

DELITOS SEXUALES Y NUEVAS FORMAS DE CRIMINALIZACIÓN. *STEALTHING*: EL CONSENTIMIENTO SEXUAL A DEBATE*

María Fernanda García**

Resumen: En los últimos años ha adquirido mayor visibilidad en las agendas públicas de los países el reclamo efectuado por ciertos sectores de la sociedad civil –en particular los movimientos de mujeres y el colectivo LGBTQ+– respecto de la necesidad de rever las lógicas bajo las cuales se suceden las relaciones sexuales, así como el lugar que se reserva al consentimiento y la autonomía personal, en particular de las mujeres. La amplia difusión de los aforismos “No es no”, “Me Too”, “Sólo sí es sí. RESPECT”, “Yo te creo, hermana” son una muestra cabal.

En el presente trabajo se pasará revista a prácticas sexuales como la pornovenganza, la *sextortion* y el *stealthing*, con particular énfasis en este último, que irrumpen en este escenario actual de demandas y que exigen repensar los

* Fecha de recepción: 4 de diciembre de 2023. Fecha de aceptación: 19 de marzo de 2024. Para citar el artículo: García, María Fernanda, “Delitos sexuales y nuevas formas de criminalización. *Stealthing*: el consentimiento sexual a debate”, *Revista Derecho Penal y Criminología*, vol. 45, n.º 119 (julio-diciembre de 2024), pp. 29-50.
DOI: <https://doi.org/10.18601/01210483.v45n119.03>

** Abogada (UNLP). Especialista en Derecho Penal (U. Salamanca). Magíster en Derechos Humanos (UNLP). Doctoranda en Derecho (UP). Integrante de Doctrina Penal Feminista (Derecho-UBA). ORCID: 0000-0002-3197-2625. Correo electrónico: mfernandagarciacampos@gmail.com.

límites de las respuestas que desde el derecho históricamente se han dispensado frente a casos de violencias sexuales.

Palabras clave: delitos sexuales, consentimiento sexual, *stealthing*, pornovenganza, *sextortion*.

SEXUAL CRIMES AND NEW FORMS OF CRIMINALIZATION STEALTHING: SEXUAL CONSENT UNDER DISCUSSION

Abstract: In recent years, the complaint made by certain sectors of civil society – particularly women’s movements and the LGBTIQ+ collective – has acquired greater visibility on the public agendas of the countries, regarding the need to review the logic under sexual relations occurs, as well as the place reserved for consent and personal autonomy, particularly for women. The wide diffusion of the aphorisms “No means no”, “Me Too”, “Only yes means yes. RESPECT”, “I believe you, sister” are a complete example.

In this work, sexual practices such as revenge porn, sextortion and stealthing will be reviewed, with particular emphasis on this last one, that breaks in this current scenario of demands and require rethinking the limits of the responses that the law has historically dispense for cases of sexual violence.

Keywords: sexual crimes, sexual consent, stealthing, revenge porn, sextortion.

INTRODUCCIÓN

El *stealthing*¹, práctica que entraña una rotura/retiro no consensuado de una barrera de protección externa (generalmente preservativo o condón) en el marco de una relación sexual que sí fue consentida en sus inicios con la utilización de dicha protección, ha irrumpido en el actual escenario de discusiones respecto de las lógicas bajo las cuales suceden los vínculos sexuales entre varones y mujeres², para poner en debate las concretas posibilidades de que estas últimas ejerciten el control

1 En idioma castellano suele referirse a este fenómeno como “sigilo”, por la traducción que se hace del término inglés *stealth*.

2 Las personas con identidades sexo-genéricas que escapan al binomio varón-mujer también pueden quedar abarcadas por la problemática aquí investigada. De ningún modo este trabajo pretende invisibilizar las dimensiones particulares que adquiere el fenómeno en esos casos. Por ello es pertinente aclarar que se trata sólo de una cuestión de delimitación metodológica del objeto de investigación. Por otro lado, dentro de ese binomio se hará referencia sólo a las agresiones sexuales cometidas por varones a mujeres, ya que son éstas las que predominan y no a la inversa. Tal como lo indica el Convenio de Estambul (2011), la violencia sexual es una de las formas de violencia específica que sufren con particular intensidad niñas y mujeres (artículo 36).

sobre sus cuerpos de forma autónoma y las condiciones de vigencia en que prestan su consentimiento.

Si bien este trabajo estará centrado en dicho fenómeno y en sus vínculos con el consentimiento sexual y la autonomía de la voluntad de las mujeres, resulta oportuno aquí mencionar la existencia de otras prácticas o fenómenos como la pornovenganza o *revenge porn* y la *sextortion*, que también vienen a cuestionar esos entramados y límites consensuales, al tiempo que nos hablan de cambios en los vínculos sexuales que aparecen ahora mediatizados por el uso de internet y las nuevas tecnologías de la información y comunicación (TIC), abriendo paso a la adaptación al medio digital de comportamientos ya conocidos.

La codificación actual de las conductas de índole sexual se plantea ciertos puntos críticos frente a la hiperconectividad y sus nuevas formas de relacionarnos interpersonalmente. Las redes sociales son hoy las protagonistas donde se trazan los vínculos humanos. La sexualidad encuentra nuevas formas de representación a través de imágenes y sonidos que facilitan el ejercicio del deseo alejado en muchas ocasiones de la corporalidad.

La pornovenganza o pornografía de venganza consiste en la publicación o amenaza de publicación a través del uso de redes sociales de fotografías, audios y/o videos de carácter sexual sin el consentimiento de la pareja, ex pareja o persona con la que se tuvo un vínculo o relación íntima. La acción tendría como principal finalidad la degradación pública de esa persona.

El término “venganza” resulta poco feliz, ya que denota la idea de retribución por un daño que causó la persona sobre la que versa el material difundido. Del mismo modo, resulta poco feliz la noción de pornografía que hace alusión a una producción con el fin de entretenimiento de terceros/as en la generación de ese contenido, objetivo inexistente en esta práctica.

Por su parte, la conceptualización del fenómeno de *sextortion* se encuentra un tanto más discutida dentro de los feminismos jurídicos ya que algunas voces lo consideran una extorsión o chantaje a través del cual se amenaza a la víctima con la publicación de material audiovisual de contenido sexual, obtenido con consentimiento de la víctima o sin él, diferenciándose de la pornovenganza en su elemento coercitivo, pudiendo subsumirse algunos casos en delitos de amenazas coactivas, extorsión o chantaje (Álvarez, 2018; Sequeira, 2021).

Mientras que otros criterios nos hablan de un abuso de poder –ejercido generalmente por varones– para obtener una ventaja o beneficio sexual, abordándola como una forma de corrupción y de violencia de género, una expresión de la llamada “corrupción sexual”, en la cual el sexo, en lugar del dinero, es la moneda de cambio del soborno (Asociación Internacional de Mujeres Juezas, 2012; Mazzaferri, Roteta, 2022).

Veamos ahora qué sucede en este contexto con el particular fenómeno del *stealthing*, conducta sexual profundamente invisibilizada hasta hoy, que, tal como se anticipó, entraña la remoción o rotura no consensuada de una barrera de protección externa en el marco de una relación sexual que sí fue consentida en sus inicios con la utilización de dicha protección.

La exposición pública de ciertos casos como el que involucró al periodista Julián Assange³ impulsó nuevos debates en torno a supuestos que hasta ese momento no estaban tan claros que constituyeran actos de violencia sexual. En concreto, habilitó discusiones relativas a la propia definición y los alcances del *stealthing*, pero también respecto de las posibilidades de un ejercicio autónomo de la voluntad de las personas afectadas y de las condiciones de vigencia del consentimiento brindado en el marco de las relaciones sexuales acaecidas bajo un engaño.

