. Modelo actual en el vigente Código Penal Español.....	20
6. EL DELITO DE LESIONES EN LOS SUPUESTOS DE STEALTHING .....	22
7. ¿CONCURRE AGRAVANTE POR RAZÓN DE GÉNERO?.....	24
8. ¿MERECE EL STEALTHING UN TIPO AUTÓNOMO EN EL CÓDIGO PENAL? .....	26
8.1. En caso afirmativo, ¿la regulación estará exenta de problemas? .....	27
9. PROPUESTA DE LEY APLICABLE AL ESTADO ESPAÑOL .....	28
9.1. Cuestiones previas.....	28
9.2. Argumentación .....	28
9.3. Contenido de la Propuesta .....	29
9.4. Cuadro comparativo.....	29
9.5. Proyecto de Ley .....	30
10. CONCLUSIONES .....	31
11. BIBLIOGRAFÍA .....	33

## 1. INTRODUCCIÓN

Desde el año 2019, la jurisprudencia española ha abordado el fenómeno conocido como Stealthing, que hace referencia a la retirada sigilosa del preservativo durante el acto sexual, llevada a cabo de manera unilateral y sin el conocimiento ni consentimiento de la otra parte involucrada. El término proviene del inglés "*stealth*", que significa "sigilo", haciendo alusión a la naturaleza clandestina de esta práctica.

La finalidad principal de este trabajo es indagar sobre este reciente fenómeno y ofrecerle un tratamiento jurídico-penal, bien mediante un tipo penal ya existente y regulado por nuestro Código Penal o bien a partir de un supuesto autónomo creado para enjuiciar únicamente esta conducta. Resumiendo, la idea principal en una pregunta sería, ¿En qué tipo penal encaja el Stealthing?

Una vez analizada y resuelta la problemática, intentaremos ofrecer una propuesta de ley que contemple una solución a la ausencia de regulación que presenta nuestra legislación.

Por último, hacer mención del objetivo más importante en relación a la selección del tema: concienciar y dar voz a una práctica que se ha convertido en tendencia entre la población más joven, pero que sin ninguna duda consiste en una vulneración de nuestros derechos más fundamentales y personales.

Antes de entrar en materia, queremos dar las gracias a Alexandra Brodsky<sup>1</sup> por atreverse a denunciar lo que muchas víctimas callaban al no ser conscientes de que retirarse el profiláctico o, no llevarlo, durante una relación sexual es un delito que debe ser sancionado.

### 1.1. Abstract

Since 2019, Spanish jurisprudence has addressed the phenomenon known as Stealthing, which refers to the stealthy removal of the condom during the sexual act, carried out unilaterally and without the knowledge or consent of the other party involved. The term comes from the English "*stealth*", which means "stealth", alluding to the clandestine nature of this practice.

The main purpose of this work is to investigate this recent phenomenon and offer it a legal-criminal treatment, either through an already existing criminal type regulated by our Penal Code or from an autonomous assumption created to prosecute only this conduct. Summing up, the main idea in a question would be, what type of criminal does Stealthing fit into?

Once the problem has been analyzed and resolved, we will try to offer a proposal for a law that contemplates a solution to the absence of regulation presented by our legislation.

Finally, mention should be made of the most important objective in relation to the selection of the topic: to raise awareness and give voice to a practice that has become a trend among the younger population, but which undoubtedly consists of a violation of our most fundamental and personal rights.

---

<sup>1</sup>Alexandra Brodsky es una abogada y activista feminista estadounidense conocida por su trabajo en la lucha contra la violencia de género y por su papel en la denuncia y concienciación sobre el fenómeno del "Stealthing".

Before getting into the matter, we would like to thank Alexandra Brodsky for daring to denounce what many victims kept silent about when they were not aware that removing a condom or not wearing it during sexual intercourse is a crime that must be punished.

## 2. OBJETO DE ESTUDIO Y PROPUESTA METODOLÓGICA

A pesar de su actual conocimiento por los ciudadanos de a pie en nuestro país, gracias a las noticias informativas en los medios de comunicación<sup>2</sup>, este fenómeno se ha ido desarrollando con anterioridad por todo el mundo como, por ejemplo, en Estados Unidos, en el Reino Unido, Alemania, Suiza y entre otros países. Pues se plantea que la iniciativa de este supuesto proviene del movimiento americano *sex-positive feminism* o feminismo sexual. La primera persona que se atrevió a calificar esta conducta y a nombrarla como la conocemos hoy en día fue Alexandra Brodsky mediante su artículo universitario en el 2017<sup>3</sup>. En su tesis decidió estudiar esta práctica

---

<sup>2</sup> Redacció. (2024, 20 enero). Dos anys de presó per no fer servir condó quan s'hi havia compromès. CCMA. [https://www.ccma.cat/324/dos-anys-de-preso-per-no-fer-servir-condo-quan-shi-havia-compromes/noticia/3271776/?fbclid=PAAaZB4Tv156D\\_fF2qzcgDYsbtg2rc\\_AMcSBfJs4tnqnXslkZ1ece5zot8Ek](https://www.ccma.cat/324/dos-anys-de-preso-per-no-fer-servir-condo-quan-shi-havia-compromes/noticia/3271776/?fbclid=PAAaZB4Tv156D_fF2qzcgDYsbtg2rc_AMcSBfJs4tnqnXslkZ1ece5zot8Ek)

Confilegal, R. (2024, 22 enero). El Supremo deliberará sobre si los casos de «stealthing» son delitos contra la libertad sexual, como están. . . Confilegal. <https://confilegal.com/20240122-supremo-stealthing-libertad-sexual/>

<sup>3</sup> Véase, BRODSKY, Alexandra (2017), "Rape-adjacent": Imagining legal responses to nonconsensual condom removal", *Columbia Journal of Gender and Law*, 32,2, New York, Columbia University Libraries, 2017, págs. 183-210.

sexual, hasta el momento desconocida por la comunidad, para poder denunciar y evitar que los agresores quedarán impunes.

Dos años después de que la conducta cobrará vida, el Juzgado de Instrucción de Salamanca fue el pionero en enjuiciarla en territorio español. Para GILI<sup>4</sup> y GUTIÉRREZ MAYO<sup>5</sup> es la base de las sentencias posteriores. En este primer caso, la conducta fue calificada como un delito de abuso sexual del tipo básico, tipificado en el artículo 181.1 CP y, denegó la concurrencia del tipo agravado del 181.4 CP. Sin embargo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla<sup>6</sup> y, la reciente decisión del Tribunal Supremo de Andalucía<sup>7</sup>, decidió aplicar el tipo agravado del art. 181.4 CP, además de delito por abuso sexual, el 181.1 CP. Fallo que, hasta el momento, es el aplicado por no existir casos posteriores a la Reforma de la Ley “Sí es Sí”.

Con la repentina incorporación de esta conducta a nuestras vidas, las resoluciones adoptadas por los tribunales podrían deducirse que no han seguido unos criterios claros, determinantes o comunes en todas las Sentencias en las que se han pronunciado por este delito. Porque sí, la retirada sin consentimiento del preservativo antes o durante de una relación sexual es un delito y, por supuesto, debe ser penado. Pero ¿Cómo?

En primer lugar, se estudiarán las sentencias dictadas hasta el momento, analizando los puntos en común, así como las discrepancias entre ellas, con el objetivo de identificar qué ha provocado una disparidad de opiniones sobre el caso y, a partir de ahí crear una respuesta unísona sobre cómo debe regularse en nuestro país. Dado la relevancia que tiene, hemos considerado que el consentimiento y sus teorías deben tener un apartado en nuestro estudio, con tal de poder entender porque fue sancionado de una manera u otra. Asimismo, trataremos de determinar si en España se sigue la teoría del consentimiento afirmativo o es un consentimiento condicional y qué relación tiene con lo dictado por nuestros Tribunales.

Por otro lado, se dedicará un punto a la posible concurrencia de un delito de lesiones. Delito que, en ocasiones, se ve vulnerado por la concurrencia del Stealthing, dado que al retirarse el preservativo o simplemente, no ponérselo, y existir una penetración se pueden contraer enfermedades de transmisión sexual. Después de mucha reflexión, hemos considerado que no son delitos que, con la comisión de uno, necesariamente concurra el segundo. Es más, creemos que transmitir una ETS es un resultado subsidiario, puesto que el agresor no tenía la intención de contagiar a su víctima, sino que simplemente quería ejecutar la primera acción, la de la retirada, antes o durante, del profiláctico.

Por la naturaleza del delito, hemos considerado oportuno dedicar un punto a tratar la agravante por razón de género del artículo 22.4 del Código Penal. Pues la jurisprudencia ha considerado que esta no concurre, al no mediar una posición de superioridad o de dominio entre el acusado y la víctima, o, dicho de otro modo, el infractor por sentirse superior cree tener un poder, un control y un derecho de hacer sobre su víctima sin tener en cuenta su consentimiento.

Por concluir, el presente estudio ofrecerá una propuesta de ley que se adapte a las necesidades del delito y que resuelva la laguna jurídica que el delito de Stealthing presenta.

---

<sup>4</sup> Véase, GILI PASCUAL, Antoni. (2021). “Stealthing”: sobre el objeto del consentimiento en el delito de abuso sexual. *Cuadernos de Política Criminal. Número 135, III, Época II, diciembre 2021*, págs.85-134.

<sup>5</sup> Véase, GUTIÉRREZ MAYO, Escarlata (2019), “Comentario de la sentencia del Juzgado de Instrucción nº 2 de Salamanca de 15 de abril de 2019, que condena por abuso sexual del artículo 181.1 del Código Penal un caso del denominado Stealthings ROJ:SJI 1/2019 - ECLI:ES:JI:2019:1”, *Lex Criminalis*, nº 33, págs. 10-13.

<sup>6</sup> SAP Sevilla, Secc. 4ª, núm. 375/2020, de 29 de octubre, Pte.: Carlos L. Lledó González.

<sup>7</sup> STSJ Andalucía, Secc. Apelación Penal, núm. 186/2021, de 1 de julio, Pte.: García Laraña.

### 3. HISTORIA Y ANTECEDENTES

#### 3.1. ¿Qué es el Stealthing?

Cómo ya ha sido mencionado brevemente, el término Stealthing hace referencia a la práctica sexual en la que un hombre, manteniendo una relación sexual consentida con la condición del uso de un preservativo, durante la misma decide retirarlo de forma unilateral y sin el consentimiento ni conocimiento de su pareja. Pues tiene como pretensión realizar un acto sexual, no pactado, distinto sin ser descubierto.

Si analizamos el anglicismo, el concepto *stealth* se traduce al idioma español como “sigiloso”, vocablo que se emplea para aludir a la concreta conducta que este trabajo quiere dar voz. Pues esta particularidad, la retirada de forma secreta o disimulada, sin conocimiento del otro -o, en su caso, otra, otros- interviniente/s en el acto sexual es la que marca la diferencia en el marco de las relaciones sexuales.

Un acuerdo inicial que se ve frustrado por la voluntad de un sujeto, que decide establecer unos nuevos límites a un acto de índole sexual, que solo él ha decidido aceptar y llevar a cabo. Porque no, en ningún momento ha mediado una comunicación que determinará lo contrario, en ningún momento ha existido un intercambio de preguntas y respuestas que delimitará si la otra parte aceptaba esa práctica. Es más, en los casos que la jurisprudencia española ha conocido, en todas las situaciones había existido ese intercambio entre lo deseado y lo no deseado y, se había hecho más que evidente que el uso de protección debía ser esencial y un requisito indispensable para poder mantener la relación, pues era una condición sin la cual no se hubiera aceptado ninguna actividad sexual.

Antes de continuar, aclarar ciertas dudas que pueden seguir tras leer estos párrafos. Cuando definimos esta práctica hacemos alusión a que es una conducta de los hombres hacia las mujeres, aunque también sabemos que puede cometerse contra otro varón, pues el elemento esencial es la retirada del preservativo o no usarlo, sin tener en cuenta el género de la víctima. Si bien es cierto que en presente trabajo haremos referencia al término víctima asociado al género femenino, pues son las que han dado a conocer dicha práctica al denunciarla ante los Tribunales.

Por contra, ¿la práctica de Stealthing puede ser cometida por las mujeres? A priori, en esta tesis partimos de la idea que cualquier persona que pueda retirarse o no llegar a ponerse el preservativo puede ser acusada de un delito de Stealthing.

Otra cuestión es si es equiparable esta conducta con la de la mujer que finge ser estéril o tomar pastillas anticonceptivas para “conseguir” mantener relaciones sexuales con su pareja sin preservativo. Y, en ese caso, debemos abordar más la problemática para poder resolver esta pregunta.

