

IUS CRIMINALE

BOLETÍN DE DERECHO PENAL



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO



ECUADOR

Boletín de Derecho Penal IUS CRIMINALE

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

COMITÉ EDITORIAL

Dr. Wilson Toainga Toainga
Fiscal General del Estado (S)

Mtr. Guido Quezada Minga
Coordinador General de Gestión del Conocimiento

Mtr. Eliana Alba Zurita
Directora de Estudios Penales

COMITÉ ACADÉMICO

Dirección de Estudios Penales

EQUIPO DE DISEÑO EDITORIAL ACADÉMICO

Dirección de Comunicación y Promoción Institucional
M.Sc. María Gabriela Moncayo del Pozo
Ing. Andrés Lasso Ruiz

Quito, julio de 2025

Contenido de acceso libre.

Los criterios vertidos por los autores no comprometen la opinión institucional.

Todos los derechos reservados. Prohibida la reproducción total o parcial, sin autorización de los autores.

ÍNDICE

Contenido

Nuevos retos para el sistema penal en la relación asintótica entre Derecho y justicia.....	1
Agresión sexual por engaño Hacia una teoría diferenciadora del engaño excluyente del consentimiento sexual.....	13
Las medidas de política criminal para combatir al crimen organizado. Prolegómenos de una destrucción anunciada.....	49

PRESENTACIÓN

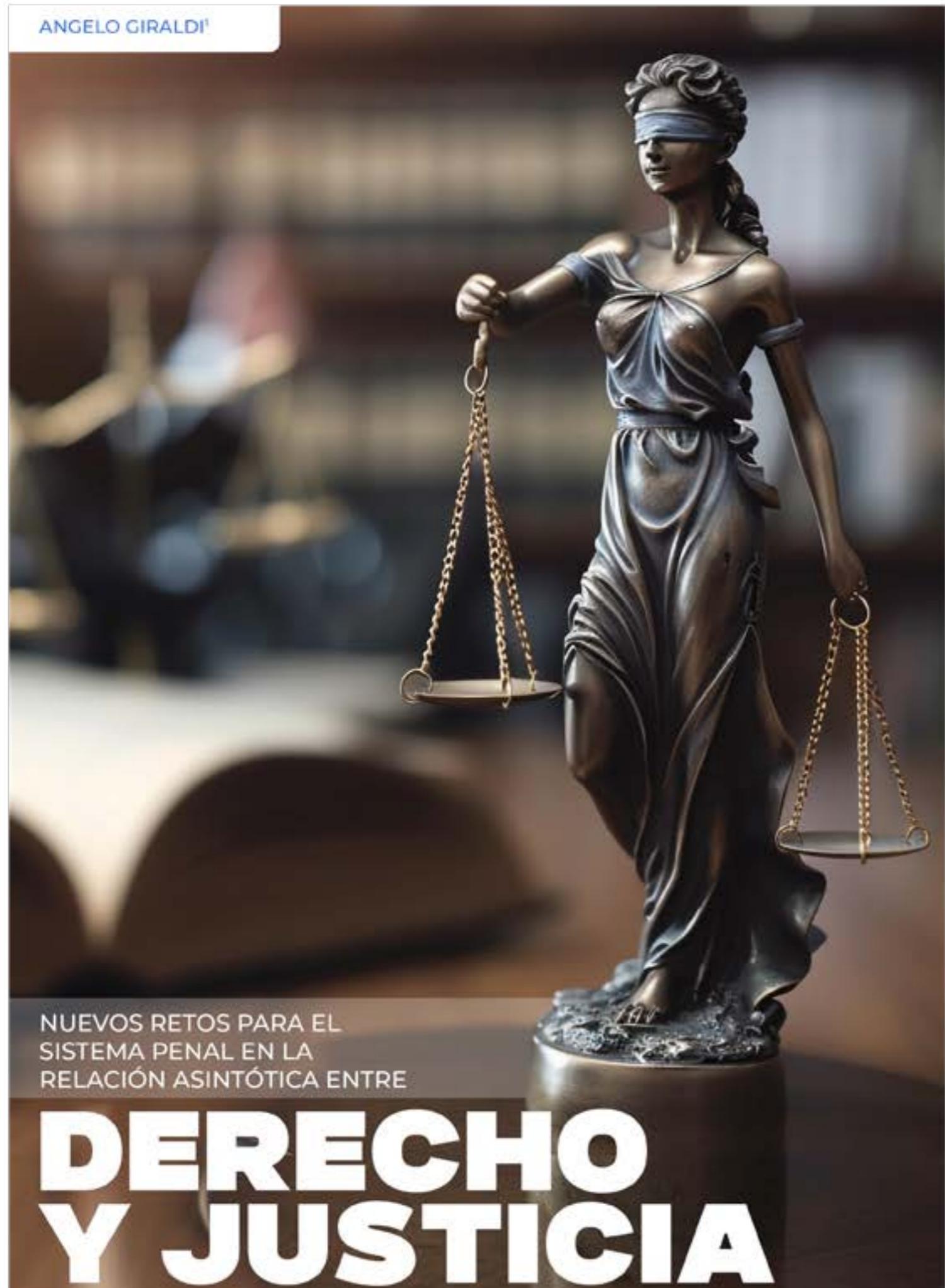
A lo largo de la historia, la evolución de los fenómenos criminales ha conllevado a que la dogmática jurídica se perfeccione a través de sus herramientas para darle un tratamiento sistemático, consolidado y ontológico a estas conductas. En este sentido, el análisis de los elementos frente a nuevos fenómenos sociales no corresponde únicamente a la adecuación de enunciados doctrinarios, sino que implica el desarrollo de verdaderos mecanismos prácticos para resolver esta problemática.

Los avances tecnológicos, los cambios sociales y la globalización redefinen la idea de justicia y seguridad que enfrenta nuestra sociedad, lo cual es ineludible y requiere que identifiquemos sus características, motivaciones, estructuras e implicaciones con el objetivo de comprender el alcance y complejidad de estas situaciones y proporcionar respuestas efectivas desde las ciencias jurídicas.

Bajo este paraguas de legalidad, el sistema de justicia penal mediante presupuestos político-criminales y teorías criminológicas genera necesidades tendientes a perfeccionar la forma en como entendemos el Derecho penal y sus novedosas formas de criminalidad, cuyo impacto en la teoría del delito, brinda nuevos conceptos teóricos basados en estudios técnico científicos que demuestran la necesidad de redefinir figuras e introducir nuevos elementos a la interpretación e investigación del delito.

Frente a estos nuevos retos, la Dirección de Estudios Penales de la Fiscalía General del Estado tiene el agrado de presentar la edición número 9 del boletín de Derecho Penal, *IUS Criminale, Un nuevo Derecho penal: Un impostergable análisis de los elementos de teoría del delito frente a los nuevos fenómenos sociales*, construido a partir de un enfoque holístico, pluralista y crítico.

Finalmente, esta publicación pretende fomentar una discusión académica y el análisis profundo de las implicaciones tecnológicas y científicas en la dogmática penal. Confiamos en que, mediante un diálogo amplio y riguroso, podremos edificar un Derecho penal más racional y sobre todo, más humano, precautelando los pilares fundamentales del Estado de Derecho.



SUMARIO: 1. Introducción – 2. Los retos contemporáneos para el Derecho penal entre los postulados de la culpabilidad – 3. La intromisión de la inteligencia artificial y sus avances en la teoría del delito – 4. El progreso neurocientífico en la ejecución de las consecuencias jurídicas de la peligrosidad criminal – 5. Consideraciones conclusivas – 6. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

Las últimas décadas han expuesto a la sociedad ante diferentes desafíos, orientados a la adaptación de los rasgos más tradicionales de aquella, hacia la incorporación de formas de meta-inteligencia y la utilización de sistemas tecnológicos novedosos y potencialmente peligrosos.

Me refiero, en particular, a la implementación de los sistemas de inteligencia artificial y, por consiguiente, al desarrollo de las ciencias neurocientíficas, que han favorecido el acceso a un número indeterminado y pormenorizado de datos e informaciones, tal vez pertinentes, cuya significación necesita ser interpretada. Así, gracias a los estudios neurológicos y psicológicos llevados a cabo en las últimas tres décadas, nos hemos acercado a la comprensión de los procesos biológicos que dirigen el comportamiento humano y, por ende, a la averiguación de cómo funciona el cerebro². Asimismo, los rápidos avances tecnológicos han contribuido al desarrollo de sistemas que, sin estar constantemente vinculados a la dirección humana, realizan actividades parecidas a las que llevaría a cabo una persona física y son capaces de modificar el mundo exterior, aprendiendo de sus propias acciones y de los estímulos externos.

Al igual que ocurre en otros casos de interés para el jurista, la política criminal ha ido reaccionando frente a estos fenómenos sociales, que por un lado pueden representar una herramienta de auxilio para el legislador y el intérprete y, por otro, entrañan un peligro para la colectividad. Es suficiente pensar, por ejemplo, en que los hallazgos de las neurociencias han insistido en los matices y fundamentos de la imputabilidad, contribuyendo a la construcción de una responsabilidad penal cada vez más "individualizada" y, por ello, conforme a los postulados del principio de culpabilidad. Sin embargo, al mismo tiempo, la utilización de los sistemas de inteligencia artificial en el día a día de la sociedad ha introducido riesgos nuevos y oscuros en los procesos causales que afectan al ser humano y, por ende, ha implicado la dificultad de

¹ Profesor Contratado Temporal (Ph.D.) de Derecho Penal en el Departamento de Historia Jurídica y de Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad de Murcia (España).

² José Manuel Palma Herrera, "Inteligencia artificial y neurociencia. Algunas reflexiones sobre las aportaciones que pueden hacer al Derecho Penal", en *Derecho Penal, inteligencia artificial y neurociencias* (Italia: RomaTrE-Press, 2023), 249.

tutelar algunos bienes jurídicos primarios³, así como de garantizar que la declaración de responsabilidad penal se ajuste a la "personalización" que demandan los principios rectores de nuestra materia⁴.

2. LOS RETOS CONTEMPORÁNEOS PARA EL DERECHO PENAL ENTRE LOS POSTULADOS DE LA CULPABILIDAD

La invitación que se me ha cursado para participar en el presente número es una oportunidad de indudable prestigio y, al mismo tiempo, representa un desafío lógico-sistemático muy ambicioso. El propio título del presente número menciona la perentoriedad del análisis de los elementos de la teoría del delito frente a los nuevos fenómenos sociales, en aras de un "nuevo Derecho Penal". Es evidente que, en el marco de estas páginas que generosamente se me han concedido, no sería oportuno –ni quizás viable– proporcionar una respuesta al interrogante que plantea este volumen, pues ello requeriría la realización de un estudio pormenorizado al que, en esta etapa de mis investigaciones, no puedo acercarme. Esto se debe, ante todo, a que el planteamiento acerca de una "nueva" responsabilidad penal, a mi juicio, tiene que pasar por los límites y los caracteres básicos que cada *ius puniendi* nacional ostenta, con las peculiaridades y las necesidades singulares de cada sociedad y ordenamiento⁵.

Por estas razones, aprovechando la exhortación recibida, me parece mucho más oportuno y –espero– interesante proponer, en estas breves líneas, unas reflexiones transversales, que representan el fruto de mis últimos trabajos de investigación. A través de estas consideraciones, intentaré demostrar que, mientras los cambios sociales se suceden con notable frecuencia, el Derecho penal debería guardar un punto (lo más posible) estable⁶.

Sin pretensión alguna de exhaustividad, dos son los fenómenos socio-culturales de mayor impacto en la actualidad, los que he ido analizando durante los últimos años. Como ha sido señalado al principio, se trata, por un lado, del desarrollo de la inteligencia artificial y, por otro, de los hallazgos de las neurociencias. En ambos bloques temáticos, la investigación que he llevado a cabo se halla íntimamente vinculada a los elementos de la teoría del delito. Dentro de estos últimos, el estudio ha sido abordado esencialmente desde la perspectiva peculiar de la culpabilidad, tanto en su dimensión dinámica y valorativa –principio general del Derecho penal–, como en su dimensión sistemática y constructiva –conjunto de elementos que conforman el delito, es decir, presupuesto de la punibilidad–.

La elección del peculiar enfoque dedicado a la culpabilidad no se debe al rechazo o a la infravaloración de los problemas y las cuestiones que giran en torno a los demás principios rectores, por un lado, y a los demás presupuestos de la punibilidad, por otro. Es más, al igual que en todos los análisis que se dirigen al sistema penal, la elección de un tema o una perspectiva concreta siempre ha de estar encaminada a confluir en la visión general y omnicomprensiva del *delictum*. Dicho de otro modo, aunque vayamos investigando sobre temas específicos o desde un ángulo singular (metodología), el beneficio del estudio le corresponde a esa visión global y "real"⁷ del delito (resultados).

La opción de profundizar en el examen de la culpabilidad en el estudio de la inteligencia artificial y de la neurociencia responde más bien a una exigencia diferente. La teoría de la culpabilidad (su contenido, sus postulados, su estructura y su propio fundamento) es quizás el "lugar sistemático" más cercano a las características iridiscentes de la realidad social. Desde su origen hasta las concepciones normativas más modernas, ha sido construida sobre pilares aparentemente muy sólidos, pero realmente bastante débiles, no solo de cara a su comprensión (y cognoscibilidad por parte de los destinatarios de la norma penal⁸), sino también en términos de su aplicación práctica (y garantías para el reo)⁹.

Es suficiente pensar en las denominadas formas de culpabilidad. Aparentemente, no cabe duda sobre el elemento volitivo que caracteriza el dolo y la falta de voluntad, con infracción de una regla de cuidado, que fundamenta la culpa. Sin embargo, cada una de estas categorías, en principio marcadamente psicológico-éticas, esconde aspectos controvertidos que permiten hasta resucitar fórmulas de incriminación anacrónicas. No me refiero únicamente a las complejas (y tornasoladas) facetas que intervienen en la distinción entre el dolo eventual y la culpa consciente¹⁰. Piénsese también, en el ámbito "tradicional" de la imprudencia, en el arduo desarraigo de la *culpa in re ipsa* o, desde una perspectiva más amplia, en las formas de responsabilidad *lato sensu* objetiva¹¹, que todavía persisten en las resoluciones judiciales (y a menudo en las normas penales presuntivas)¹².

3. LA INTROMISIÓN DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y SUS AVANCES EN LA TEORÍA DEL DELITO

El fenómeno de la inteligencia artificial ha sido tratado, con diferentes matices, desde una pluralidad de ámbitos del conocimiento. Sin aceptar incondicionalmente los postulados de las demás ciencias, pero sí basándonos en sus hallazgos más recientes, se hace necesario proporcionar una breve introducción al concepto y alcance de los sistemas inanimados que, desde hace bastantes años, forman parte de nuestro día a día.

³ Piénsese, por ejemplo, en el fenómeno de la denominada "violación robótica". Al respecto, vid. Carme Torras Genís y Lydia Delicado Moratalla, "Blanco y Frio como El Polo Norte y El Polo Sur: Seres humanos y robots", *Sociología y tecnociencia: Revista digital de sociología del sistema tecnocientífico*, n.º 1 (2022): 263 y ss.; John Danaher, "Robotic Rape and Robotic Child Sexual Abuse: Should They be Criminalised?", *Criminal Law and Philosophy*, n.º 1 (2017): 71 y ss.; Marie-Helen Maras y Lauren R. Shapiro, "Child Sex Dolls and Robots: More Than Just an Uncanny Valley", *Journal of Internet Law*, (2017): 3 y ss.

⁴ Es difícil hasta pensar en la significación y el alcance de un sistema de inteligencia artificial como factor causal válido para la comisión de un hecho delictivo.

⁵ Piénsese, al respecto, en la necesidad de re-codificación integral que algunos propugnamos en relación al ordenamiento italiano, repleto de normas especiales *extra codicem*, que en cambio no sería conveniente en España, donde el Código Penal es mucho más reciente y el *iter* de aprobación de una Ley Orgánica (de reforma) todavía permite que se mantenga cierto orden sistemático, apto para garantizar la ineludible cognoscibilidad de las normas.

⁶ Jaime Miguel Peris Riera, *¿Qué se espera hoy del Derecho Penal?* (España: Universidad de Murcia, 2024), <https://tum.es/3hMfdc>.

⁷ Ignazio Marcello Gallo, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, vol. I (Italia: Giappichelli, 2020), 15.

⁸ Antonella Massaro, *Determinatezza della norma penale e calcolabilità giuridica* (Napoli: Editoriale Scientifica, 2020), 130 y ss.

⁹ Jacinto Pérez Arias, "Libre albedrío versus determinismo: ¿nuevos planteamientos sobre la culpabilidad o revisión de viejos postulados?", *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, n.º 31 (2024): 71 y ss.

¹⁰ Lorenzo Morillas Cuevas, *Sistema de Derecho Penal. Parte general* (Madrid: Dykinson, 2021), 827 y ss.

¹¹ Ferrando Mantovani, "Il principio di soggettività ed il suo integrale recupero nei residui di responsabilità oggettiva, espressa ed occulta", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n.º 2 (2014): 767 y ss.

¹² Consiéntase, al respecto, reenviar a Angelo Giraldi, *Profilo penale della sicurezza sui luoghi di lavoro. "Rischi" di responsabilità oggettiva e rimprovero personale* (Murcia: Aracne, 2024), 89 y ss.

Para nuestros fines, en el entorno jurídico de estas consideraciones, pese a que la expresión se halle incorporada en el lenguaje común, es oportuno aclarar su significado. El concepto de inteligencia artificial ha sido definido como el potencial biopsicológico de procesar informaciones para solventar problemas o crear productos que tienen valor en una determinada cultura social¹³. Es más, también ha sido definido como el proceso de llevar a una máquina a comportarse de una manera que se consideraría inteligente si fuese un humano el que actuara del mismo modo¹⁴.

La amplitud de dichas definiciones implica el desarrollo –y la continua evolución– de dichos sistemas de inteligencia artificial¹⁵. La primera generación de estas máquinas se ha denominado “estrecha” (*artificial narrow intelligence*), y ha permitido la creación de los asistentes de voz hasta el diseño de los primeros coches autónomos. La segunda generación, “general” y más avanzada (*artificial general intelligence*), ya es capaz de “razonar”, plantear y solventar problemas de forma independiente e incluso inesperada, a través de los procesos de autoaprendizaje o *machine learning*. Ambas generaciones descritas están ya siendo utilizadas en las diferentes actividades que identifican la sociedad actual. La tercera generación, o *artificial super intelligence*, que está teniendo mucho éxito en esta época histórica¹⁶, está formada por sistemas aparentemente conscientes y capacitados para llegar al aislamiento (al menos parcial) de la inteligencia humana¹⁷.

De todos modos, en el marco de estas consideraciones, el concepto de inteligencia artificial que más preocupa y que se utilizará incluye todo sistema inanimado, creado por el ser humano y capaz de alimentarse por sí solo, susceptible de causar autónomamente modificaciones del mundo exterior, relevantes para la sociedad y, por consiguiente, para el Derecho¹⁸. No se trata solo de robots, sino también de fórmulas, algoritmos y demás construcciones intangibles capaces de realizar tareas que interfieren con la actividad humana (positiva o negativamente).

Al tratarse de sistemas inanimados que interfieren con la actividad humana, adquieren relevancia en el ordenamiento penal, pues son capaces de desempeñar un papel en las conductas delictivas, no solo como objetos materiales, sino también como sujetos pasivos o activos de delitos.

Desde la perspectiva de la subjetividad activa, no me consta que de *lege lata* existan ordenamientos que permitan castigar a la inteligencia artificial por haber llevado a cabo un comportamiento antisocial, típicamente antijurídico y, en cierta medida, “culpable”. Sin embargo, precisamente por los cambios sociales que supone la implementación de estos sistemas de IA, es oportuno plantear la posibilidad (o no) de “reprochar” una entidad inanimada. Al respecto, la doctrina se ha ido interrogando sobre la duda de

si *machina delinquere potest*¹⁹ y, de momento, la mayoría de los autores se decantan claramente por la posición negativa²⁰.

Aun así, y esto es lo que planteaba en un estudio anterior, hay que tener en cuenta dos premisas esenciales. Por un lado, la falta de una regulación *ad hoc* del comportamiento de la inteligencia artificial como sujeto activo de delitos puede llevar a desatender las exigencias de política criminal que hoy en día están reclamando paulatinamente atención. Por otro lado, conviene recordar que la mayoría de los ordenamientos jurídicos occidentales ha introducido una ficción jurídico-penal en relación con las personas jurídicas, que “pueden” (a través de la *fictio iuris*) cometer hechos delictivos y ser condenadas con independencia de la responsabilidad de la “persona (física) de atrás”, siguiendo las reglas del proceso penal ordinario.

Parece incontrovertido que estamos ya en una época donde el autoaprendizaje de las máquinas ha salido –o está saliendo– del control de los diseñadores de los sistemas de inteligencia artificial. La evolución de la tecnología está llevando a la peligrosa aparición de entidades que, aun creadas para alcanzar determinados fines, persiguen sus objetivos de forma maquiavélica, de modo que cualquier medio –legal o ilegal– se hace adecuado mientras se llegue al fin, desconocido hasta para los diseñadores. Pongamos el caso de los denominados “robots violadores” o de los coches automatizados que, sin ningún tipo de “dominio humano del hecho” y en contra de las instrucciones de su diseñador, lleguen respectivamente a violar a una persona física o a menoscabar la integridad de unos peatones. *Rebus sic stantibus*, está claro que el Derecho debe prestar atención a estos cambios repentinos y a las consecuencias que podría sufrir la sociedad. Lo que está menos claro es si, dentro de las diferentes ramas del ordenamiento, tiene que actuar necesariamente el Derecho penal. Y la respuesta no puede ser tan maniquea, pues prescindir de la búsqueda de un prudente equilibrio podría suponer la deresponsabilización moral de los individuos, hasta llegar a debilitar sensiblemente la tutela de los bienes jurídicos primarios²¹.

