Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Complejidades del "no es no": un análisis del *stealthing* como fenómeno que afecta la autonomía sexual y el consentimiento personal[1]

María Fernanda García[*]

Resumen

En las actuales discusiones promovidas desde los movimientos feministas, surge como nuevo paradigma el fenómeno del *stealthing*, práctica sexual de hombres sexualmente activos que, teniendo una relación sexual consentida desde el inicio bajo el uso de un preservativo, durante la misma retiran dicha protección sin la anuencia de su pareja sexual. Este fenómeno notoriamente generalizado aparece en la actualidad como una de las principales preocupaciones, no sólo de los sectores del activismo feminista, sino también del mundo académico y el judicial. La novedad de su discusión interpela en la búsqueda de respuestas a la problemática. En el presente trabajo se pretende realizar una primera aproximación al concepto, alcances y consecuencias del mismo, intentando hacer un breve repaso de aquellos precedentes jurisprudenciales y doctrinarios que lo han abordado y los vínculos con los conceptos de consentimiento y autonomía sexual, para finalmente ensayar algunas conclusiones frente a este complejo escenario.

Palabras clave. *Stealthing* – Delito sexual – Autonomía sexual – Consentimiento personal – Agencia de los cuerpos.

Gracias a Gabriela Solari por su acompañamiento y sus aportes.
A "Doctrina Penal Feminista" por la crítica precisa.

[1] Este artículo forma parte de una investigación que comencé a desarrollar bajo la dirección de Gabriela Solari, en el marco del Proyecto de Investigación "Doctrina Penal Feminista", dirigido por la Dra. Julieta Di Corleto, dentro del Programa de Acreditación Institucional de Proyectos de Investigación en Derecho (DeCyT). Facultad de Derecho. UBA.

[*] Especialista en Derecho Penal, Universidad de Salamanca. Maestranda en Derechos Humanos, UNLP (tesis final a la espera de ser defendida). Integrante del DeCyT "Doctrina Penal Feminista", UBA. Inscripta a la Carrera de Doctorado en Derecho, UP. mfernandagarciacampos@gmail.com

DR © 2020. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

I. Introducción

En los últimos años se ha venido construyendo una campaña pública cada vez más fuerte y sólida respecto de la necesidad de rever las lógicas bajo las cuales se dan las relaciones de tipo sexual entre varones y mujeres,[2] así como el lugar en que se colocan al consentimiento y la autonomía sexual, fundamentalmente de las mujeres.

Dentro de esa compleja lucha, resumida en la frase "no es no" y encabezada por los movimientos feministas, surge como nuevo paradigma el fenómeno del *stealthing*. Esta práctica notoriamente generalizada aparece en la actualidad como una de las principales preocupaciones, no sólo de los sectores del activismo feminista, sino también de aquellos provenientes del mundo académico y el judicial. La novedad de su discusión interpela en la búsqueda de respuestas que aún no se encuentran tan claras.

En el presente trabajo se pretende realizar una primera aproximación a la problemática, intentando hacer un breve repaso de aquellos precedentes jurisprudenciales y doctrinarios que lo han abordado, sus vínculos con los conceptos de consentimiento y autonomía sexual, para finalmente ensayar algunas conclusiones frente a esta compleja práctica.

II. Definición del fenómeno. Vínculo con el concepto de consentimiento y la autonomía sexual

Como ya fuera explicado, con el término *stealthing* se denomina a la práctica sexual de varones que, manteniendo una relación sexual consentida desde el inicio con la utilización de un preservativo, durante la misma retiran dicha protección sin el consentimiento de su pareja sexual.

Conforme lo explica Luzza,[3] la traducción del término *stealth* al idioma español sería "sigiloso", por ello la denominación de esta práctica en este idioma sería "sigilo", aludiendo a la conducta del sujeto activo varón que pretende no ser descubierto.

La investigadora estadounidense Alexandra Brodsky publicó en el año 2017, en la revista de la Universidad de Columbia sobre género y derecho, un artículo titulado "Violación-adyacente: imaginando respuestas legales a la remoción no

[2] Cabe aclarar que las personas con identidades de género que escapan al binomio varón-mujer también pueden verse abarcadas por la problemática que se pretende estudiar en el presente trabajo. Pese a ello, utilizaremos el término mujer en virtud de que en los casos aquí analizados todas las víctimas se autopercibían de ese modo.

[3] Luzza, Yamila Y., "Stealthing: un ataque a la integridad sexual", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, VIII, 3, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, 2018, pp. 27-31, disponible en https://signon.thomsonreuters.com/.

DR © 2020. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

consensual del condón" (traducido, adaptado).[4] En ese trabajo por un lado analizó los relatos de diferentes mujeres que fueron víctimas de *stealthing*, y por el otro consideró los dichos de aquellos hombres que en diversos foros web alentaban estas prácticas brindando consejos para poder llevarla a cabo, bajo el argumento de que se trata de un "derecho masculino natural" eyacular dentro de la vagina de mujeres.

A raíz de los diversos testimonios de las personas afectadas, la investigadora definió el *stealthing* como un ataque a la integridad sexual y explicó que se encuentra relacionado con dos temores bien definidos por todas ellas: a los embarazos no deseados[5] y a las enfermedades de transmisión sexual.

Asimismo, identificó otro punto en común: en todos los relatos surgió con fuerza la vivencia de la remoción del preservativo como una violación a la autonomía de sus cuerpos, al consentimiento otorgado al inicio de la relación sexual y a la dignidad personal. Si bien no estaba clara la idea de una violación sexual, sí lo estaba la idea de avasallamiento de la agencia corporal, por lo que la autora retoma una idea esbozada por una de las mujeres entrevistadas y denomina al *stealthing* como una "violación-adyacente".

Brodsky señala una dificultad vinculada a este punto: el delimitar con claridad los actos consentidos y no consentidos que pueden ocurrir durante "el mismo ´evento´ sexual". Para facilitar esta tarea insiste en identificar dos ideas centrales: por un lado, determinar un consentimiento primigenio del acto sexual separado del consentimiento otorgado eventualmente y con posterioridad para todo otro contacto sexual que acontezca durante el encuentro. Por el otro, detectar los riesgos a los que la víctima puede quedar expuesta con estas prácticas y los cuales deliberadamente no fueron asumidos por esta en virtud de que decidió utilizar la protección de un condón.

Estos dos extremos, a criterio de la autora, pueden constituir criterios rectores en la argumentación respecto de la ausencia de consentimiento en la quita del preservativo.

En lo atinente a su definición como violación o agresión sexual, hay quienes sostienen que al tratarse de sexo no consensual ya se cuenta con un término, "es una violación. Para entender lo que está sucediendo y las consecuencias de hacerlo, debemos llamar por lo que es" (Vonny Leclerc, traducido, adaptado).[6]

---

[4] Brodsky, Alexandra, "´Rape-adjacent´: imagining legal responses to nonconsensual condom removal", *Columbia Journal of Gender and Law*, 32, 2, New York, Columbia University Libraries, 2017, pp. 183-210, disponible en https://journals.library.columbia.edu/index.php/cjgl/index.

[5] El primero de estos peligros se vincula a su vez con otro fenómeno identificado como "sabotaje en el control de natalidad" y que consiste en obstruir la anticoncepción empleada en una pareja con el propósito de obtener un embarazo sin que la otra persona tenga conocimiento de ello.

[6] Leclerc, Vonny, "Vonny Moyes: Let's not kid ourselves that 'stealthing' is a trend. It is rape", *The National*, 30 de abril de 2017, disponible en https://www.thenational.scot/politics/15256580.vonny-moyes-lets-not-kid-ourselves-that-stealthing-is-a-trend-it-is-rape/.

