



**Universidad Nacional José Faustino Sánchez Carrión**

**Escuela de Posgrado**

**Determinación de la tipificación del fenómeno sexual denominado Stealthing para la adecuada protección del bien jurídico libertad sexual**

**Tesis**

**Para optar el Grado Académico de Maestro en Derecho con Mención en Ciencias  
Penales y Criminológicas**

**Autor**

**Reyes Ramirez, Yonathal Alexander**

**Asesor**

**Dr. Juárez Martínez, Juan Miguel**

**Huacho - Perú**

**2023**



**Reconocimiento - No Comercial – Sin Derivadas - Sin restricciones adicionales**

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>

**Reconocimiento:** Debe otorgar el crédito correspondiente, proporcionar un enlace a la licencia e indicar si se realizaron cambios. Puede hacerlo de cualquier manera razonable, pero no de ninguna manera que sugiera que el licenciante lo respalda a usted o su uso. **No Comercial:** No puede utilizar el material con fines comerciales. **Sin Derivadas:** Si remezcla, transforma o construye sobre el material, no puede distribuir el material modificado. **Sin restricciones adicionales:** No puede aplicar términos legales o medidas tecnológicas que restrinjan legalmente a otros de hacer cualquier cosa que permita la licencia.



# UNIVERSIDAD NACIONAL JOSÉ FAUSTINO SÁNCHEZ CARRIÓN

## LICENCIADA

(Resolución de Consejo Directivo N° 012-2020-SUNEDU/CD de fecha 27/01/2020)

*"Año de la unidad, la paz y el desarrollo"*

ESCUELA DE POSGRADO

MAESTRÍA EN DERECHO CON MENCIÓN EN CIENCIAS PENALES Y CRIMINOLÓGICAS

### INFORMACIÓN DE METADATOS

DATOS DEL AUTOR (ES):		
NOMBRES Y APELLIDOS	DNI	FECHA DE SUSTENTACIÓN
Reyes Ramírez Yonathal Alexander	72026530	03/10/2023
DATOS DEL ASESOR:		
NOMBRES Y APELLIDOS	DNI	CÓDIGO ORCID
Juárez Martínez Juan Miguel	16754186	0000-0001-8959-1270
DATOS DE LOS MIEMBROS DE JURADOS – PREGRADO/POSGRADO-MAESTRÍA-DOCTORADO:		
NOMBRES Y APELLIDOS	DNI	CODIGO ORCID
Yengle Ruiz Miguel Hernán	18073658	0000-0002-71484677
Jiménez Fernández Wilmer Magno	10136141	0000-0002-1776-7481
Silva Castro Elsa	09907053	0000-0003-1616-8898

# “DETERMINACIÓN DE LA TIPIFICACIÓN DEL FENOMENO SEXUAL DENOMINADO STEALTHING PARA LA ADECUADA PROTECCIÓN DEL BIEN JURÍDICO LIBERTAD SEXUAL” (HUACHO, 2022)

## INFORME DE ORIGINALIDAD

16%

INDICE DE SIMILITUD

15%

FUENTES DE INTERNET

3%

PUBLICACIONES

7%

TRABAJOS DEL ESTUDIANTE

## FUENTES PRIMARIAS

1	<a href="https://repositorio.unjfsc.edu.pe">repositorio.unjfsc.edu.pe</a> Fuente de Internet	2%
2	<a href="https://hdl.handle.net">hdl.handle.net</a> Fuente de Internet	1%
3	<a href="http://www.camara.cl">www.camara.cl</a> Fuente de Internet	1%
4	<a href="http://qdoc.tips">qdoc.tips</a> Fuente de Internet	1%
5	<a href="https://repositorio.ucv.edu.pe">repositorio.ucv.edu.pe</a> Fuente de Internet	1%
6	<a href="https://repositorio.utp.edu.pe">repositorio.utp.edu.pe</a> Fuente de Internet	1%
7	Submitted to Universidad Nacional Jose Faustino Sanchez Carrion Trabajo del estudiante	1%

[infosen.senado.gob.mx](http://infosen.senado.gob.mx)

**TESIS**

**“DETERMINACIÓN DE LA TIPIFICACIÓN DEL FENOMENO SEXUAL  
DENOMINADO STEALTHING PARA LA ADECUADA PROTECCIÓN DEL BIEN  
JURÍDICO LIBERTAD SEXUAL”**

**JURADO EVALUADOR**

**M(o). MIGUEL HERNAN YENGLER RUIZ  
PRESIDENTE**

**Dr. WILMER MAGNO JIMENEZ FERNANDEZ  
SECRETARIO**

**Dra. ELSA SILVA CASTRO  
VOCAL**

## **DEDICATORIA**

A mis padres.

## **AGRADECIMIENTO**

Muy especial a mi asesor Juan Miguel Juárez  
Martínez, con quién me muestro infinitamente agradecido  
y a quién avizoro como guía en este andar académico.

**ÍNDICE**

<b>RESUMEN</b>	<b>XII</b>
<b>ABSTRACT</b>	<b>XIII</b>
<b>INTRODUCCIÓN</b>	<b>XIV</b>
<b>CAPITULO I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA</b>	<b>18</b>
1.1. Descripción de la realidad problemática	18
1.2. Formulación del problema	22
1.2.1. Problema general	22
1.3. Objetivos de la investigación	22
1.3.1. Objetivo general	22
1.3.2. Objetivos específicos	23
1.4. Justificación de la investigación	23
1.5. Delimitación del estudio	25
1.6. Viabilidad del estudio	25
<b>CAPITULO II. MARCO TEÓRICO</b>	<b>26</b>
2.1. Antecedentes de la investigación	26
2.1.1. Investigaciones internacionales	26
2.1.2. Investigaciones nacionales	28
2.2. Bases teóricas	29
<b>1. El ilícito “violación sexual”</b>	<b>29</b>
1.1. Interés jurídico protegido	30



1.2. Conducta típica	33
1.3. Medios Comisivos	35
1.3.1. Violencia física y psicológica	35
1.3.2. Grave amenaza	37
1.3.3. Entorno coercitivo o cualquier otro.	38
1.4. Consentimiento	39
<b>2. Fenómeno sexual stealthing</b>	<b>44</b>
2.1. Stealthing en la legislación y jurisprudencia extranjera	48
2.1.1. España	48
2.1.1.1. Resolución N° 156/2017	48
2.1.1.2. Resolución 155/2019	50
2.1.1.3. Resolución 375/2020	51
2.1.1.4. Resolución 186/2021	55
2.2. Canadá	55
2.2.1. Expediente Judicial 18-SA5096-R v. Kraft.	55
2.2.2. Expediente Judicial 18-95-R v. Rivera.	56
2.2.3. Caso R. v. Hutchinson.	58
2.3. Alemania	58
<b>2. Stealthing bajo observancia del ordenamiento nacional</b>	<b>60</b>
2.1. Respecto al consentimiento.	61
2.2. Respecto a los medios comisivos.	67
2.3. Respecto a consecuencia jurídica	70

	X
<b>4. Proyectos de ley que buscan regular el stealthing</b>	<b>71</b>
4.1. Costa Rica:	71
4.2. Chile.	72
4.3. México	75
2.3. Bases filosóficas	76
2.4. Definición de términos básicos	77
2.5. Hipótesis de investigación	77
2.5.1. Hipótesis general	77
2.6. Operacionalización de las variables	78
<b>CAPITULO III. METODOLOGÍA</b>	<b>79</b>
3.1. Diseño metodológico	79
3.2. Población y muestra	80
3.2.1. Población	80
3.2.2. Muestra	80
3.3. Técnicas de recolección de datos	80
3.4. Técnicas para el procedimiento de la información	81
<b>CAPITULO IV. RESULTADOS</b>	<b>81</b>
4.1. Análisis de resultados	88
4.2. Contrastación de hipótesis	90
<b>CAPITULO V. DISCUSIÓN</b>	<b>92</b>
5.1. Discusión de resultados	92
<b>CAPITULO VI. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES</b>	<b>94</b>

	XI
6.1. Conclusiones	94
6.2. Recomendaciones	96
<b>REFERENCIAS</b>	<b>98</b>
5.1. Fuentes documentales	98
5.2. Fuentes bibliográficas	99
5.3. Fuentes hemerográficas	99
5.4. Fuentes electrónicas	100
<b>ANEXOS</b>	<b>104</b>

## RESUMEN

El presente estudio tuvo como **objetivo general**: Determinar si la tipificación del fenómeno sexual denominado *stealthing* puede proporcionar una adecuada protección al bien jurídico de la libertad sexual. Para lograr esto, se establecieron los siguientes **objetivos específicos**: (\*) Analizar la discusión actual sobre el fenómeno del *stealthing* a nivel internacional, utilizando fuentes en línea y libros de Derecho Penal. (\*) Identificar la relevancia jurídico-penal del *stealthing* y su relación con el delito de violación sexual en el contexto de una relación sexual consentida. Los **materiales utilizados** incluyeron recursos en línea, traductores, libros de Derecho Penal y el análisis de sentencias extranjeras y argumentos legales relacionados con el tema. El **método de investigación** empleado fue el cualitativo, centrándose en entrevistas orientadas a recopilar opiniones y datos relevantes sobre las variables principales: la tipificación del *stealthing* y la protección de la libertad sexual. Los **resultados de las entrevistas** indican que el *stealthing* vulnera la libertad sexual y otros bienes jurídicos, también se reconoce la posibilidad de consentimiento condicionado y su modificación durante el acto sexual, finalmente por unanimidad, los fiscales consideran que el *stealthing* no se subsume en el artículo 170 del Código Penal, sugiriendo su tipificación independiente; arribándose a la **conclusión**, esta práctica puede ocurrir en relaciones sexuales consentidas y viola la autodeterminación de la persona, el *stealthing* es una práctica que no requiere violencia física, basándose en engaño y falta de consentimiento informado. Esto destaca la importancia de examinar el consentimiento con diligencia y considerar las creencias erróneas que puedan influir en él. Finalmente, el *stealthing* y la violación sexual son distintos dados los modos en que se obtiene el consentimiento y se comete la agresión.

**Palabras clave**: Stealthing, libertad sexual, consentimiento, autodeterminación.

## ABSTRACT

The **general objective** of this study was: To determine whether the classification of the sexual phenomenon called stealthing can provide adequate protection to the legal right of sexual freedom. To achieve this, the following **specific objectives** were established: (\*) Analyze the current discussion on the phenomenon of stealthing at an international level, using online sources and Criminal Law books. (\*) Identify the legal-criminal relevance of stealthing and its relationship with the crime of rape in the context of a consensual sexual relationship. The **materials used** included online resources, translators, Criminal Law books and the analysis of foreign rulings and legal arguments related to the topic. The **research method used** was qualitative, focusing on interviews aimed at collecting opinions and relevant data on the main variables: the classification of stealthing and the protection of sexual freedom. The **results of the interviews** indicate that stealthing violates sexual freedom and other legal rights, the possibility of conditional consent and its modification during the sexual act is also recognized, finally unanimously, the prosecutors consider that stealthing is not subsumed in the article 170 of the Penal Code, suggesting its independent classification; reaching the **conclusion**, this practice can occur in consensual sexual relations and violates the self-determination of the person, stealthing is a practice that does not require physical violence, based on deception and lack of informed consent. This highlights the importance of examining consent diligently and considering erroneous beliefs that may influence it. Finally, stealthing and rape are different given the ways in which consent is obtained and the assault is committed.

**Keywords:** Stealthing, sexual freedom, consent, self-determination.

## INTRODUCCIÓN

En el entorno internacional, diversos investigadores han abordado un fenómeno que plantea preguntas cruciales sobre el Derecho como saber humano, la libertad sexual y el consentimiento. Vicente (2019), desde Lisboa, llevó a cabo una investigación con el objetivo de explorar la relevancia penal del *stealthing* en el ordenamiento jurídico portugués. Este término hace referencia a la remoción no consentida del preservativo durante una relación sexual previamente acordada para ser segura. A pesar de que en Portugal no se habían reportado casos de *stealthing* en el momento de su investigación, dicho autor concluyó que este acto vulnera de manera significativa la libertad sexual, y, al instrumentalizar a una persona en función de los deseos de otra, se viola, sobre todo, la dignidad humana. Como propuesta planteó que tal práctica unilateral debería ser incluida en la categoría de delitos sexuales, enfocándose en la vulneración de la libertad sexual y dejando la procreación como un elemento dependiente del resultado. Este análisis se realiza en el contexto de una relación sexual consensuada que se convierte en viciada debido al engaño o al fraude que se comete.

En un enfoque similar, Shania Gibb (2021), estudiante de Derecho en la Universidad de Otago en Nueva Zelanda, plantea la necesidad de tipificar el *stealthing* como violación, por lo cual argumenta que la violación no debe limitarse a situaciones violentas, ya que se trata de cualquier forma de penetración no deseada. Según su investigación, si se retira el condón en contra de la solicitud de la otra persona, esto constituye una violación del consentimiento para la actividad sexual. Aquí se sostiene que el *stealthing* puede considerarse un acto penal en Nueva Zelanda, ya que la falta del condón altera la naturaleza del acto sexual y viola las condiciones acordadas. Propone que la penalización del *stealthing* sería más efectiva si se utiliza un estándar

de consentimiento condicional, lo que permitiría abordar este fenómeno de manera más efectiva en los tribunales de justicia, sin necesidad de invalidar siglos de precedentes establecidos.

Por su parte, Pereira de Jesus (2019), desde Rubiataba, aborda el tema con la perspectiva del derecho brasileño y la posibilidad de aplicar una analogía para autorizar el aborto legal en casos de *stealthing*. La legislación brasileña permite el aborto en casos de violación sexual o cuando la salud de la progenitora está en peligro. Sin embargo, su investigación concluye que el *stealthing* no puede considerarse una violación sexual en virtud de la regulación del Código Penal brasileño, ya que esta práctica se desarrolla en el contexto de una relación sexual consentida y no cumple con los requisitos de violencia o amenaza grave necesarios para ser considerada violación.

Más recientemente, en Barcelona, España, Aurora Canta (2022) aborda la problemática del *stealthing* en su investigación titulada "El consentimiento en los delitos contra la libertad sexual". Canta concluye que esta práctica vulnera el interés jurídico de la libertad sexual y también afecta la salud, la integridad física y el consentimiento. Propone su inclusión en los delitos sexuales, destacando la importancia fundamental del consentimiento al tipificar este tipo de actos.

En el ámbito nacional, Asensios Salazar y Sal y Rosas Macedo (2023) exploran la "moda 'stealthing' en Huaraz, con la tesis titulada "Moda 'stealthing' en una relación sexual consentida y la vulneración del derecho a la libertad sexual", por medio de la cual examinan la manera en que esta práctica contradice un acuerdo inicial de mantener relaciones sexuales seguras con el uso de preservativo y cómo el consentimiento explícito es un elemento fundamental en la descripción del delito. A pesar de que esta conducta no está definida en el código sustantivo ni en la legislación

actual, los autores argumentan que juristas y legisladores deben analizar e interpretar esta problemática. Además, enfatizan la importancia del derecho a la libertad sexual, que debe protegerse de la coerción y el engaño, permitiendo a las personas ejercer su autonomía sexual.

En esta tratativa, se tiene como motivación la necesidad de abrir un debate sobre el *stealthing*, aumentando la conciencia sobre la libertad sexual y reduciendo las malinterpretaciones de los actos consentidos. Por tanto, en un contexto de lucha contra la violencia de género, esta investigación pone de relieve el bien jurídico de la libertad sexual, con un énfasis especial en el consentimiento, asimismo visibiliza un fenómeno que a menudo se minimiza o ignora, aunque no se hayan reportado casos en Perú hasta la fecha de esta investigación, la misma que tiene un valor práctico al proporcionar orientación sobre cómo abordar legalmente el *stealthing* y alinear el Derecho con la evolución social y las nuevas relaciones personales que son legalmente relevantes. Para ello, busca desarrollar una comprensión global del *stealthing*, identificar su relevancia jurídico-penal y explorar la posibilidad de configurar el delito de violación sexual en el contexto de relaciones sexuales consentidas.

Así, la investigación aquí propuesta ha de contribuir, principalmente a través de un análisis hermenéutico del artículo 170 del Código Penal tal y como se encuentra regulado actualmente, a encontrar la viabilidad para el acogimiento de este supuesto de hecho que viene a constituir el fenómeno sexual del *stealthing*, además de visibilizar dicho fenómeno y formularse la posibilidad de una tipificación independiente en atención a su naturaleza y a los principios de legalidad en su variante de *lex certa* y al principio de proporcionalidad. En igual sentido, de tratar desde un punto de vista estrictamente jurídico un tema que aún parece pasar desapercibido por muchas de las legislaciones y por ende de los operadores jurídicos. En síntesis, lo que se busca el



amparo del Derecho ante nuevas interrelaciones personales que tienen relevancia jurídica y que son producto de la evolución social, debiéndose exigir que el Derecho vaya acorde con esa evolución; así, por ejemplo, ir a la par de una sociedad donde actualmente se busca establecer relaciones sociales mediante aplicativos o redes sociales pero que por ningún motivo deberían dar lugar a violaciones a los bienes jurídicos de las personas intervinientes.

## **CAPITULO I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**

### **1.1. Descripción de la realidad problemática**

El ser humano como ser naturalmente social, se ve inmerso en múltiples interacciones, a partir de las cuales se pueden identificar y describir ciertos comportamientos como nuevos actos que pueden alcanzar a convertirse en materia de valoración al amparo del Derecho Penal.

Partiendo de la idea global de los derechos fundamentales inherentes a todo ser humano, podemos encontrar los derechos sexuales y reproductivos, los mismos que si bien tienen su desenvolvimiento y practicidad en un ámbito muy íntimo y privado, ello no deviene en un impedimento, para señalar que también tienen un desarrollo social, en un contexto donde el mundo avanza a pasos agigantados con la creación de aplicaciones, foros, redes sociales o páginas webs que permiten la sostenibilidad de relaciones casuales o encuentros sexuales sin mayor interés que el placer, ello viene repercutiendo en cambios rápidos en la conciencia de las mujeres – mayoritariamente - sobre estos derechos, sobre su autonomía sexual y sobre la voluntad que debe estar presente al momento de practicar estos actos; de manera que, no podemos eludir o cegarnos ante una realidad que va acorde a la evolución de la sociedad y la tecnología, por tanto, si en alguna de estas circunstancias mediara alguna vulneración de bienes jurídicos se debe optar por su regulación y protección.

Ello nos lleva a destacar el señorío que debe tener todo ser humano respecto a su sexualidad, ello involucra la capacidad de tomar decisiones responsables pero sobre todo libres de cualquier sujeción a actos de violencia (física o psicológica), grave amenaza, coerción, engaño o cualquier otro medio que vicie la voluntad de la persona, por ende, radica en el Estado la responsabilidad de situar al alcance de todas las personas la información necesaria para conocer estos derechos y lo que implican. Así

pues, no podemos negar la importancia que toma la educación sobre salud reproductiva como medio más eficaz para el disfrute de nuestra vida sexual plena, satisfactoria y segura, todo esto en estrecha relación con los derechos relacionados a la libertad sexual con especial énfasis en el consentimiento voluntario de cada persona.

Libertad sexual que, consideramos se encuentra rezagada, sin tomar el debido interés por conocer los límites y las responsabilidades a la que nos vincula tal libertad y por ende el derecho a la libertad sexual. Dentro de este conglomerado de ideas y además de lo ya propugnado por la doctrina mayoritaria respecto al derecho a la libertad sexual, la misma que goza de dos dimensiones, a decir, libertad sexual positiva y negativa (Siccha, 2019, p. 924); poco o casi nada se ha dicho sobre el consentimiento sexual, de forma sucinta, estamos frente a un consentimiento “sexual” cuando dos personas median en un acuerdo de realizar la práctica sexual, así pues, actualmente se señala que “cuando se acredite la falta de consentimiento de la víctima o desacuerdo de aquella con el acto sexual practicado abusivamente por el agente” (Siccha, 2019, p. 944) se configura la violación sexual, no siendo necesario verificar actos de resistencia por parte de la víctima; pero, ¿acaso ello involucra también la forma y el modo en el que se debe de realizar la actividad sexual?

De ahí que el consentimiento en el ámbito sexual, tome vital importancia a efectos de desarrollar prácticas sexuales sin vulnerar la libertad sexual, la autonomía sexual y la salud reproductiva.

Llegado este punto, es menester de investigación en el presente trabajo un fenómeno sexual que viene haciendo eco y teniendo acogida en el ámbito internacional, dado su carácter novedoso y su realización bajo un contexto social moderno ampliamente influenciado por los medios tecnológicos, dando lugar a encuentros casuales o búsqueda de pareja sexuales o sentimentales; de forma que, en

ilación con lo antes señalado este fenómeno tiene raíz o una mayor visualización en una sociedad moderna, así pues, hacemos referencia al denominado stealthing que significa “sigilo” o “secretamente”; el cual se viene constituyendo como una práctica clandestina que – personalmente – postulamos no es novedosa, sin embargo, toma vital importancia debido al contexto social así como al mayor desarrollo e interés por la plena vigencia de la autonomía sexual y el derecho de libertad sexual.