Desde nuestro punto de vista, hay muchos aspectos y obstáculos que merecen ser analizados. En primer lugar, destaca la incapacidad de la actual teoría del delito, centrada en el ser humano, para asumir la estructura de una responsabilidad “deshumana”. En efecto, para que se pueda apreciar la existencia de un delito, la adaptación del Derecho penal conllevaría la incorporación de conceptos todavía ambiguos, elaborados por las distintas ciencias que operan en el sector de la inteligencia artificial. En otras palabras, el Derecho penal debería aceptar incondicionalmente los postulados científicos del *machine learning*, según los cuales las propias máquinas dispondrían de capacidad natural, o bien de capacidad de entender y querer, serían capaces de comprender el alcance de la antijuridicidad de una conducta y, más aún, podrían realizar comportamientos que se encajan en el complejo marco del dolo y de la imprudencia. Piénsese, a modo de ejemplo y sin entrar en casos más complejos, en el estado de necesidad alegado por (¿quién

13 Howard Gardner, *Intelligence Reframed. Multiple Intelligences for the 21st Century* (Nueva York: Basic Books, 2000), 33: “biopsychological potential to process information [...] to solve problems or create products that are of value in a culture”.

14 La definición “making a machine behave in ways that would be called intelligent if a human were so behaving” se remonta a la Conferencia de Dartmouth de 1955, en la que probablemente tuvo lugar la primera aparición de la locución “inteligencia artificial”. Cfr. John McCarthy, Marvin L. Minsky, Nathaniel Rochester y Claude E. Shannon, “A proposal for the Dartmouth summer research project on artificial intelligence” (Conferencia de Dartmouth de 1955, 31 de agosto de 1955).

15 Las etapas que se relatan a continuación han sido sistematizadas por Andreas Kaplan y Michael Haenlein, “Siri, Siri, in my hand: Who's the fairest in the land? On the interpretations, illustrations, and implications of artificial intelligence”, *Business Horizons*, n.º 1 (2019): 16.

16 Nicolas de Bellefonds et al., *Where's the Value in AI?* (Boston: Boston Consulting Group, 2024).

17 Maria Gini et al., “Artificial Intelligence in 2027”, *AI Matters*, n.º 1 (2018): 10 y ss.

18 Angelo Giraldi, “Deshumanizando la culpabilidad: los sistemas inanimados en la teoría del delito”, *Derecho Penal, inteligencia artificial y neurociencias* (Italia: RomaTrE-Press, 2023), 126.

19 José Manuel Muñoz Vela, “Inteligencia Artificial y responsabilidad penal”, *Derecho Digital e Innovación. Digital Law and Innovation Review*, n.º 11 (2022): 1 y ss.; Javier Valls Prieto, *Inteligencia artificial. Derechos humanos y bienes jurídicos* (España: Thomson Reuters Aranzadi, 2021), *passim*; Paz M. de la Cuesta Aguado, “Inteligencia artificial y responsabilidad penal”, *Revista penal México*, n.º 16-17 (2020): 51 y ss.; Ignacio Lledó Benito, “El impacto de la robótica. La inteligencia artificial y la responsabilidad penal en los robots inteligentes”, *Foro gallego. Revista xurídica*, n.º 208 (2020): 173 y ss.; Dafni Lina, “Could AI Agents Be Held Criminally Liable? Artificial Intelligence and the Challenges for Criminal Law”, *South Carolina Law Review*, n.º 3 (2018): 677 y ss.

20 Jaime Miguel Peris Riera, “Inteligencia artificial y neurociencias: avances del Derecho penal contemporáneo”, *Derecho Penal, inteligencia artificial y neurociencias* (Italia: RomaTrE-Press, 2023), 23 y ss.

21 Angelo Giraldi, “Deshumanizando la culpabilidad: los sistemas inanimados en la teoría del delito”, 142.

representa?) el sistema de inteligencia artificial que, para evitar un mal propio (en el que cabría simplemente su alteración o descomposición mecánica), lesione un bien jurídico de un ser humano; o incluso en el sistema inanimado que, diseñado por o al servicio de la autoridad, intente cumplir el deber (legítimo) de realizar la tarea encomendada y para eso se vea obligado a realizar una conducta delictiva. Todo ello sin perjuicio de los problemas de carácter procesal²², empezando por la dificultad de encontrar un procurador dispuesto a representar la máquina en el juicio sin poder siquiera comunicar con ella.

En segundo lugar, el Derecho penal liberal y democrático solo tiene sentido si, a la vez, tienen sentido sus sanciones²³. Dicho de otro modo, prescindiendo del papel (a veces) secundario que desempeña la teoría de la pena en la literatura científica, está claro que podemos construir la mejor teoría del delito, pero si no le aparejamos una sanción dotada de fundamento y finalidad (constitucionalmente orientados), carecerá de sentido la entera estructura del derecho punitivo (constitucionalmente vinculado). En un Estado de Derecho, castigar *sic et simpliciter* no es una facultad de libre disposición para el legislador, y tampoco para la ciudadanía que a menudo avala (o parece avalar) la introducción de normas de incriminación marcadamente populistas²⁴.

Cabe preguntarse, pues, cuáles son las sanciones que se le podrían imponer a los sistemas de inteligencia artificial, en el caso de tener concedida la subjetividad activa. A nivel práctico, las sanciones que pueden conminarse a las máquinas no se enmarcan en el catálogo tradicional de las penas. En este sentido, es hasta absurdo y antieconómico aplicar a un robot la pena de prisión, así como imposible atacar un patrimonio que no posee. Con las dificultades que conllevan las hipótesis más complejas –e.g., ¿cómo se plantea la destrucción o inutilización de un algoritmo?– se trataría de estudiar un nuevo sistema penológico que esté de acuerdo con las finalidades que merecen ser perseguidas. Las dos sanciones quizás más fáciles de imaginar son el apagado definitivo o temporal de la máquina. Mientras el apagado temporal del sistema inanimado no logaría prevenir la reiteración delictiva por el mismo, su destrucción (o inutilización, o apagado definitivo) obstaculizaría la posibilidad de mejorar el diseño de las demás máquinas. Es evidente que, desde el punto de vista de las teorías "humanas" tradicionales de la pena, de no aplicar torsiones, los apagados carecerían de todo fundamento de retribución–prevención y, sobre todo, de la necesaria finalidad resocializadora. A no ser que –y por ello mencionaba las personas jurídicas– se acepte un modelo ficticio parecido al de la responsabilidad corporativa, donde las penas se convierten más bien en "sanciones mediáticas", es decir, inciden en la máquina para agredir, finalmente, los seres humanos "de atrás".

En principio, por todas las razones expuestas, parecería más oportuno dejar el tema de la inteligencia artificial al margen del alcance del Derecho penal. Sin embargo, por coherencia y lógica sistemática, tal vez sea oportuno mantener esa "visión global" de nuestra materia y aceptar (o no) sus postulados de forma unívoca. Al igual que las máquinas, tampoco las personas jurídicas pueden ser "reprochadas", es decir, retribuidas y resocializadas. Entonces, una de dos: o aceptamos que el Derecho penal tiene que

mantener constantemente sus reglas, principios y límites como *extrema ratio* del ordenamiento (y dejamos a otros sectores del ordenamiento el castigo de las personas jurídicas y de la IA); o, al revés, admitimos todas las excepciones que sean precisas, hasta las más sinuosas y peligrosas.

Aceptar la primera opción quizás sea más conveniente y nos ayude también a solucionar la eterna duda de si es necesario un "nuevo" Derecho penal. Una duda que, en cierta medida, también se debe al maniqueísmo con el que afrontamos, a veces, las novedades representadas por los inéditos fenómenos sociales. En esta época, aún más que en otras, parece oportuno "retornar" a un Derecho penal efectivo, claro, sencillo y humano, o dicho de otro modo, a una subsidiariedad y fragmentariedad reales. Todo tipo de reflexión sobre los escenarios futuros está bienvenido y se hace necesario para cuando, en su caso, tengamos que reaccionar y adaptar nuestros sistemas a las eventuales revoluciones que, como enseña la historia, ocurrirán. En cualquier caso, sin afán expansionista, populista o simbolista.

Como bien se ha dicho, podríamos suponer que la obsolescencia de las máquinas pronto dará paso a la de los seres humanos, y que las transformaciones radicales ya en marcha en el mundo del trabajo desembocarán en el aterrizaje definitivo según el cual las personas no son necesarias. Dado que, sin embargo, de momento las personas siguen siendo necesarias, sería precipitado modelar los hombres sobre las máquinas (tras la aparente pretensión de modelar las máquinas sobre los hombres), alimentando una espiral que haría al hombre cada vez más fungible. El jurista, en cambio, debería ser formado primero y seleccionado después, precisamente potenciando aquellas capacidades y aptitudes que le permitan utilizar la máquina como herramienta y diferenciarse de un algoritmo, por evolucionado que esté²⁵.

4. EL PROGRESO NEUROCENTÍFICO EN LA EJECUCIÓN DE LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA PELIGROSIDAD CRIMINAL

Desde el punto de vista de la neurociencia, sus avances y hallazgos son tan numerosos y heterogéneos que sería imposible resumirlos aquí. Baste con consultar, al respecto, los últimos estudios que, desde la perspectiva penal, han revitalizado incluso las concepciones psicológicas de la culpabilidad²⁶.

Entre mis estudios, un enfoque muy interesante en este ámbito se refiere a la peligrosidad y sus consecuencias, que aquí puedo simplemente mencionar. Se trata, quizás, de la *nuance* de la culpabilidad que convierte el "reprochable" en "peligroso" y, por tanto, merecedor de consecuencias jurídicas que vayan más allá de la mera sanción o, mejor dicho, que sean más eficaces –en términos preventivos– que la pena en sí.

Teniendo en cuenta el papel que puede desempeñar la neurociencia en las investigaciones "personales" sobre la actitud del reo y su recuperación²⁷, he realizado un

22 Rafael Castillo Felipe y Salvador Tomás Tomás, "Proceso penal e inteligencia artificial: prevenciones en torno a su futura aplicación en la fase de juicio oral", *Derecho Penal, inteligencia artificial y neurociencias* (Italia: RomaTrE-Press, 2023), 215 y ss.

23 Lorenzo Morillas Cueva, *Sistema de Derecho Penal. Parte general*, 107-108.

24 *Ex multis*, vid. Gonzalo Quintero Olivares, "Populismo punitivo y ciencia penal", *Estudios en homenaje a la profesora Susana Huerta Tocido* (Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2020), 305 y ss.; Javier Cigüela Sola, "Populismo penal y justicia paralela: un análisis político-cultural", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 22 (2020): 24 y ss.

25 Con estas palabras, traducidas al español, se expresa claramente Antonella Massaro, "Intelligenza artificiale e neuroscienze: l'eterno ritorno del diritto penale?", *Derecho Penal, inteligencia artificial y neurociencias* (Italia: RomaTrE-Press, 2023), 51.

26 María Isabel González Tapia, "Neurociencias y culpabilidad: recapitulando", *Derecho Penal, inteligencia artificial y neurociencias* (Italia: RomaTrE-Press, 2023), 285 y ss.

27 Vid., por ejemplo, Samuel Rodríguez Ferrández, "Integración de la *imputabilidad* y de la *neuroimputabilidad*: propuesta de un enfoque analítico

estudio comparativo entre el sistema español y el italiano en materia de internamiento psiquiátrico penal²⁸. Los resultados alcanzados fueron muy interesantes, pues las analogías y diferencias entre los dos sistemas han puesto de manifiesto la ineludible necesidad de tratamiento en los centros de internamiento. En España, el régimen de los internamientos "de seguridad" está previsto para quienes sean declarados criminalmente peligrosos y todavía se articula –con algunas contradicciones– dentro de la legislación penitenciaria. El papel de las autoridades sanitarias dentro de dichos centros se encuentra bastante limitado y, al mismo tiempo, la falta de descentralización de las estructuras impide la efectiva reinserción social de los internados²⁹.

5. CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS

Las cuestiones afrontadas, aun brevemente, en este trabajo permiten alcanzar las siguientes consideraciones conclusivas:

1. Existen fenómenos sociales que suponen cambios y retos ineludibles para la sociedad y –no podría ser de otro modo– para el Derecho, que regula sus actividades. En la medida de lo posible, el Derecho no debe cometer el error en el que a menudo caen las ciencias jurídicas, es decir, ignorar la trascendencia de dichos fenómenos y atrincherarse en la rigidez de sus construcciones dogmáticas. Más bien, tiene que ser capaz de aprender de los demás ámbitos del conocimiento, aceptando sus postulados –no de manera incondicional– y, en su caso, incorporándolos a su sustrato material y a sus fundamentos.
2. Una ciencia jurídica anacrónica no permite desarrollar un Derecho capaz de regular el libre desarrollo de la vida social y comunitaria, sobre todo desde la perspectiva de la rama apical, representada por el sistema penal. En Derecho penal, al igual que en los demás ámbitos, han de ser bienvenidos los cambios y las evoluciones (en efecto, la misma teoría del delito es el fruto de una pluralidad de evoluciones estrechamente vinculadas a la realidad social). No obstante, la acogida y/o el afrontamiento de toda "novedad" requiere una reflexión mucho más profunda y reposada. A diferencia de lo que sucede en la época contemporánea, tener que afrontar los (eventuales) cambios no implica, bajo ningún concepto, que se avale cualquier forma de afán intelectual o científico distorsionador.
3. Los principios rectores y los fundamentos básicos de las instituciones del Derecho penal tienen como objetivo precisamente la evitación del "evolucionar a toda costa" o, dicho de otro modo, el "cambiar por cambiar". En efecto, el vocablo "evolución" y la locución "a toda costa" son perfectos antónimos. Evolucionar significa –e implica– estudiar, analizar, pensar. Asimismo, entraña un constante ejercicio de espera, reflexión y ponderación, con el objetivo de mantener y seguir alimentando los "derechos" y las "garantías" adquiridos durante los siglos.
4. Desde la perspectiva de una reflexión prudente, quizás no es necesaria una renovación de la teoría del delito. Las construcciones dogmáticas que fundamentan el Derecho penal representan el fruto de un largo camino de edificación, lento y constante. Está claro que la teoría del delito tiene que adaptarse a las renovadas exigencias sociales, pero "adaptarse" no se corresponde con "conformarse ciegamente", ni mucho menos. Significa, más bien, que la teoría del delito tiene que permanecer –y en cierta medida ya lo es– abierta y flexible, capaz de captar los estímulos (a veces muy desafiantes) que cada época le reserva y, al mismo tiempo, de mantener erguidos sus pilares, es decir, de no debilitar las tutelas y las garantías logradas.
5. Las anteriores consideraciones no implican necesariamente que el desarrollo de la inteligencia artificial y de las neurociencias no cambiarán el Derecho penal. Entraña, más bien, que el *ius puniendi* del Estado (el Derecho más humano, según la mejor doctrina³⁰) tiene que ser particularmente sensible a lo que sucede en nuestra sociedad. Sin embargo, al mismo tiempo, debe –esto sí, como norma imperativa– mantener su carácter de *extrema ratio* y, entonces, ser utilizado de forma subsidiaria, cuando no existe (de verdad) ningún instrumento jurídico alternativo apto para conseguir la finalidad de protección pretendida.
6. En el caso de la inteligencia artificial en relación con el ser humano, por ejemplo, parece que hay remedios mucho más efectivos y adecuados que el Derecho penal. Para proteger a la colectividad, quizás no sea necesario (todavía) torcer la fragmentariedad que informa el Derecho penal, siempre que las demás ramas del ordenamiento se demuestren capaces de proporcionar soluciones aceptables. En cambio, ya hace décadas empezó la transformación de los comportamientos humanos en el conjunto de actividades que modela la "sociedad del riesgo". También por ello, se han multiplicado los estudios sobre la culpabilidad, mientras, en realidad, no nos enteramos de que *responsibility* y *accountability* no van de la mano, y así seguimos fundamentando los juicios de responsabilidad penal sobre determinados presupuestos que ni siquiera podemos garantizar³¹.
7. El afán de nuestra sociedad da la idea de un sobre-desarrollo desmesurado, es decir, una evolución que no va unida con las posibilidades de control que existen en la actualidad. Dicho de otro modo, estamos tan preocupados de "lanzar algo nuevo" que introducimos en el mercado, entre otros, los sistemas de inteligencia artificial y todavía no sabemos qué son, cómo se usan y qué riesgos generan. No obstante, pedimos al Derecho penal que, en vez de dedicarse a lo estrictamente necesario, se convierta en un "gestor ubicuo del riesgo" o, peor aún, en un "aniquilador de riesgos" todopoderoso. La realidad es otra. Derecho y justicia solo pueden coexistir en una relación asintótica: a medida que pasa el tiempo, los dos se acercan, pero nunca llegarán a conocerse del todo.

conjunto", *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 143 (2024): 5 y ss.

28 Angelo Giraldi, "La necesidad de tratamiento en el internamiento psiquiátrico penal: hacia la superación de los modelos penitenciarios", *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 144 (2024): 83 y ss.

29 Xabier Etxebarria Zarrabeitia, "Internamiento psiquiátrico penal en centros sociosanitarios", *Norte de salud mental*, n.º 69 (2023): 91 y ss.; Luis Fernando Barrios Flores, "El internamiento psiquiátrico penal en España: situación actual y propuestas de futuro", *Norte de salud mental*, n.º 64 (2021): 30 y ss.

30 "Enseño derecho penal porque, dentro del derecho, es el más humano, aunque también sea el más inquietante": Ferrando Mantovani, "Conversaciones. Por Jesús Barquín Sanz y Miguel Olmedo Cardenete", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 5 (2003): 2.

31 Massimo Donini, "Responsabilità e pena da Kant a Nietzsche. La decostruzione del rimprovero", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n.º 4 (2020): 1742.

6. BIBLIOGRAFÍA

Barrios Flores, Luis Fernando. "El internamiento psiquiátrico penal en España: situación actual y propuestas de futuro". *Norte de salud mental*, n.º 64 (2021): 30 y ss.

Castillo Felipe, Rafael y Salvador Tomás Tomás. "Proceso penal e inteligencia artificial: prevenciones en torno a su futura aplicación en la fase de juicio oral". *Derecho Penal, inteligencia artificial y neurociencias*. Italia: RomaTrE-Press, 2023.

Cigüela Sola, Javier. "Populismo penal y justicia paralela: un análisis político-cultural". *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 22 (2020): 24 y ss.

Danaher, John. "Robotic Rape and Robotic Child Sexual Abuse: Should They be Criminalised?". *Criminal Law and Philosophy*, n.º 1 (2017): 71 y ss.

De Bellefonds, Nicolas, Tauseef Charanya, Marc Roman Franke, Jessica Apotheker, Patrick Forth, Michael Grebe, Amanda Luther, Romain de Laubier, Vladimir Lukic, Mary Martin, Clemens Nopp y Joe Sassine. *Where's the Value in AI?*. Boston: Boston Consulting Group, 2024.

De la Cuesta Aguado, Paz M. "Inteligencia artificial y responsabilidad penal". *Revista penal México*, n.º 16-17 (2020): 51 y ss.

Donini, Massimo. "Responsabilità e pena da Kant a Nietzsche. La decostruzione del rimprovero". *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n.º 4 (2020): 1742.

Etxebarria Zarzabeitia, Xabier. "Internamiento psiquiátrico penal en centros sociosanitarios". *Norte de salud mental*, n.º 69 (2023): 91 y ss.

Gallo, Ignazio Marcello. *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, vol. I. Italia: Giappichelli, 2020.

Gardner, Howard. *Intelligence Reframed. Multiple Intelligences for the 21st Century*. Nueva York: Basic Books, 2000.

Gini, Maria, Noa Agmon, Fausto Giunchiglia y Sven Koenig. "Artificial Intelligence in 2027". *AI Matters*, n.º 1 (2018): 10 y ss.

Giraldi, Angelo. "Deshumanizando la culpabilidad: los sistemas inanimados en la teoría del delito". *Derecho Penal, inteligencia artificial y neurociencias*. Italia: RomaTrE-Press, 2023.

—. "La necesidad de tratamiento en el internamiento psiquiátrico penal: hacia la superación de los modelos penitenciarios". *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 144 (2024): 83 y ss.

—. *Profili penali della sicurezza sui luoghi di lavoro. "Rischi" di responsabilità oggettiva e rimprovero personale*. Murcia: Aracne, 2024.

González Tapia, María Isabel. "Neurociencias y culpabilidad: recapitulando". *Derecho Penal, inteligencia artificial y neurociencias*. Italia: RomaTrE-Press, 2023.

Kaplan, Andreas y Michael Haenlein. "Siri, Siri, in my hand: Who's the fairest in the land? On the interpretations, illustrations, and implications of artificial intelligence". *Business Horizons*, n.º 1 (2019): 16.

Lina, Dafni. "Could AI Agents Be Held Criminally Liable? Artificial Intelligence and the Challenges for Criminal Law". *South Carolina Law Review*, n.º 3 (2018): 677 y ss.

Lledó Benito, Ignacio. "El impacto de la robótica. La inteligencia artificial y la responsabilidad penal en los robots inteligentes". *Foro galego. Revista xurídica*, n.º 208 (2020): 173 y ss.

Mantovani, Ferrando. "Conversaciones. Por Jesús Barquín Sanz y Miguel Olmedo Cardenete". *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 5 (2003): 2.

—. "Il principio di soggettività ed il suo integrale recupero nei residui di responsabilità oggettiva, espressa ed occulta". *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n.º 2 (2014): 767 y ss.

Maras, Marie-Helen y Lauren R. Shapiro. "Child Sex Dolls and Robots: More Than Just an Uncanny Valley". *Journal of Internet Law*, (2017): 3 y ss.

Massaro, Antonella. *Determinatezza della norma penale e calcolabilità giurídica*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2020.

—. "Intelligenza artificiale e neuroscienze: l'eterno ritorno del diritto penale?". *Derecho Penal, inteligencia artificial y neurociencias*. Italia: RomaTrE-Press, 2023.

McCarthy, John, Marvin L. Minsky, Nathaniel Rochester y Claude E. Shannon. "A proposal for the Dartmouth summer research project on artificial intelligence". Conferencia de Dartmouth de 1955, 31 de agosto de 1955.

