

El delito de violación sexual mediante engaño y su adecuada ubicación en la norma penal como propuesta para la correcta protección de la libertad sexual

The crime of sexual violation through deception and its proper placement in criminal law as a proposal for the correct protection of sexual freedom

Vivian Ilanicg Castañeda Olivera*¹

Universidad de San Martín de Porres (Chiclayo, Perú)

vivian_castaneda@usmp.pe

<https://orcid.org/0009-0007-6597-3312>

Recibido: 01/08/2024

Aceptado: 13/10/2024

Publicación online: 18/12/2024

*Autora corresponsal

¹Abogada

Cómo citar este trabajo



Castañeda Olivera, V. I. (2024). El delito de violación sexual mediante engaño y su adecuada ubicación en la norma penal como propuesta para la correcta protección de la libertad sexual. *Chornancap Revista Jurídica*, 2(2), 33-46. <https://doi.org/10.61542/rjch.92>

RESUMEN

El delito de violación sexual mediante engaño tipificado en el artículo 175 del Código Penal Peruano presenta una incorrecta ubicación legislativa, por lo que el objetivo de esta investigación es postular una reubicación de este delito hacia el tipo penal base de violación sexual en el artículo 170 del Código Penal Peruano, utilizando como medio para lograrlo el análisis del concepto de “entorno” en el que la víctima no puede dar su libre consentimiento. Es así que, mediante este ejercicio, la definición de “entorno” se amplía como el conjunto de condiciones tanto externas como internas que influyen en el consentimiento del sujeto pasivo, resaltando las condiciones internas como aquellas producidas dentro de la mente humana mediante la formación de una idea o escenarios en la víctima con la finalidad de consentir el acto sexual. Con este nuevo concepto, se incluye el delito de violación sexual mediante engaño dentro del delito base de violación sexual. Esto permitirá visibilizar y criminalizar conductas lamentablemente normalizadas como el stealthing, utilizando para esta labor el método de investigación deductivo.

Palabras clave: Violación sexual, Derecho Penal, Reforma jurídica, Aplicación de la ley, Derecho comparado.

ABSTRACT

The crime of sexual violation through deception typified in article 175 of the Peruvian Penal Code presents an incorrect legislative location, so the objective of this investigation is to postulate a relocation of this crime to the base criminal type of sexual rape in article 170 of the Peruvian Penal Code, using as a means to achieve this the analysis of the concept of “environment” in which the victim cannot give free consent. Thus, through this exercise, the definition of “environment” is expanded as the set of both external and internal conditions that influence the consent of the passive subject, highlighting the internal conditions as those produced within the human mind through the formation of an idea or scenarios in the victim with the purpose of consenting to the sexual act. With this new concept, the crime of rape by deception is included within the base crime of rape. This will make it possible to make visible and criminalize unfortunately normalized behaviors such as stealthing, using the deductive research method for this work.

Keywords: Sexual violation, Criminal law, Legal reform, Law enforcement, Comparative law.

Introducción

Cuando tuve la oportunidad de analizar un caso en esta materia, quedaron sobre mi escritorio múltiples apuntes y dudas respecto al tratamiento que se le da al delito de violación sexual en el Perú. Evidentemente, para lograr responderlas, encontraba una investigación que satisfacía esa necesidad de saber cómo los conceptos se comportaban en la práctica; sin embargo, al reconocer la palabra “entorno” dentro de la redacción del artículo 170 del Código Penal Peruano¹ vi una oportunidad de replantear lo que ya se conocía y ampliar su definición.

A raíz de esto, observé que una nueva definición del entorno en el que se le impide a la víctima dar su libre consentimiento no solo me permitiría conocer más acerca de su aplicación en casos locales; puesto que, adicionalmente pude conocer otras historias a nivel internacional donde la correcta aplicabilidad del concepto de “entorno” contribuía con la adecuada protección del bien jurídico de libertad sexual y la visibilizarían de nuevas conductas, lamentablemente normalizadas, como el stealthing.

