

Agresión sexual por engaño

Hacia una teoría diferenciadora del engaño excluyente del consentimiento sexual

Sumario

-

El art. 178 CP tipifica como agresión sexual todo acto contra la libertad sexual no consentido. El consentimiento excluyente del injusto debe haber sido manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona. En este trabajo se aborda la cuestión de cómo valorar aquellos supuestos en los que quien consiente de forma clara y expresa lo hace engañado respecto de un aspecto subjetivamente decisivo para aprobar la relación sexual. En particular, se defiende que es posible cometer un delito de agresión sexual a través de un engaño, aunque solo son relevantes ex art. 178 CP, en tanto que lesivos de una pretensión de veracidad protegida por dicha norma, aquellos que recaigan sobre la naturaleza sexual de la relación, la identidad nominal de la pareja y el grado de injerencia corporal.

Abstract

-

Article 178 CP defines rape as any act against sexual freedom that is not consensual. The consent that excludes the offence must have been freely given by acts that, in the circumstances of the case, clearly express the person's will. In this article I consider those cases in which the person who has clearly and expressly consented is deceived about a deal breaker. In particular, I argue that it is possible to commit rape by deception, although only those cases in which the deception concerns the sexual nature of the relationship, the nominal identity of the partner and the degree of physical interference are relevant under art. 178 CP, as the perpetrator violates the victim's right not to be deceived, which is protected by the offence of rape.

Abstract

-

Art. 178 CP definiert den sexuellen Übergriff als jede gegen die sexuelle Freiheit gerichtete Handlung, die nicht einvernehmlich erfolgt. Die die Strafbarkeit ausschließende Einwilligung muss dabei frei und durch Handlungen erteilt worden sein, die unter den gegebenen Umständen den Willen der Person eindeutig zum Ausdruck bringen. In diesem Artikel befasse ich mich mit Fällen, in denen eine Person, zwar klar und ausdrücklich eingewilligt hat, aber über einen sogenannten "Dealbreaker" getäuscht wird. Insoweit zeige ich auf, dass ein sexueller Übergriff auch durch Täuschung begangen werden kann, allerdings nur, wenn die Täuschung den sexuellen Charakter der Beziehung, die nominelle Identität des Partners und den Grad der körperlichen Einmischung betrifft. Denn nur dann verletzt der Täter den Wahrheitsanspruch des Opfers, den Art. 178 StGB als Form des sexuellen Übergriffs schützt.

Title: *Rape by deception. Towards a differentiation theory of deception that invalidates sexual consent*

Titel: *Sexueller Übergriff durch Täuschung. Auf dem Weg zu einer differenzierten Theorie der einwilligungsausschließenden Täuschung*

-

Palabras clave: *Delitos sexuales, agresión sexual, autonomía sexual, consentimiento, engaño, fair labelling*

Keywords: *Sexual offences, rape, sexual autonomy, consent, deception, fair labelling*

Stichwörter: *Sexualdelikte, Sexueller Übergriff, Sexuelle Autonomie, Einwilligung, Täuschung, fair labelling.*

-

DOI: 10.31009/InDret.2023.i3.10

-

3.2023

Recepción
09/12/2022

-

Aceptación
15/02/2023

-

Índice

-

- 1. Introducción**
- 2. El engaño como medio comisivo del delito de agresión sexual**
 - 2.1. Contra la agresión sexual por engaño
 - 2.2. El engaño como forma idónea de menoscabo de la autonomía sexual
- 3. La tesis subjetivista del engaño sexual**
- 4. Las tesis diferenciadoras del engaño penalmente relevante**
 - 4.1. Error referido al bien jurídico y error sobre el motivo o la contraprestación
 - 4.2. Fraude en el hecho y fraude en la inducción
 - 4.3. El objeto del consentimiento sexual
- 5. Fundamentos de una teoría del engaño bastante en materia sexual**
 - 5.1. La dimensión sexual de la autonomía
 - 5.2. La autonomía y el consentimiento sexual como magnitudes graduales
 - 5.3. La determinación normativa del consentimiento excluyente del injusto
- 6. Hacia una teoría del engaño bastante en materia sexual**
 - 6.1. ¿Deberes penales genéricos de información en materia sexual?
 - 6.2. Delimitación de los engaños penalmente relevantes *ex art.* 178 CP
 - a. Engaños idóneos para menoscabar la autonomía sexual
 - b. Engaño bastante como medio comisivo del delito de agresión sexual
- 7. Fair labelling y engaños no constitutivos de agresión sexual**
- 8. Conclusiones**
- 9. Bibliografía**

-

Este trabajo se publica con una licencia Creative Commons Reconocimiento-No Comercial 4.0 Internacional 

1. Introducción*

La Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, aunque pronto rectificada por la Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril, supone la culminación de un largo proceso de redefinición del objeto de protección del delito de agresión sexual. Superados quedan los días en los que se reprimía la agresión sexual como un atentado contra la propiedad del padre o el marido de la mujer. Lo están también aquellos en los que se concebía como un atentado contra la honestidad de la mujer forzada a mantener una relación sexual extramatrimonial¹. El nuevo art. 178 CP plasma, aunque quizá ya no de modo paradigmático tras la reforma del año 2023, la tesis ahora dominante, tanto en la discusión jurídico-penal como iusfilosófica, según la cual el delito de agresión sexual protege la autonomía o libertad sexual (negativas), esto es, el derecho de toda persona a no participar en relaciones de carácter sexual no deseadas².

Y dicho precepto protege el derecho a la autonomía sexual de forma omnicomprendiva, pues todas las formas de atentado contra la libertad sexual imaginables, también las no coercitivas, quedan reunidas ahora en un tipo único, si bien tras la reforma del año 2023 se vuelven a establecer distinciones penológicas en función del medio comisivo. En todo caso, el delito de agresión sexual ha dejado de reprimir menoscabos coercitivos de la libertad sexual, para pasar a quedar definido como la práctica de sexo no consentido³. Pese a los esfuerzos doctrinales por redefinir la noción de relación sexual legítima como el fruto de una negociación y el sexo como una forma de "trabajo en equipo" deseada (*welcomed*), superando una noción unilateral de

* Autor de contacto: Ivó Coca Vila (ivo.coca@upf.edu). Este artículo se enmarca en el proyecto PID2020-115863GB-I00/MICIN/AEI/10.13039/51100011033. Una primera versión de este trabajo fue presentada en la Facultad de Derecho de la UBA el 16.09.22 y en el Seminario de Derecho Penal de la UPF el 11.10.22. A los participantes en ambas discusiones agradezco sus críticas y sugerencias. Asimismo, agradezco a Elena Larrauri y a Carlos Castellví sus muy valiosas observaciones críticas a un primer borrador de este trabajo.

¹ Sobre la evolución del objeto de protección del delito sexual, cfr. HÖRNLE, «Rape as Non-Consensual Sex», en MÜLLER/SCHABER (eds.), *The Routledge Handbook of the Ethics of Consent*, 2018, pp. 236 s.; o DRIPPS, «Beyond Rape: An Essay on the Difference between the Presence of Force and the Absence of Consent», *Columbia Law Review*, (92-7), 1992, pp. 1780 ss. Entre nosotros, cfr. MASFERRER, *De la honestidad a la integridad sexual*, 2020, Cap. 5; o PEREIRA GARMENDIA, *Buscando un consenso sobre el consentimiento en los delitos sexuales*, 2021, pp. 9 ss.

² Sobre la autonomía sexual como paradigma del Derecho penal sexual liberal, cfr. SCHULHOFER, *Unwanted sex. The Culture of Intimidation and the Failure of Law*, 1998, pp. 99 ss.; entre nosotros, DÍEZ RIPOLLÉS, «El objeto de protección del nuevo Derecho penal sexual», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (6), 2000, pp. 86 ss.; o MALÓN MARCO, *La doctrina del consentimiento afirmativo*, 2020, Cap. VIII. Hasta donde alcanzo, son básicamente dos las corrientes críticas contra la tesis de la autonomía. Por un lado, una corriente feminista crítica la idealizada noción de consentimiento sexual (libre y racional) de la mujer. En sus formulaciones extremas (*vid. p. ej.*, MACKINNON, «Feminism, Marxism, Method, and the State: An Agenda for Theory», *Signs*, (7-3), 1982, p. 635; LA MISMA, «Rape Redefined», *Harvard Law & Policy Review*, (10-2), 2016, p. 436, *passim*), ninguna mujer podría consentir libremente una relación sexual con un hombre. En consecuencia, se propone reconceptualizar el delito de agresión sexual como un ataque a la «dignidad» o «integridad sexual» de la mujer. En este sentido, cfr. LACEY, «Unspeakable subjects, impossible rights: Sexuality, integrity and criminal law», en LA MISMA, *Unspeakable Subjects: Feminist Essays in Legal and Social Theory*, 1998, pp. 112 ss.; LARSON, «Women Understand so Little, They Call My Good Nature "Deceit": A Feminist Rethinking of Seduction», *Columbia Law Review*, (93-2), 1993, pp. 424 ss.; o MCJUNKIN, «Deconstructing Rape by Fraud», *Columbia Journal of Gender and Law*, (28-1), 2014, *passim*. Por otro lado, hay quien sostiene que el *proprium* del delito de agresión sexual no es la lesión de la autonomía (sexual), sino algo necesariamente más grave, a saber, el ataque sexual coercitivo (violento). Cfr. RUBENFELD, «The Riddle of Rape-by-Deception and the Myth of Sexual Autonomy», *The Yale Law Journal*, (122), 2013, *passim*. Próximo CHIESA, «Solving the Riddle of Rape-by-Deception», *Yale Law & Policy Review*, (35), 2017, p. 452.

³ En favor de una protección omnicomprendiva de la autonomía sexual frente al modelo fragmentario basado en la coerción (violencia o intimidación), cfr. SCHULHOFER, *Unwanted sex*, 1998, pp. 99 ss., 102. Sobre el auge del modelo del consentimiento frente al coercitivo, *vid. también* HÖRNLE, en MÜLLER/SCHABER (eds.), *The Routledge Handbook of the Ethics of Consent*, 2018, pp. 237 s., con ulteriores referencias.

consentimiento basada en una visión desigualitaria del rol del hombre (proponente) y la mujer (aquiésciente)⁴, la figura del consentimiento, a tenor de lo establecido en el nuevo art. 178 CP, es central en la dogmática del Derecho penal sexual español.

En este lugar no pretendo ocuparme de los muchos problemas interpretativos y probatorios que plantea el consentimiento en el marco del nuevo art. 178 CP⁵. Mi interés en este trabajo se centra en un problema específico, a saber, el de la relevancia penal de los vicios del consentimiento. En particular, me interesa abordar la cuestión de cómo valorar penalmente aquellos supuestos en los que quien consiente de forma clara y expresa lo hace en una situación de error respecto de un aspecto que resulta (subjektivamente) decisivo para aprobar su participación en una relación sexual. Por un lado, es posible que el potencial autor se aproveche del error en el que se encuentra su pareja, quien no hubiera consentido en caso de conocer la realidad de las cosas. Con un ejemplo: (V) confunde a (A), a quien acaba de conocer, con un afamado cantante de pop y accede a mantener relaciones sexuales con (A), quien se percata del error y de su trascendencia, pero sabe que, si desvela su verdadera identidad, (V) no consentiría. Por otro lado, es posible que sea el potencial autor quien genere a través de un engaño (expreso o concluyente) el error en su pareja, siendo aquel igualmente determinante para conseguir el consentimiento. Con un ejemplo: (A) promete a (V) falsamente matrimonio en caso de que (V) acceda a mantener relaciones sexuales. La promesa de matrimonio es decisiva para que (V) consienta. Los casos que aquí nos interesan quedan, pues, definidos por dos rasgos fundamentales: en primer lugar, la presencia de una forma de consentimiento (consentimiento comunicativo o performativo) a una determinada relación sexual. En segundo lugar, por un rechazo contrafáctico a la relación sexual practicada. Si la víctima hubiera sabido la verdad respecto de un aspecto afectado por un error o engaño, aquella no hubiera consentido la relación sexual.

En un Derecho penal que tiende a contractualizar la relación sexual⁶ y define el injusto penal de la agresión sexual a partir de la falta de consentimiento, la pregunta sobre la relevancia penal del error y engaño cobra especial trascendencia. Aunque la incipiente discusión española al respecto se ha centrado hasta el momento en un supuesto muy particular, el del *stealththing*⁷, son muchos

⁴ En este sentido cfr. p. ej., MACKINNON, *Harvard Law & Policy Review*, (10-2), 2016, pp. 440 ss.; PALMER, «Distinguishing Sex from Sexual Violation: Consent, Negotiation and freedom to Negotiate», en REED *et al.* (eds.), *Consent: Domestic and Comparative Perspectives*, 2017, pp. 9 ss.; o GARDNER, «The Opposite of Rape», *Oxford Journal of Legal Studies*, (38-1), 2018, pp. 48 ss.; o MCJUNKIN, «Rape as Indignity», *Cornell Law Review*, en prensa. Entre nosotros, próxima, FARALDO CABANA, «"Solo sí es sí" hacia un modelo comunicativo del consentimiento en el delito de violación», en ACALE SÁNCHEZ (ed.), *Reformas penales en la península ibérica: A "jangada de pedra"?*, 2021, pp. 276 ss.; PÉREZ HERNÁNDEZ, «Consentimiento sexual: un análisis con perspectiva de género», *Revista Mexicana de Sociología*, (78-4), 2016, pp. 742 ss. Para una defensa de la lógica del consentimiento, en cambio, *vid.* CHADHA, «Sexual Consent and Having Sex Together», *Oxford Journal of Legal Studies*, (40-3), 2020, pp. 619 ss.

⁵ Al respecto, *vid.* MANZANARES SAMANIEGO, «El consentimiento en los delitos contra la libertad sexual», *Diario La Ley*, (10142), 2022, *passim*; y la reciente STS 196/2023, Penal, de 21 de marzo (ECLI:ES:TS:2023:1400). Sobre la noción de consentimiento en los delitos contra la libertad sexual, fundamental, CASTELLVÍ MONSERRAT, «¿Violaciones por engaño?: Sobre el concepto de consentimiento y el objeto del consentimiento sexual», *InDret*, (4), 2023, apdo. 2.3.

⁶ En general, sobre la burocratización de la relación sexual, críticamente, *vid.* GERSEN/SUK, «The Sex Bureaucracy», *California Law Review*, (104-4), 2016, *passim*.

⁷ Esto es, aquel en el que dos sujetos acuerdan mantener una relación sexual con acceso carnal bajo la condición del uso de preservativo, siendo que quien debería usarlo no llega a hacerlo o tras haberlo hecho decide quitárselo y seguir con la relación sexual sin avisar a la otra parte. Al respecto, *vid.* GILI PASCUAL, «Stealththing. Sobre el objeto del consentimiento en el delito de abuso sexual», *Cuadernos de política criminal*, (135), 2021, *passim*; CASTELLVÍ MONSERRAT/MÍNGUEZ ROSIQUE, «Con sigilo y sin preservativo tres razones para castigar el stealththing», *Diario La Ley*, (9962), 2021; COCA VILA, «El stealththing como delito de violación: Comentario a las STSJ-Andalucía 186/2021, de 1 de julio y SAP-Sevilla 375/2020, de 29 de octubre», *InDret*, (4), 2022, pp. 294 ss.; o RAMOS VÁZQUEZ, «El engaño

más los casos objeto de controversia en el debate filosófico y jurídico contemporáneo. En este lugar me limito a presentar algunos de los más importantes a fin de ilustrar la problemática a abordar en este trabajo⁸.

Proctólogo: (A), proctólogo, consigue que su paciente (V) consienta expresamente una exploración anal amparándose en un falso motivo terapéutico. (A) introduce en el ano de (V) un objeto sexual con ánimo lascivo.

Gemelas: (A) y (B) son gemelas univitelinas de apariencia prácticamente idéntica. (A) mantiene una relación de noviazgo con (V). (B), quien siente igualmente una poderosa atracción sexual por (V), entra a oscuras en el dormitorio de (V) y sin mediar palabra inicia una relación sexual con (V) que éste tolera y prosigue en la creencia de que está manteniéndola con su novia.

Transgénero: (A), persona transgénero, conoce a (V), varón heterosexual, en una discoteca. (A) sabe que si revela a (V) que su identidad o expresión de género actual difiere de su sexo biológico de nacimiento, (V) no consentirá la relación sexual ambicionada. Desconociendo el sexo biológico de nacimiento de (A), (V) consiente una relación sexual con acceso carnal por vía anal.

Árabe israelí: (V) está dispuesta a mantener una relación sexual con (A) siempre y cuando este sea judío y esté soltero. (A) miente a (V) sobre ambos extremos y consigue así el consentimiento de (V).

Variación: (A) pacta con (V) mantener una relación sexual introduciéndole el pene en la vía vaginal. Una vez iniciada la relación sexual, (A) introduce en la vagina de (V) un objeto sexual penetrativo de un tamaño similar a un pene humano.

Estafa sexual: (A) pacta con (V) mantener una relación sexual a cambio del pago de 100 €. Tras mantener la relación sexual acordada, (A) se marcha del lugar sin abonar la cantidad pactada. (A) nunca tuvo la intención de abonar los 100 € a (V).

Observador: (A), ginecólogo de profesión, accede a que su buen amigo (B), ingeniero forestal, le acompañe en un día de consultas. (V), paciente de (A), accede a que (A) le practique una exploración ginecológica en presencia de (B), al haberle asegurado (A) que (B) es un ginecólogo en prácticas. La exploración vaginal resultaba médicamente indicada y es practicada conforme a la *lex artis*.