Morillas Cueva, Lorenzo. *Sistema de Derecho Penal. Parte general*. Madrid: Dykinson, 2021.

Muñoz Vela, José Manuel. "Inteligencia Artificial y responsabilidad penal". *Derecho Digital e Innovación. Digital Law and Innovation Review*, n.º 11 (2022): 1 y ss.

Palma Herrera, José Manuel. "Inteligencia artificial y neurociencia. Algunas reflexiones sobre las aportaciones que pueden hacer al Derecho Penal". En *Derecho Penal, inteligencia artificial y neurociencias*. Italia: RomaTrE-Press, 2023.

Pérez Arias, Jacinto. "Libre albedrio versus determinismo: ¿nuevos planteamientos sobre la culpabilidad o revisión de viejos postulados?". *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, n.º 31 (2024): 71 y ss.

Peris Riera, Jaime Miguel. "Inteligencia artificial y neurociencias: avances del Derecho penal contemporáneo". *Derecho Penal, inteligencia artificial y neurociencias*. Italia: RomaTrE-Press, 2023.

—. "¿Qué se espera hoy del Derecho Penal?". España: Universidad de Murcia, 2024. <https://t.um.es/3hMfdc>.

Quintero Olivares, Gonzalo. "Populismo punitivo y ciencia penal". *Estudios en homenaje a la profesora Susana Huerta Tocido*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2020.

Rodriguez Ferrandez, Samuel. "Integración de la imputabilidad y de la neuroimputabilidad: propuesta de un enfoque analítico conjunto". *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 143 (2024): 5 y ss.

Torras Genís, Carme y Lydia Delicado Moratalla. "Blanco y Frio como El Polo Norte y El Polo Sur: Seres humanos y robots". *Sociología y tecnoociencia: Revista digital de sociología del sistema tecnocientífico*, n.º 1 (2022): 263 y ss.

Valls Prieto, Javier. *Inteligencia artificial, Derechos humanos y bienes jurídicos*. España: Thomson Reuters Aranzadi, 2021.



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.

1. INTRODUCCIÓN¹

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 extramatrimonial². 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 deseadas³. Y dicho precepto protege el derecho a la autonomía sexual de forma omnicomprensiva, 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 consentido⁴. 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 consentimiento basada en una visión desigualitaria del rol del hombre (ponente) y la mujer (aquierente)⁵, 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 CP⁶. 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 (subjetivamente) 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 aquél 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 sexual⁷ 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

1 Autor de contacto: Ivó Coca Vila, Universidad Pompeu Fabra MPI-CSL (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. El artículo ha sido previamente publicado como: Coca Vila, Ivó. "Stealthing: ¿violación o agresión sexual?". *Indret: Revista para el Análisis del Derecho* 4, n.º 1 (2024): 478-487.

2 Sobre la evolución del objeto de protección del delito sexual, cfr. Tatjana Hörmle, "Rape as Non-Consensual Sex", en *The Routledge Handbook of the Ethics of Consent*, eds. Peter Schaber y Andreas Müller (New York: Routledge, 2018), 236 s.; o Donald A. Dripps, "Beyond Rape: An Essay on the Difference between the Presence of Force and the Absence of Consent", *Columbia Law Review* 92, n.º 7 (1992): 1780 y ss. Entre nosotros, cfr. Aniceto Masferrer Domingo, *De la honestidad a la integridad sexual* (Pamplona: Editorial Aranzadi, 2020), Cap. 5; o Mario Pereira Garmendia, *Buscando un consenso sobre el consentimiento en los delitos sexuales* (Madrid: Editorial Reus, 2021), 9 y ss.

3 Sobre la autonomía sexual como paradigma del Derecho penal sexual liberal, cfr. Stephen J. Schulhofer, *Unwanted sex. The Culture of Intimidation and the Failure of Law* (Estados Unidos: Harvard University Press, 1998), 99 y ss.; entre nosotros, José Luis Díez Ripollés, "El objeto de protección del nuevo Derecho penal sexual", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 6 (2000): 86 y ss.; o Agustín Malón Marco, *La doctrina del consentimiento afirmativo* (Pamplona: Editorial Aranzadi, 2020), Cap. VIII. Hasta donde alcanzo, son básicamente dos las corrientes críticas contra la tesis de la autonomía. Por un lado, una corriente feminista critica la idealizada noción de consentimiento sexual (libre y racional) de la mujer. En sus formulaciones extremas (vid. p. ej. Catharine MacKinnon, "Feminism, Marxism, Method, and the State: An Agenda for Theory", *Signs* 7, n.º 3 (1982): 635; la misma, "Rape Redefined", *Harvard Law & Policy Review* 10, n.º 2 (2016): 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. Nicola Lacey, "Unspeakable subjects, impossible rights: Sexuality, integrity and criminal law", en la misma, *Unspeakable Subjects: Feminist Essays in Legal and Social Theory* 48, (1998): 112 y ss.; Jane E. Larson, "Women Understand so Little, They Call My Good Nature 'Deceit': A Feminist Rethinking of Seduction", *Columbia Law Review* 93, n.º 2 (1993): 24 y ss.; o Ben A. McJunkin, "Deconstructing Rape by Fraud", *Columbia Journal of Gender and Law* 28, n.º 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. Jed Rubenfeld, "The Riddle of Rape-by-Deception and the Myth of Sexual Autonomy", *The Yale Law Journal*, n.º 122 (2013): *passim*. Próximo Luis Chiesa, "Solving the Riddle of Rape-by-Deception", *Yale Law & Policy Review*, n.º 35 (2017): 452.

4 En favor de una protección omnicomprensiva de la autonomía sexual frente al modelo fragmentario basado en la coerción (violencia o intimidación), cfr. Stephen J. Schulhofer, *Unwanted sex. The Culture of Intimidation and the Failure of Law*, 99 y ss., 102. Sobre el auge del modelo del consentimiento frente al coercitivo, vid. también Tatjana Hörmle, "Rape as Non-Consensual Sex", 237 y ss., con ulteriores referencias.

5 En este sentido cfr. p. ej. Catharine MacKinnon, "Rape Redefined", 440 y ss.; Tanya Palmer, "Distinguishing Sex from Sexual Violation: Consent, Negotiation and freedom to Negotiate", en *Consent: Domestic and Comparative Perspectives*, eds. Alan Reed, Michael Bohlander, Nicola Wake y Emma Smith (Londres: Routledge, 2017), 9 y ss.; o John Gardner, "The Opposite of Rape", *Oxford Journal of Legal Studies* 38, n.º 1 (2018): 48 y ss.; o Ben A. McJunkin, "Rape as Indignity", *Cornell Law Review*, n.º 385 (2024): en prensa. Entre nosotros, próxima, Patricia Faraldo Cabana, "Solo si es si" hacia un modelo comunicativo del consentimiento en el delito de violación", en *Reformas penales en la península ibérica: A "jangada de pedra"*, eds. María Acalé Sánchez, Ana Isabel Miranda y Adán Nieto Martín (España: Boletín Oficial del Estado, BOE, 2021): 276 y ss.; Yolín Lizt Pérez Hernández, "Consentimiento sexual: un análisis con perspectiva de género", *Revista Mexicana de Sociología* 78, n.º 4 (2016): 742 y ss. Para una defensa de la lógica del consentimiento, en cambio, vid. Karamvir Chadha, "Sexual Consent and Having Sex Together", *Oxford Journal of Legal Studies* 40, n.º 3 (2020): 619 y ss.

6 Al respecto, vid. José Luis Manzanares Samaniego, "El consentimiento en los delitos contra la libertad sexual", *Diario La Ley*, n.º 10142 (2022): *passim*; y la reciente STS 196/2023, Penal, de 21 de marzo (ECLI:EST:2023:1400). Sobre la noción de consentimiento en los delitos contra la libertad sexual, fundamental, Carlos Castellví Monserrat, "¿Violaciones por engaño?: Sobre el concepto de consentimiento y el objeto del consentimiento sexual", *Indret*, n.º 4 (2023): apdo. 2.3.

7 En general, sobre la burocratización de la relación sexual, criticamente, vid. Jacob E. Gersen y Jeannie Suk Gersen, "The Sex Bureaucracy", *California Law Review* 104, n.º 4 (2016): *passim*.

particular, el del *stealthing*⁸, son muchos 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 trabajo⁹.

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 médicaamente 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 consentimiento¹⁰. Aunque el error recae sobre factores de muy distinta 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 trabajo¹¹.

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 liberal¹². Solo cuando el legislador la tipifique 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

8 So 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.* Antoni Gil Pascual, "Stealthing. Sobre el objeto del consentimiento en el delito de abuso sexual", *Cuadernos de política criminal*, n.º 135 (2021); *passim*; Carlos Castellví Monserrat y Marina Minguez Rosique, "Con sigilo y sin preservativo tres razones para castigar el stealthing", *Diario La Ley*, n.º 9962 (2021); Ivó Coca Vila, "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*, n.º 4 (2022): 294 y ss.; o José Antonio Ramos Vázquez, "El engaño como medio comisivo de la agresión sexual: la esterilidad de Naim Darrechi y la nueva cultura del consentimiento", en *Comentarios a la ley del "solo si es sí"*, coord. José R. Agustina (España: Atelier, 2023), 167 y ss.

9 Recogiendo gran parte de la casuística jurisprudencial y doctrinal, *cfr.* Sebastian Keßler, *Sexuelle Täuschungen – Strafbarkeit und Strafzürdigkeit nach deutschem Sexualstrafrecht* (Berlín: Duncker & Humblot, 2022), 334 ss.

10 Como ha mostrado Robert Sparrow, "Masturbation, Deception, and Rape", *Journal of Applied Philosophy* 39, n.º 5 (2022): 875 y 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 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).

11 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.* Rafael Alcácer Guiro, *Delitos contra la libertad sexual: Agravantes específicas* (Barcelona: Atelier, 2004), 47 y ss., 66 y 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 mendazamente de que la empresa está en crisis y solo unas pocas secretarias escogidas personalmente por él podrán salvar el puesto de trabajo. La secretaria accede así a mantener relaciones sexuales con el execrable directivo.

12 En profundidad, Jesús María Silva Sánchez, "Las inveracidades de los particulares ante el Derecho penal", en *Simulación y deberes de veracidad*, coord. Pablo Salvador Coderch y Jesús María Silva Sánchez (Navarra: Universidad de Navarra, 1999), 77 y ss. En general, sobre las razones de la indulgencia del Derecho con el (puro) engaño *cfr.* Larry Alexander y Emily Sherwin, "Deception in Morality and Law", *Law and Philosophy*, n.º 22 (2002): 394 y s., y en particular, en el ámbito del Derecho penal sexual, 406 y ss.

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 consentidos¹³. 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 lejos¹⁴. 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 diecisési 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 sexual¹⁵.

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 aquél es constitutiva de un delito de agresión sexual? Hasta donde alcanzo, entre quienes asumen que el delito de agresión sexual protege la autonomía sexual¹⁶, 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 engaño¹⁷. 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 contrafáctico¹⁸. Por el otro, atendiendo al desvalor del resultado, se afirma que el daño causado a una víctima que es consciente de la agresión sexual en el momento de los hechos, tanto moral como psíquico, es siempre superior

al de quien descubre a posteriori el engaño¹⁹. 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 sexual²⁰. Ello, a su vez, sería imprescindible a fin de no degradar simbólicamente el injusto de la agresión sexual²¹: 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 engaños²², admitir su relevancia típica conduciría a una expansión inaceptable del Derecho penal sexual²³. 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 sexual²⁴.

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. Sigue, 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 efectos²⁵.

Las tesis que niegan relevancia al engaño afirman asimismo que este no afecta a la

¹³ Sobre el principio general de la irrelevancia penal del engaño sexual cfr. Alan Wertheimer, *Consent to Sexual Relations* (Reino Unido: Cambridge University Press, 2010), 193, 197 y ss. En este mismo sentido, critica con la exportación de la máxima latina del *caveat emptor* al "mercado sexual", vid. Jane E. Larson, "Women Understand so Little, They Call My Good Nature 'Deceit': A Feminist Rethinking of Seduction", 413.

¹⁴ En este sentido, cfr. Carlos Castellví Monserrat y Marina Mínguez Rosique, "Con sigilo y sin preservativo tres razones para castigar el *stealthing*".

¹⁵ Al respecto, aunque sin considerar decisivo este argumento, cfr. Antoni Gili Pascual, "Stealthing. Sobre el objeto del consentimiento en el delito de abuso sexual", 108 y ss.

¹⁶ 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 Jed Rubenfeld, "The Riddle of Rape-by-Deception and the Myth of Sexual Autonomy", *passim*. Evidentemente, quien reduzca los medios comisivos del injusto al ataque violento solo debe mostrar –en contra de lo defendido p. ej. por Günther Jakobs, *Coacciones. Explicación de la raíz común a todos los delitos contra la persona* (Colombia: Universidad del Externado 2018), 56 y ss.– que el engaño no supone una forma violenta de doblegar la voluntad.

¹⁷ Amit Pundik, "Coercion and Deception in Sexual Relations", *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, n.º 1 (2015): 97 y ss., 108 y ss., 111; el mismo, "The Law of Deception", *Notre Dame Law Review Online*, n.º 172 (2018): 180 y ss.; y Amit Pundik, Shani Schnitzer y Binyamin Blum, "Sex, Lies, and Reasonableness: The Case for Subjectifying the Criminalisation of Deceptive Sex", *Criminal Justice Ethics* 41, n.º 2 (2022): 178 y ss.

¹⁸ Amit Pundik, "Coercion and Deception in Sexual Relations", 111.

¹⁹ Amit Pundik, "Coercion and Deception in Sexual Relations", 113.

²⁰ Amit Pundik, "Coercion and Deception in Sexual Relations", 100, 111, 126 y ss. En las consecuencias, próximo Matthew Gibson, "Deceptive Sexual Relations: A Theory of Criminal Liability", *Oxford Journal of Legal Studies* 41, n.º 1 (2020): 102 y ss.

²¹ Paradigmáticamente Pundik, Amit Pundik, "Coercion and Deception in Sexual Relations", 123 y ss.

²² Amit Pundik, "The Law of Deception", 186.

²³ Cfr. Carlos Castellví Monserrat, "¿Violaciones por engaño?: Sobre el concepto de consentimiento y el objeto del consentimiento sexual", 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 conciencia.

²⁴ Amit Pundik, "The Law of Deception", 180.

²⁵ No comarto, pues, la pretensión de Carlos Castellví Monserrat, "¿Violaciones por engaño?: Sobre el concepto de consentimiento y el objeto del consentimiento sexual", 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.

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 consiente²⁶. 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 conciencia 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 sexual²⁷. Ello se admite ampliamente a propósito del atentado contra la libertad sexual de una persona privada de sentido²⁸, 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 física²⁹.

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 error³⁰. 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.

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 subjetivista³¹. En su opinión, todo engaño o aprovechamiento de un error causalmente determinante 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*)³².

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 aquél. 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 sexual³³. 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”³⁴. 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 injusta³⁵. Retomando el caso *estafa sexual*, también 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 convenido³⁶.

En Alemania, es Vavra quien con mayor rotundidad ha defendido la tesis subjetivista: es

26 En este sentido, tempranamente Stephen J. Schulhofer, *Unwanted sex. The Culture of Intimidation and the Failure of Law*, 105. Asimismo *vid. Stuart P. Green, Criminalizing Sex: A Unified Liberal Theory* (Reino Unido: Oxford University Press, 2020), 28 y ss.

27 En este sentido, con razón *vid. Sebastian Keßler, Sexuelle Täuschungen – Strafbarkeit und Strafwürdigkeit nach deutschem Sexualstrafrecht*, 126 y ss., 130

28 Al respecto, cfr. John Gardner y Stephen Shute, “The Wrongness of Rape”, en *Oxford Essays in Jurisprudence*, ed. Jeremy Horder (Reino Unido: Oxford University Press, 2000), *passim*; o Alessandro Spena, “Harmless Rapes?”, *Diritto & Questioni Pubbliche*, n.º 10 (2010): 513 y ss.

29 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. Patricia 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*, n.º 123 (2013): 361 y ss., 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. Alan Wertheimer, *Consent to Sexual Relations*, 206 y ss.

30 Sobre los problemas probatorios de la tesis subjetivista, cfr. p.ej., Emily Sherwin, “Infelicitous Sex”, *Legal Theory*, n.º 2 (1996): 227 y ss.; o Miriam 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 *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma*, dir. Elena Blanca Marín de Espinosa Ceballos y Patricia Esquinias Valverde (España: Thomson Reuters Aranzadi, 2022), 235. Replicando de manera convincente esta objeción *vid. Jonathan Herring, “Under what circumstances should “sex by fraud” be rape?”*, *Great Debates in Criminal Law*, (2020): 127 y ss., 132 y ss., o Alan Wertheimer, *Consent to Sexual Relations*, 201.

31 Jonathan Herring, “Does Yes Mean Yes — The Criminal Law and Mistaken Consent to Sexual Activity”, *Singapore Law Review*, n.º 22 (2002): 193 y ss.; el mismo, “Mistaken Sex”, *Criminal Law Review*, (2005): 511 y ss., 514; el mismo, “Rape and The Definition of Consent”, *National Law School of India Review* 26, n.º 1 (2014): 70 y ss.; el mismo, “Under what circumstances should “sex by fraud” be rape?”, 127 y ss., 132 y ss. Próximo, Jeremy Horder, “Consent, Threats and Deception in Criminal Law”, *King’s College Law Journal* 10, n.º 1 (1999): 108. En la discusión filosófica esta tesis es defendida de forma paradigmática por Tom Dougherty, “Sex, Lies and Consent”, *Ethics* 123, n.º 4 (2013): 717 y ss.; el mismo, “Deception and consent”, en *The Routledge Handbook of the Ethics of Consent*, eds. Andreas Müller y Peter Schaber (Reino Unido: Routledge, 2018), 164 y ss.

32 Próximo *vid. además* Mark Dsouza, “Undermining Prima Facie Consent in the Criminal Law”, *Law and Philosophy*, n.º 33 (2014): 502 y 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. Mark Dsouza, “False Beliefs and Consent to Sex”, *The Modern Law Review* 85, n.º 5 (2022): 1205 y ss.

33 Jonathan Herring, “Does Yes Mean Yes — The Criminal Law and Mistaken Consent to Sexual Activity”, 194 s.

34 Jonathan Herring, “Rape and The Definition of Consent”, 71.

35 Jonathan Herring, “Does Yes Mean Yes — The Criminal Law and Mistaken Consent to Sexual Activity”, 191 y ss., 195 y ss.; el mismo, “Rape and The Definition of Consent”, 71. En este mismo sentido, *vid. Mark Dsouza, “False Beliefs and Consent to Sex”, 1200 y ss.*

36 Jonathan Herring, “Does Yes Mean Yes — The Criminal Law and Mistaken Consent to Sexual Activity”, 196.

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*³⁷. 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 contraparte³⁸. 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 (*Kommunikationsobligationen*) 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 consentimiento³⁹. 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 engañada⁴⁰. Contra dicha teoría tampoco son decisivas las alusiones a la importancia de la fantasía y a una supuesta adecuación social de la seducción engañosa⁴¹. 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 sexual⁴². 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 género⁴³.

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 plural⁴⁴. 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 víctima⁴⁵. 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 sexual⁴⁶. ¿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 inaceptable⁴⁷. 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 distinta⁴⁸. La tesis subjetivizadora 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.

37 Al respecto, con ulteriores referencias, Rita Vavra, "Täuschungen als strafbare Eingriffe in die sexuelle Selbstbestimmung?", *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, n.º 12 (2018): 613 y ss.; la misma, *Die Strafbarkeit nicht-einvernehmlicher sexueller Handlungen zwischen erwachsenen Personen* (Alemania: Nomos, 2020), 370 y ss. Ya antes, aunque fuera del contexto sexual y únicamente en relación a los errores no imputables a quien consiente, Thomas Rönnau, *Willensmängel bei der Einwilligung im Strafrecht* (Tübingen: Mohr Siebeck, 2001), 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 Wolfgang Mitsch, *Rechtfertigung und Opferverhalten* (Hamburg: Verlag Dr. Kovač, 1991), 530 y ss., 544 y ss. La tesis subjetivista ha sido defendida entre nosotros por Beatriz Escudero García-Calderón, *El consentimiento en derecho penal* (Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, 2014), 173 y ss., aunque a propósito de hechos lesivos del patrimonio y la integridad física.

38 Cfr. Rita Vavra, "Täuschungen als strafbare Eingriffe in die sexuelle Selbstbestimmung?", 613 y s.; la misma, *Die Strafbarkeit nicht-einvernehmlicher sexueller Handlungen zwischen erwachsenen Personen*, 372 ss.

39 Cfr. Rita Vavra, "Täuschungen als strafbare Eingriffe in die sexuelle Selbstbestimmung?", 616; la misma, *Die Strafbarkeit nicht-einvernehmlicher sexueller Handlungen zwischen erwachsenen Personen*, 382 y ss.

40 Rita Vavra, "Täuschungen als strafbare Eingriffe in die sexuelle Selbstbestimmung?", 616; o Jonathan Herring, *Great Debates in Criminal Law*, 127 y ss., 132 y ss.

41 Lo advierte con razón Jonathan Herring, *Great Debates in Criminal Law*, 129. Cfr. sin embargo Jed Rubenfeld, "The Riddle of Rape-by-Deception and the Myth of Sexual Autonomy", 1416; Hyman Gross, "Rape, Moralism and Human Rights", *The Criminal Law Review*, (2007): 221; o David Bryden, "Redefining Rape", *Buffalo Criminal Law Review* 3, n.º 2 (2000): 457 y ss. Para una crítica desde los postulados feministas a la pretendida adecuación social de la seducción sexual vcf. Ben A. Mcjunkin, "Deconstructing Rape by Fraud", 21 y ss.

42 Formula esta crítica, p. ej. Alex Sharpe, "Criminalising Sexual Intimacy: Transgender Defendants and the Legal Construction of Non-Consent", *Criminal Law Review*, n.º 3 (2014): 222 y ss.