Es así, que, para una labor como esta, debemos ser conscientes de la realidad nacional. En ese sentido, debemos advertir que los delitos sexuales representan el grado más alto en criminalidad dentro de los Centros Penitenciarios en nuestro país, cuya solución no se encuentra principalmente en manos del poder judicial o el poder legislativo con la elaboración de textos más rígidos, siendo el poder ejecutivo el encargado de mejorar las bases educativas y familiares en niños

¹ Señala: “El que, con 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 esta a tener acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza cualquier otro acto análogo con la introducción de un objeto o parte del cuerpo por alguna de las dos primeras vías (...)”.

y adolescentes, con la finalidad de prevenir conductas como la analizada en estas líneas (Reátegui Sánchez, 2015, p. 171)

Al respecto, comparto la importancia del rol del poder ejecutivo; sin embargo, considero que en delitos consumados no es posible, como en la vida misma, retroceder el tiempo para aplicar estrategias de fortalecimiento familiar en los agentes que ya han cometido el delito. Entonces, ya no estamos en una fase inicial de prevención, pues esta investigación tiene otros matices que propiciarán un mejor panorama práctico.

Es en este contexto que el objetivo principal es ubicar correctamente la conducta tipificada en el artículo 175 del Código Penal Peruano² dentro del tipo penal base, evidenciando que en la actualidad no corresponde su separación bajo una modalidad distinta, lo cual adicionalmente permitiría visibilizar conductas producidas por el engaño a víctimas mayores de 18 años, no solo en el rango reducido por el artículo citado, es decir, para mayores de 14 y menores de 18 años, aplicando así lo mencionado por Caro Coria (1999), quien resalta que la exigencia de la tipicidad del hecho forma parte de las garantías de la víctima; de esta manera, toma sentido la protección de toda persona y sociedad (p. 11).

Para lograrlo, esta investigación se segmentará en dos partes principales; donde en la primera, se realizan valoraciones con relación al entorno en el que la víctima brinda el consentimiento; mientras que en la segunda, se presenta una propuesta final permitiendo ubicar la conducta descrita como violación sexual mediante engaño dentro del medio comisivo de “cualquier otro entorno que impida a la persona dar su libre consentimiento”, como parte del artículo 170 del Código Penal Peruano, ampliando así un mayor rango de protección, sin obviar el objetivo central de tutela a las víctimas adolescentes.

1. Más allá del consentimiento

1.1. Una aproximación a la definición del consentimiento con relación a la libertad sexual

El consentimiento como parte de una estructura contractual ha cumplido con captar la atención de quienes procuran su estudio en materia civil; sin embargo, a criterio de esta autora, son cada vez menos los que incluyen en su exploración un interés distinto. Desde esta breve premisa, es posible evaluar al consentimiento en conductas lesivas, ya estén presentes o no lo estén aún en nuestro sistema jurídico penal.

² Prescribe: “El que, mediante engaño tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza cualquier otro acto análogo con la introducción de un objeto o parte del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, a una persona de catorce años y menos de dieciocho años será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de nueve años.”

A nivel histórico (entre los años 170 a 228 d. C), Ulpiano precisa la siguiente frase: "*nulla iniuria est, quae in volentem fiat*", cuya traducción relata que todo acto ejecutado con voluntad de quien es lesionado no constituye injusto. En su significado, el consentimiento puede interpretarse en base a una advertencia; es decir, que el acto inicial permitido (acto ejecutado con voluntad de quien es lesionado) ocasiona inevitablemente un perjuicio que necesariamente deba ser conocido por el titular del bien jurídico.

En virtud de esto, un concepto apropiado para los fines del texto debe contener más que lo anterior, es decir, una definición como la primera no es suficiente para lo que pretendemos analizar. Por esto, iniciamos identificándonos con lo afirmado por Mir Puig (2006) quien sostuvo que, para la exclusión de la responsabilidad penal, el consentimiento merece la existencia de alguien que acepta determinadas condiciones para llevar a cabo una conducta, que potencialmente constituye un delito cuando las circunstancias iniciales no se cumplan (p. 509).

En una visión contemporánea, el consentimiento no siempre se limita a un estado de alerta, donde inicialmente se advierta una posible afectación y a pesar de esto se continúe; por el contrario, quien es titular de un bien jurídico cuya disponibilidad se encuentre permitida, es capaz de manifestar su voluntad porque así lo desee, contribuyendo a su desarrollo, sin representarse en un escenario negativo para este.