Estos son solo siete de los muchos ejemplos imaginables en los que un sujeto se aprovecha del error o engaña a su contraparte en una relación sexual sobre un extremo que resulta decisivo para conseguir el consentimiento⁹. Aunque el error recae sobre factores de muy distinta

como medio comisivo de la agresión sexual: la esterilidad de Naim Darrechi y la nueva cultura del consentimiento», en AGUSTINA SANLLEHÍ (coord.), *Comentarios a la ley del «solo sí es sí»*, 2023, pp. 167 ss.

⁸ Recogiendo gran parte de la casuística jurisprudencial y doctrinal, cfr. KEßLER, *Sexuelle Täuschungen – Strafbarkeit und Strafwürdigkeit nach deutschem Sexualstrafrecht*, 2022, pp. 334 ss.

⁹ Como ha mostrado SPARROW, «Masturbation, Deception, and Rape», *Journal of Applied Philosophy*, (39-5), 2022, pp. 875 ss., todos ellos se pueden construir asimismo a partir de una estructura de autoría mediata, de modo que a través de un engaño se determina a una persona a masturbarse. Tomando como referencia el caso «estafa

naturaleza, en la medida en que todos son decisivos para que (V) otorgue el consentimiento, los anteriores casos plantean dos preguntas centrales en la interpretación del nuevo art. 178 CP: ¿puede el engaño (por acción o por omisión) respecto de un extremo subjetivamente decisivo privar al consentimiento prestado de fuerza excluyente del injusto del delito de agresión sexual? Es decir, ¿comete un delito de agresión sexual y, eventualmente, de violación, quien se aprovecha de un error o engaña a su pareja sexual para conseguir así su (viciado) consentimiento? Quien responda afirmativamente, y este será mi caso, se habrá de plantear acto seguido una segunda cuestión no menos significativa: ¿son todos los engaños causalmente decisivos idénticos a la hora de excluir la validez del consentimiento o, más bien, el tratamiento penal de unos y otros debe variar? Es decir, ¿todo aprovechamiento de un error o engaño subjetivamente decisivo da lugar a un delito de agresión sexual o hay engaños causalmente decisivos pero irrelevantes en el marco del art. 178 CP? A dar respuesta a estas dos preguntas se dedica el presente trabajo¹⁰.

En particular, en lo que sigue me ocupo primeramente de dar respuesta a la pregunta de si el engaño puede ser un medio comisivo típico del delito de agresión sexual (2). Tras presentar los argumentos esgrimidos en contra de tal posibilidad, defiendo que el engaño (o el aprovechamiento del error) puede efectivamente constituir una forma de menoscabo de la autonomía sexual penalmente típica *ex art.* 178 CP. A partir de aquí: ¿deben ser considerados a efectos penales todos los errores (aprovechados o generados) equivalentes? Tras presentar y descartar la tesis subjetivista (radical) que otorga los mismos efectos a todo engaño (3), defiendo que los intentos tradicionales para delimitar el círculo de engaños penalmente relevantes no son convincentes (4). En el apartado (5) expongo los fundamentos de una teoría de la diferenciación del engaño sexual para, ya en el siguiente apartado (6) delimitar los engaños penalmente relevantes *ex art.* 178 CP. Solo los engaños referidos a la naturaleza sexual de la actividad, la identidad personal de los participantes y el grado de injerencia corporal dan lugar a un delito de agresión sexual. El resto de engaños no deben ser tipificados como una forma de agresión sexual, a ello se opone el principio del *fair labelling* (7). El presente trabajo concluye con un último apartado (8) dedicado a condensar las principales tesis defendidas en lo que sigue.

2. El engaño como medio comisivo del delito de agresión sexual

2.1. Contra la agresión sexual por engaño

Es común en la literatura penal afirmar que la mentira verbal de los particulares carece de relevancia en un ordenamiento penal liberal¹¹. Solo cuando el legislador la tipifique

sexual»: (A) promete a (V) pagarle una cantidad de dinero en caso de que se introduzca en el ano un juguete sexual. (V) accede a las pretensiones de (A), quien no paga a (V).

¹⁰ Quedan fuera del objeto de mi trabajo el aprovechamiento de errores o los engaños cuya relevancia típica se basa en una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima. Al respecto, antes de la reforma, *vid.* ALCÁCER GUIRAO, *Delitos contra la libertad sexual: Agravantes específicas*, 2004, pp. 47 ss., 66 ss. Ello se tipifica expresamente en el nuevo art. 178.2 CP. El médico que convence a una víctima para que acceda a mantener relaciones sexuales como única vía para curar un cáncer la agrede sexualmente, pero las razones que explican la irrelevancia del consentimiento, a saber, la explotación de una situación de superioridad y vulnerabilidad, son distintas a las que me interesan aquí. Lo mismo sucede en el caso del directivo que informa a su secretaria mendazmente de que la empresa está en crisis y solo unas pocas secretarías escogidas personalmente por él podrán salvar el puesto de trabajo. La secretaria accede así a mantener relaciones sexuales con el execrable directivo.

¹¹ En profundidad, SILVA SÁNCHEZ, «Las inveracidades de los particulares ante el Derecho penal», en SALVADOR CODERCH/SILVA SÁNCHEZ, *Simulación y deberes de veracidad*, 1999, pp. 77 ss. En general, sobre las razones de la indulgencia del Derecho con el (puro) engaño cfr. ALEXANDER/SHERWEIN, «Deception in Morality and Law», *Law and Philosophy*, (22), 2002, pp. 394 s., y en particular, en el ámbito del Derecho penal sexual, pp. 406 s.

expresamente, piénsese en el delito de estafa o en el de falso testimonio, aquella constituiría un medio comisivo idóneo. En esta misma línea, la doctrina penal ha afirmado tradicionalmente que el engaño no es un medio comisivo típico ni del delito de agresión sexual, que expresamente limitaba los medios comisivos a los coercitivos, ni siquiera del delito de abusos sexuales, que solo reprimía ataques a la libertad sexual no consentidos¹². El consentimiento obtenido a través de un engaño estaría viciado, pero afirmar que la relación sexual se practica entonces "sin que medie consentimiento" supondría ir demasiado lejos¹³. En favor de esta tesis hablaría también el hecho de que, hasta la reforma del año 2022, el legislador español había restringido la relevancia penal del engaño como medio comisivo a un caso (muy) particular, esto es, al estupro contra persona mayor de dieciséis y menor de dieciocho años (art. 182.1 CP). Si resulta que solo el engaño a un menor era considerado penalmente relevante, y lo era además con una pena sensiblemente inferior a la del delito de agresión sexual, el engaño a un adulto habría de ser considerado penalmente atípico en el marco de los delitos de agresión y abuso sexual¹⁴.

Los anteriores argumentos, sin embargo, pierden gran parte de su fuerza en el marco del nuevo art. 178 CP. No es solo que este ya no restrinja los medios comisivos típicos, ni limite la tipicidad a los actos sexuales no consentidos, sino que establece expresamente que solo «se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona». La pregunta clave ahora es, pues, si un consentimiento viciado puede expresar o no (de manera clara) la voluntad de una persona. ¿Puede un engaño afectar al consentimiento hasta el punto de considerar que la relación sexual basada en aquel es constitutiva de un delito de agresión sexual? Hasta donde alcanzo, entre quienes asumen que el delito de agresión sexual protege la autonomía sexual¹⁵, son dos los principales argumentos esgrimidos en contra de considerar al engaño un medio comisivo típico de dicho delito.

En primer lugar, se alude a la distinta antijuridicidad material: el injusto de una agresión sexual coercitiva, así por ejemplo PUNDIK, sería sustancialmente distinto al de una afectación a la libertad sexual a través de un engaño¹⁶. Por un lado, tomando en consideración el desvalor de acción, se afirma que la afectación coercitiva denotaría una crueldad extrema, pues el autor se mostraría inerte ante las actitudes reactivas negativas de una víctima que se sabe agredida sexualmente. Quien engaña a su víctima y la determina a mantener una relación sexual no querida, por el contrario, no habría de enfrentarse a la oposición de la víctima durante el hecho, pues su rechazo no es actual, sino (meramente) futuro y contrafáctico¹⁷. Por el otro, atendiendo al desvalor del resultado, se afirma que el daño causado a una víctima que es consciente de la

¹² Sobre el principio general de la irrelevancia penal del engaño sexual cfr. WERTHEIMER, *Consent to Sexual Relations*, 2010, pp. 193, 197 ss. En este mismo sentido, crítica con la exportación de la máxima latina del *caveat emptor* al "mercado sexual", vid. LARSON, *Columbia Law Review*, (93-2), 1993, p. 413.

¹³ En este sentido, cfr. CASTELLVÍ MONSERRAT/MÍNGUEZ ROSIQUE, *Diario La Ley*, (9962), 2021.

¹⁴ Al respecto, aunque sin considerar decisivo este argumento, cfr. GILI PASCUAL, *CPC*, (135), 2021, pp. 108 ss.

¹⁵ Puede quedar desde ya a un lado la tesis que niega la mayor, a saber, que el delito de agresión sexual protege la autonomía de la víctima. Al respecto, paradigmático RUBENFELD, *The Yale Law Journal*, (122), 2013, *passim*. Evidentemente, quien reduzca los medios comisivos del injusto al ataque violento solo debe mostrar –en contra de lo defendido p. ej., por JAKOBS, *Coacciones. Explicación de la raíz común a todos los delitos contra la persona*, 2018, pp. 56 s.– que el engaño no supone una forma violenta de doblegar la voluntad.

¹⁶ PUNDIK, «Coercion and Deception in Sexual Relations», *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, (1), 2015, pp. 97 ss., 108 ss., 111; EL MISMO, «The Law of Deception», *Notre Dame L. Rev. Online*, (172), 2018, pp. 180 ss.; y PUNDIK/SCHNITZER/BLUM, «Sex, Lies, and Reasonableness: The Case for Subjectifying the Criminalisation of Deceptive Sex», *Criminal Justice Ethics*, (41-2), 2022, pp. 178 ss.

¹⁷ PUNDIK, *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, (1), 2015, p. 111.

agresión sexual en el momento de los hechos, tanto moral como psíquico, es siempre superior al de quien descubre a posteriori el engaño¹⁸. Así las cosas, siempre según PUNDIK, el injusto basado en el engaño debería tipificarse por separado, en tanto que forma cualitativamente distinta y menos grave de atentado contra la libertad sexual¹⁹. Ello, a su vez, sería imprescindible a fin de no degradar simbólicamente el injusto de la agresión sexual²⁰: quien es coercitivamente violado sufre un injusto que debe ser reconocido como algo cualitativamente distinto al de quien mantiene una relación sexual creyendo erróneamente que lo hace con un exitoso cantante de pop.

Y, en segundo lugar, en contra de la posibilidad de apreciar el engaño como forma comisiva típica del delito de agresión sexual se arguye con frecuencia un argumento de naturaleza político-criminal: puede ser que ciertos engaños conduzcan a una afectación de la autonomía sexual relevante, pero dado que no existen criterios claros para delimitar tales engaños²¹, admitir su relevancia típica conduciría a una expansión inaceptable del Derecho penal sexual²². Esta expansión, además, supondría una fuerte injerencia en la intimidad de amplias capas de la sociedad obligadas a revelar toda aquella información confidencial que se sabe relevante para la contraparte en una relación sexual²³.

2.2. El engaño como forma idónea de menoscabo de la autonomía sexual

En mi opinión, la tesis que sostiene una diferencia cualitativa entre todo atentado a la libertad sexual coercitivo y el llevado a cabo a través de cualquier engaño no resulta convincente. Si lo que el delito de agresión sexual protege es el derecho de toda persona a no participar en relaciones sexuales no deseadas, ni cabe excluir del tipo los actos sexuales (viciadamente) consentidos, alegando que la víctima sí ha consentido; ni cabe negar toda relevancia penal al aprovechamiento de un error o engaño respecto de un factor sabido clave para la decisión de consentir. Las tesis ahora criticadas llevan a equiparar el «consentimiento comunicado» con la voluntad de la víctima. Sucede sin embargo que lo que protege el delito de agresión sexual no es el no verse sometido a una relación sexual no comunicativamente aceptada, sino precisamente el no verse sometido a una relación sexual no querida. De hecho, el vigente art. 178 CP señala en este sentido que «sólo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona». El consentimiento sexual obtenido por engaño o error no es, pues, válido a estos efectos²⁴.

¹⁸ PUNDIK, *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, (1), 2015, p. 113.

¹⁹ PUNDIK, *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, (1), 2015, pp. 100, 111, 126 s. En las consecuencias, próximo GIBSON, «Deceptive Sexual Relations: A Theory of Criminal Liability», *Oxford Journal of Legal Studies*, (41-1), 2020, pp. 102 ss.

²⁰ Paradigmáticamente PUNDIK, *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, (1), 2015, pp. 123 s.

²¹ PUNDIK, *Notre Dame Law Review Online*, (93:172), 2018, p. 186.

²² Cfr. CASTELLVÍ MONSERRAT, *InDret Penal*, (4), 2023, quien defiende que el art. 178 CP opera con un concepto “débil” de consentimiento, como mera aceptación, y no como acto aceptado de forma libre y consciente. Además del argumento político-criminal esgrime uno de corte sistemático: tipificar en el art. 178.1 CP los actos sexuales aceptados por error supondría una *interpretatio abrogans* del art. 181.1 CP, pues aquel abarcaría todos los actos sexuales aceptados sin libertad o consciencia.

²³ PUNDIK, *Notre Dame L. Rev. Online*, (172), 2018, p. 180.

²⁴ No comparto, pues, la pretensión de CASTELLVÍ MONSERRAT (*InDret*, (4), 2023) de condicionar la tipicidad *ex art.* 178 CP a la ausencia de todo consentimiento. Aun cuando la tesis aquí acogida supusiera vaciar de contenido el art. 181.1 CP, resulta obligada en el marco de un sistema que quiere prohibir toda relación sexual que no responde a la voluntad de la persona llamada a consentirla de manera expresa.

Las tesis que niegan relevancia al engaño afirman asimismo que este no afecta a la voluntad de la decisión de manera (suficientemente) seria. Sin embargo, esta asunción desconoce que la toma de una decisión autónoma, además de la ausencia de coacción externa y de la competencia mental de quien consiente, depende también de la información de la que dispone quien consiente²⁵. Retomando el caso *proctólogo*: quien cree consentir a un acto médico cuando en realidad está siendo sometido a un acto de naturaleza sexual ve lesionada su autonomía sexual del mismo modo que quien consiente para evitar ser físicamente atacado. El «consentimiento comunicado» en ambos casos no es autónomo, pues la relación sexual consentida no supone un ejercicio de libre autodeterminación sexual. Y si lo que protege el delito de agresión sexual (en su modalidad básica) es la autonomía sexual, ni la consciencia o inconsciencia de la agresión mientras se produce, ni el daño moral o psíquico son factores decisivos para excluir el engaño del círculo de medios comisivos. Por un lado, el que la víctima no sea consciente del delito en el momento de la agresión en nada afecta a la lesión de su derecho a la autonomía sexual²⁶. Ello se admite ampliamente a propósito del atentado contra la libertad sexual de una persona privada de sentido²⁷, sin que el hecho de que el autor no deba hacer frente (cruelmente) a las actitudes reactivas de la víctima sea condición suficiente para negarle estatus de agresión sexual. Por otro lado, el daño empíricamente medible (moral o psíquico) no es tampoco determinante para afirmar o negar la existencia de una lesión a la autonomía sexual. Como es sabido, esta también se menoscaba de forma relevante cuando la víctima no sufre ningún daño en su integridad física²⁸.

Por último, tampoco creo que los problemas para medir el impacto causal de un engaño o para averiguar si lo declarado por un interviniente es cierto o falso sean una razón suficiente para negarle toda relevancia típica al engaño o al aprovechamiento del error²⁹. Tales problemas serán especialmente complejos ante factores idiosincráticos, –¿alguna jueza creerá que una persona no hubiera consentido una relación sexual de haber sabido que los calcetines de su pareja sexual eran de un color distinto al declarado? ¿de verdad (A) no quería a (V) cuando afirmó hacerlo para conseguir el consentimiento sexual?–, pero estos problemas probatorios no quitan para que el engaño que se demuestre determinante constituya una forma *prima facie* relevante de afectación de la autonomía sexual.

²⁵ En este sentido, tempranamente SCHULHOFER, *Unwanted Sex*, 1998, p. 105. Asimismo *vid.* GREEN, *Criminalizing Sex: A Unified Liberal Theory*, 2020, pp. 28 s.

²⁶ En este sentido, con razón *vid.* KEBLER, *Sexuelle Täuschungen*, 2022, pp. 126 ss., 130

²⁷ Al respecto, *cfr.* GARDNER/SCHUTE, «The Wrongness of Rape», en HORDER (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence*, 2000, *passim*; o SPENA, «Harmless Rapes?», *Diritto & Questioni Pubbliche*, (10), 2010, pp. 513 ss.

²⁸ Pero es que, además, tampoco es pacífico que el daño psíquico que sufre la víctima de una agresión sexual coercitiva sea mayor que el de quien descubre a posteriori que ha sido engañada para mantener una relación sexual. Sobre las graves consecuencias psicológicas de la agresión sexual por engaño *cfr.* FALK, «Not Logic, But Experience: Drawing on Lessons from the Real World in Thinking About the Riddle of Rape-by-Fraud», *The Yale Law Journal Online*, (123), 2013, pp. 361 s., con ulteriores referencias. Igualmente crítico con la tesis que minimiza el daño empíricamente medible a la víctima en el caso de la agresión sexual por engaño *cfr.* WERTHEIMER, *Consent to Sexual Relations*, 2010, pp. 206 s.

