



Universidad de Valladolid



FACULTAD DE DERECHO
MÁSTER ACCESO A LA ABOGACÍA

**DICTÁMEN SOBRE EL “STEALTHING” Y SU
INTEGRACIÓN DENTRO DE LOS DELITOS CONTRA
LA LIBERTAD SEXUAL**

Presentado por:

CELIA PASCUAL CABRITO

Tutelado por:

ALEJANDRO LUIS DE PABLO SERRANO

Valladolid, 5 de marzo de 2024

ÍNDICE

SIGLAS Y ABREVIATURAS	2
1. INTRODUCCIÓN	3
2. ANTECEDENTES DE HECHO	4
3. FUNDAMENTOS DE DERECHO	4
3.1 DELITO DE AGRESIÓN SEXUAL.....	4
a) Vulneración de la libertad sexual	5
b) El consentimiento	7
c) Violencia, intimidación o abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima	10
d) Acceso carnal	12
3.2 DELITO DE LESIONES.....	12
a) Vulneración de la salud	13
b) El dolo en el delito de lesiones	14
3.3 CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL.....	16
a) Parentesco	16
b) Agravante de género	18
3.4 AUTORÍA:	20
3.5 CONCURSO DE DELITOS Y PENAS	21
3.6 RESPONSABILIDAD CIVIL.....	22
4. CALIFICACIÓN DE LOS HECHOS CON ARREGLO AL CÓDIGO PENAL PREVIO A LA RECIENTE REFORMA DE LOS DELITOS SEXUALES -LEY ORGÁNICA 10/2022, DE 6 DE SEPTIEMBRE, DE GARANTÍA INTEGRAL DE LA LIBERTAD SEXUAL-	26
5. ESCRITO DE CALIFICACIÓN PROVISIONAL	30
6. CONCLUSIONES	35
7. BIBLIOGRAFÍA	37

SIGLAS Y ABREVIATURAS

AP: Audiencia Provincial

CC: Código Civil

CE: Constitución Española

CP: Código Penal

LECrim: Ley de Enjuiciamiento Criminal

LO: Ley Orgánica

RD: Real Decreto

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial

SJI: Sentencia Juzgado de Instrucción

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

1. INTRODUCCIÓN

El trabajo consiste en el análisis jurídico de un caso particular dentro del área del derecho penal. En concreto, los acontecimientos se focalizan en un incidente de “*stealththing*”, una conducta que ha sido objeto de pronunciamiento por parte de algunos tribunales españoles en los últimos años. En la mayoría de las sentencias donde se juzgan casos de “*stealththing*” se condena al autor por un delito de abuso sexual, sin embargo, considerando la promulgación de la Ley Orgánica 10/2022, fechada el 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, y en virtud de las características inherentes al acto en cuestión, actualmente es absolutamente plausible considerarlo como una agresión sexual.

El término “*stealththing*” proviene del inglés, traducido como ‘en sigilo’ o “sigilosamente”; fue acuñado por la abogada estadounidense Alexandra Brodsky en un artículo publicado en el *Columbia Journal of Vender and Law*, de la Universidad de Columbia, Nueva York, Estados Unidos, en el que lo definía como «*retiro de preservativo no consensuado durante la relación sexual*»¹. Se alude a la práctica en la que una persona decide retirarse el preservativo o dañarlo de manera intencionada mientras está manteniendo relaciones sexuales, a pesar de haber acordado con su pareja sexual el uso del mismo. Es decir, la pareja sexual había dado su consentimiento para mantener relaciones sexuales bajo la condición del uso del preservativo, por lo que en el momento en el que se retira, se está viciando el consentimiento.

Se trata de una conducta que, hasta hace poco, no había sido ampliamente discutida, pero que está adquiriendo creciente relevancia en España debido a las redes sociales, particularmente *Instagram* y *Tik Tok*. En estas plataformas se han difundido vídeos en los que hombres cuentan cómo han engañado a sus parejas para mantener relaciones sexuales sin protección (típico caso de “*stealththing*”). No obstante, en los vídeos se relata de manera humorística, como si fuera un acto común y trivial, sin considerar el consentimiento de su pareja como un factor importante. Además, es imperativo destacar que, este tipo de actos no solo atenta contra la libertad sexual de una persona, sino también pone en riesgo su salud puesto que, la víctima puede contraer enfermedades de transmisión sexual o, en el caso de las mujeres, provocar embarazos no deseados, lo que podría constituir también un delito de lesiones según lo previsto en el artículo 147 del Código Penal.

El presente trabajo comienza con la presentación de los hechos que se van a estudiar, los cuales, comprenden acciones que pueden ser constitutivas de ilícitos penales en relación con los delitos contra la libertad sexual teniendo en cuenta el contexto jurídico actual.

A continuación, explicaremos cuáles son los fundamentos de derecho aplicables para el caso expuesto al inicio, centrándonos en la calificación de los hechos en base a la normativa y la jurisprudencia existentes. Debido a que es un tema muy reciente, se explicará la susceptibilidad de tratarlo como un delito de agresión sexual previsto en el artículo 178 CP (en conexión con el artículo. 179) tras la entrada en vigor de la LO 10/2022, de 6 de septiembre, teniendo en cuenta el artículo de Brodsky y las sentencias más actuales. Dentro

¹ Brodsky, A., “Rape-Adjacent: Imagining Legal Responses to Nonconsensual Condom Removal”, *Columbia Journal of Gender and Law*, Vol. 32, No. 2, 2017, pp. 183-210. En España, entre otros, se hace eco de este fenómeno la fundación Hay Derecho. Online: <https://www.hayderecho.com/2021/09/04/el-stealththing-consideraciones-penales/>

de este apartado, también se analizarán las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, las posibles penas que se pueden imponer al acusado, cuestiones sobre autoría y, por último, la responsabilidad civil que deriva de la comisión de este tipo de delitos.

Posteriormente, se hará un análisis comparativo de los mismos hechos conforme al Código Penal previo a la entrada en vigor de la LO 10/2022, de 6 de septiembre, donde seguía vigente el delito de abuso sexual, el cual, sería de aplicación en el suceso planteado.

Finalmente se expondrán las conclusiones que extraemos del trabajo, en este caso, centrándonos en la posibilidad de calificar el “*stealth*ing” como un delito de agresión sexual previsto y penado en el artículo 178 del CP (en conexión con el artículo 179), siendo el consentimiento el principal foco de atención, puesto que la relación sexual está sujeta a la expresa voluntad de la víctima y a los términos expuestos previamente a iniciar cualquier práctica de carácter sexual.

2. ANTECEDENTES DE HECHO

El día 3 de octubre de 2023, el acusado Mateo G, de 34 años de edad, ciudadano español, acudió por la noche a la casa de quien por entonces era su novia, Laura F, de 33 años de edad, ciudadana española. Mantenían una relación sentimental desde hacía 15 meses.

En aquella noche, como en otras que pasaban juntos, Mateo y Laura mantuvieron relaciones sexuales con penetración. Mateo G era VIH positivo y Laura F lo sabía desde el inicio de la relación. Antes del primer encuentro sexual de su noviazgo, hablaron entre ellos y acordaron que, en las relaciones sexuales, la penetración se haría siempre con preservativo.

En la noche de autos, empezaron a mantener relaciones sexuales sobre las 22.45 horas de la noche. Como en otras ocasiones, Mateo G utilizó un preservativo. Sin embargo, una vez empezado el contacto, en algún instante, Mario G se lo quitó y continuó la penetración vaginal de Laura F sin protección. Tras eyacular y concluir el acto, Laura F observó que Mateo G. no llevaba el preservativo y comenzó una fuerte discusión entre ellos. Él reconoció los hechos. Al día siguiente terminaron su relación sentimental.

Dos semanas después de lo ocurrido, Laura F, tras haberse realizados pruebas de infecciones y enfermedades sexuales, supo que tenía VIH y que la causa, según determinaron los médicos, había sido ese contacto sexual.

3. FUNDAMENTOS DE DERECHO

3.1 DELITO DE AGRESIÓN SEXUAL

El primer hecho que debe analizarse es el ocurrido la noche del 3 de octubre de 2023, cuando Mateo y Laura decidieron de manera conjunta mantener relaciones sexuales con penetración usando preservativo, tal y como habían acordado en el inicio de su relación. En este sentido, la conducta de Mateo consistente en quitarse el preservativo y finalizar el acto sexual sin protección implica la comisión de un delito contra la libertad e integridad sexual de Laura, en

atención a la gravedad de los hechos. Mateo actuó, en un contexto sexual, sin el consentimiento de su pareja, aprovechándose de la confianza que existía entre ellos.

Laura y Mateo llevaban cuatro meses de relación, por lo que existía un vínculo de confianza y reciprocidad. Mateo sabía que Laura no estaría atenta a si llevaba o no el preservativo, suponiendo que nunca se lo quitaría, como así habían acordado inicialmente.

La razón por la que la pareja decidió que sus relaciones sexuales debían ser con preservativo era la enfermedad de Mateo. Ambos eran conscientes de que si no utilizaban protección, Laura podía contagiarse. Sin embargo, Mateo decidió unilateralmente romper el acuerdo, poniendo en riesgo la salud de su pareja.

Conociendo los detalles del caso, acudimos a la normativa actual para poder calificar los hechos como constitutivos de un **delito de agresión sexual** con acceso carnal regulado en el **artículo 179.1 CP en relación con el artículo 178.1 CP**, estableciendo:

Art 178.1. *Será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, como responsable de agresión sexual, el que realice cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento. 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.*

Art 179.1: *Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado como reo de violación con la pena de prisión de cuatro a doce años.*

En este sentido se pronuncia la Fiscalía General del Estado en la Circular 1/2023, de 29 de marzo, donde deja claro que, el “*stealthing*” es un ejemplo de acto con implicación sexual no consentida que debe ser perseguido. Concretamente, la Circular 1/2023 habla de: “*aquellos en los que se hace creer a la víctima que se utilizará el preservativo durante la penetración y este nunca llega a usarse o en los que, valiéndose de alguna treta, el responsable del delito se deshace sigilosamente del mismo durante el coito (stealthing) [SAP Sevilla (Sección 4.ª) 375/2020, de 29 de octubre; STSJ Andalucía 186/2021, de 1 de julio].*”²

Para poder considerarlo como un delito de agresión sexual deben cumplirse los requisitos que se establecen en el art 178 del CP:

a) **Vulneración de la libertad sexual**

El bien jurídico protegido en este tipo delictivo es la libertad sexual. Se puede definir la libertad sexual como “*la libre determinación de la voluntad de un individuo para consentir contacto físico de carácter sexual. También como la libertad para utilizar el propio cuerpo con fines*

² Fiscalía General del Estado., Circular 1/2023, de 29 de marzo, de la Fiscalía General del Estado, sobre criterios de actuación del Ministerio Fiscal tras la reforma de los delitos contra la libertad sexual operada por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre. «BOE» núm. 81, de 5 de abril de 2023 Online: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2023-8697

sexuales según nuestra disposición, o la libertad para elegir compañero o compañeros para tener relaciones sexuales, así como el poder oponerse a relaciones sexuales o a defenderse activamente de ellas”.³

En palabras de la STS 227/2021, de 11 de marzo, «la libertad sexual como bien jurídico protegido se concreta en dos aspectos: uno dinámico y positivo, que se refiere al **libre ejercicio de la libertad sexual, sin más limitaciones que las que se deriven del respeto hacia la libertad ajena**, y otro, estático y negativo, que se integra por **el derecho a no verse involucrado, activa o pasivamente, en conductas de contenido sexual** y, especialmente, por el derecho a repeler las agresiones sexuales de terceros. (STS n.º 476/2006, de 2 de mayo). De manera que los actos de naturaleza sexual impuestos a otra persona, en tanto que no consiente válidamente los mismos, constituyen ataques o atentados a la libertad sexual».⁴

Y, en base a la SAP Sevilla nº 375/2020, de 29 de octubre⁵:

“Y para pacífica Jurisprudencia, desde 1989, el **bien jurídico protegido en los delitos** actualmente contemplados en el **título VIII de nuestro Código Penal** no es sino la **libertad sexual** (al que se añade la indemnidad sexual, que ahora no interesa para nuestro análisis y que creemos invoca erróneamente la sentencia de Salamanca), **entendida como "el derecho a determinar libremente la propia actividad sexual y la actividad sexual de otro sobre el propio cuerpo"** (STS de 3 de Junio de 1999), es decir, se protege la libertad en su vertiente de autodeterminación sexual, como **capacidad de toda persona adulta de decidir realizar o no determinadas conductas o mantener o negarse a mantener, relaciones sexuales concretas con otros**, lo que se conecta directamente con los derechos inherentes a la **dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad en materia sexual** (en este sentido, Marchena Gómez, en "Los delitos contra la libertad sexual en la reforma del Código penal (Ley Orgánica 3/1989)", Diario La Ley, 1990, pág. 1150, tomo 2, Editorial La Ley, afirmaba que podía definirse la libertad sexual como "la libre disposición del propio cuerpo sin más limitaciones que las derivadas del respeto a la libertad ajena y la facultad de repeler las agresiones sexuales de otro, pudiéndose derivar la libertad sexual así descrita del derecho al libre desarrollo de la personalidad").

Con esos parámetros, entendemos que Trinidad **había consentido exclusivamente una relación sexual que incluía la penetración vaginal con preservativo**, de manera que **cuando Juan Alberto realiza tal penetración ocultándole que no lo tiene puesto, está atacando gravemente su libertad sexual y manteniendo un contacto sexual no consentido**. Es una constante en nuestra Jurisprudencia que el consentimiento otorgado para una determinada actividad sexual no puede extenderse unilateralmente por el otro u otros actores a distintas prácticas o relaciones, que dejarían de ser consentidas” [FD TERCERO].