Pero, ¿en qué consiste este fenómeno sexual denominado stealthing? Pues, el stealthing – término acuñado por Alexandra Brodsky – en su trabajo de investigación denominado “Violación-adyacente: imaginando respuestas legales a la remoción no consensual del condón”; consiste en la remoción del preservativo (condón) basado en una decisión unilateral, pese a la existencia de un acuerdo con la pareja de sostener relaciones sexuales con el empleo de dicho método anticonceptivo.

Dicho de otro modo, el stealthing tiene lugar cuando una pareja se retira el preservativo sin consultar a la otra persona – en secreto, a escondidas, en la clandestinidad – por lo tanto, lo característico de este fenómeno es que se lleva a cabo sin el consentimiento de una de las partes involucradas, por ende, al ser una extracción no consensuada se vulnera el derecho a la autodeterminación y la libertad sexual al no respetarse o tomarse en cuenta la forma y el modo en el que se acordó realizar el acto sexual, que si bien puede iniciar como una relación sexual consentida, ese consentimiento se ve deslegitimado cuando previo acuerdo de uso del preservativo, éste es retirado sigilosamente; ¿cabe la posibilidad de hablar de un consentimiento condicionado – uso del preservativo -, ¿el consentimiento inicial subsiste luego de haber roto el acuerdo de practicar relaciones sexuales con condón?, ¿en necesario un consentimiento específico para cada acto que se emprenda dentro de una relación

sexual inicialmente consentida? O es que acaso ¿se está desnaturalizando la esencia del apasionamiento en medio de una relación sexual?

Al respecto, como se había expuesto en líneas anteriores, no se cree que este fenómeno sea de reciente ejecución, por el contrario, se expone a raíz de la conciencia que van tomando las personas – en su mayoría mujeres – respecto a los derechos sexuales que le asisten, los mismo que consideramos deben encontrar protección en el Derecho Penal, pues el mundo globalizado en el que nos desenvolvemos obliga al Derecho a abrazar diversas tendencias, modas o prácticas que revistan relevancia jurídica.

Toma vital importancia, en la elección del presente tema, el hecho que en el Perú no encontramos antecedentes de haber tratado este tipo de fenómenos bajo nuestro ordenamiento jurídico y por ende no existe pronunciamiento alguno por parte de los operadores de justicia nacionales, sin embargo consideramos que ello no es óbice, para visibilizar su relevancia y posible repercusión en el Derecho Penal nacional, claro ejemplo de ello podría ser Europa, donde países como España y Alemania ya han empezado a tratar el tema desde una perspectiva jurídica, sentando jurisprudencia al respecto, la misma que servirá como pilares fundamentales para formularnos una posible aplicación de las leyes nacionales ante un caso de esta naturaleza.

En relación al párrafo precedente, en el Perú los delitos que atentan contra la libertad sexual se encuentran contemplados en el capítulo IX del título IV del Código Penal, así pues, el artículo 170 del mencionado cuerpo normativo, sanciona como violación sexual a aquella persona que empleando la violencia - física o psicológica -, grave amenaza o aprovechándose de un entorno de coacción o de cualquier otro entorno que impida a la persona dar su libre consentimiento, obliga a otra persona a

tener acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal (...) bajo el análisis de dicho tipo penal, cabe preguntarnos ¿cuál sería el tratamiento que se le brindaría a este tipo de fenómeno en el Perú?, ¿puede configurarse el delito de violación sexual tal y como se encuentra regulado en el artículo 170 del código penal peruano?, ¿cabe la realización y su tratamiento jurídico como violación sexual a la inversa (cuando es la mujer la que de forma sigilosa retira el preservativo para quedar embarazada)? ¿estamos frente a un expansionismo del Derecho Penal o frente a una mayor vigencia de derechos fundamentales? O acaso, ¿estamos frente a una interpretación in malam partem del delito de violación sexual?

No es menos cierto que se ha tratado estos atentados contra la libertad sexual, como aquellos actos en los que necesariamente media la violencia o la amenaza, como medios encargados de subyugar la voluntad del sujeto pasivo, sin embargo, con el análisis del stealthing al amparo del referido tipo penal 170, cobra relevancia el libre consentimiento de la persona, toda vez que aparentemente podríamos estar frente a una violación sexual en el marco de una relación sexual consentida, no obstante, el consentimiento viene dado con una condición – uso de preservativo – establecida en merito a la libertad y autodeterminación que reviste a toda persona.

## **1.2. Formulación del problema**

### ***1.2.1. Problema general***

¿De qué manera la tipificación del fenómeno sexual denominado stealthing permitirá una adecuada protección al bien jurídico libertad sexual?

## **1.3. Objetivos de la investigación**

### ***1.3.1. Objetivo general***

Determinar que la tipificación del fenómeno sexual denominado stealthing permitirá una adecuada protección al bien jurídico libertad sexual.

### ***1.3.2. Objetivos específicos***

- Desarrollar la tratativa que se está dando al fenómeno sexual denominado stealthing en el mundo.
- Identificar la relevancia jurídico-penal del fenómeno sexual denominado stealthing.
- Conocer sobre la posibilidad de configuración del delito de violación sexual en un contexto de relación sexual consentida.

### **1.4. Justificación de la investigación**

La justificación parte del hecho de que nos permite discutir abiertamente sobre el stealthing aumentando las posibilidades de que, sin importar el género, todas las personas tengan mayores conocimientos sobre la libertad sexual, lo que conlleva a una disminución de malinterpretaciones sobre lo que son hechos consentidos o que estos pueden cesar en algún momento.

En un contexto en el que se proclama a vivas voces una lucha contra la violencia de la que es víctima mayoritariamente la mujer, surge la utilidad de la presente investigación al poner en relevancia el bien jurídico libertad sexual con un especial énfasis en el consentimiento y tal vez visibilizar que ese fenómeno no es actual y que hay casos suscitados cuyas víctimas no los consideran como un agravio, en ese sentido nos permitirá determinar si estamos frente a una práctica sexual o por el contrario frente a una violencia sexual susceptible de ser calificada como violencia sexual.

En ese orden de ideas, la presente investigación toma vital relevancia social al poner de manifiesto la existencia de actos que vulneran la autodeterminación en un escenario tan íntimo como la vida sexual, los cuales por ignorancia o por una cultura arraigada son considerados como no lesivo, minimizados e incluso invisibilizados,

causando una cosificación de la víctima, haciéndolo sentirse responsable por tales hechos y generando algún tipo de perjuicio emocional y económico.

Si bien en el Perú, aún no se tiene conocimiento de la judicialización de algún caso de esta naturaleza o con estas características, la presente toma una implicancia práctica al formularse cuál debería ser la tratativa jurídica que debería darse a este fenómeno sexual al amparo del ordenamiento jurídico nacional, por ende, su justificación estaría dada en que brinda a los varones y mujeres un mayor reconocimiento de los derechos que les asisten y a los operadores de justicia y hombres de derecho, les permite no sesgarse a la clásica visión de que solo se está frente a una violación sexual cuando media la violencia o amenaza y que la falta de consentimiento está dado por la resistencia u oposición física que debe manifestar la víctima.

Finalmente, se encuentra un valor teórico al ahondar desde las características propias del retiro no consensuado del condón; un análisis y estudio detallado del tipo base del delito de violación sexual (artículo 170 del Código Penal), lo que involucra los verbos rectores y profundizar si resultaría válido a la luz de este fenómeno hablar de una violación a la inversa – esto es, cuando la mujer quien de forma clandestina retira o daña el preservativo con intenciones de una mayor satisfacción sexual o de algún entroncamiento del desarrollo personal al causar un embarazo no deseado por el varón, lógicamente yendo en contra del consentimiento de este al momento del acuerdo de la forma y el modo en el que se deben desarrollar las actividades sexuales -; así también, se tiene un estudio detenido acerca del consentimiento en el Derecho Penal ya sea como causa de justificación o como causa de atipicidad y con un enfoque o perspectiva de género, así como el análisis a saber si estamos frente a una sobre-criminalización en una rama del Derecho que es de ultima ratio o acaso frente a una vulneración del principio de legalidad o frente a una interpretación in malam partem.



### **1.5. Delimitación del estudio**

En cuanto a la delimitación espacial, esta investigación se llevará a cabo en la ciudad de Huacho, donde se recopilará toda la información bibliográfica buscando el desarrollo de un conocimiento relevante y actualizado para abordar el problema planteado de manera coherente. De otro lado la delimitación temporal, se centrará en el período de 2022. Además, se buscará la opinión de los fiscales provinciales de los tres despachos de investigación de la de la Fiscalía Prov. Penal Corp. del Distrito Fiscal de Huaura.

### **1.6. Viabilidad del estudio**

En cuanto a la viabilidad, la presente se basa en tres pilares fundamentales para su viabilidad. En primer lugar, el investigador tiene acceso al Distrito Fiscal necesario para llevar a cabo el análisis de si el stealthing en el contexto de una relación sexual consentida lesiona la libertad sexual en atención al delito de violación sexual. En segundo lugar, el investigador cuenta con la capacidad intelectual y el tiempo necesario para llevar a cabo el proceso de investigación. En tercer lugar, se espera que los Fiscales Provinciales brinden la oportunidad y las facilidades necesarias para el desarrollo del estudio; y a nivel de la población se considera que los Fiscales Provinciales brindarán la oportunidad y las facilidades para el desarrollo de la presente. Además, el tesista tiene los recursos económicos necesarios para cubrir los costos de la investigación, y se cuenta con los recursos materiales indispensables para llevar a cabo el trabajo de manera sostenible y alcanzar los objetivos propuestos. En resumen, estos factores combinados hacen que la investigación sea viable y se puedan cumplir los objetivos planteados.

## CAPITULO II. MARCO TEÓRICO

### 2.1. Antecedentes de la investigación

#### 2.1.1. Investigaciones internacionales

En el entorno internacional, resulta de utilidad el trabajo de investigación realizado por Vicente (2019), en Lisboa – Portugal, denominado “*Sobre la relevancia penal del Stealthing en el ordenamiento jurídico portugués: contribución al estudio del interés jurídico de la libertad sexual*” desarrollado para ostentar el Máster en práctica jurídica y abogacía, partiendo desde la descripción de una realidad jurídica portuguesa que a la fecha en que se desarrolló el trabajo no ha conocido casos de stealthing, llega a concluir que, el interés jurídico vulnerado mediante este fenómeno sexual - stealthing - es la libertad sexual, sin embargo, al instrumentalizarse a la persona (víctima) en función de los fines y voluntad de otra persona (agente), se estaría violentado sobre todo la dignidad humana por lo que se debe incluir esta práctica dentro del catálogo de los delitos de índole sexual, mientras que en lo que respecta al interés jurídico de procreación va a depender únicamente del resultado, todo ello en el contexto de una relación sexual voluntaria viciada por el engaño o fraude.

Así también, Shania Gibb (2021) “Stealthing: Sexual Assault” – “*Stealthing: Agresión sexual*”, en Nueva Zelanda – Universidad de Otago -, para titularse como licenciado en Derecho; concluye que, el stealthing debe tipificarse como violación porque la violación no debe limitarse a situaciones violentas. La violación es un delito de violación, no de violencia; es cualquier instancia de penetración no deseada. Entonces, el stealthing es una penetración no consentida; si la remoción o la ausencia del condón, contrariamente a la solicitud de la denunciante de que se use preservativo, estamos frente a un acto que vicia el consentimiento de la denunciante para la actividad sexual. De modo que, el stealthing puede estar penalizado en Nueva Zelanda porque

la ausencia del condón varía la naturaleza en el modo y forma en la que se desarrolla el acto sexual o porque vicia lo establecido – condiciones –. Esta disertación argumenta que el *stealthing* se criminalizará de manera más efectiva mediante el uso de un estándar de consentimiento condicional, porque es más probable que un estándar de consentimiento condicional resuene en los tribunales, ya que no implica invalidar siglos de precedentes establecidos.

De forma similar, se tiene a Pereira de Jesus (2019) en Rubiataba – Brasil, con el trabajo de investigación denominado: *“La práctica del stealthing y la posibilidad de aplicar una analogía para autorizar el aborto legal”* es necesario comprender que, la legislación brasileña consiente el aborto siempre que este sea producto de una violación sexual o cuando medie peligro respecto a la salud de la progenitora, así pues el citado trabajo, busca establecer al *stealthing* como una violación sexual y por ende, se constituya en una causal para un aborto lícito, sin embargo, se concluye que, debido a la regulación del Código Penal brasileño, para que cierta conducta se encuentre dentro del supuesto de hecho de violación sexual debe mediar la violencia o una amenaza grave, tal exigencia permite arribar a que el *stealthing* no puede configurarse como violación sexual, dado que esta práctica tiene su desarrollo en medio de una relación sexual consentida, en otras palabras, no hay posibilidad alguna de analogía, pues los verbos rectores que caracterizan a la violación no están presentes en el *stealthing*.

Asimismo, se tiene a Rosqvist (2017) en Suecia, con el trabajo de investigación titulado *“Acepté follarlo con condón, no sin él”*, en cuya investigación concluye que, la existencia de remoción no consentida del condón y la falta de regulación en esta área muestra que el sistema de justicia penal no se está desarrollando al paso con la

aparición de nuevos fenómenos en la sociedad, tanto en el marco teórico como en la legislación existente.

Más recientemente, tenemos a Aurora Canta (2022) en Barcelona – España, con el trabajo de investigación “*El consentimiento en los delitos contra la libertad sexual, especial mención a la problemática stealthing*”, dicha investigación concluye que, el stealthing violenta el interés jurídico libertad sexual, y a su vez, se ve perjudicada la salud y la integridad física, además del consentimiento, en ese sentido, aboga por su inclusión dentro de los delitos sexuales, postulando que, se debe tener presente como elemento fundamental al consentimiento al momento de tipificar este tipo de ilícitos.

### **2.1.2. Investigaciones nacionales**

En el ámbito nacional podemos señalar a Vlademir (2021) cuya investigación denominada “*Evaluación del consentimiento sexual y del entorno de coacción que impide a la persona dar su libre consentimiento en el delito de violación sexual*” para alcanzar el título profesional de abogado; concluye que, entre el entorno de coacción y el consentimiento sexual existe una relación directa, puesto que, el primero de ellos va a impedir un otorgamiento libre del consentimiento, ello debido a la existencia de vicios que recaen sobre la voluntad. Asimismo, existiría otra relación directa entre el interés jurídico libertad sexual y el consentimiento, a raíz de la diferenciación entre el consentimiento condicionado y de un consentimiento deseado. Finalmente, respecto al análisis de los elementos típicos desarrollado por los operadores de justicia, concluye que únicamente se limitan a descartar la presencia de la violencia física y psicológica, dejando en el olvido la libre autodeterminación sexual, el tesista postula que, lo fundamental para determinar una violación sexual lejos que haya violencia o amenaza, el primer filtro a saber, es si hubo o no libre autodeterminación sexual.

De igual modo, se tiene a Aguilar (2021) con el trabajo de investigación denominado *“El sexo inducido mediante engaño con suplantación de pareja que vicia el consentimiento de la víctima y la justificación de su tipificación autónoma”*, elaborado para alcanzar el grado de doctor en Derecho; concluye que, el acto sexual inducido por medio del engaño, más específicamente mediante la suplantación de la pareja, goza de relevancia jurídica penal, dado que, el consentimiento otorgado por parte del agente pasivo se viciaría, vulnera de ese modo su autonomía sexual.

Por otra parte, tenemos a Condori (2021) quién, para ostentar el grado de abogado realizó la investigación denominada *“Incorporación de perspectiva de género en la investigación de delitos contra la libertad sexual: art. 170 de código penal tipo base, en atención a la condición de género de la víctima (mujer).”*; concluye que, al considerar como una herramienta a la perspectiva de género, esta logrará que los titulares de la acción penal puedan examinar, observar y analizar, con una debida diligencia los actos referente al ilícito “violación sexual”; ello traerá consigo descartar o abandonar conceptos o prejuicios estereotipados respecto al género de las personas violentadas, que se han ido enraizando como resultado de la tradición y/o costumbre social.

## **2.2. Bases teóricas**

### **1. El ilícito “violación sexual”**

En este primer punto, se desarrollará el ilícito tipificado bajo el nomen iuris “violación sexual” – brindando una atención especial a los elementos objetivos del tipo - tal y como se encuentra regulado actualmente en el Perú, a efectos de poder determinar la necesidad de una tipificación independiente del stealthing en atención a su naturaleza, o determinar – contrariamente – si este fenómeno sexual puede encontrar reproche penal o verse subsumido en el ilícito bajo tratativa, conforme a la

regulación actual, con esa justificación se realizará un sucinto análisis de dicho precepto penal.

### **1.1. Interés jurídico protegido**

Primigeniamente conforme a lo expuesto oportunamente en el expediente N° 00008-2012-PI/TC, se ha dejado por sentado que el derecho al libre desarrollo de la personalidad comprende a la libertad sexual, es decir, esta última se encuentra contenida – inserta – en la primera, así, se ha considerado que las relaciones sexuales y amorosas encuentran amparo en el derecho al libre desarrollo de la personalidad, por ende, al tratar estos temas, nos vamos a ver inmersos en un ámbito privado, ello en cuanto a la realización o estructuración de la vida de cada individuo (Tribunal Constitucional, 2012, p. 12). Ahora bien, nuestra sociedad ha centralizado el poder punitivo en manos del Estado, a efectos de que este proteja a sus ciudadanos de intromisiones lesivas que imposibiliten el desenvolvimiento libre de cada persona, constituyendo así, intereses jurídicos pasibles u objeto de tutela penal, así, en el tema bajo análisis conviene desarrollar el interés jurídico protegido denominado “libertad sexual”, pudiendo este ser conceptualizado como la capacidad de actuar – de la que goza toda persona – en base al imperio de su voluntad, pudiendo disponer ante el mismo, así como ante sus congéneres capacidad de elegir rechazar o mostrarse accesible a las pretensiones que se le formulen en la ámbito de su sexualidad (Escobar Antezano, 2022, p. 49); sin perder tal conceptualización pero dicho de modo diverso, la doctrina nacional e internacional conceptualiza dicho interés social del siguiente modo, así tenemos a Bajo Fernández (1991) quien señala que la libertad sexual puede ser entendido en una primera forma, como la libre disposición del mismo cuerpo teniendo como única limitación un respeto irrestricto por la libertad de los terceros y a la vez la capacidad de poder rechazar todo tipo de agresión sexual por parte de terceras

personas; de otro lado, Cario Coria (1999) precisa que este interés jurídico contiene un sentido dinámico o positivo, el cual hace referencia a la capacidad que tiene toda persona para poder disponer libremente de su cuerpo a efectos de fines sexuales, por su parte el sentido pasivo o negativo que hace referencia a la facultad que reviste toda persona para poder rechazar la ejecución o tolerancia de aquellos actos sexuales en los que no tiene el deseo participar, entonces, podemos concebir este bien tutelado como una forma de expresión y/o manifestación del libre albedrío que reviste a toda persona, quien hace uso de su capacidad para elegir en el albor de su desarrollo intrapersonal. (Paredes Infanzón, J. 2023. p. 40)

En similar sentido, García Cantizano (1999) entiende por libertad sexual a la capacidad personal de autodeterminarse en el ámbito de las relaciones sexuales; asimismo, Díez Ripollés refiere que en bien jurídico bajo tratativa - libertad sexual - se ha afianzado como el fin de protección, el cual justifica las investigaciones jurídicas cuando de prácticas sexuales se trata (1999, p. 217) así también, Escobar (2022); enseña que es el derecho intrínseco a toda persona que le permite autodeterminarse o autorrealizarse en lo que a su sexualidad respecta, viéndose amenazada cuando un agente externo involucre al agente pasivo un contexto o relación sexual careciendo del consentimiento de esta.

En el ámbito nacional Rosas Yataco (2022) entiende lo entiende como la facultad inherente a toda persona de poder tener una relación sexual como quiera, con quien quiera y en el momento que quiera; así también, Ramiro Siccha (2019) expresa que esta libertad debe ser entendida en un concepto positivo y negativo, el primero de estos concede a las personas la capacidad de sostener relaciones de índole sexual con cualquier persona, no obstante, por medio del segundo concepto, se niega la posibilidad de obligar a cualquier otro sujeto a sostener relaciones sexuales cuando

estas tengan lugar contrariando su voluntad; en relación a ello, el máximo intérprete de la constitución (2012) en su fundamento 21 desarrollado en el Exp. 00008-2012-AI/TC ha enfatizado que, la libertad sexual tiene una dimensión negativa que se encuentra relacionada con la exigencia de prohibición de interferencia por parte del Estado y demás personas en el desarrollo sexual de todo sujeto; de modo diverso, la dimensión positiva, consistente en decidir sobre la realización de todo acto sexual, ello involucra decidir solo el cómo, el momento y con quien se ha de desarrollar el acto coital.