²⁹ Sobre los problemas probatorios de la tesis subjetivista, *cfr.* p.ej., SHERWIN, «Infelicitous Sex», *Legal Theory*, (2), 1996, pp. 227 s.; o CUGAT MAURI, «Artículo 182 CP vigencia del abuso fraudulento y consecuencias sistemáticas de la introducción de la nueva modalidad de abuso de confianza, autoridad o influencia sobre la víctima», en MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS/ESQUINAS VALVERDE (dirs.), *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma*, 2022, p. 235. Replicando de manera convincente esta objeción *vid.* HERRING, «Under what circumstances should "sex by fraud" be rape?», *Great Debates in Criminal Law*, 2020, pp. 127 ss., 132 s., o WERTHEIMER, *Consent to Sexual Relations*, 2010, p. 201.

3. La tesis subjetivista del engaño sexual

Quien acepte que, efectivamente, el engaño es un medio comisivo típico del delito de agresión sexual (art. 178 CP), habrá de plantearse sin solución de continuidad la siguiente pregunta: ¿es todo engaño causalmente determinante del consentimiento penalmente relevante o solo ciertos engaños dan lugar a un delito de agresión sexual? Retomando el ejemplo propuesto al inicio de este trabajo (*estafa sexual*): ¿comete efectivamente una violación (agresión sexual con penetración) el cliente que mantiene una relación sexual con una persona que ejerce la prostitución sabiendo de antemano que no le pagará el precio convenido?

Es mérito del penalista británico Jonathan HERRING haber formulado por primera vez una versión acabada de la que se ha venido a denominar tesis subjetivista³⁰. En su opinión, todo engaño o aprovechamiento de un error causalmente determinantes para obtener el consentimiento es un medio comisivo idóneo del delito de agresión sexual. Su razonamiento puede resumirse como sigue: (i) mantener una relación sexual con una persona a sabiendas que esta no la hubiera consentido en caso de saber toda la verdad supone mantener una relación sexual no consentida. (ii) Mantener una relación sexual no consentida es algo profundamente injusto y debería ser considerado, con independencia de si el autor ha causado o solo se ha aprovechado del error, un delito de agresión sexual (*rape*)³¹.

Lo anterior, por un lado, valdría con independencia de si el autor crea a través del engaño el error o solo se aprovecha (conscientemente) de aquel. En opinión de HERRING, el potencial autor debe informar a su potencial víctima sobre todos aquellos factores que intuya relevantes para la toma de decisión de su pareja sexual³². Por otro lado, para HERRING es completamente irrelevante si las condiciones impuestas por la víctima resultan moralmente aceptables o no. También merece protección quien vincula su consentimiento sexual a una condición profundamente discriminatoria, piénsese en quien, como en *Árabe israelí*, solo quiere mantener relaciones sexuales con una persona judía, pues nadie "está obligado a ofrecer un servicio sexual a otros con base en un fundamento antidiscriminatorio"³³. Las tesis que reducen el círculo de engaños relevantes a los que guardan relación con la dimensión puramente física del sexo, por el contrario, olvidarían que el alcance de una relación sexual es algo estrictamente personal y que toda relación sexual no querida es igualmente injusta³⁴. Retomando el caso *estafa sexual*, también

³⁰ HERRING, «Does Yes Mean Yes — The Criminal Law and Mistaken Consent to Sexual Activity», *Singapore Law Review*, (22), 2002, pp. 193 s.; EL MISMO, «Mistaken Sex», *Criminal Law Review*, (Julio), 2005, pp. 511 ss., 514; EL MISMO, «Rape and The Definition of Consent», *National Law School of India Review*, (26-1), 2014, pp. 70 ss.; EL MISMO, *Great Debates in Criminal Law*, 2020, pp. 127 ss., 132 s. Próximo, HORDER, «Consent, Threats and Deception in Criminal Law», *King's College Law Journal*, (10-1), 1999, p. 108. En la discusión filosófica esta tesis es defendida de forma paradigmática por DOUGHERTY, «Sex, Lies and Consent», *Ethics*, (123-4), 2013, pp. 717 ss.; EL MISMO, «Deception and consent», en MÜLLER/SCHABER (eds.), *The Routledge Handbook of the Ethics of Consent*, 2018, pp.164 ss.

³¹ Próximo *vid.* además DSOUZA, «Undermining Prima Facie Consent in the Criminal Law», *Law and Philosophy*, (33), 2014, pp. 502 ss., 507: solo las condiciones que dependen de comportamientos posteriores (*event subsequent*) al acto sexual serían irrelevantes. Lo sería, p. ej., el engaño de quien consigue el consentimiento sexual con la promesa de un pago posterior al acto sexual. Por otro lado, dado que el consentimiento se ofrecería con carácter general de manera irreflexiva, sin determinar y expresar la totalidad de *deal breakers*, entiende DSOUZA que las tesis subjetivistas sobreestiman el número de errores que de facto vician el consentimiento. Cfr. DSOUZA, «False Beliefs and Consent to Sex», *The Modern Law Review*, (85-5), 2022, p. 1205 s.

³² HERRING, *Singapore Law Review*, (22), 2002, pp. 194 s.

³³ HERRING, *National Law School of India Review*, (26), 2014, p. 71.

³⁴ HERRING, *Singapore Law Review*, (22), 2002, pp. 191 s.; 195 ss.; EL MISMO, *National Law School of India Review*, (26), 2014, p. 71. En este mismo sentido, *vid.* DSOUZA, *The Modern Law Review*, (85-5), 2022, pp. 1200 s.

la persona que mantiene relaciones sexuales a fin de cobrar por ello es víctima de un delito de agresión sexual cuando el autor arranca su consentimiento sabiendo que no está dispuesto a pagar el precio convenido³⁵.

En Alemania, es VAVRA quien con mayor rotundidad ha defendido la tesis subjetivista: es inválido a efectos penales todo consentimiento que no hubiera sido prestado en caso de conocer la víctima la realidad de las cosas, con total independencia de cuál sea la naturaleza del *deal breaker*³⁶. Y esto vale con independencia de la valoración moral que merezca la razón que llevaría a la víctima a no consentir: también razones discriminatorias viciarían el consentimiento de forma penalmente relevante, pues también quien engaña sobre su etnia para conseguir el consentimiento estaría lesionando injustamente la autonomía sexual de la contraparte³⁷. A diferencia de lo sostenido por HERRING, VAVRA, niega sin embargo un deber genérico de revelar todos aquellos datos que se saben relevantes para la contraparte en una relación sexual. Dado que sobre la potencial víctima recaería una incumbencia de comunicar (*Kommunikationsobliegenheiten*) su *deal breaker* particular, solo cuando el autor engaña a la víctima respecto de un factor que ha sido expuesto como decisivo cabría considerar viciado el consentimiento³⁸. De este modo trata VAVRA de contener la expansión punitiva a la que conducen las tesis subjetivistas clásicas: ni el mero aprovechamiento de un error preexistente en la víctima, ni un engaño respecto de un factor que la propia víctima no ha comunicado (expresamente o a través de actos concluyentes) como decisivo serían, pues, constitutivos de un delito de agresión sexual.

La aproximación subjetivista a la relevancia penal de los vicios del consentimiento tiene razón en que las relaciones sexuales no consentidas, con carácter general, representan una instrumentalización y cosificación de la persona que consiente engañada³⁹. Contra dicha teoría tampoco son decisivas las alusiones a la importancia de la fantasía y a una supuesta adecuación social de la seducción engañosa⁴⁰. Tampoco me parece concluyente la crítica que apunta a las consecuencias perjudiciales para las minorías discriminadas, en particular, las derivadas de la imposición de una carga de revelar información íntima potencialmente relevante para la pareja

³⁵ HERRING, *Singapore Law Review*, (22), 2002, p. 196.

³⁶ Al respecto, con ulteriores referencias, VAVRA, «Täuschungen als strafbare Eingriffe in die sexuelle Selbstbestimmung?», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, (12), 2018, pp. 613 ss.; LA MISMA, *Die Strafbarkeit nicht-einvernehmlicher sexueller Handlungen zwischen erwachsenen Personen*, 2020, pp. 370 ss. Ya antes, aunque fuera del contexto sexual y únicamente en relación a los errores no imputables a quien consiente, RÖNNAU, *Willensmängel bei der Einwilligung im Strafrecht*, 2001, p. 432: el error relativo al bien jurídico conduce a negar el consentimiento, el no relativo al bien jurídico a entenderlo ineficaz por estar viciado; o MITSCH, *Rechtfertigung und Opferverhalten*, 1991, pp. 530 ss., 544 ss. La tesis subjetivista ha sido defendida entre nosotros por ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, *El consentimiento en derecho penal*, 2014, pp. 173 ss., aunque a propósito de hechos lesivos del patrimonio y la integridad física.

³⁷ Cfr. VAVRA, *ZIS*, (12), 2018, pp. 613 s.; LA MISMA, *Die Strafbarkeit nicht-einvernehmlicher sexueller Handlungen zwischen erwachsenen Personen*, 2020, pp. 372 ss.

³⁸ Cfr. VAVRA, *ZIS*, (12), 2018, p. 616; LA MISMA, *Die Strafbarkeit nicht-einvernehmlicher sexueller Handlungen zwischen erwachsenen Personen*, 2020, pp. 382 ss.

³⁹ VAVRA, *ZIS*, (12), 2018, p. 616; o HERRING, *Great Debates in Criminal Law*, 2020, pp. 127 ss., 132 s.

⁴⁰ Lo advierte con razón HERRING, *Great Debates in Criminal Law*, 2020, 129. Cfr. sin embargo RUBENFELD, *The Yale Law Journal*, (122), 2013, p. 1416; GROSS, «Rape, Moralism and Human Rights», *The Criminal Law Review*, (Marzo), 2007, p. 221; o BRYDEN, «Redefining Rape», *Buffalo Criminal Law Review*, (3-2), 2000, pp. 457 ss. Para una crítica desde los postulados feministas a la pretendida adecuación social de la seducción sexual vid. MCJUNKIN, *Columbia Journal of Gender and Law*, (28-1), 2014, pp. 21 ss.

sexual⁴¹. Retomando el caso *transgénero*, la persona que no desea revelar su biografía de género no tiene por qué hacerlo, pero si engaña (por acción u omisión) al respecto está determinando a una persona a mantener una relación sexual no consentida y, por ende, afectando la autonomía sexual ajena. Desde los postulados subjetivistas, no hay razón por la que desproteger el derecho a la autonomía sexual en favor de un derecho a no revelar cierta información íntima. Aunque se advierta un conflicto entre derechos, parece claro que el derecho a la autonomía sexual debe primar frente al de la intimidad de quien solo puede conseguir una relación sexual mintiendo sobre su biografía de género⁴².

Ahora bien, pese a parecer a primera vista la única aproximación al problema del engaño compatible con la lógica de la autonomía sexual, la teoría subjetivista no resulta convincente. En mi opinión, son esencialmente tres las razones que hablan en su contra.

En primer lugar, aquella está basada en una concepción unilateral o solipsista de la relación sexual que no se corresponde con su naturaleza necesariamente plural⁴³. En particular, esta aproximación olvida que a la hora de regular el círculo de derechos en materia sexual tan importante es atender a la posición de la potencial víctima como a la del potencial autor. La decisión sobre qué vicios del consentimiento son penalmente relevantes no puede depender exclusivamente de que el error sea o no causalmente determinante para el consentimiento de la específica víctima⁴⁴. Aquella decisión precisa de un juicio normativo más complejo, en el que sean tomados en consideración en un plano de igualdad al autor y a la víctima como titulares de derechos y obligaciones. Así las cosas, no es cierto que si lo que protege el delito de agresión sexual es la autonomía sexual, la voluntad subjetiva de la víctima sea lo único relevante. Una cosa es que cada ciudadano pueda vincular su consentimiento sexual al factor que estime oportuno, y otra muy distinta que el Derecho penal deba considerar merecedoras de castigo *ex art. 178 CP* todas las relaciones sexuales que la víctima no hubiera consentido en caso de tener toda la información. En contra de lo sostenido por los defensores de la tesis subjetivista, desvincular la protección penal de la voluntad particular de un sujeto no supone moralizar paternalistamente la relación sexual⁴⁵. ¿A quién sino al Derecho estatal le corresponde establecer los límites del injusto del delito de agresión sexual? Cuestión distinta es que la regulación penal tenga efectos sobre la moral sexual. Pero también un Derecho penal de corte puramente subjetivista los tendría.

En segundo lugar, aunque muy vinculado con lo anterior, la concepción aquí criticada propone una subjetivización radical del ámbito de protección de la norma penal que resulta inaceptable⁴⁶.

⁴¹ Formula esta crítica, p. ej., SHARPE, «Criminalising Sexual Intimacy: Transgender Defendants and the Legal Construction of Non-Consent», *Criminal Law Review*, (3), 2014, pp. 222 ss.

⁴² Tampoco creo que el derecho (positivo) a la autonomía sexual sea decisivo para legitimar engaños efectivamente lesivos de la autonomía sexual ajena. Es decir, un pretendido derecho (moral) a mantener relaciones sexuales de la persona transgénero no puede justificar la lesión del derecho negativo a la autonomía sexual de la víctima engañada. Lo advierte en la discusión filosófica SRINIVASAN, *The Right to Sex. Feminism in the Twenty-First Century*, 2021, pp. 84 ss.

⁴³ En este sentido, cfr. p. ej. ROXIN/GRECO, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, v. I, 5ª ed., 2020, § 13, nm. 106a.

⁴⁴ Así, acertadamente, *vid.* ya BERGELSON, «Rethinking Rape-By-Fraud», en ASHFORD/REDD/WAKE (eds.), *Legal Perspectives on State Power: Consent and Control*, 2016, pp. 152 ss., p. 159: «the “all or nothing” approach to the protection of sexual autonomy is overbroad and untenable».

⁴⁵ De otra opinión, *vid.* p. ej., CASTELLVÍ MONSERRAT, *InDret*, (4), 2023, 2.3.

⁴⁶ Así ya GILI PASCUAL, *CPC*, (135), 2021, pp. 123 s.; LAZENBY/GABRIEL, «Permissible Secrets», *The Philosophical Quarterly*, (68), 2018, p. 273; BERGELSON, en ASHFORD/REDD/WAKE (eds.), *Legal Perspectives on State Power: Consent and Control*, 2016, pp. 159 s.

El delito de agresión sexual pasa a ser concebido como una herramienta de protección de la voluntad irrestricta de la víctima, al margen de cualquier límite conceptual o axiológico. Bien mirado, se protegen penalmente afectaciones a la libertad que, desde un punto de vista conceptual, no pueden ser entendidas como atentados contra el núcleo de la autonomía sexual. A la espera de una definición algo más precisa del *proprium* del atentado contra la libertad sexual, baste en este lugar con afirmar que quien engaña a su víctima sobre su etnia, o sobre el hecho de consumir carne, no afecta a la libertad sexual protegida en el art. 178 CP, sino a una dimensión de la libertad general de la víctima distinta⁴⁷. La tesis subjetivadora desnaturaliza el injusto del delito de agresión sexual, protegiendo un derecho genérico a la libertad, una suerte de derecho a no ser engañado, remotamente vinculado con una relación sexual.

Y en tercer y último lugar, como ha puesto de manifiesto BERGELSON, la tesis subjetivista es inasumible por su absoluta falta de diferenciación⁴⁸. Aun cuando se asuma que todo acto sexual no consentido es lesivo de la autonomía sexual, algo en absoluto evidente, no cabe derivar de aquí automáticamente que toda relación sexual no consentida deba ser considerada constitutiva de un delito de agresión sexual. Quizá tenga razón DOUGHERTY cuando afirma que toda relación sexual no consentida constituye un injusto moral grave⁴⁹, pero es indudable que a los efectos penales no todo injusto moral (grave) debe ser considerado equivalente y tipificado como agresión sexual⁵⁰. Están en lo cierto quienes entienden que la tesis subjetivista radical lleva a banalizar el injusto del delito de agresión sexual⁵¹. En realidad, este es un riesgo inherente a toda tipificación insuficientemente distintiva (*unfair labelling*): considerar agresión sexual la relación sexual consentida al creer una de las partes que la otra era millonaria, con independencia del específico castigo que se imponga al declarado “agresor sexual”, impide hacer justicia en términos expresivos al injusto sufrido por la víctima de una agresión sexual nuclear⁵². Nuevamente con BERGELSON, el planteamiento subjetivista es «innecesario, indeseable e irrealista: aun cuando tratemos la autonomía sexual de forma muy seria y sacrifiquemos una gran cantidad de otros valores para su protección, no podemos proteger *completamente* la autonomía sexual»⁵³.

4. Las tesis diferenciadoras del engaño penalmente relevante

Pese al auge experimentado por la teoría subjetivista en los últimos tiempos, es mayoritario el sector de la doctrina penal que entiende imprescindible diferenciar entre clases de engaños y limitar el círculo de los penalmente relevantes. En este lugar me limito a presentar las dos teorías diferenciadoras del engaño más influyentes en la discusión (penal) contemporánea, así como una tercera corriente que niega la agresión sexual por engaño, pero tipifica algunos de los supuestos aquí discutidos como agresiones sexuales no consentidas. Pese a que la pretensión diferenciadora es digna de elogio, como habrá de mostrarse en lo que sigue, ninguna de las dos

⁴⁷ Apuntando en un sentido parecido, *vid.* CUGAT MAURI, en MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS/ESQUINAS VALVERDE (dirs.), *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma*, 2022, p. 237.

