

SOBRE LA PUNIBILIDAD DE LOS ENGAÑOS EN LOS DELITOS SEXUALES(1)

ELISA HOVEN

Catedrática de Derecho penal Internacional, Derecho Procesal Penal y Derecho penal Económico y de las Comunicaciones de la Universidad de Leipzig

THOMAS WEIGEND

(Ex) Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Colonia

RESUMEN

En virtud de la reforma de la ley de delitos sexuales de 2016(2), la protección de la autodeterminación sexual se amplió considerablemente. Sin embargo, el legislador no incluyó en la regulación aquellos casos en que se induce a una persona a consentir actos sexuales mediante engaño –como ocultar enfermedades contagiosas o fingir tener determinadas características personales–. El § 177 StGB (Código Penal alemán, en adelante StGB) no contempla actualmente este tipo de constelaciones. *De lege*

(1) Traducción al español del artículo «Zur Strafbarkeit von Täuschungen im Sexualstrafrecht», publicado en *KriPoZ (Kriminalpolitische Zeitschrift)* núm. 3, año 2018, pp. 156-161. Disponible en: <https://kripoz.de/2018/05/16/zur-strafbarkeit-von-taeschungen-im-sexualstrafrecht/#:~:text=Stellt%20man%20auf%20den%20hypothetischen,1%20StGB%20erf%C3%BCllen> (última consulta: 16 de mayo de 2023), por PEDERNERA, V., doctorada en Derecho y Ciencias Sociales (Universidad Nacional de Córdoba) y becaria doctoral del Servicio Alemán de Intercambio Académico (DAAD, Universidad de Múnich). La traducción fue expresamente autorizada por los autores. Se respetó el formato de citas del original.

(2) *N. de T.*: los autores se refieren a la «Quincuagésima reforma del Código Penal - Mejora de la protección de la autodeterminación sexual», que entró en vigor en Alemania el 10 de noviembre de 2016. Disponible en: https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav#__bgbl__%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgbl116s2460.pdf%27%5D__1681469463783 (última consulta: 4 de mayo de 2023).

ferenda, los autores proponen una ampliación cautelosa del § 177 inc. 2 StGB de modo que incluya los casos en que el autor engaña sobre la naturaleza sexual de un acto o sobre su identidad.

Palabras clave: *delitos sexuales, autodeterminación sexual, consentimiento sexual, engaño.*

ABSTRACT

The 2016 reform of the sexual offenses law in Germany significantly extended the protection of sexual self-determination. However, the legislator did not include in the regulation those cases in which a person is induced to consent to sexual acts by deception – for example, by concealing contagious diseases or pretending to have certain personal characteristics. The § 177 StGB (German Criminal Code, hereinafter StGB) does not currently provide for such cases. De lege ferenda, the authors propose a cautious extension of § 177 para. 2 StGB to include cases in which the perpetrator deceives about the sexual nature of an act or about his identity.

Key words: *sexual offences, sexual self-determination, sexual consent, deceit.*

SUMARIO: I. Modelos de protección de la autodeterminación sexual.–II. Valoración jurídico penal de los engaños sexuales. 1. Engaño sobre la naturaleza del acto sexual. 2. Engaño sobre la identidad del autor. 3. Engaño sobre características físicas o corporales del autor. 4. Engaño sobre otras circunstancias, como cualidades personales, motivos o intenciones del autor. 4.1. Valoración conforme al derecho vigente. 4.1.1. Punibilidad conforme al § 177 inc. 1 StGB. 4.1.2. Punibilidad conforme a otros tipos penales. 4.2. Consideraciones sobre la punibilidad de los engaños a la pareja sexual.

I. MODELOS DE PROTECCIÓN DE LA AUTODETERMINACIÓN SEXUAL

La reforma del Derecho penal sexual de noviembre de 2016 estuvo precedida por un intenso debate público y mediático sobre la importancia y el alcance del derecho de la autonomía sexual.⁽³⁾

(3) Véase: HOVEN, *KriPoZ*, 2018, 2.

Con la nueva versión del § 177 StGB se implementó la consigna del «no es no» en el Derecho penal sexual alemán y se amplió considerablemente la protección del derecho a la autodeterminación sexual. (4)* Conforme a la antigua regulación, solo era punible quien afectaba la autonomía de la víctima mediante violencia, amenazas o el aprovechamiento de una situación de indefensión. (5) Ahora, el § 177 del StGB abarca todo acto sexual que se realice «en contra de la voluntad reconocible» (gegen den erkennbaren Willen) de la otra persona.