DR © 2020. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Para otros sectores estamos ante un escenario más general vinculado a una agresión de tipo sexual, y no ya frente al campo específico de las violaciones en las cuales el consentimiento al acto sexual nunca se encuentra presente.[7] Se ha dicho que la actividad sexual sin consentimiento es la violación y que quienes han aceptado inicialmente el encuentro sexual –de forma protegida- no experimentan una relación sexual forzada sino más bien una "conducta sexual no deseada".

1. Vínculo con la autonomía sexual y el consentimiento personal

Si la autonomía corporal se define como el derecho al autogobierno sobre el propio cuerpo sin influencia externa o coacción de tercera persona, el *stealthing* innegablemente entraña una violación a dicho autogobierno (Blanco).

Los ordenamientos jurídicos internos occidentales, imbuidos de la concepción jurídica liberal –bajo la cual el sujeto femenino pierde sus características propias y se disuelve en el sujeto de derechos abstracto-,[8] concibe a la autonomía sexual como un concepto soberano, moldeado por los principios de interés propio y pleno de una persona. Del mismo modo, el consentimiento jurídico que se basa en dicha libertad individual, se traduce como una relación contractual de tipo sexual producto de dos voluntades libres, autónomas y racionales.

Bourdieu explica que el concepto de consentimiento tal como lo concebimos en la actualidad resulta ser un fenómeno social naturalizado, producto de un exhaustivo proceso de eternización y des-historización que hace aparecer una construcción social —el consentimiento sexual— como elección individual, racional y autónoma.[9] Del mismo modo, Pérez Hernández sostiene que "el consentimiento entendido como conducta o acción individual juega un papel central en la reproducción del sistema de géneros y, en este sentido, actúa en detrimento de los derechos sexuales de las mujeres",[10] de esta forma, planteado como está, no hace más que consolidar los valores éticos, morales y políticos de la Ilustración,

[7] Blanco, Melissa Marie, "Sex Trend or Sexual Assault?: The Dangers of ´Stealthing´ and the Concept of Conditional Consent", *Penn State Law Review*, 123, 1, Pennsylvania, Pennsylvania State University, 2018, pp. 217-246, disponible en http://www.pennstatelawreview.org/print-issues/sex-trend-or-sexual-assault-the-dangers-of-stealthing-and-the-concept-of-conditional-consent/.

[8] Pitch, Tamar, "Responsabilidades limitadas. Actores, Conflictos y Justicia Penal", en *Colección Criminologías*, Buenos Aires, Ad.Hoc, 2003, pp. 251-293.

[9] Bourdieu, Pierre, *La dominación masculina*, Barcelona, Anagrama S.A., 9 ª ed., 2015, pp. 104-110, adaptado.

[10] Pérez Hernández, Yolinliztli, "Consentimiento sexual: un análisis con perspectiva de género", *Revista Mexicana de Sociología*, 78, 4, Ciudad de México, Universidad Autónoma de México, 2016, pp. 743, disponible en http://revistamexicanadesociologia.unam.mx/index.php/rms/issue/view/4359.

DR © 2020. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

el contractualismo y el racionalismo.[11]

El problema de estos postulados reside en que no contemplan la existencia de otros factores externos que pueden condicionar o restringir la autonomía individual, pasando por alto una serie de datos contextuales que en la mayoría de los casos resultan determinantes. En particular, las variables de género y de clase.

Al aplicar dichas variables, y en términos de Bourdieu, es posible realizar un proceso de historización respecto del consentimiento y la autonomía sexual de las mujeres. Según este análisis, la autonomía y el consentimiento sexual se nos presentan como construcciones dentro de un contexto y una realidad social determinada, lo que permite pensar nuevas lógicas de abordaje de esos conceptos en miras a analizar complejas situaciones como las aquí planteadas.

En esta sintonía, el concepto de autonomía relacional acuñado por la jurista española Álvarez Medina[12] quizá contribuya a explicar los límites que encuentra la autonomía de las mujeres, ya que vincula su desarrollo a la existencia de un cúmulo de factores internos y externos. Dentro de los primeros se encuentra centralmente la racionalidad en términos de la teoría kantiana, mientras que en un plano intermedio se halla la idea de independencia.

Esta independencia refleja la "aptitud del sujeto para distanciarse de influjos ajenos, de condicionamientos externos" y al mismo tiempo "nos habla de la posición que el sujeto ocupa respecto de su entorno y del tipo de relación que tiene con las personas con las que interacciona".[13] Es esta segunda característica la que considera el contexto en el que se encuentra la persona y las relaciones que la involucran allí.

A la racionalidad e independencia propias del concepto de autonomía debe sumársele un tercer elemento, esta vez exclusivamente de orden externo, que se enlaza con todas aquellas circunstancias que "no están sujetas a decisión ni a revisión personal", como ser el sexo o el color de la piel. En este punto la autora retoma a John Christman para afirmar que estas circunstancias traen consigo un universo de "significados sociales" respecto de los cuales difícilmente pueda desprenderse.[14]

Finalmente, Álvarez Medina incorpora una cuarta noción, también de orden externo: la de "opciones relevantes". Esto es, "quienes no tienen ante sí una gama de opciones suficientemente importantes (no triviales ni delimitadas por la urgencia de la supervivencia) no están en condiciones de ejercer la autonomía".[15] Estas

[11] *Ibíd*, pp. 744, adaptado.

[12] Álvarez Medina, Silvina, "La autonomía reproductiva. Relaciones de género, filiación y justicia", *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 35, I, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, 2017, pp. 145-170, disponible en https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6121143.

[13] *Ibíd*, pp. 150.

[14] *Ibíd*, pp. 151.

[15] *Ibíd.*

DR © 2020. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

opciones pertenecen al contexto relacional que refiriéramos y hacen al escenario en el que son tomadas las decisiones.

Las mismas cobrarán virtualidad en tanto se den las condiciones externas y objetivas (posibilidades) pero también en cuanto la persona se las represente como posibles, y ello anida en la percepción que tenga del contexto y sus relaciones. En este sentido, la autora española marca un contrapunto con aquellas teorías liberales clásicas:

> [Asumir la postura relacional] Implica admitir que la autonomía no se dirime solo en primera persona, que no es solo un indicador de las habilidades cognitivas del sujeto racional, sino que el desarrollo de dichas capacidades está fuertemente condicionado por elementos externos [...] por el contexto y por las relaciones que en el marco de dicho contexto el sujeto entabla.[16]

Si se combina esta teoría con una perspectiva de género puede sostenerse que los roles que históricamente le son asignados a las mujeres dentro del entramado socio-cultural (atravesado a su vez por el patriarcado y los estereotipos de género) son aquellos que determinan-limitan sus condiciones de posibilidad de decisión y actuación, es decir, el agenciamiento de sus propios cuerpos, de su autonomía personal.

"Los estereotipos que produce el patriarcado imprimen en la socialización de mujeres y varones pautas asimétricas de elección muy difíciles de reformular individualmente".[17] La autonomía en estos términos es una autonomía pensada desde el androcentrismo, que omite analizar la posición de subordinación en que son colocados los roles asignados a mujeres en relación a aquellos fijados para los varones.

En materia penal propiamente, los principios clásicos de la criminología positivista de fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX perfilaron una criminalidad femenina basada casi exclusivamente en la idea de desviación sexual a raíz de la figura de la prostitución, reservando el resto del universo de delitos para los varones. Por fuera de dicha desviación individual, las mujeres fueron -y aún hoy lo son- legisladas como esposas, madres, hermanas, hijas. Siguiendo a Larrandart: "maternidad, sexualidad y dependencia son las características de la mujer como objeto de represión y/o tutela".[18]

Desde un análisis del derecho más amplio, Frug sostiene la existencia de tres tesis generales sobre la relación entre las normas (el discurso jurídico) y el significado del cuerpo femenino. Por un lado, están las normas jurídicas que permiten y ordenan la "terrorización" del cuerpo femenino, por lo que un "cuerpo femenino" es un cuerpo "aterrado" que "ha aprendido a correr, a arrastrarse y a someterse".[19]

---

[16] *Ibíd*, pp. 152-153.