³ «ANÁLISIS DEL DELITO DE AGRESIÓN SEXUAL Y SUS PRINCIPALES DIFERENCIAS CON EL DELITO DE ABUSO SEXUAL > Ospina Abogados», 2021. Online: <https://ospina.es/analisis-del-delito-de-agresion-sexual-y-sus-principales-diferencias-con-el-delito-de-abuso-sexual/>

⁴ Online: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/8d368ff9b33b63b9/20210528>

⁵ Online: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/ad76b47698c88bb6/20210908>

Siguiendo lo establecido en esta última sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, Laura, en un inicio, consintió las relaciones sexuales con Mateo, pero su libertad sexual se vio vulnerada en el momento en el que Mateo se quitó el preservativo sin avisar a Laura. Siempre que una de las partes decida de forma unilateral sobre aspectos que afectan directamente a otra persona, el consentimiento queda totalmente anulado, creando una situación punible. Todo ello se debe a que se está limitando el poder de decisión de Laura sobre su propio cuerpo y libertad sexual. Mateo era consciente de que, Laura no hubiera consentido nunca relaciones sexuales con penetración sin el uso del preservativo. Por lo tanto, queda probado que se ha atentado contra la libertad sexual de Laura, siendo éste el bien jurídico protegido.

b) El consentimiento

La clave para considerar el “stealthing” como una forma de violencia sexual es el consentimiento de la pareja, requisito sobre el cual, han existido numerosas dudas debido a que, el “stealthing” parte de la premisa de un consentimiento inicial de la pareja, quien tiene predisposición a mantener relaciones sexuales con la otra persona. Los tribunales han resuelto estas dudas en sus sentencias más recientes, donde determinan que, el consentimiento inicial queda anulado en el momento en el que la víctima expresa que no desea continuar y/o, en el momento en el que es engañada para mantener relaciones sexuales en unas condiciones que no ha consentido, poniendo en riesgo la salud de la víctima. Es indiferente que, al inicio ambos estuvieran de acuerdo en mantener relaciones sexuales puesto que, en el momento de la comisión de delito, el consentimiento queda viciado.

En la misma línea se manifiesta Brodsky, cuando hace pivotar la consideración del “*stealthing*” como agresión sexual sobre la ausencia de consentimiento por parte de la víctima. La autora habla sobre las dos principales razones por las que el hecho de quitarse el preservativo debe ser considerado como un delito de agresión sexual teniendo como pilar central el vicio de consentimiento:

- 1) El contacto físico que existe cuando se mantienen relaciones sexuales con preservativo es distinto al contacto existente cuando no se utiliza preservativo, provocando una nueva situación en la que no existen barreras de protección entre las zonas más íntimas. Y, por ello, se necesita un consentimiento explícito para poder mantener relaciones sexuales con una persona sin el uso de protección.
- 2) El uso del preservativo es la principal medida de prevención de las enfermedades de transmisión sexual (ETS). Cuando no se utiliza, el riesgo de contraer una ETS aumenta exponencialmente. Por ello, la retirada del preservativo sin el consentimiento de la pareja sexual es una práctica que conlleva graves consecuencias para la salud de la víctima.

Estas consecuencias pueden ser tanto físicas como psicológicas. En el ámbito físico, la víctima puede contraer una ETS, como la infección por VIH, la gonorrea, la clamidia o la sífilis. Estas enfermedades pueden tener graves consecuencias para la salud, incluso la muerte. En el ámbito psicológico, la víctima puede sufrir ansiedad, depresión

o incluso un trastorno de estrés postraumático. Esto se debe a que la retirada del preservativo sin consentimiento es una forma de agresión sexual. La víctima se siente violada, engañada y humillada.

Actualmente, el propio art 178.1 CP deja claro 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”**.

Y, el artículo 36 del *Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica* de 2011⁶ establece que: **“El consentimiento debe prestarse voluntariamente como manifestación del libre arbitrio de la persona considerado en el contexto de las condiciones circundantes.**

Para comprender mejor este requisito debemos acudir a la definición de consentimiento. La palabra «consentimiento» tiene, como mínimo, dos significados: uno débil y otro fuerte⁷. Con el significado débil, consentir es, simplemente, «aceptar». Con el significado fuerte, en cambio, consentir es «aceptar libre y conscientemente». Si nos quedamos con el significado débil (aceptación), dicho tipo únicamente incluirá los actos sexuales que no han sido aceptados; por ejemplo, los sorpresivos o los realizados sobre personas dormidas. Sin embargo, los actos sexuales aceptados «sin libertad» o «sin consciencia» son los que abarcan la gran mayoría de casos de delitos contra la libertad sexual donde desaparece la voluntad de la víctima y, por ello, la propia regulación del Código Penal así lo expresa en su art. 178.1 CP.

En efecto, si el art. 178.1 CP prohíbe todos los actos sexuales que no han sido «aceptados con libertad y conocimiento» (es decir, que no han sido consentidos en sentido fuerte), cualquier relación sexual aceptada «sin conocimiento» constituirá una agresión sexual. Así, como mínimo, resultarán delictivos todos los actos sexuales aceptados a causa de un engaño; es decir, todos los actos sexuales cuya aceptación deriva causalmente (en el sentido de la *conditio sine qua non*) de una mentira.

También resulta relevante acudir a lo indicado por la Fiscalía General del Estado en su Circular 1/2023, de 29 de marzo en la que habla sobre el consentimiento expreso. El texto argumenta que la validez del consentimiento sexual debe ser voluntaria y una expresión de la autodeterminación sexual del individuo. Se considera inválido el consentimiento otorgado bajo coacción, miedo o aprovechamiento de la vulnerabilidad de la víctima.

⁶ COUNCIL OF EUROPE. (s.f.). *Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica*. Online: <https://rm.coe.int/1680462543>

⁷ WESTEN, *The Logic of Consent*, Londres, Routledge, 2004, p. 107; FERZAN/WESTEN, «How to Think (Like a Lawyer) About Rape», *Criminal Law and Philosophy*, (11), 2017, p. 764, empleando una denominación similar: la de significado «fáctico» y «jurídico». Sin embargo, aquí prefiere evitarse dicha denominación, pues da a entender algo que no se corresponde con la realidad: que un significado es el propio del Código penal (el «jurídico») y el otro no (el «fáctico»). Véase al respecto el apartado 2.2.

Es cierto que, en el ámbito sexual, el consentimiento se da normalmente de manera implícita, y las sutilezas en la comunicación pueden dificultar la confirmación de su aceptación. Por ello, la Circular explica que para confirmar si se ha otorgado consentimiento, el autor del acto debe haber investigado de forma diligente y previa la voluntad de la otra persona. Los actos sexuales llevados a cabo sin obtener pruebas objetivamente razonables del consentimiento de la otra persona se consideran no consentidos. Reciente jurisprudencia, como las SSTs 390/2018, de 25 de julio y; 930/2022, de 30 de noviembre, establecen una obligación de diligencia que requiere una exploración responsable del consentimiento de la otra parte antes de llevar a cabo actos de naturaleza sexual. En este sentido se ha de tener en cuenta la STS 145/2020, de 14 de mayo⁸, donde se establece que: **«la libertad sexual de la víctima está por encima de las interpretaciones subjetivas que pueda llevar a cabo el agresor, ya que no está legitimado para interpretar sobre la decisión de la mujer, sino a preguntar si desea tener relaciones sexuales y no forzarle directamente a tenerlas [...] Las interpretaciones subjetivas del autor en cuanto a la relación sexual con otra persona quedan fuera de contexto si no hay consentimiento de esta última [...] No existe el consentimiento presunto entendido por el agresor a instancia de la interpretación subjetiva del autor por la forma que vista o actúe la mujer» [FD SEGUNDO].**

En nuestro caso, existe una falta de consentimiento, Laura y Mateo habían decidido mantener relaciones sexuales con penetración, pero siempre con el uso de protección. Se manifiesta de manera inequívoca que el consentimiento se disipa en el instante en que se procede a la retirada del preservativo. Esto se debe a que la penetración vaginal con preservativo y sin preservativo son, en esencia, actos sexuales distintos. La diferencia radica en el tipo de contacto físico que cada uno implica; uno involucra un contacto entre el preservativo y las superficies mucosas, mientras que el otro establece un contacto directo entre las superficies mucosas. Por lo tanto, aquel individuo que practica el “stealth” está ejecutando un acto sexual (la penetración vaginal sin preservativo) que difiere del que se ha consentido (la penetración vaginal con preservativo), y por ende, está incurriendo en una agresión sexual.

Todo ello, queda perfectamente explicado en la reciente SAP de Castellón de la Plana nº 504/2022 de fecha 03/02/2023⁹:

“Con esos parámetros, entendemos que Vanesa había consentido exclusivamente una relación sexual que incluía la penetración vaginal con preservativo, de manera que cuando Avelino realiza tal penetración ocultándole que no lo tiene puesto, está atacando gravemente su libertad sexual y manteniendo un contacto sexual no consentido. Es una constante en nuestra Jurisprudencia que el consentimiento otorgado para una determinada actividad sexual no puede extenderse unilateralmente por el otro u otros actores a distintas prácticas o relaciones, que dejarían de ser consentidas, por ejemplo, parece obvio que el consentimiento para la penetración vaginal no permite presumir consentida también la penetración anal (o que el consentimiento prestado para mantener contacto sexual con una persona de un grupo no es extensivo a otros presentes), estimamos que el consentimiento prestado para el acceso carnal con una muy específica

⁸ Online: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/a0b0414f0fbe6eb4/20200521>

⁹ Online: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/95f156160846bb73a0a8778d75e36f0d/20231123>

condición cual es el uso de preservativo, no permite presumir que retirando tal medio la penetración sigue, no obstante, siendo consentida;

Salvando las muchas distancias con el caso que hoy enjuiciamos, Vanesa pudo y así decidió libremente consentir mantener relaciones sexuales con penetración vaginal con el acusado siempre que éste utilizara el preservativo, pero ello no merma un ápice su libertad y capacidad para no consentir tal acto sin ese medio profiláctico, de manera que cuando así actuó atentó gravemente contra la libertad de Vanesa; no cabe entender que Vanesa consintió en todo caso la penetración y que el acusado modificó tan sólo una condición accesoria de ésta, debemos por el contrario entender que el acusado se sirvió del engaño para, sin conocimiento ni consentimiento de Vanesa, mantener un contacto sexual distinto del que habían acordado, tan esencialmente distinto que son muy diversos su alcance y eventuales consecuencias, por lo que en definitiva la libertad de autodeterminación de Vanesa en el ámbito sexual fue atacada y anulada, someténdola a algo que no consintió ni hubiera consentido de ser interpelada por ello.” [FD SEGUNDO].

Y, también en la STSJ de Andalucía de fecha 1 de julio de 2021¹⁰. 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 “stealthing”:

“Como expone con detalle el tribunal a quo, la acción consistente en prescindir de preservativo durante todo o parte de una relación sexual, pese a haber sido pactado o impuesto por la pareja como condición al prestar el consentimiento, conocida en la doctrina científica y de los tribunales con la denominación anglosajona stealthing, constituye un atentado a la libertad sexual de la otra persona partícipe en la relación en cuanto ésta no ha consentido cualquier suerte, forma o condiciones de contacto sexual, sino que ha impuesto como límite o condición el uso de protección mediante preservativo. Por tanto, 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.” [FD QUINTO].

c) Violencia, intimidación o abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima

En el presente caso no existe violencia o intimidación sobre la víctima, pero se puede plantear un debate en relación a la existencia de abuso habida cuenta que, en el caso del “stealthing” queda indeterminado si ha existido abuso de superioridad.

Para conocer si es de aplicación esta agravante, habría que partir de qué es considerado como “abuso de superioridad” por la jurisprudencia actual. Las Sentencias del Tribunal Supremo (STS) nº 16/2012, de 20 de enero¹¹ (Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena

¹⁰ Online: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/3d7d2f4a91c7989d/20211223>

¹¹ Online: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/e9c1215fd744e7bb/20120213>

Gomez) y STS nº 683/2013, de 23 de julio¹² (Ponente: Excmo. Sr. D. Carlos Granados Perez), «*el abuso de superioridad concurre cuando **una eventual defensa de la víctima queda ostensiblemente debilitada por la superioridad personal, instrumental o medial del agresor, que se ve por ello asistido de una mayor facilidad para la comisión del delito***». [FD PRIMERO].

Conforme a la STS nº 711/2021, de 21 de septiembre¹³ (Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde), «*La circunstancia agravante encuentra su fundamento en la prepotencia del sujeto activo o el abuso sobre su víctima. Debe existir un desequilibrio notorio entre las situaciones de poder de los sujetos implicados en el delito, con **una potenciación agresiva del autor que favorezca que su acción prospere frente a un sujeto pasivo que se encuentra en situación normal o debilitada**, de suerte que en nuestra STS nº 926/1998, de 4 de julio, proclamábamos que no cabe apreciar esta circunstancia en aquellos supuestos en los que la potencia extraordinaria sea necesaria para la realización del propósito delictivo*». [FD CUARTO].