La ampliación del tipo penal a los abusos sexuales llevados adelante sin coacción se basa en un cambio de paradigma. (6) La versión anterior del § 177 StGB se basaba en la idea de que la protección penal de la autodeterminación sexual estaba destinada a preservar los «presupuestos físicos y psicológicos asociados a la capacidad de la víctima para decidir por sí misma si quería o no participar de un acto de índole sexual aquí, ahora, y con esta persona». (7) Así entendido, el derecho de autodeterminación sexual solo se vulneraba si el agresor doblegaba la libre voluntad de la víctima mediante violencia, amenazas o aprovechándose de una situación de indefensión.

La punibilidad de un acto sexual realizado «en contra de la voluntad reconocible» de la víctima se basa en la idea de que el derecho a la autodeterminación sexual ya se encuentra lesionado si el autor hace caso omiso a una negativa conocida por él y expresada por la víctima. (8) Un tipo penal así formulado no protege solamente la

(4) HOVEN y WEIGEND, *JZ*, 2017, 182 (183).

* *N. de T.*: debido a las numerosas referencias al parágrafo 177 inc. 1 del Código Penal alemán, se transcribe a continuación la versión vigente actualmente: § 177: Abuso sexual; coacción sexual; violación: «(1) Toda persona que, contra la voluntad reconocible de otra persona, realice o haga que se realicen actos sexuales sobre esa persona o haga que esa persona realice o tolere actos sexuales sobre o por un tercero podrá ser condenada a una pena privativa de libertad de seis meses a cinco años».

(5) § 177 inc. 1 versión anterior: «[t]oda persona que coaccione a otra persona 1. mediante la fuerza, 2. mediante la amenaza de un peligro inminente para su vida o su integridad física o 3. aprovechándose de una situación en la que la víctima se encuentre indefensa a merced del autor, para que tolere actos sexuales del autor o de un tercero sobre sí misma o para que realice tales actos sobre el autor o un tercero, será castigado con pena privativa de libertad no inferior a un año».

(6) Para más detalle, véase: HOVEN y WEIGEND, *JZ*, 2017, 182; FROMMEL, en: *NK-StGB*, 5. Ed. (2017), § 177 Rn. 105.

(7) SICK, *Sexuelles Selbstbestimmungsrecht und Vergewaltigungsbegriff*, 1993, p. 87; en igual sentido: WOLTERS, en: *SK-StGB*, 8. Ed. (2012), § 177 Rn. 2.

(8) LAUE, en: DÖLLING, DUTTGE, KÖNIG y RÖSSNER, *Gesamtes Strafrecht*, 4. Ed. (2017), § 177 Rn. 2a; HÖRNLE, en: *LK-StGB*, 12. Ed. (2009), vor § 174 Rn. 28; LA MISMA, *ZStW*, 2015, 851 (862); similar FROMMEL, en: *NK-StGB*, vor § 174 Rn. 1 f.;

capacidad de la víctima para ejercer su autodeterminación sexual, sino que también garantiza el respeto hacia una decisión tomada de forma autónoma en contra de un contacto sexual.(9) Al mismo tiempo, el modelo del «no es no» presupone que quien no desea tener un contacto sexual lo exprese.(10) El § 177 inc. 1 StGB crea una obligación de comunicación; la punibilidad del acto sexual queda descartada si la voluntad contraria no fue expresada de modo «reconocible».(11) El modelo del «no es no» está complementado por lo dispuesto en el § 177 inc. 2 StGB, que equipara el desprecio de la voluntad reconocible de otra persona con diversas situaciones en las que no es posible o no es razonable que la pareja sexual formule o exprese su rechazo (por ejemplo, inconsciencia de la víctima o amenaza por parte del autor).

El derecho de autodeterminación es entendido de una manera todavía más amplia en aquellas jurisdicciones en que se ha implementado el modelo del «solo sí es sí» (también llamado modelo del consenso –*Konsensmodell*– o solución del consentimiento –*Zustimmungslösung*–).(12) Tal es el caso de Inglaterra y Gales, en donde la Ley de Delitos Sexuales de 2003 (*Sexual Offences Act*, por sus siglas en inglés, en adelante SOA) define a la violación como la penetración llevada a cabo sin el consentimiento de la víctima («consent»), salvo que el agresor tuviera motivos razonables para creer que había dado su consentimiento.(13) Mientras que el ordenamiento alemán requiere la comunicación de la voluntad contraria, según el modelo del «solo sí es sí», ya el rechazo interno del contacto sexual (en la medida en que el autor lo supiera o lo debiera haber sabido) da lugar a responsabilidad penal.