### 3.2. ¿Cómo ha surgido?

Hace un par de años que esta práctica delictiva ha irrumpido en nuestro conocimiento. Sin embargo, fue en 2017 cuando se publicó un artículo en la revista “*Columbia Journal of Gender and Law*” por parte de una investigadora estadounidense, A. Brodsky, que arrojó luz sobre algo que hasta entonces muchas mujeres no habían podido nombrar: el fenómeno del Stealthing. A través de llamadas telefónicas, las víctimas comenzaron a expresar con palabras lo que les había sucedido, sin poder calificarlo ni saber era un delito<sup>8</sup>. Este fue el punto de partida para la investigación y el arduo trabajo de Brodsky por indagar más en esta práctica sexual no consensuada.

Para su sorpresa y para la nuestra, se dieron cuenta de que la práctica estaba mucho más extendida y conocida de lo que parecía. Existía una subcomunidad online de foreros, que se dedicaban a esta práctica sexual y, que apodaron como “Stealthing” por el hecho de hacerlo de forma sigilosa, “stealth”. De ahí que la investigadora optará por este término a la hora de nombrarlo.

En esta página web, los usuarios compartían sus experiencias, consejos, recomendaciones y, sobre todo, justificaban el motivo del por qué tenían derecho a hacerlo. El grupo estaba integrado por personas, sexualmente activas y jóvenes, que además de compartir sus vivencias e impulsar a otros a hacerlo aportando sus técnicas, motivaban y defendían sus acciones mediante un instinto masculino natural y un derecho masculino natural, literalmente.

Había numerosos comentarios que seguían esta línea, comentaban que era totalmente normal disparar su “carga” contra la mujer cuando ellos quisieran, al ser un instinto y un deber del que nunca se les debe privar, pues si ella decide tener sexo con ellos tiene que tener claro y soportar que este eyacule dentro de ella. A nuestro pesar, estos comentarios eran totalmente aceptados en el foro, es más, entre ellos apoyaban estas ideas a partir de nuevos comentarios que siguen el mismo camino que el principal, con un “Sí, tienes totalmente razón” u otros mensajes que justifican la práctica de una manera más teológica, al expresar que pueden tener sexo sin condón por el hecho de que tienen el total derecho de expandir la semilla, incluso si del acto no conlleva el embarazo<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> A. Brodsky conoce estas entrevistas telefónicas a través de “Rebecca”, una estudiante de doctorado de la universidad (a quien cambia el nombre para proteger su identidad) y que trabaja en una línea directa de emergencias por violación. Véase, Brodsky “Rape-adjacent...” cit. p.183.

<sup>9</sup> En el artículo doctrinal de A. Brodsky, en concreto en la página 188 y siguientes, los comentarios aparecen escritos literalmente por foreros de dicha comunidad online.

Con lo cual, a partir de aquí se deduce y se puede concluir que los defensores de esta práctica se basan en la idea de supremacía masculina en la que la violencia es un derecho natural masculino. Pero entonces, ¿quién forma parte de esta comunidad? ¿Quién puede defender la retirada del preservativo y eyacular dentro de su pareja sexual por tener derecho sobre ella?

En nuestro estudio hemos decidido optar por la ideología de MacKinnon o de Amia Srinivasan, grandes defensoras e impulsoras del movimiento americano *sex-positive feminism* o feminismo sexual. Fue en el libro “*El derecho al sexo*” donde Amia introdujo el término “*incel*”, la abreviatura de “célibe involuntario”: categoría de hombre convencido de que el sexo le es debido, y furioso con las mujeres que lo privan de él.

La autora describe a un personaje, Elliot Rodger, que creyéndose superior a otros colectivos de personas (como a los de raza negra), no entiende cómo pueden tener sexo con chicas guapas y sexis y, él no. Pero sí lo justifica como un trauma que explotaría con la consecuencia de castigar a todas las mujeres, odiándolas y, demostrando que él es un ser superior<sup>10</sup>.

En el mismo capítulo, se menciona un grupo de apoyo llamado Reddit, que surge años más tarde, pero con la misma ideología: por culpa de las mujeres ellos carecen de relaciones románticas y de sexo. En la web se justificaba la conducta de E. Rodger con un “si una de esas zorras malvadas se lo hubiese follado, él no habría tenido que matar a nadie”, como si acostarse con él fuera una obligación. Pero no solo eran comentarios de este tipo, sino que los miembros también descargaban su furia contra las mujeres y contra los “nocels” y “normies”, es decir, con los que sí tienen relaciones sexuales. Pues el foro tuvo cerrar en varias ocasiones debido a que defendían la violencia, violación y cualquier medio que consideraran conveniente para tener relaciones sexuales y, en ocasiones, recurrían a ellos para conseguir su objetivo: mantener relaciones sexuales<sup>11</sup>.

En este mismo sentido, en 2022, justo cuando las discotecas empezaban a abrir después del Covid-19, en Barcelona hubo una oleada de inyecciones a chicas. Se les pinchaba en el brazo y minutos más tardes las víctimas notaban un gran malestar e incluso alguna llegaba a desmayarse. Como en el delito de Stealthing, esta práctica se asoció al fenómeno incel, en el que los agresores no buscaban una posterior agresión sexual o un encuentro sexual, sino un castigo hacia las mujeres como forma de rechazo y poder sobre ellas<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> En el Capítulo titulado como “El derecho al sexo”, Elliot Rodger, el incel más famoso del mundo menciona literalmente que la consecuencia de lo que había sufrido era una “*Guerra contra las mujeres*”, se refería a ellas como “*zorras malvadas*” y si fuese por él el sexo quedaría ilegalizado puesto que “*Hay que poner a todas las mujeres en cuarentena como la peste que son*”.

<sup>11</sup> En el mismo sentido, posteriormente al cierre de Reddit surgió otro foro llamado “Truecels”, que posteriormente también fue clausurado, en el que su texto de presentación decía “*No está permitido fomentar o incitar a la violencia, ni tampoco otras actividades ilegales como la violación. Aunque, por supuesto, no pasa nada por decir, por ejemplo, que la violación debería tener penas más leves o incluso que habría que legalizarla y que las guarras merecen que las violen*”.

<sup>12</sup> Costa-Pau, A. (2022, 30 julio). «Noté un pinchazo fuerte y empecé a encontrarme mal»: la ola de inyecciones en discotecas llega a Catalunya. *Ara En Castellano*.

[https://es.ara.cat/sociedad/abusos/note-punzada-fuerte-empece-encontrarme-mal-oleada-inyecciones-discotecas-llega-catalunya\\_1\\_4444665.html](https://es.ara.cat/sociedad/abusos/note-punzada-fuerte-empece-encontrarme-mal-oleada-inyecciones-discotecas-llega-catalunya_1_4444665.html)

Cero, R. O. (2023, 24 abril). Territorio negro: Qué fue de los pinchazos en discotecas que causó

pánico entre las jóvenes. *OndaCero*.

[https://www.ondacero.es/programas/julia-en-la-onda/audios-](https://www.ondacero.es/programas/julia-en-la-onda/audios-podcast/territorios/negro/territorio-negro-que-fue-pinchazos-discotecas-que-causo-panico-jovenes_2023042464469f012e790c0001973dd3.html)

[podcast/territorios/negro/territorio-negro-](https://www.ondacero.es/programas/julia-en-la-onda/audios-podcast/territorios/negro/territorio-negro-que-fue-pinchazos-discotecas-que-causo-panico-jovenes_2023042464469f012e790c0001973dd3.html)

[que-fue-pinchazos-discotecas-que-causo-panico-jovenes\\_2023042464469f012e790c0001973dd3.html](https://www.ondacero.es/programas/julia-en-la-onda/audios-podcast/territorios/negro/territorio-negro-que-fue-pinchazos-discotecas-que-causo-panico-jovenes_2023042464469f012e790c0001973dd3.html)

Quizá esta justificación no responda a todos los casos y situaciones en las que el Stealthing ha sido cometido, pero sí al porqué esta conducta ha surgido en nuestra sociedad, al porqué ha ocurrido y se ha practicado. Los hombres que realizan esta conducta no tienen la finalidad de embarazar a su víctima, ni de transmitirle una enfermedad de transmisión sexual, sino simplemente demostrar poder, una superioridad que creen tener y por supuesto, merecer.

### 3.3. ¿Cuándo se calificó por primera vez?

Parece irónico pero la conducta se calificó en primer lugar por un grupo de foreros que compartían sus hazañas, vivencias, “truquitos” con otros miembros del grupo, en lo que se ha conocido como la manosfera (“*manosphere*”), como si de admirar se tratase. Pues esta comunidad online decidió nombrarlo de tal manera porque sentían que lo realizaban de forma sigilosa, como su propio nombre indica.

Sin embargo, en 2017 emergió a la superficie gracias al trabajo de investigación de A. Brodsky, al ofrecerle un trato jurídico-penal, un estudio no muy lejos de la finalidad de este. Este fue el primer y gran paso para denunciar una conducta que entre los jóvenes activamente sexuales estaba tan normalizada como comúnmente practicada, ya sea entre parejas sentimentales o únicamente en parejas sexuales, pues los infractores querían realizar esta conducta como si una especie de reto viral se tratase.

Por contra, no fue hasta 2019 cuando se conoció en España a través de la denuncia de una joven que afirmaba haber sufrido un delito de estas características por parte de su compañero sexual. En esta primera sentencia, ya se dio a conocer el caso como un delito de Stealthing, a pesar de que el problema fue. Los Tribunales españoles no se vieron envueltos en la problemática de determinar si constituye un delito o de simplemente, ponerle un nombre que ayude a la sociedad a señalar y castigar, sino fue otro bien diferente: determinar si es un abuso sexual o una agresión.

Con perspectiva internacional, podría decirse que tuvimos un primer caso de Stealthing en 2011, sin ser conscientes de ello, a raíz del caso *Assange v. Swedish Prosecution Authority*. En esta ocasión el acusado rompió el profiláctico durante el acto con el objetivo de eyacular dentro de la denunciante<sup>13</sup>.

Posteriormente, en 2014, el Tribunal Supremo de Canadá condenó por “agresión sexual agravada” por haber realizado agujeros al condón, viciando así el consentimiento de su pareja<sup>14</sup>.

En Suiza, una sentencia en enero de 2017 del *Strafgericht de Lausanne*, condenó por primera vez a doce meses de prisión a un ciudadano francés por realizar esta conducta. En esta ocasión, aunque inicialmente se calificará como agresión, la instancia superior lo calificó de abuso o profanación (*Schändung*) del art. 191 ScgStGB<sup>15</sup>.

Siguiendo el orden cronológico, un tribunal de Berlín condenó en 2018 a ocho meses de prisión y a la multa de tres mil euros a un hombre que decidió quitarse el preservativo sin conocimiento

---

<sup>13</sup> Tribunal Superior del Reino Unido, “Julian Assange vs. Swedish Prosecution Authority”, sentencia del 2/11/2011, Caso N° CO/1925/2011, disponible en [Assange v Swedish Prosecution Authority \[2011\] EWHC 2849 | Women and Justice | US Law | LII / Legal Information Institute \(cornell.edu\)](https://www.cornell.edu/legalinfo/assange-v-swedish-prosecution-authority-2011-11-02)

<sup>14</sup> Véase, Tribunal Supremo de Canadá. “R. vs. Hutchinson”, sentencia del 7/3/2014, Caso N° 35176, disponible en <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/13511/index.do>. Y véase también, R. v. Kirkpatrick, 2022 SCC 33, disponible en <https://www.scc-csc.ca/case-dossier/cb/2022/39287-eng.aspx>

<sup>15</sup> Art. 191 SchStGB: *Wer eine urteilsunfähige oder eine zum Widerstand unfähige Person in Kenntnis ihres Zustandes zum Beischlaf, zu einer beischlafsähnlichen oder einer anderen sexuellen Handlung missbraucht, wird mit Freiheits-straft bis zu zehn Jahren oder Geldstrafe bestraft.*

ni consentimiento de su pareja, siendo el primer caso de Stealthing en Alemania y, por el cual se aplicó el art. 177 StGB<sup>16</sup>.

Un año después, en el Reino Unido se sancionó esta misma conducta practicada contra una trabajadora sexual que anunciaba sus servicios con la expresa condición del uso del preservativo, pero que su infractor decidió traspasar los límites de lo acordado y, por ello fue sancionado a doce meses de prisión<sup>17</sup>.

Con esto podemos observar que este reciente delito se viene desarrollando y practicando desde hace varios años atrás, más de lo que pensábamos inicialmente. Teníamos la idea de que fue en 2017, con la investigación de Brodsky, cuando realmente surgió en nuestra sociedad. Sin embargo, en 2011 ya se produjo un primer caso de intento de Stealthing, al romperlo de forma intencionada con el objetivo de eyacular dentro de su pareja sexual. A priori, puede no parecer la misma conducta, por el hecho de no haber una retirada, pero siendo objetivos, la finalidad y los motivos por los que llegan a cometer este delito encajan en ambos supuestos, ya sea por retirada o por romperlo antes o durante el acto sexual.