Entonces, adoptamos una postura inicial que justifica una definición con relación al bien jurídico de libertad sexual, pues si el consentimiento es brindado sobre la base de algo y no se cumple, sus términos se invalidan, ocasionando una conducta diferente; es decir, un acto sexual no consentido. Esto, a diferencia de otras posturas, establece una relación lógica basada en un acuerdo y aceptación previa (antes de la comisión del hecho típico) y el resultado de su realización, donde lo primero necesita ser cumplido para que lo segundo pueda suceder en la realidad.

1.2. Introducción del consentimiento al tipo penal base

Antes del año 2018, el delito de violación sexual en nuestra legislación peruana contaba con dos medios comisivos, la "violencia" o "grave amenaza"; sin embargo, estos pasan a la esfera tradicional, permitiendo así la incorporación de un "entorno de coacción o cualquier otro que impida a la persona dar su libre consentimiento", a partir de la modificación del artículo 170 por la Ley 30838.

La Comisión legislativa justificó esta reforma en base a datos extraídos de la realidad, donde el delito de violación sexual no se limita a la ejecución de actos violentos o intimidantes sobre la víctima, sino también en supuestos donde el consentimiento sea inválido.

Este marco legislativo se relaciona con lo mencionado por Valega (2021), dado que, si las condiciones que posibilitan la interacción sexual no son consentidas, resulta suficiente para atribuirle al sujeto activo la realización de la conducta típica del delito de violación sexual (p. 11).

Observamos que la definición de “entorno” con relación al propio texto del código resulta limitada y poco atendida por la dogmática penal y jurisprudencial, siendo interpretado de forma literal como el lugar o ambiente en el que se somete a la víctima para realizar actos de connotación sexual, sin poder mostrar su conformidad. Este concepto imposibilita la subsunción de otras conductas donde el escenario que la víctima percibe no es desfavorable.

En tal razón, debemos observar alrededor de la situación para considerar que el entorno es más que su forma física, añadiendo la siguiente idea: El entorno como componente del artículo 170 del Código Penal Peruano es el conjunto de condiciones tanto externas como internas que influyen en el consentimiento del sujeto pasivo.

Las condiciones externas e internas son gestadas por el sujeto activo, pero en el segundo supuesto, estas se producen en la mente humana mediante la formación de una idea o escenarios en la víctima, creando las condiciones necesarias para su consentimiento.

Con especial énfasis en las condiciones internas, no siempre parten de la amenaza, coacción o la inviabilidad de estar en un ambiente diferente y repeler la conducta típica. Imaginemos que “A” brinda su consentimiento para mantener relaciones sexuales con “B” en un ambiente en el que pueden desarrollarse libremente, pero “A” previamente exterioriza su deseo de no ser madre a “B”, quien promete a petición de “A” llevar a cabo el acto utilizando un profiláctico; sin embargo, “B” decide no cumplir con tal condición fingiendo lo contrario, haciendo el ademán de colocarse el preservativo para que “A” piense que las condiciones por las que aceptó se efectúan.

En la narración anterior no se verifica la existencia de un ambiente en el que “A” no pudo proporcionar su consentimiento de forma libre; todo lo contrario, “B” ejecuta el acto con anuencia de quien lo acompaña. En tal caso, bajo la interpretación literal de la definición de entorno con relación al tipo penal de violación sexual, la conducta sería atípica.

Un panorama diferente se avizora con la aplicación de la definición propuesta líneas arriba. Si entendemos al entorno como el conjunto de condiciones tanto externas como internas que influyen en el consentimiento del sujeto pasivo, el caso propuesto sería plenamente compatible con el tipo base, sin la necesidad de crear una nueva modalidad para la protección de la libertad sexual de “A” ; que adelante, fue objeto de vulneración por parte de “B”, ya que el consentimiento invalidado a causa del engaño (condición interna del entorno) no es consentimiento; y en consecuencia, forma parte de la configuración del delito de violación sexual.

Desarrollar conceptos más compatibles con la finalidad de cualquier tipo penal siempre permitirá la correcta protección del bien jurídico. Entonces, una visión interpretativa más amplia permite identificar problemas no reconocidos y lamentablemente normalizados, olvidando que la interpretación en el derecho actúa como la búsqueda del valor de la norma, extendiéndose a la aplicabilidad de cada caso (García Caveró, 2012, p. 54)

1.3. El engaño como vicio de voluntad

En palabras de Chang Kcomt (2017), el inicio de la autorrealización personal, entendida como el desarrollo progresivo en determinadas áreas de la vida humana, es la libertad, sobre la que se dispone del bien jurídico (p. 372).