RENIKOWSKI, en: *MüKo-StGB*, 3. Ed. (2017), vor §§ 174 ff. Rn. 8, entiende al derecho a la autodeterminación sexual como «libertad de no ser reducido a la condición de objeto de una agresión sexual».

(9) En igual sentido FORMMEL, en: *NK-StGB*, § 177 Rn. 105.

(10) RENIKOWSKI, en: *MüKo-StGB*, § 177 Rn. 47.

(11) HÖRNLE, *GA*, 2015, 313 (321); LAUE, en: DÖLLING, DUTTGE, KÖNIG y RÖSSNER, § 177 Rn. 2a.

(12) En Alemania también se ha debatido sobre la posibilidad de implementar la fórmula del «solo sí es sí», especialmente para la aplicación del artículo 36 del Convenio de Estambul; véase HÖRNLE, *GA*, 2015, 313 (317).

(13) Artículo 1 SOA: Una persona (A) comete un delito si (a) penetra intencionalmente con su pene por vía vaginal, anal o bucal a otra persona (B); (b) B no consiente la penetración; y (c) A no cree razonablemente que B ha consentido.

II. VALORACIÓN JURÍDICO PENAL DE LOS ENGAÑOS SEXUALES

Si el autor utiliza violencia contra la víctima o la amenaza con un mal grave, su conducta es punible como delito sexual conforme a los tres modelos. Sin embargo, son más difíciles de evaluar aquellos casos en los que una de las partes utiliza engaños para motivar a la otra parte a que realice actos sexuales. Conforme a la antigua regulación del § 177 StGB, la punibilidad quedaba excluida porque el engaño no constituye un medio de coacción de la pareja sexual.⁽¹⁴⁾

En cambio, el modelo de consentimiento de la legislación inglesa deja margen para castigar al agresor que consigue tener un contacto sexual engañando a la otra persona. Según el artículo 74 de la SOA, la pareja sexual debe dar libremente su consentimiento y tener la libertad y la capacidad para tomar esa decisión.⁽¹⁵⁾ Los requisitos del consentimiento se especifican más detalladamente en el artículo 76 de la SOA. Allí se establece que no existe el consentimiento que excluye la punibilidad si el autor engaña intencionalmente a la otra persona sobre la naturaleza o la finalidad («nature and purpose») del acto sexual (inc. 2 a) o si se hace pasar por otra persona a quien la víctima conoce personalmente (inc. 2 b).⁽¹⁶⁾ La cuestión sobre cuáles engaños afectan la naturaleza y finalidad del acto sexual –y no solo las circunstancias que lo acompañan– sigue planteando nuevos problemas a los tribunales ingleses.⁽¹⁷⁾ Por ejemplo, el ocultamiento de una infección con VIH no se considera suficiente para provocar un error sobre la naturaleza del acto sexual.⁽¹⁸⁾ En cambio, en un caso en que una joven de 17 años se hizo pasar por un hombre ante su pareja, se dicta-

(14) EBEL, *NStZ*, 2002, 404 (407); EISELE, en: SCHÖNKE y SCHRÖDER, Ed. núm. 29 (2014), § 177 Rn. 2.

(15) Artículo 74 SOA: «A los fines de esta sección, una persona da su consentimiento si lo hace por elección y tiene la libertad y la capacidad de tomar esa decisión».

(16) Artículo 76 inc 2: «(a) el acusado engañó intencionalmente al damnificado en cuanto a la naturaleza o la finalidad del acto; (b) el acusado indujo intencionadamente al damnificado a consentir el acto haciéndose pasar por una persona conocida personalmente por el damnificado».

(17) Críticos a las disposiciones poco claras del derecho inglés: ORMEROD, in: SMITH y HOGAN, *Criminal Law*, 12. Ed. (2008), p. 667; ASHWORTH y HORDER, *Principles of Criminal Law*, 7. Ed. (2013), p. 340 ss.