Si bien este fenómeno reconoce como antecedentes las prácticas vinculadas con la propagación del virus del VIH en las décadas de 1980 y 1990 y las campañas de prevención y denuncia pública emprendidas como respuesta, sobre todo en el seno de la comunidad LGBTIQ+ (Ebrahim, 2019), aún en la actualidad quienes lo atraviesan se encuentran con numerosas dificultades a la hora de nombrar y significar lo que vivieron.

Esta difícil significación obedece a la existencia de un vacío hermenéutico social que genera, por un lado, que colectivamente no podamos comprender las experiencias sociales que atraviesan determinados grupos de personas y, por el otro, que esas personas sean colocadas en una situación de desventaja a la hora de poder dar sentido y comprender determinadas experiencias⁴.

3 Tribunal Superior del Reino Unido, “Julián Assange vs. Swedish Prosecution Authority”, sentencia del 2 de noviembre de 2011, caso n.º CO/1925/2011.

4 La filósofa británica Miranda Fricker (2017) denomina *injusticia hermenéutica* a un tipo específico de injusticia epistémica vinculado con los modos de interpretación o comprensión de la realidad. Con este concepto pretende dar cuenta de la existencia de una brecha en los recursos de interpretación colectiva, es decir, de un vacío en las herramientas de interpretación social que compartimos como sociedad en su conjunto, dentro del cual se sitúa a sujetos determinados, para el caso, las mujeres que atraviesan el *stealthing*. Lo relevante de ello es que ese particular lugar que se les reserva imprime una desventaja injusta a la hora de comprender las experiencias sociales que atraviesan esas personas y de generar sentidos sociales en consecuencia (significar la experiencia que atravesaron). Esta imposibilidad de representar lo vivido fue identificada en las entrevistas realizadas por la estadounidense Alexandra Brodsky (2017) en su investigación pionera en materia de *stealthing*. La misma arrojó que en la mayoría de los casos las víctimas acusaron cierto estado de confusión respecto de lo vivido cuando intentaron dar sentido a la experiencia sexual. Al hecho de haber prestado su voluntad para la relación sexual inicial de forma autónoma se suman los vínculos emocionales con sus parejas sexuales que, en muchas ocasiones, complejizan aún más el análisis. La sensación de violación experimentada es de este modo “multifacética”, ya que comprende al mismo tiempo el sentimiento de eliminación de su agencia personal, la certeza de que sus deseos sexuales fueron ignorados, al igual que su derecho al autocontrol de su integridad y salud sexual-reproductiva, pero todo ello en el contexto de un vínculo sexo-afectivo con la otra persona (Ebrahim, 2019).

Una consecuencia clara de este tipo de injusticia es la habilitación de una disputa epistémica de sentidos que puede graficarse de la siguiente manera: mientras algunos abordajes consideran al *stealthing* una violación “adyacente” (Brodsky, 2017) en tanto se le identifica como un avasallamiento del agenciamiento de los propios cuerpos pero no con la entidad suficiente como para llamarlo violación, otros insisten en que se trata de un hecho con nula relevancia jurídica-penal (Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Madrid, 2009)⁵. Mientras hay quienes afirman que estamos frente a un claro caso de violación (el ya mencionado caso *Assange*) por inexistencia de consentimiento válido en una de las partes intervinientes en el acto sexual, hay otras miradas que sostienen la noción de *agresión sexual simple* (Tribunal Superior de Berlín-Alemania, 2018)⁶ por considerar que el reproche sólo debe recaer sobre la conducta de quitarse el preservativo, quedando excluida la penetración en sí misma, que sí es consentida.

En lo sucesivo veremos qué otras consecuencias se derivan de este estado epistémico actual y cuáles son sus vinculaciones con los conceptos de consentimiento sexual y de engaño en materia de relaciones sexuales.

I. “STEALTHING”, UNA AFECTACIÓN A LA LIBERTAD E INTEGRIDAD SEXUAL

Para que podamos hablar de fenómenos que afectan de modo decisivo la libertad e integridad de las personas en el contexto del ejercicio de sus propias sexualidades, fue necesario que a lo largo de la historia se impulsaran algunos cambios normativos que otorgaron centralidad al consentimiento y a la autonomía de la voluntad.

Un breve repaso de los cambios que se han producido en las legislaciones penales relativas a agresiones sexuales en los últimos años nos habla a su vez de las modificaciones interpretativas que fueron sucediéndose en esta materia. Los delitos de índole sexual en el mundo occidental han sido legislados desde inicios del siglo XIX de manera prácticamente unánime como delitos que afectan la honestidad, el honor, la honra o el pudor de las personas⁷.

5 Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Madrid, sentencia del 29 de diciembre de 2009, número 139.

6 AG Berlin-Tiergarten, sentencia del 11 de diciembre de 2018 (278 Ls), 284 Js 118/18 (14/18).

7 En el caso particular de Argentina, el Código Penal de 1921 reservaba bajo el Título III, “Delitos contra la honestidad”, del Libro II, el universo de estos delitos. En el año 1999, producto de numerosas demandas de ciertos sectores de la sociedad civil y acompasado con un cambio de paradigma a nivel mundial, se produjo la reforma del código criminal a través de la ley 25.087. La rúbrica del Título III pasó a denominarse “Delitos contra la integridad sexual”, generando de este modo una variación en la conceptualización del bien jurídico tutelado.

Otros ejemplos de esta forma de legislar: el Código Penal español de 1848 incorporaba el capítulo II, denominado “Violación”, en el Título X del Libro II, sobre “Delitos contra la honestidad”,

Hacia fines del siglo pasado se promovieron modificaciones legales con el propósito de dejar de lado aquella cosmovisión que legislabo bajo esos términos un lugar socialmente atribuido a las mujeres (Arroyo y Valladares, 2009; Llaja y Silva, 2017) y que traducían la influencia de patrones socioculturales discriminatorios para aquellas (Informe Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, párr. 43).

Esta técnica legislativa generaba una compleja situación difícil de sortear para quienes decidían denunciar, ya que el elemento consentimiento no se definía a raíz de la existencia de un acuerdo, sino “en virtud de la ausencia de datos que confirmen el desacuerdo” (Rodríguez, 2000: 153). De este modo, para tener por acreditada una violación era necesario que la víctima aportara las pruebas de su resistencia al evento. El acento estaba puesto en la actuación de la víctima y en su moralidad, escrutadas bajo ciertos parámetros sociales respecto de lo que se consideraba una “buena” o “apropiada” víctima⁸.

Como señala de forma unánime la doctrina crítica de este tipo de legislaciones, la titularidad de bienes jurídicos como la honestidad o la honra no recaía exclusivamente en cabeza de la mujer damnificada sino más bien aludía a un bien jurídico colectivo. De este modo, la protección especial de la honestidad del marido o, de forma más general, de un orden moral determinado, se reflejó en supuestos como la agravante en el delito de rapto cuando se cometía contra una mujer casada en el antiguo artículo 130 del Código Penal argentino (exigía además propósitos “deshonestos”), la rebaja de la pena que se reservaba para aquellos casos en que la persona ofendida se dedicara “habitualmente a la prostitución” del artículo 600 del Código Penal español (1928) o el perdón de la pena del artículo 317 del Código Penal boliviano (1972) cuando luego del rapto el autor del delito se casaba con la víctima.