⁴⁸ BERGELSON, en ASHFORD/REDD/WAKE (eds.), *Legal Perspectives on State Power: Consent and Control*, 2016, pp. 160 s.

⁴⁹ DOUGHERTY, *Ethics*, (123-4), 2013, p. 743.

⁵⁰ Con razón, *vid.* GREEN, *Criminalizing Sex*, 2020, pp. 107 ss.

⁵¹ Cfr. GREEN, *Criminalizing Sex*, 2020, pp. 105 s.

⁵² Al respecto *vid. infra* 7.

⁵³ BERGELSON, en ASHFORD/REDD/WAKE (eds.), *Legal Perspectives on State Power: Consent and Control*, 2016, p. 160 (cursiva en el original).

aproximaciones está en disposición de ofrecer una teoría delimitadora del engaño en materia sexual convincente.

4.1. Error referido al bien jurídico y error sobre el motivo o la contraprestación

En la doctrina alemana contemporánea sigue gozando de un importante predicamento la teoría diferenciadora acuñada por ARZT⁵⁴. Su planteamiento parte de la distinción entre la dimensión estática de un bien jurídico, protegida con carácter general por el Derecho penal (*Bestandsschutz*), y una dimensión dinámica, de libertad de intercambio (*Tauschfreiheit*), que el Derecho penal solo protegería excepcionalmente a través de tipos particulares como el de estafa o estupro⁵⁵. A partir de aquí, sostiene ARZT que el criterio para determinar la relevancia de un vicio para anular la eficacia del consentimiento es el de la referencia al bien jurídico en su dimensión estática⁵⁶. Solo convierte en ineficaz el consentimiento aquel engaño que conduce a un error referido al bien jurídico, esto es, cuando el que consiente yerra sobre el modo, la dimensión o la peligrosidad de la renuncia al bien jurídico. Por el contrario, no convertiría en ineficaz el consentimiento aquel engaño que se refiere a una contraprestación esperada⁵⁷.

Así las cosas, comete un delito de lesiones el médico que consigue que su paciente consienta el suministro de una inyección calmante al ocultarle los efectos perjudiciales de dicha inyección. El engaño conduce aquí a un error sobre la peligrosidad de la renuncia al bien jurídico⁵⁸. A una solución distinta llega ARZT en el caso del médico que miente al paciente sobre el coste de la inyección y, de este modo, consigue su consentimiento. Lo contrario, esto es, considerar que también los errores sobre una mera contraprestación eliminan el consentimiento supondría proteger penalmente el valor de intercambio de bienes individuales a través de delitos comunes, en este caso, el delito de lesiones. Con ello, además de extenderse indebidamente el alcance de protección de estos tipos, limitado a proteger la dimensión estática de los bienes, se burlarían los límites establecidos por el tipo de estafa para la protección del valor de intercambio del patrimonio⁵⁹. En realidad, dice ARZT, tomar en cuenta tales errores para excluir el consentimiento supondría desdibujar la laboriosa diferenciación de los bienes jurídicos particulares en la parte especial del Derecho penal, pues todos ellos pasarían a ser protegidos como intereses de intercambio⁶⁰. Con ello el Derecho penal contribuiría decididamente a que «todos los bienes jurídicos, también los así llamados 'altamente personales' se conviertan en objetos de intercambio»⁶¹.

Frente al planteamiento diferenciador de ARZT se ha formulado tres objeciones. En primer lugar, que es infrainclusivo, en palabras de MONA, que es excesivamente «amigable con el delincuente»⁶². Ello fue advertido tempranamente por ROXIN quien, a partir de la distinción de

⁵⁴ ARZT, *Willensmängel bei der Einwilligung*, 1970, p. 17 ss.

⁵⁵ ARZT, *Willensmängel bei der Einwilligung*, 1970, p. 17.

⁵⁶ ARZT, *Willensmängel bei der Einwilligung*, 1970, pp. 20, 22.

⁵⁷ ARZT, *Willensmängel bei der Einwilligung*, 1970, pp. 17 ss. Entre nosotros, próximo vid. CASAS BARQUERO, *El consentimiento en el Derecho penal*, 1987, pp. 85 s.

⁵⁸ ARZT, *Willensmängel bei der Einwilligung*, 1970, pp. 19 ss.

⁵⁹ ARZT, *Willensmängel bei der Einwilligung*, 1970, pp. 17 ss., 20 ss.

⁶⁰ ARZT, *Willensmängel bei der Einwilligung*, 1970, pp. 20 s.

⁶¹ ARZT, *Willensmängel bei der Einwilligung*, 1970, p. 20.

⁶² MONA, *Die Einwilligung im Strafrecht*, 2017 p. 350: «stark täterfreundlich». Asimismo, MITSCH, *Rechtfertigung und Opferverhalten*, 1991, pp. 515 s.; y ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, *El consentimiento en Derecho Penal*, 2014, p. 169.

ARZT, defiende que algunos engaños no relativos al bien jurídico también excluirían la validez del consentimiento, en particular, aquellos que recaen sobre un fin altruista de la víctima y los que consisten en arrancar un consentimiento simulando una situación de necesidad⁶³. En segundo lugar, que está basado en una concepción estática de los bienes jurídicos inasumible. El Derecho penal no protegería la integridad física o el patrimonio como entidades de base ontológica, como piezas de museos estáticas (*Bestandesschutz*), sino precisamente como herramientas dinámicas al servicio de la libertad de su titular⁶⁴. La utilización dinámica de los propios bienes jurídicos como mecanismo para la autodeterminación vital sería una expresión de la propia personalidad tan merecedora de protección como lo pueda ser la salvaguarda estática del bien⁶⁵. Y, finalmente, en tercer y último lugar, se ha objetado que la delimitación entre los errores relativos al bien jurídico y los que no lo son resulta arbitraria. Y es que tanto el concepto de «bien jurídico» como el de «relativo al bien jurídico» serían profundamente vagos⁶⁶. Esta última crítica es, en mi opinión, especialmente importante en el ámbito de la delincuencia sexual. Lo que es «relativo a un bien jurídico» respecto de un bien tan etéreo como la libertad o autonomía sexual resulta altamente controvertido. Retomando el ejemplo (*gemelas*) en el que se engaña sobre la identidad nominal: ¿se trata este de un error vinculado al bien jurídico, esto es, afecta al modo o a la dimensión de la renuncia al bien jurídico; o más bien se trata de un puro motivo para la relación sexual? ¿Y en el caso *stealthing*? ¿Afecta dicha práctica al bien jurídico como tal o más bien al motivo que lleva a una persona a aceptar mantener la relación sexual?

La teoría de ARZT quiebra ante aquellos bienes jurídicos que representan dimensiones particulares de la libertad o autonomía personal⁶⁷. Aunque su pretensión restrictiva es digna de alabanza, y la distinción entre errores relativos al bien jurídico y los que afectan a los motivos parece un interesante punto de partida para reflexionar sobre el círculo de engaños relevantes en materia sexual, su teoría dista mucho de ofrecer una respuesta adecuada y definitiva al problema objeto de este trabajo.

4.2. Fraude en el hecho y fraude en la inducción

En la doctrina y jurisprudencia angloamericanas se asume desde antaño una teoría de la diferenciación similar a la propuesta en su día por ARZT e importada del derecho mercantil⁶⁸. El fraude en el hecho (*fraud in the factum*) es aquel en el que el engaño recae sobre la propia naturaleza sexual del comportamiento consentido por la víctima, de modo que esta no es consciente de estar participando en un acto sexual. Por el contrario, el fraude en la inducción (*fraud in the inducement*) es aquel en el que el engaño recae sobre las características o los motivos

⁶³ Cfr. ROXIN, «Die durch Täuschung herbeigeführte Einwilligung im Strafrecht», en HAUSER *et al.* (eds.), *Gedächtnisschrift für Peter Noll*, 1984, pp. 283 ss. Siguiéndole *vid.* entre nosotros SEGURA GARCÍA, *El consentimiento del titular del bien jurídico en Derecho penal*, 2000, p. 145. Críticamente, ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, *El consentimiento en Derecho Penal*, 2014, pp. 170 ss.

⁶⁴ ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, *El consentimiento en Derecho Penal*, 2014, pp. 169 s. Y ya antes, en este mismo sentido, RÖNNAU, *Willensmängel bei der Einwilligung im Strafrecht*, 2001, pp. 415 ss.

⁶⁵ En este sentido, cfr. SCHEIDEGGER, *Das Sexualstrafrecht der Schweiz. Grundlagen und Reformbedarf*, 2018, p. 87.

⁶⁶ Así, cfr. MITSCH, *Rechtfertigung und Opferverhalten*, 1991, pp. 507 s., 515 s., con ulteriores referencias.

⁶⁷ En este sentido, VAVRA, *Die Strafbarkeit nicht-einvernehmlicher sexueller Handlungen zwischen erwachsenen Personen*, 2020, pp. 372 ss.; LA MISMA, *ZIS*, (12), 2018, p. 614.

⁶⁸ GREEN, «Lies Rape, and Statutory Rape», en SARAT (ed.), *Law and Lies: Deception and Truth-Telling in the American Legal System*, 2015, pp. 198 s.

que llevan a la persona a consentir la relación sexual⁶⁹. Mientras que el fraude en el hecho anularía la validez penal del consentimiento, pues la «participación sexual generada por el fraude en el *factum* es tan involuntaria como lo es la generada en una agresión sexual coercitiva violenta»⁷⁰, el fraude en la inducción sería irrelevante. Aunque el engaño en la inducción reduce la voluntariedad de la relación sexual, esta presentaría una menor lesividad que la propia de una auténtica agresión sexual⁷¹.

Así las cosas, sería punible el hecho del *proctólogo* que consigue el consentimiento de su paciente fingiendo una razón médica. Aunque es más controvertido, en la jurisprudencia del *common law* se ha asumido tradicionalmente que también estaríamos ante un fraude en el hecho en el supuesto del extraño que finge ser el marido de una mujer⁷². Dado que una relación sexual marital es algo esencialmente distinto a una extramatrimonial, de hecho, lo segundo era constitutivo de delito (adulterio), el engaño recaería aquí también sobre la auténtica naturaleza del comportamiento sexual consentido. Por el contrario, cualquier engaño sobre el específico motivo o sobre una eventual contraprestación, en tanto no recaería sobre la propia naturaleza del acto, sería irrelevante desde la óptica del Derecho penal sexual⁷³. Un ejemplo prototípico de fraude en la inducción es el de la *estafa sexual*: dado que la persona engañada sí conoce la naturaleza sexual de la relación a la que consiente, el engaño respecto de la voluntad de pago no anularía la validez del consentimiento prestado.

Bien mirado, frente a esta distinción cabe formular una crítica muy similar a la efectuada contra el planteamiento de ARZT. A los efectos que aquí interesan, baste con apuntar ahora lo siguiente. La distinción entre el fraude en el hecho y el fraude en la inducción resulta infrainclusiva si se interpreta de forma estricta: si lo único relevante es que la víctima no sepa que está participando en una relación sexual, quedan fuera de la protección penal casos lesivos del núcleo íntimo de la autonomía sexual⁷⁴. Con un ejemplo: dado que la víctima del *stealthing* sabe que está participando en una relación sexual, el engaño respecto del uso del preservativo sería irrelevante. Difícilmente cabe negar que el daño que se produce en un caso como este es de naturaleza sexual, por mucho que la víctima sí haya consentido una relación sexual. Si, por el contrario, se interpreta el concepto de fraude en el hecho de manera más laxa, vinculándolo a la naturaleza sexual del acto en un sentido más amplio, esta tesis distintiva, al igual que la de ARZT, pierde su capacidad delimitadora. Este problema se plantea a las claras al aceptar que el engaño respecto de la identidad personal de quien se hace pasar por el marido de la víctima es un fraude en el hecho. ¿Por qué la naturaleza sexual del acto queda condicionada por el estatus civil de uno de los participantes? ¿Por qué no lo haría, en cambio, la creencia errónea de la víctima de que su pareja sexual le es fiel o un error sobre el auténtico color de piel de la pareja sexual? En definitiva, ¿cuál es el criterio para determinar lo relevante en la configuración de la naturaleza sexual de un

⁶⁹ Sobre la distinción cfr. p. ej., GREEN, *Criminalizing Sex*, 2020, pp. 102 s.

⁷⁰ FEINBERG, «Victims' Excuses: The Case of Fraudulently Procured Consent», *Ethics*, (96-2), 1986, pp. 331 ss., p. 339.

⁷¹ FEINBERG, *Ethics*, (96-2), 1986, p. 340 s.: el daño no es sexual, sino que guarda relación con la naturaleza de la defraudación padecida. En el caso de la estafa de prostitución, p. ej., se trataría de un daño patrimonial.

⁷² Al respecto, GREEN, *Criminalizing Sex*, 2020, p. 103.

⁷³ Vid. sin embargo MURPHY, «Some Ruminations on Women, Violence, and the Criminal Law», *Character, Liberty, and Law. Kantian Essays in Theory and Practice*, 1998, p. 160: para quien el fraude en la inducción solo sería irrelevante cuando la víctima demuestra a través de su condición que no valora su propia sexualidad como debiera. Quien condiciona su consentimiento a que su pareja sexual le pague un abrigo de visión no merecería la protección penal que brinda el delito de agresión sexual.

⁷⁴ En este sentido, vid. MURPHY, *Character, Liberty, and Law. Kantian Essays in Theory and Practice*, 1998, pp. 159 s.

acto? La distinción entre ambas clases de fraude y, por tanto, el tratamiento penal del problema depende esencialmente de cuán rica sea la descripción del acto o de la naturaleza del acto. Del mismo modo que no toda coacción excluye la validez del consentimiento, piénsese en la irrelevancia a tal efecto de factores estructurales (exclusión social, pobreza...) que influyen en la toma de decisiones sexuales en un mundo no ideal⁷⁵, es imprescindible delimitar normativamente el círculo de engaños relevantes a los efectos del delito de agresión sexual.

4.3. El objeto del consentimiento sexual

En la doctrina filosófica se ha planteado una forma distinta de distinguir entre engaños sexuales relevantes e irrelevantes. El problema que aquí nos ocupa, así lo entienden TILTON y ICHIKAWA⁷⁶, no reside en si el consentimiento prestado por la potencial víctima está o no viciado, sino en si ha consentido o no la relación sexual que finalmente tiene lugar. Es decir, no se trataría de analizar el grado de autonomía de quien consiente, sino de delimitar con claridad el alcance de lo consentido. Retomando el caso del *stealthing*: la pregunta no sería si el consentimiento de quien acepta la penetración con preservativo está viciado por el engaño, sino a qué ha consentido exactamente la potencial víctima. Dado que lo consentido era una relación sexual con preservativo, pero lo que tiene lugar finalmente es una relación sexual sin preservativo, estaríamos ante un caso de agresión sexual por falta de consentimiento. Dado que rara vez concretarán las partes el exacto objeto de lo consentido, TILTON y ICHIKAWA abogan por recurrir a la metasemántica y a las convenciones sociales, que operarían como factores defectivos de determinación del exacto objeto de lo consentido⁷⁷. Las preferencias no convencionales, siempre según los autores referidos, deberían ser explicitadas por los participantes de la relación sexual.

Esta aproximación al problema permite a sus defensores negar toda relevancia al engaño como medio comisivo del delito de agresión sexual. En las consecuencias, sin embargo, no dista de otros planteamientos (distintivos) partidarios de considerar ciertos engaños como formas de agresión sexual. El camino es lo que cambia: no es que el engaño vicie el consentimiento, sino que la víctima había consentido una relación sexual distinta a la que había tenido lugar, de modo que el autor la somete a una relación sexual no consentida. Esta tesis es la acogida entre nosotros por CASTELLVÍ MONSERRAT y MÍNGUEZ ROSIQUE⁷⁸. El engaño no sería un medio comisivo del delito de agresión sexual del art. 178 CP, pero muchos de los supuestos en los que la doctrina admite un consentimiento viciado por engaño sí serían típicos *ex art. 178 CP* al someter el autor a la víctima a una relación no consentida. Esta conclusión es defendida también por RAMOS VÁZQUEZ, quien la fundamenta, básicamente, con base en un razonamiento de interpretación histórico-subjetiva: dado que el legislador no ha incluido en el art. 178 CP mención alguna al engaño, y rechazó expresamente dicha posibilidad en el trámite parlamentario, derogando el abuso sexual fraudulento del art. 182 CP, el consentimiento sexual obtenido por engaño no sería un medio comisivo típico del delito de agresión sexual⁷⁹.

⁷⁵ Cfr. al respecto SCHULHOFER, *Unwanted Sex*, 1998, pp. 109 ss. En general, sobre el problema de la validez del consentimiento en contextos de injusticia (de género) sistémica *vid.* TADROS, «Consent to Sex in an Unjust World», *Ethics*, (131-2), 2021, pp. 306 ss.

⁷⁶ Cfr. TILTON/ICHIKAWA, «Not What I Agreed To: Content and Consent», *Ethics*, (132-1), 2021, pp. 127 ss.

⁷⁷ TILTON/ICHIKAWA, *Ethics*, (132-1), 2021, pp. 139 ss.

⁷⁸ CASTELLVÍ MONSERRAT/MÍNGUEZ ROSIQUE, *Diario La Ley*, (9962), 2021. Y próximamente, en profundidad, *vid.* CASTELLVÍ MONSERRAT, *InDret*, (4), 2023.

⁷⁹ RAMOS VÁZQUEZ, en AGUSTINA SANLEHÍ (coord.), *Comentarios a la ley del «solo sí es sí»*, 2023, pp. 172 s.