(18) *R v Dica* [2004] EWCA Crim 1103; *R v Konzani* [2005] EWCA Crim 706; véase también COWAN, *New Criminal Law Review*, 2014, 135 (138 ss.). Sin embargo, los tribunales canadienses dictaminaron lo contrario y consideraron que el consentimiento no era válido en caso de engaño sobre enfermedades sexuales: *R v Cuerrier* [1998] 2 S.C.R. 371, para. 47.

minó que existía una violación punible en virtud del engaño sobre su sexo biológico (*R v McNally*).⁽¹⁹⁾

El derecho israelí es todavía más estricto al establecer los requisitos del consentimiento eficaz. Según el artículo 345 del Código Penal israelí, quien mantenga relaciones sexuales con una mujer (los hombres no están incluidos) que no consienta libremente o cuyo consentimiento se obtenga mediante engaño sobre la identidad de su persona o sobre la naturaleza del acto sexual puede ser punible por violación.⁽²⁰⁾ Para que se configure un engaño sobre la identidad de la persona alcanza con que el autor engañe sobre características personales esenciales. En 2010, un tribunal israelí condenó por este motivo a un hombre árabe que se hizo pasar por judío ante una mujer.⁽²¹⁾

La legislación alemana no contiene una regulación expresa sobre los engaños a la pareja sexual. Si bien el § 177 inc. 2 StGB incluye casos de aprovechamiento de un mal que amenace a la víctima o de momentos de sorpresa, no abarca otros tipos de manipulación de la decisión de la víctima de tener un contacto sexual. Sorprendentemente, ni los documentos legislativos ni los códigos comentados contienen consideraciones sobre la punibilidad del engaño en el marco de la nueva ley de delitos sexuales. El problema puede hacerse más patente al analizar ciertas constelaciones de casos. A continuación, se considerarán cuatro supuestos en los que el autor logra el consentimiento de su pareja sexual mediante la simulación de diferentes hechos o circunstancias. Posteriormente, se analizará cómo deben juzgarse estos casos conforme a la regulación vigente y qué argumentos *de lege ferenda* hablan a favor y en contra de la punibilidad del autor.

1. Engaño sobre la naturaleza del acto sexual

Aquí se incluyen los casos en que se oculta o encubre el carácter sexual de la conducta. Por ejemplo, un médico que estimula manual-

(19) *R v McNally* [2013] EWCA Crim 1051; [2014] Q.B. 593 (CA (Crim Div)).

(20) Artículo 345 (a), Código Penal de Israel: «[s]i una persona mantuviera relaciones sexuales con una mujer (1) sin su consentimiento libremente otorgado; (2) con el consentimiento de la mujer obtenido mediante engaño respecto a la identidad de la persona o la naturaleza del acto [...]».

(21) CrimA 5734/10 *Kashur v. State of Israel* [2012], Takdin (Isr.); al respecto GROSS, *Tulane Journal of Law and Sexuality*, Vol. 24 (2015), 1; BRODOWSKI, «Protecting the Right to Sexual Self-Determination: Models of Regulation and Current Challenges in European and German Sex Crime Laws», en: Saad-Diniz y De Souza Carvalho (Eds.), *O lugar da vítima nas ciências criminais*, LiberArs, 2017, p. 15 (21).

mente los genitales de su paciente bajo el pretexto de que es necesario para tratar los síntomas que su paciente ha descrito.

2. Engaño sobre la identidad del autor

En los casos de «Amphitryon» (anfitrión) uno de los intervinientes engaña al otro sobre su verdadera identidad. Se hace pasar por una persona con la que la víctima está dispuesta a mantener relaciones sexuales (su cónyuge, por ejemplo).

3. Engaño sobre características físicas o corporales del autor

En estos casos, se afirma u oculta algo relativo al estado físico o corporal que suele ser significativo para la decisión de la pareja sexual sobre si consentir o no un acto sexual y sus condiciones o modalidades. Por ejemplo, engaños sobre el sexo biológico, ocultar una infección por VIH o afirmar falsamente que se ha descartado la posibilidad de concebir por esterilización o por la toma de anticonceptivos.

4. Engaño sobre otras circunstancias, como cualidades personales, motivos o intenciones del autor

Aquí se engaña sobre circunstancias internas o externas de las que la víctima hace depender su voluntad de participar en actos sexuales. Esto puede incluir declaraciones falsas sobre los ingresos económicos o la profesión (fingir ser millonario), sobre la situación sentimental (ocultar estar casado), sobre las verdaderas intenciones en el vínculo (afirmar falsamente que quiere casarse con la otra persona) o su disposición a pagar por actos sexuales (cliente que no tiene intención de pagar lo acordado).