La propuesta de las actuales legislaciones se basa en el alejamiento de los requisitos relativos a una determinada cualidad moral de la víctima o la existencia de resistencia frente a la agresión. Han avanzado en considerar otros bienes jurídicos como la integridad y la libertad sexual, indagando sobre la efectiva existencia de libertad y

rúbrica que se mantuvo hasta el año 1989, más allá de las sucesivas reformas que operaron a lo largo de los años; los códigos penales de Colombia de 1838 y 1890, que no utilizaban la palabra “sexual” pero sí efectuaban una remisión a la moral y la honestidad en todos los tipos penales; en Bolivia, la ley 1.678 (1997) modificó el Código Penal de 1972 y suprimió el término “mujer honesta” de la definición de los delitos contra la libertad sexual, al tiempo que sustituyó el enunciado del Título XI del Libro Segundo del Código Penal, “Delitos contra las buenas costumbres, violación, estupro y abuso deshonesto”, por “Delitos contra la libertad sexual”.

8 Para un desarrollo en profundidad respecto de los alcances de la utilización de estereotipos de género en imputaciones penales, véase Hopp, C. M. (2017). “Buenas madre”, “buena esposa”, “buena mujer”: abstracciones y estereotipos en la imputación penal. En Di Corleto, J. (comp.), *Género y Justicia Penal* (pp. 15-46). Buenos Aires: Ediciones Didot.

consentimiento. Por eso se dice que operó un pasaje desde el “modelo de la coacción” al “modelo del libre consentimiento”. En otras palabras, suele afirmarse que

[L]os delitos sexuales han evolucionado de una visión de la sexualidad que protegía la procreación y estrictos roles y privilegios de género, a una que se funda en una sólida noción de autonomía humana (garantizada constitucionalmente por un derecho fundamental al ‘libre desarrollo de la personalidad’) y en la igualdad de género (Restrepo Saldarriaga, 2021: 313).

Este cambio de paradigma que operó al ritmo del movimiento internacional por el reconocimiento de los derechos humanos de las mujeres⁹ abre paso a aquellas discusiones respecto del consentimiento sexual y de la libertad individual como estadios previos para ese efectivo ejercicio consensual-contractual de las sexualidades.

Más allá de los casos puntuales de Argentina y Colombia¹⁰, en líneas generales puede sostenerse que el bien jurídico protegido por los diferentes países frente a esta clase de eventos suele conceptualizarse como integridad sexual o libertad sexual y contemplar como requisito típico central al consentimiento¹¹. El empleo de violencia

-
- 9 Numerosos son los pronunciamientos de los organismos internacionales de derechos humanos respecto de la necesidad de revisar el abordaje brindado a casos de violencias de índole sexual. La Corte Europea de Derechos Humanos en el caso *M.C. v. Bulgaria* (sentencia del 4 de diciembre de 2003, *Judgment*, Demanda n.º 39272/98) insistió en la necesidad de evitar enfoques limitados que sobreexigen probatoriamente a las víctimas y que “pueden llevar a que ciertos tipos de violación no sean penados y, por lo tanto, ponga en peligro la protección eficaz de la autonomía sexual de los individuos” (párr. 166). El Comité CEDAW en el caso *K. T., V. v. Filipinas* (sentencia del 22 de septiembre de 2010, CEDAW/C/46/D/18/2008) sostuvo que “no debería suponerse [...] que una mujer da su consentimiento porque no se ha resistido físicamente a la conducta sexual no deseada” (párr. 8.5). La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Fernández Ortega v. México* (sentencia del 30 de agosto de 2010, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, n.º 215) afirmó que no puede exigirse a la víctima prueba de la existencia de resistencia física. Es suficiente que haya elementos coercitivos en la conducta del acusado y es esto último lo que debe analizarse. Las Reglas de Procedimiento y Prueba del Estatuto de Roma (2000) establecieron que “el consentimiento no podrá inferirse del silencio o de la falta de resistencia de la víctima a la supuesta violencia sexual” (regla 70). Finalmente, y en el mismo sentido, la Recomendación General número 3 del Comité de Expertas del MESECVI titulada “La figura del consentimiento en casos de violencia sexual contra las mujeres por razones de género” (OEA/Ser.LII/7.10, MESECVI/CEVI/doc.267/21, 7 de diciembre de 2021).
- 10 En el caso argentino el bien jurídico que protege el código criminal es la integridad sexual. En Colombia el legislador prefirió la rúbrica “libertad, integridad y formación sexuales”.
- 11 La Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, en el informe presentado ante el Consejo de Derechos Humanos en abril de 2021, remarcó la existencia de una tendencia universal en los últimos 30 años de incluir de forma explícita la falta de consentimiento en la definición de la violación, conforme los lineamientos del Convenio de Estambul, la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda y la Recomendación General n.º 35 del Comité CEDAW. Contabilizó un total de 71 países que en sus legislaciones definen la violación basada en la falta de consentimiento y recomendó a aquellos que aún no lo han hecho que incluyan de manera explícita su ausencia como elemento típico de estos crímenes. “Los Estados deben especificar que el consentimiento ha de darse

o amenazas ya no deberá ser entendido como sinónimo de falta de consentimiento, pudiendo considerarse ahora el abuso de poder o de una situación de superioridad.

Este cambio que genera un desplazamiento del discurso normativo desde el desarrollo de la acción del sujeto culpable hacia el terreno de la voluntad de la víctima no necesariamente implica la superación de los obstáculos que se vienen señalando en materia de legislación e interpretación de delitos de índole sexual. Y ello en virtud de que, por un lado, el foco continúa posándose en las víctimas (lo que han hecho o dejado de hacer en torno al evento sexual que denuncian) y, por el otro, deben seguir lidiando con creencias tales como que el “no” dado por una persona a veces significa “sí”, que determinadas negativas no significan lo mismo en todos los casos o que un “sí” dado en un contexto determinado resulta extensible a todo otro contexto.

Pero no menos cierto es que este escenario actual habilita debates que hasta ahora resultaban impensables. Es ahora cuando aparece viable discutir qué se entiende por consentir sexualmente, cuáles son las condiciones de posibilidad de ejercitar la autonomía personal por parte de mujeres y personas LGTBIQ+, qué alternativas probatorias surgen conforme la conceptualización que se realice del consentimiento, en tantas otras cuestiones. Sobre estos debates se profundizará en el próximo acápite.

II. “STEALTHING” Y EL CONSENTIMIENTO SEXUAL

El *stealthing*, en tanto práctica sexual engañosa, representa una propuesta para pensar y discutir qué se entiende por consentir y, más puntualmente, qué es el consentimiento de índole sexual.

Este fenómeno se produce en el contexto de una relación sexual que comenzó siendo consentida por las partes intervinientes, pero en el transcurso de dicha relación opera un cambio en las condiciones bajo las cuales se prestó aquel consentimiento inicial, sin recurrir a una “revalidación” de la voluntad, sencillamente porque la conducta desplegada es realizada sin el conocimiento de la pareja sexual y de forma subrepticia (de allí el término en español “sigilo” explicado al comienzo).