---

<sup>16</sup> § 177 StGB - *Einzelnorm*. (s. f.). [https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/\\_177.html](https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/_177.html)

<sup>17</sup> Sobre diversos artículos periodísticos, véase, GARCÍA, María Fernanda (2020), "Complejidades del 'no es no': un análisis del stealthing como fenómeno que afecta la autonomía sexual y el consentimiento personal", *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 18, nº1, junio de 2020, págs.126 i s.

## 4. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL SOBRE EL STEALTHING EN ESPAÑA

### 4.1. Introducción

Este delito apareció en España en 2019, cuando el Juzgado de Instrucción nº2 de Salamanca recibió un caso con unas particularidades que, hasta el momento, eran totalmente novedosas para los jueces, magistrados, abogados, todo el mundo del Derecho en territorio español e incluso podría decirse que para la misma sociedad.

Pues fue en ese Juzgado donde se condenó a la primera persona por un delito denominado del inglés “Stealthing” y, se calificó una conducta que, como sabemos, consistía en retirarse el preservativo, sin consentimiento ni conocimiento, antes o durante una relación sexual que sí estaba consentida.

En este punto del trabajo, se realizará un análisis jurisprudencial sobre las distintas sentencias españolas y, será un primer punto de vista para saber de dónde venimos y qué ha cambiado desde esa sentencia pionera, como es la SJI 1/2019.

#### 4.1.1. Sentencias condenatorias y Sentencias absolutorias

Como sabemos desde que se dio a conocer el Stealthing en España, en 2019, el número de sentencias se ha visto incrementado de forma sorprendente. Pues desde la pionera se han conocido 10 sentencias posteriores a esta que han tratado, de una forma u otra, la retirada sigilosa del preservativo.

En este punto, como ya se ha mencionado anteriormente, consistirá en estudiar y conocer los distintos casos, clasificándolos por su fallo y poder entender las decisiones de nuestros magistrados.

En primer lugar, el 15 de abril de 2019, en Salamanca, se calificó como un delito de abuso sexual tipificado en el artículo 181.1 CP, pues se consideró que se otorgó pleno consentimiento para mantener relaciones sexuales, y la posterior retirada atenta contra la indemnidad sexual de la víctima y, vulnerando las debidas garantías de evitar posibles embarazos o enfermedades de transmisión sexual.

Antes de proseguir, conviene hacer una pequeña pausa para poder comparar los hechos probados en esta primera resolución y la posterior, con tal de entender cuál pudo ser el elemento diferencial para dictar sus respectivos fallos.

Pues en Salamanca quedó probado que existió una retirada de un segundo preservativo, mientras mantenían una relación sexual consentida con la condición del uso del mismo. Sin embargo, la Audiencia Provincial de Sevilla probó que el sujeto nunca llegó a ponérselo y, además que esté había comunicado a la víctima que era portador de una infección de transmisión sexual, la cual cosa hizo que la denunciante pusiera más énfasis en el uso del profiláctico siendo una condición esencial para poder mantener relaciones sexuales y, quedando más que claro en vista que, sin el uso del mismo, la relación no hubiera sido consentida.

A priori, en los dos casos quedó demostrado que la conducta era constitutiva de delito, atípica y punible. Por contra, la Audiencia Provincial de Sevilla decidió calificar el acto como un abuso sexual agravado, tipificado en el apartado 4 (art. 181.4 CP) del tipo básico del artículo 181.1 CP. El Tribunal consideró que *“había consentido exclusivamente una relación sexual que incluía la penetración vaginal con preservativo, de manera que cuando Juan Alberto realiza tal*

*penetración ocultándole que no lo tiene puesto, está atacando gravemente su libertad sexual y manteniendo un contacto sexual no consentido”<sup>18</sup>.*

En este sentido, la Audiencia entendió que la condición del uso del preservativo es elemental y básica para poder consentir la relación sexual. Asimismo, el Tribunal remarca de forma comparativa, que el hecho de consentir un acto no da derecho a ejercer otro distinto y, es por eso, que en el momento que lo pactado y acordado se ve frustrado, la relación consentida también. El consentimiento no debe entenderse como una extensión unilateral para realizar algo que no ha sido consentido pues, por ejemplo, el consentimiento para mantener una relación con acceso vaginal no es extensivo para mantenerlo de forma anal.

Ante dicha resolución, el condenado en Primera Instancia decidió interponer recurso ante el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla con el objetivo de revocar la sentencia y ser absuelto del delito del que se le acusa.

Sin embargo, la Sala desestimó el recurso de apelación pues confirmó la sentencia dictada por la Audiencia Provincial, mermando las intención del acusado al considerar que *“Por tanto, si la persona que según ese acuerdo ha de llevar profiláctico durante la relación prescinde del mismo subrepticamente, en todo o parte del acto sexual, está desoyendo una condición impuesta por la pareja como complemento - esencial y no meramente accesorio o secundario - de su consentimiento, es decir, está manteniendo una relación no consentida que, así, atenta contra la libertad sexual y ha de ser sancionada conforme al art. 181 apartado 1 que aquí se aplica, incluyendo el apartado 4 en caso de acceso carnal por alguna de las vías previstas en el mismo, ya que, como es sabido y recuerda acertadamente la sentencia apelada, el consentimiento para una concreta actividad sexual no puede extenderse unilateralmente por el otro partícipe a otros tipos de contactos no consentidos”<sup>19</sup>.*

Consideramos que el fallo del Tribunal Superior de Justicia fue un punto de inflexión a la hora de determinar un trato jurídico-penal al innovador delito, pues confirmó que se trataba de un delito de abuso sexual del 181.1 CP con el agravante de acceso carnal y no únicamente el tipo básico del 181.1 CP, como se calificó en la sentencia que fue pionera en nuestro país.

A partir de aquí, los ciudadanos españoles vieron una unificación en sus resoluciones cuando se les acusaba del delito de Stealthing, pues la Audiencia Provincial de Castellón, a partir de la resolución del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla a raíz de la Sentencia de la AP Sevilla, consideró que el acusado era culpable de este delito, ya que mientras mantenía relaciones sexuales con su pareja decidió omitir el uso del preservativo, a pesar de haberse acordado su uso. Es por ello, que fue condenado por un delito de abuso sexual tipificado en el 181.1 CP incluyendo el apartado 4 por mediar acceso carnal por alguna de las vías previstas en el mismo<sup>20</sup>.

Antes de pasar al otro catálogo de fallos absolutorios, la Audiencia Provincial de Madrid condenó al acusado a un delito de abuso sexual del art. 181.1 CP, incluyendo el agravante del apartado 4 siguiendo la motivación de la Audiencia Provincial de Sevilla y la posterior confirmación del Tribunal Superior de Justicia<sup>21</sup>.

Ahora sí, una vez expuestas las resoluciones que nuestros Tribunales han calificado como delito, nos encontramos con otras tantas que no han llegado al mismo puerto. En concreto tres.

---

<sup>18</sup> **Fundamento Jurídico Tercero de Roj: SAP SE 1459/2020**

<sup>19</sup> Fundamento Jurídico Quinto de Roj: STSJ AND 12396/2021

<sup>20</sup> Así queda expuesto en el Fundamento Jurídico Quinto de la Sentencia de la AAP Castellón de la Plana, Secc. 2ª, núm. 734/2023, de 03 de febrero, Pte.:Horacio Badenes Puentes.

<sup>21</sup> SAP Madrid, Secc. 15ª, núm. 739/2023, de 12 de enero, Pte.: Maria de los Angeles Montalva Sempere.

La primera fue de la Audiencia Provincial de Barcelona<sup>22</sup>, en 2020, pues la dificultad probatoria para llegar a unas conclusiones definitivas llevó a la Sala a dictar una sentencia absolutoria de conformidad con el principio *in dubio pro reo*<sup>23</sup>.

Queremos destacar que no quedó acreditado la práctica conocida como Stealthing por dos motivos, el primero porque la víctima no afirmó que el uso del profiláctico fuera una condición *sine qua non* para mantener relaciones sexuales con el acusado, sino simplemente ella se lo ofreció y él se lo puso. Y, el segundo de ellos se basa en la posibilidad de la pérdida del preservativo al perder la erección debido a la ingesta de alcohol, que ambos manifestaron que habían ingerido, no pudiendo considerarse que la retirada fuese voluntaria, intencionada y mucho menos dolosa.

Posteriormente, la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife decidió no dar lugar al recurso de apelación interpuesto contra el Auto en el que se acordó el sobreseimiento provincial, pues durante la exploración ginecológica se halló el preservativo en el interior de la cavidad vaginal y se determinó la posible pérdida accidental del mismo y no una retirada intencionada del mismo<sup>24</sup>.

Por último, la Audiencia Provincial de Zaragoza desestimó también el recurso que se interpuso contra el sobreseimiento pues consideró que no existen otros elementos periféricos que corroboren el testimonio de la denunciante, siendo razonable la conclusión adoptada por la Magistrada del Juzgado de Instrucción y ajustada a los indicios existentes y, además esta Sala considera que lo sucedido “*parece un trato desconsiderado que otra cosa, especialmente si se tiene en cuenta que al poco prestó su consentimiento para continuar con nuevas relaciones sexuales*”<sup>25</sup>.

#### 4.1.2. Delito contra la integridad física vs. Delito contra la libertad sexual

Antes de resolver la posible controversia que determine si la retirada del preservativo es un delito contra la integridad física o contra la libertad sexual, habrá que definirlos y delimitarlos para tener una idea más global y objetiva sobre cada uno de ellos.

Empezando por el delito contra la integridad física, este ataca el cuerpo de una persona, causando lesiones, dolor o sufrimiento. Por contra, el delito contra la libertad sexual vulnera la autonomía sexual de una persona, incluyendo su derecho a decidir sobre su propio cuerpo y a no ser objeto de actos sexuales no consentidos.

A simple vista, la respuesta parece obvia, sin embargo, el delito contra la integridad física se canaliza en un delito de lesiones, ubicando la lesividad justamente en la reactivación de los riesgos que el preservativo se encarga de prevenir (embarazos, ETS).

Es por ello que, en un primer momento, la Sentencia de Salamanca falló a favor de la denunciante y se apoyó para justificarlo en el hecho de que se “consintió el acto sexual únicamente con las debidas garantías para evitar embarazos no deseados o enfermedades de transmisión sexual<sup>26</sup>”. Por este motivo se verifica la tipicidad contraria a la libertad sexual, y

---

<sup>22</sup> SAP Barcelona, Secc. 3ª, núm. 379/2020, de 14 de octubre, Pte.: Carmen Guil Román.

<sup>23</sup> En su Fdt. Jco. Primero E, la Sala expresó su dificultad para dictar una sentencia condenatoria ante la dificultad probatoria y las dudas que no fueron capaces de conseguir unas conclusiones firmes sobre lo sucedido y sobre la naturaleza típica del mismo.

<sup>24</sup> AAP Santa Cruz de Tenerife, Secc. 6ª, núm. 947/2020, de 18 de febrero, Pte.: Maria Vega Alvarez.

<sup>25</sup> AAP Zaragoza, Secc. 3ª, núm. 447/2023, de 22 de mayo, Pte.: Jose Alfonso Tello Abadía.

<sup>26</sup> Fundamento Jurídico Segundo de la SJI nº 2 Salamanca, núm. 155/2019, de 5 de abril, Pte.: Juan Rollán García.

en colisión con uno de sus contenidos no centrales, se abarca también esta segunda dimensión y se relaciona el temor con los resultados, pues al imponerse a la víctima el padecimiento de dichas consecuencias, se involucra y vulnera también su integridad física.

En cualquier caso, lo relevante es que a la lesividad debe sumarse en concurso delictivo, el correspondiente delito de lesiones junto con el delito de Stealthing, como ocurrió en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, por transmitir a su víctima una enfermedad bacteriana.

En la doctrina hay disparidad de opiniones acerca de que la conducta vulnere la autodeterminación sexual. En Alemania, por ejemplo, se ha criticado el fallo del AG Berlin Tiergarten (sobre la sentencia mencionada en el apartado 3.3), pues entienden que el consentimiento abarca a toda la actividad sexual y, únicamente sería sancionable esta conducta en término de un delito de lesiones, no del art. 177 StGB. Pero ¿Qué pasaría si la práctica no conlleva un daño físico real, es decir, una efectiva transmisión o embarazo?

Para WISSNER, se vería esta postura como una laguna legal puesto que considera que las posibilidades de que se condene por un delito de lesiones son muy escasas y, en el supuesto de que no existiera daño corporal o si el autor no padeciese una ETS, la conducta sería absuelta por nuestros tribunales<sup>27</sup>.

En este trabajo, no estamos de acuerdo con esta perspectiva y, más adelante motivaremos como es debido esta postura. Lo que sí podemos adelantar que el delito de Stealthing consiste en un delito de índole sexual, que afecta pues a la autodeterminación sexual entendida como la libertad de la persona para decidir por ella misma el cómo, el cuándo, el tipo y el con quién quiere realizar una actividad sexual o, a la inversa, qué no quiere hacer, cuándo no, cómo no quiere que se desarrolle o con quién no quiere mantener una relación sexual.