Comparto con la tesis acabada de resumir su crítica a la tesis subjetivista, así como la necesidad de ofrecer un tratamiento (penal) distintivo a los casos aquí objeto de estudio. En las consecuencias prácticas, esta tesis llega a consecuencias muy similares a las que defenderé en este trabajo (6). Sin embargo, como TADROS ha mostrado de forma convincente, tomarse en serio la noción de autonomía pasa por negar validez al consentimiento de quien lo presta gracias a un acto de explotación epistémica de otra persona⁸⁰. Dicho de otro modo: negar al engaño fuerza suficiente para afectar la autonomía sexual de un modo relevante es infraproteger el derecho a la libertad negativa.

En términos prácticos, tampoco alcanzo a ver las ventajas conceptuales de negar al engaño, a diferencia de otros vicios clásicos del consentimiento, fuerza para viciarlo y replantear la cuestión como un problema de determinación del objeto del consentimiento. Por un lado, como los propios partidarios de esta aproximación reconocen, determinar qué es exactamente lo que las partes habían consentido resulta extraordinariamente complejo. Cuando (A) y (V) pactan mantener una relación sexual con penetración a cambio del pago de un precio, ¿consiente (V) que su cliente le bese en los labios o solo ha consentido la penetración explícitamente pactada? El recurso a las convenciones sociales, además de no amortiguar la incertidumbre sobre los límites de lo realmente consentido, tiene el riesgo de determinar el consentimiento de la víctima con base en convenciones sociales moralmente cuestionables⁸¹. Dado que la convención social establece que en la mayoría de contextos el sexo biológico de una persona es relevante, no revelar dicho dato conduciría a afirmar que la relación sexual no ha sido consentida, cometiendo la persona transgénero un delito de agresión sexual.

Por el otro, contemplado desde la perspectiva penal, la tesis aquí criticada asume una aproximación binaria al problema que no hace justicia al carácter gradual de la autonomía subyacente a un acto de consentimiento. O el hecho sexual no fue consentido, y estamos ante una agresión sexual, o el hecho sexual sí fue abarcado por el consentimiento y, por ende, ni hay delito de agresión sexual. Bien mirado, ello supone negar la existencia de injustos morales no penalmente relevantes. Con un ejemplo presentado por TADROS⁸²: quien consiente una relación sexual al ser engañado respecto de la muerte de su pareja en un conflicto bélico está consintiendo una relación sexual, pero es evidente que su consentimiento no representa una verdadera expresión de su voluntad. En vez de afirmar que la persona ha consentido la relación sexual en la que ha participado, creo preferible reconocer que su consentimiento no era plenamente libre, aunque su pretensión de veracidad lesionada pueda no estar protegida por la norma del art. 178 CP.

Y finalmente, vinculado con este argumento, la tesis de TILTON y ICHIKAWA, importada coherentemente al Derecho penal, es sobreinclusiva. Retomando el caso *Árabe israelí*: (V) está dispuesta a mantener una relación sexual con (A) siempre y cuando este sea judío y esté soltero, algo que expresa claramente. (A) miente a (V) sobre ambos extremos y consigue así el consentimiento de (V). Aquí es evidente que (V) ha consentido una relación sexual muy determinada, a saber, con una persona judía y soltera. La tesis aquí criticada debería admitir que (A) somete a (V) a una relación sexual no consentida, de modo que estaría cometiendo un delito de agresión sexual. En mi opinión, como mostraré más adelante, esta conclusión es incorrecta.

⁸⁰ Cfr. TADROS, «Beyond the Scope of Consent», *Philosophy & Public Affairs*, (50-4), 2022, pp. 440 s.

⁸¹ TILTON/ICHIKAWA, *Ethics*, (132-1), 2021, pp. 150 ss.

⁸² TADROS, *Philosophy & Public Affairs*, (50-4), 2022, p. 442.

5. Fundamentos de una teoría del engaño bastante en materia sexual

En opinión de RUBENFELD, o se niega relevancia al engaño como medio comisivo del delito de agresión sexual, o se admite que todo engaño y aprovechamiento de un error es constitutivo de dicho delito⁸⁵. *Tertium non datur*. Toda pretensión de distinguir y otorgar una distinta relevancia a los engaños causalmente determinantes sería, así PUNDINK⁸⁴, arbitraria. Lo que pretendo a continuación es demostrar que esta conclusión, pese a las insuficiencias que presentan las tesis diferenciadoras clásicas, no es cierta. Para ello presento aquí las bases sobre las que construir una teoría normativa del engaño sexual. Ello me habrá de permitir en el siguiente epígrafe delimitar el círculo de los engaños penalmente relevantes *ex art.* 178 CP.

5.1. La dimensión sexual de la autonomía

La doctrina afirma mayoritariamente que el delito de agresión sexual protege la autonomía sexual⁸⁵. Es igualmente común afirmar que el Derecho penal solo puede proteger la dimensión negativa de la autonomía sexual, esto es, el derecho a verse libre de contactos sexuales no queridos o no consentidos, así como a rechazar en cualquier momento una relación sexual iniciada⁸⁶. Por el contrario, la dimensión positiva, a saber, la pretensión de participar en una actividad sexual, no puede garantizarse jurídicamente, pues su realización dependería siempre de la libre decisión de otra persona⁸⁷. Los problemas comienzan a la hora de definir con algo más de detalle la noción de autonomía sexual (negativa) que habría de proteger el delito de agresión sexual.

Resulta relativamente pacífico afirmar que la autonomía sexual alude a la posibilidad de un ciudadano de gobernarse a sí mismo en materia sexual, esto es, de conducir su propia vida sexual de modo acorde a sus propias representaciones⁸⁸. A partir de aquí, ni está claro qué específicos derechos encierra la genérica noción de autonomía sexual, ni cuál sería el rasgo característico de la autonomía sexual frente al genérico derecho a la autodeterminación⁸⁹. Esta incertidumbre explica a su vez los muchos problemas todavía existentes para determinar el *proprium* del delito de agresión sexual frente a otros delitos graves⁹⁰. Aunque es compartida la idea de que ser

⁸⁵ RUBENFELD, *The Yale Law Journal*, (122), 2013, pp. 1400 s.

⁸⁴ PUNDINK, *Notre Dame Law Review Online*, (93-172), 2018, p. 186.

⁸⁵ Cfr. p. ej., DRIPPS, *Columbia Law Review*, (92-7), 1992, p. 1785.

⁸⁶ Sobre la dimensión negativa y positiva de la libertad sexual, cfr. SICK/RENZIKOWSKI, «Der Schutz der sexuellen Selbstbestimmung», en HOYER (ed.), *Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder*, 2006, pp. 603 s.; DÍEZ RIPOLLÉS, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (6), 2000, pp. 71 ss.; MAÑALICH RAFFO, «La violación como delito contra la indemnidad sexual bajo el derecho penal chileno», *Revista Ius et Praxis*, (20-2), 2014, pp. 33 s.; o RENZIKOWSKI, «Primat des Einverständnisses? Unerwünschte konsensuelle Sexualitäten», en LEMBKE (ed.), *Regulierung des Intimen, Geschlecht und Gesellschaft*, 2017, p. 199.

⁸⁷ El Derecho penal, a lo sumo, puede no obstaculizar su ejercicio, en la medida en que no criminalice actos sexuales basados en decisiones autónomas, como, p. ej., las relaciones sadomasoquistas o incestuosas. Cuestión distinta es si el Estado debería legalizar determinadas formas de prostitución a fin de garantizar la dimensión positiva de la autonomía sexual a personas discapacitadas. Una defensa de esta tesis puede leerse en APPEL, «Sex rights for the disabled?», *Journal of Medical Ethics*, (36-3), 2010, pp. 152 ss. Críticamente, DI NUCCI, «Sexual rights and disability?», *Journal of Medical Ethics*, (37-3), 2011, pp. 158 ss.: la solución debe dejarse en manos de organizaciones civiles que intermedien entre las personas discapacitadas y los ciudadanos dispuestos a proveer (gratuitamente) placer sexual.

⁸⁸ SCHULHOFER, *Unwanted Sex*, 1998, p. 11.

⁸⁹ Así lo reconoce con razón GREEN, *Criminalizing Sex*, 2020, p. 20.

⁹⁰ Al respecto, *vid.* MURPHY, *Character, Liberty, and Law. Kantian Essays in Theory and Practice*, 1998, pp. 147 ss.

sometido a un acto sexual no deseado es uno de los injustos más graves imaginables, hay quien afirma que solo el homicidio sería más grave⁹¹, no está claro el motivo, ni la razón por la que la autonomía sexual precisa de un tipo específico para su protección. ¿Por qué no recurrir a un concurso de delitos entre las coacciones o detenciones ilegales, delitos contra la integridad física o psíquica y delitos contra la intimidad⁹²?

En este lugar me conformo con aludir a tres elementos particulares que, en mi opinión, permiten capturar la dimensión sexual de la autonomía y, por ende, la esencia del delito de agresión sexual frente a otras formas delictivas graves. Lo propio de este delito es que el autor menoscaba de forma grave la autonomía de su víctima a través de una injerencia corporal que supone un grave menoscabo al núcleo central de su intimidad. En la medida en que ambas afectaciones resultan instrumentales para la satisfacción del deseo sexual del autor, la agresión sexual se caracteriza asimismo por constituir una grave afrenta a la dignidad de una víctima que es cosificada como un instrumento sexual. La afectación interrelacionada –en mayor o menor medida– de estos tres derechos negativos capitales en un contexto de naturaleza sexual constituye el injusto propio del delito de agresión sexual⁹³.

Solo a partir de esta materialización de la indiferenciada noción de autonomía sexual cabe establecer las imprescindibles distinciones de grado entre las distintas afectaciones a tal genérico derecho. Aunque en ambos casos quepa constatar una merma de la autonomía sexual, contemplado desde el prisma del grado de injerencia o invasión corporal y a la intimidad, no es lo mismo una penetración sexual que un beso en el cuello. Tampoco el menoscabo de la dignidad de la víctima es idéntico en ambos casos⁹⁴. Evidentemente, cómo definir la naturaleza sexual como marco en el que se produce la injerencia corporal y en la intimidad de la víctima no es sencillo. Ahora bien, frente a tesis puramente subjetivistas o de corte biologicista⁹⁵, entiendo aquí indispensable una aproximación normativa: lo que es *sexual* queda determinado de manera convencional⁹⁶.

5.2. La autonomía y el consentimiento sexual como magnitudes graduales

El principal error en el que incurre la teoría subjetivista es su incapacidad para aprehender las nociones de autonomía sexual y consentimiento como nociones eminentemente graduales. Sin embargo, es hoy ampliamente compartida la idea de que la autonomía (sexual) es efectivamente una categoría gradual, pues en un mundo no ideal las decisiones no son plenamente autónomas o plenamente heterónomas, sino siempre más o menos autónomas. Es igualmente pacífico afirmar que el predicado de «autónomo» respecto de una acción humana se imputa o atribuye

⁹¹ SCHULHOFER, *Unwanted Sex*, 1998, p. 100.

⁹² Advierte del problema con claridad MAÑALICH RAFFO, *Revista Ius et Praxis*, (20-2), 2014, pp. 32 s.

⁹³ En un sentido parecido, *vid.* HÖRNLE, «Sexuelle Selbstbestimmung: Bedeutung, Voraussetzungen und kriminalpolitische Forderungen», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (127-4), 2015, pp. 861 ss.

⁹⁴ Como aquí, GREEN, *Criminalizing Sex*, 2020, p. 23.

⁹⁵ Sobre qué debe ser considerado una conducta sexual, *vid.* GREEN, *Criminalizing Sex*, 2020, pp. 8 ss., quien parece inclinarse por una definición basada en la noción de deseo (sexual) definida a partir de la noción de excitación sexual empíricamente medible.

⁹⁶ Sobre el acto sexual como construcción cultural, *cfr.* CORRÊA CAMARGO/RENZIKOWSKI, «El concepto de "acto de naturaleza sexual" en el derecho penal», *InDret*, (1), 2021, pp. 149 ss., 153 ss., 161: «un acto de naturaleza sexual es toda acción que, conforme a un determinado ámbito cultural, pertenece al dominio de las interacciones sexuales y que es realizada conscientemente por el actor vinculándose a tal significado social».

convencionalmente⁹⁷. El consentimiento sexual, pues, es también *nolens volens* una noción gradual: este exterioriza la voluntad más o menos autónoma de quien lo presta⁹⁸.

Como ha mostrado GREEN, cabe distinguir entre formas de consentimiento sexual en atención a tres factores graduales⁹⁹: en primer lugar, a la intensidad de las actitudes subjetivas de quien consiente. Aunque los juristas asumimos que ambas decisiones son autónomas, no es lo mismo consentir una relación sexual de forma entusiasta, piénsese en la persona que recibe la propuesta tras meses cortejando a la proponente, que hacerlo de forma resignada, piénsese en la persona que accede a mantener la relación sexual como forma de ganarse la vida. En segundo lugar, la competencia psíquica determina también la mayor o menor autonomía de la acción consentida. El consentimiento de la persona adulta emocionalmente madura y sobria es –contemplado desde el prisma de la autonomía– distinto al del joven emocionalmente inmaduro que accede a mantener una relación sexual bajo los efectos del alcohol. Finalmente, en tercer lugar, también el grado de conocimiento sobre las circunstancias que rodean una decisión y las intenciones de la pareja sexual es determinante a la hora de valorar el consentimiento prestado y su capacidad de reflejar la voluntad de quien lo presta. Con carácter general, supone una mayor expresión de autonomía consentir una relación sexual con una persona de la que se conocen todos los detalles, así como sus intenciones, frente al consentimiento prestado a ciegas.

5.3. La determinación normativa del consentimiento excluyente del injusto

Siendo la autonomía y el consentimiento nociones graduales, es evidente que, si el Derecho penal debe operar a partir de juicios binarios entre hechos consentidos y no consentidos, la determinación del consentimiento ha de obedecer a un juicio necesariamente normativo.¹⁰⁰ Es normativa la decisión según la cual también una persona emocionalmente inestable puede consentir válidamente una relación sexual. Lo es también el que un menor de dieciséis años no pueda consentir válidamente una relación sexual con una persona de avanzada edad bajo ningún concepto. Y también obedece a una reflexión normativa la decisión sobre si un engaño respecto de la religión o el estado civil es o no relevante a los efectos de atribuir fuerza excluyente del injusto al consentimiento prestado. La pregunta fundamental a los efectos de este trabajo no es, pues, si la decisión fruto de un engaño es o no autónoma, sino si la autonomía sexual, teniendo en cuenta a todos los sujetos implicados en la relación en tanto que sujetos autorresponsables portadores de derechos y obligaciones, se ha afectado de un modo tal como para que sea legítima la imposición del castigo previsto en el delito de agresión sexual (art. 178 CP)¹⁰¹. Responder a esta pregunta es lo que permite en última instancia decidir si el consentimiento prestado está o no –a los efectos penales– viciado.

⁹⁷ En este sentido, *vid.* PAWLIK, *El injusto del ciudadano. Fundamentos de la teoría general del delito*, 2023, pp. 259 ss.

⁹⁸ Muy clara ya, MCKINNON, *Towards a Feminist Theory of the State*, 1989, pp. 171 ss. Distinguiendo entre grados de afectación de la autonomía sexual a través del engaño, *vid.* BROWN, «Sex crimes and misdemeanours», *Philosophical Studies*, (177-5), 2020, pp. 1371 ss.

⁹⁹ GREEN, *Criminalizing Sex*, 2020, pp. 29 ss. Asimismo, recientemente, *vid.* RAGUÉS I VALLÈS, «El grado de afectación al consentimiento de la víctima: una revisión crítica de la Ley Organica 10/2022», en AGUSTINA SANLEHÍ (coord.), *Comentarios a la ley del «solo sí es sí»*, 2023, pp. 96 ss.

¹⁰⁰ En general, sobre el carácter normativo del consentimiento, acertadamente, *vid.* ÍNIGO CORROZA, «El consentimiento de la víctima. Hacia una teoría normativa de la acción del que consiente», *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, (75), 2022 pp. 194 s.

¹⁰¹ Así, con razón, BERGELSON, en ASHFORD/REDD/WAKE (eds.), *Legal Perspectives on State Power: Consent and Control*, 2016, p. 160. Próximo TADROS, *Philosophy & Public Affairs*, (50-4), 2022, p. 466.

6. Hacia una teoría del engaño bastante en materia sexual

El punto de partida –en el marco de un Derecho penal liberal– a la hora de enjuiciar qué defectos de información son relevantes no puede ser otro que el principio de autorresponsabilidad. Como sostiene PAWLIK, con carácter general le compete a quien consiente asegurarse de disponer de toda la información que estime oportuna para decidir sobre cómo disponer de su libertad (sexual). Sin autorresponsabilidad no hay autodeterminación¹⁰². Asimismo, en el marco de un ordenamiento jurídico que regula los conflictos entre esferas de libertad tomando en consideración a todos los sujetos potencialmente afectados en un plano de igualdad,¹⁰³ lo decisivo a los efectos que aquí interesan no es si el engaño es causalmente decisivo, sino si la víctima de dicho engaño ve con ello lesionado su derecho a decidir con base en una información veraz.

6.1. ¿Deberes penales genéricos de información en materia sexual?