Ahora bien, entendiendo que esta “disposición” tiene previamente un fin, sería inaceptable que en la ejecución de determinadas acciones se desconozcan o ignoren las razones que motivaron la libre aceptación.

Ubicándonos en el caso anterior (“A” y “B”), una variable diferente a los sujetos sería el bien jurídico de libertad sexual, cuya disposición se manifestó en consecuencia de la promesa y acción ficticia de “B”. Este último no sometió a “A” mediante amenaza, mucho menos con el uso de una fuerza física, sólo fue necesaria una mentira.

Este es un ejemplo para entender que el engaño como vicio de voluntad invalida el consentimiento; en algunos casos, no deja rastro al inicio y durante la acción, lo que puede confundirse con la falta de lesividad al bien jurídico y no criminalización de una conducta normalizada.

Lamentablemente, ha quedado como precedente el Recurso de Nulidad 1628-2004 – Ica, donde se advierte desde el análisis del delito de seducción (hoy denominado violación sexual mediante engaño), que el engaño cumple con la finalidad de facilitar la realización del acto sexual, mas no de conseguir el consentimiento de la víctima. Esto nos lleva al siguiente cuestionamiento: Si la conducta requiere de la acción “acceso carnal”, para facilitar este acceso ¿No se genera una intervención en el consentimiento de la víctima?, ¿El engaño no es un medio para lograr el acceso carnal?

Evidentemente, “facilitar” el acceso carnal con el uso de un medio fraudulento como el engaño tiene como finalidad, en casos como estos, conseguir el consentimiento de la víctima, pero de manera viciada; en consecuencia, es necesario entender que el engaño como un vicio de voluntad imperceptible impide al sujeto pasivo actuar de otra manera.

Al respecto, la doctrina también establece tipos de engaño, que en suma solo son representaciones de casos diferentes; y claro, es necesaria la notoriedad de estos, pero algo más interesante desde esta tribuna es el análisis de la diferencia entre “engaño” y “error”.

Para este fin citamos nuevamente a Mir Puig (2006) quien concluye que el consentimiento de la víctima producto de un error no es suficiente en delitos de connotación sexual, pues la única manera para plantearnos la existencia de un posible delito es si este error es producto del engaño del autor (p. 520).

Asimismo, Jescheck & Weigend (2014) afirman que tanto el engaño como el error afecta la ineficacia del consentimiento producto de la intervención del sujeto activo en la esfera jurídica de la víctima (p. 612).

Conociendo estas dos grandes referencias, nos corresponde aclarar lo siguiente: Un primer aspecto es el error como motivo de ineficacia del consentimiento, mientras que el segundo es determinar si todo error genera responsabilidad en el sujeto activo.

La distinción es necesaria, ya que no es lo mismo actuar por error que inducir al error, siento este último el que se produce como parte de la conducta del sujeto activo, mientras que el error por sí solo no genera responsabilidad. Si una mujer pretende tener relaciones sexuales con el hermano gemelo de su pareja, bajo la creencia de estar frente a la persona correcta, estamos ante un error, pero si el hermano gemelo genera mediante palabras o acciones credibilidad en la víctima para acceder carnalmente, el error sí es producido por este y se configura el engaño.

Otro aspecto particular se encuentra en las condiciones sobre las que se brinda el consentimiento; por ejemplo, el uso de preservativo durante el acto sexual es una condición para quien no desea procrear o con la finalidad de prevenir el contagio de una enfermedad de transmisión sexual. Esta condición es válida, ya que no sugiere la comisión de un delito previo; sin embargo, si una condición se basa en causar previamente la muerte de otro, claramente no podrá manifestarse por ser contraria a la norma penal.

Esto fue motivo de análisis por Castellví Monserrat & Mínguez Rosique (2021), quienes proponen que para la protección de la libertad sexual no debe evaluarse la forma en la que es ejercida por el titular; es decir, no se debe distinguir entre una elección adecuada o inadecuada.