#### 4.1.3. El Stealthing tras la reforma de la Ley “Sí es Sí”

Tras la redacción de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual<sup>28</sup>, también conocida como la “Ley del Sí es Sí” y su posterior entrada en vigor el 7 de octubre de 2022, el delito del Stealthing como muchos de los delitos de índole sexual se ha visto modificado en su esencia a la hora de calificarlo y ofrecerle un trato jurídico-penal.

A rasgos generales, la Reforma conlleva la eliminación de la distinción de los delitos de abuso sexual y los de agresión sexual, creando un único delito de agresión sexual basado en la ausencia de consentimiento, tipificado en el Título VIII en lo relativo a los delitos contra la libertad sexual, en concreto en su Capítulo I que incluye los artículos 178, 179 y 180<sup>29</sup>.

La nueva redacción proporciona cambios tan sustanciales que alteran la calificación de nuestro delito pues en la actualidad, única y exclusivamente puede encarnarse en un delito de agresión sexual a tenor de los artículos 178.1 y 179.1 CP, cuando anteriormente existía el debate de si consiste en un delito de abuso o de agresión y, para ser claros la finalidad de nuestra investigación era determinar qué delito era en base a la redacción anterior puesto que la nueva elimina toda clase de dudas.

---

<sup>27</sup> WISSNER, Andres (2020), “Stealthing: ein berorgniserregender Trend?”, *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrecht*, Vol 103, nº4, 2020, pág. 231.

<sup>28</sup> Véase, BOE-A-2022-14630 Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual. (s. f.). <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2022-14630>

<sup>29</sup> Véase, BOE-A-2022-1995-25444 Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. (s.f.). <https://www.boe.es/eli/es/lo/1995/11/23/10/con>

Es por ello que a partir de la vigencia de dicha Ley la redacción de los mencionados queda de la siguiente manera:

*“1. Será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, como responsable de agresión sexual, el que realice cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento. Sólo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona”.*

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

En conclusión, con el nuevo Código Penal para determinar o calificar el delito de Stealthing no será necesario resolver la controversia de si consiste en un abuso o en una agresión sexual, sino que será un delito de agresión sexual siempre que la relación sexual sin el uso del profiláctico se realice sin consentimiento, la retirada del mismo se haga de forma oculta, sigilosa o engañosa y medie penetración por alguna de las vías incluidas en el artículo 179.1 CP. Con lo cual, si se tras estudiar el supuesto se concluye que ha existido un delito de Stealthing esté será penado con la pena de prisión de cuatro a doce años, al ser una agresión sexual castigada como delito de violación.

Queremos remarcar que hasta el momento ninguna sentencia contempla esta nueva tipificación debido a que o bien los casos estudiados son anteriores a la entrada en vigor de la LO 10/2022 o bien su fecha de comisión es más favorable que la reforma, como sucede en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, núm. 739/2023, de 12 de enero de 2024<sup>30</sup>.

#### 4.1.4. Conclusiones

El análisis exhaustivo de las sentencias relacionadas con el delito de Stealthing en España, desde su primera aparición en 2019 hasta la actualidad, revela una evolución significativa en el tratamiento jurídico de esta conducta. A partir de un estudio detallado de los casos y fallos judiciales, hemos podido extraer las siguientes conclusiones.

El creciente número de sentencias relacionadas con el Stealthing refleja una mayor conciencia y atención por parte de los tribunales españoles hacia esta problemática. Aunque inicialmente hubo divergencias en la calificación del delito, especialmente entre abuso y agresión sexual, las sentencias posteriores han tendido a unificar el criterio, considerando el Stealthing como un delito de abuso sexual, agravado del apartado 4 del artículo 181 del Código Penal, postura del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, al incurrir en el tipo agravado por mediar acceso carnal por vía vaginal, que defendemos y consideramos la adecuada para calificar el presente delito, teniendo en cuenta que en un inicio únicamente se sancionaba con una multa pues se entendía que la agravante no concurría, sino simplemente el tipo básico de abuso sexual.

Como podemos observar, las decisiones judiciales han destacado la importancia del consentimiento informado y el respeto a las condiciones acordadas durante las relaciones sexuales, especialmente en lo que respecta al uso del preservativo, estableciéndolo como un complemento esencial y no accesorio al hecho de que la relación sexual se produzca. Elemento

---

<sup>30</sup> En el fundamento jurídico 4º se expone lo siguiente: “Los hechos son constitutivos de un delito de abuso sexual previsto y penado en el artículo 181.1 y 4 CP, más favorable según redacción vigente a la fecha de su comisión (L.O. 1/2015, artículo con redacción vigente desde el 23/12/2010 - L.O. 5/2010, de 22 de junio-, hasta el 06/10/2022)”.

diferencial para el Tribunal de la Audiencia Provincial de Sevilla, pues fue quien consideró por primera vez (aunque fue ratificado por TSJ de Andalucía) cómo debía entenderse el uso del preservativo en relación al consentimiento para aceptar la relación sexual.

En respuesta de la segunda clasificación, el Stealthing ha sido reconocido como una vulneración a la autodeterminación sexual de la víctima, lo que subraya la necesidad de proteger el derecho de las personas a decidir sobre su propio cuerpo y sexualidad. De ahí que se abogue por una infracción a la libertad sexual y no a un delito contra la integridad física, por el hecho de lesionarse, física o moralmente, y exponiendo a unos riesgos que la perjudicada no había aceptado y que, por supuesto, se había negado a ellos

Posteriormente, con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 10/2022, conocida como la "Ley del Sí es Sí", se ha modificado el marco legal relacionado con los delitos sexuales, proporcionando una claridad normativa sobre la calificación y sanción del Stealthing, al considerarlo como un delito de agresión sexual, pues la eliminación de la distinción entre los delitos de índole sexual resuelve la problemática inicial y establece unos parámetros comunes a la hora de calificar los posibles casos que puedan producirse en un futuro, por supuesto, sin uniformidad de decisión por parte de la jurisprudencia.

En conjunto, estas conclusiones evidencian un avance significativo en la comprensión y abordaje del delito de Stealthing por parte de los tribunales españoles, así como la importancia de un marco legal claro y actualizado para garantizar una protección efectiva de los derechos de las víctimas y una justicia equitativa. Pues la persistencia de una disparidad en los fallos judiciales respecto al delito de Stealthing, plantea la posibilidad de que los infractores perciban una falta de uniformidad en la aplicación de la ley, lo que podría llevarlos a considerar que pueden beneficiarse de lagunas legales interpretadas de manera subjetiva y distinta por los distintos tribunales. Esta falta de coherencia en los criterios judiciales podría erosionar el respeto hacia la conducta delictiva, generando una percepción de impunidad entre quienes la llevan a cabo. Más aún, esta situación podría socavar la confianza de la sociedad en la justicia y en el sistema legal en su conjunto, al no percibir un respaldo claro y consistente por parte de las instituciones encargadas de hacer cumplir la ley.

## 5. AGRESIONES SEXUALES: LA EXTENSIÓN DEL CONSENTIMIENTO

La palabra consentimiento, para CASTELLVÍ, tiene como mínimo dos significados: uno débil y otro fuerte. El débil hace referencia a simplemente aceptar algo y, por el contrario, el fuerte a aceptar libre y conscientemente<sup>31</sup>.

A continuación, se expondrán párrafos de distintas sentencias que ilustran de forma más clara ambas connotaciones. En primer lugar, la STS 344/2019 los pone en relación con el concepto de intimidación<sup>32</sup>:

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

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

En el primer párrafo se utiliza el consentimiento en sentido débil, pues necesita la simple aceptación, al estar forzada por la intimidación. En cambio, en el segundo es en sentido fuerte pues requiere una aceptación libre y consciente, al existir una ausencia de consentimiento. De esta manera, en el primero de los casos la intimidación fuerza la aceptación, que no quiere decir que sea libre y consciente y, en el segundo de los casos, la intimidación niega la concurrencia de una aceptación libre y consciente.

Otra de las sentencias que CASTELLVÍ utiliza es la de STS 446/2020<sup>33</sup>:

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

Quizá puede parecer algo contradictorio lo que el Tribunal Supremo dijo, sin embargo, teniendo en cuenta que la palabra “consentimiento” tiene dos significados y, si transcribimos la oración cobra sentido pues los menores de edad carecen de madurez para consentir en sentido fuerte, pues por ese mismo motivo, su consentimiento es irrelevante o dicho de otro modo, al ser menores de edad no tienen la madurez necesaria para aceptar de forma libre y consciente, por lo tanto, es intrascendente su aceptación.

Por último, a través de la profesora PANTALEÓN DÍAZ, CASTELLVÍ reafirma la coexistencia de esta doble significación<sup>34</sup>:

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

*“Paso ahora a analizar la posible responsabilidad penal y civil del médico que (...) practica una ligadura de trompas con el consentimiento de una paciente que desea ser esterilizada, sin*

---

<sup>31</sup> CASTELLVÍ, Carlos (2023), “¿Violaciones por engaño? Sobre el concepto de consentimiento y el objeto del consentimiento sexual” *InDret*, 4.2023, pág. 176.

<sup>32</sup> STS 344/2019, Penal, Secc. 1ª, núm. 396/2019, de 4 de julio, Pte.: Susana Polo García.

<sup>33</sup> STS 446/2020, Penal, Secc. 1ª, núm. 10664/2019, de 15 de septiembre, Pte.: Eduardo de Porres Ortiz de Urbina.

<sup>34</sup> PANTALEÓN DÍAZ, «Ausencia de consentimiento, defecto de información y responsabilidad médica», *Diario La Ley*, (9277), 2018, p. 2.

*informarla —debiendo haberlo hecho— de la posibilidad de que tras la intervención aumente su riesgo de sufrir un embarazo ectópico”.*

En el primer párrafo se emplea un consentimiento “informado” por definición, sin embargo, en el segundo se trata una operación consentida sin la debida información. Por analogía a los dos significados del consentimiento, el consentimiento informado refleja un consentimiento fuerte, pues se acepta de forma libre y consciente al existir pleno conocimiento. De contrario, una operación que no ha sido informada pero que se ha aceptado, es simplemente una aceptación en su sentido débil.

## 5.1. Abordajes teóricos sobre el consentimiento

### 5.1.1. Consentimiento afirmativo

En el contexto global comparado, el ámbito anglosajón es uno de los modelos en los que más se ha puesto la mirada pues consiste en un consentimiento “afirmativo, consciente y voluntario” para participar en actividades sexuales, siendo cada persona involucrada la responsable de tener que asegurarse que tiene el consentimiento afirmativo de la otra u otras personas durante toda la relación sexual que, además pudiendo ser revocado en cualquier momento.

Este significado surge de la llamada “Ley de consentimiento de California”, del inglés la *California State Bill SB-967*<sup>35</sup>. Pues delimita un significado estándar.

Así mismo, de acuerdo con el artículo 261.6 del California Penal Code<sup>36</sup>, el consentimiento debe ser entendido como una cooperación positiva en el acto que exprese la libre voluntad, debiendo ser la persona quien tenga el pleno conocimiento de lo que realiza.

A modo conclusión, el consentimiento afirmativo consiste en obtener para cualquier acción o actividad un consentimiento explícito, voluntario y afirmativo para ser válido. Pues las personas deben de otorgar su voluntad de manera consciente y activa antes de realizar la acción, especialmente en situación que pueden afectar su autonomía, dignidad o bienestar.

En el ámbito de los delitos contra la libertad sexual, este modelo requiere el consentimiento explícito y sin comercio antes de cualquier actividad sexual, pues la ausencia del mismo o la presencia de un condicionante, sea una presión, coerción o incapacidad, invalidará el consentimiento otorgado y será sancionado según el delito del que se trate.

Para GARCÍA, la mencionada ley *"prescribe que una relación sexual es consentida en tanto y en cuanto ambos “contratantes sexuales” explícitamente indiquen que están de acuerdo en ello. Consentimiento de tipo afirmativo es aquel explícito, positivo, consciente y voluntario. De esta forma define el consentimiento sexual por oposición a la violación (la que presume acaecida bajo el uso de la violencia)”*. Pues de esta manera, se requiere un consentimiento otorgado activamente por todos los participantes de la relación sexual y, que será obligatorio para realizar un acto de naturaleza sexual<sup>37</sup>.

---

<sup>35</sup> Véase, Ley SB 967, Student safety: sexual assault, del 28/09/2014, disponible en [https://leginfo.ca.gov/faces/billNavClient.xhtml?bill\\_id=20132014SB967](https://leginfo.ca.gov/faces/billNavClient.xhtml?bill_id=20132014SB967)

<sup>36</sup> CA Penal Code § 261.6 (2022)

<sup>37</sup> García “Complejidades del no es no ...” cit. p. 128.