Así las cosas, no cabe legitimar con carácter general deberes (penalmente garantizados) de sacar del error a la otra parte en el marco de los tratos preliminares a una relación sexual¹⁰⁴. No existen deberes genéricos de revelar información, ni siquiera aquella que se sabe decisiva para que la otra parte consienta¹⁰⁵. Quien se aprovecha para conseguir el consentimiento sexual de un error preexistente, por ejemplo, en lo que se refiere al sexo biológico de una persona transgénero, actúa de forma moralmente censurable, pero su hecho no constituye un delito de agresión sexual. De nuevo, el argumento central aquí no es que la persona transgénero tenga el derecho a no revelar información de carácter íntimo¹⁰⁶, sino simple y llanamente que compete a quien consiente asegurarse de disponer de toda la información que considera relevante para decidir en materia sexual. Y esta conclusión no puede burlarse imponiendo genéricas posiciones de garantía por un actuar precedente: la persona transexual no genera el error a través de una injerencia (antijurídica) en su víctima¹⁰⁷, por lo que no está obligada –en tanto que garante– a desvelar su sexo biológico antes de iniciar una relación sexual.

Tampoco resulta asumible en el marco de un Derecho penal sexual liberal aquella tesis que busca en el principio de buena fe (contractual) el fundamento de un deber genérico de revelar a la pareja sexual toda aquella información que pudiera resultar decisiva para su consentimiento¹⁰⁸. Y tampoco cabe aquí legitimar deberes de garante con base en la noción de relación de confianza

¹⁰² En detalle, *vid.* PAWLIK, *El injusto del ciudadano. Fundamentos de la teoría general del delito*, 2023, pp. 271 ss.

¹⁰³ *Vid.* COCA VILA, *La colisión de deberes en Derecho penal. Concepto y fundamentos de solución*, 2016, pp. 258 ss.

¹⁰⁴ Así, con razón, SCHEIDEGGER, *Das Sexualstrafrecht der Schweiz*, 2018, p. 91. Próximo CHIESA, *Yale Law & Policy Review*, (35), 2017, p. 407.

¹⁰⁵ *Cfr.* en este sentido JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2ª ed., 1991, 7/120, 21/78. De otra opinión, aunque limitando normativamente el alcance de los deberes de revelar información, *cfr.* LAZENBY/GABRIEL, *The Philosophical Quarterly*, (68), 2018, pp. 276 ss.

¹⁰⁶ Incide en este argumento SHARPE, *Criminal Law Review*, (3), 2014, pp. 219 ss.

¹⁰⁷ Contra la fundamentación de posiciones de garantía por un actuar precedente conforme a Derecho *vid.* COCA VILA, «Entre la responsabilidad y la solidaridad. El estado de necesidad defensivo», *InDret*, (1), 2011, pp. 19 ss.

¹⁰⁸ Aunque a propósito de la estafa, en este sentido, con razón, IZQUIERDO SÁNCHEZ, *Estafas por omisión. El engaño y la infracción de deberes de información*, 2018, p. 199: «la acusada amplitud e indeterminación del principio de buena fe impide aceptar que constituya el origen normativo próximo de un deber de veracidad jurídico-penal» (*cursiva en el original*). *Vid.* sin embargo LARSON, *Columbia Law Review*, (93-2), 1993, p. 413, criticando la infraprotección del consentimiento sexual frente a lo que sucede en el mundo comercial, donde se acepta un principio de buena fe contractual.

especial institucionalizada¹⁰⁹. Aunque las expectativas de veracidad recíprocas de los cónyuges sean fácticamente más intensas que las que puedan existir entre dos sujetos desconocidos, no cabe legitimar en el marco de una relación matrimonial un deber de revelar toda aquella información trascendente para el consentimiento sexual de la otra parte. El marido, pues, no está obligado –en tanto que garante *ex art. 178 CP*– a revelar a su mujer que le ha sido infiel, aun cuando sepa que ello es decisivo para que su mujer consienta una determinada relación sexual.

6.2. Delimitación de los engaños penalmente relevantes *ex art. 178 CP*

No todo engaño (activo o a través de un silencio concluyente) causalmente determinante del consentimiento constituye un injusto penalmente relevante, sino solo aquel que lesione una pretensión de veracidad de la víctima garantizada por el delito de agresión sexual (*art. 178 CP*). Expresado desde la perspectiva del autor: no todo engaño causalmente eficaz elimina la validez penal del consentimiento, sino solo aquel que supone un menoscabo –contrario a deber– de la base de información a la que tiene derecho su víctima¹¹⁰. Una solución distintiva al problema del engaño en materia sexual pasa esencialmente, pues, por una determinación normativa de qué clase de engaños están penalmente prohibidos por el delito de agresión sexual¹¹¹. O en palabras de BERGELSON: «La cuestión central es la siguiente: ¿cuáles son nuestros derechos legales con respecto a las diversas mentiras utilizadas para conseguir el consentimiento sexual?»¹¹².

Dejando a un lado ámbitos en los que la distribución de cargas de información está expresamente regulada, piénsese por ejemplo en el ámbito médico-terapéutico y, en particular, en la figura del consentimiento informado¹¹³, definir la pretensión de verdad de la víctima penalmente protegida, como demuestra ya la controvertida dogmática de la estafa por omisión¹¹⁴, resulta extraordinariamente complejo¹¹⁵. Lo es sin duda en el ámbito de las relaciones sexuales. ¿Qué clase de engaños vician el consentimiento de modo que el menoscabo de la libertad sexual de la víctima constituye un delito de agresión sexual y cuáles son a tal efecto irrelevantes? En mi opinión, son dos las cuestiones fundamentales de las que depende la relevancia penal del engaño como medio comisivo del delito de agresión sexual.

¹⁰⁹ Contra la confianza especial como fuente de deberes de garantía, críticamente *vid.* SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, 2ª ed., 2006, pp. 467 ss., 476 ss.

¹¹⁰ En este sentido, *cfr.* PAWLIK, *El injusto del ciudadano. Fundamentos de la teoría general del delito*, 2023, pp. 271 s.; y a propósito del delito de estafa, EL MISMO, *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug*, 1999, pp. 103 ss.; y ya antes, *vid.* KINDHÄUSER, «Täuschung und Wahrheitsanspruch beim Betrug», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (103-2), 1991, pp. 399 s.: engaño típico como infracción de un deber de veracidad en favor del engañado como titular del derecho a la verdad. Con razón señala JAKOBS (*Coacciones*, 2018, p. 56 s.) que, en puridad, no se trata aquí de una pretensión de veracidad, sino más bien de una pretensión a no ser desinformado.

¹¹¹ Lo advierte con razón SCHEIDEGGER, *Das Sexualstrafrecht der Schweiz*, 2018, pp. 92 s. En un sentido parecido, *vid.* LAZENBY/GABRIEL, *The Philosophical Quarterly*, (68), 2018, pp. 265 ss., para quienes solo son relevantes los engaños causales que lesionan un *claim-right* de la víctima.

¹¹² BERGELSON, en ASHFORD/REED/WAKE (eds.), *Legal Perspectives on State Power: Consent and Control*, 2016, p. 162.

¹¹³ *Cfr.* PANTALEÓN DÍAZ, «Responsabilidad penal y civil médica por defectos de consentimiento informado», en CANCIO MELIÁ *et al.* (eds.), *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, v. 1, 2019, pp. 683 ss.

¹¹⁴ Fundamental al respecto, IZQUIERDO, *Estafas por omisión*, 2018, Cap. 5; y antes, PASTOR MUÑOZ, *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, 2004, pp. 169 ss.

¹¹⁵ Así lo reconocen LAZENBY/GABRIEL, *The Philosophical Quarterly*, (68), 2018, pp. 276 s.

a. *Engaños idóneos para menoscabar la autonomía sexual*

De ahora en adelante entiendo por engaño toda forma de comunicación idónea para distorsionar de forma contraria a deber la base de información a partir de la cual se consiente. Aquel puede consistir en una afirmación expresa o en un comportamiento con valor declarativo, ya sea una maquinación insidiosa, ya sea una forma de silencio con valor declarativo (engaño concluyente)¹¹⁶. A los efectos que aquí interesan, solo son relevantes aquellas formas de engaño causalmente determinantes para el consentimiento prestado, esto es, aquellas mentiras que recaen sobre auténticos *deal breakers*¹¹⁷. La determinación del círculo de engaños penalmente típicos pasa en primer lugar por determinar cuáles de los infinitos aspectos relevantes a ojos de una víctima en una relación sexual están efectivamente garantizados por una pretensión de veracidad penalmente protegida en el delito de agresión sexual. En mi opinión, ello solo es posible tomando en consideración la noción de autonomía sexual protegida en el delito de agresión sexual. Son (únicamente) tres los factores que merecen desde dicho prisma quedar *prima facie* garantizados por la pretensión de veracidad protegida por el art. 178 CP.

La naturaleza sexual de la actividad

Me refiero, en primer lugar, al hecho de conocer si uno está o no participando en una actividad de naturaleza sexual. Quien engaña a su víctima sobre la naturaleza sexual del acto en cuestión para conseguir su consentimiento, lesiona una expectativa de veracidad protegida por el delito de agresión sexual¹¹⁸. Con un ejemplo: el *proctólogo* que se inventa un motivo médico para llevar a cabo una exploración anal con ánimo lascivo atenta contra la libertad sexual de su víctima de modo penalmente relevante. Sin duda, estamos aquí ante una injerencia corporal y en la intimidad de un sujeto, quien es claramente instrumentalizado o cosificado (a través de un engaño) para la satisfacción de un deseo sexual. Bien mirado, no parece que exista diferencia normativa alguna relevante entre este supuesto y el de una agresión sexual ejecutada sobre una persona que se halla privada de sentido¹¹⁹.

Atípico debe considerarse, sin embargo, el engaño sobre los factores accesorios que son determinantes para el consentimiento, pero que no afectan estrictamente al conocimiento de la víctima de la naturaleza sexual del acto. Retomando el ejemplo (*observador*) presentado al inicio, el médico que engaña a su víctima sobre la condición de médico asistente de un amigo *voyeur* que contempla una exploración médica indicada no comete un delito de agresión sexual, por mucho que el paciente no hubiera consentido en caso de saber de las intenciones espurias del observador. Tampoco lesiona la pretensión de veracidad protegida por el delito de agresión sexual el médico que engaña a un paciente al que le hace creer que manteniendo una relación

¹¹⁶ Al respecto, cfr. RÖNNAU, *Willensmängel bei der Einwilligung im Strafrecht*, 2001, p. 430; o KEßLER, *Sexuelle Täuschungen*, 2022, p. 252.

¹¹⁷ Queda a un lado aquí, pues, la hipotética relevancia penal de engaños que no son determinantes para conseguir el consentimiento sexual, ya sea porque la potencial víctima no acaba consintiendo, ya sea porque consiente pero ello no depende del engaño. El primer aspecto alude al difícil problema de determinación del inicio del a tentativa en un delito de agresión sexual definido como sexo no consentido. El segundo se refiere a la trascendencia penal de engaños inidóneos por ser irrelevantes para la víctima.

¹¹⁸ En este sentido, *vid.* p. ej., BERGELSON, en ASHFORD/REED/WAKE (eds.), *Legal Perspectives on State Power: Consent and Control*, 2016, p. 163.

¹¹⁹ Así, con razón, FEINBERG, *Ethics*, (96-2), p. 339; o HOVEN/WEIGEND, «Zur Strafbarkeit von Täuschungen im Sexualstrafrecht», *Kriminalpolitische Zeitschrift*, (3), 2018, p. 160.

sexual con él se curará de una enfermedad grave. Cuestión distinta es si tal consentimiento deba considerarse viciado por abusar el autor de una situación de vulnerabilidad de la víctima.

¿Y cómo valorar el engaño inverso sobre la naturaleza de una relación sexual? Con un ejemplo: (V) consiente que (A), estudiante de medicina, le introduzca su mano por la vagina. (V) cree que participa en una relación sexual, cuando la realidad es que (A) simplemente quiere practicar sus habilidades médicas a fin de preparar un examen. En mi opinión, el hecho debe ser considerado atípico desde el prisma del delito de agresión sexual, pues (A) lesionaría en su caso la dimensión positiva de la autonomía sexual de (V), dimensión no protegida por el delito de agresión sexual. Esta clase de instrumentalizaciones podrían ser tipificadas eventualmente como formas de atentado contra la integridad moral (art. 173 CP).

Identidad personal de los participantes

En segundo lugar, queda también cubierto por la pretensión de veracidad protegida por el delito de agresión sexual la identidad nominal de quien participa en el acto sexual¹²⁰. En realidad, es común definir la noción de autonomía sexual precisamente como el derecho a decidir cuándo, cómo y con quién mantener una relación sexual. Contemplado este derecho desde el prisma de la intimidad y la dignidad, ha de afirmarse que la identidad personal es un factor decisivo merecedor de protección penal en el delito de agresión sexual. Así pues, quien entra a hurtadillas en una habitación a oscuras y haciéndose pasar por el marido de quien yace en la cama inicia una relación sexual infringe una pretensión garantizada de veracidad. La suplantación de identidad es, pues, *prima facie* penalmente relevante¹²¹.

Sobre este factor creo necesario hacer dos puntualizaciones. En primer lugar, no hay razón para limitar la relevancia penal del engaño a aquel consistente en suplantar al marido (o pareja de hecho)¹²². En contra de pretéritas tesis, el factor que otorga relevancia penal al engaño aquí no es que la relación sexual marital tenga un estatus jurídico distinto a la extramarital, ni que lo segundo constituya un adulterio¹²³, sino que la suplantación de intimidad supone una lesión relevante de la autonomía sexual en el sentido arriba referido. En segundo lugar, en contra del sentido de algunas previsiones legales propias del Derecho penal anglosajón, tampoco creo que quepa limitar la relevancia del engaño a los casos en los que el autor se hace pasar por una

¹²⁰ BERGELSON, en ASHFORD/REED/WAKE (eds.), *Legal Perspectives on State Power: Consent and Control*, 2016, p. 164. Asimismo, *vid.* KEßLER, *Sexuelle Täuschungen*, 2022, p. 120; o RAGUÉS I VALLÈS, «Tema 6. Delitos contra la libertad sexual», en SILVA SÁNCHEZ (dir.)/RAGUÉS I VALLÈS (coord.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial*, 9ª ed., 2023, p. 141.

¹²¹ En este sentido ya, HÖRNLE, *ZStW*, (127-4), 2015, 880 s.; o HOVEN/WEIGEND, *KriPoZ*, (3), 2018, p. 160. Asumo aquí un concepto estricto de identidad personal: quien mantiene relaciones sexuales con (A) porque ha sido engañado sobre el hecho de que (A) es un agente de policía infiltrado en un colectivo antisistema, no ve penalmente garantizada su pretensión de veracidad *ex art.* 178 CP. Tampoco comete un delito de agresión sexual quien miente sobre su sexo biológico: no es solo que no exista obligación de revelar una información íntima jurídicamente protegida (art. 18 CE, art. 8 CEDH), sino que el engaño no afecta a la dimensión estricta de la identidad nominal protegida penalmente. En este sentido, BERGELSON, en ASHFORD/REED/WAKE (eds.), *Legal Perspectives on State Power: Consent and Control*, 2016, p. 165; y monográficamente, SHARPE, *Sexual Intimacy and Gender Identity "Fraud". Reframing the Legal and Ethical Debate*, 2018, *passim*; resumidamente, LA MISMA, *Criminal Law Review*, (3), 2014, pp. 222 ss.

¹²² En este sentido, con razón, GREEN, *Criminalizing Sex*, 2020, pp. 111 s.; BRYDEN, *Buffalo Criminal Law Review*, (3-2), 2000, p. 466.

¹²³ Esta pudo ser la razón histórica por la que pronto se reconoció relevancia penal al engaño en caso de usurpación marital (*spousal impersonation*). Al respecto, CHRISTOPHER/CHRISTOPHER, «Adult Impersonation: Rape by Fraud as a Defense to Statutory Rape», *Northwestern University Law Review*, (101-1), 2007, p. 80.

persona que conoce personalmente la víctima¹²⁴. En favor de esta limitación se alega que la persona que cree que está manteniendo una relación sexual con un futbolista profesional no es víctima de una usurpación de identidad, sino de un engaño sobre el estatus profesional y económico de su pareja sexual. Ello no es convincente: una cosa es afirmar que uno juega en una liga de fútbol profesional y otra muy distinta afirmar o pretender ser un específico jugador de dicha liga. En este segundo caso, la víctima lo es de un fraude sobre la identidad personal de su pareja sexual penalmente relevante¹²⁵.

El grado de injerencia corporal

Finalmente, en tercer lugar, queda igualmente cubierto por la pretensión de veracidad protegida por el delito de agresión sexual el particular grado de injerencia corporal y a la intimidad inherente a la relación sexual¹²⁶. Si, como aquí se ha asumido, la autonomía sexual se define por la posibilidad de autorizar una injerencia corporal y en la intimidad de significado sexual, resulta plausible afirmar que alteraciones en el grado de tales injerencias basados en consentimientos viciados deben ser considerados penalmente relevantes. Con un ejemplo: quien consiente mantener una relación sexual sin penetración es víctima de un delito de agresión sexual cuando el autor la penetra vaginalmente. Dejando a un lado estos supuestos claros, no resulta en absoluto sencillo establecer una métrica de la injerencia corporal. En este lugar me limito a realizar tres puntualizaciones relevantes al respecto.

En primer lugar, en contra de lo sostenido por un sector de la doctrina, ni el riesgo de embarazo ni el riesgo de transmisión de una enfermedad son factores que afectan al grado de injerencia corporal propio de la relación sexual. Por ende, el engaño sobre estos dos factores carece de relevancia penal desde la óptica del delito de agresión sexual¹²⁷. Tanto lo uno como lo otro son constitutivos de un delito (intentado) de lesiones. El engaño vicia aquí el consentimiento al delito de lesiones. Cuestión distinta es que el riesgo de provocar un embarazo no deseado merezca ser tipificado. A día de hoy, el art. 161 CP solo castiga la maternidad o paternidad indeseada en el supuesto de tratamientos de reproducción asistida no consentidos.