[17] *Ibíd,* pp. 155.

[18] Larrandart, Lucila, "Control social, derecho penal y género", en *El género del derecho penal: las trampas del poder punitivo*, Buenos Aires, Biblos, 2000, pp. 99-100.

[19] Frug, Mary Joe, "Comentario: un manifiesto jurídico feminista posmoderno (versión

DR © 2020. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Por otro lado, se encuentran aquellas normas jurídicas que permiten y ordenan la "maternización" del cuerpo femenino. Esto es, "disposiciones que recompensan a las mujeres por asumir completamente la responsabilidad de los hijos después del parto" y otras que "penalizan conductas […] que entran en conflicto con la maternidad […] restricciones al aborto". De este modo, surge claro otro significado de "cuerpo femenino": "un cuerpo ´para´ la maternidad".[20]

En tercer lugar, existen las normas jurídicas que permiten y ordenan la "sexualización" del cuerpo femenino. Estas son disposiciones que establecen la penalización de vivencias sexuales individuales y personales, del sexo comercial o de prácticas del mismo sexo, negando protección a determinadas mujeres, quienes son interrogadas por su promiscuidad sexual. Como contracara, estas normas legitiman y apoyan la pornografía y todo entretenimiento que erotice el cuerpo femenino. Aparece un tercer significado de "cuerpo femenino": "un cuerpo ´para´ tener sexo con los hombres, que es ´deseable´ y también ´violable´".[21]

Frug concluye su análisis sosteniendo que las normas jurídicas tal y como las concebimos promueven un modelo de la sexualidad femenina que "se caracteriza por la monogamia, la heterosexualidad y la pasividad".[22]

A la luz de estas prescripciones, las mujeres que escapen a estos lineamientos performativos y que, por ejemplo, como en el presente caso, hayan sufrido algún tipo de agresión sexual, deberán enfrentarse a rigurosos escrutinios morales que se traducen en estándares probatorios diferenciados. En palabras de Tamar Pitch: "una condición para la existencia de esta violencia sexual […] es que la mujer que la sufre debe ser fundamentalmente creíble. […] ella tiene no solamente que demostrar que no quiso el contacto […] sino también no ser el tipo de mujer que ´invita´ a la violación".[23]

De acuerdo con este análisis, la autonomía y el consentimiento sexual se nos presentan como construcciones dentro de un contexto y una realidad social determinada. Si lo que está en disputa aquí es el grado de afectación a la autonomía sexual de las mujeres, deberemos partir de dicha base para pensar nuevas lógicas de abordaje de esos conceptos, del modo en que se producen las relaciones sexuales, el lugar que se reserva al goce y al placer, en miras de analizar complejas situaciones como las aquí planteadas e intentar encontrar respuestas a este complejo fenómeno.

---

inconclusa)", en *Crítica jurídica: teoría y sociología jurídica en los Estados Unidos*, Bogotá, Universidad de Los Andes, 2006, pp. 228.

[20] *Ibíd.*

[21] *Ibíd.*

[22] *Ibíd*, pp. 244.

[23] Pitch, Tamar, "Responsabilidades limitadas", *op. cit.*, pp. 252.

DR © 2020. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

III. Antecedentes jurisprudenciales

La ausencia de definiciones precisas respecto del *stealthing*, de sus consecuencias y repercusiones en las subjetividades de quienes lo han vivido, redunda en la falta de tratamiento por parte del poder judicial. Se han registrado pocos casos en los que la justicia de diversos países ha tenido que decidir sobre la cuestión.

Quizá los casos más resonantes han sido:

- ***Assange v. Swedish Prosecution Authority.***[24] El mismo se originó con una denuncia penal contra el señor Assange por parte de una persona que había mantenido relaciones sexuales con él, en virtud de que durante las mismas la denunciante había exigido la utilización de un condón y Assange lo había roto durante el acto y eyaculado dentro de su vagina.
  La acusación original que la Directora del Ministerio Público formuló fue por los delitos de violación, abuso sexual y coerción ilegal.
  El Tribunal Superior del Reino Unido, en el marco de un pedido de extradición formulado por la justicia sueca, en el año 2011, confirmó la decisión de extradición y se expidió sobre algunas cuestiones relativas al fondo, en virtud de los recursos de apelación que habían sido interpuestos por la defensa de Assange. En dicha oportunidad realizó un desarrolló del concepto "consentimiento condicional": para el tribunal el consentimiento requiere que las condiciones bajo las cuales se otorgó originariamente se mantengan durante todo el acto sexual. En el caso bajo estudio la denunciante consintió tener relaciones sexuales con el uso de un condón, por lo cual su consentimiento primigenio fue otorgado de forma condicional. Al no cumplirse con dicha condición el consentimiento fue viciado.[25]
  En este caso se consideró que el consentimiento no estaba únicamente vinculado con la naturaleza general de la actividad sexual, sino también con las condiciones materiales que hacen a dicha actividad y en base a las cuales se otorgó el consentimiento en un comienzo.
  Lo cierto es que en la actualidad el caso no ha avanzado en lo sustancial y en una reciente nota periodística publicada en el diario local "Página12" se informó que la fiscalía sueca anunció que abandonó el caso por violación contra Julian Assange, ya que "se han agotado todos los recursos de la investigación sin que haya pruebas claras para una acusación formal".[26] Así las cosas, en caso

[24] Tribunal Superior del Reino Unido, "Julian Assange vs. Swedish Prosecution Authority", sentencia del 2/11/2011, Caso N° CO/1925/2011, disponible en https://www.law.cornell.edu/women-and-justice/resource/assange_v_swedish_prosecution_authority_2011_ewhc_2849.

[25] *Ibíd*, párrs. 86-87, traducido, adaptado.

[26] "En Suecia cierran la causa contra Julian Assange", *Página12*, 19 de noviembre de 2019, disponible en https://www.pagina12.com.ar/231841-en-suecia-cierran-la-causa-contra-julian-assange.

DR © 2020. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

de que la parte civil no apele esta decisión, la investigación quedará cerrada, sin haber logrado la comparecencia ante dichos estrados, aún con el retiro del asilo político del que gozaba Assange en la embajada ecuatoriana en Londres.

- ***R vs. Hutchinson.***[27] En este precedente el Tribunal Supremo de Canadá, en el año 2014, condenó por "agresión sexual agravada" a un hombre que había realizado agujeros al condón sin el conocimiento de su pareja sexual. Aquí se utilizó el argumento del riesgo al daño físico para justificar el engaño que vició el consentimiento brindado en un principio. Este argumento despertó fuertes críticas vinculadas a la forma de proceder en aquellos casos en que las parejas sexuales no pudieran quedar embarazadas o el acusado no tuviera una enfermedad de transmisión sexual, y por lo tanto tal riesgo al daño físico concreto no exista. Para estas críticas, este tipo de argumentos crean una suerte de estándares de víctimas, lo que resulta inadmisible desde una perspectiva de derechos humanos.

- En el caso N° ***00155/2019,***[28] el Juzgado de Instrucción N° 2 de Salamanca –España- condenó al señor Juan Francisco (no se consigna su apellido en la página web oficial del Centro de Documentación Judicial) por haber retirado el preservativo mientras mantenía relaciones sexuales con una mujer, con la que había acordado su utilización "en todo caso".