### 5.1.2. Consentimiento condicionado

La teoría del consentimiento afirmativo no resuelve las dudas e incertidumbres que el delito de Stealthing presenta, pues considera que la naturaleza del acto es la misma que la consentida, según BLANCO<sup>38</sup>.

De esta manera, los tribunales británicos comenzaron a utilizar el concepto de *conditional consent*, es decir, el consentimiento condicionado, a partir del caso Assange<sup>39</sup>, pionero en considerar que se debía tener en cuenta las condiciones bajo las cuales se ha otorgado el consentimiento y no en la naturaleza del acto que ha sido consentido.

En el mencionado caso, el acusado desobedeció las condiciones establecidas por su pareja y omitió el uso de preservativo (que posteriormente, rompió) y fue el Tribunal quien consideró que el “*true consent*” debe ser otorgado durante todo el acto sexual, así como las condiciones que hicieron que el consentimiento se otorgará. De esta manera, la perspectiva que determinó el consentimiento fue condicional, puesto que rechazó la idea de que lo relevante era la naturaleza del acto, la relación sexual, y no las condiciones bajo las que se acepta, el uso del profiláctico.

La gran defensora de esta teoría, BLANCO, considera que existen numerosas ventajas frente al consentimiento afirmativo, no todas ellas gracias a los caracteres del concepto desde el punto de vista de nuestro derecho<sup>40</sup>.

Pues lo relevante de esta condición impuesta se halla en determinar si afecta al contenido de la relación sexual o, por el contrario, afecta solo a los motivos por los que se aceptó la relación sexual. En caso de considerarse que afecta al contenido, debe demostrarse en error efectivo sobre la significación de la relación sexual.

Pues bien, a diferencia con el concepto definido en ley de california, sí existe una facilidad probatoria, pues es suficiente demostrar que el uso de preservativo fue una condición (esencial) para aceptar, y consentir, la relación sexual.

En nuestra opinión, la STSJ Andalucía, sin ser consciente de la perspectiva anglosajona, se movió sobre los mismos parámetros cuando, hasta en cuatro ocasiones relaciona el término condición a consentimiento<sup>41</sup>.

Pues es el propio Tribunal quien distingue el consentimiento como un “complemento esencial y no meramente accesorio o secundario del mismo”.

En conclusión, el consentimiento condicional proporciona una respuesta al supuesto de retirada del preservativo, una vez violada la condición. De esta manera, se traslada la importancia a las

---

<sup>38</sup> BLANCO, Melissa Marie (2018), “Sex Trend or Sexual Assault?: The Dangers of “Stealthing” and the Concept of Conditional Consent”, *Penn State Law Review*, Vol. 123:1, pág. 239.

<sup>39</sup> *Assange v. Swedish Prosecution Authority*, (2011) EWHC 2849. Sobre este asunto, véase García “Complejidades del no es no ...” cit. p.124 ss.

<sup>40</sup> La autora menciona, por ejemplo (n.172, p.239), que el concepto permitiría proteger potencialmente también a una víctima varón que hubiese puesto como condición a una mujer el no uso de preservativo si está le asegura el uso de anticonceptivos, siendo esto falso (*tricked parenthood*). El concepto también protegería a las víctimas masculinas del “*gift-giving*” (n.134, p.235), es decir, a las víctimas de la transmisión del VIH de forma intencionada, en ámbito homosexual, práctica conocida como “*bug-chasing*” a través de los foreros de internet.

<sup>41</sup> En la SAP Sevilla de 29 de octubre de 2020 se lee literalmente que la víctima “*consintió el acceso carnal que ha dado lugar al juicio, por más que fuera en otras condiciones que no fueron respetadas*” (Fdto. Jco. Sexto), o que “*decidió libremente consentir mantener relaciones sexuales con penetración vaginal con el acusado siempre que utilizara preservativo*” (Fdto. Jco. Tercero).

condiciones bajo las que se aceptó una determinada acción o actividad sexual, en lugar, de a la naturaleza de la actividad o acción que se ha aceptado<sup>42</sup>.

En relación con el ejemplo, se deja de lado el probar si la relación sexual ha sido consentida, con o sin preservativo, puesto que las condiciones que se pactaron para aceptar la relación fueron el uso del profiláctico. Por ello, omitir su uso, inválida el consentimiento al no ser cumplidas las condiciones con las que se pactó la relación inicial, sin tener en cuenta si dicha relación es la misma o no lo es.

## 5.2. El consentimiento como condición esencial o accesorio.

Resulta esencial determinar el alcance del consentimiento a la hora de entender hasta qué punto se considera aceptada cada práctica que se desarrolla durante una relación sexual. Podría decirse que marca los límites dentro de una actividad de naturaleza sexual.

Pues bien, el consentimiento como condición esencial se entiende que únicamente lo pactado es lo consentido y que los requisitos impuestos deben cumplirse para que la relación sexual se lleve a cabo, por ello, basta que se incumpla tan solo uno de ellos para que el consentimiento se vea invalidado. Por tanto, el hecho de vulnerar cualquier condición que se exija convertirá la misma como una conducta no consentida. Por otro lado, si simplemente se entiende que la condición para realizar un determinado acto es accesorio al consentimiento, pues en ese caso, la infracción de ese requisito no invalidará el consentimiento de toda la relación sexual en su conjunto.

Hasta aquí, comprendemos que en todos los casos en los que el Stealthing se ha enjuiciado existía esa clara y contundente condición del uso de protección por parte de la mujer, el preservativo como método anticonceptivo y de protector contra enfermedades de transmisión sexual. Hasta en cinco ocasiones la Sentencia del TSJ Andalucía entendía el uso del profiláctico como un complemento esencial y no meramente accesorio o secundario de su consentimiento y, en ello se apoyó para sancionar la conducta añadiendo la agravante del apartado cuarto correspondiente al acceso carnal, del tipo básico del art. 181.1 CP. La sentencia apelada bien entiende que el consentimiento de una actividad sexual no puede extenderse unilateralmente, por el otro partícipe a su voluntad, a otros tipos de contactos no consentidos.

Sin embargo, queremos aplicar por analogía los casos en los que no se sea igual de tajante la negativa de las denunciante a mantener relaciones sexuales sin protección, es decir, consideramos que no hace falta decir de manera inequívoca lo que no te he dado permiso para hacer. Por ejemplo, el hecho de que no hablemos sobre si la penetración va a incluir vía anal o se va a limitar a únicamente vaginal, no da derecho al agresor a realizar una penetración anal sin consentimiento de la víctima y, mucho menos sin conocimiento. Pues lo mismo debe ocurrir con el Stealthing, la relación sexual “de tipo básico” incluye el profiláctico, a no ser que se acuerde lo contrario, y es por este mismo motivo, que no consultar si se puede retirar el preservativo durante la relación debe considerarse como no consentida.

Con esto queremos aclarar que la penetración con y sin preservativo son dos actos penalmente distintos y, que se requiere un consentimiento individual y separado para realizar uno u otro tipo de contacto sexual. Por ello, el uso de protección es un complemento esencial, y no meramente accesorio o secundario, para consentir la relación sexual, de modo que su ausencia conlleva una ausencia de consentimiento en todo el acto, es decir, este requisito es el que determina que la relación se produzca, si se vicia, o se vulnera durante la actividad sexual, toda la relación en su conjunto no será consentida. Por ejemplificar en el caso del Stealthing, si se acepta con la condición del uso de condón y este, por decisión unilateral se retira durante la

---

<sup>42</sup> Blanco, ídem p. 239.

relación sexual, pues esta última no será consentida. Es como si se retrotrae al momento inicial del acuerdo, como sucede en el Derecho Civil en materia de contratos.

### 5.3. Modelo actual en el vigente Código Penal Español

El Código Penal Español tras la Reforma 10/2022, ha introducido cambios tan sustanciales que, como consecuencia de ellos, delimita el consentimiento y su doble significación en función del tipo de delito que trate<sup>43</sup>. Por ejemplo, el art. 156 CP constituye un ejemplo de consentimiento débil pues:

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

En este sentido, entender el consentimiento en sentido fuerte sería innecesario puesto que se deja claro que se requiere la aceptación, al fin y al cabo, la locución ya expresa la necesidad.

Por otro lado, el artículo 161.1 CP constituye un ejemplo de consentimiento en sentido fuerte:

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

De entenderse de contraria manera, quedarían impunes los delitos que fuesen cometidos por aceptación sin libertad o sin consciencia, pues bastaría el simple consentimiento para ser inimputables. En este sentido, se requiere que el consentimiento otorgado por la mujer sea libre y consciente, pues de lo contrario, se darían por aceptados ciertas situaciones que no han sido aceptadas de ningún modo como, por ejemplo, la aceptación de la mujer mediante la intimidación o mediante engaño. Pues en esos casos, el consentimiento otorgado a partir de las mencionadas condiciones no puede aceptarse, de ahí que se requiera la connotación fuerte para que dichos actos sean debidamente penados.

En base a lo expuesto, quedaría responder a la pregunta siguiente: ¿Cómo se entiende el consentimiento en delitos contra la libertad sexual? Y, en consecuencia, ¿Cómo se entiende el consentimiento otorgado en el delito de Stealthing?

Pues bien, tras la Reforma LO 10/2022, el art. 178.1 CP se presenta como un tipo genérico de agresión sexual con el siguiente tenor literal:

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

Para CASTELLVÍ y, posteriormente para nosotros, si entiendiéramos el consentimiento en sentido débil, en una simple aceptación, este precepto únicamente incluiría los actos sexuales que no han sido aceptados como, por ejemplo, cuando se realizan sobre una persona dormida. Por el contrario, quedaría impunes al no incluirse en el articulado los actos sexuales que han sido aceptados sin libertad o sin consciencia, como en el caso del artículo 161.1 CP expuesto anteriormente<sup>44</sup>.

Sin embargo, entender el consentimiento en sentido fuerte (aceptación libre y consciente) consistiría en penar todos los actos sexuales que no han sido aceptados de forma libre y consciente, y a consecuencia de ello, se solaparían los delitos tipificados en el 178.2 y 181.1 CP con el de agresión sexual.

---

<sup>43</sup> Véase, Ut Supra 4.3.

<sup>44</sup> Castellví, “¿Violaciones por engaño?...” cit. p. 184.

Con lo cual, el concepto fuerte de consentimiento nos lleva a calificar todos los actos sexuales que se acepten sin consentimiento, como una agresión sexual y, en algunos casos como una violación. Por contra, así deberían calificarse las “violaciones por engaño” (*rape by deception*), es decir, hacer creer a un judío que no eres árabe para mantener relaciones sexuales como paso en el caso *Kashur v. Israel*<sup>45</sup> o cuando una persona transexual mintió sobre su sexo biológico, en el caso *McNally v. R*<sup>46</sup>.

Bajo nuestro punto de vista, esta concepción del consentimiento debe rechazarse y, con ello, optarse por el concepto débil o aceptación, pues de esta manera, los actos sexuales aceptados por error son “consentidos” y no constituyen una agresión sexual.

Adviértase que, el Código Penal no solo prohíbe los actos sexuales sin consentimiento (art 178.1 CP), sino que también aquellos consentidos de forma viciada o inválida (art 178.2 y 181.1 CP). Pues el elemento común es la ausencia de un consentimiento válido, no la ausencia de consentimiento.

Para aclararnos, el Código delimita mediante los artículos las condiciones para la validez del consentimiento, en concreto, mediante los preceptos antes mencionados, 178.2 y 181.1 CP. Con lo cual, el consentimiento válido será el que no se ha prestado con “*violencia, intimidación o abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima*” (art 178.2 CP) o “*personas que se hallen privadas de sentido o de cuya situación mental se abusare (...)*”, ni por menores de dieciséis años (art. 181.1 CP).

En respuesta a la segunda pregunta, de entenderse el delito de *Stealthing* como un engaño o error, este no podría sancionarse debido a que la relación ha sido consentida y el Código Penal las considera como atípicas. Ahora bien, esto no significa que la conducta que queremos calificar quede impune en nuestra sociedad, a través de lo que entendemos por consentimiento en el Código Penal. Pues esta concepción es errónea.

La retirada del preservativo constituye una conducta diferente a la que se había pactado y consentido, pues la relación sexual que se había aceptado era la penetración vaginal con preservativo y, sin embargo, el hombre ha realizado un acto sexual distinto, una penetración vaginal sin preservativo. De esta manera, entendemos que el primer acto sexual se ha consentido válidamente mientras que el segundo no se ha consentido. Precisamente por eso, la “nueva” relación sexual que se inicia cuando el hombre decide quitarse el profiláctico sí constituirá un delito, y en concreto, un delito de agresión sexual del art. 178.1 CP con acceso carnal del 179.1 CP, es decir, un delito de violación.