El problema no es definir una elección como buena o mala, sino como condiciones permitidas y no permitidas, tomando como eje las reglas de nuestro ordenamiento jurídico. Por este motivo, se hizo la advertencia al iniciar este epígrafe, ya que para el desarrollo de la libertad sexual o de cualquier libertad no se puede aceptar cualquier término que parta de la comisión de otros delitos o conductas lesivas. En consecuencia, lo que importa no es la relevancia de las

condiciones o, como algunos autores sugieren, “la relevancia del engaño”, sino que sean penalmente permitidas; sólo a partir de este enfoque se protegerá adecuadamente el bien jurídico.

1.4. Imposibilidad de evaluar la voluntad presunta en el delito de violación sexual

En palabras de Bacigalupo (1999), el consentimiento es presunto cuando el titular del bien jurídico no puede expresarlo o no es posible conseguirlo de él. Esto supone que quien pretenda obtenerlo tiene que pensar en la voluntad del titular (p. 296).

En ese sentido, R. Chang Kcomt (2017) afirma que el uso del término “consentimiento presunto” no es el adecuado, ya que lo que sí puede llegar a suceder es pensar en la “voluntad presunta” del titular, operando, así como una causa de justificación autónoma (p. 13).

Y claro, cómo no estar de acuerdo, si la voluntad presunta supone pensar en la personalidad del titular del bien jurídico, las acciones que hubiera tomado o no, su capacidad, entre otras cualidades que nadie más que él conoce, permitiendo inferir la ejecución de una lesión. Sin embargo, algunos han advertido que este asunto pertenece a una causa de atipicidad, pero no a una causa de justificación sui generis; al respecto, comparto que para establecer lo primero, el bien jurídico no puede afectarse, mientras que, al pensar en una causa de justificación, el bien jurídico sí ha sufrido una lesión; por lo tanto, sería válida la segunda postura.

Más de un debate interesante ha surgido, pero ninguno desarrolla la voluntad presunta como causa de justificación autónoma en el delito de violación sexual; y quizás, por ser algo imposible.

Entre la jurisprudencia nacional e internacional existe un común acuerdo en el desarrollo de la manifestación de voluntad y expresión tácita del consentimiento para proteger a víctimas de violación sexual; esto nos permite inferir, de manera preliminar, que, a comparación de otros bienes jurídicos, la libertad sexual en su tratamiento una especial protección tanto por las lesiones en diferentes aspectos del desarrollo de la vida humana, como en la representación de un menoscabo irreparable.

Entonces, en ningún caso puede presumirse la disponibilidad de la libertad sexual por ser un bien jurídico con un objeto de tutela penal especial, lo cual impide tanto interpretaciones de su libre ejercicio, como la subrogación.

2. Una solución al problema

En gran parte, mi postura respecto al entorno, consentimiento y demás conceptos que hacen válida la disposición del bien jurídico de libertad sexual ha sido abordada en el primer

apartado de este artículo; sin embargo, en el presente estadio toca dar respuesta al siguiente problema: ¿La conducta tipificada en el artículo 175 del Código Penal Peruano (violación sexual mediante engaño) está correctamente ubicada en la norma penal?

De acuerdo con el análisis desarrollado hasta ahora, es posible ubicar la conducta del artículo 175 del Código Penal Peruano dentro del tipo penal base; por cuanto el engaño forma parte del aprovechamiento de cualquier otro entorno que impida a la persona dar su libre consentimiento, entendiendo el entorno como el conjunto de condiciones tanto externas como internas que influyen en el consentimiento del sujeto pasivo; logrando así, la introducción del engaño dentro de las condiciones internas.

Resuelto esto, surge una nueva pregunta, ¿Qué sucederá con los adolescentes de 14 y menores de 18 años, cuyo rango específico de protección se encuentra en el artículo 175 del Código Penal?

Al respecto, Salinas (2008), señala que, en esta figura, se pretende proteger el proceso de formación de la voluntad de los adolescentes, que además presentan bases psíquicas no desarrolladas en su totalidad (p. 831).

En estos casos, hablar de la inmadurez sexual de la víctima es sinónimo de inexperiencia; puesto que en ese rango de edad se experimentan los primeros encuentros, sin considerar a fondo las posibles consecuencias para su desarrollo personal, tanto físicas como psicológicas.