  En la sentencia del 15 de abril de 2019, calificó los hechos como abuso sexual en los términos del aparato 1 del artículo 181 del Código Penal español que prescribe "el que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona, será castigado, como responsable de abuso sexual, con la pena de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses". Aclaró que "los hechos declarados probados constituyen la conducta denominada ´STEALTHING´".[29]

  Finalmente, luego de celebrarse un acuerdo entre las partes, impuso una pena de multa de 2.160 euros y una indemnización a la víctima.

  El magistrado en dicha oportunidad destinó un apartado para explicar los límites de este fenómeno:

  Tal conducta sexual, el "stealthing", no constituye delito de agresión sexual al no concurrir los requisitos de violencia o intimidación que exige el artículo 178 del Código Penal y, por ende, tampoco constituye delito de violación

[27] Tribunal Supremo de Canadá. "R. vs. Hutchinson", sentencia del 7/3/2014, Caso N° 35176, disponible en https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/13511/index.do.

[28] Juzgado de Instrucción N° 2 de Salamanca, "Caso N° 00155/2019", sentencia del 15/4/2019, disponible en http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/40ced326d80d9f7b.

[29] *Ibíd*, pp. 2.

DR © 2020. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

conforme al artículo 179 del Código Penal. No obstante, el "stealthing" se incardina en el tipo básico del apartado 1 del artículo 181 del Código Penal. Continuó:

Se ha prestado pleno consentimiento a mantener relaciones sexuales usando preservativo, y la posterior retirada sigilosa del profiláctico se realiza sin consentimiento, lo que atenta contra la indemnidad sexual de la víctima, quien consintió el acto sexual únicamente con las debidas garantías para evitar embarazos no deseados o enfermedades de transmisión sexual.[30]

- Existen registros de otros dos casos de *stealthing* con sentencia condenatoria. Respecto de los mismos sólo se han hallado artículos periodísticos, no contándose hasta el momento con las correspondientes decisiones judiciales. Son mencionados en este trabajo a los fines de ejemplificar la falta de homogeneidad existente en las respuestas estatales. Si bien es cierto que se trata de casos acaecidos dentro de los límites de diversos Estados, lo que conlleva a una esperable diversidad de resoluciones, no es menos cierto que dicha heterogeneidad se basa en la ausencia de consenso respecto a lo que el *stealthing* supone, sus alcances y consecuencias.

  En el primero de ellos un tribunal de la ciudad de Berlín condenó a ocho meses de prisión y al pago de una multa de tres mil euros a un hombre que durante un acto sexual decidió quitarse el preservativo pese a la voluntad contraria de su pareja sexual.[31]

  En lo que resultó ser la primera condena por *stealthing* en Alemania, el tribunal encuadró la conducta como una agresión sexual en los términos del artículo 177 del Código Penal alemán, dejando de lado la calificación de violación propuesta por la fiscalía, que en su caso reservaba una pena de dos a cinco años de prisión, conforme la última reforma de dicho artículo del año 2016.

  Para ello consideró que el reproche sólo debía recaer sobre la conducta de quitarse el preservativo, quedando excluida la penetración en sí misma ya que había sido consentida oportunamente por la mujer.

  En el segundo de los casos, el ciudadano inglés Hogben fue condenado en abril de 2019 a la pena de doce años de prisión por la misma conducta que en el caso alemán.[32]

---

[30] *Ibíd.*

[31] En relación a este caso puede consultarse el artículo periodístico: Robinson, Matthew, "En un juicio histórico, un oficial de policía en Alemania es condenado por "stealthing", *CNN*, 21 de diciembre de 2018, disponible en https://cnnespanol.cnn.com/2018/12/21/en-un-juicio-historico-un-oficial-de-policia-en-alemania-es-condenado-por-stealthing/.

[32] Se pueden consultar los siguientes artículos periodísticos de portales web del lugar: - Forrest, Adam, "Man who removed condom during intercourse with sex worker jailed for rape", *Independent*,

DR © 2020. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

En esta oportunidad el tribunal Bournemouth –Dorset, Inglaterra- consideró que se habían transgredidos los límites del acuerdo sexual previo -formalizado a través de una página web-,[33] en virtud de lo cual tuvo por configurado el delito de violación.

Respecto de dicha resolución, las lecturas más críticas cuestionan si correrán la misma suerte judicial aquellos casos en que no exista tal acuerdo previo formalizado a través de canales de comunicación públicos. Cabe la pregunta acerca de si las argumentaciones del tribunal no crearon estándares probatorios discriminatorios que proyectados en el tiempo harán recaer en cabeza de las mujeres el deber de dejar sentado "públicamente" sus condiciones para el acto sexual. Nuevamente el "no" brindado en el ámbito privado de una relación sexual se pone en cuestionamiento.

- En el plano local, el caso ***C., F. D.***[34] Aquí, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, en noviembre de 2018, resolvió confirmar el procesamiento de F. D. C. como autor del delito de abuso sexual con acceso carnal –artículo 119 del Código Penal-, quien había sido denunciado por haber penetrado a una mujer cuando ella se encontraba dormida y sin haber utilizado preservativo, pese a que ella con anterioridad había consentido la relación sexual con el uso de dicha protección.

  La Cámara sostuvo que "para que sea eficaz [el consentimiento], la persona debe conocer y aceptar todas las circunstancias que rodean al hecho y el imputado ignoró una fundamental: la denunciante no hubiera tenido relaciones sexuales sin protección y él lo sabía".[35]

  Asimismo, esgrimió que:

  La verdadera forma de garantizar la sexualidad de una mujer implica que la practique en la más absoluta libertad y ha quedado demostrado que el límite siempre estuvo en su práctica mediante un método que no sólo impidiera un eventual embarazo, sino la absoluta preservación de su salud al evitar el contagio por esa vía de toda enfermedad.[36]

24 de abril de 2019, disponible en https://www.independent.co.uk/news/uk/crime/rape-condom-sex-worker-unprotected-lee-hogben-guilty-bournemouth-a8884726.html., y Winter, Alex, "Rapist Lee Hogben tells judge 'I'm coming for you' as he's given 12 years behind bars", *Daily Echo*, 25 de abril de 2019, disponible en https://www.bournemouthecho.co.uk/news/17593227.rapist-lee-hogben-tells-judge-im-coming-for-you-as-hes-given-12-years-behind-bars/.

[33] El caso tuvo por víctima a una trabajadora sexual que en su página web anunciaba sus servicios con la estricta condición de la utilización de preservativos durante toda la relación sexual.

[34] CNACC, "C., F.D.", resolución del 28/11/2018, Causa CCC 29727/2018/CA2, disponible en www.cij.gov.ar.

[35] *Ibíd*, pp. 4.

[36] *Ibíd.*

DR © 2020. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

IV. Encuadres normativos

La mencionada escasez de precisiones existente en la materia se encuentra íntimamente vinculada con la también escaza regulación normativa.

- A modo de ejemplo podemos mencionar la reciente legislación del Estado de California –EEUU- relativa al consentimiento sexual, que vino a consagrar normativamente la figura del "consentimiento afirmativo".
  La llamada "**ley de consentimiento de California**"[37] prescribe que una relación sexual es consentida en tanto y en cuanto ambos "contratantes sexuales" explícitamente indiquen que están de acuerdo en ello. Consentimiento de tipo afirmativo es aquel explícito, positivo, consciente y voluntario. De esta forma define el consentimiento sexual por oposición a la violación (la que presume acaecida bajo el uso de la violencia).