Aunado a ello Peña Cabrera Freyre (2023) expresa que la libertad sexual encuentra su punto de partida en la autonomía de cada persona, la cual conforme a nuestro ordenamiento constitucional puede ser entendido como el derecho a la personalidad pudiendo ser determinada únicamente por el propio individuo, dicho de otro modo, los delitos sexuales van a reprimir las conductas que atenten contra la autodeterminación; prosigue advirtiendo la doble vertiente que caracteriza a la libertad sexual, como la capacidad personal para de forma libre poder disponer de su cuerpo a fine sexuales – positivo-dinámico – y el derecho a impedir intromisiones en dicha esfera – aspecto negativo.

En relación a lo antes expuesto, Reategui Sánchez (2022) señala que, son dos facetas las que componen a la libertad sexual, siendo una de ellas la voluntaria, espontánea y libre determinación de toda persona sobre su cuerpo, teniendo como única limitación el respeto hacia la libertad de sus congéneres, así también Salazar Sánchez (2020) concibe dicho bien como aquella facultad capaz de abarcar las decisiones que tome cada persona respecto de su cuerpo, tendencia sexual u otra, así como rechazar aquello que no desee, por ende el referido bien jurídico se verá vulnerado en circunstancias en las que un tercero, sin autorización alguna, interviene en la capacidad o en la formación de la voluntad del agente pasivo.



Por otra parte, el criterio jurisprudencial dado por los operadores de justicia nacional no difiere del concepto brindado por la doctrina, así tenemos que la Corte Suprema (2010) lo conceptualiza como aquella expresión de la libertad personal orientada a propugnar que las actividades sexuales de las personas se lleven a cabo en un contexto de libertad, sin mediar ningún tipo de violencia; sin embargo, esta se encuentra reservada para aquellas personas que han alcanzado una madurez psíquico-biológica, por ende dicha libertad no alcanza a quienes aún no cuentan con una edad cronológica determinada, en síntesis, la libertad sexual no es sino la facultad para decidir sobre la realización o sobre de actos que comprometen sus atributos y potencialidades sexuales, esto como manifestación voluntaria y libre de la autonomía personal.

De lo antes expuesto, se tiene una unanimidad de criterio en cuanto al hecho de considerar como interés jurídico tutelado en los ilícitos de violación sexual a la libertad sexual, en similar sentido, el tesista considera que en el stealthing también se ve vulnerado la libertad sexual, un pronunciamiento al respecto tendrá lugar más adelante.

## **1.2. Conducta típica**

El legislador nacional ha tenido a bien tipificar la violación sexual el cual se configurara cuando el agente activo empleando grave amenaza o violencia logre alcanzar el acceso carnal – anal, vaginal o bucal – o análogo – introduciendo objetos o cualquier otra parte del cuerpo en la cavidad anal o vaginal – siempre en ausencia del consentimiento del agente pasivo, es decir contra de la voluntad de este último.

En ese entendido, el legislador ha hecho uso del verbo rector “obligar” lo que a decir de Salina Siccha (2019) significa anular o vencer la oposición o resistencia que ejerce el sujeto pasivo; de ello concluye el referido autor que dicha conducta resulta

punible dado que se comete un abuso en desmedro de la libertad sexual, dicho de otro modo, la formula legislativa (obligar) comprende una conducta pasiva de la agraviada y por otra parte, comprende un comportamiento positivo de parte de esta, tal es el caso como sucedería en el supuesto en el que una mujer valiéndose amenazando o violentando obliga a un varón para que este yazca sexualmente con ella (Salina Siccha, 2019, p. 934); en ilación a ello, Reategui Sánchez (2022) señala que el agente activo debe cumplir con la condición típica de obligar, lo que significa hacer o realizar algo a una persona yendo en contra de su voluntad, en síntesis, en el tipo penal bajo comentario se obliga a una persona contrariando su voluntad a mantener un acceso carnal; prosigue el referido autor que, “si el acceso carnal carece de la acción de obligar es porque existe consentimiento de la propia víctima” (2022, p. 713) al mismo tiempo, dicho consentimiento deberá ser expreso sin vicios de voluntad y de manera sincera, de ello se tiene que – siguiendo a Reategui – el consentimiento se va a constituir en una causa de atipicidad objetiva puesto que existiría un consentimiento valido sobre un bien tutelado que es de libre disposición – libertad sexual-.

Por otra parte, pero bajo ese orden de ideas, Peña Cabrera Freyre (2023) señala que de concurrir el consentimiento la conducta devendría en atípica, así también de existir dudas respecto al consentimiento sobrevendría la absolución en base al principio in dubio pro reo. Sobre el tema, Salina Siccha (2019) señala que para alcanzar la conducta criminal el victimario deberá actuar bajo el imperio de satisfacer cualquier tipo de apetencia sexual verbigracia se descartará la comisión de este ilícito penal cuando el agente activo haya introducido por la cavidad vaginal algún objeto, con el ánimo de causar lesiones a la mujer, lo que daría lugar a la configuración de cualquier otro ilícito descartándose la configuración del tipo violación sexual, dicho de otro modo este ilícito, además del dolo, requiere la concurrencia de otro elemento subjetivo,

tal característica es propia de los delitos de tendencia interna trascendente (Siccha, 2019, p. 934)

### **1.3. Medios Comisivos**

Del tipo penal bajo análisis de desprender la existencia de medios típicos que darían lugar a la configuración de violación sexual, así tenemos:

#### ***1.3.1. Violencia física y psicológica***

Primigeniamente, podemos señalar a Siccha (2019) quien enseña que hablar de violencia física es hacer referencia a aquella energía que se aplica o se desarrolla sobre el sujeto pasivo por parte del agente autor para, de ese modo poder vencer la resistencia del agente pasivo, la cual se verá materializada con golpes, sujetar violentamente a la víctima, maniatando con cuerdas, etc., de ello podemos inferir que la violencia física está íntimamente ligada con todo tipo de daño a la salud o la integridad de la víctima.

Siguiendo esa línea, en la doctrina nacional Cabrera Freyre (2023) señala que la violencia debe ser efectiva y deberá existir un nexo de causalidad directa con el acto sexual (p. 303), dicho de modo diverso, la aplicación de la agresión física por parte del victimario debe generar el rompimiento de la defensa que ejecuta la víctima, de forma que, allana la resistencia presentada por la víctima y logra alcanzar la conjunción carnal, al respecto conviene señalar que la Corte Suprema (2018) ha enfatizado que no es indispensable que el daño corpóreo se materialice en concretas lesiones, sino que basta la suficiencia y eficacia de estas para lograr lo propuesto – acceso carnal - únicamente la actividad del agente y no de la víctima (Casación N° 270-2018-Ancash), tal precisión permite dejar de lado la creencia de que la víctima de violación sexual siempre debe mostrar lesiones como resultado de la resistencia puesta por la víctima.

En síntesis, se debe dejar por sentado que la violencia exigida para la configuración del ilícito, puede ser – solamente – aquella que se encuentre orientada a

vencer y/o eliminar la resistencia del agente pasivo, es decir, al momento de analizar este medio típico, no se puede errar tomando en cuenta para su configuración una simple coincidencia entre el acto sexual y la violencia, de ello se tiene que, carece de relevancia penal aquellos actos violentos que son generados durante el desarrollo del yacimiento carnal, verbigracia los actos de sadismo y demás comportamientos que productos de la pasión desencadenen un acto violento, en palabras de Salina Siccha (2019) carecerán de relevancia penal los actos violentos realizados por las partes intervinientes del acto sexual siempre que estos formen parte de la *mise en sene*.

Siguiendo a Reategui Sánchez (2022) consideramos que no es indispensable que la violencia este presente en el curso de la violación sexual, asimismo resulta innecesario que la resistencia que presenta la víctima sea de forma continuada, por ende, resulta suficiente la manifestación de la violencia y el acto de yacer sexualmente contrariando la voluntad, no obstante, si se requiere que la violencia ostente una realidad material que genere un nexo de causalidad entre su empleo y el acto sexual, en otras palabras, se requiere que el empleo de la violencia haya servido para facilitar la violación sexual ante la carencia del consentimiento de la víctima (Villareal Bernardo 2022, p.44).

Ahora bien, la violencia psicológica se vincula a acciones u omisiones llevadas a cabo por parte del agente activo para controlar las acciones, creencias y decisiones de la víctima a través de la humillación, manipulación, amenaza u otros que generan un perjuicio a la autodeterminación o desarrollo personal (Villareal Bernardo 2022, p.44). Este tipo de violencia por su propia naturaleza se ha de caracterizar por no dejar huellas físicas, sin embargo, Villareal Bernardo (2022), siguiendo a Galeano (2020) señala que para aprobar este tipo de violencia resulta necesario evaluar la situación personal del victimario y de la víctima a efectos de determinar la existencia de una

relación de poder y/o la manipulación de la autodeterminación del sujeto pasivo, finalmente, al igual que la violencia física es indispensable un nexo causal entre la violencia psicológica y el acceso carnal, cual otro tipo de violencia psicológica que no haya servido para yacer sexualmente no será punible.

### ***1.3.2. Grave amenaza***

Podemos tratar ese medio comisivo, siguiendo a Vargas Meléndez (2021) quién refiere que, se considera como amenaza a aquel acto violento moralmente y que resulta idóneo para generar temor en el agente pasivo; el temor al que alude el citado autor ha de tener fundamento y ser razonado, además deberá contener una dosis de energía física anunciada destinada a causar temor con el anuncio de un mal futuro, por su parte la Corte Suprema (2013) entiende a este medio comisivo como la violencia moral, que anuncia un grave mal a los intereses del agente pasivo o a los intereses de esta, causando un miedo de modo tal, que alcanza la capacidad de vencer la resistencia del agente pasivo, caracterizándose además, por la seriedad, verosimilitud, inmediatas y gravedad, dichas características se constituyen en los requisitos que debe reunir la amenaza para generar intimidación. (R.N. 3166-2012-Ayacucho, f.j.3.4) no obstante, el testista es de la particular idea, de que se debe generar un estudio central sobre la víctima a efectos de poder determinar el impacto de la amenaza en esta.

Prosiguiendo, encontramos a Reátegui Sánchez (2022) el autor puntualiza que, la grave amenaza no puede ser cualquiera sino que esta debe ser grave en atención a las circunstancias objetivas que se presenten en cada situación concreta, debiendo ser posible, grave y real con capacidad de anular las barreras – resistencia – que presente el sujeto pasivo, también cabe la grave amenaza mediando la aplicación de la fuerza sobre los objetos, así ejempliza a aquel agente que amenaza con destruir los sembríos de una viuda, sabiendo o conociendo que dicho bien – cosecha – es el único sustento

de la víctima y sus descendientes. En esa misma línea el referido autor siguiendo a Noguera Ramos (2001) señala como características principales de la amenaza a que esta sea determinada – amenaza clara y entendible -; considerable lo cual importa que el daño amenazado sea mayor que el acto sexual; debe ser seria – no debe causar burla - debe ser posible – que sea realizable - y finalmente debe ser inminente esto es que su comisión puede ser inmediata, actual y no en el futuro.

Por su parte Salina Siccha (2019) concibe a la amenaza como condición de carácter sexual ello importa que el sujeto amenazado debe someterse sexualmente a efectos de evitar el mal anunciado; entonces, podemos entender que este medio perjudica o distorsiona el proceso formativo de la voluntad del agraviado, finalmente el autor antes mencionado, hace ver a que esta amenaza forma parte de la violencia psicológica pudiendo realizarse de forma escrita u oral o mediante cualquier otro medio que tenga la capacidad suficiente para transmitir el mensaje de un futuro mal.

### ***1.3.3. Entorno coercitivo o cualquier otro.***

Con la última modificación al tipo penal bajo comento, se incluyó como medio comisivo el acto de valerse de un entorno coercitivo o de cualquier otro siempre que este, impida a la otra parte de otorgar su consentimiento con plena libertad, y de esa forma poder accederla carnalmente; al respecto, el presente medio comisivo incorporado mediante ley 30838 en agosto de 2018, en palabras de Salina Siccha (2019) pueden ser entornos en los que existe hostigamiento, confianza, violencia familiar, abuso de poder, posición o relación que permita al agente activo ejercer autoridad sobre el agraviado (p. 951) a mayor ilustración el referido autor ejempliza la situación de aquella persona que para pagar la intervención quirúrgica de su familiar accidentado requiere conseguir dinero y para tales fines se ve sometida por otra persona al sostenimiento de relaciones sexuales; de esta forma el autor señala que

frases arraigas como “si te acuestas conmigo yo te presto dinero” serian sancionados en nuestro sistema jurídico actual, en dichos supuestos se ha de argumentar que, si bien la victima habría otorgado su consentimiento o aceptado involucrarse sexualmente con este sujeto, dicho consentimiento no habría sido otorgado libremente, puesto que, se encontraba condicionado en un ámbito de clara desventaja para el agente pasivo.

A su tiempo Peña Cabrera Freyre (2023) interpreta el aprovechamiento de contextos de coacción, relacionándolo con los pronunciamientos emitidos por la Corte Penal Internacional, por lo que en este supuesto la violación sexual tendría lugar durante el desarrollo de conflictos bélicos, confrontaciones armadas donde la sociedad civil puede quedar en un estado de indefensión, contexto que puede ser aprovechado para obligar a las personas a sostener relaciones sexuales. Por otra parte, Reategui Sánchez (2022) entiende por entorno de coacción a aquel contexto en el que se desenvuelve conjuntamente el agente pasivo y activo, pudiendo el autor conocer a la víctima desde hace mucho tiempo circunstancia que es aprovechada para tener acceso carnal.

#### **1.4. Consentimiento**

Como se ha señalado oportunamente la concurrencia del consentimiento generaría la atipicidad del hecho, de igual modo, por lo expuesto hasta este punto se ha de señalar con certeza que la violación sexual se desarrolla sin consentimiento por parte de la víctima implicando ello el uso de la amenaza o violencia, sin embargo, es necesario precisar que el consentimiento otorgado debe ser valido y reunir ciertos requisitos sin la formalidad y que el derecho civil exige para la celebración de negocios jurídicos, así Vargas Meléndez (2021) siguiendo a Villa Stein propone que el consentimiento debe ser brindado por una persona con capacidad de disentiendo; el consentimiento debe exteriorizarse por cualquier medio; debe ser previo al acto coital;

nos exige que el agente tenga conocimiento cierto respecto del consentimiento y cualquier acto de violencia o amenaza excluirá el consentimiento, no así el error o el engaño salvo que afecte en la calidad y cantidad de injerencia consentida.

En cuanto al consentimiento conviene traer a colación lo señalado por el maestro Almanza Altamirano (2022) quien manifiesta que ante la concurrencia de consentimiento no ha lugar a una relevancia penal excluyéndose la imputación objetiva de modo que la libre determinación del titular tiene preeminencia respecto del interés social (p. 315) señala además que el consentimiento ha de ser formulado de forma válida y con anterioridad a la comisión del hecho, aunado a ello precisa como requisitos la libertad en la emisión del consentimiento, la ausencia de cualquier tipo de coacción y una perfecta conciencia sobre el alcance de la decisión.

Por otra parte, Luzón Peña (2016) nos dice que el consentimiento no tiene lugar en aquellos ilícitos que atentan contra los bienes supraindividuales, contrario a ello, el consentimiento opera en aquellos actos que atentan con bienes jurídico individuales o personales, donde desde luego, el consentimiento otorgado por el titular va a actuar como eximente de la responsabilidad penal, ya sea por qué así lo expresa la ley o porque así se desprende a la interpretación del precepto penal; en síntesis el consentimiento tendrá tal eficacia cuando se trate de intereses jurídicos de libre disponibilidad. Asimismo existirán bienes jurídicos personales que carezcan de dicha disponibilidad en tal caso el consentimiento no actuara como que eximente, así por ejemplo el bien jurídico vida humana no es de libre disposición, puesto que una persona – al menos en el Perú – no puede disponer libremente en qué momento le pone fin, prosigue Luzón Peña, señalando que el consentimiento puede ser real, efectivo o presunto; respecto al consentimiento real, este tendrá lugar cuando sea prestado por el titular de forma previa mediante una declaración inequívoca, clara y no condicionada



(con sentimiento expreso), así también el consentimiento podrá darse en silencio pero con hechos (consentimiento tácito) tales hechos deben ser concluyente e inequívocos de que el otorgante está actuando con conocimiento.

Finalmente, en el consentimiento presunto el afectado no otorga directamente su consentimiento, ya sea por su ausencia, inconciencia, incapacidad u otras razones, pero se presume que si estuviera en condiciones de hacerlo otorgaría su consentimiento, así también, el autor distingue entre el consentimiento y el acuerdo (también llamado conformidad o asentimiento) el primero actuará como causa de justificación, mientras que el segundo actúa como causa de atipicidad, en ese sentido el acuerdo o asentimiento va operar en aquellos tipos penales que describen una actuación contra la voluntad del afectado, de allí que dicho consentimiento (acuerdo o asentimiento) excluya la tipicidad toda vez que no existiría lección del interés jurídico tutelado; ejempliza el caso de los delitos sexuales o patrimoniales, en similar sentido Iván Meini (2014) hace diferencia entre el consentimiento y el acuerdo, en cuanto a este último señala que, solo tendría lugar en aquellos preceptos penales que exigen al agente activo a actuar contrariando la voluntad de la víctima, sin embargo, si este acepta la actuación no habría lugar a hablar de una afectación del interés jurídico tutelado, así por ejemplo el delito de violación de domicilio o los delitos contra la libertad sexual, dicho de otro modo el acuerdo generaría la atipicidad de dicha conducta por la ausencia del elemento típico que exige el precepto penal (p. 328). Por otra parte, el consentimiento solo tendría lugar en aquellos delitos en los que no se exige que el comportamiento sea realizado contra la voluntad del agente pasivo y siempre que el bien jurídico sea de libre disponibilidad, así por ejemplo el delito de daños. Así también, expresa que el consentimiento está estrechamente ligado al reconocimiento de la autodeterminación como capacidad de disponer sobre bienes jurídicos, caso

contrario significaría negarle a toda persona la condición de sujeto responsable frente a sus actos y nos podría frente a un modelo de estado paternalista.

Además, considera como presupuestos del consentimiento la disponibilidad del interés jurídico tutelado, la validez del consentimiento y la capacidad de consentir, en cuanto a este último presupuesto resulta necesario que el consentimiento sea otorgado de forma previa al comportamiento típico, además debe ser libre y con pleno conocimiento de las consecuencias que generaría la decisión del titular del bien jurídico, debiendo ser específico y referido al caso en concreto, por ende el consentimiento no puede ser genérico exigiéndose además que deba ser expreso, ello no involucra, que su validez se supedita a la forma en la que se otorga en consentimiento toda vez que esta puede ser escrito, oral o gestual, así pues “(...) el silencio expresara consentimiento si el contexto en el cual se actúa así lo indica (...)” (p. 336)

Por otra parte, Peña Cabrera Freyre (2022) respecto al consentimiento señala que el Estado no puede tener injerencias en la autodeterminación de cada individuo; muy por el contrario en un estado democrático de derecho se debe abogar por una libre autodeterminación la cual comprende una dimensión negativa y una dimensión positiva, la primera de ellas hace referencia a la restricción de la actuación del individuo por ejemplo, los menores de 14 años no gozan de tal disponibilidad; en cuanto a la dimensión positiva el reconocimiento de la autodeterminación del individuo va a suponer la implementación y/o creación de medios legales que conlleven su plena realización (p. 482) dicho lo anterior no puede negarse que la autodeterminación se constituye con un derecho de primer orden que goza de reconocimiento constitucional conforme al artículo 2.1 del referido cuerpo normativo, prosigue el autor manifestando que respecto a los delitos sexuales el consentimiento

opera como excluye de lesividad, toda vez que forma parte de la autodeterminación de cada persona, ello involucra su capacidad para disponer de su sexualidad, sin embargo, dicho consentimiento debe ser unívocamente irrevocable pues “(...) la retracción de dicha voluntad puede revelarse en cualquier momento, por lo que la conducta en inicio atípica puede convertirse en una de carácter típico (...)” (p. 487).

En similar sentido, Paul Bockelmann (2020) postula que el asentimiento que excluye la tipicidad - por cuestión de diferenciación en relación con el consentimiento - se le ha denominado acuerdo, el cual debe existir de forma previa al hecho; en cuanto al consentimiento señala que este no puede ser impugnado, pero en principio, puede ser libremente revocado en todo momento (p. 219). En esa línea argumentativa, Pérez López (2021), señala que el consentimiento es consecuencia de la renuncia por parte del titular del interés jurídico a que este se vea protegido, decisión que se da en torno a la autonomía del individuo, además haciendo referencia al acuerdo señala que este convierte en atípica la conducta en aquellos supuestos en los que el precepto penal supone un actuar contrario o sin la voluntad de la víctima (p. 281) además, para que opere válidamente el consentimiento se requiere la disponibilidad del bien tutelado, la manifestación del consentimiento y capacidad para consentir.