Pero ¿qué diferencia hay con otros tipos de engaño como, por ejemplo, el del árabe que se hace pasar por judío? Tan cierto es que en ambos supuestos media un engaño para lograr la relación, sin embargo, el engaño que se produce en el delito de *Stealthing* no tiene la finalidad de que la víctima consienta una relación sexual, pues ya lo ha hecho con el elemento condicionante del uso del preservativo, sino que el objeto de engañar es ocultar que la relación se está produciendo sin su consentimiento. Dicho de otra manera, el árabe que hace creer que es judío no realiza un acto sexual distinto al que ha hecho creer a la víctima que haría, pues la relación consentida es la misma que se ha ejecutado. Por contra, el hombre que se retira el preservativo sí realiza una conducta que no es la que ha hecho creer que haría, pues el engaño no existe en la aceptación de la relación sexual, sino una vez consentida realizar otra distinta.

---

<sup>45</sup> Véase, *CrimA 5734/10 Kashur v State of Israel* [2012] (Isr).

<sup>46</sup> Véase, *R v. McNally* [2013] EWCA Crim 1051.

Hace unos años, en España, salió a la luz un caso de un *tiktoker*<sup>47</sup> que se hacía pasar por infértil para “conseguir” que sus víctimas aceptarían realizar relaciones sexuales sin protección, pues aseguraba que no tendrían riesgo de embarazo.

A diferencia del *tiktoker* y el *Stealthing* es que, en el primer supuesto, el agresor no realiza una conducta diferente a la que ha hecho creer mediante engaño, sino que él ha utilizado el engaño para viciar el consentimiento en ese tipo de relación sexual, la de sin uso de preservativo. Sin embargo, en el *Stealthing* quién se retira el preservativo está realizando una conducta diferente a la que la víctima ha consentido, pues de haber sabido que el acto se desarrollaría sin profiláctico en ningún caso hubiera sido consentida. Por ello, la segunda sí debe considerarse como una agresión sexual y, en consecuencia, como una violación.

## 6. EL DELITO DE LESIONES EN LOS SUPUESTOS DE STEALTHING

No sorprende a nadie que la retirada del preservativo sin consentimiento conlleve un delito accesorio consigo, pues se está vulnerando la integridad física y la salud de la víctima. El delito de lesiones aparece en todas las sentencias en las que el acusado ha sido condenado como culpable por realizar esta práctica<sup>48</sup>.

Pues la jurisprudencia no solo ha entendido que el delito de lesiones alcance la propagación de patógenos bacterianos, víricos o parasitarios transmisibles por vía sexual, sino que abarca otras consecuencias de mayor gravedad y trascendentales para la salud humana, resultados a largo plazo, permanentes como la infertilidad o enfermedades crónicas, e incluso graves patologías en un futuro feto o en el ya recién nacido<sup>49</sup>.

Pues desde el punto de vista de la protección a la salud debe entenderse y, así lo hacen los Tribunales, en torno a los criterios de imputación objetiva del resultado aplicables, teniendo en cuenta el principio de confianza, la autopuesta en peligro de la víctima o la heteropuesta en peligro con consentimiento<sup>50</sup>. En particular, el Tribunal Supremo estableció una serie de circunstancias donde la autopuesta en peligro exime al delito de lesiones y, en el que el mismo es atípico: “a) *Que la víctima tenga un adecuado conocimiento del riesgo*; b) *Que consienta en la acción arriesgada causante del daño, sin venir tampoco impulsado por una marcada incitación del autor*; c) *Que el daño sea consecuencia del riesgo asumido, sin añadirse otros*

---

<sup>47</sup> Véase, Charpentier, D. (2021, 13 julio). *Stealthing: el tipo de agresión sexual por la que acusan a tiktoker y muchos no consideran como tal*. *BioBioChile - la Red de Prensa Más Grande de Chile*. <https://www.biobiochile.cl/noticias/sociedad/debate/2021/07/13/stealthing-el-tipo-de-agresion-sexual-por-la-que-acusan-a-tiktoker-y-muchos-no-consideran-como-tal.shtml>

<sup>48</sup> Véase por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, núm. 1459/2020, en su Fundamento Jurídico Cuarto.

<sup>49</sup> STS, Sala de lo Penal, Secc. 1ª, núm. 690/2019, de 11 de marzo, Pte.:Pablo Llarena Conde.

<sup>50</sup> Gili Pascual, “Stealthing ...” cit. p. 90.

*descuidos del ejecutante y d) Que la víctima, hasta el momento del completo descontrol del riesgo, haya podido dominarlo de una manera equivalente al autor del mismo”<sup>51</sup>.*

Pues no es lo mismo que la víctima sea consciente de los riesgos que corre al mantener la relación sexual sin preservativo y, aun así, consienta mantenerlas en esas condiciones, que nuestra víctima sea desconocedora totalmente de cómo se llevarán a cabo esas relaciones que, por descontado, ella no ha aceptado. Parece obvio anunciar que los riesgos a los que nos sometemos las personas cuando decidimos mantener sexo sin protección son de conocimiento universal, en más o menos medida. Pero es en ese momento donde nuestra capacidad de decisión entra y, decide eximir la responsabilidad del autor, cuando yo como persona decidida por mutuo consenso y voluntad cómo quiero mantener el acto sexual.

Sin embargo, en el delito de Stealthing lo expuesto en el párrafo anterior se ve claramente frustrado. Es la acción del agresor la que coloca a la víctima en una situación de peligro, que ni tan solo ella ha podido rechazar, pues no se le ha consultado. Es por ello, que el delito de lesiones se comete conjuntamente, pues siguiendo el criterio expuesto, la perjudicada no ha decidido (ni libre ni voluntariamente) mantener las relaciones sexuales sin protección y, por ello, no se le puede trasladar la responsabilidad de las consecuencias a su persona.

Para más relevancia, si la negación no fuera suficiente para no realizar una conducta que no ha sido aceptada, la víctima de la SAP Sevilla era previamente informada de que el acusado era portador de una enfermedad de transmisión sexual (ETS) y fue en ese momento en el que ella accedió a mantener relaciones sexuales con él, siempre y cuando, el uso del preservativo fuera un elemento indispensable y obligatorio. Vemos una vez más como la perjudicada rechaza esa puesta en peligro, se niega a aceptar los riesgos que puede conllevar mantener el sexo sin la protección sanitaria precisa.

Dejando un lado el marco teórico, ¿es necesaria la efectiva transmisión de una enfermedad o provocar un embarazo para que concurra un delito de lesiones? En la línea de lo anterior, la respuesta es negativa. Que se produzca un contagio o un embarazo no deseado<sup>52</sup>, no determina la existencia de una infracción a la salud de la víctima, pues como hemos mencionado al inicio, hay consecuencias que pueden ser posteriores al incidente, tanto como aparecer a largo plazo e incluso a un posible descendiente (al feto y al recién nacido) <sup>53</sup>.

Asimismo, no olvidarnos de los daños morales en los que la víctima se ve sometida. Las víctimas a las que BRODSKY entrevistó telefónicamente le expresaron sus sentimientos, que los asemejaron a los de una violación<sup>54</sup>. De esta manera el impacto o sufrimiento psicológico reflejado en un daño moral se produce por la simple exposición del virus, sé de o no el resultado y, por la comisión de un delito contra la libertad sexual de la víctima.

Lógicamente, y a pesar de no ser objeto esencial de este trabajo, nuestros Tribunales se han pronunciado acerca de la responsabilidad civil derivada del delito, como parte de responsabilidad extracontractual del art. 1902 CC, en las sentencias donde se condena de Stealthing, como por ejemplo en la SJI Salamanca y en SAP Sevilla, ambas esenciales a la hora de marcar el camino a seguir.

---

<sup>51</sup> STS Sala de lo Penal, Secc. 1ª, núm. 1218/2011, de 8 de noviembre, Pte.: Carlos Granados Pérez.

<sup>52</sup> Hablamos de embarazo no deseado por el simple hecho de que la víctima no ha dado su consentimiento para realizar la práctica sin protección o, por el contrario, sí ha expresado su claro deseo de mantener relaciones sexuales para evitar el mismo.

<sup>53</sup> Véase la sentencia SAP Madrid, Secc. 11ª, núm. 653/2007, de 10 de julio, Pte.: Sagrario Arroyo García, en el que se condenó al demandado a pagar a su víctima por no informarle de su enfermedad, a pesar de que la misma no fue infectada.

<sup>54</sup> Brodsky “Rape-adjacent...” cit. p.184.

## 7. ¿CONCURRE AGRAVANTE POR RAZÓN DE GÉNERO?

Los delitos de índole sexual pueden ser susceptibles de verse aplicados con la agravante introducida por la L.O. 1/2015, de 23 de noviembre<sup>55</sup>. Es en el artículo 22. 4ª del Código Penal donde se considera que cometer un delito basándose en una justificación racial, discriminatoria, etcétera merece una calificación superior al lesionarse el derecho a la igualdad de la persona ofendida, adicional al objeto de protección del delito cometido<sup>56</sup>.

Su incorporación tuvo la necesidad de corregir la manera en que se entendía dicha agravante, pues requería que las partes fueran o hubieran sido pareja afectiva, en el sentido que únicamente era aplicable la circunstancia modificativa si este requisito estaba presente en el caso, como definía el artículo 1.1 LOMPIVG. Sin embargo, el Convenio nº210 del Consejo de Europa, sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, aprobado en Estambul por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 7 de abril de 2011, entendió el concepto término género como *“los papeles, comportamientos o actividades y atribuciones socialmente contruados que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres”, puede constituir un fundamento de acciones discriminatorias diferente del que abarca la referencia al sexo*”.

La agravante no debe entenderse de forma automática, es decir, no en todos los casos en los que la víctima sea mujer debe ser aplicada, sino que requiere que concurren efectivamente los requisitos de discriminación en los que basa la cualificación. Sin embargo, es desde este momento en el que se empieza a debatir su aplicabilidad, pues existe una división entre la doctrina<sup>57</sup>.

Quienes la consideran como una circunstancia subjetiva entienden que el contexto legal se centra en los motivos que llevan a esa discriminación y, en ello es en lo que se fundamentan para considerar que debe tener un mayor reproche. Bajo esta perspectiva se pronuncia el

---

<sup>55</sup> BOE-A-2015-3439 Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. (s. f.). <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-3439>

<sup>56</sup> Véase, TORRES FERNÁNDEZ, Mª Elena (2021), “Perspectiva de género y delitos contra la libertad sexual”, *Revista General de Derecho Penal*, nº35, 2021, pág 8.

<sup>57</sup> TORRES FERNÁNDEZ, Mª Elena (2021), “Perspectiva de género y delitos contra la libertad sexual”, *Revista General de Derecho Penal*, nº35, 2021, págs. 8 i s.

Tribunal Supremo, en la STS de 19 de noviembre de 2018<sup>58</sup>, que señala que “*el fundamento de las agravaciones recogidas en este apartado 4º reside en el mayor reproche penal que supone que el autor cometa los hechos motivado por sentirse superior a uno de los colectivos que en el mismo se citan y como medio para demostrar además a la víctima que la considera inferior*”, sino que habla de “*una situación de subyugación del sujeto activo sobre el pasivo, ... en cualquier ataque a la mujer con efectos de dominación, por el hecho de ser mujer*”, lo que le lleva a confirmar la apreciación de la agravante en el caso concreto en cuanto sustentada en la posición de control que ejercía el recurrente sobre la víctima”. En el mismo sentido y sirviendo de fundamentación lo expuesto, la AP Sevilla desestimó la posible concurrencia de la agravante en el delito de Stealthing, al considerar que se trataba de una relación de alcance puramente sexual entre dos adultos, sin que existieran “*aquellos estereotipos de género que pudieran apuntar a que el varón ejerciera o pretendiera ejercer un papel dominante, que de alguna manera intentara subrayar a la mujer o imponer su criterio con desprecio a la propia voluntad o libertad de ésta*”<sup>59</sup>.

En contra de esta fundamentación, encontramos la objetiva. Una lectura que, en base a nuestro criterio, debe imponerse para poder contar con un ámbito de aplicación más amplio y menos restringido o limitado a una existencia efectiva de un ánimo de dominación, humillación o sumisión. Optamos por considerar la concurrencia de la agravante cuando “*una base fáctica que permita deducir que el comportamiento de quien agrede cuenta con el plus de antijuricidad que conlleva el que sea manifestación de la grave y arraigada desigualdad que perpetúa los roles asignados tradicionalmente a los hombres y las mujeres, conformados sobre el dominio y la superioridad de aquellos y la supeditación de éstas*”<sup>60</sup>.

Entendemos que no es necesario ese elemento subjetivo específico entendido como ánimo dirigido a subordinar, humillar o dominar, pero sí que, independientemente de las razones específicas del autor, exista un desigual reparto de roles en el que el hombre parte de una posición privilegiada y de superioridad<sup>61</sup>.