Esto, como bien lo señala Pérez Hernández, visibiliza un problema en la forma de abordar casos de abusos o agresiones sexuales en el marco de una denuncia penal. La autora, en su artículo titulado "California define qué es ´consentimiento sexual´",[38] señala que en la práctica judicial "resulta más difícil demostrar la ausencia de aceptación que su presencia", en virtud de que comúnmente operan subterráneamente "indicadores" de tal asentimiento en los discursos de los operadores judiciales. Dice Pérez Hernández que "el silencio, la ´participación´ en estados de intoxicación, la falta de negativa o de límites frente a los avances masculinos", son tenidos en cuenta como una suerte de acuerdo tácito brindado por las mujeres de caras a un encuentro sexual.

No debe perderse de vista que plantear en términos de binomio la relación consentimiento y violación para resolver los casos que se llevan a la justicia, entraña un conflicto insoslayable: ¿qué cause se le puede dar a aquellos casos en que las relaciones sexuales se producen por efecto de las relaciones de poder propias del sistema subordinación patriarcal y en las que no existe una violencia explícita?, ¿qué lugar queda para aquellas que son producto de una relación jerárquica o de autoridad donde existe una dependencia de una de las personas involucradas en relación a la otra? Resulta innegable que existen mecanismos subrepticios de dominación propios de las relaciones de género, de clase e incluso etarias que, como sostiene Pérez Hernández, "conducen a que se acepten relaciones sexuales que no se desean".

A ello debe sumársele que no resulta sencillo para las propias mujeres que atraviesan este tipo de situaciones percibir –y por lo tanto nombrar- lo vivido como

[37] Ley SB 967, Student safety: sexual assault, del 28/09/2014, disponible en https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billNavClient.xhtml?bill_id=201320140SB967.

[38] Pérez Hernández, Yolinliztli, "California define qué es ´consentimiento sexual´". *Sexualidad, Salud y Sociedad. Revista Latinoamericana*, 25, 6, Río de Janeiro, Universidad del Estado de Río de Janeiro, 2017, pp.113-133, disponible en http://dx.doi.org/10.1590/1984-6487.sess.2017.25.06.a.

DR © 2020. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

violencia sexual. Ello obedece a que, por un lado, es la propia cultura patriarcal la que no la reconoce como tal, al tiempo que "la asociación entre sexo y violencia es extremadamente fuerte, legitimada culturalmente, interconectada con la posición tradicional subordinada de la mujer".[39]

De este modo, "la precondición para percibir y nombrar, tanto como para descubrir, es estar en condiciones de ver y de nombrar de una manera", lo que "necesariamente implica un cambio en la distribución del poder". En este sentido, el desarrollo de la cultura feminista, sostiene Pitch, ha venido a cambiar la percepción que se tiene de violencia sexual.[40]

Antes de avanzar con los encuadres normativos, cabe aquí introducir las reflexiones de diversos organismos internacionales respecto de las agresiones sexuales que suceden en el marco de contextos coercitivos.

En el caso *M.C. vs. Bulgaria,*[41] la Corte Europea de Derechos Humanos sostuvo que históricamente, de acuerdo con las leyes y prácticas de varios países, en casos de violaciones se requerían pruebas de que las víctimas habían presentado resistencia física, pese a lo cual, en las últimas décadas, se ha visto una clara intención de revertir ello ya que en varios países se busca fundamentar las condenas por actos sexuales no consensuados a través de la interpretación de los términos que la ley en cada caso establece (menciona la coacción, la violencia, las amenazas, entre otras) y "mediante una evaluación que tiene en cuenta el contexto de la evidencia".[42]

El contexto al que hace alusión la Corte no es otro que aquel que contiene aquellas relaciones asimétricas de las que habláramos en párrafos anteriores.

En línea con lo sostenido en aquel caso, en el precedente *K. T., V. vs. Filipinas,*[43] el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer sostuvo que "no debería suponerse, en la ley ni en la práctica, que una mujer da su consentimiento porque no se ha resistido físicamente a la conducta sexual no deseada, independientemente de si el autor del delito utilizó o amenazó con utilizar violencia física".[44]

Del mismo modo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Fernández Ortega vs. México,*[45] sostuvo que no puede exigirse prueba de la existencia de resistencia física, sino que es suficiente con que haya elementos

---

39 Pitch, Tamar, "Responsabilidades limitadas", *op. cit.*, pp. 253.

40 *Ibíd*, pp. 254.

41 Corte EDH, "M. C. vs. Bulgaria", sentencia del 4 de diciembre de 2003, Judgment, Demanda N° 39272/98, disponible en https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/11/5212/15.pdf.

42 *Ibíd*, párr. 161.

43 Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, "K. T., V. vs. Filipinas", CEDAW/C/46/D/18/2008, 22 de septiembre de 2010, disponible en https://www.mpf.gob.ar/ebooks/genero/.

44 *Ibíd*, párr. 8.5.

45 Corte IDH, "Fernándezkk Ortega vs. México", sentencia del 30 de agosto de 2010, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, N° 215.

DR © 2020. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

coercitivos en la conducta del acusado.

Estos obstáculos que se presentan en la práctica se ven exponencialmente exacerbados en casos donde el consentimiento originario se ve interrumpido durante el acto sexual por un cambio en las formas en las que se desarrolla, es decir, en un caso de *stealthing.* Si la prueba de la ausencia de consentimiento en casos de delitos de índole sexual se ve sometida a todas estas presunciones arraigadas en estereotipos patriarcales, con mayor razón se verá subordinada la prueba de la ausencia de consentimiento en casos de *stealthing.*

En el recién mencionado caso *K. T., V. vs. Filipinas*, el Comité afirmó que la sentencia de la justicia filipina evaluó la credibilidad de la víctima "en relación con expectativas sobre la forma en que esta debería haber actuado antes de la violación, durante el acto y después de él debido a las circunstancias y a su carácter y personalidad". Precisó que en dicha evaluación "habían influido varios estereotipos, puesto que la autora no había mostrado en esta situación el comportamiento esperado de una víctima ideal y racional, o lo que la magistrada consideraba la respuesta racional e ideal de una mujer en una situación de violación".[46]

Concluyó que los estereotipos sobre las sexualidades masculina y femenina que surgieron a lo largo del fallo cuestionado fueron decisivos ya que apoyaron más la credibilidad del varón que la de la víctima.[47]

En el mismo sentido se expidió la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *González y otras vs. México.*[48]

A su tiempo, la Comisión Interamericana en su informe "Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica"[49] señaló que una de las grandes dificultades que enfrenta la región se vincula con el hecho de que "las víctimas de violencia sexual se ven cercadas durante todo el proceso por los mitos y los estereotipos patriarcales que culpabilizan a las mujeres" y que "los valores patriarcales encasillan a las mujeres y a los hombres en un deber ser, y que reproducen la violencia; minimizando los actos de violencia y discriminación que bajo esa perspectiva obedecen al rol natural establecido por el sistema".[50] Concluyó que, en virtud de la existencia de dichas prácticas, "el común denominador en los países mesoamericanos es que se haga recaer la culpa sobre las mujeres que han sido víctimas de violencia sexual".[51]

---

[46] Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, "K. T., V. vs. Filipinas", *op. cit.*, párr. 8.5.

[47] *Ibíd,* párr. 8.6.

[48] Corte IDH. "González y otras vs. México", sentencia del 16 de noviembre de 2009, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, N° 205, párr. 40.

[49] Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 9 de diciembre de 2011, Doc. 63 OEA/Ser.L/V/II, disponible en https://www.cidh.oas.org/pdf%20files/MESOAMERICA%202011%20ESP%20FINAL.pdf.

[50] *Ibíd*, párr. 115.

[51] *Ibíd*, párr. 183.

DR © 2020. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

1. Tipo penal del artículo 119 del Código Penal

Avanzando con la legislación aplicable, en el caso del Código Penal argentino, el artículo 119 es el encargado de regular las conductas que constituyen abusos sexuales en diversos grados, por lo que parecería ser la norma más adecuada para ser aplicada al particular.