43 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 Amia Srinivasan, *The Right to Sex. Feminism in the Twenty-First Century* (New York: Farrar, Staus and Giroux, 2021), 84 y ss.

44 En este sentido, cfr. p. ej. Claus Roxin y Luis Greco, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, v. I, 5^a ed. (Múnich: C.H. Beck, 2020), § 13, nm. 106a.

45 Así, acertadamente, vcf. ya Vera Bergelson, "Rethinking Rape-By-Fraud", en *Legal Perspectives on State Power: Consent and Control*, eds. Chris Ashford, Alan Reed y Nicola Wake (Newcastle: Cambridge Scholars Publishing, 2016), 152 y ss., 159: "the "all or nothing" approach to the protection of sexual autonomy is overbroad and untenable".

46 De otra opinión, vcf. p. ej. Carlos Castellvi Monserrat, "¿Violaciones por engaño?: Sobre el concepto de consentimiento y el objeto del consentimiento sexual", 2,3.

47 Así ya Antoni Gili Pascual, "Stealthing. Sobre el objeto del consentimiento en el delito de abuso sexual", 123 y s.; Hugh Lazenby e Iason Gabriel, "Permissible Secrets", *The Philosophical Quarterly*, n.º 68 (2018): 273; Vera Bergelson, "Rethinking Rape-By-Fraud", 159 y ss.

48 Apuntando en un sentido parecido, vcf. Miriam 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", 237.

Y en tercer y último lugar, como ha puesto de manifiesto Bergelson, la tesis subjetivista es inasumible por su absoluta falta de diferenciación⁴⁹. 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 grave⁵⁰, pero es indudable que, a los efectos penales, no todo injusto moral (grave) debe ser considerado equivalente y tipificado como agresión sexual⁵¹. Están en lo cierto quienes entienden que la tesis subjetivista radical lleva a banalizar el injusto del delito de agresión sexual⁵². 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 nuclear⁵³. Nuevamente con Bergelson, el planteamiento subjetivista es «innecesario, indeseable e irrealista: aun cuando tratemos la autonomía sexual de forma muy seria y sacrificemos una gran cantidad de otros valores para su protección, no podemos proteger completamente la autonomía sexual»⁵⁴.

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 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 Arzt⁵⁵. 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 estupro⁵⁶. 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 estática⁵⁷. 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 esperada⁵⁸.

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 jurídico⁵⁹. 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 patrimonio⁶⁰. 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 intercambio⁶¹. 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»⁶².

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»⁶³. Ello fue advertido tempranamente por Roxin quien, a partir de la distinción de 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 necesidad⁶⁴. 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 estásicas (*Bestandesschutz*), sino precisamente como herramientas dinámicas al servicio

56 Gunther Arzt, *Willensmängel bei der Einwilligung*, 17.

57 Gunther Arzt, *Willensmängel bei der Einwilligung*, 20 y 22.

58 Gunther Arzt, *Willensmängel bei der Einwilligung*, 17 y ss. Entre nosotros, próximo *vid.* Enrique Casas Barquero, *El consentimiento en el Derecho penal* (Córdoba: Universidad de Córdoba, 1987), 85 y ss.

59 Gunther Arzt, *Willensmängel bei der Einwilligung*, 19 y ss.

60 Gunther Arzt, *Willensmängel bei der Einwilligung*, 17 y ss., 20 y ss.

61 Gunther Arzt, *Willensmängel bei der Einwilligung*, 20 y ss.

62 Gunther Arzt, *Willensmängel bei der Einwilligung*, 20.

63 Martino Mona, *Die Einwilligung im Strafrecht* (Suiza: Bern, 2017), 350: "stark täterfreundlich". Asimismo, Wolfgang Mitsch, *Rechtfertigung und Opferverhalten*, 515 y ss.; y Beatriz Escudero García-Calderón, *El consentimiento en derecho penal*, 169.

64 Cfr. Claus Roxin, "Die durch Täuschung herbeigeführte Einwilligung im Strafrecht", en *Gedächtnisschrift für Peter Noll*, eds. Robert Hauser, Jörg Rehberg y Günther Stratenwerth (Zürich: Schulthess, 1984), 283 y ss. Sigiéndole *vid.* entre nosotros María José Segura García, *El consentimiento del titular del bien jurídico en Derecho penal* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2000), 145. Criticamente, Beatriz Escudero García-Calderón, *El consentimiento en derecho penal*, 170 y ss.

49 Vera Bergelson, "Rethinking Rape-By-Fraud", 160 y ss.

50 Tom Dougherty, "Sex, Lies and Consent", 743.

51 Con razón, *vid.* Stuart P. Green, *Criminalizing Sex: A Unified Liberal Theory*, 107 y ss.

52 Cfr. Stuart P. Green, *Criminalizing Sex: A Unified Liberal Theory*, 105 y ss.

53 Al respecto *vid. infra* 7.

54 Vera Bergelson, "Rethinking Rape-By-Fraud", 160 (cursiva en el original).

55 Gunther Arzt, *Willensmängel bei der Einwilligung* (Frankfurt: Athenäum, 1970), 17 y ss.

de la libertad de su titular⁶⁵. 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 bien⁶⁶. 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 vagos⁶⁷. 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 personal⁶⁸. 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 mercantil⁶⁹. 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 que llevan a la persona a consentir la relación sexual⁷⁰. 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»⁷¹, 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 sexual⁷².

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 mujer⁷³. 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 sexual⁷⁴. 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 sexual⁷⁵. 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 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 ideal⁷⁶, 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

65 Beatriz Escudero García-Calderón, *El consentimiento en derecho penal*, 169 y s. Y ya antes, en este mismo sentido, Thomas Rönnau, *Willensmängel bei der Einwilligung im Strafrecht*, 415 y ss.

66 En este sentido, cfr. Nora Scheidegger, *Das Sexualstrafrecht der Schweiz. Grundlagen und Reformbedarf* (Bern: Stämpfli Verlag, 2018), 87.

67 Así, cfr. Wolfgang Mitsch, *Rechtfertigung und Opferverhalten*, 507 y s., 515 y ss., con ulteriores referencias.

68 En este sentido, Rita Vavra, *Die Strafbarkeit nicht-einvernehmlicher sexueller Handlungen zwischen erwachsenen Personen*, 372 y ss.; la misma, «Täuschungen als strafbare Eingriffe in die sexuelle Selbstbestimmung?», 614.

69 Stuart P. Green, «Lies Rape, and Statutory Rape», en *Law and Lies: Deception and Truth-Telling in the American Legal System*, ed. Austin Sarat (Cambridge: Cambridge University Press, 2015), 198 y ss.

70 Sobre la distinción cfr. p. ej., Stuart P. Green, *Criminalizing Sex: A Unified Liberal Theory*, 102 y ss.

71 Joel Feinberg, «Victims' Excuses: The Case of Fraudulently Procured Consent», *Ethics* 96, n.º 2 (1986): 331 y ss., 339.

72 Joel Feinberg, «Victims' Excuses: The Case of Fraudulently Procured Consent», 340 y ss.: 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.

73 Al respecto, Stuart P. Green, *Criminalizing Sex: A Unified Liberal Theory*, 103.

74 Vd. sin embargo Jeffrie G Murphy, «Some Ruminations on Women, Violence, and the Criminal Law», en *Character, Liberty, and Law. Kantian Essays in Theory and Practice* (Dordrecht: Springer, 1998), 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.

75 En este sentido, vid. Jeffrie G Murphy, «Some Ruminations on Women, Violence, and the Criminal Law», 159 y ss.

76 Cfr. al respecto Stephen J. Schulhofer, *Unwanted sex. The Culture of Intimidation and the Failure of Law*, 109 y ss. En general, sobre el problema de la validez del consentimiento en contextos de injusticia (de género) sistemática vid. Victor Tadros, «Consent to Sex in an Unjust World», *Ethics* 131, n.º 2 (2021): 306 y ss.

sexuales relevantes e irrelevantes. El problema que aquí nos ocupa, así lo entienden Tilton y Ichikawa⁷⁷, 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 consentido⁷⁸. 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 Rosique⁷⁹. 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 sexual⁸⁰.

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 persona⁸¹. 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 cuestionables⁸². 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 Tadros⁸³: 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.

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 delito⁸⁴. *Tertium non datur*. Toda pretensión de distinguir y otorgar una distinta relevancia a los engaños causalmente determinantes sería, así Pundink⁸⁵, arbitraria. Lo que pretendo a continuación es demostrar que esta conclusión, pese a

77 Cfr. Emily Tilton y Jonathan Jenkins Ichikawa, "Not What I Agreed To: Content and Consent", *Ethics* 132, n.º 1 (2021): 127 y ss.

78 Emily Tilton y Jonathan Jenkins Ichikawa, "Not What I Agreed To: Content and Consent", 139 y ss.

79 Carlos Castellví Monserrat y Marina Mínguez Rosique, "Con sigilo y sin preservativo tres razones para castigar el *stealthing*". Y próximamente, en profundidad, *vid.* Carlos Castellví Monserrat, "¿Violaciones por engaño?: Sobre el concepto de consentimiento y el objeto del consentimiento sexual".

80 José Antonio Ramos Vázquez, "El engaño como medio comisivo de la agresión sexual: la esterilidad de Naim Darrechi y la nueva cultura del consentimiento", 172 y s.

81 Cfr. Victor Tadros, "Beyond the Scope of Consent", *Philosophy & Public Affairs* 50, n.º 4 (2022): 440 y ss.

82 Emily Tilton y Jonathan Jenkins Ichikawa, "Not What I Agreed To: Content and Consent", 150 y ss.

83 Victor Tadros, "Beyond the Scope of Consent", 442.

84 Jed Rubenfeld, "The Riddle of Rape-by-Deception and the Myth of Sexual Autonomy", 1400 y s.

85 Amit Pundik, "The Law of Deception", 186.

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 sexual⁸⁶. 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 iniciada⁸⁷. 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 persona⁸⁸. 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 representaciones⁸⁹. 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 autodeterminación⁹⁰. Esta incertidumbre explica a su vez los muchos problemas todavía existentes para determinar el *proprium* del delito de agresión sexual frente a otros delitos graves⁹¹. Aunque es compartida la idea de que ser sometido a un acto sexual no deseado es uno de los injustos más graves imaginables, hay quien afirma que solo el homicidio sería más grave⁹², 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 intimidad⁹³?

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 sexual⁹⁴.

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 casos⁹⁵. 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 biológico⁹⁶, entiendo aquí indispensable una aproximación normativa: lo que es *sexual* queda determinado de manera convencional⁹⁷.

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 convencionalmente⁹⁸. El consentimiento sexual, pues, es también *nolens volens* una noción gradual: este exterioriza la voluntad más o menos autónoma de quien lo presta⁹⁹.

Como ha mostrado Green, cabe distinguir entre formas de consentimiento sexual en atención a tres factores graduales¹⁰⁰: 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

86 Cfr. p. ej., Donald A. Dripps, "Beyond Rape: An Essay on the Difference between the Presence of Force and the Absence of Consent", 1785.

87 Sobre la dimensión negativa y positiva de la libertad sexual, cfr. Brigitte Sicky Joachim Renzikowski, "Der Schutz der sexuellen Selbstbestimmung", en *Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder*, ed. Andreas Hoyer (Heidelberg: C. F. Müller, 2006), 603 y ss.; José Luis Diez Ripollés, "El objeto de protección del nuevo Derecho penal sexual", 71 y ss.; Juan Pablo Mañalich Raffo, "La violación como delito contra la indemnidad sexual bajo el derecho penal chileno", *Revista Ius et Praxis* 20, n.º 2 (2014): 33 y ss.; o Joachim Renzikowski, "Primat des Einverständnisses? Unerwünschte konsensuelle Sexualitäten", en *Regulierung des Intimen, Geschlecht und Gesellschaft*, ed. Ulrike Lembke (Wiesbaden: Springer, 2017), 199.

88 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 Jacob M. Appel, "Sex rights for the disabled?", *Journal of Medical Ethics* 36, n.º 3 (2010): 152 y ss. Criticamente, Ezio Di Nucci, "Sexual rights and disability?", *Journal of Medical Ethics* 37, n.º 3 (2011): 158 y 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.

89 Stephen J. Schulhofer, *Unwanted sex. The Culture of Intimidation and the Failure of Law*, 11.

90 Así lo reconoce con razón Stuart P. Green, *Criminalizing Sex: A Unified Liberal Theory*, 20.

91 Al respecto, vid. Jeffrie G Murphy, "Some Ruminations on Women, Violence, and the Criminal Law", 147 y ss.

92 Stephen J. Schulhofer, *Unwanted sex. The Culture of Intimidation and the Failure of Law*, 100.

93 Advierte del problema con claridad Juan Pablo Mañalich Raffo, "La violación como delito contra la indemnidad sexual bajo el derecho penal chileno", *Revista Ius et Praxis* 20, n.º 2 (2014): 32 y ss.

94 En un sentido parecido, vid. Tatjana Hörmle, "Sexuelle Selbstbestimmung: Bedeutung, Voraussetzungen und kriminalpolitische Forderungen", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 127, n.º 4 (2015): 861 y ss.

95 Como aquí, Stuart P. Green, *Criminalizing Sex: A Unified Liberal Theory*, 23.

96 Sobre qué debe ser considerado una conducta sexual, vid. Stuart P. Green, *Criminalizing Sex: A Unified Liberal Theory*, 8 y 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.

97 Sobre el acto sexual como construcción cultural, cfr. Beatriz Corrêa Camargo y Joachim Renzikowski, "El concepto de "acto de naturaleza sexual" en el derecho penal", *Indret*, n.º 1 (2021): 149 y ss., 153 y 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".

98 En este sentido, vid. Michael Pawlik, *El injusto del ciudadano. Fundamentos de la teoría general del delito* (Barcelona-Bogotá: Atelier-Universidad Externado de Colombia, 2023), 259 y ss.

99 Muy clara ya, Catharine MacKinnon, *Towards a Feminist Theory of the State* (Estados Unidos: Harvard University Press, 1989), 171 y ss. Distinguendo entre grados de afectación de la autonomía sexual a través del engaño, vid. Campbell Brown, "Sex crimes and misdemeanours", *Philosophical Studies* 177, n.º 5 (2020): 1371 y ss.

100 Stuart P. Green, *Criminalizing Sex: A Unified Liberal Theory*, 29 y ss. Asimismo, recientemente, vid. Ramón Ragués i Vallès, "El grado de afectación al consentimiento de la víctima: una revisión crítica de la Ley Orgánica 10/2022", en *Comentarios a la ley del "solo si es si"*, coord. José R. Agustina (España: Atelier, 2023), 96 y ss.

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.¹⁰¹ 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)¹⁰². Responder a esta pregunta es lo que permite en última instancia decidir si el consentimiento prestado está o no –a los efectos penales– viciado.

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 autodeterminación¹⁰³. 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,¹⁰⁴ 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 sexual¹⁰⁵. No existen deberes genéricos de revelar información, ni siquiera aquella que se sabe decisiva para que la otra parte consienta¹⁰⁶. 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 íntimo¹⁰⁷, 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 víctima¹⁰⁸, 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 consentimiento¹⁰⁹. Y tampoco cabe aquí legitimar deberes de garante con base en la noción de relación de confianza especial institucionalizada¹¹⁰. 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.

104 *Vid. Ivó Coca Vila, La colisión de deberes en Derecho penal. Concepto y fundamentos de solución* (Barcelona: Atelier, 2016), 258 y ss.

105 Así, con razón, Nora Scheidegger, *Das Sexualstrafrecht der Schweiz. Grundlagen und Reformbedarf*, 91. Próximo Luis Chiesa, "Solving the Riddle of Rape-by-Deception", 407.

106 Cfr. en este sentido Günther Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2^a ed. (Berlin-New York: Duncker & Humblot, 1991), 7/120, 21/78. De otra opinión, aunque limitando normativamente el alcance de los deberes de revelar información, cfr. Hugh Lazenby e Iason Gabriel, "Permissible Secrets", 276 y ss.

107 Incide en este argumento Alex Sharpe, "Criminalising Sexual Intimacy: Transgender Defendants and the Legal Construction of Non-Consent", 219 y ss.

108 Contra la fundamentación de posiciones de garantía por un actuar precedente conforme a Derecho *vid. Ivó Coca Vila, "Entre la responsabilidad y la solidaridad. El estado de necesidad defensivo"*, InDret, n.º 1 (2011): 19 y ss.

109 Aunque a propósito de la estafa, en este sentido, con razón, Cristóbal Izquierdo Sánchez, *Estafas por omisión. El engaño y la infracción de deberes de información* (Barcelona: Atelier, 2018), 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 Jane E. Larson, "Women Understand so Little, They Call My Good Nature 'Deceit': A Feminist Rethinking of Seduction", 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.

110 Contra la confianza especial como fuente de deberes de garantía, criticamente *vid. Jesús María Silva Sánchez, El delito de omisión. Concepto y sistema*, 2^a ed. (Montevideo: BdeF, 2006), 467 y ss., 476 ss.

101 En general, sobre el carácter normativo del consentimiento, acertadamente, *vid. María Elena Iñigo Corroza, "El consentimiento de la víctima. Hacia una teoría normativa de la acción del que consiente"*, Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales, n.º 75 (2022): 194 y ss.

102 Así, con razón, Vera Bergelson, "Rethinking Rape-By-Fraud", 160. Próximo Victor Tadros, "Beyond the Scope of Consent", 466.

103 En detalle, *vid. Michael Pawlik, El injusto del ciudadano. Fundamentos de la teoría general del delito*, 271 y ss.

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 víctima¹¹¹. 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 sexual¹¹². 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?»¹¹³.

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 informado¹¹⁴, definir la pretensión de verdad de la víctima penalmente protegida, como demuestra ya la controvertida dogmática de la estafa por omisión¹¹⁵, resulta extraordinariamente complejo¹¹⁶. 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.

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)¹¹⁷. 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*¹¹⁸. 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 sexual¹¹⁹. 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 sentido¹²⁰.

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 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).

¹¹¹ En este sentido, cfr. Michael Pawlik, *El injusto del ciudadano. Fundamentos de la teoría general del delito*, 271 y s.; y a propósito del delito de estafa, el mismo, *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug* (Köln: Heymann, 1999), 103 y ss.; y ya antes, *vid.* Urs Kindhäuser, "Täuschung und Wahrheitsanspruch beim Betrug", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 103, n.º 2 (1991): 399 y s.: engaño típico como infracción de un deber de veracidad en favor del engañado como titular del derecho a la verdad. Con razón señala Günther Jakobs, *Coacciones. Explicación de la raíz común a todos los delitos contra la persona*, 56 y s.) que, en puridad, no se trata aquí de una pretensión de veracidad, sino más bien de una pretensión a no ser desinformado.

¹¹² Lo advierte con razón Nora Scheidegger, *Das Sexualstrafrecht der Schweiz. Grundlagen und Reformbedarf*, 92 y s. En un sentido parecido, *vid.* Hugh Lazenby e Iason Gabriel, "Permissible Secrets", 265 y ss., para quienes solo son relevantes los engaños causales que lesionan un *claim-right* de la víctima.

¹¹³ Vera Bergelson, "Rethinking Rape-By-Fraud", 162.

¹¹⁴ Cfr. Marta Pantaleón Díaz, "Responsabilidad penal y civil médica por defectos de consentimiento informado", en *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, v. 1, eds. Manuel Cancio Meliá, Mario Maraver Gómez, Yamila Fakhouri Gómez, Daniel Rodríguez Horcajo, Gonzalo Basso, Agustín y Jorge Barreiro (Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 2019), 683 y ss.

¹¹⁵ Fundamental al respecto, Cristóbal Izquierdo Sánchez, *Estafas por omisión. El engaño y la infracción de deberes de información*, Cap. 5; y antes, Nuria Pastor Muñoz, *La determinación del engaño típico en el delito de estafa* (Madrid: Marcial Pons, 2004), 169 y ss.

¹¹⁶ Así lo reconocen Hugh Lazenby e Iason Gabriel, "Permissible Secrets", 276 y s.

¹¹⁷ Al respecto, cfr. Thomas Rönnau, *Willensmängel bei der Einwilligung im Strafrecht*, 430; o Sebastian Keßler, *Sexuelle Täuschungen – Strafbarkeit und Strafzulässigkeit nach deutschem Sexualstrafrecht*, 252.

¹¹⁸ 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 de la 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.

¹¹⁹ En este sentido, *vid. p. ej.* Vera Bergelson, "Rethinking Rape-By-Fraud", 163.

¹²⁰ Así, con razón, Joel Feinberg, "Victims' Excuses: The Case of Fraudulently Procured Consent", 339; o Elisa Hoven y Thomas Weigend, "Zur Strafbarkeit von Täuschungen im Sexualstrafrecht", *Kriminalpolitische Zeitschrift*, n.º 3 (2018): 160.

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 sexual¹²¹. 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 relevante¹²².

Sobre este factor creo necesario hacer dos puntuaciones. En primer lugar, no hay razón para limitar la relevancia penal del engaño a aquel consistente en suplantar al marido (o pareja de hecho)¹²³. 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 adulterio¹²⁴, 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 persona que conoce personalmente la víctima¹²⁵. 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 relevante¹²⁶.

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 sexual¹²⁷. 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 puntuaciones 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 sexual¹²⁸. 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 práctica¹²⁹. Mayores 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 distingos 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 asumidos 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 previo¹³⁰, el *stealthing* constituye también una forma de engaño relevante. El engaño afecta aquí a un factor decisivo como

121 Vera Bergelson, "Rethinking Rape-By-Fraud", 164. Asimismo, *vid.* Sebastian Keßler, *Sexuelle Täuschungen – Strafbarkeit und Strafzürdigkeit nach deutschem Sexualstrafrecht*, 120; o Ramón Ragués i Vallés, "Tema 6. Delitos contra la libertad sexual", en *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial*, 9^a ed., dir. Jesús Silva Sánchez y coord. Ramón Ragués i Vallés (Barcelona: Atelier, 2023), 141.