Deberemos entonces partir del problema subyacente vinculado a la forma en que se define el consentimiento, un problema de orden interpretativo. Y esto en el entendimiento de que la respuesta que brindemos a estos problemas dependerá de cómo concibamos el consentir sexual: si como una mera disposición al acto sexual o si se reclamará la exteriorización de una voluntad pautando condiciones a cumplirse. Es decir, si se asume una perspectiva puramente subjetiva en la que las voces de las personas afectadas son lo primordial a la hora de tener en cuenta los elementos

voluntariamente, como resultado de la libre voluntad de la persona, teniendo en cuenta el contexto de las circunstancias que lo rodean” (Informe A/HRC/47/26, párr. 85.a).

determinantes del evento o, por el contrario, se atiende a los sentidos socialmente contruidos en torno a las agresiones de índole sexual.

De optar por un abordaje objetivo que tome en consideración esos sentidos colectivos, deberemos adentrarnos en el análisis del riesgo jurídicamente permitido en materia de agresiones sexuales y, si dentro de ese espectro de posibilidades, se encuentran estas clases de conductas engañosas. Las reglas sociales, y no ya una voluntad individual, van a ser las que aporten una guía para comprender qué comportamientos deben ser considerados de antemano agresiones y qué conductas deben quedar por fuera.

En este estadio del análisis parece pertinente ingresar al universo de discusiones relativas a la noción de *consentimiento* y, en particular, de consentimiento de tipo sexual, para comenzar a precisar los motivos por los cuales se afirma que el *stealthing* es una afectación al consentimiento que brindan las mujeres.

Las tensiones existentes en el campo del consentimiento respecto de las condiciones de su vigencia, las motivaciones para su otorgamiento, las pruebas en torno a su (in)existencia, en muchas ocasiones se presentan de forma más palpable (por ejemplo, ante casos de abusos sexuales mediante el uso de violencia física), pero en muchas otras adquieren diversos matices donde la fijación de límites precisos se vuelve una tarea compleja.

Si bien en la amplia mayoría de países existen legislaciones relativas a las violencias sexuales, muy pocas se encargan de definir el consentimiento en términos típicos¹². Su acepción coloquial indica que consentir es “permitir algo” o “condescender en que se haga algo”¹³. Esta definición, que entraña cierta pasividad y se encuentra desprovista de mayores referencias o aclaraciones, permite anticipar lo que se abordará a lo largo de este apartado: el consentimiento jurídico que aquí nos interesa relevar, basado en la idea tradicional de libertad individual, es abordado por la doctrina y jurisprudencia como una relación contractual de tipo sexual producto de dos voluntades libres, autónomas y racionales, sin mayores precisiones respecto de las condiciones de posibilidad de ejercitar esa voluntad por parte de las personas involucradas.

De esta forma debemos prestar atención a la siguiente cuestión: el consentimiento en tanto construcción social también es un terreno de disputa de sentidos. Es un concepto que ha sido moldeado conforme estándares masculinos y los lineamientos propios

12 La Ley de Ofensas Sexuales de 2003 del Reino Unido y el Código Penal de Canadá son dos casos de legislaciones que se dan la tarea de definir el consentimiento de tipo sexual. La primera de ellas entiende que se consiente cuando se acepta por libre elección el participar en una relación sexual. Habla de libertad y capacidad en la toma de decisiones. La segunda lo hace en términos contractuales refiriendo que se trata de un acuerdo voluntario para participar de un evento sexual.

13 Siguiendo el diccionario de la Real Academia Española (2020), se entiende por *consentir* el permitir algo o condescender en que se haga.

del liberalismo jurídico clásico que conciben a un sujeto universal, racional, libre e independiente, tributario de las prescripciones estereotípicas del sujeto masculino activo (sujeto de deseo, propositivo en un encuentro sexual) y la pasividad femenina (son las mujeres, objeto de ese deseo, las que deben aceptar o rechazar una propuesta).

Este punto central, donde se identifica una génesis poco igualitaria en la conformación de la noción de *consentimiento*, ha sido abordado por numerosas teóricas feministas. Carole Pateman, autora de la obra *Contrato sexual*, explica de qué modo el primitivo contrato social de los contractualistas de los siglos XVII y XVIII obedecía a una idea específica de individuos naturalmente libres e iguales, es decir, nacidos iguales y libres entre sí, que de ninguna manera incluía a las mujeres, seres incapaces de desarrollar las capacidades requeridas para prestar consentimiento (1995: 105; 1998: 111).

El contrato sexual que se gesta de una forma indudablemente desigual viene a cumplir un rol fundamental: consolidar las creencias acerca de los caracteres ‘naturales’ de los sexos y del doble criterio o vara sexual para medir las aptitudes y capacidades de mujeres y varones. Susan Estrich advierte ello y apunta que al hablar de fenómenos que involucran el sexo, la legislación y la jurisprudencia ingresan de modo inevitable en el terreno explosivo de los roles sexuales, de la agresión masculina y la pasividad femenina (2010).

Puede afirmarse entonces que el consentimiento se construyó a lo largo de la historia como un elemento típicamente femenino, desempeñando un papel central en la reproducción del sistema de géneros que indica a las mujeres un lugar ausente, de poca o nula participación en la toma de decisiones y en donde deben limitarse a permitir, tolerar o, en el peor de los casos, resistir (Pérez Hernández, 2016).

A lo dicho hasta aquí cabe agregar, tal como lo refieren algunos autores y autoras, que la noción tradicionalmente extendida de *consentimiento* “presupone un acto cuyos parámetros son claros e inmutables”, una especie de fotografía de la situación que se presenta como invariable a lo largo del tiempo y de las condiciones. Pero lo cierto es que se trata de un elemento dinámico, “dependiente de diferentes interacciones performáticas” (Álvarez, 2022), que se presta para una práctica pero que no necesariamente implica su extensión a otras, y que incluso puede ser retirado o reducido en su alcance a lo largo de un mismo encuentro sexual (Faraldo Cabana, 2022).

Los diversos paradigmas consensuales constituyen una forma bastante clara de ejemplificar los modos en que se edifica el concepto de *consentimiento*: mientras uno demanda la necesidad de una manifestación en sentido contrario al evento sexual (paradigma consensual que se ha traducido en el aforismo “no es no”), otro requiere de la comprobación de la concurrencia de una voluntad positiva bajo formas reconocibles (paradigma afirmativo, simplificado en el lema “solo sí es sí”), sin dejar de considerar aquellas miradas que se posan en los contextos en los que suceden los eventos sexuales y exigen una negociación activa y fluida (paradigma comunicativo).

Partiendo entonces de la certeza de que consentir en términos sexuales no se trata de una noción monolítica sobre la cual existen plenos acuerdos, cabe preguntarse dentro de estas construcciones qué lugar se reserva a las relaciones sexuales acaecidas bajo un engaño, máxime cuando en ellas no concurre un medio coactivo como la fuerza o intimidación y sí existe una voluntad direccionada a participar del evento.

A. *Stealthing*, consentimiento y relaciones sexuales engañosas

De lo expuesto hasta aquí puede afirmarse que la doctrina y la jurisprudencia en materia de consentimiento sexual son bastante unánimes en considerar que un acto sexual no es consentido cuando se presenta alguno de los siguientes elementos:

1. La incapacidad de una persona de consentir: el consentimiento es inválido cuando, por ejemplo, intervienen menores de edad.
2. La presencia de coacción en el vínculo sexual, propia de modelos legislativos antiguos: el consentimiento es nulo cuando media coacción bajo forma de amenazas, violencia o intimidación.

Ahora bien, no ocurre lo mismo cuando lo que se discute es la vigencia del consentimiento en el contexto de una relación sexual bajo engaño: de los escenarios indicados, este es el que ha traído aparejados mayores debates.