Es así, que la razón por la que se sanciona la conducta del artículo 175 del Código Penal Peruano es la suma de dos factores complementarios: El engaño como razón para invalidar el consentimiento y el rango de edad del sujeto pasivo, donde la accesibilidad para conseguir el consentimiento de la víctima mediante engaño se debe además a la inmadurez en su desarrollo sexual que permite al sujeto activo llegar a ejecutar la acción de forma más asequible en adolescentes de 14 y menos de 18 años.

Sin embargo, si observamos el numeral 11 del artículo 170 del Código Penal Peruano, existe una protección equivalente a la que se propone en el artículo anterior; puesto que, si la víctima tiene entre 14 y 18 años y el agente se aprovecha de tal condición, se configura automáticamente como agravante específica, con una pena privativa de libertad no menor de 20 ni mayor de 26 años.

Finalmente, tenemos la siguiente respuesta al problema planteado al inicio de este apartado: La conducta tipificada en el artículo 175 del Código Penal Peruano (violación sexual mediante engaño) no está correctamente ubicada en la norma penal; siendo así, la forma adecuada de sancionarse se encuentra aplicando el numeral 11 del artículo 170 del Código Penal Peruano,

considerando al engaño como una condición interna del entorno por el que se impide a la víctima dar su libre consentimiento.

La propuesta sugerida no equivale a la despenalización de la conducta, ya que esto implicaría ignorarla y progresivamente dejar de sancionarla. Lo que se hace es ubicarla donde debería sancionarse, permitiendo además ampliar esta protección a casos donde el engaño es utilizado como medio para conseguir el consentimiento de la víctima, pero con un rango de edad más amplio; es decir, también para mayores de 18 años.

2.1. El *stealth* y su reconocimiento en el derecho comparado

Precisamente, se propone una reubicación que permita, además, visibilizar otras conductas lesivas al bien jurídico de libertad sexual, como el *stealth*, cuyo análisis ha sido materia de debate en el derecho comparado.

Legislaciones como la de Estados Unidos, Canadá, Suiza, España, Brasil y Reino Unido ya han aplicado sanciones a quienes realizan esta práctica, mientras que, en otros países, como Perú, aún no se desarrolla esta problemática.

El *stealth* para Yamila Yael (2018), proviene de la palabra “sigilo”, especialmente realizado por un varón durante el acto sexual, que no desea ser descubierto por la víctima de las acciones que realiza de forma oculta (p. 27).

Asimismo, García (2020) define al *stealth* como la acción llevada a cabo por varones durante el acto sexual consentido, retirándose el profiláctico sin advertir a su acompañante que lo había exigido para la realización del acto sexual (p. 10).

Uno de los casos más relevantes es el de Ross Kirkpatrick en Canadá. En el año 2017, él y una mujer acordaron tener relaciones sexuales con el uso de un preservativo durante todo el acto, siendo esta la razón por la que se inició bajo el consentimiento de la víctima; sin embargo, el agente omitió tal condición. Finalmente, la joven se percató de la ausencia del anticonceptivo de barrera al culminar el acceso carnal, por lo que decidió denunciar el hecho como agresión sexual.

La Corte Suprema de Canadá, hizo una comparación entre este caso y el de Hutchinson, suscitado en el año 2014, donde la conducta fue similar, ya que en este último se utilizó la perforación del preservativo. Una parte del Tribunal coincidió en hacer la comparación de lo resuelto previamente, concluyendo que tanto el sigilo como la alteración del preservativo constituyen prácticas fraudulentas que invalidan el consentimiento, catalogando así al *stealth* como una forma de agresión sexual (Caitlin, 2022, p. 2)

Los riesgos que produce esta conducta son la razón por la que empezó a visibilizarse. Entre ellos, tenemos el menoscabo a la integridad física y emocional, cuando la víctima se enfrenta a un embarazo no deseado, así como el contagio de alguna infección o una grave enfermedad de transmisión sexual.