De igual modo, la STS nº 711/2021, de 21 de septiembre establece que “Como recuerda nuestra STS nº 922/2012, de 4 de diciembre (con cita de las SSTS 863/2015, de 30 de diciembre; 93/2012, de 16 de febrero; 1221/2011, de 15 de noviembre; 1236/2011, de 22 de noviembre y 1390/2011, de 27 de noviembre), la agravante de abuso de superioridad requiere así de los siguientes requisitos:

*Un **requisito objetivo**, consistente en una situación de superioridad, es decir, un importante desequilibrio de fuerzas a favor de la parte agresora frente al agredido derivada de cualquier circunstancia. Bien referida a los medios utilizados para agredir (superioridad medial), bien al hecho de que concurren una pluralidad de atacantes (superioridad personal), siendo precisamente este último supuesto el más característico y el de mayor frecuencia en su aplicación.*

*Un **resultado**, esto es, esta superioridad ha de producir una notable disminución de las posibilidades de defensa del ofendido, sin que llegue a eliminarlas, pues si esto ocurriera nos encontraríamos en presencia de la alevosía que constituye así la frontera superior de la agravante que estamos examinando.*

*Un **requisito subjetivo**, consistente en que el agresor o agresores conozcan esa situación de desequilibrio de fuerzas y se aprovechen de ellas para más fácil realización del delito y,*

*Un **requisito excluyente**, que entraña que la superioridad de la que se abusa no sea inherente al delito, bien por constituir uno de sus elementos típicos, bien porque el delito necesariamente tuviera que realizarse así». [FD CUARTO].*

Teniendo en cuenta la principal doctrina aplicada por el alto tribunal para definir el agravante de abuso de superioridad, consideramos que no es aplicable al caso básico del “stealthing” como el expuesto en el inicio ya que, no existe una superioridad personal o medial, sino más

¹² Online: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/e1975a047e5eb616/20130820>

¹³ Online: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/e1ec35606a2629e2/20211004>

bien un engaño por parte del atacante hacia la víctima, quien ha actuado valiéndose del consentimiento inicial. Por lo tanto, no podemos decir que en el presente caso haya concurrido violencia, intimidación o abuso de superioridad, y con ello, concluimos que es de aplicación el último apartado del vigente art. 178 CP en el cual se regula la situación que se analiza en el presente caso.

*178. 4. CP: El órgano sentenciador, razonándolo en la sentencia, y **siempre que no medie violencia o intimidación o que la víctima tuviera anulada por cualquier causa su voluntad o no concurren las circunstancias del artículo 180**, podrá imponer la pena de prisión en su mitad inferior o multa de dieciocho a veinticuatro meses, en atención a la menor entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable.*

d) Acceso carnal

El delito genérico de agresiones sexuales, según el Código Penal español (art. 178.1 CP), exige un contacto corporal, es decir, un contacto físico con el cuerpo de la víctima sin su consentimiento. Este contacto físico es un componente esencial para considerar un acto como sexual. Por lo tanto, el acto sexual se define por el contacto físico que implica, es decir, el contacto corporal involucrado. Así, el objeto del consentimiento sexual será precisamente un determinado contacto físico.

En este caso particular, no solo existe un mero contacto físico, sino que se produce una penetración vaginal sin el uso del preservativo. Este hecho eleva la gravedad del delito, ya que no solo viola el consentimiento de la víctima, sino que también pone en riesgo su salud al exponerla a posibles enfermedades de transmisión sexual. Por lo tanto, este acto debe ser calificado de acuerdo con lo establecido en el art. 179.1 CP, que se refiere a la agresión sexual con acceso carnal, y se le debe imponer una pena superior debido a la gravedad de los hechos.

3.2 DELITO DE LESIONES

La transmisión de una enfermedad de transmisión sexual (ETS) puede constituir un delito de lesiones previsto y penado en el artículo 147 y siguientes del Código Penal y así lo han reconocido los tribunales españoles en recientes sentencias, sin embargo, la realidad es que este delito es difícil de probar y hay que atender a las circunstancias del caso.

Los hechos que aquí se nos plantean encajan dentro del tipo penal del artículo 149.1 CP: *“El que causara a otro, por cualquier medio o procedimiento, la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro principal, o de un sentido, la impotencia, la esterilidad, una grave deformidad, o una grave enfermedad somática o psíquica, será castigado con la pena de prisión de seis a 12 años”*

La importancia del riesgo ocasionado y la entidad del resultado potencial derivado del mismo (el contagio del VIH) supone que la calificación jurídica de los hechos deba ser considerada

como grave a los efectos de incluirla en las previsiones del artículo 151.1.2º CP en relación al artículo 149 CP.

a) Vulneración de la salud

El bien jurídico protegido en el delito de lesiones es la salud, un derecho personal reconocido en el artículo 43 de la CE y en el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, merecedor de específica protección penal, en lo que a los contagios por enfermedad de transmisión sexual se refiere y ello, por la gravedad de los resultados que se pueden producir. Una actividad sexual sin adoptar la profilaxis sanitaria precisa cuando es requerida, no solo puede comportar la propagación de patógenos bacterianos, víricos o parasitarios transmisibles por vía sexual, con consecuencias leves o transitorias para la salud humana en muchas ocasiones, sino que puede desembocar en graves resultados a largo plazo, incluso de tipo permanente, como infertilidad, enfermedades crónicas, carcinomas o muerte prematura, además de graves patologías vertebrales en el feto o en el recién nacido.

De esta manera se pronuncia la STS nº 1807/2018 de fecha 11/03/2020¹⁴, donde se condenan unos hechos similares a los que nos atañen, indicando que el derecho a la salud y a la vida siempre prevalecerá sobre el derecho a la intimidad:

*“Más allá de la valoración ética que, en orden a la libertad de decisión, pueda merecer que quien conoce sufrir una enfermedad sexual oculte su existencia a quienes mantienen prácticas sexuales con él, **la consideración penal de esta realidad se aborda por el legislador a partir del derecho a la salud, contemplando el bien jurídico desde su significación más concreta** de ausencia de afección o enfermedad en una población o individuo [FD PRIMERO].*

*[...] La previsión específica de considerar delito la propagación de enfermedades fue excluida del Código Penal de 1995 que, desde su redacción inicial, no contempla ningún tipo penal de puesta en peligro de la salud pública a través del contagio, por lo que la incriminación de conductas que supongan la transmisión de enfermedades o deterioros de salud permanentes, entre ellos **la propia transmisión del síndrome de inmunodeficiencia adquirida (VIH), ha de ubicarse en la tipificación de las lesiones de los artículos 147 y ss del Código Penal**, dado que el tipo básico del delito de lesiones corporales admite cualquier medio o procedimiento en orden a causar una lesión que menoscabe la integridad corporal o la salud física o mental de una persona, integrándose por ello en la conducta típica el contagio o la transmisión, dolosa o culposa, de una enfermedad o dolencia a otra persona, sea cual fuere su naturaleza. [FD PRIMERO].*

*[...] Esta calificación culposa puso el acento en el hecho de que, **utilizándose o no preservativos en las relaciones sexuales por parte de quien era portador del virus (VIH), contagió a su pareja por no utilizarlos con la eficacia debida**, sin olvidar un elemento que debe considerarse esencial a los efectos de la calificación jurídica de este tipo de conductas de contagio, que es la previa información a la pareja de que estaba infectado por el VIH, por*

¹⁴ Online: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/d9bca50fc5fe213e/20200403>

entender: a) **Que el derecho a la intimidad del enfermo encuentra su límite en el derecho a la vida y a la salud del semejante** y b) *Que la existencia o no de esa previa información resulta crucial, pues de no advertirse a la pareja que se es portador del virus, el transmisor se coloca en posición del dominio del hecho que sustenta la autoría en un delito de lesiones, dado que el sujeto pasivo aceptaría mantener unas relaciones sexuales de manera distinta a como lo habría hecho de conocer que las abordaba con una persona infectada.* [FD PRIMERO].

b) El dolo en el delito de lesiones

En este caso, nos encontramos ante un delito de lesiones doloso puesto que, Mateo, quien padece la enfermedad, conoce perfectamente su situación médica y, a pesar de ello, mantiene relaciones sexuales sin protección con su pareja. Es cierto que el dolo es un elemento subjetivo que debe ser probado, como se refiere en la STS nº 217/2016, de 15 de marzo¹⁵: *“los elementos intelectivos de todo delito, como el dolo, es decir el conocimiento de lo que se hace y el consentimiento en su ejecución, son hechos subjetivos que, salvo improbable confesión de la persona investigada, debe determinarse por las pruebas e indicios que resulten de la investigación”.* [FD OCTAVO].

Para analizar el dolo, en el presente caso hay que atender a dos factores:

- El primero es el uso del preservativo, como se determinó en la STS Sala de lo Penal nº 528/2011, de 6 de junio de 2011¹⁶: *“Centrándonos únicamente, por tanto, en el análisis del comportamiento del acusado en tanto que acción causante del contagio, es decir, la realización de numerosos coitos sabedor de que padecía la contagiosa dolencia, es indudable que la utilización de preservativos, como los propios médicos le habían prescrito, no sólo elimina la presencia de un dolo directo, en esta ocasión impensable incluso para la propia recurrente, sino que aleja la posibilidad de apreciar el dolo eventual pues, cualquiera que fuere el criterio doctrinal que al respecto asumamos, lo cierto es que queda excluida tanto la hipótesis de una representación próxima de la causación del resultado directamente no querido, como la de la aceptación del mismo como consecuencia de la acción llevada a cabo, al igual que podría decirse respecto de la asunción de las consecuencias del riesgo generado.”* [FD PRIMERO].
- El segundo es el conocimiento sobre la enfermedad. Mateo y Laura conocían que Mateo padece VIH, por lo que se acordó entre ambos que todas las relaciones sexuales se producirían con protección a fin de evitar contagios. En cualquier otro escenario en el que no hubiera protección, no existiría consentimiento por parte de Laura.

¹⁵ Online: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/696cdca7f06c7856/20160330>

¹⁶ Online: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/5ef71d1e4a35fe5d/20110623>

Consecuentemente, el hecho de que Mateo se quitara el preservativo mientras mantenían relaciones sexuales produce un cambio en la perspectiva de los hechos, situándonos en una conducta dolosa y, así lo establece la STS nº83/2001, de 24 de enero de 2001¹⁷: **“El conocimiento de la posibilidad de que se produzca el resultado y la consciencia del alto grado de probabilidad de que realmente se produzca caracteriza la figura del dolo eventual desde el prisma de la doctrina de la probabilidad o representación, frente a la teoría del consentimiento que centra en el elemento volitivo -asentimiento, consentimiento, aceptación, conformidad, o en definitiva "querer" el resultado- el signo de distinción respecto la culpa consciente. Ambas constituyen las dos principales posiciones fundamentadoras del dolo eventual.”** [FD QUINTO].

El Alto Tribunal ofrece un punto evidente de inflexión en la STS de 23 de abril de 1992 , recurso de casación nº 3654/1992¹⁸ en la que se afirma que: **“En la medida en la que dicha jurisprudencia ha adoptado para la caracterización del tipo objetivo (al menos en los delitos de resultado) la teoría de la imputación objetiva, será condición de la adecuación del comportamiento a dicho tipo objetivo que el autor haya ejecutado una acción generadora de un peligro jurídicamente desaprobado. Consecuentemente, obrará con dolo el autor que haya tenido conocimiento de dicho peligro concreto jurídicamente desaprobado para los bienes jurídicos, pues habrá tenido el conocimiento de los elementos del tipo objetivo, que caracterizan, precisamente, al dolo. En tales supuestos no cabe duda que si el autor conocía el peligro concreto jurídicamente desaprobado y si, no obstante ello, obró en la forma en la que lo hizo, su decisión equivale a la ratificación del resultado que-con diversas intensidades-ha exigido la jurisprudencia para la configuración del dolo eventual”.** [FD Primera Parte. Recursos de las Defensas. A) Recurso de Iñigo Roman].

Añade dicha sentencia que **“la jurisprudencia de esta Sala, sin embargo, permite admitir la existencia del dolo cuando el autor somete a la víctima a situaciones peligrosas que no tiene la seguridad de controlar, aunque no persiga el resultado típico. El dolo eventual, por lo tanto, no se excluye simplemente por la esperanza de que no se producirá el resultado o porque éste no haya sido deseado por el autor”.** [FD Segunda Parte. Recurso de las acusaciones. A) Recurso del Ministerio Fiscal.]

En otras sentencias como es la SAP de Sevilla nº 274/2012 de fecha 23/05/2012¹⁹ también se establece que, este tipo de situaciones en los que el autor contagia una enfermedad de transmisión sexual se debe calificar como dolo eventual: **“[...] La segunda matización a que nos referíamos atiende a la necesidad de, ante la nebulosa frontera entre el dolo eventual y la culpa así como la amplitud con que se viene configurando el primero en esa teoría de la probabilidad, ser especialmente rigurosos y exquisitos en trance de apreciar sus elementos, como corresponde al Derecho Penal, de modo que para predicar ese dolo eventual hemos de poder afirmar, más allá de cualquier duda razonable, en el ámbito objetivo que estuvo presente un verdadero riesgo susceptible de desaprobación (así se infiere de la expresión "actos que objetivamente deberían producir el resultado" que se contiene en el artículo 16 del Código Penal) y, en el subjetivo, que el acusado tenía conocimiento no sólo de la posibilidad de que se diera el resultado sino también conciencia del alto**

¹⁷ Online: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/a5c70a6cbefab6a6/20030808>

¹⁸ Online: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/40707caecc710e2/20101216>

¹⁹ Online: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/55066af61d1acc33/20120913>

grado de probabilidad de que realmente se produjera. En este sentido, la ya tan citada sentencia de 8-11-11, en un supuesto de contagio de VIH en que casó la sentencia condenatoria por imprudencia grave y apreció dolo eventual, razona que **el salto de la culpa consciente al dolo eventual se produce justamente "por el alto grado de probabilidad de que se produjera el contagio cuya representación resultaba obligada para su agresor"**, extremo que debe en consecuencia ser la piedra angular sobre la que gravite la presente resolución." [FD SEGUNDO].