La raíz de estas discusiones puede rastrearse en la polaridad violación-consentimiento sobre la cual se ha erigido el actual paradigma de delitos sexuales, denominado “de libre consentimiento”. Y es que, tal como se anticipó en párrafos anteriores, el pasaje del requisito típico de la resistencia al del libre consentimiento en realidad “encubre” el hecho de que la existencia de la violación sexual sigue girando en torno al “infausto” par resistencia-consentimiento (Bascary, 2019: 260).

Continuar en la búsqueda de elementos que den noticias de cierta resistencia por parte de las víctimas, por más mínima que ella sea, conduce a una inevitable confusión cuando se pretende entender el sentido y las implicancias de los engaños en el marco de las relaciones sexuales. Precisamente porque en estos casos se presenta cierta “anomalía” en la cual no existe tal resistencia a la violencia y sí se cuenta con una voluntad en dirección afirmativa por parte de quienes luego se ven afectadas por el engaño.

Esa situación difícil de explicar y encasillar dentro de los sistemas penales occidentales actuales requiere, según Rubinfeld (2013), de un replanteamiento de lo que se entiende por *violación-agresión sexual* y una reevaluación del ideal de autonomía de la voluntad que alimenta los actuales paradigmas de consentimiento.

El sigilo, en tanto práctica sexual engañosa, nos traslada a analizar qué se entiende por *engañar*, qué tipos de engaños pueden existir en el contexto de un encuentro sexual, cuáles son los alcances que pueden tener esos distintos tipos y qué respuestas deberían darse en situaciones donde la violencia y la resistencia no son las protagonistas de la relación sexual.

Una aproximación al concepto de *engaño* podemos encontrarlo en aquella definición que nos habla de una intención de quien comunica un mensaje de confundir al receptor. En otras palabras, existe una intención de comunicar un mensaje y que el receptor termine por creer algo que es falso. Esta intención que porta el sujeto emisor del mensaje es el límite entre la acción de mentir y la de confundir (Green, 2013: 117-118)¹⁴.

La primera de ellas, la mentira, es un subtipo de engaño intencional en el que una afirmación es literalmente falsa. El engañar sin acudir a la mentira, esto es, el confundir, implica decir algo que sí es verdad, pero de una forma que el receptor crea algo falso. Hay en esta última una inferencia equivocada de parte del receptor en la cual cierta doctrina cree ver una cuota de responsabilidad (Green, 2013: 220, citando a Adler, 1997).

En este punto resulta oportuno retomar la distinción que Gibson (2020) realiza respecto de los tipos de engaños pasivos y activos, es decir, los casos en que el sujeto A forma una falsa creencia de que el sujeto B es, por ejemplo, cis-género en lugar de trans-género, B no conoce de ese error y, entonces, se constituye un caso donde A está simplemente equivocado, y aquellos supuestos en que B sabe o debería saber de ese error y lo explota o usufructúa de él.

La primera de las situaciones planteadas nos habla de un ardid de tipo “pasivo”, donde B no lo genera de forma intencionada y no se beneficia con él. Esta clase de engaños quedan por fuera del interés estatal criminalizador. En el segundo de los escenarios existe un engaño “activo”, promovido de algún modo por B. Se genera en A el derecho a confiar, por ejemplo, bajo la forma de una promesa a través de la cual se aumentan sus expectativas en que B llevará a cabo tal cosa, por lo que B habrá defraudado tales expectativas si efectivamente no la realiza.

Si bien el autor es consciente de las barreras ontológicas que existen para determinar uno u otro caso, abre aquí una posibilidad de análisis que, para supuestos como el aquí investigado, resulta de suma utilidad. En una primera instancia contribuye a visualizar que la criminalización de este tipo de conductas depende de varios factores: por un lado se requiere que A identifique un elemento decisivo dentro del

14 En similar sentido, Stokke, Andreas (2013). Lying, deceiving and misleading. *Philosophy Compass* 8 (4), 348-359, que distingue entre distintos tipos de engaños según se concrete o no una mentira.

evento sexual (por ejemplo, mantener relaciones sexuales con el uso de preservativo), que A demuestre que B conocía de ese elemento decisivo y que intencionalmente o imprudentemente creó la idea falsa de que lo satisfacía, sabiendo que en realidad no lo estaba haciendo (retira o rompe el preservativo sin anunciar a su pareja sexual).

Los elementos que constituyen este tipo de conductas pueden resultar de difícil probanza, sobre todo cuando se trata de deseos o preferencias internas de cada persona y cuando lo que también entra en discusión es si B sabía o debía haber sabido de la condición impuesta por A y que ésta era un factor decisivo para el acto, esto es, el grado de creencia razonable o no de B en el consentimiento de A (análisis del *mens rea*) (2020: 18). Una vez sorteadas todas esas instancias, además debería poder probarse la intención de B de continuar con la relación sexual de forma engañosa, es decir, de aprovecharse de ese ardíd.

Frente a este complejo escenario se podría sostener que las relaciones sexuales que tienen como base una representación errada producto de un engaño, deben llevar a un reproche diferente a aquel prescrito para los principales delitos de índole sexual, precisamente porque la base de la que se parte es la del asentimiento al acto sexual, extremo que en líneas generales no se verifica en la amplia gama de aquella clase de ilícitos donde se encuentran presentes los elementos coercitivos violencia, amenaza e intimidación.

Esta idea reconoce la necesidad de aplicar lo que Green (2015) llama un enfoque más “matizado” en la forma en que los ordenamientos jurídicos occidentales contemporáneos estructuran de común sus legislaciones sobre delitos sexuales, sobre todo luego del cambio de paradigma normativo que llamamos de “consentimiento libre”, en torno al cual a todo evento sexual ejecutado sin consentimiento le cabe uniformemente un reproche de índole penal.

Una postura amplia en ese sentido considera que cualquier engaño (al igual que cualquier otro medio coercitivo) tiene la virtualidad suficiente como para excluir el consentimiento y, en consecuencia, debe conllevar una sanción. Desde esta óptica se deberían criminalizar todas las relaciones sexuales que fueron consentidas bajo cualquier tipo de engaño: resultará igualmente reprochable el engaño consistente en el retiro subrepticio de un condón y aquel engaño consistente, por ejemplo, en ocultar un estado civil, una determinada clase social o la práctica de un culto religioso en particular.

Optar por un abordaje más restrictivo indica que ineludiblemente debe emprenderse la tarea de diferenciar entre el por qué se consiente (engaño en los motivos que conducen al evento) y el qué se consiente (engaño en el *factum*, en el sentido mismo del acto o en sus condiciones necesarias), e incluso dentro de los propios elementos

motivacionales y materiales, si todos cuentan con la misma entidad asignada socialmente como para importar un reproche jurídico-penal¹⁵.

El sigilo, dentro de esa distinción entre clases de ardidés, se ubica dentro de la segunda. Implica un engaño respecto de una condición material indispensable para el evento que determina que los tipos de contactos físicos que se pretenden y que en concreto se tienen durante el evento sean diversos. Desde esa óptica el error en estos casos va a recaer sobre un aspecto que hace al núcleo material de lo que se consintió, sobre el *factum*¹⁶.

B. *Stealthing*, engaño en las condiciones materiales

El engaño de tipo material, es decir, en las condiciones materiales que hacen al evento sexual, nos habla de una modificación en elementos pactados para que la relación sexual se produzca, sin el conocimiento y la anuencia de una de las partes. Dentro de este amplio universo de condiciones materiales nos encontramos con aquella que hace al objeto de este trabajo: la quita o remoción de la barrera de protección externa sin que la persona conozca de ese cambio.