El bien jurídico protegido es la integridad sexual y, en consecuencia, la libertad de toda persona de ejercer su sexualidad sin intervenciones ni restricciones de terceros individuos.

Doctrinarios clásicos del derecho local han intentado delimitar que entienden por bien jurídico protegido. En este sentido, Donna define la libertad sexual desde una "doble vertiente positivo-dinámica":

> Esto es la capacidad de la persona de libre disposición de su cuerpo a efectos sexuales, o la facultad de comportarse en el plano sexual según sus propios deseos. En la vertiente negativa, es la posibilidad de negarse a ejecutar él mismo o a tolerar la realización por otros de actos de naturaleza sexual que no desee soportar.[52]

Desde la perspectiva del *stealthing*, la libertad sexual se ve dañada en el mismo momento en que el varón modifica las condiciones primigenias del encuentro sexual. Por esta razón algunos sectores encuadran estos casos en el tercer párrafo de dicho artículo que legisla sobre supuestos de abuso sexual con acceso carnal.[53]

En esta línea, numerosa doctrina sostiene que el bien jurídico protegido por el tipo es "la disponibilidad del propio cuerpo en cuanto a su sexualidad", lo que se traduce en "libertad sexual", la cual "debe ser entendida en su aspecto negativo o de reserva, como el derecho a decir ´no´ a diversas expresiones de contenido sexual".[54]

Del mismo modo, Buompadre argumenta que la integridad sexual constituye una porción de un bien jurídico más amplio. Es decir, "la integridad sexual no es más que un aspecto de la libertad personal en el ámbito de la sexualidad".[55]

El tratar el bien jurídico protegido en los términos de libertad sexual comenta Figari:

> [R]esume la idea de la reserva sexual como libertad de decisión ante la acción de un tercero, por ende, la decisión de con quién estar, cómo estar y a qué

---

[52] Donna Edgardo A., *Delitos contra la integridad sexual*, 2ª ed, Santa F, Rubinzal-Culzoni. 2002, pp. 14

[53] Conforme lo expone Blanco en el texto ya citado.

[54] De Luca, Javier y Lopez Casariego, Julio, *Delitos contra la integridad sexual*, Buenos Aires, Hammurabi, 2009, pp. 28-29. Baigún, David y Zaffaroni, Eugenio, *Código penal y normas complementarias*. *Análisis doctrinal y jurisprudencial. Parte especial*, Buenos Aires, Hammurabi, 2010, pp. 568-569.

[55] Buompadre, Jorge, *Derecho Penal. Parte Especial*, Corrientes, Mave, 2000, pp. 335.

DR © 2020. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

> parte del cuerpo se puede acceder y en qué forma, simplemente no es otra cosa que una manifestación del respeto por la dignidad humana consistente en la evitación de la "cosificación" de la persona. Dentro de lo permitido todo, fuera de ello nada.[56]

Dicho de otro modo:

> [C]omo está en juego la libertad sexual no sólo es imprescindible que haya consentimiento inicial sino también que el acto se desarrolle de acuerdo a lo pactado cuando se aceptó la cópula, porque ni siquiera se puede alegar consentimiento cuando fue prestado a fin de realizar actos distintos al efectuado en definitiva. […] El consentimiento no sólo es preciso para tener acceso carnal sino también para la determinación del modo de su ejecución y desarrollo.[57]

Conforme estas posturas respecto de la capacidad tutelar del artículo 119, bien podría sostenerse su aplicación a casos de *stealthing*.

2. Estándares internacionales de derechos humanos. Implicancias a nivel local

Los lineamientos provenientes del derecho internacional de los derechos humanos fijan estándares de actuación para los Estados, desde los cuales deben proyectarse las técnicas legislativas en materia de los llamados delitos sexuales, y desde los cuales podría pensarse una eventual relectura del artículo 119 local, atendiendo a aquellos argumentos que se oponen a considerar estos casos como violación lisa y llanamente.

En este sentido, cabe recordar que el Estado argentino ha ratificado tratados internacionales de derechos humanos de las mujeres que contemplan en sus articulados el derecho de este amplio sector de la población a vivir una vida "libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación".[58] En esa sintonía es que se interpela a los Estados a que adopten medidas adecuadas para:

> [M]odificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres [...] para contrarrestar prejuicios y costumbres y todo otro tipo de prácticas

[56] Figari, Rubén, "Comentario al artículo 119 del Código Penal", *Revista Pensamiento Penal*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Asociación Pensamiento Penal, 2018, pp. 30, disponible en http://www.pensamientopenal.com.ar/comentadas/46617-arts-119-120-abusos-sexuales-actualizado.

[57] *Ibíd,* pp. 45.

[58] Organización de Estados Americanos, Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Convención de Belem do Para, adoptada el 9 de junio de 1994, artículo 6, disponible en https://www.oas.org/es/mesecvi/docs/BelemDoPara-ESPANOL.pdf.

DR © 2020. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

> que se basen en la premisa de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los géneros o en los papeles estereotipados para el hombre y la mujer que legitiman o exacerban la violencia contra la mujer.[59]

De forma más específica, en la Recomendación General N° 35, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer encomendó a los Estados partes que apliquen un cúmulo de medidas legislativas, entre las cuales se encuentra:

> [G]arantizar que las agresiones sexuales, en particular la violación, estén tipificadas como un delito que afecta al derecho a la seguridad personal y a la integridad física, sexual y psicológica y que la definición de los delitos sexuales, en particular la violación conyugal y por parte de un conocido o la violación en una cita, se base en la falta de libre consentimiento y tenga en cuenta circunstancias coercitivas.[60]

De igual modo, y ya desde una óptima netamente preventiva, estos estándares del derecho internacional de los derechos humanos y en particular de los derechos de las mujeres, deben contribuir al diseño de políticas públicas que tengan en miras la modificación de dichos patrones de conductas sexistas. Un ejemplo de dicho influjo lo constituye el Programa Nacional de Educación Sexual Integral,[61] cuyos objetivos principales son el incorporar la educación sexual integral dentro de las propuestas educativas; asegurar la transmisión de conocimientos pertinentes, precisos, confiables y actualizados sobre los distintos aspectos involucrados en la educación sexual integral; promover actitudes responsables ante la sexualidad; prevenir los problemas relacionados con la salud en general y la salud sexual y reproductiva en particular y procurar igualdad de trato y oportunidades para varones y mujeres.

V. Posibles conclusiones

Ante un panorama con tantas complejidades, cabe reflexionar respecto de los condicionamientos estructurales de género existentes no sólo en las relaciones sexuales, sino también en la concepción hegemónica de consentimiento.

- Tal como se vio a lo largo del presente trabajo, el consentimiento sexual aparece como un fenómeno privativo de las mujeres, respecto de quienes se deposita la responsabilidad de permitir hacer o no a los varones, sujetos

[59] *Ibíd*, artículo 8.

[60] Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General n° 35, CEDAW/C/GC/35, 26 de julio de 2017, punto 29 inciso e, disponible en https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2017/11405.pdf.

[61] Ministerio de Educación de la Nación, *Programa Nacional de Educación Sexual Integral,* 2012, disponible en https://www.argentina.gob.ar/educacion/esi.

DR © 2020. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

activos que deben proponer, seducir, atraer, insistir.