No hay una verdad absoluta y se necesitarían más pruebas para determinar qué es lo que ha ocurrido, pero los hechos que conocemos nos indican que el comportamiento de Mateo se califica como dolo eventual, no ha habido una imprudencia por su parte sino que, de manera determinante ha decidido quitarse el preservativo mientras mantenía relaciones sexuales con Laura, poniendo en riesgo la salud de su pareja; si bien no buscaba contagiarle la enfermedad que padece, era consciente que la probabilidad de contagio era muy alta.

En el presente caso, descartamos la hipótesis de plantear un supuesto de tentativa de homicidio ya que la intención de Mateo no era la de acabar con la vida de Laura y, esto se debe al comportamiento seguido por el acusado. En primer lugar, es un hecho probado que desde el inicio de la relación Mateo informó a la Laura de su enfermedad y nunca ha intentado ocultar dicha información. Y, en segundo lugar, es importante señalar el número de veces en los que Mateo ha mantenido relaciones sexuales con Laura sin protección, siendo este caso solamente el día 3 de octubre de 2023. El número de relaciones sexuales mantenidas sin protección es directamente proporcional a la probabilidad de contagio del virus en base a la exposición ante la enfermedad y, es cierto que solamente ocurrió esa noche, por lo que, Mateo, a pesar de actuar sin cautela en la noche de los hechos, demuestra que no buscaba matar a su pareja.

3.3 CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL

a) Parentesco

Se regula el agravante por parentesco en los artículos 23 CP en relación el art 180.1. 4º CP para los delitos contra la libertad sexual y, se aplica cuando *"la víctima sea o haya sido esposa o mujer que esté o haya estado ligada por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia"*.

Para que se aplique esta circunstancia modificativa debe existir una relación parental a la que se asemeja una relación afectiva. La STS nº 251/2018, de 24 de mayo²⁰: **"En su versión de circunstancia agravante, la justificación del incremento de pena se encuentra en el plus de culpabilidad que supone la ejecución del hecho delictivo contra las personas unidas por esa relación de parentesco o afectividad que el agresor desprecia, integrándose la circunstancia por un elemento objetivo constituido por el parentesco dentro de los límites y grado previsto, y el subjetivo que se concreta en el conocimiento que ha de tener el agresor de los lazos que le unen con la víctima, bastando sólo ese dato y no exigiéndose una concurrencia de cariño o afecto porque como tal exigencia vendría a hacer de imposible**

²⁰ Online: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/342b3ac53bbee809/20180601>

aplicación de la agravante pues si hay afecto, no va a haber agresión, salvo los supuestos de homicidio pietatis causa en los que el parentesco podría operar pero como circunstancia de atenuación.” [FD CUARTO].

El factor clave para que concurra esta circunstancia agravante es que exista una relación de pareja estable y, el hecho cometido tenga lugar dentro de ese contexto y vínculo creado entre la pareja. El propio artículo 23 CP indica “...ser o haber sido el agraviado cónyuge o persona que esté o haya estado ligado de forma estable por análoga relación de afectividad”. Es decir, no es relevante a la hora de aplicar el agravante si la relación de afectividad es permanente, o ya se ha roto, pero, sí debe haber existido esa unión estable entre ambas partes. Por ejemplo, en la STS Sala de lo Penal nº 1218/2011, de 8 de noviembre²¹ se condena al autor responsable de los hechos por un delito de lesiones graves con la concurrencia de la circunstancia mixta de parentesco al haber contagiado el actor el VIH a su pareja, con la que mantenía una relación estable:

“Al estimarse que los hechos enjuiciados son constitutivos de un delito doloso de lesiones causantes de una grave enfermedad, tipificado en el artículo 149 del Código Penal, concurriendo la agravante de parentesco, la pena a imponer se extiende de nueve años y un día a doce años, procediendo, acorde con el criterio mantenido en la sentencia recurrida, la imposición de la pena mínima de nueve años y un día de prisión que sustituye a la impuesta en la instancia de dos años de prisión, manteniéndose los demás pronunciamientos de la sentencia recurrida.” [FD UNICO].

La jurisprudencia del Tribunal Supremo en sentencias como la STS nº 59/2013, de 1 de febrero²² nos indica que para poder estimar que existía relación de afectividad debe concurrir:

*“a) Existencia de una relación matrimonial o asimilada a la matrimonial, y
b) Que el delito cometido tenga relación directa o indirecta con el marco o vínculo de relaciones o comunidad de vida de ambas personas, por lo que el plus de punición se justifica por el plus de culpabilidad que supone que el autor desprecie con su acción la comunidad de convivencia que tiene con la víctima.” [FD TERCERO].*

En el presente caso, como hemos expuesto en los hechos, Laura y Mateo llevaban juntos 15 meses por lo que, siguiendo los requisitos exigidos por la jurisprudencia a la hora de aplicar la circunstancia modificativa, la pareja está consolidada al considerarse como pareja estable. Se concluye que, Mateo se aprovechó de la confianza depositada por Laura para cometer el delito y por ello, es de aplicación la agravante por parentesco. La comisión del delito se produjo en el marco del vínculo creado entre Laura y Mateo. Sería una situación distinta si Mateo hubiera cometido los mismos hechos con una persona a la que hubiera conocido esa noche, en ese caso no se aplicaría el agravante de parentesco debido a que no existiría tal vínculo entre la víctima y el actor.

²¹ Online: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/57c445f8dee3afb5/20111212>

²² Online: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/ab63a12fe72a8c52/20130301>

b) Agravante de género

El agravante de género se regula en el artículo 22.4 del Código Penal que establece: “*Son circunstancias agravantes: 4º. Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, razones de género, la enfermedad que padezca o su discapacidad.*”

La esencia de las circunstancias agravantes descritas en el apartado cuarto del art 22 CP radica en el mayor reproche penal que supone que el autor cometa los actos ilícitos impulsado por un sentimiento de superioridad hacia los colectivos que se citan, es decir, demuestra que percibe a la víctima como inferior y por ello, la discrimina. Así lo establece la jurisprudencia, por ejemplo, la STS 314/2015 de 4 de mayo²³: “*el delito cometido por motivos discriminatorios supone la materialización mediante hechos delictivos de ideas contrarias a un valor constitucional esencial, el principio de igualdad o, lo que es lo mismo, la prohibición del trato discriminatorio, por lo que se lesiona el bien jurídico protegido por el delito concreto y, además, el principio constitucional de igualdad*” [FD DÉCIMO NOVENO].

Sobre el fundamento de la agravante de género establece la SAP de Asturias de 4 de diciembre de 2017²⁴ “*La agravante de género, incorporada al Código penal con la reforma de la L.O. 1/2015 obedece a que el género (...) puede constituir un fundamento de acciones discriminatorias diferente del que abarca la referencia al sexo, indicándose así en la Exposición de Motivos de aquella Ley Orgánica, y fundamentándose en la mayor culpabilidad del autor por la mayor reprochabilidad del móvil que le impulsa a cometer el delito, siendo preciso que se acredite la intención de cometerlo contra la mujer por el hecho de ser mujer y como acto de dominio y superioridad*” [FD TERCERO].

Y, la SAP de Badajoz de 5 de febrero de 2018²⁵ nos recuerda que: “*Nos encontramos, por tanto, ante una circunstancia agravante subjetiva, cuya mayor reprochabilidad deriva de la concurrencia de un móvil especialmente abyecto del autor, el mayor desvalor, que supone, en el caso contemplado, que el autor atente contra la vida de la víctima como expresión de su idea de dominación sobre la víctima*” [FD SEXTO].

Además, la agravante de género también queda regulada por el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica de 11 de mayo de 2011, en su artículo 3.d) Por “*violencia contra la mujer por razones de género*” se entenderá toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada”.

El origen de este agravante proviene de las implicaciones sociales que tiene el “género”. La SAP de Sevilla 375/2020, de 29 de octubre explica este concepto: “*Naciones Unidas definió el género como los significados sociales que se confieren a las diferencias biológicas entre los sexos; por tanto, sexo y género no deben confundirse, siendo aquí la discriminación por razón del segundo la que se propone como circunstancia que, por su mayor reprochabilidad, debe agravar la respuesta penal. Hemos de partir, por tanto,*

²³ Online: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/5ebb96e34c1c063c/20150617>

²⁴ Online: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/cec128cdb28b9673/20180126>

²⁵ Online: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/c09d4edf24101cf2/20180207>

de que el **género es una categoría social** que, más allá de lo biológico, **hace referencia a la construcción social de lo femenino y lo masculino, asignando a cada una de esas identidades roles, funciones y valores diferenciados**; la agravación encuentra, por tanto, su justificación en la medida en que la conducta del agente pueda servirse o estar imbuida de tales concepciones sociales o históricas, de los que podemos tildar de **estereotipos negativos**, para traducirlas en una **discriminación no justificada que atente contra el principio de igualdad proclamado en nuestra Constitución**; por ello, la meritada circunstancia exigirá identificar ese rol desigual que tiñe la conducta enjuiciada y el modo en que se traduce en una discriminación no justificada por razón alguna.” [FD SEXTO].

Una vez definido el agravante hay que establecer los requisitos para su aplicación. Siguiendo lo establecido por el Alto Tribunal, en sentencias como STS nº 565/2018, de 19 de noviembre²⁶:

*“la agravante de género **debe aplicarse en todos aquellos casos en que haya quedado acreditado que el autor ha cometido los hechos contra la víctima mujer por el mero hecho de serlo y con intención de dejar patente su sentimiento de superioridad frente a la misma**; es decir, en aquellos casos en que se cometió el hecho por esa motivación, que atenta contra el principio constitucional de igualdad”.* [FD OCTAVO].

Y en la STS nº 722/2023 de 29 de septiembre²⁷: *“la igualdad de género, como valor que debe ser objeto de especial protección, determinará una mayor culpabilidad cuando se ejecuta una acción típica que tenga connotaciones con la subcultura machista y vulnere la paridad. Sin embargo, la agravación no supone que cualquier conducta típica sea siempre merecedora de exacerbación punitiva si lesiona bienes jurídicos de una mujer y la comisión del delito se hubiera desplegado por un hombre, sino que **su operatividad dependerá de que el sujeto activo perpetre el delito bajo una demostración grave y arraigada de desigualdad y con proyección de una pretendida supremacía machista, que trascienda la previsión del tipo penal al que pretende aplicarse.**”* [FD TERCERO].

En el presente caso hay que analizar si es de aplicación el agravante: para que se admita la agravante de género debe acumularse en los mismos hechos el ataque a su libertad sexual y un móvil basado en la dominación del hombre sobre la mujer al considerarla, el autor, un ser inferior, despreciando y vulnerando su derecho a la igualdad. La STS 444/2020 de fecha 14 de septiembre²⁸, enumera algunos de los criterios que se suelen aplicar para determinar la concurrencia del agravante, entre ellos:

“la vinculación entre el agresor y la víctima; las expresiones proferidas; el carácter denigratorio de las prácticas desarrolladas; el número de actores; o el simbolismo de determinados actos”. [FD TERCERO].

²⁶ Online: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/8fb963d567aaed8f/20181122>

²⁷ Online: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/e31dcc698421df68a0a8778d75e36f0d/20231102>

²⁸ Online: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/53de1f37024fc251/20200930>

Por todo ello, en nuestro caso si atendemos a los hechos, consideramos que sí debe aplicarse el agravante de género puesto que, se aprecia una mayor reprochabilidad demostrada por Mateo en relación a Laura, con quien mantenía una relación afectiva, considerando a ésta como un ser inferior que no merece su respeto por ser mujer. Se confirma que Mateo ha actuado ejerciendo su control y dominio sobre ella habida cuenta que solamente ha pensado en su beneficio y propio placer, sin tener en cuenta la repercusión que tendría sobre la salud de Laura. Mateo ha despreciado totalmente la integridad física de su pareja, quien ha resultado humillada y contagiada por la enfermedad de Mateo. Con ello se demuestra que el acusado ha considerado que tiene más poder y más derechos que Laura, es decir, que solo por ser hombre debe estar en una posición de superioridad sobre la mujer. Por lo tanto, no hay duda que debe aplicarse el agravante de género en la condena del acusado debido a que este caso muestra un ejemplo donde el hombre ha ejercido una conducta machista, considerándose superior a la mujer.

3.4 AUTORÍA:

Siguiendo lo establecido en el Código Penal, en sus artículos 27 y 28:

Art 27 CP: *“Son responsables criminalmente de los delitos los autores y los cómplices.”*

Art 28 CP: *“Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento.”*

Se considera autor en sentido estricto (autor principal), aquel cuyo comportamiento puede ser directamente integrado en el tipo legal. En este caso, nos encontramos con un autor inmediato, ya que, ejecuta por sí mismo el delito, de modo que es su propia conducta física la que cumple el correspondiente tipo legal. Característica principal del autor directo es tener el dominio del hecho porque dirige su acción hacia la realización del tipo penal. La STS 134/2017, de 2 de marzo²⁹ establece: *“La autoría aparece cuando varias personas, de común acuerdo, toman parte en la ejecución de un hecho típico constitutivo de delito”*. [FD QUINTO].