Aunado a ello, Villavicencio Terreros (2006), manifiesta que el consentimiento contiene un efecto doble, pudiendo excluir la antijuricidad, así como la tipicidad, al primero se le denomina consentimiento propiamente dicho y al segundo se le denomina acuerdo, este último supondrá actuar en contravención o careciendo de la voluntad del agente pasivo.

En similar sentido Alconcer Povis (2021) enseña que la teoría del bien jurídico distingue dos clases de intereses de modo que algunos serán de libre disposición del titular y de algunos otros su lesión no será permitida por el derecho, señala como

ejemplo de los primeros la intimidad, la libertad sexual o el patrimonio; en cuanto al consentimiento señala que puede excluir la tipicidad o puede considerarse una justificación, para el primer caso menciona como ejemplo, el acto sexual consentido el cual no afectaría la libertad sexual (p. 173). Así también, menciona como requisitos del consentimiento la capacidad de disentimiento, que sea otorgado libremente o espontaneo, en otras palabras no debe mediar violencia, error o engaño puesto que esto excluiría su eficacia, se acentúa cuando el error o engaño no afecten los motivos que llegaron al objeto a consentir.

## **2. Fenómeno sexual stealthing**

En la presente investigación postulamos la idea de buscar determinar si la regulación del stealthing brindaría una mejor protección a la libertad sexual, de modo que, como se ha señalado con anterioridad podemos decir que dicho interés jurídico es de libre disponibilidad de cada individuo en atención a la autodeterminación de todo sujeto; a efectos de un mejor desarrollo del presente tema resulta necesario señalar que el stealthing es el término empleado para referirse al retiro del preservativo durante el acto sexual, careciendo para ello del consentimiento de la otra parte, de allí que, siguiendo a Brodsky (2016), la relevancia penal de tal comportamiento estaría dada en cuanto a la invalidación del consentimiento, puesto que, el consentimiento de las partes intervinientes se ha otorgado bajo el acuerdo o la condición del uso o empleo del preservativo por lo que, el desarrollo del acto sexual contrariando dicho acuerdo puede ser considerado como un acto sexual diferente al inicialmente aceptado, toda vez que, el consentimiento inicialmente otorgado no significa que permita un tipo de penetración diversa a la acordada; asimismo, la eliminación del uso de preservativo conlleva al incremento de un riesgo; como es sabido, nuestra sociedad es una sociedad de riesgos de modo que involucrarse sexualmente con otra persona conlleva al

desarrollo de un riesgo permitido, el cual es satisfactoriamente controlable con el empleo de ciertos métodos como el uso del preservativos, no obstante el retiro del mismo incrementa dicho riesgo en la medida que puede conllevar a contraer algún tipo de enfermedad sexual (violación del bien jurídico salud) o podría conllevar a un embarazo no deseado lo que afectaría la autodeterminación del sujeto en cuanto a su salud reproductiva o la planificación de la misma, en palabras de Linnea Wegerstad (2018), el consentimiento para tener relaciones sexuales con condón no puede incluir el consentimiento para actividad más riesgosa, el argumento basado en el riesgo se ha formulado legalmente como violación por engaño (p. 362).

Antes de proseguir adentrándonos en el tema, es necesario resaltar la figura de Alexandra Brodsky (2017) quien publicó el artículo "Rape-Adjacent: Imagining Legal Responses to Nonconsensual Condom Removal" en la revista de derecho feminista de la Universidad de California Davis. En este artículo, Brodsky analiza el fenómeno del "stealthing" o la retirada no consensuada del preservativo durante las relaciones sexuales. Brodsky argumenta que esta práctica no sólo es una forma de engaño sexual, sino que también puede ser una forma de violación o agresión sexual. El artículo explora las diversas maneras en que la ley puede acobijar al "stealthing", incluyendo la ampliación de las definiciones de la violación y la agresión sexual para adicionar la retirada no consensuada del condón, también discute la necesidad de una mayor educación sobre el consentimiento y la importancia del uso del preservativo; finalmente lo relevante es que, acuña el término stealthing para hablar de este tipo de conductas.

Además, a decir de Frank Wilde (2022) el término "stealthing" viene siendo utilizado para describir la extracción secreta del preservativo durante una relación sexual consensuada, siendo percibido por las víctimas como un abuso de confianza y

un desprecio por su autodeterminación sexual. Asimismo Angeliki Peponi (2022), refiere que el *stealth* es una práctica reciente y de rápida difusión en el cual existe un consenso y disposición por parte de los intervinientes para el desarrollo de las relaciones sexuales, las mismas que se encuentran supeditadas al empleo del preservativo, señala además, que las personas que realizan esto suelen ser varones quienes buscan la satisfacción mediante la imposición del poder sobre sus parejas sexuales y la sumisión de estas; dicho acto puede tener repercusiones en una dimensión psicoemocional producto del engaño a la víctima, puesto que, se traiciona la confianza que se tenía depositada en la pareja sexual por cuanto ve vulnerada su personalidad, su autonomía y su dignidad, generando muchas veces un sentido de culpa y de responsabilidad; en un nivel físico la víctima se ve expuesta a enfermedades de transmisión sexual y la posibilidad de un embarazo no deseado, lo que podría desencadenar en un aborto.

Por otra parte Panagiota Provata (2017) tiene una visión más amplia, al considerar que en el desarrollo *stealth* fácilmente también puede ser víctima el varón indistintamente de si dicho acto sexual se da en el contexto de una relación homosexual o heterosexual, así pues podría tener lugar cuando la mujer perfora, desgarrar o daña de cualquier otro modo el preservativo, la referida autora basándose en el Código Penal griego Artículo 336.4 establece que cualquiera - salvo en los supuestos del apartado uno (uso de la fuerza física o amenaza de grave peligro para la vida o la integridad física que determine a la víctima a sostener un acto sexual) - que intente tener relaciones sexuales sin el consentimiento de la víctima es sancionado hasta con 10 años de prisión; de ello se tiene que. sería factible subsumir típicamente el *stealth* en dicho tipo penal toda vez que, se realiza sin el consentimiento el sujeto pasivo.

Prosigue señalando que dicha práctica tiene lugar basándose en la creencia de un mayor placer durante las relaciones sexuales y de ideales como el pensar que solo importa el placer del varón, bajo la creencia de que la mujer está únicamente destinada a engendrar descendencia, en resumidas cuentas, resulta válido analizar el fenómeno del *stealth* desde un enfoque de género donde prevalece el deseo del varón y priva arbitrariamente el derecho a la autodeterminación de las mujeres.

La autora Sumayya Ebrahim (2019) conceptualiza al *stealth* como un constructo relevante en la ciencia humanas y sociales debido al impacto perjudicial en la sexualidad – mayoritariamente en las mujeres – y la violencia sexual basada en el género, así siguiendo a Jozkowski y Peterson (2013), la sexualidad femenina dentro de la sociedad, la violencia, la dominación y la opresión pese a la existencia de una mayor afirmación y autonomía sexual entre algunos grupos de mujeres, advierte que la práctica del *stealth* se desarrolla sin el consentimiento y de forma encubierta tras el acuerdo explícito de que la relación sexual tendría lugar con el empleo de preservativo, contrario a ello la víctima resulta engañada y subrepticamente coaccionada para participar de una relación sexual sin preservativo tal engaño y coerción la privan del derecho a la autonomía sexual y corporal así como el poder controlar sus acciones sexuales y reproductivas.

Por otro lado, Fernanda García (2020) siguiendo a Lizza (2018) enseña que el término *stealth* traducido al español tendría como significado el término “sigiloso” por lo que el *stealth* sería equivalente a sigilo lo que hace alusión a la conducta de retirarse el preservativo de forma clandestina. Prosigue la autora antes señalada alegando que remoción del profiláctico se constituye como una afectación (violación) contra el señorío del cuerpo, al consentimiento brindado inicialmente y a la dignidad personal; tímidamente señala que el *stealth* consiste en una agresión de tipo sexual

y no específicamente en el ámbito de una violación sexual puesto que este último caso en ningún momento existe consentimiento, por lo contrario en el stealthing existe un consentimiento inicial el cual se condiciona al uso del preservativo de allí que se desprenda que las víctimas de este fenómeno no experimenta una relación sexual forzada, sino por lo contrario experimentan una conducta sexual no deseada.

## **2.1. Stealthing en la legislación y jurisprudencia extranjera**

### ***2.1.1. España***

En el país ibérico, el tema del stealthing ha ido desde lo mediático hasta la emisión de sentencias en los tribunales, así por ejemplo: en 2021, el influencer español Naim Darrechi generó controversia al publicitar vía red social “Youtube” un video en el que hablaba del "stealthing" y expresaba que engañaba a sus parejas sexuales diciéndoles que era estéril, de modo que, no existía riesgo de embarazo, eso lo hacía para no usar preservativo, afirmaba que no era un delito, lo que generó críticas y rechazo en la opinión pública. Posteriormente, Darrechi se retractó de sus comentarios y afirmó que había cometido un error al minimizar la gravedad del "stealthing" y que había tomado medidas para informarse mejor sobre el tema.

#### ***2.1.1.1. Resolución N° 156/2017***

Sin embargo, desde un plano jurídico – que es lo relevante en la presente investigación – España, puede ser considerado como uno de los países pioneros al sancionar este tipo de conducta, así, en el país ibérico se registra la Resolución N° 156/2017, que data de 18 de julio de 2017, donde la Audiencia Provincial Sección Segunda de Pontevedra, muy sucintamente se puede señalar que, en esta resolución, la Audiencia Provincial confirmó la sentencia recurrida que encontró responsable por el delito de abuso sexual con agravante de prevalimiento y el uso de violencia. En el caso, el acusado retiró el preservativo (condón) mientras sostenía relaciones sexuales,



careciendo de consentimiento para dicho acto, ello constituiría lo que se conoce como "stealththing". La Audiencia Provincial destacó que el "stealththing" puede constituir el ilícito de abuso sexual y señaló el retiro del profiláctico con ausencia del consentimiento de la víctima puede generar en ella un estado de indefensión y vulnerabilidad, así como un grave daño psicológico. En la resolución, la Audiencia Provincial puso de relieve la importancia de la educación - sexual – además de la necesidad de conciencia sobre el consentimiento que debe primar en las relaciones coitales. Asimismo, señaló que el "stealththing" puede ser considerado como una forma de violencia sexual y que, por tanto, debe ser perseguido y sancionado adecuadamente por la ley.

A mayor abundamiento la Audiencia conoció los siguientes hechos: el acusado Eutimio el 13 de febrero de 2014 en compañía de Asencion sostuvieron relaciones sexuales en la furgoneta del acusado posteriormente ambos se dirigieron a un bar en donde compraron cervezas para posteriormente retornar a la furgoneta, el acusado se ubicó en el asiento del copiloto mientras ella se sentó encima de él a horcajada y él se colocó el preservativo con la ayuda de ella, tras penetrarla con el preservativo decide retirarse el condón, dicho acto fue percibido por Asencion quien intentó apartarse de él, quién en ese momento le manifestó su intención de no mantener relaciones sexuales sin preservativo, sin embargo este la cogió de los hombros, para arrojarla a la parte trasera de la furgoneta donde continuo penetrándola durante 10-15 minutos, tras ello Asencion interpuso la denuncia de lo sucedido quien presentaba dos hematomas en el brazo derecho, un hematoma en el brazo izquierdo, hematomas en el muslo derecho, presentaba restos del ADN del acusado en la braga, así como en sus genitales externos; acreditándose de esa forma que en efecto se sostuvo relaciones sexuales, además se acreditó la oposición de la víctima ante tal acto mediante su declaración, lo que

constituiría la configuración el delito de lesión sexual regulado en el tipo penal 179 del Código Penal de España, en conjunto con el tipo 178 del mismo cuerpo legal, además se establece que se habría causado daños morales y un evidente ataque a la libertad sexual; en suma los operadores jurídicos españoles condenaron a Eutimio como autor del delito de violación a 6 años de prisión y 6 200 euros de indemnización.

#### ***2.1.1.2. Resolución 155/2019***

Conforme a esta resolución 155/2019 de fecha 15 de abril del 2019, donde el Segundo Juzgado de Instrucción de Salamanca condena a Juan F. por haberse retirado el preservativo durante el desarrollo del acto sexual en el que participaba, pese a que inicialmente habían acordado el empleo del referido preservativo. Aquí, los hechos materia de conocimiento fueron los siguientes: Juan Francisco a los 27 días del mes de octubre de 2018, aproximadamente a horas 01:00 en circunstancia en las encontraba en su domicilio acordó sostener relaciones sexuales empleando preservativo con Felicidad, en el desarrollo del acto sexual el acusado se retiró el profiláctico sin previo acuerdo y careciendo de conocimiento por parte de Felicidad quien pudo advertir tal hecho, recién, al finalizar el acto sexual, por lo que, en ese momento abandonó el domicilio del acusado he interpuso la denuncia respectiva.

Resulta necesario señalar que la sentencia bajo comentario en su fundamento segundo señala que los hechos materia de conocimiento y debidamente probados, son constitutivos de la conducta denominada “stealthing” proveniente del idioma inglés, cuya significancia es “sigilo”, el cual, aplicado al acto sexual hace referencia al comportamiento adoptado por el varón consistente en el retiro no consensuado del preservativo, y en “clandestinidad” puesto que busca la comisión de dicho acto sin que la otra parte de percate de ello, de este modo, la sentencia en comentario conceptualiza lo que se debe entender por stealthing. Prosigue, señalando que el stealthing no es

constitutivo del ilícito “agresión sexual”, dado que, no han concurrido los elementos objetivos (intimidación o violencia) exigido en el tipo penal (art. 178), en síntesis, no se configura el delito de violación de conformidad a su regulación en el artículo 179 del catálogo penal; sin embargo, el *stealth* si se subsumiría en la premisa normativa regulada en el tipo 181.1 que sanciona al que sin la presencia de intimidación o amenaza, pero sin consentimiento del agente pasivo, lleva a cabo actos atentatorios contra la indemnidad o libertad sexual de un tercero, de ese modo estamos frente al delito de abuso sexual correspondiéndole una pena de 12 meses de multa y 900 euros de indemnización.

### **2.1.1.3. Resolución 375/2020**

Prosiguiendo, se tiene a la resolución 375/2020 de fecha 29 de octubre de 2020, emitida por la audiencia provincial de Sevilla, en esta oportunidad fue materia de conocimiento el siguiente *factum*: el acusado Juan Alberto puso en conocimiento de Trinidad que estaba ingiriendo medicamentos por una infección en sus genitales, conociendo de esa circunstancia, ella acepta tener relaciones sexuales con preservativo, por lo que, le proporciona un condón al acusado, quien lo aproximó a sus genitales simulando colocárselo, sin embargo, esto no fue así e inicio a penetrarla vía vaginal, Trinidad sospechó que el acusado no estuviera haciendo uso del preservativo, ante ello, procedió a pedirle que se detenga, pasado un tiempo, sin eyacular se retiró, se vistió y se marchó, previo a ello arrojó al suelo el preservativo que le había brindado Trinidad, el cual se encontraba parcialmente desenrollado, dicho contacto sexual originó que Trinidad se contagiara de *chlamydia* que padecía Juan Alberto, además de padecer crisis de ansiedad y rasgos anómalos de personalidad.

Conforme a lo expuesto, es menester del operador jurídico español esclarecer la controversia probatoria respecto a si en aquella ocasión y durante la penetración

vaginal libremente consentida por ambos, el acusado había en efecto usado o no el preservativo, ya sea desde el inicio o lo había retirado de forma subrepticia durante el acto sexual. Al respecto, el acusado señala haber hecho uso del preservativo desde el inicio, sin embargo, en determinado momento producto de un movimiento de Trinidad, de forma involuntaria dicho profiláctico se habría salido de su pene, cogiéndolo él en la mano, en ese momento Trinidad lo vio y se alteró. No obstante, la versión de Trinidad, sostiene que Juan omitió deliberadamente el uso del preservativo, sin su consentimiento ni conocimiento, hecho que no advirtió desde el inicio, pero que la llevó a poner fin a la relación sexual en cuanto sospechó de tal acto.

En cuanto a los alegatos de las partes, la sala entiende que el relato de la víctima contiene suficiente convicción para erigirse como prueba logrando enervar el derecho a la presunción de inocencia que le asiste a toda persona, así el relato de los hechos ha sido completo y verosímil conforme a los criterios y parámetros acuñados por la jurisprudencia a efectos de su valoración, además, tanto en la denuncia como en la declaración judicial, concurrieron los mismos elementos claramente definidores del hecho que sufrió, que parten de relaciones sexuales voluntarias y posteriormente la existencia de una modificación unilateral y clandestina por parte del acusado sobre las condiciones en el que ese había otorgado el consentimiento, hasta el punto de que su descubrimiento determinó su inmediata negativa a continuar manteniéndolas. Así, la jurisprudencia española ha enfatizado que requiere persistencia – continuidad y coherencia - en la descripción de los hechos facticos, bastando que se ajusten a una línea uniforme, lo que concurriría en la presente.

Por otra parte, se advierte la carencia de una motivación subjetiva por parte de la denunciante, pues esta no alberga sentimientos negativos hacia el acusado, pues por más que reproche los hechos, admitió que tiene sentimientos afectivos hacia él, lo que

puede ser considerado como un rasgo de sinceridad y espontaneidad, puesto que, permiten intuir cierto propósito de no perjudicar injustamente al acusado.

Además de lo manifestado, en el presente caso concurrieron otros elementos objetivos como: el hecho de que Trinidad encontrara el preservativo – sin desenrollar -, lo cual acredita que no había sido utilizado, aunado a ello la ausencia de semen tanto en el exterior como el interior de dicho profiláctico. Así también, en el lavado vaginal se halló antígeno prostático - presencia de líquido seminal -; finalmente, se acreditó que el acusado contagió a Trinidad de Chlamydia Trachomatis; de este modo, la sala entiende que el relato de Trinidad supera la mera posibilidad o probabilidad para adentrarse de lleno en el canon de la certeza más allá de cualquier duda razonable.

Prosigue la sala, enfatizando que, en determinado momento tras la negativa de la continuación del acto sexual medió el uso de violencia por parte del acusado, dejando por sentado que el empleo de dicha fuerza no fue para el inicio de las relaciones sino para su continuidad. Dicha violencia queda contenida en el tipo 178 del catálogo penal español, la cual, jurisprudencialmente ha sido entendida, de modo tal que, no debe ser de tal intensidad con capacidad de mostrar características invencibles o de inusitada gravedad, por el contrario, basta la eficacia y suficiencia para lograr la finalidad propuesta, esto es, alcanzar inhibición y/o paralización de la voluntad del agente pasivo, por ende, resulta trascendente – con claridad – la negativa del sujeto pasivo hacia las pretensiones del victimario y, de otra, el necesario empleo de la vis absoluta para alcanzar a doblegar la voluntad.

Sobre este apartado, la sala entiende que no medió una violencia suficiente, consciente y causal que haya permitido doblegar la voluntad del agente pasivo – violencia durante el acto y no para iniciar el acto -; dado que, de la descripción de los hechos se desprende un contexto bastante difuso como para determinar la existencia

de una violencia; sucintamente se señala que la denunciante describió que las relaciones consentidas se desarrollaban en la posición del misionero, así, dada la naturaleza dinámica del acto, se limita la movilidad de la víctima, así como sus posibilidades de oposición física mezclado con un momento de cierta intensidad - violencia atípica - propia del apasionamiento sexual – vis grata poelles – lo que hace difícil que el destinatario de aquellas escuetas palabras – carente del conocimiento de verse descubierto la ausencia del preservativo - pudiera percibir las e interpretarlas correctamente.

Ahora bien, como aspecto medular de la sentencia en comento, se tiene a la calificación jurídica, partiendo de los hechos [los cuales constan de relaciones sexuales vía vaginal – sin el empleo o con retiro subrepticio del profiláctico – bajo la condición del empleo de preservativo – como condición para otorgar consentimiento de los intervinientes - ]; si bien Trinidad decidió libremente consentir yacer sexualmente con el acusado, dicho consentimiento estaba condicionado al uso de preservativo, por lo que cualquier otro acto en contrario resultaría en un atentado grave contra su libertad; asimismo, entiende que el victimario se abrió valido para del engaño para lograr tales fines, para sin consentimiento ni conocimiento sostener un contacto sexual diverso al previamente acordado, por lo que en definitiva la libertad de autodeterminación de esta fue violentada y anulada.

Tales hechos, se subsumirían en la descripción normativa denominada abuso sexual (art. 181.1 del Código Penal español) donde sin el empleo de intimidación o violencia, pero carente de consentimiento, el agente atenta contra la libertad sexual de Trinidad, aunado a ello, también se llevó a cabo una calificación jurídica adicional de lesiones por contagio de enfermedad de transmisión sexual. Finalmente, condenan a

Juan Alberto a cuatro años de prisión por la comisión del delito antes señalado y responsabilidad civil ascendente a 13 mil euros, habiendo lugar a recurso de apelación.