122 En este sentido ya, Tatjana Hörnlle, "Sexuelle Selbstbestimmung: Bedeutung, Voraussetzungen und kriminalpolitische Forderungen", 880 y ss.; o Elisa Hoven y Thomas Weigend, "Zur Strafbarkeit von Täuschungen im Sexualstrafrecht", 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, Vera Bergelson, "Rethinking Rape-By-Fraud", 165; y monográficamente, Alex Sharpe, *Sexual Intimacy and Gender Identity "Fraud": Reframing the Legal and Ethical Debate* (Abindon: Routledge, 2018), *passim*; resumidamente, la misma, Alex Sharpe, "Criminalising Sexual Intimacy: Transgender Defendants and the Legal Construction of Non-Consent", 222 y ss.

123 En este sentido, con razón, Stuart P. Green, *Criminalizing Sex: A Unified Liberal Theory*, 111 y ss.; David Bryden, "Redefining Rape", 466.

124 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, Russell L. Christopher y Kathryn H. Christopher, "Adult Impersonation: Rape by Fraud as a Defense to Statutory Rape", *Northwestern University Law Review* 101, n.º 1 (2007): 80.

125 En este sentido, Stuart P. Green, *Criminalizing Sex: A Unified Liberal Theory*, 112 y ss.

126 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.

127 Próxima Tatjana Hörnlle, "Sexuelle Selbstbestimmung: Bedeutung, Voraussetzungen und kriminalpolitische Forderungen", 861 y ss., 880 y s.

128 En este sentido, respecto de la transmisión de una enfermedad sexual, cfr. Stuart P. Green, *Criminalizing Sex: A Unified Liberal Theory*, 115. Próxima Sharon Cowan, "Offenses of Sex or Violence? Consent, Fraud, and HIV Transmission", *New Criminal Law Review* 17, n.º 1 (2014): 135. De otra opinión, *vid.* sin embargo David Bryden, "Redefining Rape", 464; o Atli Stannard, "When Failure to Disclose HIV-Positive Status Vitiates Consent to Sex in Canada", *Journal of Commonwealth Criminal Law*, (2012): 366: el engaño al respecto vicia el consentimiento sexual.

129 En el mejor de los casos, el sexo penetrativo sería un hecho *prima facie* injusto justificable. En este sentido, paradigmático, Jonathan Herring y Michelle Madden Dempsey, "Rethinking the criminal law's response to sexual penetration. On theory and context", en *Rethinking Rape Law. International and Comparative Perspectives*, eds. Clare McGlynn y Vanessa E. Munro (Abingdon: Routledge, 2010), 30 y ss.; los mismos, "Why Sexual Penetration Requires Justification", *Oxford Journal of Legal Studies* 27, n.º 3 (2007): 467 y ss., quienes fundamentan su tesis en que toda penetración requiere ejercer fuerza física y tiene una negativa connotación social patriarcal. Próximo Jesse Wall, "Sexual Offences and General Reasons Not to Have Sex", *Oxford Journal of Legal Studies* 35, n.º 4 (2015): 777 y ss. Críticamente Kate Greasley, "Sex, Reasons, Pro Tanto Wronging, and the Structure of Rape Liability", *Criminal Law and Philosophy*, n.º 15 (2021): 169 y ss., 173 y ss.

130 Ivó Coca Vila, "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", 294 y ss.

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 preservativo¹³¹. 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 cuidado¹³². 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 indolencia¹³³. 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 corporal) 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 sexual¹³⁴. 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 sexual¹³⁵. 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 hacerse necesariamente en un tipo distinto al de agresión sexual. De acuerdo con el principio el *fair labelling*¹³⁶, 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»¹³⁷. 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

¹³⁴ Criticamente, vid. Carlos Castellvi Monserrat, «Violaciones por engaño?: Sobre el concepto de consentimiento y el objeto del consentimiento sexual», 32.

¹³⁵ De otra opinión, vid. sin embargo Sebastian Keßler, *Sexuelle Täuschungen – Strafbarkeit und Strafzürdigkeit nach deutschem Sexualstrafrecht*, 342; o Carlos Castellvi Monserrat y Marina Minguez Rosique, «Con sigilo y sin preservativo tres razones para castigar el *stealthing*», 8: «desde la perspectiva de la libertad sexual ambas prácticas resultan equivalentes y, por tanto, el «stealthing inverso» también deberá calificarse como abuso sexual».

¹³⁶ Cfr. Andrew Cornford, «Beyond Fair Labelling: Offence Differentiation in Criminal Law», *Oxford Journal of Legal Studies* 42, n.º 4 (2022): 996 y ss.

¹³⁷ En profundidad, Jesús María Silva Sánchez, «El estigma como política pública. El reproche de la pena y las clases de delitos», en *Estudios penales en homenaje al profesor José Manuel Lorenzo Salgado*, eds. Miguel Abel Souto, Santiago B. Brage Cendán, Carlos Martínez-Buján Pérez, Fernando Vázquez-Portomeñe Sejas y Gumersindo Guinarte Cabada (Valencia: Tirant lo Blanch, 2021), 1368.

¹³¹ Elisa Hoven, «Das neue Sexualstrafrecht - Ein erster Überblick», *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, n.º 10 (2020): 581. En las consecuencias, igualmente, Ramón Ragués i Vallés, «El grado de afectación al consentimiento de la víctima: una revisión crítica de la Ley Orgánica 10/2022», 101; el mismo, «Tema 6. Delitos contra la libertad sexual», 141. Ya anteriormente, Carlos Castellvi Monserrat y Marina Minguez Rosique, «Con sigilo y sin preservativo tres razones para castigar el *stealthing*», 5 y ss.; Antoni Gil Pascual, «Stealthing. Sobre el objeto del consentimiento en el delito de abuso sexual», 123 y ss.

¹³² Cfr. en este sentido David Bryden, «Redefining Rape», 461 y ss.

¹³³ En detalle, cfr. Nuria Pastor Muñoz, *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, 104 y ss., 115 y ss.

inherente al injusto del delito de agresión sexual. Y aunque, como muestra Cornford, existen buenas razones contra una excesiva diferenciación de injustos penales¹³⁸, 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 multa¹³⁹, 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 literatura¹⁴⁰: quizás 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.
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 aquél 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.

BIBLIOGRAFÍA

Alcácer Guirao, Rafael. *Delitos contra la libertad sexual: Agravantes específicas*. Barcelona: Atelier, 2004.

Alexander, Larry y Emily Sherwin. "Deception in Morality and Law". *Law and Philosophy*, n.º 22 (2002).

Appel, Jacob M. "Sex rights for the disabled?". *Journal of Medical Ethics* 36, n.º 3 (2010).

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

Bergelson, Vera. "Rethinking Rape-By-Fraud". En *Legal Perspectives on State Power: Consent and Control*, editado por Chris Ashford, Alan Reed y Nicola Wake. Newcastle: Cambridge Scholars Publishing, 2016.

Brown, Campbell. "Sex crimes and misdemeanours". *Philosophical Studies* 177, n.º 5 (2020).

Bryden, David. "Redefining Rape", *Buffalo Criminal Law Review* 3, n.º 2 (2000).

Casas Barquero, Enrique. *El consentimiento en el Derecho penal*. Córdoba: Universidad de Córdoba, 1987.

Castellví Monserrat, Carlos. "¿Violaciones por engaño?: Sobre el concepto de consentimiento y el objeto del consentimiento sexual". *Indret*, n.º 4 (2023).

Castellví Monserrat, Carlos y Marina Minguez Rosique. "Con sigilo y sin preservativo tres razones para castigar el stealthing". *Diario La Ley*, n.º 9962 (2021).

Chadha, Karamvir. "Sexual Consent and Having Sex Together". *Oxford Journal of Legal Studies* 40, n.º 3 (2020).

Chiesa, Luis. "Solving the Riddle of Rape-by-Deception". *Yale Law & Policy Review*, n.º 35 (2017).

Christopher, Russell L. y Kathryn H. Christopher. "Adult Impersonation: Rape by Fraud as a Defense to Statutory Rape". *Northwestern University Law Review* 101, n.º 1 (2007).

Coca Vila, Ivó. "Entre la responsabilidad y la solidaridad. El estado de necesidad defensivo". *Indret*, n.º 1 (2011).

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

—. "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*, n.º 4 (2022).

—. "What's Really Wrong with Fining Crimes? On the Hard Treatment of Criminal Monetary Fines". *Criminal Law and Philosophy*, n.º 16 (2022).

138 Andrew Cornford, "Beyond Fair Labelling: Offence Differentiation in Criminal Law", 998 y ss.

139 Al respecto, con ulteriores referencias, *vid.* Ivó Coca Vila, "What's Really Wrong with Fining Crimes? On the Hard Treatment of Criminal Monetary Fines", *Criminal Law and Philosophy*, n.º 16 (2022): 397 y 404.

140 Una interesante defensa de una tipificación diferenciadora de las diferentes formas de atentado contra la autonomía sexual puede leerse en Victor Tadros, "Rape Without Consent", *Oxford Journal of Legal Studies* 26, n.º 3 (2006): 517 y ss. 536 y ss. Sobre esto mismo, a propósito de la supresión de la diferenciación entre atentados sexuales en la reforma del año 2022, críticamente, *vid.* Juan Antonio Lascurain Sánchez, "Los nuevos delitos sexuales: indiferenciación y consentimiento", en *Comentarios a la ley del "solo si es sí"*, coord. Agustina Sanllehi (Barcelona: Atelier, 2023), 52 y ss.

Cornford, Andrew. "Beyond Fair Labelling: Offence Differentiation in Criminal Law". *Oxford Journal of Legal Studies* 42, n.º 4 (2022).

Corrêa Camargo, Beatriz y Joachim Renzikowski. "El concepto de "acto de naturaleza sexual" en el derecho penal". *InDret*, n.º 1 (2021).

Cowan, Sharon. "Offenses of Sex or Violence? Consent, Fraud, and HIV Transmission". *New Criminal Law Review* 17, n.º 1 (2014).

Cugat Mauri, Miriam "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 *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma*, dirigido por Elena Blanca Marín de Espinosa Ceballos y Patricia Esquinas Valverde. España: Thomson Reuters Aranzadi, 2022.

Di Nucci, Ezio. "Sexual rights and disability?". *Journal of Medical Ethics* 37, n.º 3 (2011).

Díez Ripollés, José Luis. "El objeto de protección del nuevo Derecho penal sexual". *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 6 (2000).

Dougherty, Tom. "Sex, Lies and Consent". *Ethics* 123, n.º 4 (2013).

—. "Deception and consent". En *The Routledge Handbook of the Ethics of Consent*, editado por Andreas Müller y Peter Schaber. Reino Unido: Routledge, 2018.

Dripps, Donald A. "Beyond Rape: An Essay on the Difference between the Presence of Force and the Absence of Consent". *Columbia Law Review* 92, n.º 7 (1992).

Dsouza, Mark. "Undermining Prima Facie Consent in the Criminal Law". *Law and Philosophy*, n.º 33 (2014).

—. "False Beliefs and Consent to Sex". *The Modern Law Review* 85, n.º 5 (2022).

Escudero García-Calderón, Beatriz. *El consentimiento en derecho penal*. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, 2014.

Falk, Patricia. "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*, n.º 123 (2013).

Faraldo Cabana, Patricia. ""Solo si es sí" hacia un modelo comunicativo del consentimiento en el delito de violación". En *Reformas penales en la península ibérica: A "jangada de pedra"?*, editado por María Acale Sánchez, Ana Isabel Miranda y Adán Nieto Martín. España: Boletín Oficial del Estado, BOE, 2021.

Feinberg, Joel. "Victims' Excuses: The Case of Fraudulently Procured Consent". *Ethics* 96, n.º 2 (1986).

Gardner, John. "The Opposite of Rape". *Oxford Journal of Legal Studies* 38, n.º 1 (2018).

Gardner, John y Stephen Shute. "The Wrongness of Rape". En *Oxford Essays in Jurisprudence*, editado por Jeremy Horder. Reino Unido: Oxford University Press, 2000.

Gersen, Jacob E. y Jeannie Suk Gersen. "The Sex Bureaucracy". *California Law Review* 104, n.º 4 (2016).

Gibson, Matthew. "Deceptive Sexual Relations: A Theory of Criminal Liability". *Oxford Journal of Legal Studies* 41, n.º 1 (2020).

Gili Pascual, Antoni. "Stealthing. Sobre el objeto del consentimiento en el delito de abuso sexual". *Cuadernos de política criminal*, n.º 135 (2021).

Greasley, Kate. "Sex, Reasons, Pro Tanto Wronging, and the Structure of Rape Liability". *Criminal Law and Philosophy*, n.º 15 (2021).

Green, Stuart P. "Lies Rape, and Statutory Rape". En *Law and Lies: Deception and Truth-Telling in the American Legal System*, editado por Austin Sarat. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

—. *Criminalizing Sex: A Unified Liberal Theory*. Reino Unido: Oxford University Press, 2020.

Gross, Hyman. "Rape, Moralism and Human Rights". *The Criminal Law Review*, (2007).

Herring, Jonathan. "Does Yes Mean Yes — The Criminal Law and Mistaken Consent to Sexual Activity". *Singapore Law Review*, n.º 22 (2002).

—. "Mistaken Sex". *Criminal Law Review*, (2005).

—. "Rape and The Definition of Consent". *National Law School of India Review* 26, n.º 1 (2014).

—. "Under what circumstances should "sex by fraud" be rape?". *Great Debates in Criminal Law*, (2020).

Herring, Jonathan y Michelle Madden Dempsey. "Why Sexual Penetration Requires Justification". *Oxford Journal of Legal Studies* 27, n.º 3 (2007).

—. "Rethinking the criminal law's response to sexual penetration. On theory and context". En *Rethinking Rape Law. International and Comparative Perspectives*, editado por Clare McGlynn y Vanessa E. Munro. Abingdon: Routledge, 2010.

Horder, Jeremy. "Consent, Threats and Deception in Criminal Law". *King's College Law Journal* 10, n.º 1 (1999).

Hörnle, Tatjana. "Sexuelle Selbstbestimmung: Bedeutung, Voraussetzungen und kriminalpolitische Forderungen". *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 127, n.º 4 (2015).

—. "Rape as Non-Consensual Sex". En *The Routledge Handbook of the Ethics of Consent*, editado por Peter Schaber y Andreas Müller. New York: Routledge, 2018.

Hoven, Elisa. "Das neue Sexualstrafrecht - Ein erster Überblick". *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, n.º 10 (2020).

Hoven, Elisa y Thomas Weigend. "Zur Strafbarkeit von Täuschungen im Sexualstrafrecht". *Kriminalpolitische Zeitschrift*, n.º 3 (2018).

Izquierdo Sánchez, Cristóbal. *Estafas por omisión. El engaño y la infracción de deberes de información*. Barcelona: Atelier, 2018.

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

—. *Coacciones. Explicación de la raíz común a todos los delitos contra la persona*. Colombia: Universidad del Externado 2018.

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

Kindhäuser, Urs. "Täuschung und Wahrheitsanspruch beim Betrug". *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 103, n.º 2 (1991).

Lacey, Nicola. "Unspeakable subjects, impossible rights: Sexuality, integrity and criminal law". *Unspeakable Subjects: Feminist Essays in Legal and Social Theory* 48, (1998).

Larson, Jane E. "Women Understand so Little, They Call My Good Nature 'Deceit': A Feminist Rethinking of Seduction". *Columbia Law Review* 93, n.º 2 (1993).

Lascuráin Sánchez, Juan Antonio. "Los nuevos delitos sexuales: indiferenciación y consentimiento". En *Comentarios a la ley del "solo sí es sí"*, coordinado por Agustina Sanllehi. Barcelona: Atelier, 2023.

Lazenby, Hugh e Jason Gabriel. "Permissible Secrets". *The Philosophical Quarterly*, n.º 68 (2018).

MacKinnon, Catharine. "Feminism, Marxism, Method, and the State: An Agenda for Theory". *Signs* 7, n.º 3 (1982).

—. *Towards a Feminist Theory of the State*. Estados Unidos: Harvard University Press, 1989.

—. "Rape Redefined". *Harvard Law & Policy Review* 10, n.º 2 (2016).

Malón Marco, Agustín. *La doctrina del consentimiento afirmativo*. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2020.

Manzanares Samaniego, José Luis. "El consentimiento en los delitos contra la libertad sexual". *Diario La Ley*, n.º 10142 (2022).

Mañalich Raffo, Juan Pablo. "La violación como delito contra la indemnidad sexual bajo el derecho penal chileno". *Revista Ius et Praxis* 20, n.º 2 (2014).

Masferrer Domingo, Aniceto. *De la honestidad a la integridad sexual*. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2020.

McJunkin, Ben A. "Deconstructing Rape by Fraud". *Columbia Journal of Gender and Law* 28, n.º 1 (2014).

—. "Rape as Indignity". *Cornell Law Review*, n.º 385 (2024).

Mitsch, Wolfgang. *Rechtfertigung und Opferverhalten*. Hamburg: Verlag Dr. Kovač, 1991.

Mona, Martino. *Die Einwilligung im Strafrecht*. Suiza: Bern, 2017.

Murphy, Jeffrie G. "Some Ruminations on Women, Violence, and the Criminal Law". En *Character, Liberty, and Law. Kantian Essays in Theory and Practice*. Dordrecht: Springer, 1998.

Palmer, Tanya. "Distinguishing Sex from Sexual Violation: Consent, Negotiation and freedom to Negotiate". En *Consent: Domestic and Comparative Perspectives*, editado por Alan Reed, Michael Bohlander, Nicola Wake y Emma Smith. Londres: Routledge, 2017.

Pantaleón Díaz, Marta. "Responsabilidad penal y civil médica por defectos de consentimiento informado". En *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, v. 1, editado por Manuel Cancio Meliá, Mario Maraver Gómez, Yamila Fakhouri Gómez, Daniel Rodríguez Horcajo, Gonzalo Basso, Agustín y Jorge Barreiro. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 2019.

Pastor Muñoz, Nuria. *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*. Madrid: Marcial Pons, 2004.

Pawlak, Michael. *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug*. Köln: Heymann, 1999.

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

Pereira Garmendia, Mario. *Buscando un consenso sobre el consentimiento en los delitos sexuales*. Madrid: Editorial Reus, 2021.

Pérez Hernández, Yolín Liztli. "Consentimiento sexual: un análisis con perspectiva de género". *Revista Mexicana de Sociología* 78, n.º 4 (2016).

Pundak, Amit. "Coercion and Deception in Sexual Relations". *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, n.º 1 (2015).

—. "The Law of Deception". *Notre Dame Law Review Online* 93, n.º 172 (2018).

Pundak, Amit, Shani Schnitzer y Binyamin Blum. "Sex, Lies, and Reasonableness: The Case for Subjectifying the Criminalisation of Deceptive Sex". *Criminal Justice Ethics* 41, n.º 2 (2022).

Ragués i Vallès, Ramón. "El grado de afectación al consentimiento de la víctima: una revisión crítica de la Ley Orgánica 10/2022". En *Comentarios a la ley del "solo sí es sí"*, coordinado por José R. Agustina. España: Atelier, 2023.

—. "Tema 6. Delitos contra la libertad sexual". En *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial*, 9ª ed., dirigido por Jesús Silva Sánchez y coordinado Ramón Ragués i Vallès. Barcelona: Atelier, 2023.

Ramos Vázquez, José Antonio. "El engaño como medio comisivo de la agresión sexual: la esterilidad de Naim Darrechi y la nueva cultura del consentimiento". En *Comentarios a la ley del "solo sí es sí"*, coordinado por José R. Agustina. España: Atelier, 2023.

Renzikowski, Joachim. "Primat des Einverständnisses? Unerwünschte konsensuelle Sexualitäten". En *Regulierung des Intimen, Geschlecht und Gesellschaft*, editado por Ulrike Lembke. Wiesbaden: Springer, 2017.

Rönnau, Thomas. *Willensmängel bei der Einwilligung im Strafrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2001.

Roxin, Claus. "Die durch Täuschung herbeigeführte Einwilligung im Strafrecht". En *Gedächtnisschrift für Peter Noll*, editado por Robert Hauser, Jörg Rehberg y Günther Stratenwerth. Zürich: Schulthess, 1984.

Roxin, Claus y Luis Greco. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, v. I, 5ª ed. München: C.H. Beck, 2020.

Rubenfeld, Jed. "The Riddle of Rape-by-Deception and the Myth of Sexual Autonomy". *The Yale Law Journal*, n.º 122 (2013).

Scheidegger, Nora. *Das Sexualstrafrecht der Schweiz. Grundlagen und Reformbedarf*. Bern: Stämpfli Verlag, 2018.

—. "Balancing Sexual Autonomy, Responsibility, and the Right to Privacy: Principles for Criminalizing Sex by

Deception". *German Law Journal*, n.º 22 (2021).

Schulhofer, Stephen J. *Unwanted sex. The Culture of Intimidation and the Failure of Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1998.

Segura García, María José. *El consentimiento del titular del bien jurídico en Derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

Sharpe, Alex. "Criminalising Sexual Intimacy: Transgender Defendants and the Legal Construction of Non-Consent". *Criminal Law Review*, n.º 3 (2014).

—. *Sexual Intimacy and Gender Identity "Fraud". Reframing the Legal and Ethical Debate*. Abindon: Routledge, 2018.

Sherwin, Emily. "Infelicitous Sex". *Legal Theory*, n.º 2 (1996).

Sick, Brigitte y Joachim Renzikowski. "Der Schutz der sexuellen Selbstbestimmung". En *Festschrift für Friedrich Christian Schroeder*, editado por Andreas Hoyer. Heidelberg: C. F. Müller, 2006.

Silva Sánchez, Jesús María. "Las inveracidades de los particulares ante el Derecho penal". En *Simulación y deberes de veracidad*, coordinado por Pablo Salvador Coderch y Jesús María Silva Sánchez. Navarra: Universidad de Navarra, 1999.

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

—. "El estigma como política pública. El reproche de la pena y las clases de delitos". En *Estudios penales en homenaje al profesor José Manuel Lorenzo Salgado*, editado por Miguel Abel Souto, Santiago B. Brage Cendán, Carlos Martínez-Buján Pérez, Fernando Vázquez-Portomeñe Seijas y Gumerindo Guinarte Cabada. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021.