Por ello, de los delitos de agresión sexual y de lesiones analizados en los apartados anteriores, ha de responder como autor el acusado Mateo, pues fue él quien realizó de forma personal y directa, con pleno dominio del hecho, todas las conductas señaladas y que han quedado ampliamente acreditadas.

Se puede afirmar, sin ningún tipo de duda que, fue él quien, unilateralmente, prescindió del preservativo en la relación inicialmente consentida sólo con el uso de éste y, de este modo, contagió una enfermedad de transmisión sexual a la denunciante.

²⁹ Online: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/a40427b91af9ebd9/20170313>

3.5 CONCURSO DE DELITOS Y PENAS

Si calificáramos los delitos de forma individual, deberíamos atender a la regulación prevista en el Código Penal para cada delito y, conforme a ello:

- Comenzando con el **delito de agresión sexual**, es de aplicación el art 179.1 CP, según el cual, cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado como reo de violación con la pena de prisión de cuatro a doce años. Y, en base a lo dispuesto en el art 180.1 CP la anterior conducta será castigada con la pena de prisión de siete a quince años cuando concorra alguna circunstancia agravante, en este caso, se aplica la agravante prevista en el art 180.1.4º de parentesco.

Atendiendo a las circunstancias del caso, se solicita una pena de prisión de ocho años para el acusado puesto que, no solamente concurre el agravante de parentesco, sino también la de género, lo que nos lleva a considerar una pena superior.

- Y, en relación al **delito de lesiones**, es de aplicación lo dispuesto el art 149.1 CP, según el cual, cuando las lesiones cometidas provocan una grave enfermedad, el responsable será castigado con la pena de prisión de seis a doce años. Con respecto a este delito, se solicita una pena de prisión de diez años debido a que, la enfermedad contagiada es crónica y, conlleva una serie de consecuencias perjudiciales en la calidad de vida de la víctima que van a influir en sus relaciones sociales y personales de por vida.

Como hemos mencionado, existen dos agravantes, en concreto, de parentesco y de género, siendo de aplicación el art 66.3 CP, según el cual, cuando concurren dos circunstancias agravantes, se aplicará la pena en la mitad superior de la que fije la ley para el delito.

Sin embargo, al existir dos delitos derivados de los mismos hechos, nos encontramos ante un concurso ideal de delitos, regulado en el art 77.1 CP ya que, de una sola acción se han producido dos delitos, de agresión sexual y de lesiones. El propio art 77 CP prevé que, ante un concurso ideal de delitos, **la pena a imponer será la correspondiente al delito de mayor gravedad en su mitad superior, si bien con un límite máximo, constituido por la penalidad que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones**. A estos efectos es preciso determinar para cada caso, conforme a las reglas aplicables y teniendo en cuenta el margen discrecional del juez o tribunal, el máximo imponible penando separadamente las distintas infracciones.

La STS n.º 745/2005, de 16 de junio³⁰ afirma que *“la doctrina de esta Sala ha entendido que para realizar los cálculos que resultan obligados a consecuencia de esta previsión legal, debe partirse de la individualización de la pena para cada uno de los delitos cometidos, de forma que debe tenerse en cuenta la pena concreta que correspondería a cada uno de ellos según los razonamientos del Tribunal en relación con el caso enjuiciado, prescindiendo de la pena*

³⁰ Online: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/73e4125544c4ce19/20050721>

asignada en abstracto por la Ley. De esta forma, el Tribunal debe precisar como paso previo cuál sería la pena a imponer a cada delito separadamente considerado en atención a los criterios contenidos en los artículos 61 y siguientes del Código Penal, y, una vez determinada, aplicar las normas especiales del artículo 77, pues no resulta posible saber si la pena correspondiente al delito de mayor gravedad en su mitad superior excede o no de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente ambos delitos hasta que estas últimas no están adecuadamente precisadas en el caso concreto”. [FD SÉPTIMO].

Para el presente caso, si se impusieran las penas solicitadas por la acusación, tendría como resultado una pena de prisión de dieciocho años, es decir, una pena superior a la que tendría si se aplica el concurso ideal, por lo que, cumpliendo con la normativa, se le impondrá la pena correspondiente a la del delito de mayor gravedad en su mitad superior.

En el caso de Mateo se le impondrá la pena correspondiente al delito de mayor gravedad, el delito de agresión sexual, en su mitad superior en aplicación de las normas para el concurso de delitos previsto en el art 77 CP y también, en concordancia con lo dispuesto en el art 66.3 CP al concurrir dos circunstancias agravantes.

Todo ello, nos lleva a una pena de prisión que podría ir desde los once hasta los quince años, correspondiente a la pena de prisión prevista en el art 180.1 CP en su mitad superior.

En este caso, se debe imponer al acusado la pena de prisión de doce años y seis meses con la inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, accesorias legales y costas.

Asimismo, ante las circunstancias de gravedad del hecho y con la finalidad de proteger a la víctima, al amparo de lo dispuesto en los artículos 57 y 48 del Código Penal, procede imponer al acusado como pena accesoria la prohibición de acercarse a la perjudicada, al domicilio de esta, lugar de trabajo o estudio, o cualquier otro frecuentado por la misma a una distancia inferior a 500 metros, así como la prohibición de comunicarse con ella por cualquier medio, por tiempo de 5 años.

3.6 RESPONSABILIDAD CIVIL

La regulación de la responsabilidad civil derivada del delito está recogida en los artículos 109 y siguientes del Código Penal, que se aplica en los casos en los que el autor causa a la víctima daños y perjuicios producidos por la infracción cometida. El autor será responsable de responder ante estos daños a través de la restitución, la reparación del daño y/o la indemnización de los perjuicios materiales y morales. En este caso, nos centraremos en el resarcimiento por los daños ocasionados debido a que no es posible una restitución o reparación.

En el contexto de delitos contra la libertad sexual, la responsabilidad civil surge como consecuencia del impacto psicológico que produce el evento traumático. Es habitual que las víctimas de este tipo de delitos requieran atención especializada en psicología o psiquiatría durante un periodo prolongado.

Brodsky, en su artículo sobre el “*stealth*”, concluye que las víctimas de esta práctica no solo sufren por la agresión física, sino que también se sienten despreciadas y humilladas. Esto se debe a que se han sentido traicionadas por su pareja, quien les ha arrebatado su derecho a decidir sobre su propio cuerpo. Las víctimas de “*stealth*” definen esta práctica como un atentado contra su cuerpo y un daño directo a su dignidad.

Es cierto que no es fácil evaluar los daños morales ocasionados a las víctimas de delitos sexuales, por ello es imprescindible fijar el nexo causal entre la acción acaecida y el daño correspondiente. Tal relación de causalidad es analizada en base al criterio de la proximidad del acontecimiento, de acuerdo con el cual el nexo causal no se puede fundar en conjeturas o posibilidades, correspondiendo al Juez valorar su certeza. Esto irá acompañado de un informe pericial profesional que evidencie el daño causado, la asistencia requerida y la evolución de la víctima, siendo éste el único y principal medio para demostrar que ha habido un daño indemnizable. Dicho informe, además de justificar la existencia de los daños morales, también es utilizado como referencia para cuantificar el daño en los casos en los que no sea de aplicación ninguna norma específica.

En este sentido en la STS 130/2020, de 5 de mayo³¹: *“En la STS 24.3.1997 se recuerda que no cabe olvidar que cuando de **indemnizar los daños morales se trata**, los órganos judiciales no pueden disponer de una prueba que les permita cuantificar con criterios económicos la indemnización procedente, por tratarse de magnitudes diversas y no homologables, de tal modo que, **en tales casos poco más podrán hacer que destacar la gravedad de los hechos, su entidad real o potencial, la relevancia y repulsa social de los mismos, así como su incidencia en los perjudicados y las circunstancias personales de los ofendidos** y, por razones de congruencia, las cantidades solicitadas por las acusaciones”.* [FD CUARTO].

Aunque la indemnización por daños morales es subjetiva y debe ser evaluada de forma individual, el Tribunal Supremo ha reconocido de manera reiterada que el sufrimiento experimentado por la víctima debe ser objeto de indemnización, que procederá conforme a la vía civil del artículo 1.902 CC, es decir, se aplica la norma general en materia de indemnización de daños morales.

A modo de ejemplo, se pueden citar las siguientes sentencias del Tribunal Supremo donde se cuantifican las indemnizaciones por daños morales atendiendo a las circunstancias de cada caso. El Tribunal Supremo en STS 12/2023, de 19 de enero³² también eleva la cantidad que se había fijado en apelación a 50.000 € por daño moral, aparte de la secuela, por tratarse de agresiones sexuales durante cinco años a una menor por un familiar que convivía en ocasiones con la víctima y que hizo que la menor nunca se sintiera segura. En la STS 351/2021, de 28 de abril³³ se fija la indemnización en 25.000 € que en este caso incluye las secuelas y daños por delitos sexuales y lesiones físicas. Y en la STS 8/2021, de 14 de enero³⁴ se tienen en cuenta el tiempo que duraron los actos sexuales, la edad de la víctima y la cantidad solicitada para fijar el daño moral en 75.000 €.

³¹ Online: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/78c0e0e19485bdf4/20200508>

³² Online: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/83443754a5c69874a0a8778d75e36f0d/20230127>

³³ Online: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/955442ba08fc5c9b/20210518>

³⁴ Online: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/d0da31282804a467/20210127>

Por otro lado, es evidente que la transmisión de una enfermedad como el VIH implica un daño directo al derecho a la salud, definido dentro de las categorías de los daños como un daño personal o corporal, que será perseguido por la vía civil del artículo 1902 CC sobre la responsabilidad extracontractual y, la obligación de reparar el daño causado. Debemos tener en cuenta que el VIH es una infección viral crónica que destruye gradualmente el sistema inmunológico, tiene una naturaleza especial y no siempre se puede detectar de manera inmediata. Incluso existe la posibilidad de que el test correspondiente no arroje un resultado exacto debido al periodo de incubación del virus o, puede ocurrir que la enfermedad se vaya manifestando, a veces de modo sutil, lo que conlleva que el portador pueda tardar mucho en descubrir su condición. Por lo que las personas que lo padecen y tienen el riesgo de transmitir el virus a otras personas deben ser enjuiciadas por responsabilidad derivada de la relación de causalidad existente entre el daño causado y el hecho antijurídico cometido por el actor.

Es en estos casos en los cuales consideramos que la carga del cuidado pesa significativamente sobre el sujeto sano de la relación. En materia de responsabilidad civil se debe observar el comportamiento de los actores respecto al cumplimiento de dos obligaciones esenciales derivadas del deber genérico de obrar con previsión: en primer lugar, informar a su pareja de su estado; y, en segundo lugar, adoptar los recaudos necesarios para proteger los derechos de las personas con las que se relacionan, en concreto con su derecho a la salud. En el momento en el que se incumple alguno de estos dos requisitos, se incurre en responsabilidad para con la persona dañada. El tipo de enfermedad contagiada en el presente caso es de tal gravedad que incluso puede llegar a derivar en la muerte de la persona afectada por el virus.

En la mayoría de los casos, las personas contagiadas sobreviven, pero su calidad de vida disminuye considerablemente si tenemos en cuenta que deben depender de una medicación de forma vitalicia y corren el riesgo de contagiar a otras personas, por lo que, en muchas ocasiones, sus relaciones sociales y afectivas se verán alteradas negativamente.

Así, en la SAP de Madrid nº1/2004 de fecha 2 de enero³⁵, se condenó a la acusada a 6 seis años de prisión y al pago de una indemnización de 100.000 € por un delito doloso de lesiones dado que transmitió el VIH a su pareja con la que mantuvo relaciones sexuales durante dos años muchas veces sin precaución sin haberle informado de la enfermedad que padecía:

“Toda persona responsable criminalmente lo es civilmente, y ha de reparar el daño causado. Cuando éste es impagable sólo cabe una compensación genérica, que, a falta de otro modo, ha de hacerse en dinero. Habida cuenta de la merma de la calidad de vida, de la dureza del pronóstico, del miedo que acompaña a la víctima en estos casos, se cifra prudencialmente la indemnización en 100.000 euros. Ello aparte, el Tribunal informará a la víctima de la posibilidad de acogerse a los beneficios de la Ley 35/95 de 11 de diciembre sobre protección y asistencia a las víctimas de delitos dolosos violentos y contra la libertad sexual.” [FD SEXTO].

³⁵ Online: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/8a04d3290e069acd/20040909>

En esta misma sentencia indica las razones que les llevan a determinar la responsabilidad del acusado, basándose principalmente en las consecuencias sobre la persona contagiada, quien no solo sufre unas secuelas físicas, sino también psicológicas, pudiendo derivar en ansiedad o depresión por las dificultades sociales a las que se enfrenta siendo portador del VIH. El texto de la sentencia, en el fundamento jurídico cuarto dice:

*“[...] Pero es que además la **supervivencia está condicionada al uso de fármacos** en la fase de desarrollo de la enfermedad, no siempre bien tolerados y **con graves efectos secundarios**; y la **calidad de vida queda cercenada** desde el primer momento con graves limitaciones en cuanto a la **forma de desenvolverse socialmente especial cuidado en la práctica de ejercicios de riesgo**, precauciones excepcionales en las relaciones sexuales, **limitaciones o necesidades de técnicas extraordinarias**, como lavado de esperma y selección de un espermatozoide sano **en caso de desear descendencia**, que es preciso buscar mediante técnicas de reproducción asistida, y presencia de un temor continuo más o menos intenso del portador del virus. Y junto a estas consideraciones no puede olvidarse el sentir común que considera esta enfermedad como una de las más graves sin duda ninguna, ni puede ignorarse el hecho de que es **una enfermedad que, a día de hoy, puede tratarse, pero no tiene cura o solución definitiva**.*

*En consecuencia, no cabe sino reputar la misma como enfermedad muy grave, y, por tanto, la causación dolosa de la misma, ha de reputarse constitutiva del delito de lesiones en su **tipo singularmente agravado recogido en el artículo 149 del Código Penal**.” [FD CUARTO].*

Y, de manera más reciente, la SAP de Zaragoza nº 325/2016 de fecha 19 de octubre³⁶ se condenó al acusado como autor de un delito de lesiones por el contagio del VIH a su pareja, con la concurrencia de la circunstancias modificativa de la responsabilidad criminal agravante de parentesco, a la pena de nueve años y un día de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Y, se le impone igualmente al pago de la indemnización en la cantidad de doscientos mil euros (200.000 €).