#### ***2.1.1.4. Resolución 186/2021***

Producto del recurso de apelación interpuesto por el sentenciado, se emite la resolución N°186/2021 cuyo fundamento jurídico quinto señala que el hecho de prescindir del preservativo durante todo o parte del acto sexual, a pesar de existir un pacto y/o condición previo de consentir el yacimiento sexual es lo que se viene conociendo como “stealthing” que atenta contra la libertad sexual de la otra parte puesto que esta no ha consentido cualquier condición o forma para realizar el contacto sexual, sino que, por el contrario, se impuso como condición o límite, el empleo del preservativo como medio de protección (p. 5) así todo acto contrario a dicho acuerdo estaría desoyendo la condición impuesta con complemento vital - no secundario o accesorio – del consentimiento, radicando en ello la relevancia penal conforme al apartado al tipo 181.1 del catálogo penal; de ese modo, deja por sentado que, el consentimiento para una actividad sexual concreta, no puede hacerse extensivo de forma unilateral por el otro participe a tipos o formas diversas que no han sido consentidas, finalmente se confirma la resolución apelada emitida por la cuarta sección de la audiencia provincial de Sevilla en fecha 29 de octubre de 2020.

## **2.2. Canadá**

### ***2.2.1. Expediente Judicial 18-SA5096-R v. Kraft.***

En Canadá encontramos el expediente judicial 18-SA5096 – R. contra Kraft del 19 de julio de 2020, esta sentencia es emitida en merito al recurso de apelación planteada por la Corona, así, aquí los hechos materia de conocimiento versan sobre lo siguiente: la denunciante y el denunciado se conocieron en la fiesta de Halloween de un amigo de donde se retiraron al departamento del denunciado donde entre besos se

empiezan a quitar la ropa; la denunciante yacía boca arriba teniendo en frente al denunciado quien la penetra vaginalmente, tras ello la denunciante le dijo que se detuviera, por lo que el denunciado retiró su pene, prosiguiendo la denunciante a señalarle que necesitaba usar un condón, sin embargo, el denunciado precedió a penetrarla sin usar el método requerido por la denunciante, tal descripción fáctica fue analizada en primera instancia de modo tal que, la ausencia del condón no niega el consentimiento para participar en el acto sexual, alegado de que el hecho de retirar su consentimiento sobre la penetración no cambia el hecho de que existió un consentimiento inicial puesto que, momento previo a la penetración no se mencionó el uso del preservativo, además, la penetración de logro después de encontrarse en una colocación mutua de su cuerpo como preludio de esa penetración.

No obstante, el Tribunal Superior de Justicia, considera que el uso del condón era importante para la denunciante, alega que el magistrado de la instancia primigenia erró al concluir que la penetración fue consensual, pues no consideró si la agraviada – subjetivamente - quería tener relaciones sexuales con el demandado sin que este no esté usando preservativo, así la sola expectativa – de ambos - de tener relaciones sexuales resulta irrelevante, en cuanto al modo en el que se iba a realizar el acto sexual, por otra parte, el juez de primera instancia no consideró si la denunciante quería participar en el encuentro sexual en el momento en el que este la penetra, ante dichas falencias se anula la absolución y se ordena nuevo juicio.

### ***2.2.2. Expediente Judicial 18-95-R v. Rivera.***

Así también se tiene el expediente judicial 18-95 – Caso R. v. Rivera de fecha 2 de mayo de 2019, se tiene como hechos materia de la presente sentencia que, el señor Rivera y la denunciante C. M. quienes se conocieron a través de una aplicación, organizaron un encuentro sexual en la casa de la denunciante el día 22 de octubre de



2017, previo a ello la denunciante mediante mensaje de texto señaló al denunciado que tenía como regla el uso de preservativos, así, en la fecha acordada, tras besos y caricias la denunciante le señaló a Rivera que usara preservativo a lo cual, le respondió que “todo estaría bien, que se encontraba limpio”, ella reitero el uso de preservativo, dado que, era la forma en la que cuidaba su salud reproductiva, contrariamente, el denunciado procedió a penetrarla sin el referido profiláctico, en ese momento la denunciante – manifiesta – haber quedado congelada, prosigue señalando que el acusado se acercó a su cabeza y le dijo que quería sexo oral, la denunciante manifiesta que respondió que “no quería”, momento en el que, Rivera la agarro del cabello y le obligo a practicarle sexo oral por lo que ella se puso a llorar, tal acto habría durado unos minutos, posterior a ello continuo penetrándola reiterándole ella su deseo del uso del preservativo, finalmente Rivera eyaculo en la parte interna de su muslo, fuera de su vagina. Visto el factum el Tribunal Superior de Justicia en su fundamento 24 sostuvo que, el sexo sin condón es un acto cualitativamente diferente al sexo con condón y el consentimiento de la demandante fue retirado cuando el acusado la penetro sin condón y sin su consentimiento. Asimismo, señala que, cuando se usa un condón como un método de control de la natalidad y a su vez como prevención de infecciones, su uso brinda a los participantes una sensación de seguridad “(...) el no uso de un condón en contra de los deseos de un participante no solo usurpa la autonomía sexual de esa persona y el derecho a tomar decisiones sobre cómo se involucra en la actividad sexual, es una actividad contra la voluntad de esa persona (...)” (p. 6). Finalmente, el sexo sin preservativo equivale a una agresión sexual donde el consentimiento se encuentra viciado por fraude, en este caso el señor Rivera hizo creer a la denunciante que usaría condón como habría acordado previamente aumentando el riesgo de

embarazo y un riesgo significativo de daño corporal como lo manifiesta la jurisprudencia canadiense en el caso *R. v Hutchinson*.

### **2.2.3. Caso *R. v. Hutchinson*.**

Un antecedente muy relevante es el conocido caso *Hutchinson* que data del año 2014, en el cual el consentimiento para la actividad sexual se consideró nulo, lo que conlleva a que se castigara como agresión sexual, no obstante, dicha sanción se limita a los casos en los que hay peligro de lesiones corporales, en el presente caso una mujer tuvo relaciones sexuales voluntariamente con un hombre que estaba usando preservativo sin saber que este había hecho agujeros en el condón, con la finalidad de que la agraviada quedara embarazada, en la presente se consideró que la agresión sexual se llevó a cabo mediante engaño lo que invalida el consentimiento y se condenara a 18 meses de prisión al victimario, entendiendo que el riesgo de embarazo es tan grave como un riesgo significativo de daño corporal, así, el engaño priva del beneficio a la elección de quedar o no embarazada, lo que constituye una grave privación de la libertad.

### **2.3. Alemania**

En Alemania, si bien, no hemos logrado ubicar las sentencias como fuente primarias, diversos medios periodísticos dan cuenta de la sentencia del 11 de diciembre del 2018, emitida por el tribunal del distrito de Tiergarten en el cual se condenó al acusado a 8 meses de prisión además de un pago indemnizatorio de más de 3000 euros, aquí, el acusado y la agraviada se abrían conocido por medio de la aplicación Lovoo la cual sirve para facilitar el encuentro de relaciones interpersonales tras ello intercambiaron números telefónicos y procedieron a mensajearse mediante aplicativo WhatsApp, finalmente acordaron reunirse el 17 de noviembre de 2017, fecha en la que la denunciante acudió al apartamento del denunciado donde después de ver una

película de terror el denunciado desvistió a la denunciante y llevo sus partes íntimas hacia la vagina de esta, ante ello la agraviada le manifestó su decisión de sostener relaciones sexuales con el empleo de preservativo, posteriormente tras intentar penetrarla sin éxito el acusado consiguió un condón, sin embargo, la denunciante ya no quería sostener relaciones sexuales, ante ello ambos procedieron ver televisión, procediendo la denunciante a retirarse del apartamento, sin embargo, ante la ausencia de trenes se quedó en el apartamento del denunciado donde este la comenzó a besar y a tocar nuevamente ante ello la denunciante reitero su decisión de usar preservativo, así, el denunciado consiguió un preservativo y le coloco, procediendo a tener relaciones vía vaginal, sin embargo en el desarrollo e la relación sexual el denunciado se retiró el preservativo sin que la agraviada se percatara de ello y finalmente eyaculo dentro de ella, el acusado le brindo toallas para que se limpiara, por lo que ella procede a preguntarle por el condón respondiendo- el acusado- que el condón debió haberse roto, percatándose ese momento -la agraviada- que el condón se encontraba tirado a lado de la cama, por lo que corrió al baño y se encerró ahí por un momento donde lloro y precedió a vestirse entre lágrimas abandonando el apartamento para posteriormente llamar a su amiga he interponer la denuncia correspondiente.

El tribunal refiere que el interés jurídico de autodeterminación sexual goza de protección al amparo del artículo 177 del Código Penal alemán, que incluye la libertad de toda persona a decidir sobre le momento, el tipo, la forma y la pareja de la actividad sexual, de modo que el titular del bien jurídico no solo puede decidir el hecho de tener relaciones sexuales sino también las condiciones bajo las cuales consiente el acto sexual, en este contexto en tribunal del distrito de Tiergarten, asumió que el acusado era culpable de agresión sexual toda vez que la protección del preservativo exigida por la víctima en el ejercicio de autonomía sexual no solo es importante en lo referente

a prevención de embarazo y enfermedades, por ende no solo tiene importancia en una dimensión de peligro sino que atenta contra la autodeterminación sexual reduciendo a la víctima a un mero objeto de actividad sexual y haberla usado para su satisfacción personal, hecho que humilla e instrumentaliza a la víctima; así el uso de preservativo resulta ser un elemento integral de la decisión de la víctima para yacer sexualmente.

## **2. Stealthing bajo observancia del ordenamiento nacional**

Por lo expuesto hasta este punto resulta válido señalar que el stealthing, es la extracción del profiláctico sin consentimiento y sin conocimiento de la pareja sexual, tal acto tiene su principal distinción de la violación sexual en el ámbito del consentimiento, toda vez que el stealthing inicia como una relación sexual consentida, sin embargo, en el desarrollo del acto sexual este consentimiento se desvanece debido a que el agente activo lleva a cabo la práctica sexual sin el referido profiláctico, en ese escenario el condón constituye una barrera física lo que genera un estado mental durante el coito distinto al de una relación sexual sin preservativo, dicho de otro modo el preservativo es un requisito para las relaciones sexuales, ello en atención a la autodeterminación sexual de la que goza toda persona.

Ahora bien, a efectos de la presente investigación se debe evaluar si el fenómeno sexual “stealthing” tuviera lugar en el Perú ¿Cómo sería abordado conforme la regulación penal actual? Al respecto, el tesista toma postura señalando que conductas como el stealthing tienen relevancia para el derecho penal y propugna una tipificación independiente a efectos de generar una mejor protección al bien jurídico libertad sexual, de modo que, considera el uso del profiláctico como un complemento determinante y esencial y no un simple accesorio – secundario - del consentimiento, no obstante, también resulta válido evaluar si resulta posible su subsunción en el precepto penal 170 de nuestro ordenamiento penal, por cuanto el referido tipo penal

señala “cualquier otro entorno que impida a la persona dar su libre consentimiento”, además, si bien, este tipo de actos no son visibilizados, tales datos pueden permanecer ocultos, debido a la carencia de conocimiento en cuanto a las libertades que nos asisten a todos por el simple hecho de ser humanos; ello no significa que, este tipo de fenómeno sexual no esté teniendo lugar en nuestro entorno, sino que, no es puesto en conocimiento de las autoridades, ya sea porque las personas que son víctima de tales actos consideren que ello es irrelevante, dado el concepto de que, para poder hablar de una violación sexual, debe haber de por medio siempre actos de violencia, más sin embargo, actualmente en el derecho penal se postula el desarrollo de este con perspectiva de género de allí que en la presente investigación se considere relevante abordar el consentimiento desde esta perspectiva; por lo que resultará de vital importancia abordar el consentimiento a partir de una perspectiva de género y en atención al delito de violación sexual regulado en el artículo 170 del Código Penal.

### **2.1. Respecto al consentimiento.**

Como se ha señalado en el capítulo I, el consentimiento que excluye el tipo a de llamarse acuerdo, así pues - en el stealthing - el sostener relaciones sexuales con el empleo de preservativo es producto del acuerdo entre las partes intervinientes, de allí que se afirme que este fenómeno tiene lugar en el desarrollo de un encuentro sexual consentido; así también, oportunamente se expuso que el consentimiento debe ser libre o espontáneo, es decir, sin violencia, error o engaño, además, debe ser previo y expreso, así, la libertad sexual es un derecho jurídicamente protegido pero con la característica de ser de libre disposición y el acuerdo – consentimiento - es parte de dicha voluntad, esta libertad involucra la autodeterminación, la integridad corporal y el placer sexual (Pérez Hernández 2016 p. 750), línea similar ha tomado, la jurisprudencia nacional en el Recurso de Nulidad N° 751-2003 donde entiende que la

libertad sexual es la facultad de la que goza toda persona para poder disponer sobre su cuerpo en un ámbito sexual pudiendo elegir el modo, la forma, el tiempo y la persona con la que va a desarrollar el encuentro sexual.

Lo antes expuesto es de vital relevancia para los fines de la presente investigación, en cuanto a que la libertad sexual, involucra el modo en que una persona va a participar de una relación sexual, parte de esta facultad de autodeterminarse sexualmente involucra el hecho de que las personas elijan yacer sexualmente sí y solo sí, su pareja sexual haga uso del preservativo, en similar sentido en el ámbito nacional Peña Cabrera Freyre (2022), enseña que la retracción del consentimiento puede tener lugar en cualquier momento por lo que el actuar en inicio atípico puede tornar en típico (p.487), asimismo, el autor antes señalado en su obra “Delitos contra la Libertad Sexual” muy asertivamente asevera respecto al consentimiento que, este debe ser “(...) continuo y uniforme, es decir, a todo lo largo del acto sexual (...)” puesto que, su derecho a la autodeterminación, importa que el consentimiento pueda ser rectificado o retractado en cualquier momento, además, enseña que el consentimiento no será válido cuando se utilice algún tipo de engaño ardid o fraude.

En adición a ello, visto desde una perspectiva de género el consentimiento es prerrogativa de quienes están en la condición de evadir, pautar y regular el acoso masculino, así Scott (1992) señala que, pensar en que “los hombres proponen y las mujeres disponen” contiene un diferencia sexual explícita donde los varones tienen un valor activo de insistir y convencer a las mujeres quienes son objeto de insistencia y de resistir para no consentir, siendo objeto de aceptación y agentes de consentimiento, por lo que se cree que es una cualidad propia de las mujeres, mientras que, el hecho de conseguir la aceptación consistiría en una reafirmación masculina, no obstante el consentimiento también es parte de los hombres, así pensemos el caso de aquella mujer

que brinda a su pareja sexual - varón - un preservativo dañado con tal de quedar embarazada de este ¿acaso se vicia el consentimiento del varón? ¿acaso al varón, no participó sexualmente en virtud de su autodeterminación sexual, bajo el acuerdo o condición del empleo del preservativo? sucedería lo mismo con aquella mujer que miente al varón diciendo que emplea algún método anticonceptivo como pastilla, ampollas, etc. Cabe preguntarnos si todo este tipo de contextos son determinantes para que una persona – varón o mujer - otorgue libremente su consentimiento.

Por otra parte, dada la naturaleza del delito bajo comentario, se tiene que, exige para para su configuración que el acto sexual se realice contrariando la voluntad del agente pasivo, resulta válido señalar que el consentimiento debe ser voluntario, dicho de otro modo, la voluntad debe ser libre y además consciente, así lo entiende el operador jurídica en la Casación N° 697-2017-Puno cuyo fundamento jurídico décimo sexto, señala que una persona en estado de ebriedad absoluta puede presentar cuadros de excitación, confusión, agresividad, alteraciones de la percepción y pérdida de control, por lo que concluye que, aunque se consientan las relaciones sexuales, esta resultaría inválida por la falta de conciencia, sin embargo, respecto a este último punto, cabe señalar que, ante un estado de inconsciencia el hecho fáctico podría subsumirse en el precepto penal 171 del Código Penal; en suma, para los efectos de la presente investigación el consentimiento además de los requisitos que señala la doctrina deberá ser voluntario en manifestación de la autodeterminación sexual.

Recapitulando todo ello en el *stealth*, la relación sexual inicialmente consentida, durante su desarrollo deja de serlo, en el sentido que, toda relación sexual la cual es una manifestación de la autodeterminación sexual, la cual forma parte de la libertad sexual de toda persona – mayores de 14 años – se ve afectada en cuanto al modo, dado que la forma y/o modo en el que se va a llevar a cabo el acto coital

involucra el empleo del preservativo el cual como ha señalado la jurisprudencia española es un complemento esencial del consentimiento, esto es así, toda vez que, el titular del interés tutelado no habría dado su consentimiento de haber sabido o de haber conocido que la relación se estaría llevando sin el referido preservativo; a este punto se ha de señalar que, el motivo del uso del preservativo es indistinto, puede ser por gusto, por placer, por planificación familiar, por prevención de enfermedades, etc., lo cierto es que, la persona otorga su consentimiento bajo la creencia de que dicho profiláctico será una barrera física, de allí que el acto sexual sin condón sea un acto cualitativamente diferente al sexo con condón.

Ahora bien, coincidimos con Peña Cabrera cuando sostiene que el consentimiento debe ser constante durante todo el acto sexual, sin embargo, no es así en el *stealth*, debiendo precisar que el retracto del consentimiento – en el *stealth* – es producto del modo en el que se desarrolla la relación sexual, el mismo que, puede tener lugar durante el desarrollo del acto sexual o al finalizar el acto sexual, pues como se ha podido advertir en la jurisprudencia internacional, algunas mujeres solo se percatan de la ausencia del preservativo al finalizar el acto coital, por lo que, en ese supuesto si bien durante todo el desarrollo del yacimiento sexual existió el consentimiento, este se encontraba viciado durante todo momento, no siendo advertido, sino solo hasta el término de dicho acto, así, se considera que, ante este supuesto – percatarse del retiró del preservativo al finalizar el acto coital – no ha lugar a pensar que en ese momento el agente pasivo retira el consentimiento, porque sería imposible que retirase su consentimiento cuanto éste ya ha sido viciado desde mucho antes, entonces, no hablamos sino, de que tal acto sigiloso ahora ha sido descubierto y el agente pasivo toma conocimiento de que su consentimiento ha sido viciado.



Ello resulta importante, dado que, el retiro del consentimiento al finalizar el acto sexual resulta inválido, por ejemplo: cuando durante todo el desarrollo del acto coital ha existido consentimiento, sin embargo al finalizar el mismo, una de la partes intervinientes – mujer generalmente – tiene un sentimiento de culpa por infidelidad y empieza a llorar, y para ocultar tal infidelidad denuncia violación sexual; de ahí que, los casos que atenten contra la libertad sexual se vean revestidos de una debida diligencia durante la investigación; sin embargo, no es así en el stealthig, donde estamos frente a relaciones consentidas, pero una falta de consentimiento interviene a posteriori, es decir durante el acto, lo que implicaría dos consentimientos.

Prosiguiendo, podemos señalar que el acuerdo – consentimiento – en el stealthing tiene relevancia penal, respecto de otros actos, así como lo ha manifestado la jurisprudencia canadiense “caso Hutchinson” no es lo mismo una relación sexual con condón que una relación sexual sin condón, ello en atención a la barrera material que significa dicho preservativo, analógicamente, no es lo mismo permitir tocar sexualmente a una persona por encima de la ropa, que permitir se tocado (a) por debajo de la ropa, claramente ambos serían actos físicos diferentes, toda vez que, la ropa sería la barrera material que permite estar frente a actos distintos, puesto que el consentir que una persona toque por debajo de esta, involucraría una mayor confianza y por ende un segundo consentimiento; de ahí que no todas las modificaciones – en cuando al modo en cómo se va a realizar el acto sexual tenga relevancia penal -; así por ejemplo: cuando se ha acordado tener relaciones sexuales sin condón y una de las partes intervinientes de forma unilateral decide durante el desarrollo del acto sexual usar condón, si bien, se podría hablar de un acto contrario al acuerdo – consentimiento – establecido inicialmente, no obstante, tal modificación en cuanto al modo de participar de dicho acto, disminuye el riesgo que acompaña a toda relación interpersonal

característico de los seres humanos como seres sociales; llevándolo ello a términos de la imputación objetiva, estaríamos frente a un supuesto de disminución del riesgo.

Caso similar, tendría lugar con aquella mujer que participa del acto sexual bajo la creencia de ser penetrada por el varón con quién ha aceptado sostener relaciones sexuales, sin embargo al término de la relación se percata que dicho sujeto ha empleado una especie de juguete sexual y no la ha penetrado directamente con su miembro viril, en ese supuesto, si bien dicha conducta sexual no ha sido la deseada, lo cierto es que, el acto en sí mismo habría cumplido con todo lo demás, por ejemplo, la penetración habría sido realizada por la persona a la que otorgó su consentimiento, habría sido por la vía acordada – vaginal – y habría sido tal vez, con o sin preservativo, según se haya acordado.