4.1. VALORACIÓN CONFORME AL DERECHO VIGENTE

4.1.1. Punibilidad conforme al § 177 inc. 1 StGB

Si los engaños a la pareja sexual pueden fundamentar la atribución de responsabilidad penal como una agresión sexual depende de cómo sea entendido el requisito típico de actuar «en contra de la voluntad reconocible» del § 177 inc. 1 StGB.

En cualquier caso, la responsabilidad penal queda excluida si se considera que la víctima debía haber comunicado su voluntad contraria antes del acto sexual de forma reconocible para un tercero objetivo. La legislación sugiere esta interpretación tan restrictiva de «voluntad reconocible». La recomendación de la Comisión de Asuntos Jurídicos establece que: «[l]a cuestión sobre si la voluntad contraria es reconocible debe evaluarse desde la perspectiva de un tercero objetivo. Para este tercero, tal voluntad contraria es reconocible siempre que la víctima la manifieste en el momento del hecho, ya sea expresamente (verbalmente) o de manera tácita (por ejemplo, llorando o rechazando al acto sexual)». (22) Si nos centramos únicamente en la comunicación que es comprensible para un tercero objetivo, entonces el § 177 inc. 1 StGB no se aplicaría si el autor concreto tuviera un conocimiento especial y, en consecuencia, fuera consciente del rechazo de la víctima (que no ha quedado claro por su comportamiento externo). (23) El problema es que, si la víctima ha consentido los actos en virtud de un engaño, no experimentará ningún rechazo en el momento del acto que pueda ser expresado. Así pues, la manipulación de la pareja sexual mediante engaño sería siempre impune en virtud del § 177 inc. 1 StGB, esto es, incluso si el autor engaña a la víctima sobre la naturaleza sexual del acto o sobre su identidad. (constelaciones 1 y 2).

Sin embargo, según su redacción, el § 177 inc. 1 StGB, podría entenderse de una manera más amplia. Así, se podría asumir que el elemento típico de la voluntad «reconocible» solo refiere a un requisito mínimo y –todavía más– abarca una voluntad contraria reconocida por el autor. (24) Pero, incluso según esta lectura, dependerá de aquello a lo que se refiera la propia representación del autor: a la voluntad de la otra persona que existía realmente en el momento del acto sexual (y entonces los casos de engaño quedarían impunes) (25) o a la «verdadera» voluntad de la otra persona, tal como habría existido si hubiera contado con la información adecuada.

(22) «Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz», *BT-Drs.* 18/9097, p. 23 (Recomendación de decisión e informe de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Protección del Consumidor).

(23) HOVEN/WEIGEND, *JZ*, 2017, 182 (187).

(24) En contraposición, la interpretación de Ziegler, que quiere asumir la responsabilidad penal ya cuando «la intención contraria es reconocible para el autor»: ZIEGLER, en: *BeckOK-StGB*, 37. Ed. (2018), § 177 Rn. 9. Esto equivaldría a una responsabilidad del autor a título de imprudencia (*Fahrlässigkeitstrafbarkeit*), lo que la ley claramente no pretende.

(25) Hörnle también lo presupone cuando recomienda la inclusión explícita del rechazo reconocido por el delincuente en su propuesta de regulación. HÖRNLE, *GA*, 2015, 313 (327).

Si se tomara como base la hipotética voluntad de una pareja sexual informada, se produciría una considerable ampliación de la punibilidad: cualquier engaño que sea causal del consentimiento sexual de la víctima configuraría el tipo penal del § 177 inc. 1 StGB. A pesar de ello, una interpretación tan amplia del § 177 inc. 1 StGB no solo va evidentemente en contra de la intención del legislador, sino que resulta contradictoria conforme a una interpretación sistemática de la ley. Si el inciso 1 del § 177 StGB fuera suficiente para exigir al autor el conocimiento de la voluntad contraria «verdadera» de la otra persona, entonces el inciso 2 del § 177 StGB sería redundante, ya que este contempla situaciones en las que la víctima no puede formar o expresar su voluntad en el momento del hecho. Por tanto, el inciso 2 del § 177 StGB solo tiene un significado independiente si, a los efectos del inciso 1, debe existir realmente una voluntad contraria y ser comunicada en el momento del delito.