En la propia sentencia, fundamento jurídico CUARTO establece: *“Procede fijar como responsabilidad civil, y como monto indemnizatorio, la cantidad solicitada por la acusación particular al estimarse correcta habida cuenta el estado puesto de relieve en el factum y que presenta la víctima, así como la angustia que le genera la incertidumbre del resultado que puede motivar la evolución del virus infectado.”*

En este caso, si atendemos a las circunstancias, ha quedado probado que hay un nexo de causalidad entre el acto cometido por mateo y los daños ocasionados. Laura precisará de ayuda psicológica y/o psiquiátrica habida cuenta que, la persona que era su pareja y en la que confiaba ha actuado de manera perjudicial contra ella, produciendo un grave impacto psicológico, lo que se traduce en daños morales. Y, también se han producido daños físicos derivado de las lesiones dolosas, puesto que Mateo sabía perfectamente que el contagio se iba a producir y aun así no lo impidió.

³⁶ Online: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/0e8f7d5e5fc7c4e4/20161125>

Como se ha mencionado anteriormente, hay que analizar todas las circunstancias del caso para evaluar económicamente la indemnización que le correspondería a Laura por los daños, pero conociendo la jurisprudencia actual, se solicitará una indemnización total de 150.000€. De dicha cuantía, 15.000€ corresponden a la indemnización por los daños derivados del delito contra la libertad sexual y; 135.000€ corresponden a los daños ocasionados por el delito de lesiones, en este caso, el contagio del VIH.

Las principales razones se deben a que, las indemnizaciones por delitos contra la libertad sexual se estiman entre 15.000€ y 50.000€ y, al no haber violencia ni intimidación, solicitamos el mínimo. En cambio, para los delitos de lesiones que conllevan la transmisión de enfermedades se estiman indemnizaciones entre los 100.000€ y 200.000€, por lo que, solicitamos 135.000€ al conocer que la enfermedad contagiada es el VIH, una enfermedad crónica con graves consecuencias para la salud de la víctima.

4. CALIFICACIÓN DE LOS HECHOS CON ARREGLO AL CÓDIGO PENAL PREVIO A LA RECIENTE REFORMA DE LOS DELITOS SEXUALES -LEY ORGÁNICA 10/2022, DE 6 DE SEPTIEMBRE, DE GARANTÍA INTEGRAL DE LA LIBERTAD SEXUAL-

Este apartado está dedicado al análisis de las consecuencias jurídico penales ocasionadas a particular de la entrada en vigor de la LO 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual³⁷, la cual introdujo importantes modificaciones en relación a los delitos contra la libertad sexual. Los cambios más significativos se encuentran en el concepto de “consentimiento” y, la eliminación del delito de abuso sexual, integrándose todas esas conductas en el nuevo delito de agresión sexual.

En relación al consentimiento, la modificación planteada por LO 10/2022, de 6 de septiembre ha supuesto un cambio de perspectiva, eliminando el sistema mediante el cual se consideraba que había consentimiento siempre que la víctima no se hubiera negado. Actualmente, es al contrario y, se considera que solo existe consentimiento cuando la víctima se ha mostrado conforme de manera afirmativa. De esta manera queda redactado en el actual artículo **178.1 CP**: ***“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.”***

Y, en relación con el delito de abuso sexual, quedaba regulado en el artículo 181 CP (actualmente modificado). Este artículo 181 CP tenía en consideración los actos que atentan contra la libertad e indemnidad sexual de otra persona sin violencia ni intimidación. La redacción previa a la reforma de la LO 10/2022 del artículo 181.1 CP establecía que: *“El que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona, será castigado, como responsable de abuso sexual, con la pena de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses.”*

³⁷ Online: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2022-14630>

Actualmente el delito de abuso sexual ha desaparecido, quedando integrado en la nueva regulación del artículo 178 donde se integran las modalidades de agresión sexual, incluyendo en el apartado 4 del artículo 178 CP el caso en el que no se aprecie violencia ni intimidación.

Retomando el caso de “*stealththing*” que estamos analizando en este estudio, si tuviéramos en cuenta el Código Penal anterior a la implementación de la LO 10/2022, del 6 de junio, esta práctica se ajustaría en la antigua categoría del delito de abuso sexual, regulado en el artículo 181.1 del CP. Esto se debe a que el “*stealththing*” conlleva un acto para el cual no ha existido consentimiento, pero al no haber mediado violencia o intimidación se consideraba como un delito de abuso sexual y no de agresión.

De esta manera queda reflejado en las primeras sentencias dictadas por tribunales españoles en casos de “*stealththing*”, las cuales se explican a continuación.

La primera sentencia que se considera de referencia es la SJI N.2 de Salamanca 155/2019 de fecha 15 de abril³⁸ en la que se condena como autor responsable de un delito de abuso sexual a un hombre por quitarse el preservativo sin conocimiento ni acuerdo previo de su pareja sexual y, continuar de esta manera las relaciones sexuales con penetración. La sentencia, en su fundamento de derecho segundo explica las razones por las cuales se considera abuso sexual y no agresión, razonamiento con el que está de acuerdo el Ministerio Fiscal, quien solicitó la condena del autor por ese mismo delito.

“El Ministerio Fiscal en su escrito de acusación solicitó que se condenara al acusado Juan Francisco como autor de un delito de abuso sexual del artículo 181.1º del Código Penal , sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, interesando se le impusiera la pena de 18 meses de multa con una cuota diaria de 6 euros, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago prevista en el artículo 53 del Código Penal , con condena a abonar la cantidad de 900 euros en concepto de indemnización a la perjudicada Felicidad.” [ANTECEDENTE DE HECHO SEGUNDO]

[...] Tal conducta sexual, el “stealththing”, no constituye delito de agresión sexual al no concurrir los requisitos de violencia o intimidación que exige el artículo 178 del Código Penal y, por ende, tampoco constituye delito de violación conforme al artículo 179 del Código Penal. No obstante, el “stealththing” se incardina en el tipo básico del apartado 1 del artículo 181 del Código Penal en cuanto sanciona que “el que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona, será castigado, como responsable de abuso sexual, con la pena de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses”, al poder considerarse que se ha prestado pleno consentimiento a mantener relaciones sexuales usando preservativo, y la posterior retirada sigilosa del profiláctico se realiza sin consentimiento, lo que atenta contra la indemnidad sexual de la víctima, quien consintió el acto sexual únicamente con las debidas garantías para evitar embarazos no deseados o enfermedades de transmisión sexual. [FD SEGUNDO]

³⁸ Online: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/40ced326d80d9f7b/20190424>

Asimismo, se muestra en la SAP Sevilla (Sección 4.ª) 375/2020, de 29 de octubre confirmada por la STSJ Andalucía 186/2021, de 1 de julio. En esta sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, confirmada por el Tribunal Superior de Justicia, se condenan unos hechos similares a los anteriores, pero en este caso, el autor del delito contagió a la víctima una enfermedad de transmisión sexual al quitarse el preservativo mientras mantenían relaciones sexuales, por lo que, se condena al autor por un delito de abuso sexual y, además, por un delito de lesiones.

En relación al delito de abuso sexual, queda explicado en el fundamento de derecho tercero de la SAP Sevilla (Sección 4.ª) 375/2020, de 29 de octubre:

*“La conducta sexual que ha sido objeto de enjuiciamiento, básicamente consistente en el acceso carnal por vía vaginal sin emplear, o retirando subrepticamente, el preservativo que se ha pactado como condición esencial del consentimiento de ambos implicados, no es tan insólita como pudiera parecer, e incluso cuenta con una específica denominación, al hacer fortuna la expresión “stealththing” que propuso la abogada estadounidense Laura en un artículo publicado en el Columbia Journal of Gender and Law, término que puede traducirse al castellano como “sigilosamente” o “subrepticamente”. Escasos precedentes ha encontrado la Sala respecto a la traducción jurídico-penal de esa conducta, más allá de algunas referencias a condenas relativamente recientes en Suiza, Estados Unidos o Alemania y a su expresa tipificación en el estado de California o en Singapur, así como el intento al menos de llevarlo expresamente a los códigos punitivos en algún país de América del Sur. **En España sólo hemos logrado encontrar una sentencia condenatoria por stealththing, la número 155/19 dictada por el Juzgado de Instrucción nº 2 de Salamanca el 15 de abril de 2019, pero al ser una sentencia de conformidad poco aporta al análisis, aunque sí proclama que “los hechos declarados probados constituyen la conducta denominada “stealththing”, del inglés “sigilosamente” o “en sigilo”, y que aplicada al acto sexual significa el comportamiento que adopta un hombre al quitarse el preservativo de forma no consensuada, sin que su pareja sexual se dé cuenta durante la relación sexual” e incluso añade que tal conducta “no constituye delito de agresión sexual al no concurrir los requisitos de violencia o intimidación que exige el artículo 178 del Código Penal y, por ende, tampoco constituye delito de violación conforme al artículo 179 del Código Penal”, por lo que concluye que “el “stealththing” se incardina en el tipo básico del apartado 1 del artículo 181 del Código Penal en cuanto sanciona que “el que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona, será castigado, como responsable de abuso sexual, con la pena de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses”, al poder considerarse que se ha prestado pleno consentimiento a mantener relaciones sexuales usando preservativo, y la posterior retirada sigilosa del profiláctico se realiza sin consentimiento, lo que atenta contra la indemnidad sexual de la víctima, quien consintió el acto sexual únicamente con las debidas garantías para evitar embarazos no deseados o enfermedades de transmisión sexual”.***

“En base a cuanto llevamos expuesto, concluimos que los hechos que hemos declarado probados son constitutivos de un delito de abuso sexual del artículo 181.1 del Código Penal, en la medida en que el acusado, sin violencia o intimidación, pero sin que mediara consentimiento, realizó actos atentatorios a la libertad sexual de Trinidad, con aplicación, además, del apartado 4 en cuanto, en este caso, el abuso sexual consistió en acceso carnal por vía vaginal. Y ello porque ya antes hemos descartado también la presencia de violencia típica en la ejecución de los hechos. Ninguna duda racional cabe a este Tribunal acerca de la voluntad de la víctima contraria a realizar el acto sexual en aquellas condiciones y de que ello fue netamente percibido por el acusado, lo que no requiere especial razonamiento si se repara no sólo en que ni siquiera se niega por el acusado, sino también en que con esa condición habían mantenido las relaciones hasta entonces y la propia Trinidad le hizo entrega aquel día de un preservativo para que él lo utilizara”. [FD TERCERO].

La realidad actual es bien distinta tras la entrada en vigor de la LO 10/2022, de 6 de septiembre puesto que, ya no existe el delito de abuso sexual. La eliminación del delito que quedaba regulado en el artículo 181.1 CP responde al objetivo de conseguir una mayor protección de las víctimas. Con la anterior regulación, la ausencia de resistencia resultaba en la desestimación del delito de agresión sexual y, en el caso de que la víctima no manifestara su rechazo de alguna forma, también se desestimaba el delito de abuso sexual. Esta normativa otorgaba un peso excesivo a la violencia o intimidación, hasta el punto de convertirlas en elementos esenciales. Por lo tanto, se podía considerar que había un cierto margen de desprotección y de inseguridad para con las víctimas.

A consecuencia de esa desprotección y, del aumento de casos sobre delitos que atentan contra la libertad sexual, el Ministerio de Igualdad planteó un proyecto de Ley conocido popularmente como la “ley del solo sí es sí”, con el principal objetivo de garantizar y proteger de manera integral el derecho a la libertad sexual y erradicar la violencia sexual. Esta ley, que ha terminado entrando en vigor en el año 2022 se aplica a las violencias sexuales, entendidas como *“cualquier acto de naturaleza sexual no consentido o que condicione el libre desarrollo de la vida sexual en cualquier ámbito público o privado, incluyendo el ámbito digital”*.³⁹

De esta manera, hemos llegado a la regulación actual, en la que se condena todo acto que atente contra la libertad sexual como un delito de agresión sexual, todo ello basándonos en el consentimiento de la víctima como pilar central. Una vez eliminado el delito de abuso sexual, habrá que atender a la forma y las circunstancias que rodean la falta de consentimiento, si ha existido o no violencia o intimidación y cómo se ha producido el propio acto sexual para poder imponer una pena superior o inferior.