En segundo lugar, existen buenas razones para afirmar que, con carácter general, el sexo penetrativo supone un plus de injerencia en el sentido aquí descrito frente a modalidades no penetrativas de sexo. De hecho, hay quien sostiene que toda penetración es un hecho *prima facie* injusto o, como mínimo, que existen razones generales en contra de su práctica¹²⁸. Mayores

¹²⁴ En este sentido, GREEN, *Criminalizing Sex*, 2020, pp. 112 s.

¹²⁵ Cuestión distinta es que no todos los engaños que recaigan sobre este factor sean merecedores de pena, básicamente, por entender que la víctima infringe un deber de autoprotección. Cfr. *infra*. b.

¹²⁶ Próxima HÖRNLE, *ZStW*, (127-4), 2015, pp. 861 ss., 880 s.

¹²⁷ En este sentido, respecto de la transmisión de una enfermedad sexual, cfr. GREEN, *Criminalizing Sex*, 2020, p. 115. Próxima COWAN, «Offenses of Sex or Violence? Consent, Fraud, and HIV Transmission», *New Criminal Law Review*, (17-1), 2014, p. 135. De otra opinión, *vid.* sin embargo BRYDEN, *Buffalo Criminal Law Review*, (3-2), 2000, p. 464; o STANNARD, «When Failure to Disclose HIV-Positive Status Vitiates Consent to Sex in Canada», (Noviembre), *Journal of Commonwealth Criminal Law*, 2012, p. 366: el engaño al respecto vicia el consentimiento sexual.

¹²⁸ En el mejor de los casos, el sexo penetrativo sería un hecho *prima facie* injusto justificable. En este sentido, paradigmático, HERRING/MADDEN DEMPSEY, «Rethinking the criminal law's response to sexual penetration. On theory and context», en MCGLYNN/MUNRO (eds.), *Rethinking Rape Law. International and Comparative Perspectives*, 2010, pp. 30 ss.; LOS MISMOS, «Why Sexual Penetration Requires Justification», *Oxford Journal of Legal Studies*, (27-3), 2007, pp. 467 ss., quienes fundamentan su tesis en que toda penetración requiere ejercer fuerza física y tiene una negativa connotación social patriarcal. Próximo WALL, «Sexual Offences and General Reasons Not to Have Sex», *Oxford Journal of Legal Studies*, (35-4), 2015, pp. 777 ss. Críticamente GREASLEY, «Sex, Reasons, Pro Tanto Wronging, and the Structure of Rape Liability», *Criminal Law and Philosophy*, (15), 2021, pp. 169 ss., 173 ss.

problemas plantea la determinación de si el grado de injerencia varía con el cambio de vía de acceso (vaginal, anal o bucal) o con el cambio del elemento penetrativo (pene, otros miembros corporales u objetos). En mi opinión, y aunque el legislador español no haga tales distinciones a los efectos de castigar el delito de violación (art. 179 CP), el cambio de vía de acceso sí puede afectar de modo relevante al grado de injerencia corporal y a la intimidad asumido por quien consiente. La respuesta a si un engaño respecto del objeto penetrativo es relevante dependerá de la naturaleza del cambio. Mientras que es cuestionable que quien ha pactado la penetración de un pene se injiera en mayor medida en la esfera corporal y de intimidad de su víctima al penetrarla con un objeto que reproduce un pene masculino, parece plausible afirmar que sí existe un plus de injerencia en el supuesto en el que lo pactado es una penetración digital y el autor penetra a su víctima con el pene.

En tercer y último lugar, como he defendido en un trabajo previo¹²⁹, el *stealth* constituye también una forma de engaño relevante. El engaño afecta aquí a un factor decisivo como es el grado de injerencia corporal y en la intimidad de la relación sexual. Existe –desde este prisma– una diferencia incuestionable entre la práctica de una relación sexual con preservativo y sin preservativo. Como señala HOVEN, se trata de un comportamiento que supone un plus de injerencia, y no solo un «*aliud*» frente a la relación sexual con preservativo¹³⁰. A una conclusión distinta debe llegarse sin embargo en el caso en el que una mujer miente al afirmar que se ha practicado una vasectomía. El que ello sea un *deal breaker* para el consentimiento del hombre no empece para afirmar que la relación sexual no supone un grado de injerencia corporal distinto y que, por ende, el consentimiento sexual no está viciado a los efectos del art. 178 CP.

b. Engaño bastante como medio comisivo del delito de agresión sexual

¿Significa que todo engaño sobre el «sí» de la relación sexual, la identidad de la contraparte o la naturaleza de la actividad es constitutivo de un delito de agresión sexual? En mi opinión la respuesta debe ser negativa. Existen, ahora ya en segundo lugar, engaños sobre tales aspectos que no vician el consentimiento de forma suficiente a efectos penales. O expresado de otro modo: vician el consentimiento sobre un elemento central de la relación sexual, pero de un modo tal que el comportamiento sexual defraudatorio no merece el castigo propio del delito de agresión sexual. En este lugar me limito a presentar dos *topoi* relevantes para la concreción de qué engaños *prima facie* relevantes lesionan las expectativas de veracidad protegidas por el delito de agresión sexual.

Por un lado, no deben atribuirse al autor aquellos errores reconducibles en primera instancia a una autopuesta en peligro de la víctima por infracción de sus incumbencias de cuidado¹³¹. Quien afirma en una discoteca ser un conocido cantante y con ello consigue el consentimiento sexual de su víctima no la agrede sexualmente cuando aquella accede a mantener relaciones sexuales. Aquí debe importarse de la dogmática de la estafa los criterios de restricción del alcance típico en los casos de engaño burdo o absoluta falta de perspicacia o extraordinaria indolencia¹³².

¹²⁹ COCA VILA, *InDret*, (4), 2022, pp. 294 ss.

¹³⁰ HOVEN, «Das neue Sexualstrafrecht - Ein erster Überblick», *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, (10), 2020, p. 581. En las consecuencias, igualmente, RAGUÉS I VALLÈS, en AGUSTINA SANLLEHÍ (coord.), *Comentarios a la ley del «solo sí es sí»*, 2023, p. 101; EL MISMO, en SILVA SÁNCHEZ (dir.)/ RAGUÉS I VALLÈS (coord.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial*, 9ª ed., 2023, p. 141. Ya anteriormente, CASTELLVÍ MONSERRAT/MÍNGUEZ ROSIQUE, *Diario La Ley*, (9962), 2021, pp. 5 ss.; GILI PASCUAL, *CPC*, (135), 2021, pp. 123 ss.

¹³¹ Cfr. en este sentido BRYDEN, *New Criminal Law Review*, (3-2), 2000, pp. 461 s.

¹³² En detalle, cfr. PASTOR MUÑOZ, *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, 2004, pp. 104 ss., 115 ss.

Evidentemente, las incumbencias de autoprotección de las víctimas deben reconstruirse de manera individualizada, atendiendo a las circunstancias particulares de la víctima, en particular, ante víctimas débiles. En casos extremos, el consentimiento se entenderá viciado no por el engaño (bastante) del autor, sino por el aprovechamiento de la vulnerabilidad de la víctima en el sentido descrito en el art. 178 CP.

Y, por el otro, tampoco cabe afirmar la infracción de una pretensión de veracidad penalmente protegida ex art. 178 CP cuando el autor, aun engañando a su víctima respecto de uno de los tres aspectos centrales arriba referidos, lleva a cabo un acto sexual que constituye un *minus* en términos de afectación a la libertad sexual (injerencia corpórea) respecto de la injerencia pactada. El fundamento de este criterio clásico de exclusión de la imputación por disminución del riesgo también debe tener relevancia práctica en el ámbito de la delincuencia sexual: quien pacta con su víctima mantener relaciones sexuales con penetración sabiendo que solo está dispuesto a mantener una relación sexual sin penetración no comete un delito de agresión sexual cuando inicia la relación sexual¹³³. Y lo mismo vale para el caso del *stealthing* inverso: quien usa preservativo habiendo pactado lo contrario con su víctima no lesiona la pretensión de veracidad penalmente protegida por el delito de agresión sexual¹³⁴. Este criterio permite excluir también el castigo por agresión sexual de quien da un beso a la víctima que ha consentido una relación sexual (estrictamente) penetrativa. Aunque tal comportamiento pueda ser inmoral, y en cierta medida pueda considerarse una forma de trato degradante, piénsese en la persona que ejerce la prostitución y condiciona su consentimiento a tal aspecto, lo cierto es que no creo que quien da el beso afecte de manera relevante a la autonomía sexual protegida por el art. 178 CP.

7. *Fair labelling* y engaños no constitutivos de agresión sexual

La teoría acabada de esbozar, como cualquier teoría intermedia, queda sujeta a críticas en sus dos flancos. Quienes niegan que el aprovechamiento de un error o el engaño vicia el consentimiento como lo pueda hacer la violencia afirmarán que tampoco en los tres supuestos arriba referidos cabe considerar que el autor agrede sexualmente a su víctima. Por el contrario, los partidarios de las tesis subjetivistas insistirán contra la tesis aquí defendida que esta es *infrainclusiva*: cualquier relación sexual consentida en virtud de un engaño es (gravemente) injusta y amerita sanción penal.

Contra la tesis que niega toda relevancia al error o engaño como medios comisivos típicos del delito de agresión sexual ya se ha objetado arriba que es incompatible con la aproximación a tal delito como una forma de lesión de la autonomía sexual. Los engaños que afectan al sí de la naturaleza sexual del acto, a la identidad nominal de quienes participan y a la intensidad de la injerencia corporal, en la medida en que vician de forma intensa el consentimiento y afectan al núcleo de la autonomía sexual, merecen ser tipificados como formas de agresión sexual. Ahora bien, ¿qué sucede con aquellos engaños que, aun siendo causalmente determinantes para el consentimiento, no afectan a las tres dimensiones centrales acabadas de referir?

Quizá existan algunas razones para criminalizar también aquellos engaños causalmente determinantes que afectan solo periféricamente a la autonomía sexual. Ello, sin embargo, debe

¹³³ Críticamente, *vid.* CASTELLVÍ MONSERRAT, *InDret*, (4), 2023, 3.2.

¹³⁴ De otra opinión, *vid.* sin embargo KEßLER, *Sexuelle Täuschungen*, 2022, p. 342; o CASTELLVÍ MONSERRAT/MÍNGUEZ ROSIQUE, *Diario La Ley*, (9962), 2021, p. 8: «desde la perspectiva de la libertad sexual ambas prácticas resultan equivalentes y, por tanto, el «stealthing inverso» también deberá calificarse como abuso sexual».

hacerse necesariamente en un tipo distinto al de agresión sexual. De acuerdo con el principio el *fair labelling*¹³⁵, las distinciones entre tipos deben reflejar adecuadamente las distinciones existentes en la naturaleza y seriedad del injusto criminalizado. Y es que, como señala SILVA SÁNCHEZ, «cualquier condena penal –aunque en ella no se imponga una pena de prisión– constituye una intensa expresión de reproche (*censure, Tadel*) al reo por el hecho cometido»¹³⁶. Tipificar como agresión sexual la conducta de quien engaña sobre su edad y consigue así el consentimiento sexual de su pareja supondría una clara infracción del principio del *fair labelling*: la conducta del autor no merece el reproche inherente al injusto del delito de agresión sexual. Y aunque, como muestra CORNFORD, existen buenas razones contra una excesiva diferenciación de injustos penales¹³⁷, básicamente, razones prácticas de técnica legislativa y vinculadas con el mandato de determinación, en el caso que nos ocupa sí sería en mi opinión imprescindible tipificar separadamente los engaños sexuales periféricos.

Y frente a lo aquí sostenido no cabe afirmar que el subtipo atenuado de agresión sexual regulado en el art. 178.4 CP establece una pena de multa que bien podría servir para castigar proporcionalmente los engaños sexuales periféricos. Por un lado, ello no sería posible en los casos de relación sexual penetrativa, que habrían de ser encuadrados –en tanto que forma de violación– en el art. 179 CP. Este precepto no incorpora un subtipo atenuado paralelo al del art. 178.4 CP. Por otro lado, el reproche propio de la agresión sexual, aunque se castigue con una pena de multa, sigue siendo inadecuado. Dejando a un lado la cuestión de si cabe censurar adecuadamente un delito sexual con una multa¹³⁸, lo cierto es que al catalogar un engaño sexual sobre un factor periférico como agresión sexual no solo se lesiona el derecho del autor a no ser reprochado en exceso, sino que se banaliza el injusto de la auténtica agresión sexual y, con ello, el derecho de la víctima a que su injusto sea reconocido adecuadamente. Esto último ha sido adecuadamente puesto de manifiesto por un importante sector de la literatura¹³⁹: quizá todo engaño en materia sexual es inmoral o injusto, pero lo que está claro es que entre la agresión sexual violenta y el injusto que sufre quien consiente una relación sexual en la esperanza de que su pareja cumpla una promesa de matrimonio hay una diferencia cualitativa esencial.

8. Conclusiones

1.- El nuevo art. 178 CP tipifica unitariamente todo menoscabo de la autonomía sexual. Resulta ahora fundamental determinar las razones que vician de forma penalmente relevante el consentimiento. Este trabajo se ocupa de analizar si el aprovechamiento de un error o un engaño son medios comisivos típicos del art. 178 CP en tanto que formas de viciar el consentimiento sexual.

¹³⁵ Cfr. CORNFORD, «Beyond Fair Labelling: Offence Differentiation in Criminal Law», *Oxford Journal of Legal Studies*, (42-4), 2022, pp. 996 ss.

¹³⁶ En profundidad, SILVA SÁNCHEZ, «El estigma como política pública. El reproche de la pena y las clases de delitos», en ABEL SOUTO *et al.* (eds.), *Estudios penales en homenaje al profesor José Manuel Lorenzo Salgado*, 2021, p. 1368.

¹³⁷ CORNFORD, *Oxford Journal of Legal Studies*, (42-4), 2022, pp. 998 ss.

¹³⁸ Al respecto, con ulteriores referencias, *vid.* COCA VILA, «What's Really Wrong with Fining Crimes? On the Hard Treatment of Criminal Monetary Fines», *Criminal Law and Philosophy*, (16), 2022, pp. 397, 404.

¹³⁹ Una interesante defensa de una tipificación diferenciadora de las diferentes formas de atentado contra la autonomía sexual puede leerse en TADROS, «Rape Without Consent», *Oxford Journal of Legal Studies*, (26-3), 2006, pp. 517 ss., 536 ss. Sobre esto mismo, a propósito de la supresión de la diferenciación entre atentados sexuales en la reforma del año 2022, críticamente, *vid.* LASCURAÍN SÁNCHEZ, «Los nuevos delitos sexuales: indiferenciación y consentimiento», en AGUSTINA SANLEHÍ (coord.), *Comentarios a la ley del «solo sí es sí»*, 2023, pp. 52 ss.

2.- Dado que el aprovechamiento de un error o engaño llevan al afectado a expresar un consentimiento (viciado) que no se corresponde con su voluntad, no cabe negar que aquellos constituyen medios comisivos típicos del art. 178 CP. Y ello vale, aunque le asista la razón a aquellos autores que advierten del riesgo de una importante expansión punitiva.

3.- La tesis subjetivista afirma que todo engaño causalmente determinante vicia el consentimiento de forma relevante y conduce a un delito de agresión sexual. Esta tesis se basa en una concepción solipsista de la relación sexual, amén de desconocer que el ordenamiento jurídico debe regular cualquier conflicto atendiendo a todos los sujetos implicados en un plano de igualdad. Las tesis diferenciadoras clásicas, aun ofreciendo un buen punto de partida, no están en disposición de solventar la totalidad de problemas que plantea el engaño sexual.

4.- En este trabajo se ha defendido que una adecuada tesis diferenciadora pasa, en primer lugar, por definir la dimensión sexual de la autonomía. Esta alude a actos de naturaleza sexual que suponen una injerencia corporal y en la intimidad que, en la medida en que no es consentida, supone una instrumentalización radical de la víctima. En segundo lugar, la diferenciación aquí emprendida asume que, por defecto, le compete a cada sujeto disponer de la información sobre la que asienta sus decisiones. Solo excluirá el consentimiento aquel engaño que suponga una lesión de una pretensión de veracidad protegida penalmente por el art. 178 CP.

5.- El art. 178 CP, en tanto que atentado contra la autonomía sexual, solo protege la pretensión de veracidad de la víctima respecto de los engaños que afectan a tres factores: la naturaleza sexual de la relación, la identidad nominal de la pareja sexual y el grado de injerencia corporal. No todos los engaños al respecto dan lugar a un delito de agresión sexual, sino solo aquellos que puedan ser considerados –desde una perspectiva normativa– como engaños bastantes.

9. Bibliografía

ALCÁCER GUIRAO, *Delitos contra la libertad sexual: Agravantes específicas*, Atelier, Barcelona, 2004.

ALEXANDER/SHERWEIN, «Deception in Morality and Law», *Law and Philosophy*, (22), 2002, pp. 393 ss.

APPEL, «Sex rights for the disabled?», *Journal of Medical Ethics*, (36-3), 2010, pp. 152 ss.

ARZT, *Willensmängel bei der Einwilligung*, Athenäum, Frankfurt, 1970.

BERGELSON, «Rethinking Rape-By-Fraud», en ASHFORD/REED (eds.), *Legal Perspectives on State Power: Consent and Control*, Cambridge Scholars Publishing, Newcastle, 2016, pp. 152 ss.