No sucedería lo mismo, por ejemplo, en aquel caso en el que, se acuerda sostener relaciones sexuales vía vaginal y durante el desarrollo del acto coital, acontece penetración anal, en este supuesto cabe señalar que el consentimiento debe ser expreso o tácito, pero, permitiendo al agente receptor conocer el asentimiento de la otra parte, dicho de otro modo, se requerirá un segundo consentimiento; aunado a ello, por la naturaleza misma del acto, la mujer claramente tendría conocimiento del momento exacto en el que es víctima de este tipo de penetración, lo que le permite rechazar o repeler dicho acceso de forma inmediata, por lo que expresaría de forma instantánea su negativa y de proseguir el sujeto contrariando dicha voluntad, claramente se configuraría violación sexual.

Mas, sin embargo, no sucede así en el stealthing donde el acto muchas veces pasa desapercibido, siendo advertido únicamente al término del encuentro sexual.

## 2.2. Respecto a los medios comisivos.

Asimismo, conforme al precepto normativo de violación sexual, se tiene que este sanciona a aquella persona que, con haciendo uso de la violencia o grave amenaza o valiéndose de un entorno de coacción o de cualquier otro con capacidad de impedir el otorgamiento del libre consentimiento, obligando a esta a tener acceso carnal; en el *stealth* es claro que al inicio del acto sexual no existe ningún tipo de violencia, ni amenaza, pese a ello, dichos medios si podrían tener lugar, a posteriori del momento en el que, el agente pasivo advierte de la ausencia del preservativo y el agente activo bajo el imperio de un apetito sexual, se la vale de la aplicación de la violencia para proseguir accediéndola carnalmente, en dicho supuesto, no ha lugar a hablar de *stealth*, sino de violación sexual, por la remoción del consentimiento en medio del acto (segundo consentimiento) y por violentar o viciar el primer consentimiento (acuerdo del empleo del preservativo) y finalmente, por el empleo de violencia, en términos más sencillos, cabría señalar que se configuraría violación sexual, más que por el retiro del preservativo, por la aplicación de la violencia.

Ahora bien, conforme a la redacción normativa, cabe hablar de “cualquier otro entorno que impide a la persona dar su libre consentimiento” al respecto, dentro de la doctrina nacional solo tres autores comentan al respecto: Salinas Siccha (2018) quien ejempliza la propuesta de “(...) si te acuestas conmigo previamente doy la pensión de alimentos de nuestros hijos, sabiendo bien el agente que la víctima no tiene otro ingreso para alimentar a sus hijos (...)” (p. 951) para el referido autor dicha situación sería un entorno de coacción que impediría a la mujer otorgar su libre consentimiento, por otra parte Peña Cabrera (2023) considera que dichos contextos de coacción están referidos a escenarios que tienen lugar en el desarrollo de conflictos bélicos y finalmente, Reategui Sánchez (2022) lo concibe como aquel contexto en que se

desenvuelven conjuntamente la víctima y el victimario, de forma tal, que este último puede conocer hace mucho tiempo al sujeto pasivo; al respecto el tesista concuerda con los autores antes señalados, puesto que en todos esos supuestos se pueden generar entornos de coacción, así, tiene razón Salinas Siccha (2018) al señalar que en dichos supuestos el consentimiento no sería otorgado libremente “(...) ese aparente consentimiento no servirá para exculpar al sujeto que impuso el acto sexual aprovechando especiales condiciones o entornos (...)”.

Ahora bien, siguiendo la línea interpretativa de Sánchez Reategui, se postula como ejemplo: aquella mujer que después de muchos años se encuentra con un amigo de la infancia, a quién en un entorno de confianza decide revelarle el secreto de que su hija, no es hija de su esposo – quién cree que sí lo es -, por lo que el sujeto, condiciona a la mujer, diciéndole que, si no acepta tener relaciones sexuales con él, dirá toda la verdad; ante ello el tesista considera que ha lugar a una violación sexual, toda vez que, si bien la mujer consiente el acto sexual, dicho consentimiento no está acompañado de la voluntad de la misma, no ha nacido en ella la voluntad de relacionarse sexualmente con dicho sujeto, sino que, según sea el entorno, podrá actuar bajo un miedo, bajo una necesidad o cualquier otro móvil que anule su consentimiento, a menester de que dicha información no sea puesta en conocimiento de su esposo; sin embargo, no sucederá así, en aquellos casos en los que existe un acuerdo de intereses por parte de ambas personas, por ejemplo, el supuesto de una menor de 16 años de edad que acepta tener relaciones sexuales con un varón de 25 años a cambio de que este le regale una entrada al concierto de su cantante favorito, en esa situación, no existiría un contexto de coacción, toda vez que el interés por conseguir dicha entrada no es determinante para anular su consentimiento, muy por el contrario la joven voluntariamente y de forma consciente acepta tal condición a cambio de una satisfacción superflua.

Así, para estar dentro de un entorno de coacción que imposibilite otorgar libremente el consentimiento, se ha de estar en un contexto donde el medio – miedo, necesidad o cualquier otro móvil – sea determinante para que el agente pasivo acepte sostener relaciones sexuales, Gonzales Guerra (2015) citando a Gimbernat, postula el caso de una mujer sumamente preocupada por su propia imagen y la que los demás pudieran tener de ella; dicha mujer realmente tenía cuarenta años de edad, sin embargo, había logrado aparecer como diez años menor, por lo que, todas sus amigas pensaban que tenía treinta años y desconocían su verdadera edad. Un sujeto, que conocía su verdadera edad y el especial interés que tenía por ocultar dicha información, se aprovecha de esta situación obtener beneficios sexuales por parte de la mujer, así le hace sopesar el mal de informar a sus amigas la verdadera edad de la víctima si ella no aceptaba mantener un contacto sexual con él. El caso resultaría interesante, si se pretendiera saber que tan determinante es dicho mal – develar su verdadera edad – para poder doblegar su voluntad o es que acaso dicho temor resultase irrelevante para el derecho penal o es que se deberá poner especial atención en la víctima.

Sin mayor duda, es un tema del que aún falta mucho por tratar; sin embargo, con un mayor grado de certeza se postula que el desarrollo del *stealthing* puede tener lugar en “cualquier otro entorno que impide a la persona dar su libre consentimiento”, como se ha antelado, el *stealthing* se desarrolla en una relación sexual inicialmente consentida, dicho consentimiento – postulamos – queda invalidado desde el momento en el que el sujeto unilateralmente decide retirarse el preservativo, sin embargo, no resultaría ser menos cierto, si consideramos que por la propia naturaleza del acto sexual se crea un entorno que puede impedir a la persona dar su libre consentimiento, si es que la modificación de la forma y el modo en cómo se va a llevar el acto sexual no es comunicado a la otra parte, dicho de otra forma, el agente activo puede valerse de la

posición o postura del acto sexual para – de forma clandestina y sigilosa – retirarse el preservativo, incrementando el riesgo – que está presente en toda relación interpersonal –, viciando el consentimiento – voluntad – de la otra parte e imposibilitándole dar un nuevo consentimiento de manera libre, pues como se ha referido anteriormente, el consentimiento debe estar presente durante todo el desarrollo del acto coital, ello queda violentado cuando tras el acuerdo inicial, el sujeto activo actúa de forma dolosa sabiendo que de haberse llevado a cabo la relación sin preservativo, su pareja sexual no habría aceptado.

### **2.3. Respecto a consecuencia jurídica**

Hasta este punto, habiendo abordado el tema del stealthing bajo la atenta mirada de la redacción normativa del delito bajo estudio, conviene precisar que tal ilícito contempla una sanción no menor de 14 ni mayor de 20 años de pena privativa de libertad, no obstante ello, por la naturaleza propia del stealthing, esto es, por el modo en el que tiene lugar, podemos aseverar que, en este contexto no existe el empleo de una violencia, ni amenaza, no obstante a criterio del autor si encajaría en el elemento objetivo “cualquier otro entorno que impida a la persona dar su libre consentimiento”, sin embargo, ello haría al agente comisario, merecedor de la misma pena que se contempla para la violación sexual, donde no existe ningún tipo de consentimiento desde el inicio, resultando este acto de mayor reciprocidad en comparación con el stealthing.

A la luz de lo expuesto, desde este trabajo se postula la tipificación independiente del stealthing, cuya consecuencia jurídica este dada bajo la observancia del principio de proporcionalidad, ello en razón de que, el stealthing tiene lugar al ignorar lo que debería ser un segundo consentimiento, durante el desarrollo del acto sexual, por ende no obedece a la misma naturaleza de la violación sexual, más sin

embargo, ello no significa que, este comportamiento deje de tener relevancia penal y/o deje de ser considerado como una agresión sexual; que se funda no en la penetración indeseada desde el inicio por el agente pasivo, sino, en una penetración indeseada en cuanto a la forma en que se hace, pese a la existencia de un acuerdo – consentimiento – así, se ha de sopesar la lesión al bien jurídico protegido y la pena de que se hará pasible el infractor.

Lo antes expuesto, no está lejos de lo que se viene vivenciando en el ámbito internacional, así lo demuestra el siguiente capítulo.

#### **4. Proyectos de ley que buscan regular el stealthing**

##### **4.1. Costa Rica:**

En centro América, Costa Rica ha sido un país pionero en procurar la tipificación del Stealthing, así, de la página de la Asamblea Legislativa, se tiene el expediente N° 21.513 que busca decretar la adición del artículo 158 al texto penal, teniendo como finalidad alcanzar la tipificación del stealthing bajo el nomen iuris de “Remoción no consensual del condón” contemplando la hipótesis fáctica del que, remueva o dañe un profiláctico y/o preservativo careciendo del consentimiento de los interviniente.

Al respecto, como todo proyecto no ha estado exento de cuestionamientos jurídicos, así se discrepa en cuanto a la agravante de contagio, que dicho acto ya se encuentra tipificado en el artículo 271 del mismo cuerpo normativo costarricense, con una pena menor a la que se señala en el delito que se pretende adicional, por otra parte, se señala que, esta tipificación puede ser vista como un medio de extorsión – a hombres mayoritariamente – dado el contexto de intimidad en el que se desarrolla, la sola acusación de la mujer podría acarrear la involucración de inocentes en engorros procesos penales; otro inconveniente sería el aspecto probatorio y la valoración de las

declaraciones de la denunciante y del denunciado, se cuestiona además que exista una violación a la libertad sexual, por el contrario existiría una violación sexual al consentimiento acordado.

Actualmente, el referido proyecto de ley formulado por la diputada Vega R. Paola V., según página web de la Asamblea muestra que, en la Sesión No. 20 realizada a los 12 días del mes de octubre de 2021, se procedió a votar obteniendo como resultado: aprobado por siete diputados de los nueve presentes, por lo que fue remitido a la Secretaría del Directorio, donde tiene ingreso en el orden del día, desde fecha 10 de febrero de 2022, estando pendiente su debate.

#### **4.2. Chile.**

Nuestro vecino - la República de Chile – muestra en la página de la Cámara de Diputados de Chile, el proyecto de ley denominado: “Proyecto de ley que sanciona la remoción no consentida del preservativo durante una relación sexual” dicha iniciativa tiene como autoras a Karol Cariola, Marcela Hernando, Gael Yeomans, Maya Fernández, Maite Orsini, Marisela Santibáñez, Erika Olivera y Camila Rojas; que busca sancionar el stealthing, de la siguiente manera:

Artículo único. Modifíquese el Código Penal en el siguiente sentido:

i) Agréguese un nuevo artículo 363 bis, del siguiente tenor:

“El que, sin el consentimiento de la víctima, remueva el preservativo durante las relaciones sexuales, será castigado con la pena de presidio menor en su grado mínimo”.

Sin embargo, producto de los debates académicos realizados durante el estudio del proyecto de ley, se propone su tipificación de la siguiente manera:

“Artículo 363 bis.- El que durante el acceso carnal o la ejecución de una acción sexual con otra persona, en los términos del artículo 366 ter, a sabiendas removiere el



preservativo sin su consentimiento, será castigado con la pena de presidio menor en su grado mínimo.”.

El referido proyecto de ley encuentra su justificación en la posibilidad de contagio de alguna enfermedad de transmisión sexual o daños a la salud mental, y una indudable agresión a la autonomía sexual; durante el estudio del proyecto de ley bajo comentario, resulta relevante el comentario emitido por Godoy Saffie, Patricia y Torres Figueroa, Angélica, estudiante de Derecho y profesora de Derecho Penal de la Universidad Diego Portales respectivamente, quienes, al remitir el documento denominado “Minuta para la comisión de Mujeres y Equidad de Género” hacen un recuento de la forma en la que viene siendo tratado el Stealthing en el contexto internacional (legislación comparada).

De ese modo, señalan que el Código Penal español tipifica el abuso sexual en su artículo 181 redactado del siguiente modo:

1. El que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona, será castigado, como responsable de abuso sexual, con la pena de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses.

De ello se tiene que, basta la sola ausencia de consentimiento para que cualquier acto que atente contra la libertad sexual sea considerado típico de conformidad con el artículo 181; técnica legislativa que como se ha desarrollado anteriormente, ha permitido sancionar el Stealthing, siendo considerado un acto de abuso sexual, adicionalmente, conviene en necesario resaltar que para el abuso sexual no debe mediar violencia o amenaza, sin embargo si debe existir una ausencia de consentimiento.

Prosigue, comentando la legislación de Reino Unido, donde señala que el Stealthing es considerado una violación sexual, ello de conformidad con el nomen iuris de dicho cuerpo normativo el cual es “Rape” traducido al español como Violación, así, se encuentra regulado de la siguiente manera:

(1) Una persona (A) comete un delito si—

(a) penetra intencionalmente en la vagina, el ano o la boca de otra persona (B) con su pene,

(b) B no consiente en la penetración, y

(c) A no cree razonablemente que B consienta.

(2) Si una creencia es razonable se determinará teniendo en cuenta todas las circunstancias, incluidos los pasos que A haya tomado para determinar si B consiente (...).

Bien hace Godoy Saffie, al señalar que, el legislador no delimita la forma de interpretar el consentimiento, permitiendo subsumir más conductas que se entiendan no consentidas. Sin embargo, sí establece la forma de determinar la razonabilidad de la convicción interna de A para creer que B no consiente. La forma de evaluarlo igualmente es amplia, ya que no especifica las circunstancias a considerar, sino que habla de todas las circunstancias, incluidas aquellas que se encuentran en el fuero interno de A para determinar el consentimiento de B (p. 3).

Asimismo, hace referencia a la ley aprobada en fecha 07 de octubre de 2021 en el Estado de California – a la cual se ha hecho mención oportunamente - donde se sanciona el stealthing como agresión sexual, a aquella persona que provoca el contacto entre un órgano sexual, del cual se ha quitado un condón, y la parte íntima de otra persona que no dio su consentimiento verbal para que se quitara el condón o provoca el contacto entre una parte íntima de la persona y un órgano sexual de otra del que la

persona se quitó un condón sin consentimiento verbal; llama poderosamente la atención que dicha regulación haya sido inserta en el Código Civil, lo que permite demandar por daños al autor, pero impide presentar cargos penales.

Finalmente, las referidas autoras comentando el proyecto de ley presentado en Chile, advierten que el stealthing podría subsumirse en el artículo 361 del Código Penal chileno el cual regula como violación a aquel que se aprovecha de su incapacidad para oponerse, dicha incapacidad podría ser psíquica dado que, existe una confianza en que el acto se está desarrollando de la forma acordada, y también existiría una incapacidad circunstancial, donde de forma repentina se cambia o se deja de cumplir la condición primigeniamente pactada, sin embargo, de forma muy acertada, señala que al ser de naturaleza diferente, el stealthing no puede ser sancionado con la misma pena que la violación sexual, por lo que resultaría necesario una sanción diferente y la necesidad de un tipo penal independiente que regule específicamente dicha conducta, además advierte que, dada la dificultad probatoria se podría caer en un derecho penal simbólico.

### **4.3. México**

México, también ha visto la posibilidad de “Adiciona(r) un párrafo al artículo 260 del código penal federal, en materia de regulación del stealthing o remoción del preservativo sin consentimiento” que busca añadir un quinto párrafo al artículo 260 del Código Penal Federal, el cual rezaría del siguiente modo:

Asimismo, comete el delito de abuso sexual quien, sosteniendo una relación sexual consentida, se retire el preservativo o método profiláctico, sin que medie para ello consentimiento previo. Si el acto diera como resultado embarazo o contagio de enfermedades de transmisión sexual, la pena se aumentará hasta en una mitad.

Como se aprecia de la página web del Sistema de Información Legislativa, el referido proyecto fue presentado por el senador Ricardo Monreal Ávila, señalando que dicha propuesta busca poner en realce el consentimiento que se ha otorgado inicialmente y que no puede ser modificado de forma antojadiza; además de ello, enfatiza en que, dicha práctica podría acarrear embarazos no deseados así como enfermedades de transmisión sexual; considera además que esta fenómeno sexual atenta contra la libertad sexual y cita a Yosufzari (2021) de la Universidad de Monash en Australia, quien señala que 1 de cada 3 mujeres y 1 de cada 5 hombres que sostuvieron relaciones sexuales fueron víctimas de este fenómeno; pese a la existencia de este proyecto de ley, en las páginas gubernamentales mexicanas no se muestra ningún avance en cuanto al análisis del mismo.

### **2.3. Bases filosóficas**

Dada la naturaleza de la investigación, se considera pertinente llevar a cabo su desarrollo desde el fundamento positivista, ello no exime de que seamos conscientes de la estrecha vinculación que tiene el presente tema con las discusiones que deben tener lugar en la filosofía política en lo referente al uso de la coerción estatal en su función criminalizadora y aterrizar tal vez nuevamente en el amplio y muy discutido tema de la teoría de la pena

Empero, dado que el Derecho Penal tiene como fuente a la ley, en base al principio de legalidad por cuanto, nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que no esté previsto como tal al comento de su comisión, es que nos enrumbamos a analizar bajo este fundamento si es posible hablar de una afectación al bien jurídica libertad sexual con conductas sexuales como el stealthing y de ser así, su viabilidad para sancionarse como violación sexual.

## 2.4. Definición de términos básicos

**Stealthing:** Acto de un hombre (generalmente) que intencionalmente y en secreto se quita un condón durante las relaciones sexuales, aunque previamente se había acordado con su pareja sexual que se usará un condón. (Cambridge Dictionary; 2022)

**Libertad sexual:** Facultad de las personas para autodeterminarse en lo referente a su sexualidad. (Tribunal Constitucional; 2012)

**Consentimiento:** Manifestación de voluntad, tácita o expresa, por la cual un sujeto se vincula jurídicamente. (RAE; 2022)

**Violación sexual:** Agresión sexual consistente en el acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías. (RAE; 2020)

**Coacción:** Fuerza o violencia que se hace a alguien para obligarlo a que diga o ejecute algo. (RAE; 2022)

**Engaño:** Falta de verdad en lo que se dice, hace, cree, piensa o discurre. (RAE; 2022)

**Autodeterminación:** Capacidad de una persona para decidir por sí misma algo. (RAE; 2022)

## 2.5. Hipótesis de investigación

### 2.5.1. *Hipótesis general*

Si se tipificara el fenómeno sexual denominado stealthing, entonces, se permitirá una adecuada protección al bien jurídico libertad sexual.

## 2.6. Operacionalización de las variables

HIPOTESIS	VARIABLES	D. CONCEPTUAL	D. OPERAC.	INDICADORES	ITEM
Si se tipificara el fenómeno sexual denominado stealthing, entonces, se permitirá una adecuada protección al bien jurídico libertad sexual.	Tipificación del fenómeno sexual denominado stealthing.	Acto sexual unilateral que consiste en el retiro del preservativo sin consentimiento de la otra parte	Retiro del preservativo sin consentimiento.	Derechos vulnerados	Constitución Política
					Código Penal
				Tratativa internacional y cuestiones probatorias	Canadá
					Alemania
					España
				Consentimiento	Tácito
					Expreso
	Causa de justificación				
	Proyectos de Ley	Causa de atipicidad			
		Chile			
		Costa Rica			
	Adecuada protección al bien jurídico libertad sexual.	Es una manifestación del derecho a la libertad que tiene toda persona, pero se encuentra en íntima relación con la intimidad y la facultad de las personas para autodeterminarse en el ámbito de su sexualidad.	Libertad de elegir con quien sostener relaciones sexuales respetando el derecho de los demás.	Autodeterminación	Chile
					México
				Verbos rectores	Dimensión negativa
Dimensión positiva					
Violencia física					
Violencia psicológica					
Grave amenaza					
Entorno de coacción					

## **CAPITULO III. METODOLOGÍA**

### **3.1. Diseño metodológico**

Dado que el presente trabajo tiene como punto de partida la evolución en las interacciones sexuales, lo que da lugar a nuevas conductas como el stealthing, que consideramos afecta el derecho a la libertad sexual; se tiene a bien señalar que estamos frente a una investigación aplicada.

Dejando por sentado que se está frente a una investigación aplicada toda vez que se tiene como objetivo resolver problemas prácticos, sin embargo, se advierte que la presente será aplicada en tanto se busca examinar como en la actualidad los titulares de la acción penal (fiscales provinciales), afrontarían un caso de esta naturaleza, aplicando la tipificación actual, esto es, tal y como está regulado el delito de violación sexual en el Código Penal.