Teniendo en cuenta la nueva redacción de los artículos 178, 179 y 180 del Código Penal y las circunstancias de nuestro caso, nos queda claro que el *“stealthing”* ya no puede ser objeto de un delito de abuso sexual, sino de un delito de agresión sexual en el que habrá que distinguir si ha mediado violencia o intimidación, o si ha existido acceso carnal. Lucía Avilés, magistrada de la Audiencia Provincial de Barcelona, ratifica esta explicación y, opina que, al

³⁹ Artículo 3.- Ámbito de Aplicación de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual.

no existir violencia ni intimidación, el “*stealth*” se calificaría como un abuso sexual. Pero, teniendo en cuenta la nueva regulación: “*Si se entiende que dentro del consentimiento está el cómo se van a mantener las relaciones sexuales, con la nueva norma esta conducta se califica como agresión. Y esto entraría en todas las modalidades: si no se ha usado el preservativo desde un principio, o si se quita en mitad de la relación sexual*”.⁴⁰

Como hemos explicado en el apartado tercero del trabajo en el que se han analizado los fundamentos de derecho, en nuestro caso el acusado debe ser condenado por un delito de agresión sexual con acceso carnal previsto en el artículo 179.1 CP puesto que ha habido penetración vaginal, pero no ha habido violencia ni intimidación.

5. ESCRITO DE CALIFICACIÓN PROVISIONAL

Atendiendo a las explicaciones contenidas en este Dictamen, es necesario presentar ante el Juzgado un escrito de calificación como acusación particular que defiende los intereses de la víctima, D^a Laura Fernández García, en el que se acuse a D. Mateo Gil Hernando por los delitos que entendemos que ha cometido, pidiendo las penas que correspondan por los delitos cometidos.

Este escrito ha de presentarse en el plazo de 10 días hábiles desde que se recibe traslado de las actuaciones, siguiendo la estructura del artículo 650 LECrim:

“El escrito de calificación se limitará a determinar en conclusiones precisas y numeradas:

- 1.º Los hechos punibles que resulten del sumario.*
- 2.º La calificación legal de los mismos hechos, determinando el delito que constituyan.*
- 3.º La participación que en ellos hubieren tenido el procesado o procesados, si fueren varios.*
- 4.º Los hechos que resulten del sumario y que constituyan circunstancias atenuantes o agravantes del delito o eximentes de responsabilidad criminal.*
- 5.º Las penas en que hayan incurrido el procesado o procesados, si fueren varios, por razón de su respectiva participación en el delito.”*

AL JUZGADO DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER NÚMERO UNO DE VALLADOLID

D^a. CARMEN SANZ RODRIGUEZ, Procuradora de los Tribunales, y de D^a LAURA FERNANDEZ GARCÍA, mayor de edad, vecina de Valladolid, y titular del D.N.I número 9765431P, actuando bajo la dirección letrada de D^a CELIA PASCUAL CABRITO, Colegiada 7890 ICAVA, según tengo debidamente acreditado en el Procedimiento Ordinario 321/2023, que se sigue en este Juzgado a instancia de mi representada frente a D. MATEO GIL HERNANDO, ante el Juzgado comparezco y, como mejor proceda en derecho, **DIGO**:

⁴⁰ *Quitarse el condón como delito sexual: así sentencian los países.* (2022, 4 de agosto). Newtral. Online: <https://www.newtral.es/quitarse-condon-delito-sexual-paises/20220804/>

Que en virtud de lo dispuesto en el artículo. 648 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim en adelante), mediante el presente escrito solicito la apertura de juicio oral y formulo en plazo legal establecido **ESCRITO DE ACUSACIÓN** por la vía del artículo. 650 LECrim, contra D. Mateo Gil Hernando, con base en las siguientes:

CONCLUSIONES PROVISIONALES

PRIMERA.- D^a Laura y D. Mateo mantenían una relación sentimental desde hacía 15 meses, siendo un dato conocido por ambos que, D. Mateo era VIH positivo, existiendo el riesgo de contagio si se mantenían relaciones sexuales sin preservativo. Este hecho derivó en el acuerdo por parte de la pareja de usar preservativo siempre que se mantuvieran relaciones sexuales con penetración, habida cuenta de la enfermedad de D. Mateo.

La noche del 3 de octubre de 2023, el acusado D. Mateo G., acudió por la noche a la casa de quien por entonces era su novia, D^a. Laura F. En aquella noche, como en otras que pasaban juntos, Mateo y Laura mantuvieron relaciones sexuales con penetración. Sin embargo, esa noche, alrededor de las 22:45 horas, comenzaron a mantener relaciones sexuales usando un preservativo. Una vez empezado el contacto, en algún instante, D. Mateo G. se lo quitó y continuó la penetración vaginal de D^a. Laura F. sin protección. Tras eyacular y concluir el acto, Laura F observó que D. Mateo G. no llevaba el preservativo y comenzó una fuerte discusión entre ellos. Él reconoció los hechos, lo que derivó en la ruptura de la pareja.

Se adjunta **DOCUMENTO N.º1**: copia de los mensajes de *Whatsapp* intercambiados por la pareja al día siguiente de lo ocurrido, con fecha 4 de octubre, donde D. Mateo G. reconoce que se quitó el preservativo durante la noche de autos.

Dos semanas después de lo ocurrido, D^a. Laura F, tras haberse realizados pruebas de infecciones y enfermedades sexuales, supo que tenía VIH y que la causa, según determinaron los médicos, había sido ese contacto sexual.

Se adjunta **DOCUMENTO N.º2**: Informe médico de fecha 20 de octubre de 2023 del HOSPITAL UNIVERSITARIO RIO HORTEGA de Valladolid mostrando los resultados de las pruebas de ETS.

SEGUNDA.- Tales hechos descritos anteriormente son constitutivos de los siguientes delitos:

- 1) Un delito de agresión sexual con penetración previsto y penado en el artículo. 179.1 CP.
- 2) Un delito de lesiones graves, tipificado en el artículo. 149.1 CP.

TERCERA.- El acusado D. Mateo es responsable de los delitos mencionados en concepto de autor, en virtud de los artículos 27 y 28 CP.

CUARTA.- Concorre respecto al acusado las siguientes circunstancias modificativas de la responsabilidad penal:

- **Agravante de parentesco**, prevista en el artículo. 23 CP en relación al artículo 180.1.4º CP. En el presente caso, como hemos expuesto en los hechos, Dª. Laura y D. Mateo llevaban juntos 15 meses, por lo que, siguiendo los requisitos exigidos por la jurisprudencia a la hora de aplicar la circunstancia modificativa, la pareja está consolidada al considerarse como pareja estable.
Se concluye que es de aplicación el agravante por parentesco al saber que la comisión del delito se produjo en el marco del vínculo creado entre Laura y Mateo.
- **Agravante de género**, regulado en el artículo 22.4 CP. En nuestro caso, si atendemos a los hechos consideramos que sí debe aplicarse el agravante de género puesto que, se aprecia una mayor reprochabilidad demostrada por D. Mateo en relación a Dª. Laura, con quien mantenía una relación afectiva, considerando a ésta como un ser inferior que no merece su respeto por ser mujer. Se confirma que D. Mateo ha actuado ejerciendo su control y dominio sobre ella habida cuenta que, solamente ha pensado en su beneficio y propio placer, sin tener en cuenta la repercusión que tendría sobre la salud de Dª. Laura. Mateo ha despreciado totalmente la integridad física de su pareja, quien ha resultado humillada y contagiada por la enfermedad de D. Mateo. Con ello se demuestra que, el acusado ha considerado que tiene más poder y más derechos que Dª. Laura, es decir, que solo por ser hombre debe estar en una posición de superioridad sobre la mujer.

QUINTA.- Procede imponer al acusado las siguientes penas:

- Comenzando con el **delito de agresión sexual**, es de aplicación el artículo 179.1 CP, según el cual, cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado como reo de violación con la pena de prisión de cuatro a doce años. Y, en base a lo dispuesto en el artículo 180.1 CP la anterior conducta será castigada con la pena de prisión de siete a quince años cuando concorra alguna circunstancia agravante, en este caso, se aplica el agravante previsto en el artículo 180.1.4º de parentesco.

Atendiendo a las circunstancias del caso, se solicita una pena de prisión de nueve años para el acusado puesto que, ya que, concurre el agravante de parentesco y el de género, lo que nos lleva a considerar una pena superior.

- Y, en relación al **delito de lesiones**, es de aplicación lo dispuesto el artículo 149.1 CP, según el cual, cuando las lesiones cometidas provocan una grave enfermedad, el responsable será castigado con la pena de prisión de seis a doce años.

Con respecto a este delito, se solicita una pena de prisión de diez años debido a que, la enfermedad contagiada es crónica y, conlleva una serie de consecuencias negativas en la calidad de vida de la víctima que, altearán sus relaciones sociales y personales de por vida.

Como hemos mencionado, existen dos agravantes, en concreto, de parentesco y de género, siendo de aplicación el art 66.3 CP, según el cual, cuando concurren dos circunstancias agravantes, se aplicará la pena en la mitad superior de la que fije la ley para el delito.

En el caso de Mateo se le impondrá la pena correspondiente al delito de mayor gravedad, el delito de agresión sexual, en su mitad superior en aplicación de las normas para el concurso de delitos previsto en el art 77 CP y también, en concordancia con lo dispuesto en el art 66.3 CP al concurrir dos circunstancias agravantes.

En este caso, se debe imponer al acusado la pena de prisión de doce años y seis meses con la inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, accesorias legales y costas.

Asimismo, ante las circunstancias de gravedad del hecho y con la finalidad de proteger a la víctima, al amparo de lo dispuesto en los artículos 57 y 48 del Código Penal, procede imponer al acusado como pena accesoria la prohibición de acercarse a la perjudicada, al domicilio de esta, lugar de trabajo o estudio, o cualquier otro frecuentado por la misma a una distancia inferior a 500 metros, así como la prohibición de comunicarse con ella por cualquier medio, por tiempo de 5 años.

RESPONSABILIDAD CIVIL

Aunque la indemnización por daños morales es subjetiva y debe ser evaluada de forma individual, el Tribunal Supremo ha reconocido de manera reiterada que el sufrimiento experimentado por la víctima debe ser objeto de indemnización, que procederá conforme a la vía civil del artículo 1.902 CC, es decir, se aplica la norma general en materia de indemnización de daños morales.

Por otro lado, es evidente que la transmisión de una enfermedad como el VIH implica un daño directo al derecho a la salud, definido dentro de las categorías de los daños como un daño personal o corporal, que será perseguido por la vía civil del artículo 1902 CC sobre la responsabilidad extracontractual y, la obligación de reparar el daño causado.

En materia de responsabilidad civil se debe observar el comportamiento de los actores respecto al cumplimiento de dos obligaciones esenciales derivadas del deber genérico de obrar con previsión: en primer lugar, informar a su pareja de su estado; y, en segundo lugar, adoptar los recaudos necesarios para proteger los derechos de las personas con las que se relacionan, en concreto con su derecho a la salud. En el momento en el que incumplies alguno de estos dos requisitos incurres en responsabilidad para con la persona dañada.

En este caso, si atendemos a las circunstancias, ha quedado probado que hay un nexo de causalidad entre el acto cometido por mateo y los daños ocasionados. Laura precisará de ayuda psicológica y/o psiquiátrica habida cuenta que, la persona que era su pareja y en la que confiaba ha actuado de manera perjudicial contra ella, produciendo daños morales en la víctima. Además, también se han producido daños físicos derivado de las lesiones dolosas, puesto que Mateo sabía perfectamente que el contagio se iba a producir y aun así no lo impidió.

Como se ha mencionado, hay que analizar todas las circunstancias del caso para evaluar económicamente la indemnización que le correspondería a Laura por los daños, pero conociendo la jurisprudencia actual, se solicitará una indemnización total de 150.000€. De dicha cuantía, 15.000€ corresponden a la indemnización por los daños derivados del delito contra la libertad sexual y; 135.000€ corresponden a los daños ocasionados por el delito de lesiones, en este caso, el contagio del VIH.

Las principales razones se deben a que, las indemnizaciones por delitos contra la libertad sexual se estiman entre 15.000€ y 50.000€ y, al no haber violencia ni intimidación, solicitamos el mínimo. En cambio, para los delitos de lesiones que conllevan la transmisión de enfermedades se estiman indemnizaciones entre los 100.000€ y 200.000€, por lo que, solicitamos 135.000€ al conocer que la enfermedad contagiada es el VIH, una enfermedad crónica con graves consecuencias para la salud de la víctima.

En virtud de todo ello,

SUPLICO AL JUZGADO, que teniendo por presentado el presente escrito, se sirva admitirlo y tenga por formulado ESCRITO DE ACUSACIÓN PARTICULAR Y DE CALIFICACIÓN PROVISIONAL, con las conclusiones provisionales que en el mismo se articulan, y, previos los trámites legalmente establecidos, se acuerde dar traslado a la defensa de D. Mateo y por cumplido el trámite de calificación, para que en su día se dicte sentencia condenatoria con expresa imposición de costas al acusado.

Es de Justicia que pido en Valladolid, a 10 de febrero de 2023.

OTROSÍ DIGO: Que, para el juicio oral, intereso la práctica de los siguientes MEDIOS DE PRUEBA:

1.- **INTERROGATORIO DEL DENUNCIADO:** D. MATEO GIL HERNANDO

2.- **TESTIFICAL DE LA DENUNCIANTE:** D^a LAURA FERNANDEZ PEREZ

3.- **DOCUMENTAL:** por lectura de todo lo actuado hasta el momento de la vista oral y:

- **DOCUMENTO Nº1:** copia de los mensajes de *Whatsapp* intercambiados por la pareja al día siguiente de lo ocurrido, con fecha 4 de octubre, donde D. Mateo reconoce que se quitó el preservativo durante la noche de autos.