Sparrow, Robert. "Masturbation, Deception, and Rape". *Journal of Applied Philosophy* 39, n.º 5 (2022).

Spina, Alessandro. "Harmless Rapes?". *Diritto & Questioni Pubbliche*, n.º 10 (2010).

Srinivasan, Amia. *The Right to Sex. Feminism in the Twenty-First Century*. New York: Farrar, Starus and Giroux, 2021.

Stannard, Atli. "When Failure to Disclose HIV-Positive Status Vitiates Consent to Sex in Canada". *Journal of Commonwealth Criminal Law*, (2012).

Tadros, Victor. "Rape Without Consent". *Oxford Journal of Legal Studies* 26, n.º 3 (2006).

—. "Beyond the Scope of Consent". *Philosophy & Public Affairs* 50, n.º 4 (2022).

—. "Consent to Sex in an Unjust World". *Ethics* 131, n.º 2 (2021).

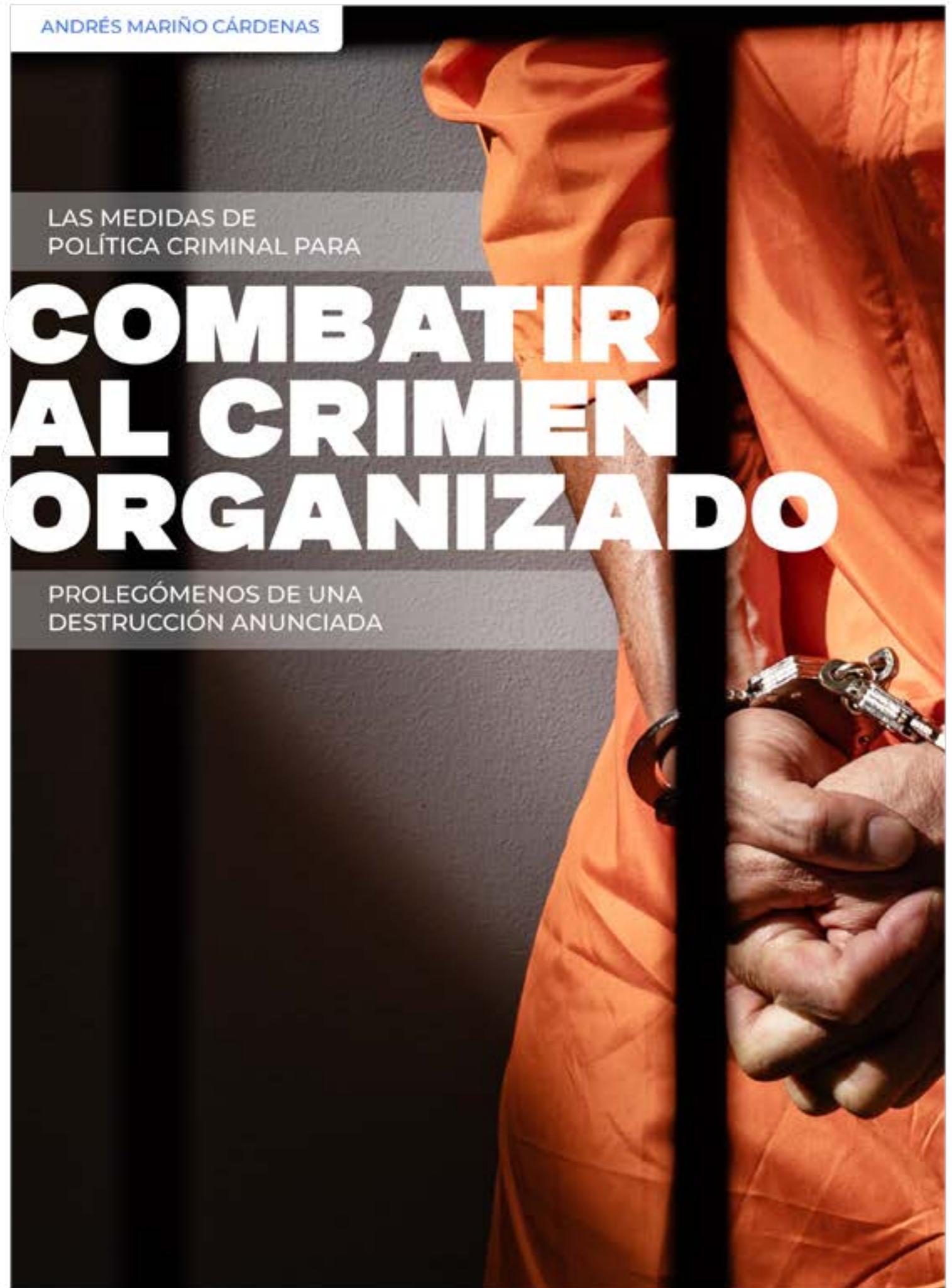
Tilton, Emily y Jonathan Jenkins Ichikawa. "Not What I Agreed To: Content and Consent". *Ethics* 132, n.º 1 (2021).

Vavra, Rita. "Täuschungen als strafbare Eingriffe in die sexuelle Selbstbestimmung?". *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, n.º 12 (2018).

—. *Die Strafbarkeit nicht-einvernehmlicher sexueller Handlungen zwischen erwachsenen Personen*. Alemania: Nomos, 2020.

Wall, Jesse. "Sexual Offences and General Reasons Not to Have Sex". *Oxford Journal of Legal Studies* 35, n.º 4 (2015).

Wertheimer, Alan. *Consent to Sexual Relations*. Reino Unido: Cambridge University Press, 2010.



“Cuando un hijo de los gigantes de hielo fue encadenado, fueron los temblores de su lamento lo que provocó el Ragnarok, el fin del mundo.”

1. INTRODUCCIÓN

Desde que existe el ser humano, ha existido el crimen. Este fenómeno social, entendido de forma aislada, consiste en una conducta que es desaprobada, reprochada y sancionada a nivel del colectivo, por cuanto estima que sus efectos a nivel general alteran la cohesión y estabilidad social. De esta forma, el crimen es una constante en toda sociedad humana¹, variando su consideración y valoración dependiendo del lugar y momento en que se lo analiza y combate, puesto que lo que se valora como un crimen en un espacio y tiempo determinados, puede que no lo sea en otro espacio y tiempo. Con el avance de la tecnología, no solo las actividades prosociales se han visto perfeccionadas, sino también las antisociales, especialmente en el ámbito de ciertos tipos de criminalidad que conllevan una mayor complejidad en sus distintas formas de manifestación. Uno de estos es el crimen organizado, un tipo de criminalidad en específico que ha ganado un espacio considerable dentro de las sociedades humanas, ya que sus ramificaciones e incidencia son de tal nivel que pueden operar de manera transnacional, provocar daños no solo a nivel micro, sino también macro de manera menos perceptible e incluso más dañina, y constituir un patógeno corrosivo que afecta a la propia institucionalidad de varias naciones.

El Ecuador no ha sido un escenario ajeno a este tipo de criminalidad en concreto, donde los actuales niveles de inseguridad, violencia, corrupción y muchos otros elementos nocivos que aquejan al Estado como tal, se encuentran completamente relacionados al crimen organizado como epicentro que corrompe y atenta contra diversos ámbitos del país. Esto, por ejemplo, conlleva que se contamine a la criminalidad común, que se agrave la corrupción en el seno del gobierno, que se genere incertidumbre a nivel de inversión extranjera, que profesionales y personal capacitado abandone el país, entre muchos otros efectos. Por lo tanto, es necesario entender y enfrentar a este fenómeno criminal desde una perspectiva tanto teórica, como práctica, para saber cuáles mecanismos son más efectivos al momento de combatir al crimen organizado, entender al mismo como fenómeno criminal, no confundirlo con otros tipos de criminalidad como el terrorismo o la criminalidad juvenil y, de esta manera, planificar de manera estratégica las medidas de política criminal más efectivas. Es imperativo señalar que, a modo de advertencia, este trabajo no ofrece una panacea como solución definitiva para adoptar mecanismos que se encuentran corroborados a nivel empírico para eliminar al crimen

¹ Pilar Sacoto de Merlyn, *Introducción a la criminología* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones CEP, 2016).

organizado. Lo que busca es posicionar al mismo como un tipo de criminalidad latente en el Ecuador, entender en qué consiste y cómo se ha manifestado en este país y, de esta forma, analizar qué mecanismos pueden ser los más efectivos para reducir lo más posible sus efectos nocivos. Esto también incluye entender que, a nivel de interacciones sociales complejas, los cambios no pueden basarse solamente en medidas de corto plazo, ya que como sociedad ecuatoriana estamos acostumbrados a buscar aquello que se pueda evidenciar directa y rápidamente. Al contrario, las medidas a largo plazo son aquellas en las que debemos enfocarnos, que toman tiempo y distintos escenarios, ya que se deben implementar lenta y paulatinamente si queremos realmente evidenciar una modificación con efectos positivos respecto del crimen organizado. Por ello, así como se ha gestado y contagiado en el Ecuador el crimen organizado de manera imperceptible y lenta, así también los mecanismos de combate al mismo deben ser introducidos para que puedan surtir efecto.

De esta forma, el objetivo principal es evidenciar un problema latente que aqueja a la sociedad ecuatoriana, a través del cual se han adoptado muchos mecanismos, la mayoría de ellos inefectivos, pues han agravado la situación, o en su defecto, ni siquiera han servido para evidenciar un cambio. Así, se explicará el panorama en general del crimen organizado en el Ecuador y qué ha hecho el Ecuador hasta el momento con base en la información disponible, para entonces proceder a explicar qué se propone que debiese hacerse como política criminal, especialmente enfocada a combatir el crimen organizado desde la criminología como tal.

2. ORIGEN E INFILTRACIÓN DEL CRIMEN ORGANIZADO EN ECUADOR

Ecuador inició el 2025 con más de un asesinato cada hora, la mayoría de ellos relacionados al crimen organizado². Las conocidas bandas criminales han logrado infiltrarse en distintos estratos sociales hasta el punto de que es muy difícil poder combatirlas de manera individual, construyendo redes de operación menos visibles y casi imperceptibles con el objetivo de dedicarse a negocios ilícitos y recurriendo a la fuerza o a la corrupción en caso de que sus actividades se vean amenazadas. A esto, es innegable un crecimiento exponencial de la violencia a nivel sistemático en distintos puntos del país, especialmente en puntos específicos de la zona costera y la frontera, debido a la falta de control, propiedades geográficas y puntos de acceso para rutas al exterior. Antes de abordar el acercamiento criminológico al crimen organizado, se deben puntualizar ciertos aspectos para comprender al fenómeno en su integralidad. El crimen organizado ha tenido una incidencia tan grande en nuestro país debido a distintos factores, de los cuales el principal es que no puede existir crimen organizado sin ausencia, carencia o aquiescencia estatal. Una de las premisas claves que no puede existir crimen organizado sin Estado³, es una relación compleja en la cual, el Estado, con base en lo que demande o necesite la sociedad, dictamina qué conductas son aceptadas a nivel social y cuáles no, lo cual enmarca el campo de juego de lo que es legal o no y así permite nacer mercados ilícitos. Con ello, si el Estado no mantiene una constante presencia en ciertos sectores, es decir, es ausente, o si mantiene una presencia débil, es decir, carente, o si aun teniendo una presencia fuerte, permite que opere de manera

consciente y voluntaria, es decir, aquiescencia, crea el escenario perfecto para que pueda originar, desarrollar y afianzarse el crimen organizado. De esta manera, comprendiendo la forma en que se maneja la dinámica entre crimen organizado y Estado, cabe entonces mencionar que actualmente, en el Ecuador, el crimen organizado se encuentra en una fase de simbiosis⁴, mezclado como un actor dentro del sistema económico, que incluso puede ser difícilmente reemplazable, ya que se encuentra afianzando a nivel institucional en distintas ramas gubernamentales y grupos sociales, lo cual hace más difícil su identificación, pero no imposible.

Frente a este panorama de incertidumbre y de inestabilidad, la inseguridad incrementa día a día, lo cual influye directamente en varios segmentos sociales tales como el trabajo, la educación, la economía, entre otros, probando un efecto cadena que poco a poco consume la vida de quienes viven en el Ecuador y optan por buscar medidas de salvación como lo sería, por ejemplo, desconocer la cualidad de personas de aquellos relacionados con los grupos criminales organizados, para primar la seguridad sobre las garantías inherentes a la condición de ser humano. De esta manera, optar por medidas represivas que anulen muchas veces el respeto por derechos básicos, es decir, de mano dura, no ha sido la mejor opción, pues ello puede repercutir en que se responda con más violencia por parte de estos grupos criminales, o en su defecto, los mismos siguen operando con normalidad sin evidenciarse un decrecimiento en las actividades ilícitas⁵. Lo innegable es que, a medida que sus actividades avanzan y se afianzan, la criminalidad común se ve indudablemente contaminada por el tipo de violencia específico que usa el crimen organizado, provocando que las personas tengan una percepción de mayor inseguridad, que negocios lícitos dejen de operar por miedo a la extorsión, mejor conocidas como vacunas⁶, que funcionarios y autoridades sean influenciados ya sea por amenazas o por sobornos y de esta manera se pierda la efectividad institucional en el combate y aumente la desconfianza de las personas en el Estado. Todo este cúmulo de cuestiones obligan al Estado a adoptar medidas que sean efectivas en el combate contra el crimen organizado. El problema reside en que, hasta ahora, las autoridades no adoptan medidas que aparenten ser efectivas, en virtud de que no ha existido un decrecimiento en las actividades tanto ilícitas como de violencia por parte de los grupos criminales organizados. Por ejemplo, con la adopción de normativa, como lo serían la Ley Orgánica de Solidaridad Nacional o la Ley Orgánica de Inteligencia, aprobadas en junio de 2025, mismas que han sido fuertemente criticadas por organizaciones no gubernamentales como Human Rights Watch⁷. También, se ha optado por emitir varios estados de excepción que, como lo ha determinado la propia Corte Constitucional, se ha "desnaturalizado" hasta el punto de que "no se apliquen las herramientas jurídicas ya existentes en el ordenamiento jurídico y, por otro lado, que no se creen otros mecanismos que son necesarios para afrontar el problema dentro del régimen constitucional ordinario"⁸. Finalmente, también se creó al Consejo de Política Criminal como un órgano colegiado interinstitucional adscrito a la Función Ejecutiva, cuyas funciones son la coordinación, diseño y evaluación de la política criminal del Estado. Sin embargo, hasta el momento no ha expedido su reglamento definitivo, no se ha creado su unidad técnica

4 Cristian Ordoñez, *Ecuador en guerra-La paulatina penetración del crimen organizado* (Ecuador: Parentética, 2024).

5 Juan Albarracín, *Crímen Organizado en América Latina. Paz y Seguridad*.

6 Liz Briceño Pazmiño, "Te explicamos el cobro de "vacunas" en el Ecuador", GK, 13 de abril de 2023, <https://gk.city/2022/09/15/cobro-vacunas-extorsivas-ecuador/>.

7 Human Rights Watch, "Ecuador: Nuevas leyes amenazan derechos. Seguridad privacidad y garantías procesales en peligro", Human Rights Watch, 19 de junio de 2025, <https://www.hrw.org/es/news/2025/06/19/ecuador-nuevas-leyes-amenazan-derechos>.

8 Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, "Dictamen 1-25-EE/25", en Caso n.o: 1-25-EE, 21 de febrero de 2025.

2 Primicias, "Ecuador registró un 58% más de homicidios en el primer cuatrimestre de 2025", Primicias, 21 de mayo de 2025, <https://www.primicias.ec/seguridad/ecuador-aumento-homicidios-muertes-violentas-primer-cuatrimestre-datos-ministerio-interior-96741/>.

3 Juan Albarracín, *Crímen Organizado en América Latina. Paz y Seguridad* (Ecuador: Friedrich-Ebert-Stiftung (FES), 2023).

permanente ni se ha garantizado presupuesto para estudios criminológicos como tal. Es decir, no ha estado operando desde su creación en 2023⁹. Por tanto, el presente artículo busca ofrecer otra perspectiva al respecto, haciendo uso de una ciencia que poco o nada ha sido aplicada en el Ecuador, con el afán de que otros enfoques puedan ser puestos en consideración y de esa manera, se puedan obtener resultados distintos en la lucha contra este tipo de criminalidad tan aberrante e incisiva a nivel social.

3. LA CRIMINOLOGÍA

La criminología es una ciencia social empírica y multidisciplinaria, cuyos objetos de estudio principales son el crimen, el criminal, la criminalidad, la víctima y los sistemas de reacción y control social¹⁰. Dentro del objeto criminalidad, la criminología estudia de manera abstracta a distintos fenómenos criminales, tales como la delincuencia juvenil, crímenes de guerra, crímenes ambientales, y entre ellos, al crimen organizado. Esto lo interrelaciona con otro ámbito de aplicación de la criminología conocido como la política criminal, misma que es analizada dentro del objeto de estudio de los sistemas de reacción y control social. La política criminal como tal se define como el conjunto de medidas que adopta, permite o tolera una organización social, generalmente el Estado, para combatir al fenómeno criminal¹¹. El Derecho penal, como tal, sería parte de una política criminal, al estimar que es una de las formas más comunes de reacción por parte del Estado ante el cometimiento de conductas que desestabilizan o amenazan la cohesión social y que, en consenso, se determina que son desaprobadas o rechazadas por la mayoría, lo cual incluye necesariamente la imposición de un castigo. Con esta breve introducción, este artículo tiene como objetivo ofrecer una posible forma de abordar este fenómeno criminal tan complejo y tan profundamente arraigado en el Ecuador, para que, de esa manera, se puedan tomar medidas que puedan ser más efectivas, ya sea al desestructurar con mayor tiempo de prolongación a estructuras criminales, desincentivar la captación de nuevos miembros, eliminar el interés en mercados ilícitos o, en su defecto, reducir exponencialmente los niveles de violencia que azotan actualmente al país. Con esto, se recuerda que lo que se propone no constituye una panacea tan esperada, simplemente una manera concreta de cómo poder enfrentarse al problema y de esa forma, también adoptar mecanismos integrales que incluyan respuestas por parte de distintos sectores sociales, ya sean culturales, políticos, económicos, civiles, de salud, de educación, entre otros, pues al ser un fenómeno criminal tan complejo, no puede ser combatido desde una sola arista y requiere el intercambio multidisciplinario de varios enfoques. Aparte, también se debe tener en cuenta que la criminología como tal opera desde el enfoque preventivo, no punitivo, con la principal tarea de impedir que vuelvan a incurrirse en fenómenos criminales a futuro, para lo cual puede analizar y ofrecer explicaciones teóricas sobre el origen de actividades criminales que permitan desarrollar medidas prácticas tanto a nivel de disuasión (antes de que se cometa un crimen), de obstaculización (cuando un crimen se está cometiendo) o de restauración (cuando ya se ha cometido un crimen y debe atender al tejido social afectado).

4. PLAN DE COMBATE

Con el objetivo de determinar medidas efectivas a nivel de política criminal para combatir al crimen organizado, es necesario manejar conceptos claros y bien definidos para que, de esta manera, se pueda saber qué se está combatiendo y cómo se lo está combatiendo. Cuando se habla de crimen organizado, ¿a qué nos estamos refiriendo? Varios criminólogos han tratado de definir u otorgar una forma de analizar a este fenómeno criminal, esto desde el punto de vista meramente criminológico, ya que, desde el punto de vista jurídico, existe también su propia definición, misma que variará desde la perspectiva de cada ordenamiento jurídico y los objetivos a los cuales se busque llegar con el sistema penal de cada país. A su vez, también se ha formulado una definición a nivel internacional, donde la Organización de las Naciones Unidas a través de la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional o "Convención de Palermo", estableció en el literal a) del artículo 2 que se denomina crimen organizado a la siguiente forma de actividad criminal:

Por "grupo delictivo organizado" se entenderá un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material.¹²

Esta ha sido una aproximación muy necesaria y fundamentada que se ha utilizado como referente o punto de partida en muchos análisis y estudios sobre el crimen organizado.

Sin embargo, con base en los objetivos específicos de este artículo, se propone entender al crimen organizado desde la perspectiva criminológica como una agrupación de dos o más personas que, bajo una estructura, busca dominar, controlar o mantener un mercado ilícito con fines eminentemente económicos. Es decir, entender de manera moderna al crimen organizado como una criminalidad de mercado, cuya naturaleza es empresarial y lucrativa¹³. Esta definición es flexible, pues permite adaptarla a distintas formas de manifestación de crimen organizado, algunas de las cuales ni siquiera operan en lugares físicos, sino de manera virtual mediante sistemas de procesamiento de datos (como la cibercriminalidad), lo cual hace que sea más difícil su combate si se traspasan espacios geográficos físicos como las fronteras y por ello obtiene la calidad de transnacional. El punto de abordar como grupos de personas dedicadas a controlar un mercado ilícito, primero, enfoca la atención en el principal objetivo que persigue la criminalidad organizada: el dinero. Ya sea de forma directa con cualquier forma de moneda, o de forma indirecta con cualquier bien que pueda ser cuantificable en alguna moneda. En este punto, es imperativo recordar que el crimen organizado tiene fines económicos, eminentemente materiales y medibles. Esto es relevante ya que, con esta premisa, se pueden diseñar mecanismos para combatir al crimen organizado desde la obtención de beneficios económicos, además de no confundir a este tipo de criminalidad con otras formas de criminalidad, pero que no son lo mismo. Por ejemplo, el terrorismo, conocido como una forma de criminalidad en la cual el objetivo principal es desestabilizar a la sociedad mediante presión psicológica con una base política o del

9 El Universo, "Consejo y Ministerio de Política Criminal debieron empezar a funcionar hace casi un año, pero esa disposición legal no se ha cumplido", *El Universo*, 28 de enero de 2024. <https://www.eluniverso.com/noticias/politica/consejo-y-ministerio-de-politica-criminal-debieron-empezar-a-funcionar-hace-casi-un-ano-pero-esa-disposicion-legal-no-se-ha-cumplido-nota/>.