Así también, la presente investigación en cuanto al estudio de sus variables ha de limitarse a una investigación explicativa, en la que se parte de la jurisprudencia internacional en lo referente al retiro no consensuado del preservativo para llegar a sancionar esta conducta como violación o agresión sexual, en irrestricto respeto por el consentimiento y autonomía sexual.

De manera que, se ha de expresar que la investigación en cuanto a la determinación del stealthing en el marco de una relación sexual consentida, se constituye en una afectación al derecho a la libertad sexual, atiende a ser una investigación de carácter Dogmática (análisis del consentimiento en materia penal), Normativa (regulación actual del tipo base de violación sexual) y Teórica (teorías que ayudan a visualizar este fenómeno como la perspectiva de género y la autodeterminación sexual), lo que nos permitirá ahondar cognoscitivamente sobre el tema planteado, entiéndase una investigación no experimental.

Finalmente, por el carácter antes señalado de la presente investigación, diremos que la misma se llevará a cabo de forma transversal, entiéndase que su desarrollo será en un corto tiempo, lo que nos lleva a tomar una impresión de lo que se viene hablando sobre esta problemática en la actualidad.

## **3.2. Población y muestra**

### **3.2.1. Población**

Para la presente investigación se tendrá a bien recabar la opinión, comentario o precisiones respecto al tema materia de investigación de parte de los titulares de la acción penal; nueve (09) fiscales provinciales y adjuntos provinciales del Distrito Fiscal de Huaura del Primer, Segundo y Tercer Despacho de Investigación de la Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Huaura.

### **3.2.2. Muestra**

La selección de la muestra será por conveniencia, al respecto Otzen (2017) nos señala que estamos frente a aquella selección que resulta conveniente para el investigador en atención a la accesibilidad y proximidad de los sujetos a investigar, en ese entendido, para la presente investigación se tendrá a bien recabar la opinión, comentario o precisiones respecto al tema materia de investigación de parte de los titulares de la acción penal, esto es, los tres (03) fiscales provinciales del Primer, Segundo y Tercer Despacho de Investigación de la Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Huaura.

## **3.3. Técnicas de recolección de datos**

Se hará uso de medios tecnológicos como internet y traductores online como principales fuentes de recolección de información, en el ámbito internacional – esto en cuanto a la tratativa del stealthing en la doctrina y jurisprudencia internacional -, así como el uso de libros de Derecho Penal parte especial – en cuanto al tipo penal de



violación sexual - y parte general – en lo que respecta al consentimiento como causa de justificación o de atipicidad -, aunado a ello se pondrá especial énfasis en las sentencias emitidas en el extranjero y los argumentos emitidos en base a su ordenamiento jurídico. Así pues, el principal medio de recojo de información será el cuestionario, y las entrevistas que se ha de realizar a los fiscales provinciales del Distrito Fiscal de Huaura.

### **3.4. Técnicas para el procedimiento de la información**

Toda vez que la presente investigación tendrá un enfoque cualitativo resulta conveniente llevar a cabo el desarrollo de entrevistas, debiendo seleccionar aquellas opiniones o datos que denoten vital relevancia para los fines de la presente. En tal sentido, el autor tendrá la imperiosa labor de analizar la información obtenida desde una perspectiva que abarque la totalidad de la información, para posteriormente continuar con una selección de conceptos que nos permitan tomar conclusiones sobre los objetivos que se buscan alcanzar.

Cabe señalar, que las entrevistas deberán ser elaboradas con el irrestricto interés y a efectos de lograr obtener información respecto de las variables, en el presente éstas serían:

V1. Tipificación del fenómeno sexual denominado stealthing.

V2. Adecuada protección al bien jurídico libertad sexual.

Las dos variables antes mencionadas se reconocen como prioritarias en el análisis y alcance de los objetivos que nos ocupan, así como la comprobación de la hipótesis.

## **CAPITULO IV. RESULTADOS**

**Pregunta N° 1:** ¿El fenómeno sexual denominado stealthing vulneraría la bien jurídica libertad sexual? ¿Puede ser considerado como un acto pluriofensivo?

**E1:** En mi opinión, si vulnera la libertad sexual ya que el uso de preservativo era una condición para manifestar su consentimiento y por ende la voluntad del acto; sin embargo, este hecho no se encuentra tipificado como delito contra la libertad sexual.

**E2:** Teniendo en cuenta que este fenómeno sexual, significa quitarse el condón durante la copulación a pesar de haber acordado con su pareja usarlo, si se estaría vulnerando la libertad sexual, en razón que la voluntad expresada por la pareja, de consentir las relaciones sexuales, es haciendo uso del condón.

Considero que lo que se afecta es la libertad sexual, por tanto, no es pluriofensivo.

**E3:** En el caso Peruano a diferencia de la legislación extranjera, el Stealthing no esta positivizado como delito en nuestro Código Penal, por consiguiente estimo que (a la fecha) no podría ser considerado y sancionado en el tipo específico de violación de la libertad sexual, en la medida que en nuestro Ordenamiento Sustantivo, rige el principio de legalidad (artículo II del Título Preliminar) por el cual "Nadie puede ser sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentre establecidas en ella".

Incluso, en función a dicho principio la ley penal debe ser cierta, esto es debe precisar de manera expresa e inequívoca el ámbito de prohibición que permita al ciudadano conocer aquello que esta penalmente proscrito, en cuyo caso del tenor del artículo 170 del Código Penal, no se advierte que está conducta de retirarse el preservativo pueda ser constitutivo del delito de violación sexual, en la medida que el tipo penal en referencia, lo que exige como requisitos son la violencia, intimidación o

coacción u otro entorno que vulnere el libre consentimiento de la víctima y la obligue a tener acceso carnal.

Sin embargo, a diferencia de nuestro Ordenamiento Penal, el Stealthing si encuentra reproche en la legislación extranjera, como en el caso norteamericano - específicamente en el Estado de California- porque previamente a través de la una ley, se prohibió el «stealthing» de modo tal, que una persona sí comete una agresión sexual cuando : “provoca el contacto entre un órgano sexual, del que se ha retirado un preservativo, y la parte íntima de otra persona que no ha dado su consentimiento verbal para que se retire el preservativo”. quedando totalmente prohibido que, dentro de una relación sexual consentida, una de las partes se retire el condón sin el consentimiento verbal de la otra.

Motivo por los cuales, considero que resulta necesario que nuestros Legisladores analicen la posibilidad de regular expresamente dicho supuesto de tal forma, que no quede a la discrecionalidad de los operadores de justicia, un hecho de esta naturaleza que podría ser objeto de una denuncia.

No obstante - sin perjuicio de lo expuesto- si tomamos en cuenta lo previsto en la legislación extranjera sobre el Stealthing (Estado de California) sí resultaría un acto pluriofensivo, en la medida que afectaría varios bienes jurídicos, esto es, no sólo la libertad sexual, sino por ejemplo la integridad física o la salud del sujeto pasivo, pero porque así está desarrollado.

**Pregunta N° 2:** ¿En el contexto del stealthing, es válido hablar de un consentimiento condicionado? ¿Qué tan relevante considera al consentimiento en este fenómeno sexual?

E1: La aceptación de mantener relaciones sexuales, está condicionado, en este caso al uso de preservativos, para evitar distintas consecuencias, que lo contrario no se

llegaría a la práctica sexual; asimismo, el consentimiento es de suma importancia, ya que, para mantener relaciones sexuales sin caer en el tipo penal de violación sexual, es necesario la voluntad del sujeto pasivo.

**E2:** Efectivamente, si es válido de hablar de un consentimiento condicionado; Resulta relevante, porque no darse este consentimiento condicionado, no hay consentimiento para la práctica del fenómeno sexual.

**E3:** Considero que sí es válido, en la medida que toda persona (por supuesto mayor de edad) en el ejercicio de su libertad tiene derecho a determinar quién toca o no su cuerpo y las condiciones para que se concrete el acto sexual. En este contexto, el *stealth*, encontraría reproche porque precisamente el uso del condón o preservativo sería el núcleo que define el consentimiento o la voluntad de mantener el contacto sexual.

El consentimiento en el ámbito de los delitos sexuales es fundamental, porque como resaltan autores como Díaz Ripolles, el concepto libertad sexual, tiene dos aspectos, uno positivo y otro negativo. En su aspecto positivo la libertad sexual, es la libre disposición de las propias capacidades y potencialidades sexuales; y en su aspecto negativo, la libertad sexual, se vincula con un sentido defensivo y remite al derecho de toda persona a no verse involucrada sin su consentimiento en un contexto sexual.

De este modo -para el caso que analizamos-, podría argumentarse un consentimiento viciado si es que no se usó el preservativo, en tanto, fue la condición en la voluntad de autodeterminación del sujeto, entendiendo esta última en su derecho de tomar decisiones sin verse determinado por la voluntad de otro.

**Pregunta N° 3:** ¿Es válido únicamente el consentimiento - condicionado - inicial para toda la actividad sexual, o este puede ser modificado durante el desarrollo del acto sexual?

**E1:** En mi opinión el consentimiento no puede ser modificado durante el acto sexual, ya que, ante la negativa del sujeto pasivo, este acto tendría que detenerse amparando así el consentimiento de ambos para el acto.

**E2:** Puede ser modificado durante el desarrollo del acto sexual; puesto que permite dejar sin efecto el condicionamiento de mutuo acuerdo.

**E3:** En principio el consentimiento, implica la voluntad o el acuerdo de realizar una actividad de índole sexual; en consecuencia, esta actividad sexual sin el consentimiento del otro, lo que implicaría es una agresión sexual.

Consentir y pedir consentimiento, se relaciona precisamente con la posibilidad de establecer límites personales y respetar los de la pareja sexual, de modo tal que para que resulte consensuado, ambas partes deben estar de acuerdo, por ejemplo: cuando, cuantas veces e incluso como van a practicarlo; En el caso específico, el stealthing, no resulta ajeno a lo expuesto, ya que el consentimiento se brinda estando informado, de modo tal que sólo puede consentirse algo si tienes toda la información al respecto, y si alguien precisa que se use condón o preservativo y luego no se hace, no podría asumirse como un consentimiento total.

En este contexto, el consentimiento en la actividad sexual puede retirarse en cualquier momento, basado -precisamente- en la libre autodeterminación de la persona, no pudiendo ser entendido como un consentimiento general para toda o todas las relaciones sexuales.

**Pregunta N°4:** ¿El fenómeno sexual stealthing puede ser considerado violación sexual bajo un entorno de coacción o cualquier otro entorno que impida a la persona dar su libre consentimiento?

**E1:** En mi opinión no sería violación sexual, ya que no se ha usado un medio que impida a la persona dar su libre consentimiento, [violencia, amenaza, coacción

etc.], en este fenómeno del stealthing, el consentimiento para mantener relaciones sexuales ya se dio, solo que ésta estaba condicionado al uso de preservativo, este caso podríamos hablar de un engaño al momento de la practica sexual, que de por sí ya se tenía el consentimiento condicionado.

**E2:** No, porque el fenómeno sexual stealthing, se realiza de manera sigilosa o secretamente.

**E3:** Considero que no, si entendemos que el entorno esta referido al ambiente, a lo que rodea según la RAE; mientras que la coacción propiamente a la fuerza o violencia que se hace contra una persona, para obligarlo a que diga o ejecute algo”. En cuyo caso, desde mi particular criterio, el stealthing no podría encajar en ninguno de dichos supuestos, sino en uno de fraude o engaño.

**Pregunta N° 5:** ¿Se puede sancionar el stealthing como violación sexual mediante engaño?

**E1:** Considero que la aceptación de mantener relaciones sexuales está condicionado al uso del preservativo, y si una de las partes intervinientes en el acto, tiene ya que previsto no usarlo, logísticamente que hay un engaño, pero este no es elemento para configurar el delito de violación sexual propiamente dicho.

**E2:** Si, porque el stealthing, es el retiro con sigilo o secretamente, al quitarse el condón durante la copulación.

**E3:** Considero si podría regularse en dicho sentido, porque el consentimiento que ha sido prestado para una determinada relación sexual no puede extenderse unilateralmente para otras prácticas o relaciones que no fueron objeto del mismo. Es decir, que el consentimiento otorgado con una condición para la práctica de la relación sexual -condicionada en este caso al uso del preservativo- no puede llevar a presumir que retirándolo (el profiláctico) la actividad sexual sigue siendo consentida, en la

medida que lo consentido era el acceso carnal con el preservativo, y por el contrario, el sujeto se ha servido del engaño, para practicar la relación sexual de modo distinto al acordado, afectándose de este modo la libertad sexual o la autodeterminación de la víctima.

**Pregunta N° 6:** ¿El engaño puede considerarse como un entorno de coacción o requerirá una positivización específica en el tipo penal de violación sexual?

**E1:** No puede ser considerado como coacción, ya que esta argucia no es considerada para obligar, por el contrario, es usado para obtener la voluntad de la víctima. En ese sentido requerirá que el legislador lo incluya como un presupuesto del tipo.

**E2:** Esta forma de engaño, no se desarrolla dentro de un entorno de coacción, requiere su positivización específica en el tipo penal de violencia sexual.

**E3:** Como anote -en mi primera respuesta- nuestra legislación penal se rige por el principio de legalidad, el cual no sólo exige que por ley se establezcan los delitos, sino también que las conductas prohibidas estén claramente delimitadas en la Ley. Esto, porque el mandato de determinación prohíbe la promulgación de leyes penales indeterminadas y constituye una exigencia expresa en nuestro texto Constitucional, según su artículo 2, inciso 24 literal d) que propugna que la tipificación previa de ilicitud penal sea expresa e inequívoca.

Resultando indudable, que mi postura va en el sentido que se requiere de su positivación para considerarse al *stealth* como delito, de modo tal que se desarrolle el tipo específico, que a la fecha no se encuentra comprendido en nuestro Ordenamiento Penal.

**Pregunta N° 7:** ¿Debería aplicarse la misma pena a los casos *stealth*? ¿El *stealth* merecería una tipificación independiente, cuales serían los fundamentos de

criminalización? ¿Existiría otro medio menos grave — extrapenal — para contrarrestar este tipo de actos?

**E1:** Considero que, en caso de considerarlo como un presupuesto del tipo, no debería tener la misma pena, ya que en este caso la relación sexual era consentida, solo que está condicionado al uso de preservativo, en cambio en el delito de violación sexual propiamente dicho, no existe la voluntad de acceder al acto sexual. Por ende, debe tener una notificación distinta, ya que no existe otro medio menos grave para contrarrestar este accionar, que como consecuencia podría ocasionar lesiones graves a la víctima e incluso la muerte por causas de enfermedades de transmisión sexual.

**E2:** No, debe aplicarse la misma pena de los delitos de violación sexual; debería merecer una tipificación independiente, cuyos fundamentos de criminalización, podría considerar que al poner en práctica el stealthing afectaría la salud de la agraviada.

#### **4.1. Análisis de resultados**

##### **E1: Dr. Roberto William Miranda Bazalar - Fiscal Provincial del Primer Despacho Provincial Penal Corporativo de Huaura.**

El Dr. Roberto Miranda, considera que el fenómeno sexual bajo estudio vulnera la libertad sexual, considerando que el uso del preservativo es una condición para la manifestación del consentimiento por parte de la víctima; en ese sentido el hecho de aceptar el sostenimiento de relaciones sexuales de condiciona al empleo del preservativo, asimismo, señala que el consentimiento no puede ser modificado durante el acto sexual, por otra parte señala que el stealthing no puede ser considerado como violación sexual, dado que, carece de actos como violencia, amenaza, coacción, etc. Así, en el stealthing el consentimiento se otorgó – de forma condicionada – por ende, se podría hablar de un engaño durante el acto sexual, de ese modo, se puede hablar de



una practica sexual que se basa en el engaño, sin embargo, este no es un medio comisivo del tipo penal de violación sexual, deviniendo en necesario su positivización específica, en ese orden de ideas, refiere que la positivización del stealthing no debería acarrear una misma consecuencia que la establecida para el delito de violación sexual, ya que en este caso, sí existe la voluntad de acceder al acto sexual, hecho que no acontece en la violación sexual.

**E2: Jorge Luis Díaz Guevara - Fiscal Provincial del Segundo Despacho Provincial Penal Corporativo de Huaura.**

En similar sentido, el Dr. Díaz señala, que con dicha conducta – stealthing – se vulnera específicamente la libertad sexual (no pluriofensivo), toda vez que el consentimiento otorgado para sostener relaciones sexuales se da estableciendo el uso del preservativo, lo que podría denominarse un consentimiento condicionado, el cual puede ser modificado durante el desarrollo del acto sexual, permitiendo dejar sin efecto el condicionamiento de mutuo acuerdo; así también, señala que no puede ser comparado a un entorno de coacción, toda vez que, el stealthing tiene lugar de modo sigiloso o de forma secreta, por el contrario, manifiesta que puede ser sancionado como una violación sexual mediante engaño, requiriendo una positivización específica e independiente, con una pena diferente a la del delito de violación sexual.

**E3. Edwin Luis Araujo Dulanto - Fiscal Provincial del Tercer Despacho Provincial Penal Corporativo de Huaura.**

Por su parte el Dr. Edwin Araujo, manifiesta que, si bien el stealthing no goza de una positivización expresa – contrario a otros Estados en los cuales si se encuentra sancionado – debería regularse expresamente, a efectos de evitar que estos hechos queden a discrecionalidad de los operadores jurídicos al conocer una denuncia de esta naturaleza, además, considera que el stealthing resultaría de naturaleza pluriofensiva

al ver comprometidos otros bienes jurídicos, así por ejemplo la integridad física o la salud del agente pasivo y no únicamente la libertad sexual; en ese sentido, considera válido hablar de un consentimiento condicionado, el cual se vicia con el no uso del preservativo, toda vez que, su empleo fue una condición en la voluntad de autodeterminación del sujeto, señala además, que dicho consentimiento puede ser modificado en cualquier momento, por ende, no puede ser entendido como un consentimiento general para toda o todas las relaciones sexuales, asimismo, considera que el *stealthing* no encuentra asidero en el tipo penal de violación sexual conforma a su redacción típica actual, pues no podría ser entendido como un entorno de coacción, por otra parte, muestra estar de acuerdo con la regulación del *stealthing* mediante el engaño, dado que, el consentimiento otorgado para una determinada relación sexual no puede extenderse de forma unilateral para otras prácticas o relaciones; finalmente, reitera su interés por una tipificación específica para considerar este fenómeno sexual como delito.

#### **4.2. Contrastación de hipótesis**

De las muestras obtenidas, de forma indubitable se determina que la tipificación de este fenómeno sexual permitiría una adecuada protección al bien jurídico libertad sexual, no solo ello, sino que conforme a dos de los entrevistados, dicha protección se extendería a otros bienes jurídicos, ello tras considerar que este ilícito tendría una naturaleza pluriofensiva. Así, en un respeto irrestricto al principio de legalidad, en todas sus variantes, sobre todo prohibición de la analogía y la exigencia de que todo delito debe estar positivizado de forma cierta, esto es, sin ambigüedades; se debería abogar por una tipificación independiente y expresa, donde se describa normativamente el fenómeno – hecho fáctico – que bien podría estar teniendo lugar en nuestra realidad, sino que se mantiene invisibilizada al no entender

o comprender, que dicho acto vulnera la autodeterminación sexual y la libertad sexual (positiva y negativa); por ende, la tipificación independiente y expresa, ayudaría a reforzar el ideal de respeto que debe revestir a nuestras decisiones en la forma y el modo en la que deseamos desenvolvernos sexualmente.

Asimismo, tal positivización ayudaría a poner en relevancia la importancia que se debe otorgar al consentimiento en cada acto sexual y entender de una forma visible que una violación sexual o cualquier otra agresión de índole sexual no se puede dar únicamente cuando existe violencia o amenaza, sino que también puede tener lugar de una forma silenciosa (clandestina - sigilosa) casi desapercibida y muchas veces minimizada o considerada insignificante, por no mediar una violencia capaz de vencer la voluntad del agente pasivo; así pues, el *stealthing* se presenta como una nueva forma de agresión capaz de causar daño físico y psicológicos en los agentes pasivos, quienes pueden mostrarse reacios a aceptar que en realidad se vulnera su libertad sexual, toda vez, que pueden no querer aceptar que son víctimas de un acto que puede repercutir gravemente en su integridad física, planificación familiar, salud reproductiva y su salud en general, así, teniendo un medio de control social – Derecho Penal – con tal drasticidad, se ha de considerar como el medio idóneo que debe actuar de *prima ratio* en forma de prevención general negativa – intimidación – contra aquellas personas que modifican unilateralmente el consentimiento, instrumentalizando a la otra persona a un mero objeto de satisfacción sexual.

En suma, de conformidad con las muestras obtenidas y el desarrollo o la tratativa internacional que se viene dando en el ámbito internacional, no ha lugar a negar la relevancia jurídica que alcanza este fenómeno sexual y por ende la necesidad de su regulación, trayendo consigo una adecuada y más completa protección al bien jurídico libertad sexual e intereses sociales conexos.

