

DERECHO PENAL

El "stealthing" o cómo convertirte en un agresor sexual. A propósito de la STS Pleno 603/2024, de 14 de junio.

Gerard MOLINA FEBRERO

Inspector de la Policía Nacional

Hace ya casi dos años publicamos el artículo **"El stealthing o cómo cometer un delito de abuso sexual con penetración"** en el que concluíamos, a la luz de los pronunciamientos jurisprudenciales dictados sobre la materia, que la conducta consistente en quitarse el preservativo durante una práctica sexual sin el consentimiento del hombre o mujer al que se está penetrando (dependerá si la relación es heterosexual u homosexual) sería constitutivo de un delito de abuso sexual con penetración.

Tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, *de garantía integral de la libertad sexual*, se eliminó del Código Penal los tipos de abuso sexual, siendo reconducidas las conductas en ellos castigados a la agresión sexual.

Antiguamente, el tipo de agresión sexual exigía, para poder ser considerado un agresor de este tipo, que en la ejecución se empleará violencia o intimidación, siendo calificados como delitos de abuso sexual aquellos comportamientos atentatorios contra la libertad sexual en los que en su dinámica comisiva no se empleara ni violencia ni intimidación.

Ahora bien, ¿cómo se calificaría el comportamiento denominado "stealthing" en la actualidad?

La conducta denominada "stealthing", del inglés "sigilosamente" o "en sigilo", en el seno de las relaciones sexuales, es la que lleva a cabo el hombre al quitarse el preservativo de forma no consensuada, es decir, sin que su pareja sexual (hombre o mujer) se dé cuenta durante la relación sexual y sin que esta o este haya autorizado el mantener las relaciones sin protección.

Como hemos dicho, antiguamente, lo primero que debíamos advertir es que el "stealthing" no integraba el delito de agresión sexual, ya que no concurría el elemento típico de cometer los hechos con violencia o intimidación que exigía el antiguo artículo 178 CP y, por esta razón, aunque hubiera penetración, tampoco podría ser constitutivo de un delito de violación conforme al antiguo artículo 179 CP.

Eso no significaba que los actos fueran impunes. La conducta llevada a cabo por el hombre que se retiraba sin consentimiento el preservativo durante el acto sexual era calificada y castigada como delito de abuso sexual con penetración, conducta esta que estaba penada en los apartados 1 y 4 del artículo 181 CP que castigaban, respectivamente, al *"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"* y con la pena de prisión de cuatro a diez años *"cuando el abuso sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías"*.

Tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 10/2022, dicho comportamiento, en primer lugar, tendría perfecto encaje en el tipo de agresión sexual del artículo 178 CP, toda vez que se lleva a cabo un acto que atenta contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento (en el caso analizado, se atentaría contra el derecho que le asiste a toda persona a decidir si quiere o no mantener relaciones sexuales con o sin protección). En segundo lugar, también tendría encaje, a la luz de los pronunciamientos jurisprudenciales que había en esta materia (aunque ya avanzamos que no es el criterio ahora establecido por el Tribunal Supremo), en el tipo de violación (artículo 179 CP) toda vez que la penetración sin preservativo no habría sido consentida, ya que, si bien inicialmente habría un consentimiento a la misma, dicho consentimiento tan solo alcanzaría a la penetración con protección, no pudiendo entenderse que la autorización a la práctica de este tipo de acto sexual pueda ser extendido, sin consentimiento de la víctima, a otro tipo





de penetraciones sin protección, del mismo modo en que se entiende que el consentimiento a una penetración vaginal no presupone la permisión a una penetración bucal o anal, si no media consentimiento para su realización.

Y es que, en casos como el planteado, es cierto que la mujer o el hombre podía haber prestado pleno consentimiento a mantener relaciones sexuales usando preservativo, pero la posterior retirada "sigilosa" del profiláctico se realizaba sin consentimiento, lo que atentaba contra la libertad sexual de la víctima. Entendían nuestros órganos judiciales que **el consentimiento otorgado para una determinada actividad sexual no puede extenderse unilateralmente por el otro u otros actores a distintas prácticas o relaciones, que dejarían de ser consentidas [...] pues así como, por ejemplo, parece obvio que el consentimiento para la penetración vaginal no permite presumir consentida también la penetración anal (o que el consentimiento prestado para mantener contacto sexual con una persona de un grupo no es extensivo a otros presentes), estimamos que el prestado para el acceso carnal con una muy específica condición cual es el uso de preservativo, no permite presumir que retirando tal medio la penetración sigue, no obstante, siendo consentida**, tal y como se señaló en la SAP Sevilla, Secc. 4ª, Nº 375/2020, de 29 de octubre, confirmada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía STSJ Andalucía, Nº 186/2021, de 1 de julio. El acusado fue condenado a **cuatro años de prisión** por el delito de abuso sexual con penetración – **en la actualidad lo hubiera sido de seguir este criterio por un delito de violación del artículo 179 CP en relación con el artículo 178 CP**. Además, fue condenado a otros seis meses de prisión por un delito de lesiones por transmitirle la *chlamydia*.