15 Esta tarea de diferenciación fue emprendida por algunos tribunales que intervinieron en casos de uso problemático de preservativos. A modo ilustrativo, el voto minoritario del Tribunal Supremo de Canadá, que entendió en el caso *R v. Hutchinson* (sentencia del 7 de marzo de 2014, número 19), discriminó de forma expresa estos dos extremos:

[El consentimiento] *no requiere el consentimiento sobre las consecuencias de ese contacto o las características de la pareja sexual, como la edad, la riqueza, el estado civil o la salud. Estas consecuencias o características, aunque potencialmente significativas, no forman parte de la actividad física real que se acuerda. Si los incluyéramos en el significado de la actividad sexual en cuestión bajo el s. 273.1(1), estaríamos penalizando la actividad que frustra los motivos de un denunciante, en lugar de centrarnos en la actividad física no deseada que realmente tuvo lugar* (párr. 88, traducido, adaptado).

16 Consideraciones aparte merecen aquellas lecturas que de forma principal sustentan la diferencia en el riesgo creado frente a la transmisión de enfermedades o infecciones de transmisión sexual o la posibilidad de contraer embarazos no deseados. Si bien resultan atendibles estos extremos, y en este sentido existen proyectos de ley en actual discusión en varios países que contemplan específicamente esta clase de riesgos, lo cierto es que este argumento despertó fuertes críticas vinculadas a la imposibilidad de proceder sin generar estándares diferenciados en aquellos supuestos en que las parejas sexuales no pudieran quedar embarazadas o el acusado no tuviera una enfermedad/infección de transmisión sexual, y por lo tanto tal riesgo concreto al daño físico no exista. A modo de ejemplo pueden mencionarse los siguientes proyectos que contemplan esta perspectiva: el proyecto de ley número 14665-34 (2021) presentado en la Cámara de Diputados y Diputadas de Chile; el proyecto de reforma del Código Penal de Costa Rica (bajo el expediente número 21.513, aprobado en la Comisión de Jurídicos de la Cámara de Diputados en octubre de 2021); el proyecto de ley impulsado por la diputada mexicana María Victoria Mercado Sánchez (2017) que propone una modificación al capítulo segundo “Del peligro de contagio” del Título Séptimo “Delitos contra la salud” del Código Criminal Federal. Finalmente, la ley número 23 (2021) sancionada en la República de Singapur modifica el Código Penal incluyendo la conducta configurativa de *stealthing* teniendo en cuenta los riesgos mencionados.

Por esto se insiste en la idea de que la conducta del *stealthing* tensiona la noción de *consentimiento sexual*. Frente a estos supuestos de engaños en el *factum* surgen dos opciones de abordaje del elemento consensual:

1. Considerar que el consentimiento primigenio es un consentimiento viciado. El vicio en este caso surge producto de un engaño en las condiciones necesarias para el acto sexual. De esta forma, el tratamiento jurídico-legal es el mismo para todo el acto sexual porque se está hablando de un evento con tintes delictivos desde el comienzo.
2. Considerar el consentimiento primigenio uno diferente al consentimiento presente en el momento en que el acto sexual cambia sus condiciones. En este supuesto se estaría frente a dos actos sexuales distintos que, en consecuencia, tal como ya se refirió, merecen un abordaje jurídico-legal diverso y que en la práctica podría tener repercusiones atendibles si se toma en cuenta que el consentimiento inicial prestado y tenido por válido lo fue, por ejemplo, al acto de penetración.

Una diferencia sustancial que existe de optar por uno u otro camino: mientras que la primera opción niega la validez del consentimiento inicial, el segundo admite dicha validez y circunscribe el objeto del consentimiento al evento sexual con protección. La primera opción presupone una relación sexual delictiva desde el comienzo y en la segunda la agresión/abuso comienza exactamente cuando se retira la barrera protectora.

En la primera hipótesis el análisis y la respuesta esperable desde el universo jurídico son más lineales que en el segundo. El problema es que esta consideración equi-para el consentimiento brindado bajo engaño a la ausencia total de consentimiento y conduce a posicionamientos que restan capital decisorio a sujetos que históricamente fueron objetivados bajo las lógicas de paradigmas anteriores al del libre consentimiento. Recordemos que el consentimiento en su acepción tradicional ha presupuesto un sujeto femenino pasivo y sumiso que se limita a conceder o rechazar.

El cambio de paradigma que revaloriza la voluntad de las mujeres en el ejercicio de sus sexualidades es asumido como una victoria histórica de los feminismos y, más puntualmente, de los feminismos jurídicos. La posibilidad de consentir un encuentro sexual es una manifestación de ese cambio interpretativo en torno al cual las mujeres son sujetos de derecho con potencial de decidir sobre sus sexualidades y no meros receptáculos del deseo masculino. Considerar que, en casos como estos, dichos encuentros sexuales resultan delictivos desde el comienzo implica restarle valor a lo decidido por ellas en un inicio.

La segunda de las opciones que nos habla de dos actos sexuales diversos entre sí porque diversos son en su contenido lleva al interrogante relativo a qué ocurre con el consentimiento una vez que operan los efectos del actuar engañoso.

Podría decirse que bajo la distinción entre los tipos de engaño que pondera criminalmente a aquellos que versan sobre el *factum* en verdad no se produce una verdadera variación en los criterios de abordajes porque se continúa insistiendo en el engaño en sí mismo como lo que “(re)define el acto sexual consentido” (Castellví Monserrat y Mínguez Rosique, 2021), al igual que, por ejemplo, se lo podría hacer con una relación sexual fraudulenta que versa sobre la pertenencia a una clase socio-económica o a un culto religioso en particular. En ambos casos, sea por la motivación o por el elemento material, es el propio engaño lo que modifica la relación sexual.

Entonces, ¿qué es lo que hace del *stealth* un acto sexual que merece un reproche y que no se encuentra presente en las otras conductas fraudulentas? Porque si lo que se quiere es evitar los riesgos de sobrecriminalización de toda conducta engañosa sin descuidar un posible reproche ante casos de sigilo, entonces no puede sancionarse el *stealth* únicamente por el engaño que en sí mismo representa. Se vuelve necesario encontrar otros motivos y, en ese sentido, un argumento que podría ensayarse es el vinculado a que se trata de dos actos distintos aquel realizado con preservativo y aquel que prescinde de él. Existen dos relaciones sexuales, la primera de ellas válida (por contar con protección) y la segunda fraudulenta, en consecuencia, inválida (por no contar con protección).

Es esa situación la que habilita considerar entonces la posibilidad de un reproche, porque en concreto no se trata de la relación sexual para la que se brindó el acuerdo. El cambio en el contacto físico que opera en estos casos, a modo de ver de algunos doctrinarios y doctrinarias del derecho penal y de determinada jurisprudencia en materia de uso problemático de preservativo, se vuelve el elemento dirimente en la relevancia del engaño, es aquello que (re)define el contenido del acto sexual.

Es un componente distintivo del resto de los engaños en materia de relaciones sexuales, en los que el fraude sobre un estado civil, una condición económica o la utilización de una píldora anticonceptiva, no modifica el tipo de contacto físico. La presencia de un preservativo constituye una barrera física “lo suficientemente trascendente” como para definir un acto sexual como consentido o no, explican Castellví Monserrat y Mínguez Rosique (en similar postura, el referido voto en minoría del caso *Hutchinson*, 2014; entre otros)¹⁷.