Podríamos decir que la respuesta de la Audiencia Provincial de Sevilla, al desestimar la agravante por razón de género en el caso que enjuició, fue errónea pues sí existió ese reparto de papeles del que estamos hablando. Es más, hemos justificado su comisión como un acto de dominación y de superioridad hacia la mujer al superponer el deseo masculino frente a cualquier acto, es decir, hemos llegado a la conclusión de que esta conducta no es más que una demostración a sí mismo de la autoridad y poder que cree poseer sobre la persona perjudicada, sin tener en cuenta su opinión, consideraciones o sus voluntades<sup>62</sup>.

Finalmente, aclarar que el requisito de una relación afectiva previa o existente en el momento de la comisión del delito es totalmente rechazado en nuestra percepción del Derecho, la justicia y la igualdad. Pues tal interpretación conlleva una inaplicación de la circunstancia de forma injustificada, quedando impunes situaciones cotidianas (como relaciones sexuales esporádicas, relaciones a cambio de precio u otras). Asimismo, en el propio delito de Stealthing la agravante, en muchos casos, se vería inoperativa por el simple hecho de no cometerse contra tu actual o expareja.

<sup>58</sup> STS, Secc. 1ª, núm. 565/2018, de 19 de noviembre, Pte.: Alberto Berzosa Fernández.

<sup>59</sup> SAP Sevilla núm. 1459/2020, en su Fundamento Jurídico Sexto. La audiencia también se sirvió de la Sentencia 12/2020, de 23 de enero, la cual afirma que puede apreciarse siempre que “se pueda desprender de la prueba practicada que se ha realizado el ilícito penal con actos que implican dominación del hombre hacia una mujer por el hecho de ser mujer”.

<sup>60</sup> STS núm. 509/2021, de 10 de junio, Pte.: E. de Porres Ortiz de Urbina; STS 59/2021, de 27 de enero, Pte.: J. Sánchez Melgar; STS 571/2020, de 3 de noviembre, Pte.: J. Sánchez Melgar.

<sup>61</sup> STS núm. 444/2020, de 14 de septiembre, Pte.: Ana María Ferrer García.

<sup>62</sup> Aún optando por una fundamentación objetiva de la agravante, la subjetiva también concurre en el supuesto de Stealthing y por ello, también debería ser aplicable.

## 8. ¿MERECE EL STEALTHING UN TIPO AUTÓNOMO EN EL CÓDIGO PENAL?

Si tenemos en cuenta la actual regulación, la pregunta genera indiferencia. Pues no merece un tipo autónomo, ya que el Código Penal sanciona toda conducta que atente contra la libertad sexual de una persona sin su consentimiento. Es por este motivo, que el Stealthing ya tiene cabida en este supuesto penal, como un delito de agresión, y no necesita crear uno independiente que enjuicie y sancione este delito.

Sin embargo, la controversia está en la legislación anterior, en la que los delitos de índole sexual se clasificaban en abuso o agresión o violación. Es por este motivo que, en este apartado del trabajo, resolveremos la pregunta en función del Código Penal anterior a la Reforma, la del 2010<sup>63</sup>.

Teniendo en cuenta la estructura de la Ley en lo relativo a los delitos contra la libertad sexual, los del Título VIII, el Stealthing se ha calificado como un delito de abuso sexual tipificado en el art. 181.1 y 181.4, por nuestra reiterada jurisprudencia. Por contra, creemos que esta pena no refleja la gravedad de la conducta, siendo una sanción y una calificación irrisoria para lo que realmente supone en las víctimas, pues sienten que se les ha “*realizado una violación*”, “*habían sufrido una violación de su consentimiento, de la autonomía corporal (bodily autonomy) y de la dignidad*”, como así lo dijo BRODSKY, haciendo referencia a los sentimientos que las víctimas le habían comunicado, además de una vulneración al acuerdo o consentimiento otorgado previo o al inicio de la relación sexual y a su dignidad. Es por esta razón, que creamos el debate de si merece un tipo de sanción más elevada a partir de un tipo ya existente o si, por el contrario, merece de una autonomía que enjuicie este delito de forma independiente<sup>64</sup>.

---

<sup>63</sup> BOE-A-1995-25444 Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. (1995, 23 noviembre). <https://www.boe.es/eli/es/lo/1995/11/23/10/con>

<sup>64</sup> Brodsky “Rape-adjacent...” cit. p.185 s., 188.

Bajo nuestro punto de vista consideramos que el delito de Stealthing merece un tipo autónomo en el Código Penal, ya que tenemos la convicción de que tal y como está desarrollado el articulado, no encaja en ningún precepto. Para empezar, al no poderse calificar como agresión sexual debido a que no ha mediado ni violencia ni intimidación, debe ser un abuso sexual por el hecho de que la práctica se ha llevado a cabo sin consentimiento. Para nosotros, decisión errónea. Estamos de acuerdo en que no puede ser una agresión sexual, pero no por ello, encaja en el supuesto de abuso.

<b>ABUSO SEXUAL</b>	<b>AGRESIÓN SEXUAL</b>	<b>VIOLACIÓN</b>
arts. 181 y ss. CP.	art. 178 CP	art. 179 CP
SIN violencia o intimidación	Requiere violencia o intimidación	Requiere violencia o intimidación
Requiere falta de consentimiento	-	Requiere acceso carnal vía vaginal, bucal o anal
Prisión de 1 a 3 años o Multa de 18 a 24 meses	Prisión de 1 a 4 años	Prisión de 6 a 12 años
Prisión de 4 a 10 años si consiste en acceso carnal vía vaginal, bucal o anal	Prisión de 4 a 10 años si concurren las circunstancias del art. 180 CP	Prisión de 12 a 15 años si concurren las circunstancias del art. 180 CP

Observando esta tabla, considerar que retirar el preservativo puede castigarse con una simple pena de multa, como ocurre en Salamanca, podría entenderse como una falta al Derecho y a las víctimas, quien han visto privadas de su autodeterminación sexual por voluntad de un individuo que, como mínimo, ha conseguido su objetivo: el retirarse el profiláctico sin consentimiento ni conocimiento. Entendiendo la pena como la Audiencia Provincial de Sevilla o la STSJ de Andalucía, la consecuencia jurídica pasa de la multa a 4 años de prisión. Sin embargo, aun así, no se considera que la “deuda esté saldada”, desde el punto de vista de la reparación del daño a la víctima. Además, la solución del 181.4 tiene el punto débil en el hecho de implicar una distinción contra reo donde la ley no distingue que, de ser exactos, debería inclinar la balanza hacia el tipo básico (art. 181.1 CP), pero que acertadamente nuestros Tribunales consideraron que la desvalorización de la conducta merecía mayor respuesta, pues en la mayoría de los casos se impondría una pena de multa<sup>65</sup>.

Optamos por ofrecer a esta conducta un tipo autónomo que lo califique, enjuicie y sancione, de la forma más oportuna que el legislador considere necesario. Un artículo, dentro del Título VIII, que de forma específica verse sobre la práctica que en este trabajo queremos denunciar. Es por este motivo por el que consideramos, y vemos necesario, que el delito Stealthing posea un tipo penal independiente a los ya existentes, pues los actuales no se ajustan a las necesidades y a las características que esta conducta presenta.

#### 8.1. En caso afirmativo, ¿la regulación estará exenta de problemas?

En respuesta de esta segunda pregunta, como la primera es afirmativa, creemos que, de constituir un delito autónomo, se resolvería la problemática de considerar que el Stealthing es juzgado de manera insuficiente por nuestro Derecho y Tribunales. De existir un supuesto que califique en exclusiva la conducta se abandonaría la idea de que existe una solución provisional que intenta solucionar un vacío con una regulación que no se adapta al hecho.

<sup>65</sup> Gili Pascual, “Stealthing ...” cit. p.116.

Por ello, la creación de un tipo penal para el Stealthing podría ofrecer claridad y especialidad en la regulación de esta reciente práctica sexual no consensuada. De esta misma manera, al definir claramente el delito, se facilita su identificación, investigación y persecución por parte de las autoridades judiciales y de las víctimas que, muchas veces, no son conscientes de lo que acaban de vivir. En este sentido, las víctimas que relata BRODSKY querían denunciar una conducta que les había pasado sin saber realmente si constituía un delito<sup>66</sup>.

Por otro lado, al tener un marco legal específico, se podrían establecer sanciones proporcionales a la gravedad del acto, lo que podría disuadir su comisión y promover una cultura de respeto y consentimiento en las relaciones sexuales. Asimismo, la regulación autónoma de esta práctica también podría generar conciencia pública sobre esta problemática y fomentar la discusión sobre los derechos sexuales y la importancia del consentimiento informado en todas las interacciones sexuales. Sin embargo, sería fundamental definir claramente los elementos constitutivos de delito y considerar las implicaciones éticas, sociales y legales involucradas para garantizar una aplicación justa y efectiva de la ley.

## 9. PROPUESTA DE LEY APLICABLE AL ESTADO ESPAÑOL

### 9.1. Cuestiones previas

Hemos tomado como referencia la Iniciativa con Proyecto de Decreto suscrito por el Senador de la República de Méjico, Dr. Ricardo Monreal Ávila. Pues en la Exposición de Motivos, el senador quiso proporcionar un marco legal claro y específico para abordar esta práctica sexual no consensuada<sup>67</sup>. Sin embargo, en la mencionada Iniciativa se tipifica la práctica como un abuso sexual, en cambio, nosotros nos basaremos en la actual regulación del Código Penal, categoría que fue suprimida y globalizada en una única, la de agresiones sexuales.

Asimismo, hemos querido conceder la voluntad de la Cámara de Representantes en relación al Proyecto de Ley 020 de 2022, cuyo objetivo era tipificar como un delito autónomo la práctica del Stealthing<sup>68</sup>.

### 9.2. Argumentación

Un número cada vez mayor de personas, especialmente mujeres, han empezado a denunciar públicamente una práctica sexual atentatoria contra su autonomía sexual: el hecho de que sus parejas sexuales no cumplan con las condiciones previamente acordadas respecto al uso del condón durante el acto sexual, lo conocido como Stealthing.

Este ataque a la integridad sexual de la víctima, al ser una modificación unilateral y no consentida de las condiciones pactadas previamente, atenta también a la libertad sexual, la autonomía corporal y la libertad de elección reproductiva.

A nivel general, las consecuencias ya han sido expuestas y, además de las mencionadas, existe una gran exposición de las víctimas a las enfermedades de transmisión sexual (ETS),

---

<sup>66</sup> Brodsky "Rape-adjacent..." cit. p.185.

<sup>67</sup> SIL - Sistema de Información Legislativa-Resultados. (n.d.).

[http://sil.gobernacion.gob.mx/Librerias/Search/search\\_UTF.php?Valor=Stealthing](http://sil.gobernacion.gob.mx/Librerias/Search/search_UTF.php?Valor=Stealthing)

<sup>68</sup> Véase, PENAL, R. N. F. (2022). *Editorial*. Dialnet. pág. 1.

embarazos no deseados y repercusiones psicoemocionales irreversibles. Pues las ETS son la consecuencia por excelencia en este delito, consecuencias que son visibles y físicas en las perjudicadas.

Tan cierto es que existe un acuerdo mutuo entre las partes implicadas en la relación sexual, pues previamente al acto se han fijado las condiciones de la misma. Por ello, retirar el preservativo de manera unilateral y determinar las condiciones en las que se continuará y finalmente, ejecutará la relación sexual, se considera que la persona no ha consentido el “nuevo” acto sexual, pues se ejecutan sin su consentimiento.

### 9.3. Contenido de la Propuesta

Por lo expuesto en el apartado anterior, con el fin de regular esta conducta y continuar avanzando en la protección de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres y de la población, la presente iniciativa propone regular el Stealthing, tipificándolo como una agresión sexual. Para ello, se adiciona un párrafo quinto al artículo 178 del Código Penal, estableciendo, además, como elemento causal de aumento de la pena, el hecho de que la víctima resulte contagiada de una enfermedad de transmisión sexual o resulte embarazada<sup>69</sup>.

### 9.4. Cuadro comparativo

A pesar de que se ha explicado completamente el propósito y la razón detrás de la modificación propuesta, creemos conveniente ofrecer un cuadro comparativo para explicar claramente y de forma específica lo que realmente abarca esta nueva tipificación legal.