Por lo tanto, es correcto afirmar que los engaños de las cuatro constelaciones mencionadas anteriormente no cumplen los requisitos típicos de una agresión sexual según la legislación vigente. Dado que el autor obtiene el consentimiento sexual de la otra persona mediante su manipulación, esto impide ya la formación de una voluntad contraria.(26) La comisión que efectuó la reforma del Código Penal alemán también parece adherir a este punto de vista. En efecto, se ha justificado el rechazo del modelo del «solo sí es sí», entre otras cosas, por las temidas ambigüedades a la hora de tratar el «consentimiento obtenido mediante engaño».(27) Con el modelo vigente del «no es no», pareciera que se descarta la responsabilidad penal por engaños intencionados.

4.1.2. Punibilidad conforme a otros tipos penales

Así pues, los grupos de casos mencionados anteriormente no cumplen los requisitos del § 177 inc. 1 StGB. Sin embargo, los casos de la constelación (1) pueden ser punibles en virtud del § 174 c StGB bajo ciertas condiciones.

(26) En igual sentido EL-GHAZI, *ZIS*, 2017, 157 (164): «Si se hace cambiar de opinión al titular del interés jurídico (de un no a un sí, no existe un no (interno) en el momento del delito. El no interno original del titular del interés jurídico se ha convertido en un sí interno a través del engaño. En este caso, el acto sexual que entonces tiene lugar no es «contra la voluntad». Si una mujer rechaza inicialmente la solicitud sexual de un hombre, pero es engañada en virtud de una promesa falsa (por ejemplo, el pago de una determinada suma de dinero), no son pertinentes ni el apartado 1 ni el apartado 2 del § 177 StGB, nueva versión».

(27) Informe final de la Comisión de Reforma del Derecho penal Sexual del 19 de julio de 2017, p. 50 y p. 392.

Según esta disposición, se castiga a quien «realice actos sexuales con una persona que le haya sido confiada para recibir asesoramiento, tratamiento o cuidados a causa de una enfermedad o discapacidad mental o psicológica, incluida una adicción; o a causa de una enfermedad o discapacidad física, abusando de la relación de asesoramiento, tratamiento o cuidados». Según la opinión predominante, también se dice que existe abuso si el autor induce a la víctima a aceptar el acto sexual «engañándola sobre la naturaleza sexual de la intervención». (28) Sin embargo, la ley actual solo castiga la inducción de ideas erróneas sobre la naturaleza de un acto sexual en el marco de las relaciones de custodia definidas expresamente en el § 174 c StGB. En cualquier otro caso, los contactos sexuales realizados bajo excusas o manifestaciones falsas quedan impunes.

Los engaños descritos en la constelación (2) no están tipificados en la legislación alemana. A diferencia de lo que sucede, por ejemplo, en el derecho inglés, en Alemania también queda impune la persona que se hace pasar por el cónyuge de la víctima y obtiene de ese modo su consentimiento para realizar actos sexuales. Hasta 1969, la situación jurídica era (al menos parcialmente) diferente: el § 179 StGB (versión antigua) tipificaba la conducta de inducir a una mujer para que consienta tener relaciones sexuales mediante la falsa creencia de que se trataba de un coito conyugal. (29)

Los casos de la constelación (3) no se castigan como delitos sexuales, sino más bien como lesiones corporales, siempre que vayan asociados a un menoscabo físico de la otra persona. Una persona que oculta una enfermedad de transmisión sexual a su pareja sexual puede ser punible por lesiones corporales peligrosas consumadas o tentadas. (30) Sin embargo, sus actos no realizan la ilicitud de un delito sexual. Por el contrario, los engaños sobre el uso de anticonceptivos o sobre la propia fertilidad no son punibles. (31)

Los engaños sobre las características personales del autor o sobre sus motivos o intenciones (constelación 4) tampoco son objeto de

(28) RENZIKOWSKI, en: *MüKo-StGB*, § 174c Rn. 26; FROMMEL, en: *NKStGB*, § 177c Rn. 10 m.w.N. Sin embargo, la decisión no es del todo clara: BGH, NSZ, 2009, 324.

(29) § 179 inc. 1 StGB (versión antigua, vigente hasta septiembre de 1969): «[e]l que induzca a una mujer a consentir una relación sexual fingiendo un matrimonio o le provoque o se sirva de otro error en virtud del cual ella crea que la relación sexual es conyugal, será castigado con pena de prisión no superior a cinco años».