Ello no es otra cosa que la manifestación de un orden social que coloca a las mujeres como sujetos sexuales pasivos que deben limitarse a aceptar o no. Pérez Hernández sostiene que "[e]l acceso legítimo al cuerpo de las mujeres a través de su propio consentimiento (supuesto o efectivo), legitima jurídica, subjetiva y socioculturalmente la práctica sexual al tiempo que exime de responsabilidad al receptor del mismo y descarga en la emisora el peso de ´sus decisiones´".[62] Tener en cuenta esto permitirá efectuar una lectura más amplia en este tipo de situaciones, trascendiendo el mero análisis de la conducta puntual de un caso concreto y su correspondiente castigo penal, poniendo el acento en los contextos de las relaciones sexuales.

- Esta idea se entrelaza con aquella que ve en la monopólica respuesta penal una falencia de tipo estructural: la evaluación que se hace desde esta perspectiva ve en una violación la necesidad de castigar el uso de la fuerza física o moral y no ya la necesidad de proteger el consentimiento como elemento intrínseco de la autodeterminación sexual. Esto conlleva a la imposibilidad de probar aquellos delitos donde no medió este tipo de violencia sobre las víctimas.

  No debe perderse de vista que la vía del castigo no suele abarcar la multiplicidad de consecuencias producidas por este tipo de prácticas, siendo necesario intervenciones de tipo interdisciplinarias que contribuyan a disminuir, por ejemplo, peligros de tipo psicológicos.

- Asimismo, resulta necesario deconstruir el consentimiento liberal a partir de una crítica feminista. Deconstruir la heterosexualidad que dista de ser igualitaria al ser construida en torno al placer masculino.[63] Deconstruir el lugar en que sistemáticamente son colocadas las mujeres y aquellas identidades sexuales disidentes, sus deseos y voluntades, frente aquellos sujetos masculinos activos que en la mayoría de los casos son quienes se encuentran legitimados socio-culturalmente para precisar "las reglas del juego sexual".

  En los relatos recolectados a través de la investigación de Brodsky, así como en aquellos que surgen de las sentencias analizadas, se encuentra presente de forma invariable que la experiencia fue atravesada con preocupación y temor, incluso desde momentos previos a la efectiva comprobación de la ausencia del preservativo. Ese dato permite afirmar que en la práctica el ejercicio de la sexualidad de las mujeres aparece como un ideal alejado por completo de la dimensión del goce y el disfrute.

  En este sentido, tal como lo sostiene Blanco, resulta imperioso garantizar que

[62] Pérez Hernández, Yolinliztli, "California define qué es ´consentimiento sexual´", *op. cit.*, pp. 129.

[63] Pitch, Tamar, "Responsabilidades limitadas", *op. cit.*, pp. 259.

DR © 2020. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

los estándares de consentimiento protejan a todas las personas involucradas en la conducta sexual sin perder de vista esa dimensión del goce y del deseo. Del mismo modo, Carole Vance[64] afirma que desde los sectores feministas deben abordarse las cuestiones sexuales con el objetivo de evitar los peligros a que se enfrentan las mujeres sin perder el objetivo de contribuir a ampliar las posibilidades de placer.

Entender ello nos permitirá visualizar que las relaciones sexuales pueden ser consentidas o no, pero también deseadas o no, *ergo*, cuando se habla de una relación "consensuada" debe prestarse atención a la bilateralidad de ambos conceptos.[65]

Las doctrinas actuales sobre consentimiento son insuficientes por no atender todos estos extremos. Resulta necesario establecer nuevos estándares de consentimiento que los contemplen.

En este punto, Pitch introduce la noción de "mundo común de las mujeres" como herramienta para la reformulación de estas categorías. Explica la jurista italiana que la idea de "mundo común" que desarrolló Hannah Arendt y que se refiere al espacio de lo público -donde la política abre paso al ejercicio de la libertad y de las capacidades de individuos iguales entre sí-, es la que debe ser modificada y sobre dicha base es que "las percepciones de las relaciones entre los sexos cambian y las condiciones del ´consentimiento´ son transformadas".[66]

El cambio estructural se impone.

- Respecto de la dicotomía planteada entre el concepto de consentimiento condicional (utilizado en el caso *Assange v. Swedish Prosecution Authority*) y aquel de tipo afirmativo (contemplado en la "Ley de Consentimiento" de California) se puede decir que ambos entrañan ciertas dificultades.

  En el caso del consentimiento afirmativo no está claro si el consentimiento original queda totalmente invalidado una vez que el varón se quita el preservativo, ya que la naturaleza del acto sigue siendo la misma. Tampoco logra resolver los conflictos que generan los mencionados indicadores subterráneos que operan en favor de presumir el consentimiento de las mujeres, ni consigue dar respuestas a aquellos casos donde la violencia no resulta ser "explícita".

  Desde el consentimiento condicional surge dificultoso determinar dónde termina el consentimiento brindado en el inicio del encuentro y en qué momento se requiere del "nuevo" que de alguna forma revalide al anterior.

[64] Vance, Carole S., *More Danger, More Pleasure: A Decade After the Barnard Sexuality Conference*, 2ª ed., Kitchener, Pandora Press, 1992.

[65] Conforme lo desarrolla Pérez Hernández en su texto "California define qué es ´consentimiento sexual´".

[66] Pitch, Tamar, "Responsabilidades limitadas", *op. cit.*, pp. 282-283.

DR © 2020. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

El testimonio de la persona afectada aparece como la prueba por excelencia para probar dichos extremos, lo que hace recaer toda la capacidad probatoria en lo que la víctima pueda y quiera testimoniar.

Se ha dicho que el consentimiento en estos términos no puede llevar a muchas condenas, pero sí puede contribuir a redefinir algunos presupuestos en torno a la actividad sexual y reforzar la noción de que las mujeres tienen agencia sobre su cuerpo.[67]

- Hay quienes frente a este modelo del "no, no, no",[68] en el que se requiere de la objeción constante de la víctima pese a que muchas veces no tienen conocimiento de que el acto sexual ha cambiado en sus condiciones materiales, postulan la inclusión normativa de un nuevo agravio específico y puntual para la extracción del condón. En el caso local, ello implicaría una reforma de tipo penal que incluya dentro de los presupuestos del artículo 119 los casos de *stealthing*.
- Resulta imperioso comenzar a trabajar desde las esferas estatales en respuestas acordes a la complejidad del tema, evitando caer en tratamientos tan disímiles como los analizados en los diversos casos judiciales.

  La seguridad jurídica también es un valor a tener en cuenta a la hora de ponderar vías de acción. Es necesario legislar con claridad los presupuestos del consentimiento teniendo en miras su contexto y sus condiciones de posibilidad, para evitar lecturas judiciales sesgadas y sentencias tan diversas que prescriban desde penas de multas hasta condenas de doce años de prisión. En dicho camino, no debe pasarse por alto que el derecho es esencialmente masculino y que como tal se encuentra permeado por las relaciones de género que no son otra cosa que relaciones de poder.

  Teniendo en cuenta esta advertencia, "es la soberanía lo que debemos alcanzar, soberanía que debe ser reconocida. La propuesta de pensar en términos de un principio constitucional que declare la inviolabilidad de los cuerpos de las mujeres".[69]
- Para finalizar, desde la esfera de la prevención, tal como lo prescriben los tratados internacionales de derechos humanos, y en particular de derechos de las mujeres, se deben intensificar los esfuerzos para erradicar los estereotipos de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación, intentando ampliar la capacidad de acción y decisión intrínsecas a la idea de soberanía.

[67] Blanco, Melissa Marie, "Sex Trend or Sexual Assault?", *op. cit.*

[68] Como lo refiere Brodsky en su investigación.

[69] Pitch, Tamar, "Responsabilidades limitadas", *op. cit.*, pp. 290.

DR © 2020. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

VI. Bibliografía

1. Libros y Artículos

Álvarez Medina, Silvina, "La autonomía reproductiva. Relaciones de género, filiación y justicia", *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 35, I, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, 2017, pp. 145-170, disponible en https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6121143.

