

Quitarse el preservativo durante la relación sexual sin consentimiento de la otra persona es delito

Esta acción constituye un atentado contra la libertad sexual.

M^a Dolores Pardeza Nieto

Juez sustituta del TSJ de Navarra

E&J

Encaje Legal

Su regulación se subsume en el **artículo 178 del CP** y establece que, **será castigado con penas de prisión de entre 1 y 4 años como responsable de agresión sexual**, el que realice cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento. Entendiéndose tan solo que existe 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.

Primera sentencia pionera en la materia

La primera sentencia pionera dictada en España por *stealth* fue la número 155/19, emitida por el Juzgado de Instrucción nº.2 de Salamanca el 15 de abril de 2019, encuadrando esta conducta en el art 181.1 CP.

En este caso **las partes acordaron tener sexo con preservativo, no obstante, en medio de la relación él se lo quitó sin previo consentimiento**; cuando ella se dio cuenta llamó la atención de él, retirándose, vistiéndose y marchándose de la casa en la que estaban.

Aunque existía consentimiento para tener relaciones sexuales, ese consentimiento se prestó bajo la condición de que fuera con preservativo. **La “posterior retirada sigilosa del profiláctico se realiza sin consentimiento, lo que atenta contra la indemnidad sexual de la víctima**, quien consintió el acto sexual únicamente con las debidas garantías para evitar embarazos no deseados o enfermedades de transmisión sexual”, relata la sentencia.

Es por eso, defiende el juez, que **la retirada unilateral del condón se encuadra en el delito de abuso sexual (hoy agresión)** que sanciona al que “sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona”, por todo ello se condenó al varón al pago de una multa por importe de 2160 euros.

Sentencia más reciente

A raíz de esta sentencia se han dictado otras, aunque hay poca jurisprudencia al respecto, siendo **la más reciente la dictada por el Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Andalucía** el 1 de julio de 2021.

En esta sentencia, el TSJ de Andalucía confirma el fallo de la Audiencia de Sevilla de condenar a **4 años de prisión por un delito de abuso sexual y de 6 meses por un delito de lesiones** al varón que practicó *stealth*ing. Los hechos probados en los que se sustenta son los siguientes.

Jerónimo y Enriqueta habían quedado desde abril de 2017 en diversas ocasiones con el solo deseo de mantener relaciones sexuales. Con ese mismo propósito, el día de los hechos concertaron un nuevo encuentro en el interior de un turismo propiedad de Enriqueta, estacionado a esos fines en un descampado.

Jerónimo sufría de una infección venérea por la bacteria *Chlamydia Trachomatis* en sus órganos genitales, circunstancia que la había puesto en conocimiento de Enriqueta mediante mensajes de *Whatsapp*, aunque sin llegar a indicarle el concreto diagnóstico. **Enriqueta sólo aceptó mantener las relaciones sexuales con uso de preservativo**, siendo ella la que proporcionó a Jerónimo un preservativo en su envoltorio, que este simuló ponerse. Sin decirle nada a Enriqueta, la penetró por vía vaginal, que esta aceptó en la convicción de que tenía puesto profiláctico.

Enriqueta sospechó durante el coito que Jerónimo pudiera no tener puesto el preservativo, por lo que empezó a decirle que parara y que se quitara de encima, hasta que pasado ese breve tiempo se dio cuenta de la negativa de Enriqueta y, sin eyacular, se retiró, se vistió y se marchó del lugar, no sin antes arrojar al suelo tras salir del coche el preservativo que le había facilitado Enriqueta y que no lo había llegado a tener puesto en ningún momento, el cual estaba sólo parcialmente desenrollado.

Fundamentos del recurso de apelación en los que se basó la defensa del acusado

1. **La vulneración del principio acusatorio con lesión de sus derechos de defensa y a conocer la acusación que se dirige frente a él.** Mantiene que, habiéndose formalizado y mantenido la acusación por delito de agresión sexual, la condena por delito de

abuso sexual supone una mutación del hecho objeto de enjuiciamiento, que pasa así de consistir en una acción violenta a otra determinada como subrepticia, sin consentimiento o con el consentimiento viciado.

Se desestima esta alegación por el TSJ y ello en virtud de la homogeneidad de ambas figuras, agresión y abuso sexuales, ha sido reiteradamente proclamada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, citando al efecto las sentencias 271/2019 de 29 de mayo y 106/2021 de 10 de febrero. Se trata de dos tipos penales sistemáticamente ubicados en el mismo Título del Código y cuya linde consiste en que la agresión supone la voluntad contraria de la víctima a la acción desplegada por el responsable, el cual doblega dicha voluntad mediante violencia o intimidación, en tanto en el supuesto del abuso el agente accede a su víctima sin fuerza física o compulsiva, pero también sin su consentimiento o con el consentimiento viciado.

2. **Vulneración de su derecho a la presunción de inocencia** reconocida en el art. 24.2 de la Constitución y, subsidiariamente, desatención al principio *in dubio pro reo*.

El tribunal aprecia en el testimonio de la víctima, prestada en el plenario, coherencia, persistencia y falta de motivos espurios conocidos o razonablemente inferibles, **considerando probado que el acusado penetró a la víctima sin preservativo y lo hizo a conciencia pese a haber sido advertido por la perjudicada**, prueba de ello es que el mismo se encontraba sin desenrollar, lo que también se deduce de la inexistencia de semen ni dentro ni fuera del profiláctico.

Frente a ello, el acusado mantiene que este se cayó de modo involuntario y debido a un cambio de postura de la pareja, cesando en el acto Jerónimo tan pronto como se percató de ello.

Así, se deduce también del análisis practicado a la mujer por el Departamento de Laboratorio del Hospital sobre muestra extraída dos días después del hecho, el resultado positivo en infección venérea por la bacteria *Clamidia Trachomatis*, lo cual lleva de modo sobradamente razonable a deducir que le fue transmitida a través de penetración si la persona que según ese acuerdo ha de llevar profiláctico durante la relación prescinde del mismo subrepticamente, en todo o parte del acto sexual, está desoyendo una condición impuesta por la pareja como complemento, esencial y no meramente accesorio o secundario, de su consentimiento, es decir, **está manteniendo una relación no consentida que, así, atenta contra la libertad sexual y ha de ser sancionada conforme** al art. 181 apartado 1 que aquí se aplica, incluyendo el apartado 4 en caso de acceso carnal por alguna de las vías previstas en el mismo, ya que, como es sabido y recuerda acertadamente la sentencia apelada, el consentimiento para una concreta actividad sexual no puede extenderse unilateralmente por el otro partícipe a otros tipos de contactos no consentidos mediante la relación sexual. Por todo ello se confirma la sentencia en todos sus pronunciamientos.

Conclusión

La acción de quitarse el preservativo sin el consentimiento de la otra persona puede constituir **un ataque a la libertad e indemnidad sexual**, esta acción incardinada en el art.178.1 CP conlleva el establecimiento de penas de prisión de entre uno a cuatro años, tal y como se recoge en la sentencia expuesta del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de fecha 1 de julio de 2021. Aun así, tendremos que esperar para ver cómo van fallando los tribunales en el futuro.