## **CAPITULO V. DISCUSIÓN**

### **5.1. Discusión de resultados**

Atendiendo que, en nuestro ordenamiento jurídico penal, el legislador nacional a tenido a bien proteger mediante la tipificación del delito de violación sexual el bien jurídico libertad sexual y dada la naturaleza del fenómeno sexual en estudio, se consultó a la muestra poblacional (03 Fiscales Provinciales del Distrito Fiscal de Huaura) sí, el stealthing vulneraría el dicho bien jurídico, obteniéndose una respuesta positiva por parte de los entrevistados e incluso aseverando que no se vulneraría únicamente la libertad sexual (pregunta 01), sino también otros bienes jurídicos conexos a éste; asimismo, la población participante acepta la posibilidad de hablar de un consentimiento condicionado (pregunta 02), en el que el hecho de acordar el empleo del preservativo para el desarrollo del acto sexual, adquiere relevancia en cuanto a la determinación de otorgar o no el consentimiento.

En cuanto a la modificación del consentimiento durante el desarrollo del acto copulativo (pregunta 03) los entrevistados, manifiestan que puede ser modificado, particular énfasis, habría que hacer respecto a la respuesta del Dr. Roberto Miranda Bazalar, quien señala que el consentimiento no puede ser modificado, sin embargo, el aprecia dicha modificación desde la perspectiva del agente comisor, quién claro está, tras un acuerdo del empleo del preservativo, no podría modificar de forma unilateral el retiro de este, por el contrario, viéndolo desde la perspectiva del agente pasivo, que es quien consiente el acto de penetración, este si puede modificar su consentimiento accediendo a ser o dejarse penetrar sin dicha barrera de protección, resultando un poco más coherente la idea de que el sujeto que realiza la penetración tendría conocimiento exacto del momento en que se retira o consiente que le retiren el preservativo, por ende, si bien la modificación del consentimiento resulta válido durante el acto sexual,

no es menos cierto que dicha modificación debe ser comunicada a la otra parte interviniente, quién es libre de continuar o no con el acto, pues por placer o por alguna otra causa puede desear continuar con el empleo de dicho profiláctico.

En cuanto, a la posible subsunción del stealthing en el tipo penal de violación sexual mediando un entorno de coacción (pregunta 04), la población con criterio unánime niega dicha posibilidad, ya sea como señala el Dr. Roberto Miranda, por la inexistencia de violencia o intimidación; o como bien refiere Jorge Díaz Guevara, debido a las características de la forma en la que se desarrolla el stealthing (sigiloso y secreto) o como señala el Dr. Edwin Araujo Dulanto, quien apunta a que el stealthing se da mediando el fraude o engaño, si bien las posturas de los entrevistados difieren entre sí, lo cierto es que este fenómeno sexual no se encontraría abarcado por el delito de violación sexual, conforme a su regulación actual; en relación a ello, los entrevistados sí coinciden al afirmar que el stealthing puede ser sancionado como violación sexual mediante engaño (pregunta 05), lógicamente la regulación no permite ello, pero su tipificación se podrían encaminar bajo el verbo rector de “engañar”. Al respecto, también coinciden, en que el engaño no puede ser considerado como un entorno de coacción (pregunta 06).

Finalmente, también existe consenso en el hecho de una tipificación independiente del stealthing (pregunta 07) con una sanción diferente a la de violación sexual, atendiendo al consentimiento inicial que existe en el stealthing y del que carece la violación sexual.

## CAPITULO VI. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

### 6.1. Conclusiones

- Si bien en el Perú no se ha presentado ningún caso de Stealthing, ello no significa que en la penumbra de una relación sexual consentida se esté teniendo lugar dicha práctica sexual, instrumentalizando al agente pasivo en un objeto que brinda placer al agente activo, sin respetar sus condiciones en cuanto a la forma y el modo en el que se acordó desarrollar el acto sexual, como una manifestación de la autoderterminación de toda persona.
- Si bien el acto lesivo por excelencia de la libertad sexual es la violación sexual, no es menos cierto, que van apareciendo nuevas prácticas como el stalthing, que no requieren del empleo de la violencia o la amenaza, valiéndose, como en el presente caso, de la confianza de la otra parte y desconociendo el acuerdo previo, lo que significa de plano un vicio del consentimiento otorgado.
- De prestarse mayor atención al consentimiento, además de la libertad sexual – entendida en su dimensión positiva y negativa – sino que, el consentimiento involucra de manera más específica la forma y el modo en la que se debe llevar a cabo el acto sexual, por ende, deviene en innecesario procurar un vencimiento de la voluntad, sino que dicho consentimiento debe ser examinado con una debida diligencia, así por ejemplo, descartar la existencia de una violencia de género, como sería el caso de aquella mujer convencida de que todos los días debe satisfacer a su marido, acepta (consiente) tener relaciones sexual, pero careciendo del ánimo de querer sostener relaciones, en ese supuesto existiría un consentimiento pero – consideramos – carente de voluntad, la cual estaría viciada, por un prejuicio o falsa creencia.

- En una violación sexual, la víctima no ha dado su consentimiento para tener relaciones sexuales. En cambio, en el stealthing, la víctima sí ha dado su consentimiento para tener relaciones sexuales, pero este consentimiento se ha obtenido bajo una falsa premisa, ya que el agresor ha removido el preservativo sin el conocimiento o consentimiento de la víctima. En una violación sexual, el agresor utiliza la fuerza física o la amenaza para llevar a cabo la conducta. En cambio, en el stealthing, el agresor no utiliza la fuerza física, sino que se aprovecha de la confianza de la víctima y del engaño.

## 6.2. Recomendaciones

- La recomendación más relevante consistiría en la tipificación independiente del stealthing como un acto de agresión sexual, es decir, un contacto sexual no deseado en atención al modo en cómo se debía desarrollar el acto sexual, es decir, se contrarió el acuerdo de una penetración con el empleo de un condón, comportamiento que dista mucho de la violación sexual, en la cual de plano todo tipo de penetración con o sin protección no es está permitida, así la violación sexual y el stealthing serían modalidades específicas de agresión sexual.
- Para la tipificación del stealthing, se recomendaría como fundamento político criminal la protección de la libertad sexual y la dignidad de las personas (autodeterminación), la prevención general negativa de todo tipo de agresión sexual, la protección de la integridad sexual y la salud reproductiva.
- Campañas de concienciación, poner en relieve la importancia de promover la concienciación sobre el stealthing y se informe a la sociedad sobre lo que es y por qué es dañino. Las campañas de concienciación podrían incluir información sobre el consentimiento sexual, los riesgos de la retirada del condón sin consentimiento y cómo reconocer y prevenir el stealthing, así como los riesgos asociados a esta práctica sexual, tanto en la salud física como en la salud emocional.
- Finalmente, con el objeto de tipificar como delito autónomo el fenómeno sexual denominado stealthing, se recomienda la siguiente redacción típica, adicionándose a nuestro ordenamiento penal el artículo 170-A bajo el nomen iuris de “Remoción no consentida”:

### **170-A. Remoción no consentida.**



El que, durante el acceso carnal consentido se retire de manera consciente el preservativo o método profiláctico, sin que medie consentimiento de la otra persona, será reprimido con la pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años.

La pena privativa de libertad será no menor de cuatro ni mayor de seis años, si de dicho acto resultase embarazo o contagio de enfermedades de transmisión sexual.

## REFERENCIAS

### 5.1. Fuentes documentales

- Ramiro Salinas Siccha (2019). *Derecho Penal parte especial vol II*. Lima: Editorial Iusitita S.A.C.
- Vargas Meléndez Rikell (2021). *Los delitos sexuales y cuestiones probatorias. Indicios, evidencias y testimonio de la víctima*. 1° edición. Lima: Instituto Pacífico. S.A.C.
- Peña Cabrera Freyre Alonso (2023). *Delitos contra la libertad sexual. Un estudio penal, criminológico, procesal y jurisprudencial. Estudios de Derecho Penal parte especial*. 3° edición. Lima: Motivensa S.R.L.
- Paredes Infanzón Jelio (2023) *Delitos Sexuales. Comentario a la jurisprudencia aplicable a los artículos 170 al 183 del Código Penal*. 1° edición. Lima: Instituto Pacífico S.A.C.
- Villarreal Bernardo Jorge (2022) *Delitos Sexuales. Análisis de la doctrina y jurisprudencia. Casos prácticos*. 1° edición. Lima: Editorial Ubi Lex Asesores S.A.C.
- Reategui Sánchez James (2022) *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo 1. 4° edición. Lima: Instituto Legales.
- Castillo Alva José (2002) *Tratado de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Almanza Altamirano Frank (2022) *“Manual de teoría del delito”*. 1° edición. Lima: San Bernardo Libros Jurídico E.I.R.L.
- Ivan Meini (2014) *“Lecciones de Derecho Penal – Parte General”*. 1° edición. Lima: Fondo PUCP.

Velásquez Velásquez Fernando (2020) *“Fundamentos de Derecho Penal – Parte General”* 3° edición. Bogotá: Tirant lo Blanch.

Pérez López Jorge (2021) *“Derecho Penal – Parte General”* 1° edición. Lima: Instituto Pacífico S.A.C.

Alcocer Povis Eduardo (2021) *“Introducción al Derecho Penal”* Lima: Jurista Editores E.I.R.L.

Paul Bockelmann (2020) *“Derecho Penal – Parte General”* Lima: Grupo Editorial Jurídica Legales Perú E.I.R.L.

Peña Cabrera Freyre Alonso (2022) *“Manual de Derecho Penal – Parte General”* 1° edición. Lima: Grupo Editorial Jurídica Legales Perú E.I.R.L.

Villavicencio Terreros Felipe (2006) *“Derecho Penal – Parte General”* Lima: Editora Jurídica Grijley E.I.R.L.

## **5.2. Fuentes bibliográficas**

Juarez Martinez, Juan M. (2013) *“Manual para la sistematización del proyecto de tesis en Derecho”*. Huacho: Editora P&G Paredes.

## **5.3. Fuentes hemerográficas**

María Fernanda García (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 pp. 117 – 140.

Frank Wilde (2022). *“Der Referentenentwurf zur Reform der Ersatzfreiheitsstrafe – mehr Tradition als Fortschritt”* Kriminalpolitische Zeitschrift pp. 318 – 325

Brodsky, Alexandra (2017). *“Rape-Adjacent: Imagining Legal Responses to Nonconsensual Condom Removal”* (2017). Columbia Journal of Gender and Law, Vol. 32, No. 2, 2017.

García, M.F. (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, pp. 117-140.

BBC Mundo. (2021). *“No sabía que era una violación hasta que me pasó”: qué es el “stealthing” y por qué se considera delito.”*

Lucas Souza Lehfeld (2018) *“Stealthing: aspectos acerca da violência de gênero e afronta aos direitos fundamentais e à cidadania”*, en revista Libertas v.3 núm.2 pp. 93-108.

Coca Vila Ivó (2022) *“El stealthing como delito de violación”* en revista Crítica de Jurisprudencia Penal, pp. 293-308.

Perez Hernández Yoliliztli (2016) *“Consentimiento sexual: Un análisis con perspectiva de género”* en Revista Mexicana de Sociología, pp. 471-767.

#### **5.4. Fuentes electrónicas**

Rachel Stonehouse (2021). *“Stealthing”: “No sabía que era una violación hasta que me pasó a mí”* Recuperado de: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-57991452>

Cámara de Senadores (2021) *“Que adiciona un párrafo al artículo 260 del Código Penal Federal”* Recuperado de: [http://sil.gobernacion.gob.mx/Librerias/pp\\_ReporteSeguimiento.php?Seguimiento=4251357&Asunto=4248693#C](http://sil.gobernacion.gob.mx/Librerias/pp_ReporteSeguimiento.php?Seguimiento=4251357&Asunto=4248693#C)

Orsini, M.; Olivera, E.; Fernández, M.; Hernando, M.; Rojas, C.; Santibáñez, M.; Yeomans, G. (2021). *“Proyecto de ley que sanciona el retiro no consentido del condón. Cámara de Diputados y Diputadas de Chile”* Recuperado de: <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=15149&prmBOLETIN=14665-34>

Congresistas et al (2022) “*Proyecto de Ley: Por medio de la cual se tipifica el retiro sin consentimiento del preservativo o barrera de protección sexual durante las relaciones sexuales, se agrega un párrafo al delito de acoso sexual y se dictan otras disposiciones*” Recuperado de <https://www.camara.gov.co/retiro-de-preservativo-sin-consentimiento>

Aurora Canta (2022) “*El consentimiento en los delitos contra la libertad sexual. Especial mención a la problemática stealthing*” Recuperado de: <https://repositori.upf.edu/bitstream/handle/10230/53903/TFGDRET22CANTAConsen.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Mario Zamora Gastélum (2022) “*Iniciativa con proyecto de decreto por el que se adiciona un quinto párrafo y el párrafo quinto vigente pasa a ser el sexto del artículo 260 y se adiciona un segundo párrafo al artículo 276-bis; todos del código penal federal, en materia de “stealthing”*”. Recuperado de [https://www.senado.gob.mx/64/gaceta\\_del\\_senado/documento/125735](https://www.senado.gob.mx/64/gaceta_del_senado/documento/125735)

US Laws, Codes & Statutes (2022) “*2021 California Civil Code*”. Recuperado de: <https://law.justia.com/codes/california/2021/code-civ/>

Paola Viviana Vega Rodríguez (2019) “*Proyecto de Ley: Adición de un nuevo artículo 158 del Código Penal, Ley N° 4573, de 04 de mayo de 1970, y sus reformas*” Recuperado de: [http://www.asamblea.go.cr/Centro\\_de\\_informacion/Consultas\\_SIL/SitePages/ConsultaProyectos.aspx](http://www.asamblea.go.cr/Centro_de_informacion/Consultas_SIL/SitePages/ConsultaProyectos.aspx)

Glez Aledo, A. (2021). “*Confirman la primera condena de abuso sexual por “stealthing” en Andalucía (España)*”. Diario de Sevilla. [https://www.diariodesevilla.es/juzgado\\_de\\_guardia/sentencias/stealthing-condena-preservativo-venereas-enfermedades\\_0\\_1590441800.html](https://www.diariodesevilla.es/juzgado_de_guardia/sentencias/stealthing-condena-preservativo-venereas-enfermedades_0_1590441800.html)

- Superior Court Of Justice (2019) “*R. v. Rivera, 2019 ONSC 3918*” en [https://www.livelaw.in/pdf\\_upload/pdf\\_upload-361944.pdf](https://www.livelaw.in/pdf_upload/pdf_upload-361944.pdf)
- STSJ Andalucía (2021) Recurso de apelación 12391/2021 de fecha 01/07/2021 en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/3d7d2f4a91c7989d/20211223>
- SAP Sevilla (2020) Sentencia de fecha 29 de octubre de 2020 en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/ad76b47698c88bb6/20210908>
- SAP Barcelona (2020) Sentencia de 14 de octubre de 2020 en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/6c9028e19419a487/20201202>
- SJI Salamanca (2019) Sentencia de fecha 15 de abril de 2019 <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/40ced326d80d9f7b/20190424>
- Zamora Gastélum Mario (2022) “*Iniciativa con proyecto de decreto por el que se adiciona un quinto párrafo y el párrafo quinto vigente pasa a ser el sexto del artículo 260 y se adiciona un segundo párrafo al artículo 276-bis; todos del Código Penal Federal, en materia de “stealthing”*” en [https://infosen.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/65/1/2022-04-27-1/assets/documentos/Inic\\_PRI\\_Sen\\_Mario\\_Zamora\\_art\\_260\\_276bis\\_CPF.pdf](https://infosen.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/65/1/2022-04-27-1/assets/documentos/Inic_PRI_Sen_Mario_Zamora_art_260_276bis_CPF.pdf)
- Vega Rodríguez Paola (2019) “*Adición de un nuevo artículo 158 del Código Penal, ley n 4573 del 04 de mayo de 1970 y sus reformas*” en [http://www.asamblea.go.cr/Centro\\_de\\_informacion/Consultas\\_SIL/SitePages/ConsultaProyectos.aspx](http://www.asamblea.go.cr/Centro_de_informacion/Consultas_SIL/SitePages/ConsultaProyectos.aspx)

Godoy Saffie Patricia (2021) “Minuta para la comisión de mujeres y equidad de género proyecto de ley, iniciado en moción, que sanciona la remoción no consentida del preservativo durante la relación sexual” en [www.camara.cl/docx \(live.com\)](http://www.camara.cl/docx/live.com)

Haufe. (2021) “*Stealththing, das heimliche Abstreifen des Kondoms beim Sex, ist eine Straftat*” en [https://www.haufe.de/recht/weitere-rechtsgebiete/strafrecht-oeffentl-recht/stealththing-heimliches-kondom-abstreifen-beim-sex-ist-strafbar\\_204\\_539886.html](https://www.haufe.de/recht/weitere-rechtsgebiete/strafrecht-oeffentl-recht/stealththing-heimliches-kondom-abstreifen-beim-sex-ist-strafbar_204_539886.html)

## ANEXOS

### **Anexo 1. Instrumento**

#### **ENTREVISTA A LA POBLACIÓN POR CONVENIENCIA: FISCALES PROVINCIALES DE LAS FISCALÍAS PROVINCIALES PENALES DEL DISTRITO FISCAL DE HUAURA**

##### **Presentación:**

Estimado (a) .....

La presente entrevista tiene por objetivo conocer la opinión de los titulares de la acción penal del distrito Fiscal de Huaura respecto a las variables de la presente investigación: V1: Tipificación del fenómeno sexual denominado stealthing; V2: Adecuada protección al bien jurídico libertad sexual; para tales fines, impera la necesidad de contextualizar brevemente la problemática que se ha tenido a bien formular en la presente investigación, señalando además la información que complementa a una mejor tratativa y comprensión de tema bajo análisis.

Corresponde iniciar señalando que los seres humanos – enteramente sociales – siempre están interactuando y producto de ello se van generando relaciones que pueden tener relevancia en el Derecho; así pues el Derecho Penal a decidido intervenir de prima ratio contra aquellos actos que resulten lesivos para el bien jurídico protegido libertad sexual, en ese contexto la presente investigación se formula el tema del fenómeno sexual denominado stealthing a partir del contexto internacional – jurisprudencia, doctrina y propuestas legislativas – buscando resolver si dicho comportamiento consistente en la remoción unilateral del preservativo a escondidas de la otra persona, puede resultar lesivo de bienes jurídicos tutelados y por ende justificar la intervención del Derecho Penal en el contexto nacional.



1. La doctrina es unánime al señalar que el legislador nacional ha tenido por bien tutelar mediante el Derecho Penal el bien jurídico libertad sexual, conceptualizada como la capacidad de toda persona de comportarse como a bien tenga en la actividad copulativa, al respecto se consulta: **¿El fenómeno sexual denominado stealthing vulneraría el bien jurídico libertad sexual? ¿Puede ser considerado como un acto pluriofensivo?**
2. En el fenómeno sexual denominado stealthing las partes intervinientes manifiestan su consentimiento de sostener relaciones sexuales mediando el empleo o uso de preservativo, por lo que, el uso de dicho preservativo es decisivo para que la otra parte brinde su consentimiento, no obstante, pese a dicha condición, una de las partes de forma unánime decide retirar o no usar el preservativo, así pues: **¿En el contexto del stealthing, es válido hablar de un consentimiento condicionado? ¿Que tan relevante considera al consentimiento en este fenómeno sexual?**
3. El stealthing tiene lugar bajo un contexto en el que el desarrollo del acto sexual se supedita al uso del preservativo, por lo que se consulta: **¿Es válido únicamente el consentimiento – condicionado - inicial para toda la actividad sexual, o este puede ser modificado durante el desarrollo del acto sexual?**
4. Nuestro cuerpo normativo penal tipifica en su artículo 170 el delito de violación sexual, el cual se configurará cuando mediando el uso de la violencia (física o psicológica), grave amenaza o aprovechándose de un **entorno de coacción o de cualquier otro entorno se impida a la persona dar su libre consentimiento**, se obliga a una persona a tener acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o a realiza cualquier otro acto análogo con la

introducción de un objeto o parte del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, **¿El fenómeno sexual stealthing puede ser considerado como violación sexual bajo un entorno de coacción o cualquier otro entorno que impida a la persona dar su libre consentimiento?**

5. En relación a la pregunta anterior y conociendo que el stealthing se desarrolla en un entorno en el cual las partes han acordado el uso del preservativo, sin embargo, uno de los intervinientes decide prescindir del mismo, cabe preguntarnos: **¿Se puede sancionar el stealthing como violación sexual mediante engaño?**
6. A su vez, **¿El engaño puede considerarse como un entorno de coacción o requerirá una positivización específica en el tipo penal de violación sexual?**
7. En relación a la pregunta anterior y bajo observancia de la drasticidad de la pena en el delito de violación sexual, considera que **¿Debería aplicarse la misma pena a los casos de stealthing? ¿El stealthing merecería una tipificación independiente, cuales serían los fundamentos de criminalización? ¿Existiría otro medio menos grave – extrapenal – para contrarrestar este tipo de actos?**