En el estado de California, la conducta del *stealth* implicó una modificación en la legislación civil, lo que permitió a las víctimas demandar por daños y perjuicios; sin embargo, se imposibilitó la presentación de cargos penales. Esta problemática toma notoriedad a raíz de movimientos como el de “solo sí es sí” en España y la promulgación de la ley orgánica 10/2022 de garantía integral de la libertad sexual, estableciendo que el consentimiento debe manifestarse de manera voluntaria y explícita (Canta, 2022, p. 23)

En la legislación Argentina, aún no se definen consecuencias a la práctica del *stealth*, ya que no se han planteado definiciones en torno al problema; sin embargo, tras la reforma constitucional de 1994 se incorporó al texto de su Carta Magna diferentes tratados en los que se establecen estándares para abordar los delitos sexuales mediante técnicas legislativas que garantizan un mayor compromiso del Estado (Chávez, 2021, p. 2)

Es así, que la práctica del *stealth* replantea los debates tanto en la doctrina como en la jurisprudencia en materia de agresión sexual. Asimismo, a través de esta problemática, se intenta sanear un conjunto de desigualdades en torno al acceso carnal y sus posibles consecuencias (García, 2024, p. 46)

Todo lo trabajado nos ayuda a entender que conductas como el *stealth* y otras que probablemente desconocemos, pueden ser sancionadas sin necesidad de implementar una modalidad sobre otra, desgastando nuestro sistema, ya que en palabras de Muñoz Conde (2023), los problemas que surgen durante una relación sexual consentida no deben ser resueltos desde definiciones legales regularmente ingeniosas; todo lo contrario, es el Tribunal competente quien encontrará una respuesta mediante la ponderación de los elementos probatorios que presente cada caso (p. 28).

A estas alturas, se puede advertir que la labor interpretativa tuvo una especial dificultad y más la tendrá desde un enfoque práctico. Tal vez, muchos cuestionarán los casos aquí desarrollados o relacionarán la conducta con anécdotas cercanas, mientras que un grupo menor intentará seguir tejiendo ideas a esta primera pieza. Cuál sea el escenario, hasta el más desfavorable, propiciará un debate en el que surgirán nuevos conceptos, seguramente más ingeniosos.

Conclusiones

El consentimiento, en atención a la debida protección del bien jurídico de libertad sexual, debe analizarse en relación con el cumplimiento de las condiciones advertidas antes del acto; de lo contrario, la conducta equivaldría al delito de violación sexual tipificado en el artículo 170 del Código Penal Peruano.

El engaño como vicio de voluntad que invalida el consentimiento impide a la víctima actuar de una forma diferente, de tal manera que la representación o advertencia de una lesión al bien jurídico, al inicio, es imposible.

La definición de entorno propuesta, en cuanto a las condiciones internas, facilitará la adecuada ubicación de la conducta descrita en el artículo 175 del Código Penal Peruano (que debiera ser en el numeral 11 del artículo 170), permitiendo una adecuada protección de la libertad sexual en víctimas mayores de 18 años y la visibilizarían de conductas como el *stealthing*.

Finalmente, el *stealthing*, cuya conducta es conocida como el retiro del preservativo de manera sigilosa en un acto sexual consentido, ha sido objeto de análisis en legislaciones de Estados Unidos, Canadá, Suiza, España, Brasil y Reino Unido; sin embargo, en el Perú, se desconoce el registro de denuncias por casos similares, siendo este uno de los posibles motivos por los que no se ha encontrado mayor información en la doctrina nacional.

Referencias

- Bacigalupo, E. (1999). *Derecho Penal Parte General*. (Segunda Edición). Editorial Hammurabi.
- Caitlin, S. (2022). *El uso del sigilo como agresión sexual: la decisión de la Corte Suprema de Canadá en el caso R v Kirkpatrick y sus implicaciones para las políticas de violencia sexual en los campus universitarios de todo Canadá*. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Toronto. <https://www.utflr.ca/blog/stealthing-sexual-violence>
- Canta, A. (2022). *El consentimiento en los delitos contra la libertad sexual. Especial mención a la problemática del stealthing*. [Tesis para obtener el título de abogada, Universitat Pompeu Fabra]. <https://repositori.upf.edu/bitstream/handle/10230/53903/TFGDRET22CANTAConsen.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Caro Coria, D. (1999). Problemas de interpretación judicial en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. *Ius Et Veritas*, 9(19), 250–269. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15871>