También en la SAP Barcelona, Secc. 3ª, Nº 379/2020, de 14 de octubre, se absolvió al acusado porque los hechos no quedaron debidamente acreditados, sin embargo, resulta interesante porque el Ministerio Fiscal calificó definitivamente los hechos como constitutivos de un delito de abuso sexual con penetración de los arts. 181.1 y 4 CP (en la actualidad, la calificación lo hubiera sido por vía del tipo de violación del artículo 179.1 CP en relación con el artículo 178 CP).

En el mismo sentido el AAP Castellón, Secc. 2ª, Nº 94/2023, de 3 de febrero o AAP Almería, Secc. 2ª, Nº 322/2022, de 9 de mayo, entre otras.

Como apuntábamos en nuestro artículo, ahora reeditado, existía un debate doctrinal y jurisprudencial acerca de si la calificación de los hechos debiera serlo tan solo por vía del tipo básico del abuso sexual (actualmente, agresión sexual del artículo 178 CP) o con aplicación del tipo agravado de abuso sexual con penetración (actualmente, delito de violación del artículo 179 CP); sin embargo, tanto el Ministerio Fiscal en sus acusaciones como los órganos judiciales en sus resoluciones se habían inclinado por la apreciación de un delito de violación del artículo 179 CP, al entender que los hechos suponen una penetración no consentida.

Pues bien, esta calificación ha sido corregida por la STS Pleno 603/2024, de 14 de junio, la cual precisamente casa la STSJ Andalucía, Nº 186/2021, de 1 de julio que había confirmado la SAP Sevilla, Secc. 4ª, Nº 375/2020, de 29 de octubre, en la que se condenaba al autor por un delito de violación, al considerar que los hechos deben ser calificados como agresión sexual del artículo 178 CP, pero no como delito de agresión sexual con penetración (violación) del artículo 179 CP.

Entiende nuestro Alto Tribunal en la sentencia del Pleno que **"la ausencia de consentimiento no puede predicarse de esa acción, -acceso por vía vaginal y con el miembro viril-; tan solo de la modalidad específica de acceso, del contacto directo con el miembro viril. Intuitivamente se capta que el nivel de antijuricidad es muy distinto. Es no solo desproporcionada, sino también forzada la equiparación con el acceso no consentido. La penetración vaginal es aceptada, aunque se produjo en una modalidad no cubierta por el consentimiento (como puede suceder en casos de eyaculación deliberada en el interior de la cavidad vaginal, pese al rechazo anterior exteriorizado por la mujer -o viceversa- u otras hipótesis imaginables). El acceso no desborda el consentimiento otorgado. La ausencia de consentimiento puede predicarse del contacto directo de los órganos genitales, pero no del acceso vaginal"**.

Concluye el Tribunal Supremo afirmando que "en la actualidad los hechos encajarían en el artículo 178.1 CP, con posibilidad en algún supuesto de acudir a la cláusula atenuatoria artículo 178.4 CP".





Como vemos se trata de una sentencia del Pleno del Tribunal Supremo que fija el criterio en cuanto a la calificación que se debe seguir en estos casos, sin embargo, la misma, lejos de contactar con la unanimidad de todos los magistrados de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, ha contado con un voto particular suscrito por 5 de los magistrados de la Sala que, respetando el criterio adoptado por la mayoría, entienden, al igual que la Audiencia de Sevilla y el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, así como otras Audiencias, que los hechos deberían ser constitutivos de un delito de violación del artículo 179 CP, al considerar que la penetración no ha sido consentida.

Entienden estos 5 magistrados que *“el razonamiento expresado en la sentencia de la mayoría no es puramente de subsunción, pues como se argumenta, **la penetración no fue consentida en los términos convenidos, por lo que el contenido de antijuridicidad expresado en el hecho es atentatorio a la libertad sexual y ese atentado ha supuesto una penetración no consentida. Así resulta de la subsunción admitida en la deliberación. En el caso, reiteramos, la víctima accedió a mantener relaciones sexuales penetrativas de una determinada manera que incluía el uso de condón. El recurrente al retirarlo sin su conocimiento o consentimiento lesionó gravemente la libertad sexual de aquella pues el acto de contenido sexual no se llevó a cabo de la manera que la víctima había consentido. Hubo penetración no consentida y ello conduce, indefectiblemente, a las consecuencias normativas antes precisadas. Los problemas derivados de la proporcionalidad de las penas, a los que se refiere la sentencia mayoritaria, tienen otras salidas en el propio Código penal, art. 4 CP, a las que deberá acudir en lugar forzadas interpretaciones de la norma, creemos, carentes de sustento en la tipicidad”***.

Sea como fuere, el Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha fijado que este tipo de comportamientos debe ser calificado por vía del artículo 178.1 CP (agresión sexual sin penetración), con inclusión de la posibilidad de acudir al tipo atenuado del artículo 178.4 CP en determinados casos.

Accede a nuestra tienda web y encuentra los manuales policiales operativos con el análisis operativo y la jurisprudencia más actualizada del mercado.