(30) PAEFFGEN, BÖSE, en: *NK-StGB*, § 224 Rn. 9; FRISCH, en: *FS Szwarz*, 2009, p. 495; EL MISMO, *JuS*, 1990, 362; SCHÜNEMANN, en: *FS Eser*, 2005, p. 1141; EL MISMO, *JR*, 1989, 89.

(31) El delito de estafa también queda descartado por la inexistencia del requisito del acto de disposición patrimonial (*Vermögensverfügung*).

interés del Derecho penal vigente. La punibilidad en tales casos solo puede ser considerada si el autor lesiona algún otro bien jurídico protegido de la víctima. Por ejemplo, un cliente es culpable de estafa si utiliza los servicios de una trabajadora sexual y la engaña sobre su intención de pagar.(32)*

4.2. CONSIDERACIONES SOBRE LA PUNIBILIDAD DE LOS ENGAÑOS A LA PAREJA SEXUAL

Si los casos de consentimiento fruto de la manipulación deberían ser tipificados como delitos sexuales y, en su caso, en qué medida, es una cuestión *de lege ferenda*. La respuesta depende del alcance que se le quiera dar a la protección de la autodeterminación sexual en el Derecho penal.(33) Sistemáticamente, pueden concebirse dos maneras de modificar la situación jurídica.

Una opción podría ser implementar un modelo del «solo sí es sí» similar al del derecho inglés, según el cual solo el consentimiento sexual brindado sin vicios excluya la tipicidad de un delito sexual. Una punibilidad general del engaño a la pareja sexual podría justificarse con una comprensión amplia del derecho a la autodeterminación sexual. Si se entiende la autonomía sexual no solo como libertad externa, sino también como decisión informada sobre las circunstancias de la interacción sexual, entonces solo la persona que no está sujeta a ningún error relevante para ella puede actuar realmente de forma autodeterminada.

Sin embargo, una solución de estas características conduciría a una reestructuración fundamental del Derecho penal sexual y haría recaer toda la carga de las situaciones ambivalentes en el autor, independientemente de la cuestión del engaño.(34) Además, este modelo de consentimiento no permitiría un tratamiento diferenciado de las constelaciones de casos (1) a (4), sino que impondría que el engaño sea tratado o bien como relevante o bien como irrelevante, sin dar

(32) Ver, por todos: BEUKELMANN, en: *BeckOK-StGB*, § 263 Rn. 45.

**N de T*: El ejercicio de la prostitución se encuentra regulado en Alemania conforme a la «Ley para la Protección de Personas que Ejercen la Prostitución» («Gesetz zum Schutz von in der Prostitution tätigen Personen»). Disponible en: <https://www.gesetze-im-internet.de/prostschg/> (última consulta: 4 de mayo de 2023).

(33) La comisión de reforma de los delitos sexuales también sugirió considerar la creación de un delito «que se centre en el engaño a la víctima», Informe Final de la Comisión de Reforma de la Ley de Delitos Sexuales de 19 de julio de 2017, p. 512. (*Abschlussbericht der Reformkommission zum Sexualstrafrecht*).

(34) En igual sentido: HÖRNLE, *GA*, 2015, 313 (318); críticos sobre el modelo del «no es no» también: HOVEN y WEIGEND, *JZ*, 2017, 182 (186).

lugar a excepciones. En consecuencia, tendría que tipificarse explícitamente el tratamiento legal de los engaños sexuales. La mera formulación de una prohibición general de contacto sexual «sin el consentimiento» de la otra persona no sería lo suficientemente clara. Por último, en la jurisprudencia y en parte de la literatura –a pesar de las voces discrepantes de peso en la literatura⁽³⁵⁾–, el consentimiento obtenido mediante engaño también se considera eficaz para otros delitos.⁽³⁶⁾

Teniendo en cuenta las cuestiones de interpretación todavía irresueltas respecto de las exigencias previas de un consentimiento excluyente de la tipicidad, no es recomendable recurrir a este término en las formulaciones legales.⁽³⁷⁾ Sería preferible una regulación independiente del problema del engaño en el § 177 inc. 2 StGB. Los delitos allí enumerados podrían completarse con otra variante que contemple casos de formación no libre de la voluntad.