<b><u>CÓDIGO PENAL</u></b>	
<b><u>Texto vigente</u></b>	<b><u>Propuesta de Texto</u></b>
<b>Artículo 178.</b>	<b>Artículo 178.</b>
<b>1º. ...</b>	<b>1º. ...</b>
<b>2º. ...</b>	<b>2º. ...</b>
<b>3º. ...</b>	<b>3º. ...</b>
<b>4º. ...</b>	<b>4º. ...</b>
<b>SIN CORRELATIVO</b>	<b>5º. Asimismo, comete una agresión sexual quien, manteniendo una relación sexual consentida, se retire, antes o durante, el preservativo o el método de protección, sin que medie para ello consentimiento previo. Se aumentará la pena en su mitad superior, si el acto diera como resultado un embarazo o el contagio de alguna</b>

<sup>69</sup> Se tendrá en cuenta la actual modificación del Código Penal, publicada el 28/04/2023 y en vigor a partir del 29/04/2023.

	enfermedad de transmisión sexual.
--	-----------------------------------

#### 9.5. Proyecto de Ley

En nombre de Grupo XXXX me dirijo a esa Mesa para, al amparo establecido en el artículo 124 y siguientes del vigente del Reglamento del Congreso de los Diputados, presentar el siguiente Proyecto de Ley por el que se adiciona un párrafo al artículo 178 del Código Penal.

Palacio del Congreso de los Diputados, 25 de abril de 2024. – Alexia Mayer, Portavoz del Grupo XXXX.

### **PROYECTO DE LEY POR EL QUE SE ADICIONA UN PÁRRAFO AL ARTÍCULO 178 DE CÓDIGO PENAL, EN MATERIA DE REGULACIÓN DEL STEALTHING O LA RETIRADA DEL PRESERVATIVO SIN CONSENTIMIENTO.**

**Artículo Único.** - Se adiciona un párrafo quinto al artículo 178 del Código Penal, en materia de la retirada del preservativo sin su consentimiento, que queda redactado como sigue:

#### **“Artículo 178.**

...

...

...

...

**Asimismo, comete una agresión sexual quien, manteniendo una relación sexual consentida, se retire, antes o durante, el preservativo o el método de protección, sin que medie para ello consentimiento previo.**

**Se aumentará la pena en su mitad superior, si el acto diera como resultado un embarazo o el contagio de alguna enfermedad de transmisión sexual”.**

...

#### **Disposición final única.** - Entrada en vigor.

La presente Ley entrará en vigor a los seis meses de su publicación en el “Boletín Oficial del Estado”.

## 10. CONCLUSIONES

Concluido el estudio y analizada la jurisprudencia, la perspectiva internacional y la legislación, podemos afirmar que el delito de Stealthing engloba muchas cosas más que un simple delito de abuso sexual. Es por esta razón, por la que hemos decidido incorporar una Propuesta de Ley que trate sobre esta práctica, pues la problemática lo requiere.

En primer lugar, las sentencias existentes nos demostraron que, con la legislación vigente en el momento de comisión del delito, la conducta podía ser (dependiendo de la extensión del consentimiento que el tribunal entendiera) o un abuso sexual en su tipo básico o un abuso sexual agravado al mediar acceso carnal. Calificación que dejaba mucho que desear pues las penas eran irrisorias en comparación a las consecuencias, a los daños y a los sentimientos sufridos por las víctimas. Fue en este primer momento, en el que consideramos que debía haber un cambio, un supuesto que protegiera el Stealthing y a sus perjudicadas y, sobre todo que castigara a los infractores más allá de una simple pena de multa, pues en líneas generales merece de protección por parte de nuestro legislador.

El consentimiento ha sido una herramienta esencial para hacernos reflexionar sobre si el Stealthing merecía un tipo autónomo o si podía regularse a partir de un tipo ya existente, pues tal y como se expone por los tribunales, debe entenderse el uso de preservativo como una condición esencial para la aceptación de la acción sexual. Sin preservativo, no hubiese existido ninguna actividad sexual entre los implicados y, al vulnerarse la condición específica se produce una práctica distinta a la pactada y no aceptada. Pues la relevancia está en que el uso del mismo impide el contacto directo entre las membranas mucosas, un contacto físico diferente al que se ha acordado, ya que el preservativo opera como una barrera<sup>70</sup>.

---

<sup>70</sup> GILI PASCUAL, «Stealthing. Sobre el objeto del consentimiento en el delito de abuso sexual», Cuadernos de política criminal, (135), 2021, p. 124, t llega a la conclusión de que el uso del preservativo define el acto sexual consentido. Sin embargo, sostiene que esta definición no se basa en criterios físicos o sensoriales, sino en las preferencias sexuales fuertes manifestadas por la mayoría de las personas. Aunque el término "sexo seguro" en el lenguaje común sugiere una distinción clara entre prácticas sexuales con y sin protección, Gili Pascual advierte que basarse en el lenguaje cotidiano para diferenciar entre actos sexuales puede llevar a conclusiones absurdas, como considerar que "hacer el amor" y "tener sexo" son cosas diferentes. Además, señala que basar estas diferencias en las preferencias mayoritarias podría implicar juzgar las razones para consentir un acto sexual como "buenas" o "malas" según estas preferencias.

Por otro lado, concurre un delito accesorio, el delito de lesiones, en ocasiones bajo la tentativa doloso-eventual. Pues el objetivo inicial no es un efectivo contagio de una enfermedad de transmisión sexual o un embarazo, sino son riesgos que el actor asume cuando realiza una conducta sin tener en cuenta los riesgos y que la víctima no ha aceptado. Si es cierto que en ocasiones el hombre es consciente de que posee una enfermedad y aun así decide retirarse el preservativo, pues en ese momento la comisión pasa a ser dolosa, a pesar de que su objetivo no sea el conseguido.

En relación, a la agravante por razón de género del artículo 22. 4ª del Código Penal, concluimos que sí debería aplicarse. Consideramos que el infractor realiza la conducta en ejercicio de su poder masculino y supremacía, un derecho que creen poseer por el simple hecho de ser varón. La agravante debe aplicarse cuando se comete por razón de superioridad y, el presente delito es entendido como la comisión del mismo por el simple hecho de sentirse en el derecho de hacer y decidir sobre su víctima, así hemos explicado y entendido su origen, comisión y extensión en la comunidad. En nuestra opinión, el ánimo de comisión del Stealthing encaja con el de la circunstancia modificativa, a pesar de la respuesta de los Tribunales, quienes consideraron que este supuesto no concurría, al no apreciar una situación de superioridad entre acusado y víctima.

Finalmente, en resolución del objeto primordial de este estudio, el delito de Stealthing merece de un tipo independiente que enjuicie de forma autónoma este supuesto, pues sus características y particularidades no encajan ni con la legislación anterior, la que ha conocido y calificado esta conducta, ni con la legislación actual que tal solo menciona de forma genérica todos los actos no consentidos de índole sexual, dejando a la libre interpretación si la retirada del preservativo constituye un acto de las características mencionadas, y en el caso de sí considerarlo, sí lo sanciona como un delito de agresión sexual. Por esta razón y por otras tantas, como el reconocimiento y el respeto que este delito merece, hemos optado por adecuar la legislación actual al Stealthing, incorporando dicha práctica a la Ley “Sí es Sí”, reforma actual y de notoria mejoraría en relación a cómo se clasificaban los delitos contra la libertad sexual anteriormente.

Por ello, hemos decidido incorporar una Propuesta de Ley, basada en la reforma de redacción del artículo 178 del Código Penal, añadiendo un quinto apartado a los ya existentes, con el fin de incorporar, dar visibilidad y calificar a esta viral práctica conocida a través de internet. Si es cierto que la reforma actual ha apaciguado las aguas en cuanto a la problemática de que el delito estaba siendo juzgado erróneamente, por sancionarse como el tipo básico de abuso sexual, o de forma dispar entre los tribunales en función de hasta qué punto se entendía el consentimiento a la relación sexual, es decir, si se entendía el consentimiento del uso de protección como esencial entonces la relación no se había consentido y, por ello concurría la agravante de acceso carnal del 181.4CP o, por el contrario, si se entendía como un mero accesorio no vinculante al consentimiento de la actividad sexual, entonces se tipificaba con el tipo básico del artículo 181.1 CP.

Sin embargo, la laguna legal existente en relación a esta práctica no solucionaba las preocupaciones de la sociedad y menos las de las víctimas, a pesar de que por analogía se pudiera aplicar el delito de agresión sexual en su tipo básico. No encontrábamos otro método de protección, hacia las perjudicadas y de difusión a unas posibles, que no fuese una reforma en el redactado, a nuestro parecer incorporar este delito en la Ley supone un gran intento de sancionar esta conducta a través de penas adecuadas y proporcionales a la gravedad de la conducta, lo que desalentaría su perpetración y fomentaría una cultura de respeto y consentimiento en las relaciones sexuales. Además, la regulación autónoma de esta práctica podría contribuir a aumentar la conciencia pública sobre esta problemática y a promover el debate en torno a los derechos sexuales y la importancia del consentimiento informado en todas las interacciones sexuales. Con lo cual, consideramos esencial definir con claridad los

elementos constitutivos de delito y considerar las implicaciones éticas, sociales y legales involucradas para garantizar una aplicación justa y efectiva de la ley, de ahí que optáramos por una propuesta de Ley Orgánica como elemento esencial para mejorar la legislación actual y para crear un tipo penal independiente que aborde, enjuicie y sancione este delito mediante un mismo procedimiento, criterio y autonomía por todos nuestros tribunales.

En conclusión, el delito de Stealthing demanda un tratamiento jurídico-penal autónomo respecto a los delitos existentes, considerando tanto la legislación previa a la Reforma como las modificaciones introducidas por esta última. Es imperativo reconocer la necesidad de adaptar el marco legal para abordar adecuadamente esta práctica, ya sea mediante la creación de un tipo penal independiente o mediante la modificación del redactado legal actual para su inclusión explícita. Esta actualización normativa sería fundamental para garantizar una respuesta legal adecuada y proporcional a la gravedad de los actos relacionados con el Stealthing, así como para fortalecer la protección de los derechos fundamentales de las víctimas de este tipo de conducta.

## 11. BIBLIOGRAFÍA

BLANCO, Melissa Marie (2018), “Sex Trend or Sexual Assault?: The Dangers of “Stealthing” and the Concept of Conditional Consent”, *Penn State Law Review*, Vol. 123:1, págs. 217-246.

BRODSKY, Alexandra (2017), “Rape-adjacent”: Imagining legal responses to nonconsensual condom removal”, *Columbia Journal of Gender and Law*, 32,2, New York, Columbia University Libraries, 2017, págs. 183-210.

CASTELLVÍ, Carlos (2023), “¿Violaciones por engaño? Sobre el concepto de consentimiento y el objeto del consentimiento sexual” *InDret*, 4.2023, págs. 171-220.

COCA VILA, Ivó (2022), “El Stealthing como delito de violación, Comentario a las STSJ-Andalucía 186/2021, de 1 de julio y SAP Sevilla 375/2020, de 29 de octubre” *InDret*, 4.2022, págs. 294-308.

ESTEVE MALLENT, Lara (2021), “Consentimiento y dicotomía entre agresión y abuso en los delitos de naturaleza sexual”, *El Criminalista Digital. Papeles de Criminología*, II Época, nº9, págs. 38-58.

GARCÍA, María Fernanda (2020), “Complejidades del “no es no”: un análisis del stealthing como fenómeno que afecta la autonomía sexual y el consentimiento personal”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 18, nº1, junio de 2020, págs. 117-140.

GILI PASCUAL, Antoni. (2021). “Stealthing”: sobre el objeto del consentimiento en el delito de abuso sexual. *Cuadernos de Política Criminal. Número 135, III, Época II, diciembre 2021*, págs.85-134.

GUTIÉRREZ MAYO, Escarlata (2021), “Análisis del denominado stealthing (retirada del preservativo sin consentimiento durante las relaciones sexuales) como ataque a la libertad sexual”, en ORTEGA BURGOS, E./OCHOA MARCO (Dir.), *Derecho penal 2021*, págs. 345-359.

GUTIÉRREZ MAYO, Escarlata (2019), “Comentario de la sentencia del Juzgado de Instrucción nº 2 de Salamanca de 15 de abril de 2019, que condena por abuso sexual del artículo 181.1 del Código Penal un caso del denominado Stealthings ROJ:SJI 1/2019 - ECLI:ES:JI:2019:1”, *Lex Criminalis*, nº 33, págs. 10-13.

MACKINNON, Catharine A. (2014). “Feminismo inmodificado, discursos sobre la vida y el derecho”, trad. Teresa Beatriz Arijón. *Argentina: Siglo Veintiuno*, Vol. 3, Número 5, págs. 368.

MARTÍNEZ DE ABREU, David (2023). “Una aproximación a la relevancia penal del stealthing en el ordenamiento español”, *Revista Penal México*, núm. 22, enero-junio 2023, págs.123-134.

PENAL, R. N. F. (2022). *Editorial*. Dialnet.  
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8756740>

SRINIVASAN, Amia (2021), “El derecho al sexo”, *Editorial Anagrama*. págs..364.

TORRES FERNÁNDEZ, M<sup>a</sup> Elena (2021), “Perspectiva de género y delitos contra la libertad sexual”, *Revista General de Derecho Penal*, nº35, 2021, págs. 1-32.

WISSNER, Andres (2020), “Stealthing: ein berorgniserregender Trend?”, *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrecht*, Vol 103, nº4, 2020, págs. 315-330.