BROWN, «Sex crimes and misdemeanours», *Philosophical Studies*, (177-5), 2020, pp. 1363 ss.

BRYDEN, «Redefining Rape», *Buffalo Criminal Law Review*, (3-2), 2000, pp. 317 ss.

CASAS BARQUERO, *El consentimiento en el Derecho penal*, Universidad de Córdoba, Córdoba, 1987.

CASTELLVÍ MONSERRAT, «¿Violaciones por engaño?: Sobre el concepto de consentimiento y el objeto del consentimiento sexual», *InDret*, (4), 2023, en prensa.

CASTELLVÍ MONSERRAT/MÍNGUEZ ROSIQUE, «Con sigilo y sin preservativo: tres razones para castigar el stealthing», *Diario La Ley*, (9962), 2021.

CHADHA, «Sexual Consent and Having Sex Together», *Oxford Journal of Legal Studies*, (40-3), 2020, pp. 619 ss.

CHIESA, «Solving the Riddle of Rape-by-Deception», *Yale Law & Policy Review*, (35), 2017, pp. 407 ss.

CHRISTOPHER/CHRISTOPHER, «Adult Impersonation: Rape by Fraud as a Defense to Statutory Rape», *Northwestern University Law Review*, (101-1), 2007, pp. 75 ss.

COCA VILA, «What's Really Wrong with Fining Crimes? On the Hard Treatment of Criminal Monetary Fines», *Criminal Law and Philosophy*, (16), 2022, pp. 395 ss.

—————, «El stealthing como delito de violación: Comentario a las STSJ-Andalucía 186/2021, de 1 de julio y SAP-Sevilla 375/2020, de 29 de octubre», *Indret*, (4), 2022, pp. 294 ss.

—————, *La colisión de deberes en Derecho penal. Concepto y fundamentos de solución*, Atelier, Barcelona, 2016.

—————, «Entre la responsabilidad y la solidaridad. El estado de necesidad defensivo», *InDret*, (1), 2011, pp. 1 ss.

CORNFORD, «Beyond Fair Labelling: Offence Differentiation in Criminal Law», *Oxford Journal of Legal Studies*, (42-4), 2022, pp. 985 ss.

CORRÊA CAMARGO/RENZIKOWSKI, «El concepto de "acto de naturaleza sexual" en el derecho penal», *Indret*, (1), 2021, pp. 145 ss.

COWAN, «Offenses of Sex or Violence? Consent, Fraud, and HIV Transmission», *New Criminal Law Review*, (17-1), 2014, pp. 135 ss.

CUGAT MAURI, «Artículo 182 CP vigencia del abuso fraudulento y consecuencias sistemáticas de la introducción de la nueva modalidad de abuso de confianza, autoridad o influencia sobre la víctima», en MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS/ESQUINAS VALVERDE (dirs.), *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma*, Aranzadi, Pamplona, 2022, pp. 227 ss.

DÍEZ RIPOLLÉS, «El objeto de protección del nuevo Derecho penal sexual», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (6), 2000, pp. 69 ss.

DI NUCCI, «Sexual rights and disability?», *Journal of Medical Ethics*, (37-3), 2011, pp. 158.

DOUGHERTY, «Deception and consent», en MÜLLER/SCHABER (eds.), *The Routledge Handbook of the Ethics of Consent*, Routledge, London, 2018, pp. 164 ss.

—————, «Sex, Lies, and Consent», *Ethics*, (123-4), 2013, pp. 717 ss.

DRIPPS, «Beyond Rape: An Essay on the Difference between the Presence of Force and the Absence of Consent», *Columbia Law Review*, (92-7), 1992, pp. 1780 ss.

DSOUZA, «False Beliefs and Consent to Sex», *The Modern Law Review*, (85-5), 2022, pp. 1191 ss.

—————, «Undermining Prima Facie Consent in the Criminal Law», *Law and Philosophy*, (33), 2014, pp. 489 ss.

ESCUADERO GARCÍA-CALDERÓN, *El consentimiento en Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

FALK, «Not Logic, But Experience: Drawing on Lessons from the Real World in Thinking About the Riddle of Rape-by-Fraud», *The Yale Law Journal Online*, (123), 2013, pp. 353 ss.

FARALDO CABANA, «"Solo sí es sí" hacia un modelo comunicativo del consentimiento en el delito de violación», en ACALE SÁNCHEZ (ed.), *Reformas penales en la península ibérica: A "jangada de pedra"?*, BOE, Madrid, 2021, pp. 265 ss.

FEINBERG, «Victims' Excuses: The Case of Fraudulently Procured Consent», *Ethics*, (96-2), 1986, pp. 330 ss.

GARDNER, «The Opposite of Rape», *Oxford Journal of Legal Studies*, (38-1), 2018, pp. 48 ss.

GARDNER/SCHUTE, «The Wrongness of Rape», en HORDER (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence*, Oxford University Press, Oxford, 2000, pp. 193 ss.

GERSEN/SUK, «The Sex Bureaucracy», *California Law Review*, (104-4), 2016, pp. 881 ss.

GIBSON, «Deceptive Sexual Relations: A Theory of Criminal Liability», *Oxford Journal of Legal Studies*, (40-1), 2020, pp. 82 ss.

GILI PASCUAL, «Stealthing. Sobre el objeto del consentimiento en el delito de abuso sexual», *Cuadernos de política criminal*, (135), 2021, pp. 85 ss.

GREASLEY, «Sex, Reasons, Pro Tanto Wronging, and the Structure of Rape Liability», *Criminal Law and Philosophy*, (15), 2021, pp. 159 ss.

GREEN, *Criminalizing Sex: A Unified Liberal Theory*, Oxford University Press, Oxford, 2020.

———, «Lies, Rape, and Statutory Rape», en SARAT (ed.), *Law and Lies: Deception and Truth-Telling in the American Legal System*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015, pp. 194 ss.

GROSS, «Rape, Moralism and Human Rights», *The Criminal Law Review*, (Marzo), 2007, pp. 220 ss.

HERRING, «Under what circumstances should "sex by fraud" be rape?», *Great Debates in Criminal Law*, 4ª ed., Red Globe Press, London, 2020, pp. 123 ss.

———, «Rape and The Definition of Consent», *National Law School of India Review*, (26-1), 2014, pp. 62 ss.

———, «Mistaken Sex», *Criminal Law Review*, (Julio), 2005, pp. 511 ss.

———, «Does Yes Mean Yes — The Criminal Law and Mistaken Consent to Sexual Activity», *Singapore Law Review*, (22), 2002, pp. 182 ss.

HERRING/MADDEN DEMPSEY, «Rethinking the criminal law's response to sexual penetration. On theory and context», en MCGLYNN/MUNRO (eds.), *Rethinking Rape Law. International and Comparative Perspectives*, Routledge, Abingdon, 2010, pp. 30 ss.

———, «Why Sexual Penetration Requires Justification», *Oxford Journal of Legal Studies*, (27-3), 2007, pp. 467 ss.

HORDER, «Consent, Threats and Deception in Criminal Law», *King's College Law Journal*, (10-1), 1999, pp. 104 ss.

HÖRNLE, «Sexuelle Selbstbestimmung: Bedeutung, Voraussetzungen und kriminalpolitische Forderungen», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (127-4), 2020, pp. 851 ss.

—————, «Rape as Non-Consensual Sex», en MÜLLER/SCHABER (eds.), *The Routledge Handbook of the Ethics of Consent*, Routledge, London-New York, 2018, pp. 235 ss.

HOVEN, «Das neue Sexualstrafrecht: Ein erster Überblick», *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, (10), 2020, pp. 578 ss.

HOVEN/WEIGEND, «Zur Strafbarkeit von Täuschungen im Sexualstrafrecht», *Kriminalpolitische Zeitschrift*, (3), 2018, pp. 156 ss.

IÑIGO CORROZA, «El consentimiento de la víctima: hacia una teoría normativa de la acción del que consiente», *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, (75), 2022, pp. 167 ss.

IZQUIERDO SÁNCHEZ, *Estafas por omisión. El engaño y la infracción de deberes de información*, Atelier, Barcelona, 2018.

JAKOBS, *Coacciones. Explicación de la raíz común a todos los delitos contra la persona*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2018.

—————, *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2ª ed., Duncker & Humblot, Berlin-New York, 1991.

KEßLER, *Sexuelle Täuschungen – Strafbarkeit und Strafwürdigkeit nach deutschem Sexualstrafrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 2022.

KINDHÄUSER, «Täuschung und Wahrheitsanspruch beim Betrug », *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (103-2), 1991, pp. 398 ss.

LACEY, «Unspeakable subjects, impossible rights: Sexuality, integrity and criminal law», en EL MISMO, *Unspeakable Subjects: Feminist Essays in Legal and Social Theory*, Hart, Oxford, 1998, pp. 98 ss.

LARSON, «"Women Understand so Little, They Call My Good Nature 'Deceit' ": A Feminist Rethinking of Seduction», *Columbia Law Review*, (93-2), 1993, pp. 374 ss.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, «Los nuevos delitos sexuales: indiferenciación y consentimiento», en AGUSTINA SANLLEHÍ (coord.), *Comentarios a la ley del «solo sí es sí»*, Atelier, Barcelona, 2023, pp. 51 ss.

LAZENBY/GABRIEL, «Permissible Secrets», *The Philosophical Quarterly*, (68), 2018, pp. 265 ss.

MACKINNON, «Rape Redefined», *Harvard Law & Policy Review*, (10-2), 2016, pp. 431 ss.

—————, *Toward a Feminist Theory of the State*, Harvard University Press, Harvard, 1989.

—————, «Feminism, Marxism, Method, and the State: An Agenda for Theory», *Signs*, (7-3), 1983, pp. 513 ss.

MANZANARES SAMANIEGO, «El consentimiento en los delitos contra la libertad sexual», *Diario La Ley*, (10142), 2022.

MAÑALICH RAFFO, «La violación como delito contra la indemnidad sexual bajo el derecho penal chileno», *Revista Ius et Praxis*, (20-2), 2014, pp. 21 ss.

MALÓN MARCO, *La doctrina del consentimiento afirmativo*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020,

MASFERRER, *De la honestidad a la integridad sexual. La formación del Derecho Penal sexual español en el marco de la cultura occidental*, Aranzadi, Pamplona, 2000.

MCJUNKIN, «Rape as Indignity», *Cornell Law Review*, en prensa.

—————, «Deconstructing Rape by Fraud», *Columbia Journal of Gender and Law*, (28-1), 2014, pp. 1 ss.

MITSCH, *Rechtfertigung und Opferverhalten*, Verlag Dr. Kovač, Hamburg, 1991.

MONA, *Die Einwilligung im Strafrecht*, Bern, 2017. Disponible en: <https://perma.cc/6FOX-4UQY>

MURPHY, «Some Ruminations on Women, Violence, and the Criminal Law», *Character, Liberty, and Law. Kantian Essays in Theory and Practice*, Springer, Dordrecht, 1998, pp. 141 ss.

PALMER, «Distinguishing Sex from Sexual Violation: Consent, Negotiation and freedom to Negotiate», en REED *et al.* (eds.), *Consent: Domestic and Comparative Perspectives*, Routledge, London, New York, 2017, pp. 9 ss.

PANTALEÓN DÍAZ, «Responsabilidad penal y civil médica por defectos de consentimiento informado», en CANCIO MELIÁ *et al.* (eds.), *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, v. 1, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2019, pp. 683 ss.

PASTOR MUÑOZ, *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, Marcial Pons, Madrid, 2004.

PAWLIK, *El injusto del ciudadano. Fundamentos de la teoría general del delito*, Atelier-Universidad Externado de Colombia, Barcelona-Bogotá, 2023.

—————, *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug*, Heymann, Köln, 1999.

PEREIRA GARMENDIA, *Buscando un consenso sobre el consentimiento en los delitos sexuales*, Reus, Madrid, 2021.

PÉREZ HERNÁNDEZ, «Consentimiento sexual: un análisis con perspectiva de género», *Revista Mexicana de Sociología*, (78-4), 2016, pp. 741 ss.

PUNDIK, «The Law of Deception», *Notre Dame L. Rev. Online*, (172), 2018, pp. 172 ss.

—————, «Coercion and Deception in Sexual Relations», *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, (1), 2015, pp. 97 ss.

PUNDIK/SCHNITZER/BLUM, «Sex, Lies, and Reasonableness: The Case for Subjectifying the Criminalisation of Deceptive Sex», *Criminal Justice Ethics*, (41-2), 2022, pp. 167 ss.

RAGUÉS I VALLÈS, «Tema 6. Delitos contra la libertad sexual», en SILVA SÁNCHEZ (dir.)/ RAGUÉS I VALLÈS (coord.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial*, 9ª ed., Atelier, Barcelona, 2023, pp. 133 ss.

—————, «El grado de afectación al consentimiento de la víctima: una revisión crítica de la Ley Organica 10/2022», en AGUSTINA SANLLEHÍ (coord.), *Comentarios a la ley del «solo sí es sí»*, Atelier, Barcelona, 2023, pp. 95 ss.

RAMOS VÁZQUEZ, «El engaño como medio comisivo de la agresión sexual: la esterilidad de Naim Darrechi y la nueva cultura del consentimiento», en AGUSTINA SANLLEHÍ (coord.), *Comentarios a la ley del «solo sí es sí»*, 2023, pp. 167 ss.

RENZIKOWSKI, «Primat des Einverständnisses? Unerwünschte konsensuelle Sexualitäten», en LEMBKE (ed.), *Regulierung des Intimen, Geschlecht und Gesellschaft*, Springer, Wiesbaden, 2017, pp. 197 ss.

RÖNNAU, *Willensmängel bei der Einwilligung im Strafrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2001.

ROXIN, «Die durch Täuschung herbeigeführte Einwilligung im Strafrecht», en HAUSER *et al.* (eds.), *Gedächtnisschrift für Peter Noll*, Schulthess, Zürich, 1984, pp. 275 ss.

ROXIN/GRECO, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, v. I, 5ª ed., Beck, München, 2020.

RUBENFELD, «The Riddle of Rape-by-Deception and the Myth of Sexual Autonomy», *The Yale Law Journal*, (122), 2013, pp. 1372 ss.

SCHEIDEGGER, «Balancing Sexual Autonomy, Responsibility, and the Right to Privacy: Principles for Criminalizing Sex by Deception», *German Law Journal*, (22), 2021, pp. 769 ss.

—————, *Das Sexualstrafrecht der Schweiz. Grundlagen und Reformbedarf*, Stämpfli Verlag, Bern, 2018.

SCHULHOFER, *Unwanted sex. The Culture of Intimidation and the Failure of Law*, Harvard University Press, Cambridge, 1998.

SEGURA GARCÍA, *El consentimiento del titular del bien jurídico en Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

SHARPE, *Sexual Intimacy and Gender Identity 'Fraud'. Reframing the Legal and Ethical Debate*, Routledge, Abindon, 2018.

—————, «Criminalising Sexual Intimacy: Transgender Defendants and the Legal Construction of Non-Consent», *Criminal Law Review* (3), 2014, pp. 207 ss.

SHERWIN, «Infelicitous Sex», *Legal Theory*, (2), 1996, pp. 209 ss.

SICK/RENZIKOWSKI, «Der Schutz der sexuellen Selbstbestimmung», en HOYER (ed.), *Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder*, C. F. Müller, Heidelberg, 2006, pp. 603 ss.

SILVA SÁNCHEZ, «El estigma como política pública. El reproche de la pena y las clases de delitos», en ABEL SOUTO *et al.* (eds.), *Estudios penales en homenaje al profesor José Manuel Lorenzo Salgado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 1367 ss.

———, «Las inveracidades de los particulares ante el Derecho penal», en SALVADOR CODERCH/ SILVA SÁNCHEZ, *Simulación y deberes de veracidad*, Tecnos, Madrid, 1999, pp. 75 ss.

———, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, 2ª ed., BdeF, Montevideo, 2006.

SPARROW, «Masturbation, Deception, and Rape», *Journal of Applied Philosophy*, (39-5), 2022, pp. 870 ss.

SPENA, «Harmless Rapes?», *Diritto & Questioni Pubbliche*, (10), 2010, pp. 497 ss.

SRINIVASAN, *The right to sex. Feminism in the Twenty-First Century*, Farrar, Starus and Giroux, New York, 2021.

STANNARD, «When Failure to Disclose HIV-Positive Status Vitiates Consent to Sex in Canada», *Journal of Commonwealth Criminal Law*, (Noviembre), 2012, pp. 366 ss.

TADROS, «Beyond the Scope of Consent», *Philosophy & Public Affairs*, (50-4), 2022, pp. 409 ss.

———, «Consent to Sex in an Unjust World», *Ethics*, (131-2), 2021, pp. 293 ss.

———, «Rape Without Consent», *Oxford Journal of Legal Studies*, (26-3), 2006, pp. 515 ss.

TILTON/JENKINS ICHIKAWA, «Not What I Agreed To: Content and Consent», *Ethics*, (132-1), 2021, pp. 127 ss.

VAVRA, *Die Strafbarkeit nicht-einvernehmlicher sexueller Handlungen zwischen erwachsenen Personen*, Nomos, Baden-Baden, 2020.

———, «Täuschungen als strafbare Eingriffe in die sexuelle Selbstbestimmung?», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, (12), 2018, pp. 611 ss.

WALL, «Sexual Offences and General Reasons Not to Have Sex», *Oxford Journal of Legal Studies*, (35-4), 2015, pp. 777 ss.

WERTHEIMER, *Consent to Sexual Relations*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010.