- Castellví Monserrat, C., & Mínguez Rosique, M. (2021). Con sigilo y sin preservativo: tres razones para castigar el stealthing. *Diario La Ley*. https://diariolaley.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAEVQW W6DMAz9muU4Beg6Ljm00AMSbIWhXSs3sSBSlqA4YePvl67aZskHPz8_vecAVxLFEwMZlpjaS ZHIZXkb9YoJXG875xX64yY4Cy6AGZDEfs9LRrP7fIVTxC0s0fwYvQRmVZd27-hER3aePbaSr2AyYoLL9JOiXrkqYpi98xztqKndCze9YQ2IJv1NLepw10LiDTVEEBUr_WIO4ynoTk 85LskkPUtlwQv5zNMKFpNAZK1aAloRx2EM1owj0DLF5MmEZMMVmDQqj-n1EK0cu4j-u0OmX-gUaLtf3UYLlvZBmdS-B_i4ih9K34k142twLtlIKTL_Bs6c0DxQAQAAWKE
- Chang Kcomt, R. (2017). *Consentimiento en Derecho Penal: Análisis Dogmático y Consecuencias Prácticas*. [Tesis doctoral, Universidad de Salamanca]. <http://hdl.handle.net/10366/135763>
- Chang Kcomt, R. A. (2017). ¿Existe el consentimiento presunto?: La voluntad presunta como causa de justificación. *Ius Et Veritas*, 54(2), 260–270. <https://doi.org/10.18800/iusetveritas.201702.014>
- Chávez, K. (2021). Stealthing, nueva forma de agresión sexual. *Columna de la Revista Pensamiento Penal*, 405. <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/doctrina89637.pdf>
- García Cavero, P. (2012). *Derecho Penal Parte General* (Segunda Edición). Jurista Editores. <https://proyectozero24.com/wp-content/uploads/2021/09/Garcia-Cavero-2012-Derecho-Penal.-Parte-General.pdf>
- 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*, 18(1), 117–140. https://www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/pub-18-1/Revista-juridica-ano-18-N1-08.pdf
- García, M. F. (2024). Delitos sexuales y nuevas formas de criminalización. Stealthing: el consentimiento sexual a debate. *Derecho Penal y Criminología*, 45(119), 29–50. <https://doi.org/10.18601/01210483.v45n119.03>
- Jescheck, H.-H., & Weigend, T. (2014). *Tratado de Derecho penal Parte General*. Instituto Pacífico. <https://proyectozero24.com/wp-content/uploads/2021/09/Jescheck-2014-Tratado-Derecho-Penal.-Parte-General.-Volumen-I.pdf>
- Mir Puig, S. (2006). *Derecho Penal. Parte General* (Octava edición). Editorial Reppertor. <https://www.abogacia.pe/wp-content/uploads/2020/05/derecho-penal-santiago-mir-puig.pdf>
- Muñoz Conde, F. (2023). *Derecho Penal Parte Especial*. (25va Edición). Tirant Lo Blanch.
- Reátegui Sánchez, J. (2015). *Manual de Derecho Penal- Parte Especial*. Instituto Pacífico.
- Salinas, R. (2008). La etapa intermedia en el Código Procesal Penal de 2004. En *Revista JUS-Doctrina y Práctica*. Grijley.

Valega, C. (2021). *¿Cómo debe entenderse el elemento de “libre consentimiento” en el delito de violación en Perú? Lineamientos Jurídicos para la Interpretación del Artículo 170 del Código Penal*. Universidad de Oxford.

Yamila Yael, L. (2018). Stealthing: un ataque a la integridad sexual. *Revista de Derecho Penal y Criminología*. <https://biblioteca.mpf.gov.ar/meran/opac-detail.pl?id1=51190>

Financiación

El presente artículo no cuenta con financiación específica de agencias de financiamiento en los sectores público o privado para su desarrollo y/o publicación.

Conflicto de interés

La autora del artículo declara no tener ningún conflicto de intereses en su realización.

© La autora. Este artículo en acceso abierto es publicado por Chornancap Revista Jurídica del Ilustre Colegio de Abogados de Lambayeque bajo los términos de la Licencia Internacional Creative Commons Attribution 4.0 (CC BY 4.0), que permite copiar y distribuir en cualquier material o formato, asimismo mezclar o transformar para cualquier fin, siempre y cuando sea reconocida la autoría de la creación original, debiéndose mencionar de manera visible y expresa al autor o autores y a la revista.