10 Santiago Redondo Illescas y Vicente Garrido, *Principios de Criminología*, 4ta edición (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013).

11 Nieves Sanz Mulas, *Política Criminal, Presente y Futuro* (Colombia: Grupo Editorial Ibáñez, 2018).

12 ONU Asamblea General, Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, 15 de noviembre de 2000, A/RES/55/25.

13 Marita Barreto, "El crimen organizado y la corrupción gubernamental", *Criminalidad organizada y corrupción en el poder. Aspectos problemáticos II*, (2024): 15-34.

uso del poder, utilizando como mecanismo principal la violencia o violencia extrema¹⁴, fenómeno criminal con el cual es posible incluso una simbiosis, pues justamente no son lo mismo¹⁵. Al contrario, el crimen organizado no recurre a la violencia a menos que sea enteramente necesario, por lo tanto, la violencia inherente al crimen organizado es instrumental, manifestada más de forma simbólica como una muestra de hegemonía para controlar territorios, posicionarse en un mercado o mandar un mensaje tanto a otros grupos criminales, como al Estado o a la sociedad. De acuerdo con la lenta infiltración del crimen organizado en el Ecuador, es claro que desde el 1980 ha logrado consolidarse hoy en día como el tipo de criminalidad que más abunda en nuestra región¹⁶, y es menester señalar que, contando a partir de ese año, recién hubo una escalada de violencia exponencial desde el 2021 con la crisis carcelaria¹⁷, lo cual evidencia que no es necesaria de forma directa en las operaciones del crimen organizado la violencia, como sí lo es para el terrorismo, por ejemplo. Otro aspecto importante a tener en cuenta en este sentido, es que el crimen organizado utiliza también de forma instrumental otro fenómeno delictivo muy conocido: la corrupción¹⁸. La corrupción como tal constituye otro universo de análisis criminológico, sin embargo, el propósito aquí es comprender que la violencia no es inherente al crimen organizado, al igual que la corrupción, solo recurren a la misma en caso de ser necesario. Con estas precisiones, la siguiente propuesta es determinar qué tipos de grupos criminales organizados podemos encontrar y cómo operan.

5. PRIMERA FASE: IDENTIFICACIÓN

Con base en la información obtenida principalmente por registros de fuerzas públicas, equipos periodísticos y entrevistas a personas locales, se puede determinar que los grupos criminales organizados con más capacidad de operación, miembros, recursos, control geográfico y capacidad de influencia o de hegemonía en el Ecuador son seis: 1) Los Choneros; 2) Los Tiguerones; 3) Los Lobos; 4) Los Latin Kings; 5) Los Chone Killers; y, 6) Los Lagartos¹⁹. El resto de los grupos son ramificaciones de los principales, cada uno operando como brazos armados, escudos en territorios, vigilancia de productos ilícitos, entre otros, dependiendo del lugar y del mercado al que se dediquen. Sin embargo, ¿qué son? Para ello, es muy importante distinguir entre las diferentes agrupaciones que existen dentro del crimen organizado, como lo son mafias, carteles, bandas, entre otras. Las mafias se definen como un grupo organizado compuesto por una estructura jerárquica fuertemente conectada o vinculada por lazos familiares, sea por sangre o por matrimonio, que surge ante la ausencia estatal para suplir ese espacio de poder mediante el control de negocios ilícitos²⁰. El código de honor es clave en este tipo de grupo criminal, donde se exige y demanda lealtad, además de que existe una capacidad operativa mayor, con mayor organización, recursos, miembros y control de mercados ilícitos a nivel internacional, esto considerando que esta agrupación fue la primera en originarse desde que se empezó a hablar de crimen organizado en Estados Unidos en

el siglo XX²¹. A su vez, los carteles son estructuras criminales también jerarquizadas, pero sin ese aspecto de lealtad exigido, sino operando como una empresa sin fuertes lazos familiares, con el objetivo específico de control sobre mercados ilícitos que surge ante la carencia o debilidad estatal mediante redes de operación transnacional²². Tiene una forma de organización, afianzamiento y control de dichos mercados muy alta, pero menor en comparación a la mafia debido a su más reciente formación a nivel sociológico. Finalmente, se encuentran las bandas, que, por estar en el último escalón, poseen un menor sistema de organización y control de mercados ilícitos en comparación a las mafias o los carteles y operan de manera muy similar a pandillas juveniles, pero con más capacidad de actividad y objetivos eminentemente económicos, mediante la incursión en mercados ilícitos a mayor escala. Esto, por cuanto las pandillas se caracterizan por constituir más un grupo en el cual adolescentes buscan un sentido de pertenencia en su desarrollo de la personalidad ante vacíos sociales²³, sin que se afiance su carrera criminal como en las mafias, carteles o bandas. En el Ecuador, se han identificado a bandas callejeras y bandas carcelarias²⁴, donde las primeras operan precisamente en las calles, mientras que las otras han tomado control de las cárceles, y existen supuestos en los cuales una misma banda puede ser tanto callejera como carcelaria. En este punto, se debe recalcar que esta diferenciación permite abordar distintos mecanismos de aproximación para comprender el sentido y manera en las cuales están estructurados estos grupos. Se recalca que no es exhaustiva, sino introductoria y nada obsta que se puedan identificar otras formas de agrupación, ya que el punto es poder diferenciar qué tipo de agrupación existe y así, proceder con el siguiente paso, que es la identificación de mandos altos, mandos medios y mandos bajos. Al identificar mandos altos, medios y bajos, se puede entonces analizar la manera en que está compuesta la estructura jerárquica, donde es más efectivo enfocarse en mandos bajos, que son el escaño más numeroso y el que menos recursos, control o dirección ejerce en la estructura, pero, sin embargo, son su infantería de la cual depende toda la estructura como base para la realización de las distintas operaciones ilícitas a las que se dedica la agrupación. Una vez identificados y diferenciados todos los niveles, lo siguiente que debe hacerse es examinar y especificar la manera en que opera el grupo criminal, tanto en uso de células (agrupaciones de personas en un territorio físico) o redes (conexiones de información a través de sistemas artificiales). Actualmente, las mafias se han decantado también por utilizar redes, aún cuando desde sus orígenes han operado principalmente por células fuertemente afianzadas en comunidades locales, lo que muestra cambios a nivel criminológico en la manera en que operan los grupos criminales con el objetivo de controlar mercados ilícitos. Averiguar todos estos datos es la manera más efectiva de entender a qué tipo de grupo criminal se está enfrentando el Estado para que, así, se pueda diseñar medidas concretas destinadas tanto a nivel de búsqueda, captura, procesamiento y seccionamiento, como a futuro para desarticular efectivamente a las organizaciones criminales. Lo clave en este sentido es la información y el manejo de la misma, pues, de lo contrario, no se puede fortalecer a las fuerzas públicas, ya sea con miembros, recursos o entrenamiento, sin entender a qué se están enfrentando y cómo lo están haciendo. Por último, el siguiente paso en esta fase de identificación, consiste en determinar a qué mercado o mercados ilícitos se dedica la agrupación. De acuerdo

14 Santiago Redondo Illescas y Vicente Garrido, *Principios de Criminología*.

15 Luis de la Corte Ibáñez, "¿Hasta qué punto convergen el terrorismo global y la criminalidad organizada?: parámetros generales y escenarios críticos", *Revista del Instituto Español de Estudios Estratégicos*, n.º 1 (2013): 1-28.

16 Cristian Ordoñez, *Ecuador en guerra-La paulatina penetración del crimen organizado*.

17 James Bargent, *El sistema penitenciario en Ecuador-historia y retos de un epicentro del crimen* (Washington DC: InSight Crime, 2024).

18 Marita Barreto, "El crimen organizado y la corrupción gubernamental".

19 Cristian Ordoñez, *Ecuador en guerra-La paulatina penetración del crimen organizado*.

20 Maurizio Catino, "How Do Mafias Organize? Conflict and Violence in Three Mafia Organizations. European Journal of Sociology", *European Journal of Sociology* 55, n.º 2 (2014): 177-220, <http://www.jstor.org/stable/24467498>.

21 Santiago Redondo Illescas y Vicente Garrido, *Principios de Criminología*.

22 Letizia Paoli, Bryan Peters y Peter Reuter, "Is the Sinaloa Cartel a Mafia?", *The British Journal of Criminology* 64, n.º 1 (2024): 157-174, <https://doi.org/10.1093/bjc/azad004>.

23 Secretaría General de la Organización de Estados Americanos, "Definición y categorización de pandillas, resumen ejecutivo", *Departamento de Seguridad Pública*, junio de 2007, <https://scm.oas.org/pdfs/2010/CP24081S-2.pdf>.

24 James Bargent, *El sistema penitenciario en Ecuador-historia y retos de un epicentro del crimen*.

con los estudios realizados por Global Initiative against Transnational Organized Crime²⁵ (Iniciativa Global en contra del Crimen Organizado Trasnacional o GITOC), existen 14 mercados criminales en los cuales los grupos criminales organizados se disputan el control de la oferta y demanda en Ecuador:

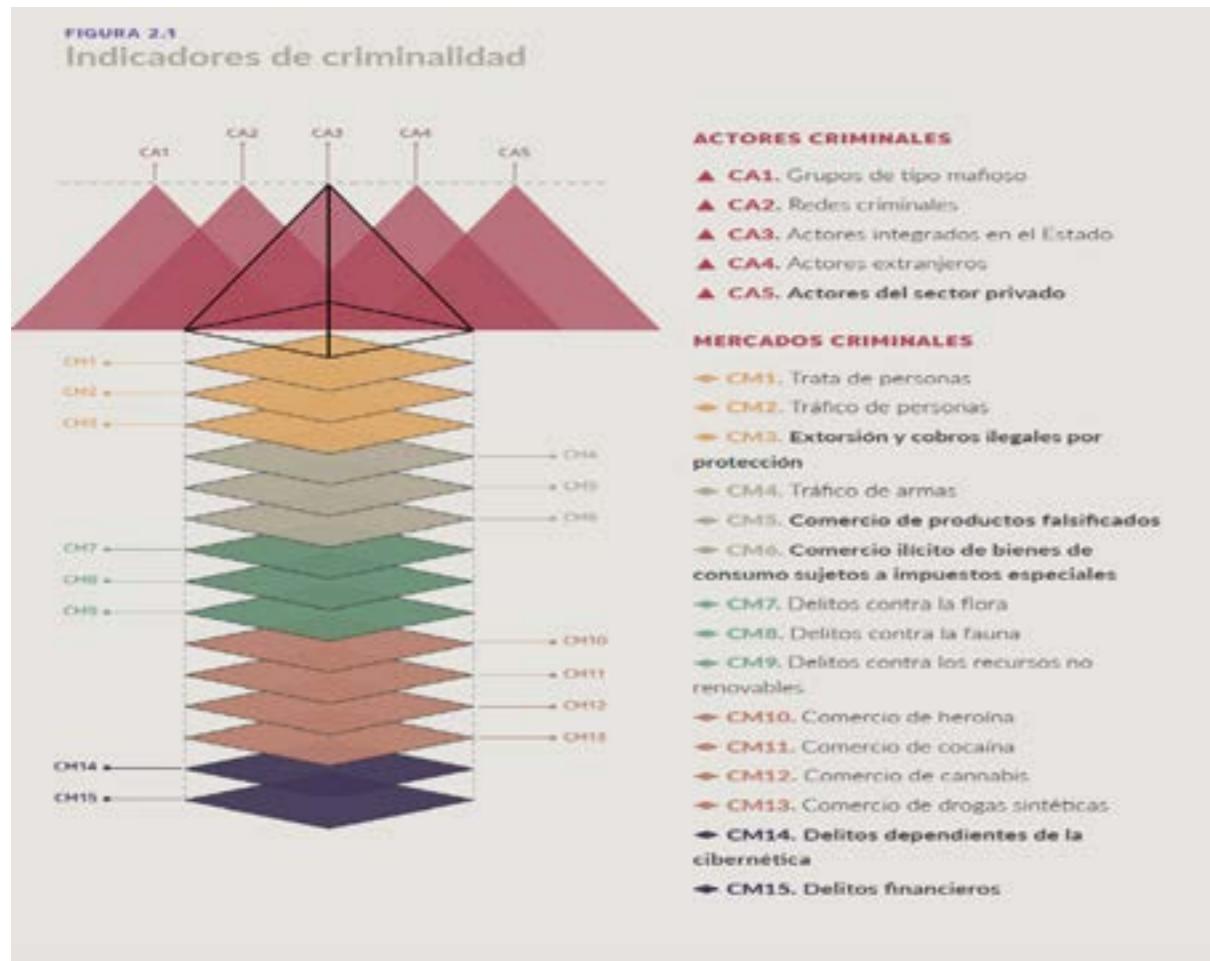


Figura 5.1. Indicadores de criminalidad.

Fuente: Índice global de crimen organizado 2023, GITOC.

En estos mercados, con base en la información provista por el Observatorio Ecuatoriano de Crimen Organizado (OECO), los principales mercados ilícitos a los que se dedica el crimen organizado en el Ecuador son estos:

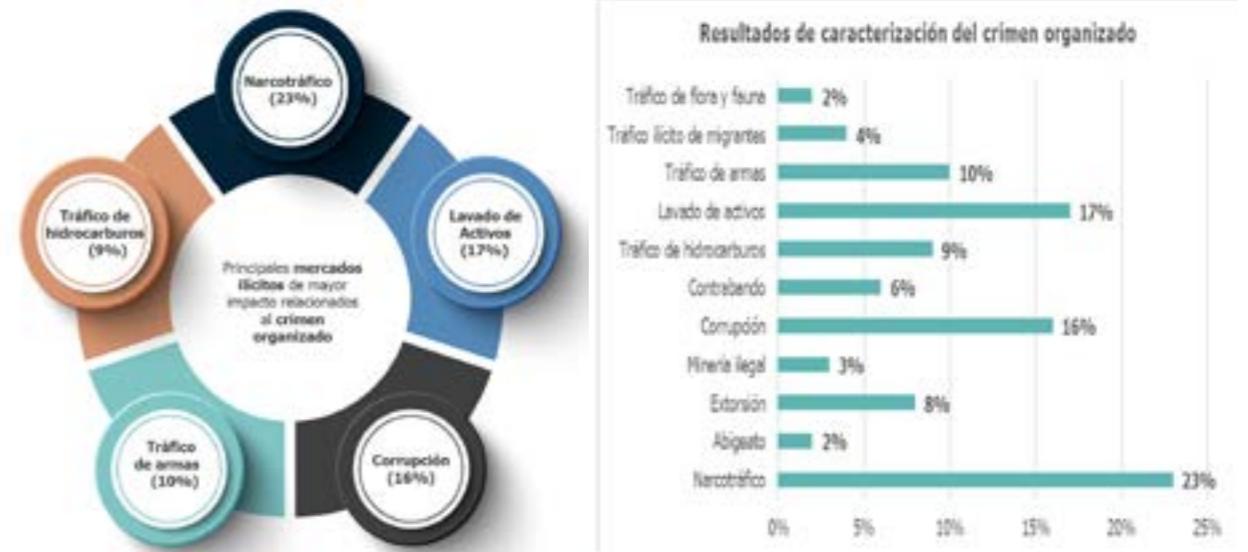


Figura 5.2. Caracterización del crimen organizado 2023.

Fuente: Observatorio Ecuatoriano de Crimen Organizado.

A su vez, es necesario también tener claro e identificar con qué tipo de grupos criminales organizados tiene contacto las bandas callejeras y carcelarias en nuestro país. Según reportes de inteligencia, las conexiones existentes serían con mafias albanesas y carteles tanto mexicanos como colombianos²⁶. Determinar el campo de operación de la banda y cómo se relaciona u opera con otros grupos criminales organizados cuya matriz o base de operaciones principal no es el Ecuador, permite también desarrollar estrategias conjuntas con otros países, para de esa manera evidenciar el mercado ilícito y cómo opera para adoptar medidas efectivas que contrarresten sus actividades ilícitas.

Así, se puede entonces concluir que, en la fase de identificación, la recabación de información es imperativa, manejando conceptos claros e incluso adaptando o modificando los mismos según las exigencias de la práctica para entonces enfocar las medidas y respuestas de manera más efectiva. Esto se evidencia principalmente por la confusión de denominar a los grupos criminales organizados como "grupos armados" por motivos de la declaración de un conflicto armado interno no internacional. La lógica dentro de este tipo de conflictos es que hablamos de grupos que tienen una capacidad operativa mucho mayor a la de una mafia, cartel o banda, que tiene un control indiscutible y material de una zona o espacio geográfico en el cual ejerce atribuciones como un Estado no reconocido, pero principalmente, que se dedica al uso de la violencia, es decir, alzados en armas, para combatir en un grado militar y en un plano de igualdad frente al propio aparataje estatal. De esta manera, entender la distinción entre lo que es el crimen organizado y un conflicto armado es lo que permite identificar medidas que se enfoquen en cada fenómeno criminal, sin desconocer sus orígenes, entendiendo su estructura, su capacidad operativa, sus fines y así, diseñar planes estratégicos para desarticular.

²⁵ Global Initiative against Transnational Organized Crime, Índice global de crimen organizado (Ginebra: Global Initiative Against Transnational Organized Crime, 2023).

²⁶ Cristian Ordoñez, Ecuador en guerra-La paulatina penetración del crimen organizado; Observatorio Ecuatoriano de Crimen Organizado, Caracterización del Crimen Organizado, Versión Corta (Ecuador: Observatorio Ecuatoriano de Crimen Organizado, 2023).

6. SEGUNDA FASE: MEDIDAS DE CORTO Y LARGO PLAZO

Después de haber identificado a qué tipo de criminalidad organizada se está enfrentando, el siguiente paso es desarrollar las medidas concretas que servirán para poder contrarrestar sus actividades ilícitas. Para ello, también se debe considerar qué tipo de medidas pueden ser adoptadas de manera inmediata para que puedan tener efectividad en el corto plazo, es decir, para detener la operatividad de grupos criminales organizados, y qué medidas se deben tomar en el largo plazo, lo cual conlleva una planificación a futuro y analizar los cambios a medida que se van suscitando para de esa manera tener una retroalimentación que permita comprender si funcionan o no con base en dicha proyección. Cabe recalcar también que, a nivel criminalógico, se considera que las medidas de largo plazo son aquellas más efectivas pues son las más duraderas y que disuaden de manera más efectiva el cometimiento de futuros crímenes²⁷. Sin embargo, esto no obsta que también deban tomarse medidas inmediatas que surtan efecto lo antes posible considerando el nivel de incidencia y de afectación que producen las actividades del crimen organizado. La clave es compatibilizar ambas medidas y adoptar aquellas imperativas según el punto en que se encuentre el desarrollo y actividad de dichos grupos, en particular en el uso de la violencia contra la sociedad. En este punto, es necesario que las medidas se ajusten a cada grupo criminal dependiendo de su estructura, miembros, mercado ilícito, etc., sin embargo, se proponen considerar las siguientes que pueden servir de manera general para las bandas que operan actualmente en el Ecuador. La primera medida consiste en entrenar debidamente a las fuerzas del orden interno ecuatoriano, esto es, policía y grupos especializados. Recurrir a los militares, aquellos que constituyen la última línea de defensa y cuyo entrenamiento no está enfocado en controlar amenazas para mantener el orden interno, sino en neutralizar amenazas para defender la soberanía nacional, hasta el momento, ha demostrado ser inefectivo, en virtud de que, aun militarizadas muchas partes del país, no ha disminuido el nivel de violencia en el Ecuador, más bien, se ha agravado. Con un debido entrenamiento de miembros policiales, especializados en combate a criminalidad violenta, se puede lograr un mejor acercamiento hacia comprender de qué manera enfrentar grupos organizados que operan en la clandestinidad y recurren a mecanismos de violencia extrema en muchos casos como forma de afianzar su dominio. Con esto, se puede solicitar la asistencia de países que tengan fuerzas internas que se hayan enfrentado a criminalidad organizada violenta y, al menos, hayan logrado reducir su nivel de impacto, sin desconocer la calidad de ser humano de incluso aquellos que desconocen la normativa, tales como Italia, Japón o Alemania. Dentro de esta misma medida, esto permitirá también mejorar el uso de tecnologías para la obtención, intercambio, procesamiento y aplicación de información, es decir, los sistemas de inteligencia que permitan realizar planificación estratégica, identificar puntos calientes y factores de riesgo para analizar patrones y reducir exponencialmente la potencial comisión de futuros ilícitos, donde las emergentes inteligencias artificiales juegan un papel crítico. De esta manera, las fuerzas armadas militarizadas pueden enfocar sus esfuerzos en zonas fronterizas, considerando que el Ecuador actualmente opera principalmente como país de tránsito en el mercado ilícito de sustancias sujetas a fiscalización²⁸, para ello, los lugares más

aprovechados son precisamente fronteras y zonas costeras. Otra medida de largo plazo consiste en depurar y mejorar las instituciones estatales. Una de las principales razones por las cuales existe una tan baja confianza en el ordenamiento jurídico ecuatoriano como un todo, es debido a los altos índices de corrupción, especialmente en sectores relacionados al sistema de administración de justicia penal²⁹. Para ello, es imperativo, primero, instalar escuelas de deontología jurídica que obliguen a cada juez a tener un estricto código de conducta, uno que les habilite para ejercer solo si han culminado de manera completa todos sus cursos³⁰. Aparte, la incorporación de programas de debido cumplimiento, mejor conocidos como *compliance*, tanto en el sector privado como en el público, permitirá que se reduzca exponencialmente la potencial comisión de ilícitos en diversas ramas de distintas personas jurídicas, independientemente del sector al que pertenezcan. Los programas de *compliance* obligan a adoptar distintas medidas que obstaculizan de manera efectiva la comisión de distintos ilícitos, dependiendo del giro de negocio o del objetivo operacional de la empresa, compañía, sociedad corporación. Por esto, constituye una medida necesaria que auxilia el combate tanto a la corrupción, como al crimen organizado, pues sendas cantidades de su dinero se movilizan tanto en personas jurídicas privadas como públicas, o en su defecto, se utilizan a las mismas para otorgar beneficios indebidos. Por ello, otra forma de dificultar el afianzamiento de estructuras criminales organizadas en la sociedad, incluye combatir a las mismas desde distintos sectores, especialmente el estatal y el privado, ya que es imperativo no olvidar que los fines concretos del crimen organizado son eminentemente económicos. Aparte, como otro aspecto crucial a abordar, es el sistema carcelario. El colapso del mismo ha producido que los mismos centros de rehabilitación en los cuales se deberían enfocar todas las energías en reducir la futura comisión de ilícitos por parte de personas ya condenadas, se conviertan en centros de operaciones ilícitas, academias de formación para criminales profesionales y caldos de cultivo para tipos de criminalidad más complejas, especialmente de extrema violencia³¹. De esta manera, lo recomendable es reestructurar completamente a dicho sistema, desde funcionarios hasta bases, normativa, objetivos e infraestructura, puesto que el actual control que mantienen los militares no va a durar de forma indefinida e incluso con su presencia, se siguen produciendo episodios de extorsión y de asesinatos internos con manifestaciones de violencia simbólica.