- **DOCUMENTO Nº2:** Informe médico de fecha 20 de octubre de 2023 del HOSPITAL UNIVERSITARIO RIO HORTEGA de Valladolid mostrando los resultados de las pruebas de ETS.

- **DOCUMENTO Nº3:** Informe psicología de fecha 5 de noviembre de 2023 emitido por la Dra. Doña Paula Martín Vega.

4.- **COTEJO JUDICIAL DE PRUEBA DOCUMENTAL ELECTRÓNICA:** para que, ex artículos. 453 LOPJ y 145 LEC, y en el ejercicio de la fe pública judicial de la que son titulares los Letrados de la Administración de justicia, se lleve a cabo el cotejo del teléfono móvil de la denunciante, Doña Laura F. G., cuyo número de teléfono móvil es +34 672456782 , y ello respecto del Documento nº1.

DE NUEVO SUPLICO AL JUZGADO que declare pertinentes las pruebas interesadas y acuerde su práctica.

Es Justicia que reitero en el lugar y fecha "ut supra".

Fdo.Abogado

Fdo.Procurador

6. CONCLUSIONES

Para finalizar con este dictamen jurídico esta parte procederá a exponer las ideas más relevantes sobre el caso a fin de destacar los factores que se han de tener en cuenta cuando se trata de juzgar un acto antijurídico como es el *"stealthing"*.

En primer lugar, recordamos que el *"stealthing"* es una práctica que se hizo conocido a través del artículo publicado por Alexandra Brodsky, donde se exponían los testimonios de numerosas víctimas y, estableció las bases para considerar el *"stealthing"* como un delito. En España cada vez encontramos más casos de *"stealthing"* ante los tribunales y ello se debe a que están aumentando las denuncias que se interponen por este motivo. Las víctimas se sienten más seguras a la hora de denunciar los hechos acontecidos habida cuenta de la jurisprudencia existente y la reforma del Código Penal a través de la LO 10/2022, de 6 de septiembre.

En relación a los hechos que se analizan en el presente caso, ha quedado demostrado que el acusado ha cometido un delito de agresión sexual con acceso carnal previsto en el artículo 179.1 CP, habiendo vulnerado la libertad sexual de la víctima sin que mediara consentimiento para ello, imponiendo sus intereses sobre la salud de su pareja.

Asimismo, ha quedado acreditado en base a los hechos y pruebas conocidas D. Mateo contagió la enfermedad de VIH que padecía a su pareja, D^a Laura por lo que, se le acusa por la comisión del delito de lesiones graves previsto y penado en el artículo 149.1 CP. El hecho de quitarse el preservativo a sabiendas del riesgo de contagio que conllevaba supone la existencia de un dolo eventual en la comisión del delito. Y, se consideran lesiones graves puesto que, la enfermedad contagiada es crónica y conlleva una serie de consecuencias físicas y limitaciones sociales para el resto de su vida.

A la hora de calificar los hechos acontecidos se ha de tener en cuenta los agravantes aplicables, en primer lugar, es de aplicación la agravante de parentesco, regulada en el artículo 23 CP en relación con el artículo 180.1.4º puesto que, Laura y Mateo se pueden considerar una pareja estable de acuerdo con los requisitos exigidos por la jurisprudencia y, derivada de esta relación existía una confianza y lealtad de la que se aprovechó Mateo para la comisión del delito. Y, en segundo lugar, es de aplicación la agravante de género al considerar esta parte que el acusado actuó con especial desprecio hacia su pareja, ignorando su capacidad de decisión sobre su propio cuerpo y libertad sexual.

Por otro lado, no hay lugar a dudas que, en virtud de la jurisprudencia del Alto Tribunal, los delitos cometidos en este caso conllevan una responsabilidad civil. Es decir, la víctima debe ser indemnizada por el sufrimiento experimentado conforme a la vía civil del artículo 1.902 CC.

Es más que evidente que la transmisión de una enfermedad como el VIH implica un daño directo al derecho a la salud física y psicológica de la víctima. En este caso, queda probado que hay un nexo de causalidad entre los hechos realizados por el acusado y el resultado causado por lo que, basándonos en las secuelas psicológicas y las consecuencias tanto físicas y sociales que conlleva la enfermedad del VIH, se reclamará vía civil la correspondiente indemnización por daños y perjuicios.

Todo ello nos lleva a determinar que, D. Mateo es autor directo de los delitos cometidos y, por ello, se le deben imponer las penas correspondientes siguiendo las normas establecidas para el concurso de delitos ideal, regulado en el artículo 77.1 CP.

Para concluir, en consonancia con lo previamente establecido en este apartado, donde se ha hecho alusión a que las víctimas experimentan una mayor sensación de seguridad a raíz de la implementación de la Ley Orgánica 10/2022, de fecha 6 de septiembre, es imperativo destacar las modificaciones más significativas de dicha legislación.

Estas modificaciones se manifiestan principalmente en dos aspectos. En primer lugar, en el concepto de “consentimiento”, donde se ha instaurado un sistema que solo reconoce el consentimiento cuando la víctima ha expresado su acuerdo de manera explícita y afirmativa. En segundo lugar, en la eliminación del delito de abuso sexual, integrando todas las conductas previamente clasificadas bajo esta categoría en el nuevo delito de agresión sexual.

Es importante destacar que todas las sentencias emitidas hasta la fecha en España condenando actos de “stealthing”, corresponden a años previos a la consideración de la reforma introducida por la Ley Orgánica 10/2022, de fecha 6 de septiembre, y la actual normativa penal. En consecuencia, en todos los casos, el autor de los hechos ha sido condenado por abuso sexual.

No obstante, en el contexto actual, la situación sería notablemente diferente. El acusado en el caso presente sería condenado por un delito de agresión sexual con agravantes, lo que implicaría una pena más severa en comparación con las que se impusieron a los acusados en las sentencias mencionadas y analizadas en este estudio. Esta evolución en la legislación refleja un avance significativo en la lucha contra la violencia sexual y la protección de las víctimas.

7. BIBLIOGRAFÍA

JURISPRUDENCIA CITADA

TRIBUNAL SUPREMO

- ❖ STS nº 3654/1992, de 23 de abril
- ❖ STS nº83/2001, de 24 de enero
- ❖ STS de 16 de octubre de 2001
- ❖ STS nº 745/2005, de 16 de junio
- ❖ STS nº 371/2008, de 19 de junio
- ❖ STS nº 528/2011, de 6 de junio
- ❖ STS nº 1218/2011, de 8 de noviembre
- ❖ STS nº 16/2012, de 20 de enero
- ❖ STS nº 59/2013, de 1 de febrero
- ❖ STS nº 683/2013, de 23 de julio
- ❖ STS nº 314/2015, de 4 de mayo
- ❖ STS nº 217/2016, de 15 de marzo
- ❖ STS nº 134/2017, de 2 de marzo
- ❖ STS nº 251/2018, de 24 de mayo
- ❖ STS 19 de noviembre de 2018
- ❖ STS nº 1807/2018 de 11 de marzo de 2020
- ❖ STS nº 130/2020, de 5 de mayo
- ❖ STS nº 444/2020 de 14 de septiembre
- ❖ STS nº 8/2021, de 14 de enero
- ❖ STS 351/2021, de 28 de abril
- ❖ STS nº 711/2021, de 21 de septiembre
- ❖ STS nº 12/2023, de 19 de enero
- ❖ STS nº 722/2023, de 29 de septiembre

AUDIENCIAS PROVINCIALES – TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA –

JUZGADO DE INSTRUCCIÓN

- ❖ SAP de Madrid nº 1/2004, de 2 de enero
- ❖ SAP de Sevilla de 23, de mayo de 2012
- ❖ SAP de Zaragoza nº 53/2015, de 19 de octubre de 2016
- ❖ SAP de Asturias de 4, de diciembre de 2017

- ❖ SAP de Badajoz de 5, de febrero de 2018
- ❖ SJI N.2 de Salamanca nº 155/2019, de 15 de abril
- ❖ SAP de Sevilla nº 375/2020, de 29 de octubre
- ❖ STSJ Andalucía nº 186/2021, de 1 de julio

FUENTES NORMATIVAS:

- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Online: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Online: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>
- Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Online: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1882-6036>
- Fiscalía General del Estado., *Circular 1/2023, de 29 de marzo, de la Fiscalía General del Estado, sobre criterios de actuación del Ministerio Fiscal tras la reforma de los delitos contra la libertad sexual operada por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre. «BOE» núm. 81, de 5 de abril de 2023* Online: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2023-8697
- Council of Europe. (s.f.). *Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica*. Online: <https://rm.coe.int/1680462543>
- Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual. Online: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2022-14630>

TRABAJOS DOCTRINALES

- Brodsky, A., "Rape-Adjacent: Imagining Legal Responses to Nonconsensual Condom Removal", *Columbia Journal of Gender and Law*, Vol. 32, No. 2, 2017, pp. 183-210. En España, entre otros, se hace eco de este fenómeno la fundación Hay Derecho. Online: <https://www.hayderecho.com/2021/09/04/el-stealthing-consideraciones-penales/>
- WESTEN, *The Logic of Consent*, Londres, Routledge, 2004, p. 107; FERZAN/WESTEN, «How to Think (Like a Lawyer) About Rape», *Criminal Law and Philosophy*, (11), 2017, p. 764, empleando una denominación similar: la de significado «fáctico» y «jurídico». Sin embargo, aquí prefiere evitarse dicha denominación, pues da a entender algo que no se corresponde con la realidad: que un significado es el

propio del Código penal (el «jurídico») y el otro no (el «fáctico»). Véase al respecto el apartado 2.2.

- Herreros Hernández, I. “Construcción histórica de la libertad sexual como bien jurídico. Una visión desde la perspectiva de género”. Online: https://www.congreso.es/docu/docum/ddocum/dosieres/sleg/legislatura_14/spl_24/pdfs/79.pdf
- Shapiro, m. 2021. Yes, “Stealththing” Is Sexual Assault... And We Need to Address It. Touro Law Center. Online: <https://digitalcommons.tourolaw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3346&context=lawreview>
- Vidal Perez de la Ossa, A. (2023). “El daño moral en los delitos de violencia doméstica y de género”. Sepin. Online: <https://blog.sepin.es/dano-moral-delitos-violencia-domestica>
- Osterling Parodi, F. y Castillo Freyre, M. “Responsabilidad civil por transmisión de enfermedades: SIDA y responsabilidad”. Online: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/7792826.pdf>
- Pardeza Nieto, M.D. (2022). “Aplicación de la agravante de género”. Online: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8402929>

PÁGINAS WEB

- Ozono_dev. (2023, 3 abril). ANÁLISIS DEL DELITO DE AGRESIÓN SEXUAL y SUS PRINCIPALES DIFERENCIAS CON EL DELITO DE ABUSO SEXUAL. Ospina Abogados. Online: <https://ospina.es/analisis-del-delito-de-agresion-sexual-y-sus-principales-diferencias-con-el-delito-de-abuso-sexual/>
- Lefebvre. (2021, 15 febrero). La práctica denominada de stealththing como delito de abuso sexual en el análisis de #JurisprudenciaTuitaTuit - El Derecho - Penal. El Derecho. Online: <https://elderecho.com/la-practica-denominada-de-stealththing-como-delito-de-abuso-sexual-en-el-analisis-de-jurisprudenciatuitatuit>
- Newtral. (2021, 20 julio). Sentencia núm 186/2021 TSJ ANDALUCÍA. Online: <https://www.newtral.es/wp-content/uploads/2021/07/TSJA-Abuso-sexual-y-lesiones-Sevilla-13-07-21-1.pdf?x73247>
- Fresneda, S. C. (2023, 21 diciembre). El delito de abuso sexual en el Código Penal anterior a la reforma operada por la LO 10/2022. Dexia Abogados. Online: <https://www.dexiaabogados.com/blog/delito-abuso-sexual/>
- Abogados, D. V. (2021, 8 abril). Agravante genérica de abuso de confianza: Requisitos. Art. 67 CP. Diaz Velasco Abogados. Online: <https://www.diazvelasco.com/articulos/agravante-generica-de-abuso-de-confianza-requisitos-art-67-cp/>

- Parodi, F. O., & Freyre, M. C. (2003, 3 mayo). Responsabilidad civil por transmisión de enfermedades: SIDA y responsabilidad. Online: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17313>
- Noticias Jurídicas (2023, 8 noviembre). ¿Cuándo hay que aplicar agravante de género en las agresiones sexuales? El Tribunal Supremo lo aclara en esta sentencia. Online: <https://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/18461-iquest:cuando-hay-que-aplicar-agravante-de-genero-en-las-agresiones-sexuales-el-tribunal-supremo-lo-aclara-en-esta-sentencia/>
- Lefebvre. (2018, 10 septiembre). ¿Son compatibles la circunstancia agravante de género y la circunstancia mixta de parentesco respecto de unos mismos hechos? - El Derecho - Penal, Sector jurídico. El Derecho. Online: <https://elderecho.com/compatibles-la-circunstancia-agravante-genero-la-circunstancia-mixta-parentesco-respecto-unos-mismos-hechos>
- Lanzamientoweb. (2024, 24 enero). Delito de lesiones por contagio de enfermedades de transmisión sexual | Calderón-Corredera Abogados. Calderón-Corredera Abogados. Online: <https://calderoncorredera.com/blog/delito-lesiones-enfermedades-transmision-sexual>