Lo que se plantea aquí es la posibilidad de que el contacto directo de los cuerpos tenga una significación propia, porque la barrera física que impone el preservativo,

17 Este voto afirma que “el derecho a determinar cómo debe ocurrir el contacto sexual abarca claramente el derecho de una persona a determinar dónde se toca el cuerpo y por qué medio. En esencia, este caso se refiere al derecho reconocido en *Ewanchuk* de determinar cómo se llevará a cabo el contacto sexual” (párr. 83). Véanse también los casos *R v. Ewanchuk* del Tribunal Supremo de Canadá (caso 330, sentencia del 25 de febrero de 1999, párr. 28) y *R v. Kirkpatrick* de la Corte de Apelaciones de la Columbia Británica (caso 136, sentencia del 13 de mayo de 2020).

en la práctica habitual de las relaciones sexuales, muchas veces se utiliza con los mismos objetivos que las píldoras anticonceptivas o los procedimientos de esterilización por vasectomía (sin soslayar, claro está, la prevención de contagio de ETS/ITS). Lo que viene a representar aquí el uso de un condón es el efectivo ejercicio del *right to self-possession* (dominio o posesión sobre nuestros propios cuerpos) del que nos habla Rubinfeld (2013). La posibilidad de controlar el contacto físico que se desea tener y que, modificado en sus condiciones, determina que un acto sexual se torne distinto.

Sin embargo, no debe obviarse que esta solución puede llevar a situaciones complejas en las que, por ejemplo, la rotura de un condón no sea considerada una variación definitiva del acto sexual, en virtud de que la diferencia física entre usar un condón y que éste se rompa “resulta despreciable”. Iguales complejidades acarrear situaciones en las que la no utilización del preservativo fue pactada y finalmente se lo utilizó sin conocimiento de la pareja sexual, conocido este último caso como “*stealthing* inverso” (Castellví Monserrat y Mínguez Rosique, 2021).

Desde mi punto de vista, el elemento físico es definitorio a la hora de brindar respuestas a esta clase de problemas. De igual modo que lo es el conocimiento que se tenga sobre los cambios que se produzcan. Pero, en este punto, considero que se requiere de algún dato más que contribuya a brindar una respuesta más precisa para estos casos. En esa línea podría analizarse si en el particular existió una concreta afectación del bien jurídico que la norma intenta proteger¹⁸.

18 Claus Roxin, retomando a Gunther Arzt (1970), restringe el abordaje criminal de los engaños a los supuestos en los que conducen a un error referido al bien jurídico que intenta protegerse. En otras palabras, “cuando el que consiente yerra sobre el modo, dimensión o peligrosidad de la renuncia al bien jurídico; no, por el contrario, cuando su error sólo se refiere a una contraprestación esperada” o a circunstancias que no se refieren al bien jurídico en sí mismo y versan sobre puntos “insignificantes” (1997: 543).

Para graficar estos extremos introduce dos ejemplos, el primero de ellos involucra un engaño pasible de reproche penal, mientras que el segundo, al versar sobre elementos que no refieren al bien jurídico protegido por la norma, no resulta alcanzado por un castigo. El primer ejemplo nos habla de una persona que consiente en que otra le ponga una inyección calmante, pero esta última le ha ocultado que esa inyección tiene efectos perjudiciales para la salud. En el segundo caso, una persona manifiesta a una organización de ayuda que está dispuesta a donar sangre a cambio de determinados honorarios y es engañada por el representante de la organización respecto de su capacidad de pago, por lo que finalmente la donante no recibe ningún dinero a cambio.

Mientras que en el caso de la inyección la persona no estaba anoticiada de algo que hace a la protección del bien jurídico principal, la integridad corporal, en el supuesto de la donación de sangre, el error no afecta a la intensidad y la peligrosidad de la intervención corporal, sino sólo a la contraprestación. En el primer ejemplo el ocultamiento de la dimensión del perjuicio corporal que le fue ocasionado con la inyección torna ineficaz su consentimiento. En el siguiente ejemplo, el consentimiento sigue siendo válido porque se prestó en relación con un determinado bien jurídico y ese bien no fue afectado. “La defraudada confianza en la contraprestación no excluye esta libertad según baremos jurídicos porque aquella sólo está protegida a tenor del tipo penal de la estafa [...]. No hay necesidad alguna de admitir junto a ello además una lesión” (1997: 543).

En otras palabras, corresponde preguntarse si frente a esos casos, primero, resulta viable la aplicación de sanciones de índole penal por resultar la conducta de escasa relevancia jurídica en términos de afectación de un bien jurídico protegido normativamente (por ejemplo en el caso del *stealththing* inverso) y, en segundo término, si el reproche que se dispense debe ser por la violación a un tipo penal de abuso-agresión sexual o sí, por el contrario, se deben considerar figuras de otro orden como ser las lesiones que, en el caso del Código Penal argentino, incluyen los daños a la salud de las personas.

Posando la mirada en el autocontrol que se ejerció o no en el evento sexual, se deberá analizar en lo futuro de qué forma todo lo expuesto hasta aquí respecto del sigilo puede quedar comprendido en el actual estado normativo local relativo a los delitos sexuales. De qué modo el *stealththing*, práctica sexual engañosa con suficiente virtualidad como para generar un reproche, puede quedar abarcada conforme los tipos penales ya existentes o si requerirá de una respuesta diferente a aquella que se reserva hoy para el resto del universo de delitos sexuales.

III. REFLEXIONES FINALES

La práctica del *stealththing*, al igual que las otras prácticas mencionadas al comienzo de este trabajo, viene a reeditar aquellos históricos debates en torno a lo que doctrina y jurisprudencia en materia de agresiones sexuales considera como consentimiento sexual y ejercicio autónomo de la voluntad.

Una primera tarea a emprender es la de significar tanto el *stealththing* como aquellos otros fenómenos sexuales que involucran a las mujeres en un comienzo de forma consentida (envío de material sexual a través de redes sociales –*sexting*–, por ejemplo) y que luego devienen en conductas que avasallan sus autonomías personales.

Intentar sanear esa desigualdad epistémica en la que ineludiblemente se deben contemplar las dimensiones socioculturales (significancias y sentidos colectivamente creados en torno a los eventos sexuales), así como las implicancias que para las personas individuales acarrea (daños a la sexualidad, a la salud, traumas emocionales).

Más adelante el dogmático alemán introduce ejemplos en materia de consentimiento sexual para sostener que son impunes los casos de personas que inducen a otras a mantener relaciones sexuales bajo falsos pretextos, como por ejemplo cuando se efectúan promesas de matrimonio que no fueron formuladas en serio (1997: 546). De esta forma, aún sin distinguir entre *factum* e *inducement*, conforme las posturas antes mencionadas, concluye en una diferenciación que excluye de penalidad la amplia gama de errores basados en los motivos que conducen al evento sexual. En esta oportunidad por considerar que no versan sobre elementos esenciales del bien jurídico que se busca proteger.

Tal como afirma Tamar Pitch, “la precondition para percibir y nombrar, tanto como para descubrir, es estar en condiciones de ver y de nombrar de una manera”, lo que “necesariamente implica un cambio en la distribución del poder” (2003a: 254). El desarrollo de la cultura feminista y de una perspectiva de género en materia jurídico-legal puede contribuir a modificar la percepción que se tiene de la violencia sexual y habilitar nuevas vías para abordar este fenómeno, tal como se viene haciendo desde el pasaje del paradigma de la “coacción” al paradigma del “libre consentimiento”.