Ahora, otro aspecto crucial en la toma de medidas, especialmente a largo plazo, consiste en los controles informales, es decir, aquellos que no dependen enteramente de la presencia o actuación estatal³², como lo serían los formales que nacen enteramente del Estado. Entre aquellas, encontramos a las medidas de inversión social, lo que significa fortalecer lazos comunitarios, mejorar la calidad de vida de varios sectores de riesgo, tener un acercamiento con líderes comunitarios o sociales que sean canales de comunicación y diálogo para evidenciar las carencias sociales que afligen distintas zonas de riesgo y así permitir un mejor mecanismo de solución. Cabe recordar que el crimen organizado opera cuando hay ausencia, carencia o aquiescencia estatal, lo que también repercute en que el tejido social se ve afectado al desplazar la detención del poder legitimado hacia grupos criminales organizados que aprovechan ese vacío o debilidad estatal para tomar

27 Hilde T. Wermink, Arjan Blokland, Jim Been, Pauline Schuyt, Nina Tollenaar y Robert Apel, "Estimating effects of short-term imprisonment on crime using random judge assignments", *Justice Quarterly* 41, n.º 3 (2023): 317-346. <https://doi.org/10.1080/07418825.2023.2193618>.

28 Fernando Duarte, "Lo que revela la crisis de Ecuador sobre el comercio mundial de drogas", *BBC News Mundo*, 13 de febrero de 2024, <https://www.bbc.com/mundo/articles/clmjden7vp1o>.

29 James Bargent, *El sistema penitenciario en Ecuador-historia y retos de un epicentro del crimen*.

30 Nieves Sanz Mulas, *Política Criminal, Presente y Futuro*.

su lugar y ofrecer servicios básicos, protección u oportunidades laborales a cambio de extorsión. Por ello, es crucial que el estado se vincule con la sociedad fortaleciendo lazos comunitarios, ya que, a nivel de combate criminal, es más complicado para el crimen en general manifestarse en sectores sociales cuando el tejido social se mantiene organizado, interiorizado y fortalecido con base en redes de apoyo inter-miembros³³. Esto incide sobre varios aspectos, tales como fomentar valores prosociales, es decir, se motiva, celebra y con ello, refuerza la idea de pertenecer a la comunidad y de ayudar a la misma con actividades que beneficien a esta en vez de permitir que los miembros se decidan a incurrir en actividades ilícitas ya que esto perjudica a otros miembros tanto como a ellos mismos. Esto ayuda a desplazar la idea del individuo en búsqueda de ganancias ilícitas pero fáciles, para concentrarse en la comunidad como tal y cómo ayudar a la misma en vez de constituir un posible punto de quiebre. A su vez, esto se relaciona con identificar, crear y potenciar factores de protección, aquellos que sirven como aspectos inhibidores de conductas antisociales a nivel individual, tales como la familia, modelos positivos, oportunidades educativas, laborales o recreativas, entre otras³⁴. Los factores de protección son aquellos que alejan a una persona a decidirse a incurrir en actividades criminales, siempre y cuando sirvan para que dedique sus actos con fines prosociales, donde fortalecer el tejido social hace que vínculos familiares se afiancen, se busque promover el desarrollo integral de la persona y entienda con mayor madurez y responsabilidad las consecuencias nocivas de actos criminales, por lo que se promueve o motiva a perseguir oportunidades académicas o de trabajo, incluso a dedicar el tiempo en deporte, arte, crecimiento personal, entre otros pasatiempos. Esto es mucho más evidente en personas menores de 18 años, mismos que se encuentran más propensos o susceptibles de ser captados por el crimen organizado debido a su falta de desarrollo tanto a nivel biológico, como psicológico y/o sociológico. Esto con base en la propuesta de la Teoría de la Deriva desarrollada por Sykes y Matza, donde los adolescentes están en una etapa de inestabilidad más susceptibles de la influencia de pares en la búsqueda por identidad³⁵. Por ello, el objetivo es encontrar mecanismos que prevengan de forma efectiva la captación de nuevos miembros por parte del crimen organizado, fortaleciendo factores de protección que constituyen medidas a largo plazo por requerir tiempo y espacio para que puedan surtir verdadero efecto. Por su parte, esto puede complementarse con el mejoramiento de la infraestructura de sectores de riesgo o puntos calientes, tanto en estética, áreas verdes, así como espacios públicos, ya que la percepción de abandono, inseguridad o decaimiento de un lugar juega un factor clave para que los propios miembros de la comunidad puedan apersonarse y establecer redes de apoyo en su sector, con base en la Teoría de las Ventanas Rotas de Wilson y Kelling³⁶. Finalmente, es menester señalar que a nivel cultural ha existido un incremento en el consumo de productos de entretenimiento relacionados al crimen organizado, como lo son series, películas, documentales o similares representaciones audiovisuales en las cuales incluso se realzan o idealizan la vida de miembros de grupos criminales organizados. Ante esto, es imperativo que se realicen campañas de concientización, especialmente en el público menor de 18 años, para que se evidencien e interioricen las consecuencias de dedicar una vida al crimen organizado, tanto para los propios miembros como sus familiares o personas allegadas. La aplicación de este tipo de medidas solo puede implementarse siempre y cuando el Estado dedique oportuna

y debidamente sus recursos para garantizar servicios básicos, así como permitir y fortalecer las oportunidades tanto académicas y laborales con un sistema económico que fomente el crecimiento y desarrollo personal, ya que, de lo contrario, nuevamente, el crimen organizado pulula debido a la ausencia, carencia o aquiescencia estatal. De esta manera, son necesarios tanto los controles formales como los informales, pues se manejan y desarrollan de manera interrelacionada.

7. TERCERA FASE, OTRAS MEDIDAS

A parte de las medidas que se han propuesto, existen otras medidas colaterales que pueden ser consideradas como factibles para que se pueda combatir, más de forma indirecta, al crimen organizado. Entre ellas, la legalización de ciertas sustancias sujetas a fiscalización. Si bien el fenómeno de la legalización depende mucho del lugar y la cultura de la sociedad como tal, sería un interesante escenario analizar hasta qué punto legalizar el consumo de ciertas sustancias, sean estupefacientes o psicotrópicas, puede afectar a la cadena de producción de ciertos grupos criminales, considerando que el narcotráfico es el principal mercado al que se dedican en Ecuador, y pueda producir que se vuelva menos cara su producción, transporte y venta, por lo tanto, menos lucrativo el negocio. Esto considerando que, a nivel criminológico, la lucha contra las drogas fomentada por el gobierno de Richard Nixon ha sido un total fracaso³⁷ y solo ha permitido o fomentado la creación de más mercados ilícitos. A su vez, se podría también considerar la necesidad política criminal de indultar ciertas conductas criminales que a nivel objetivo criminológico no constituyan una afectación tan grave a la cohesión y estabilidad social y, por tanto, las personas sentenciadas por dichas infracciones no sean tan peligrosas como sí lo serían por crímenes como asesinato, sicariato, homicidio, entre otros similares. Este enfoque conlleva a que se cuestione y analice desde las bases del Derecho penal, la necesidad de criminalizar ciertas conductas que muchas veces generan hacinamiento carcelario e impide que el sistema tanto de administración de justicia penal como carcelario, se enfoquen en las personas que realmente constituyen una amenaza y un peligro comprobado tanto a nivel criminológico como jurídico. Sin embargo, la propuesta más importante en este sentido, de manera periférica, es la aplicación de macro teorías criminológicas. Las teorías criminológicas como tal constituyen puntos de partida basados en estudios empíricos, para entender el origen del crimen como tal en sociedad, considerando al criminal como un ser bio-psico-social³⁸. De esta manera, lo recomendable es poder aplicar distintas teorías para encontrar medidas efectivas que puedan combatir tipos de criminalidad, en este caso crimen organizado, donde las macro teorías han demostrado su importancia al interrelacionar distintas teorías criminológicas e integrarlas en una sola construcción intelectual para de esa forma, abordar variadas perspectivas y métodos que abarquen mejor la comprensión del fenómeno criminal. Entre estas teorías, una de las principales que ha ganado renombre en el campo moderno es la conocida como el modelo del Triple Riesgo Delictivo desarrollada por el criminólogo Santiago Redondo Illescas. Este modelo, de manera resumida, se enfoca en factores de riesgo partiendo de las características individuales o personales (biológicas y psicológicas), de las carencias sociales (falta de beneficios o apoyo de índole social a través de la interacción con los diferentes círculos de personas que nos rodean, familia, amigos, académico, laboral, terceros y la sociedad en general) y de oportunidad criminal (influencia del ambiente y de los aspectos circunstanciales de tiempo y espacio

33 Mags Lesiak y Adam Coutts, "Social Capital, The case for strengthening social bonds to prevent crime" (London: Demos, 2025).

34 Santiago Redondo Illescas, *El origen de los delitos. Introducción al estudio y explicación de la criminalidad* (Valencia: Tirant Humanides, 2015).

35 Gresham M'Cready Sykes y David Matza, "Técnicas de Neutralización: una teoría de la delincuencia", *Cuaderno CRH, Universidad Federal da Bahia Salvador* 21, n.º 52 (2008): 163-171.

36 Lucia Carmina Jasso-López y Selenne Galeana-Cruz, "Configuraciones urbanas y arquitectónicas ante la violencia y la inseguridad en Iztapalapa, Ciudad de México", *Revista de Estudios Territoriales* 23, n.º 2 (2021): 111-129.

37 Christopher J. Coyne y Abigail R. Hall, "Four Decades and Counting: The Continued Failure of the War on Drugs. Policy Analysis", *Cato Institute*, n.º 811 (2017): 1-27.

38 Elena Larrauri Pijoan y José Cid Moliné, *Teorías criminológicas. Explicación y Prevención de la Delincuencia* (España: Bosch, 2023).

para incurrir en actividades ilícitas), que en conjunto producen procesos criminógenos prominentes (Redondo, 2015). Estos factores pueden ser inter-fuentes (de diferentes fuentes) o intra-fuentes (de una misma fuente), donde para predecir la probabilidad individual criminal (que también puede analizarse a nivel social) debe existir una motivación delictiva y un nivel de disposición individual para la realización de conductas infractoras que se manifestaría en creencias, afectos o acciones de aproximación a objetivos criminales. En suma, mediante un análisis integral del ser humano como ente biopsicosocial, aquel tiene un desarrollo desde su nacimiento con posibles afectaciones a nivel infantil, luego experimenta el proceso de interacción con el ambiente y aprende necesariamente conductas inhibitorias, para entonces buscar comprender sobre la adaptación e integración exitosa en su ambiente, es decir, socialización, donde puede interiorizar y asimilar valores y pautas de conducta en sociedad. Posteriormente, se toma en cuenta las variables demográficas y sociales de la estructura de su entorno para determinar posibles condiciones de interacción para los factores de riesgo (edad, sexo, clase social, nivel educativo, empleo, sistema político, economía, cultura, etc.) y analizar influencias situacionales o circunstanciales dependiendo de la oportunidad en el caso concreto y la unión provechosa de distintos elementos para que pueda medirse la predisposición a la conducta criminal. Esto trasladado al análisis del crimen organizado se podría extender a un análisis de grupos en vez de forma individual como personas, y comprender desde el punto de vista biológico, psicológico y sociológico cómo opera el grupo de personas como tal en relación con la comisión de cierto tipo de crímenes según el mercado ilícito al cual se dediquen, para entonces determinar puntos calientes o sensibles en donde se evidencie más actividad criminal (tanto del tipo de mercado ilícito al que pertenezcan como infracciones conexas, generalmente de tipo violento) y lograr encontrar cómo disminuir esos factores de riesgo que se han comprobado a nivel empírico influyen en la conducta criminal medida de forma estadística dependiendo del lugar, habitantes y circunstancias, así como también potenciar y fortalecer factores de protección. En suma, la necesidad de aplicar teorías criminológicas, en particular la macro teoría de Redondo, se justifica con base en todo el bagaje empírico que la sustenta para poder identificar con éxito la forma en que se generan y desarrollan procesos criminógenos, específicamente extendiendo la perspectiva individual hacia una grupal, para enfocarla en el tipo de criminalidad más incisiva y nociva que actualmente sufre el Ecuador.

8. CONCLUSIÓN

Nuevamente, se reitera que este trabajo no garantiza un cáliz de salvación, ni es la panacea en el aspecto de determinar qué debe hacerse para combatir al crimen organizado. Al contrario, el objetivo consiste simplemente en evidenciar a nivel criminológico lo que sería más adecuado, sin desconocer el respeto a la dignidad humana de la cual todos gozamos. De esta forma, la propuesta es primero, manejar conceptos claros que permitan identificar de forma clara y evidente cuál es el tipo de criminalidad al que nos enfrentamos, para entonces, en una primera fase, desarrollar y determinar medidas considerando su aplicación tanto a corto como largo plazo, y finalmente considerar medidas periféricas, en especial basarse en un marco de teorías criminológicas. Con estas, el objetivo es hacer un análisis integral de la situación, identificar puntos calientes y sensibles, y dentro de los mismos, determinar los factores de riesgo que se miden estadísticamente dependiendo del lugar, los habitantes y las circunstancias. Con estos análisis, incluso, se puede solicitar asistencia internacional de equipos especializados de prevención y control de seguridad como de Italia, Japón o Alemania, con un irrestricto respeto a los derechos humanos y trabajando en conjunto con organizaciones no gubernamentales que sirvan de fiscalizadores, pues como se mencionó, las políticas de "mano dura" no han demostrado ser efectivas y podrían ser más gravosas³⁹. Asimismo, con este punto, que la asistencia internacional permita entrenar debidamente a nuestras fuerzas del orden interno para que puedan reaccionar proporcional y debidamente en situaciones de peligro o amenaza. Mientras tanto, adoptar políticas criminales más enfocadas en inversión social, en reestructurar el sistema de rehabilitación, en reducir niveles de desigualdad en sectores afectados y en que el Estado tenga presencia en sectores olvidados por el mismo. También, fortalecer prácticas de debido cumplimiento en instituciones públicas y privadas, adoptando programas de prevención delictiva para depurar ramas y tramas de corrupción altamente arraigadas en nuestro sistema. Esto ya que generalmente van de la mano fenómenos delictivos de alta corrupción, con la consolidación del crimen organizado en el seno del gobierno, junto con una contaminación de criminalidad violenta en general.

Para finalizar, se recuerda que no es posible borrar la barrera entre el Estado y el crimen organizado, pues si bien, actualmente, comparten una relación simbiótica, es necesario recordar desde qué posición de defensa de valores se sitúa cada uno para que no degenera el primero en el segundo al olvidar que, para combatir males, no debemos convertirnos en un mal también.

39 Juan Albarracín, *Crimen Organizado en América Latina. Paz y Seguridad*.

BIBLIOGRAFÍA

Albarracín, Juan. *Crimen Organizado en América Latina. Paz y Seguridad*. Ecuador: Friedrich-Ebert-Stiftung (FES), 2023.

Bargent, James. *El sistema penitenciario en Ecuador-historia y retos de un epicentro del crimen*. Washington DC: InSight Crime, 2024.

Barreto, Marita. "El crimen organizado y la corrupción gubernamental". *Criminalidad organizada y corrupción en el poder. Aspectos problemáticos II*, (2024): 15-34.

Briceño Pazmiño, Liz. "Te explicamos el cobro de "vacunas" en el Ecuador". GK. 13 de abril de 2023. <https://gk.city/2022/09/15/cobro-vacunas-extorsivas-ecuador/>.

Catino, Maurizio. "How Do Mafias Organize? Conflict and Violence in Three Mafia Organizations. European Journal of Sociology". *European Journal of Sociology* 55, n.º 2 (2014): 177-220. <http://www.jstor.org/stable/24467498>.

Coyne, Christopher J. y Abigail R. Hall. "Four Decades and Counting. The Continued Failure of the War on Drugs. Policy Analysis". *Cato Institute*, n.º 811 (2017): 1-27.

Cristian Ordoñez. *Ecuador en guerra-La paulatina penetración del crimen organizado*. Ecuador: Parentética, 2024.

De la Corte Ibáñez, Luis. "¿Hasta qué punto convergen el terrorismo global y la criminalidad organizada?: parámetros generales y escenarios críticos". *Revista del Instituto Español de Estudios Estratégicos*, n.º 1 (2013): 1-28.

De Merlyn, Pilar Sacoto. *Introducción a la criminología*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones CEP, 2016.

Duarte, Fernando. "Lo que revela la crisis de Ecuador sobre el comercio mundial de drogas". *BBC News Mundo*. 13 de febrero de 2024. <https://www.bbc.com/mundo/articles/clmjden7vp1o>.

Ecuador Corte Constitucional del Ecuador. "Dictamen 1-25-EE/25". En *Caso n.o: 1-25-EE*. 21 de febrero de 2025.

El Universo. "Consejo y Ministerio de Política Criminal debieron empezar a funcionar hace casi un año, pero esa disposición legal no se ha cumplido". *El Universo*. 28 de enero de 2024. <https://www.eluniverso.com/noticias/politica/consejo-y-ministerio-de-politica-criminal-debieron-empezar-a-funcionar-hace-casi-un-ano-pero-esa-disposicion-legal-no-se-ha-cumplido-nota/>.

Flores Apaza, Esteban Eustaquio, Manuel Choccelahua Huincho, Job Josue Perez Villanueva, Percy Eduardo Basualdo Garcia, Victor Roberto Mamani Machaca, Denjiro Félix del Carmen Iparraguirre, Saúl Manuel Hurtado Valencia y Cristian Farfán Diego. "Judicial Corruption and Public Trust Assessing the Effectiveness of Legal Ethics Reforms in Global Legal Systems". *Journal of Posthumanism* 5, n.º 6 (2025): 3649-3662. <https://doi.org/10.63332/joph.v5i6.2499>.

Global Initiative against Transnational Organized Crime. Índice global de crimen organizado. Ginebra: Global Initiative Against Transnational Organized Crime, 2023.

Human Rights Watch. "Ecuador: Nuevas leyes amenazan derechos. Seguridad privacidad y garantías procesales en peligro". *Human Rights Watch*. 19 de junio de 2025. <https://www.hrw.org/es/news/2025/06/19/ecuador-nuevas-leyes-amenazan-derechos>.

Jasso-López, Lucía Carmina y Selenne Galeana-Cruz. "Configuraciones urbanas y arquitectónicas ante la violencia y la inseguridad en Iztapalapa, Ciudad de México". *Revista de Estudios Territoriales* 23, n.º 2 (2021): 111-129.

Larrauri Pijoan, Elena y José Cid Moliné. *Teorías criminológicas. Explicación y Prevención de la Delincuencia*. España: Bosch, 2023.

Lesiak, Mags y Adam Coutts. "Social Capital, The case for strengthening social bonds to prevent crime". London: Demos, 2025.

Observatorio Ecuatoriano de Crimen Organizado. *Caracterización del Crimen Organizado. Versión Corta*. Ecuador: Observatorio Ecuatoriano de Crimen Organizado, 2023.

ONU Asamblea General. *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*. 15 de noviembre de 2000. A/RES/55/25.

Paoli, Letizia, Bryan Peters y Peter Reuter. "Is the Sinaloa Cartel a Mafia?". *The British Journal of Criminology* 64, n.º

1 (2024): 157-174. <https://doi.org/10.1093/bjc/azad004>.

Primicias. "Ecuador registró un 58% más de homicidios en el primer cuatrimestre de 2025". *Primicias*. 21 de mayo de 2025. <https://www.primicias.ec/seguridad/ecuador-aumento-homicidios-muertes-violentas-primer-cuatrimestre-datos-ministerio-interior-96741/>.

Redondo Illescas, Santiago. *El origen de los delitos. Introducción al estudio y explicación de la criminalidad*. Valencia: Tirant Humanides, 2015.

Redondo Illescas, Santiago y Vicente Garrido. *Principios de Criminología*. 4ta edición. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013.

Sanz Mulas, Nieves. *Política Criminal, Presente y Futuro*. Colombia: Grupo Editorial Ibáñez, 2018.

Secretaría General de la Organización de Estados Americanos. "Definición y categorización de pandillas, resumen ejecutivo". *Departamento de Seguridad Pública*. Junio de 2007. <https://scm.oas.org/pdfs/2010/CP24081S-2.pdf>.

Sykes, Gresham M'Cready y David Matza. "Técnicas de Neutralización: una teoría de la delincuencia". *Cuaderno CRH, Universidad Federal da Bahia Salvador* 21, n.º 52 (2008): 163-171.

Wermink, Hilde T., Arjan Blokland, Jim Been, Pauline Schuyt, Nina Tollenaar y Robert Apel. "Estimatinf effects of short-term imprisonment on crime using random judge assignments". *Justice Quarterly* 41, n.º 3 (2023): 317-346. <https://doi.org/10.1080/07418825.2023.2193618>.



FGE

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

ECUADOR

Fiscalía General del Estado
Dirección de Estudios Penales
Quito - Ecuador