Baigún, David y Zaffaroni, Eugenio, *Código penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Parte especial*, Buenos Aires, Hammurabi, 2010.

Blanco, Melissa Marie, "Sex Trend or Sexual Assault?: The Dangers of ´Stealthing´ and the Concept of Conditional Consent", *Penn State Law Review*, 123, 1, Pennsylvania, Pennsylvania State University, 2018, pp. 217-246, disponible en http://www.pennstatelawreview.org/print-issues/sex-trend-or-sexual-assault-the-dangers-of-stealthing-and-the-concept-of-conditional-consent/.

Bourdieu, Pierre, *La dominación masculina*, Barcelona, Anagrama S.A., 9 ª ed., 2015.

Brodsky, Alexandra, "´Rape-adjacent´: imagining legal responses to nonconsensual condom removal", *Columbia Journal of Gender and Law*, 32, 2, New York, Columbia University Libraries, 2017, pp. 183-210, disponible en https://journals.library.columbia.edu/index.php/cjgl/index.

Buompadre, Jorge, *Derecho Penal. Parte Especial*, Corrientes, Mave, 2000.

De Luca, Javier y Lopez Casariego, Julio, *Delitos contra la integridad sexual*, Buenos Aires, Hammurabi, 2009.

Donna Edgardo A., *Delitos contra la integridad sexual*, 2ª ed, Santa F, Rubinzal-Culzoni. 2002.

Figari, Rubén, "Comentario al artículo 119 del Código Penal", *Revista Pensamiento Penal*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Asociación Pensamiento Penal, 2018, disponible en http://www.pensamientopenal.com.ar/comentadas/46617-arts-119-120-abusos-sexuales-actualizado.

Frug, Mary Joe, "Comentario: un manifiesto jurídico feminista posmoderno (ver-

DR © 2020. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

sión inconclusa)", en *Crítica jurídica: teoría y sociología jurídica en los Estados Unidos*, Bogotá, Universidad de Los Andes, 2006, pp. 223-249.

Larrandart, Lucila, "Control social, derecho penal y género", en *El género del derecho penal: las trampas del poder punitivo*, Buenos Aires, Biblos, 2000, pp. 85-110.

Luzza, Yamila Y., "Stealthing: un ataque a la integridad sexual", *Revista de Derecho Penal y Crimonología*, VIII, 3, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, 2018, pp. 27-31, disponible en https://signon.thomsonreuters.com/.

Pérez Hernández, Yolinliztli, "Consentimiento sexual: un análisis con perspectiva de género", *Revista Mexicana de Sociología*, 78, 4, Ciudad de México, Universidad Autónoma de México, 2016, pp. 741-767, disponible en http://revistamexicanadesociologia.unam.mx/index.php/rms/issue/view/4359.

_____, "California define qué es ´consentimiento sexual´". *Sexualidad, Salud y Sociedad. Revista Latinoamericana*, 25, 6, Río de Janeiro, Universidad del Estado de Río de Janeiro, 2017, pp.113-133, disponible en http://dx.doi.org/10.1590/1984-6487.sess.2017.25.06.a.

Pitch, Tamar, "Responsabilidades limitadas. Actores, Conflictos y Justicia Penal", en *Colección Criminologías*, Buenos Aires, Ad.Hoc, 2003, pp. 251-293.

Vance, Carole S., *More Danger, More Pleasure: A Decade After the Barnard Sexuality Conference*, 2ª ed., Kitchener, Pandora Press, 1992.

2. Artículos periodísticos locales y extranjeros

En Suecia cierran la causa contra Julian Assange", *Página12*, 19 de noviembre de 2019, disponible en https://www.pagina12.com.ar/231841-en-suecia-cierran-la-causa-contra-julian-assange.

Forrest, Adam, "Man who removed condom during intercourse with sex worker jailed for rape", *Independent*, 24 de abril de 2019, disponible en https://www.independent.co.uk/news/uk/crime/rape-condom-sex-worker-unprotected-lee-hogben-guilty-bournemouth-a8884726.html.

Leclerc, Vonny, "Vonny Moyes: Let's not kid ourselves that 'stealthing' is a trend. It is rape", *The National*, 30 de abril de 2017, disponible en https://www.

DR © 2020. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

thenational.scot/politics/15256580.vonny-moyes-lets-not-kid-ourselves-that-stealthing-is-a-trend-it-is-rape/.

Robinson, Matthew, "En un juicio histórico, un oficial de policía en Alemania es condenado por "stealthing", *CNN*, 21 de diciembre de 2018, disponible en https://cnnespanol.cnn.com/2018/12/21/en-un-juicio-historico-un-oficial-de-policia-en-alemania-es-condenado-por-stealthing/.

Winter, Alex, "Rapist Lee Hogben tells judge 'I'm coming for you' as he's given 12 years behind bars", *Daily Echo*, 25 de abril de 2019, disponible en https://www.bournemouthecho.co.uk/news/17593227.rapist-lee-hogben-tells-judge-im-coming-for-you-as-hes-given-12-years-behind-bars/.

3. Sentencias y resoluciones de tribunales locales y extranjeros

CNACC, "C., F.D.", resolución del 28/11/2018, Causa CCC 29727/2018/CA2, disponible en www.cij.gov.ar.

Corte EDH, "M. C. vs. Bulgaria", sentencia del 4 de diciembre de 2003, Judgment, Demanda N° 39272/98, disponible en https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/11/5212/15.pdf.

Corte IDH, "Fernándezkk Ortega vs. México", sentencia del 30 de agosto de 2010, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, N° 215.

Corte IDH. "González y otras vs. México", sentencia del 16 de noviembre de 2009, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, N° 205.

Juzgado de Instrucción N° 2 de Salamanca, "Caso N° 00155/2019", sentencia del 15/4/2019, disponible en http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/40ced326d80d9f7b.

Tribunal Supremo de Canadá. "R. vs. Hutchinson", sentencia del 7/3/2014, Caso N° 35176, disponible en https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/13511/index.do.

Tribunal Superior del Reino Unido, "Julian Assange vs. Swedish Prosecution Authority", sentencia del 2/11/2011, Caso N° CO/1925/2011, disponible en https://www.law.cornell.edu/women-and-justice/resource/assange_v_swedish_prosecution_authority_2011_ewhc_2849.

Revista Jurídica de la Universidad de Palermo | ISSN 0328-5642 | e-ISSN 2718-7063 | pp. 117-140 | Año 18, Nº 1 | Junio de 2020

DR © 2020. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

4. Documentos de organismos internacionales

Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 9 de diciembre de 2011, Doc. 63 OEA/Ser.L/V/II, disponible en https://www.cidh.oas.org/pdf%20files/MESOAMERICA%202011%20ESP%20FINAL.pdf.

Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, "K. T., V. vs. Filipinas", CEDAW/C/46/D/18/2008, 22 de septiembre de 2010, disponible en https://www.mpf.gob.ar/ebooks/genero/.

Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General N° 35, CEDAW/C/GC/35, 26 de julio de 2017, disponible en https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2017/11405.pdf.

Organización de Estados Americanos, Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Convención de Belem do Para, adoptada el 9 de junio de 1994, artículo 6, disponible en https://www.oas.org/es/mesecvi/docs/BelemDoPara-ESPANOL.pdf.

5. Normativa local y extranjera

Ley SB 967, Student safety: sexual assault, del 28/09/2014, disponible en https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billNavClient.xhtml?bill_id=201320140SB967.

Ministerio de Educación de la Nación, Programa Nacional de Educación Sexual Integral, 2012, disponible en https://www.argentina.gob.ar/educacion/esi.

DR © 2020. Universidad de Palermo | Facultad de Derecho
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/