Los Estados americanos han asumido el compromiso internacional de adoptar medidas que aseguren la prevención, investigación, sanción y reparación de los actos de violencia contra las mujeres, dentro de las cuales el acceso a la justicia de las mujeres que padecen violencias sexuales y su derecho a obtener una respuesta oportuna y efectiva, debe ser contemplado.

En ese sentido, respecto de la variación legislativa del modelo basado en la coacción al modelo del libre consentimiento, ya lo ha advertido la doctrina crítica feminista, se vuelve infructuosa si se pretende impulsar un cambio de denominación sin acompañarlo de una transformación estructural que cuestione los basamentos sociales sobre los que se erigen las nociones imperantes en materia de sexualidades. “Son los peligros de dirigir los esfuerzos a ‘reconceptualizar’ conceptos jurídicos y no a apreciar la experiencia humana” (Hercovich, 2000: 316).

Las legislaciones en esta materia deben estar en sintonía con los nuevos paradigmas de consentimiento sexual que se distancian de los estereotipos de género que postulan a las mujeres como sujetos pasivos del deseo sexual. Estos modelos ponen el acento en los contextos de circunstancias-referencias y someten al consentimiento a un proceso de contextualización o historización acorde a los estándares fijados internacionalmente en materia de violencias hacia las mujeres.

En este sentido el modelo comunicativo de consentimiento brinda unas herramientas útiles para habilitar una lectura de los hechos en su contexto. Permite un análisis del caso individual a la luz de estructuras internas y externas de las personas que las atraviesan y determinan en su actuar. Son las circunstancias circundantes, los contextos de relaciones, los que en la amplia mayoría de casos brindan información valiosa para interpretar el consentimiento o los consentimientos brindados en una relación sexual.

La premisa de la libertad de decisión en materia sexual encuentra limitaciones en conductas como la aquí investigada, frente a las cuales las respuestas institucionales actuales no parecen ser satisfactorias. La propuesta es propiciar un “microclima hermenéutico más inclusivo” donde puedan pensarse y crearse sentidos diversos que habiliten respuestas a esta problemática acordes a los estándares internacionales de derechos humanos de las mujeres.

BIBLIOGRAFÍA

Acale Sánchez y Faraldo Cabana (2018). *La manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Adler, Jonathan (1997). "Lying, Deceiving, or Falsely Implicating", *Journal of Philosophy*, 94, 435-452.

Álvarez, Javier (2022). *Debates actuales sobre violencia sexual: consentimiento, concurso de delitos, autoría, prueba prescripción*, Editores del Sur, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Arroyo, Roxana y Valladares, Lola (2009). "Derechos humanos y violencia sexual contra las mujeres". En Ávila Santamaría, Salgado y Valladares (comps.). *El género en el derecho. Ensayos críticos* (pp. 397-464). Ministerio de Justicia y Derechos Humanos Ecuador.

Arzt, Gunther (1970). *Willensmängel bei der Einwilligung*. Frankfurt: Athenäum Verl.

Bascary, M. Lourdes (2019). "El consentimiento, la libertad sexual y el deseo". En *Feminismos y política criminal. Una agenda feminista para la justicia*, INECIP.

Brodsky, Alexandra (2017). "Rape-adjacent": imagining legal responses to nonconsensual condom removal. *Columbia Journal of Gender and Law*, 32 (2), 183-210. Disponible en: <https://journals.library.columbia.edu/index.php/cjgl/index>.

Castellví Monserrat, C. y Mínguez Rosique, M. (2021). "Con sigilo y sin preservativo. Tres razones para castigar el *stealth*". En *Revista de Derecho Penal* (pp. 154-173). Santa Fe: Rubinzal Culzoni.

Ebrahim, Sumayya (2019). "I'm not sure this is rape, but: an exposition of the *stealth* trend". En *Sage Open*, 1-11.

Estrich, Susan (2010). "Violación". En Di Corleto, Julieta (comp.). *Justicia, género y violencia* (pp. 57-84). Buenos Aires: Librería.

Faraldo Cabana, Patricia (2022). "Hacia un modelo comunicativo del consentimiento en el delito de violación". En Arduino, I. Di Corleto, J. (comps.). *Jornadas Justicia Penal, Géneros y Enseñanza del Derecho*, pp. 65-90, Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales-INECIP, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Fricker, Miranda (2017). *Injusticia epistémica. El poder y la ética del conocimiento* (e. o.: 2007). España: Herder.

Gibson, Matthew (2020). "Deceptive Sexual Relations: A Theory of Criminal Liability". En *Oxford Journal of Legal Studies*, 40 (1), 82-109.

Green, Stuart P. (2013). *Mentir, hacer trampas y apropiarse de lo ajeno. Una teoría moral de los delitos de cuello blanco*. Madrid: Marcial Pons.

Green, Stuart P. (2015). *Lies, Rape, and Statutory Rape*. Cambridge U. Press, 194-253.

Hercovich, Inés (2000). "La violación sexual: un negocio siniestro", Birgin H. (comp.). *El género del derecho penal: las trampas del poder punitivo*, pp. 295-316, Biblos, Buenos Aires.

Llaja, Jeannette y Silva, Cynthia (2017). "La tipificación de los delitos contra la libertad sexual en Sudamérica". En Di Corleto, Julieta (comp.). *Género y justicia penal* (pp. 141-179). Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Didot.

Mazzaferrri, Laura y Roteta, Laura (2022). *Sextorsión. Cuando se cruzan la corrupción y la violencia de género*. En Colección Tópicos de la Justicia Penal Federal. Tomo 1. Corrupción. Editores del Sur.

Pateman, Carole (1995). *El contrato sexual*. Barcelona: Anthropos, México: Universidad Autónoma Metropolitana.

Pateman, Carole (2018). *El desorden de las mujeres: democracia, feminismo y teoría política*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Prometeo Libros.

Pérez Hernández, Yolíniztli (2016). "Consentimiento sexual: un análisis con perspectiva de género". *Revista Mexicana de Sociología*, 78 (4), pp. 741-767. Disponible en: <http://revistamexicanadesociologia.unam.mx/index.php/rms/issue/view/4359>.

Pitch, Tamar (2003a). *Responsabilidades limitadas. Actores, conflictos y justicia penal*. Colección Criminologías (pp. 251-293). Buenos Aires: Ad-Hoc.

Restrepo Saldarriaga, Esteban (2021). "Regalos envenenados: ¿viejas moralidades bajo nuevos ropajes?". En Miller, Alice y Roseman, Mindy (comps.). *Más allá del vicio y la virtud. Por qué la ley penal puede ser una herramienta (o un obstáculo) para defender los derechos sexuales, reproductivos y de género* (pp. 309-341). Buenos Aires: Siglo XXI editores.

Rodríguez, Marcela (2000). "Algunas consideraciones sobre los delitos contra la integridad sexual de las personas". En Birgin, Haydée (comp.). *El género del derecho penal: las trampas del poder punitivo* (pp. 137-174). Buenos Aires: Biblos.

Roxin, Claus (1997). *Derecho penal. Parte general*. Tomo I. Madrid: Editorial Civitas.

Rubinfeld, Jed (2013). “The Riddle of Rape-by-Deception and the Myth of Sexual Autonomy”. En *The Yale Law Journal*, 122, 1372-1443.

Sequeira, Leslie (2021). *Sextorsion. Una nueva manifestación de violencia contra las mujeres basada en género*. Suiza: The Global Initiative Against Transnational Organized Crime.

Stokke, Andreas (2013). “Lying, deceiving and misleading”. *Philosophy Compass* 8 (4), 348-359.