No obstante, hay razones importantes en contra de una protección tan amplia de la autodeterminación sexual en el Derecho penal. En primer lugar, el legislador no está obligado a garantizar una protección integral de los bienes jurídicos en el Derecho penal. Más bien, le compete –también en vista de la naturaleza fragmentaria del Derecho penal– restringir el alcance de la protección de los intereses jurídicos en el Derecho penal a los ataques claramente ilegítimos contra el respectivo bien jurídico protegido.⁽³⁸⁾

Con este panorama, no todos los engaños sexuales parecen merecer un castigo. En la legislación alemana, la mentira y la manipulación no son punibles como tales; siempre debe haber un daño adicional, individual o social. Por ejemplo, el engaño solo es punible como estafa si la persona afectada sufre un daño patrimonial como consecuencia de él. Por otra parte, la decepción personal por la manipulación (e incluso una disposición patrimonial no deseada, pero económicamente no perjudicial) no genera responsabilidad penal. Tampoco se castiga, por ejemplo, a una persona que induce a otra a comprometerse con ella mediante declaraciones falsas.

El Derecho penal no protege a las personas frente a decepciones o traiciones de otras personas; tales experiencias forman parte del riesgo

(35) RÖNNAU, en: *LK-StGB*, 12. Ed. (2006), vor § 32 Rn. 157; EL MISMO, *JuS*, 2007, 18; LENCKER y STERNBERG-LIEBEN, en: SCHÖNKE y SCHRÖDER, vor § 32 Rn. 32c; KINDHÄUSER, *Strafrecht AT*, 8. Ed. (2017), § 12 Rn. 52 ff.; ERB, en: *MüKo-StGB*, § 32 Rn. 50 f.

(36) Véase, por ejemplo: WESSELS; BEULKE y SATZGER, *Strafrecht AT*, 47. Ed. (2017), Rn. 546; RENGIER, *Strafrecht AT*, 9. Ed. (2017), p. 220.

(37) Convinciente en este sentido: HÖRNLE, *GA*, 2015, 313 (318).

(38) SICK, *ZStW*, 103 (1991), 43 (51).

general de vivir.(39) En el caso de un consentimiento fraudulento para realizar actos sexuales, la víctima experimenta una decepción humana que en algunos casos es grave, pero no sufre ningún otro daño por el rechazo retrospectivo del contacto sexual. Además, en el momento del acto sexual, quien es engañado tampoco es consiente de estar soportando tales actos en contra de su voluntad. El hecho de lamentarse retrospectivamente por un encuentro sexual no es comparable con la experiencia de un acto sexual forzado.

Asimismo, el castigo penal de todo contacto sexual provocado por engaño supondría una intromisión considerable en la intimidad de las partes implicadas. Los tribunales deberían probar cuáles eran las expectativas y promesas mutuas en las relaciones sexuales y valorarlas. La valoración de la relevancia de un engaño es extremadamente difícil: ¿debe bastar una declaración de amor falsa para suponer un delito sexual?

Todavía más grave es el hecho de que la prohibición de los engaños sexuales convertiría a las preferencias y actitudes personales de los intervinientes en las relaciones sexuales en un criterio de punibilidad. La decisión del tribunal israelí mencionada anteriormente muestra las consecuencias que pueden derivarse si se hace depender la configuración de un abuso sexual de las condiciones individuales impuestas por una persona para entablar una relación sexual. Si la persona en cuestión se niega a mantener relaciones sexuales con personas de otra religión, etnia u origen, esta decisión sería objeto de protección penal. Quien haga caso omiso de tal actitud discriminatoria de la otra persona sería punible como autor de un delito sexual. Es cierto que el derecho a la autodeterminación sexual permite que las personas elijan su pareja sexual según sus propios criterios y, por tanto, incluye también la libertad de discriminar. Pero no es tarea del Estado proteger las preferencias personales –y posiblemente racistas o intolerantes– con los medios del Derecho penal.

Por lo tanto, en principio, los engaños para obtener un consentimiento sexual no deberían bastar para establecer la responsabilidad penal por un delito sexual. Esto se aplica, en particular, a las manifestaciones falsas sobre algunas características personales del autor o

(39) La jueza canadiense McLachlan escribe en su voto particular sobre el caso *R v. Cuerrier*: «[I]os engaños, pequeños y a veces grandes, han sido desde tiempos inmemoriales el producto de romances y encuentros sociales. A menudo conllevan el riesgo de dañar a la parte engañada. Hasta ahora, en la historia de la civilización, estos engaños, por tristes que sean, se han dejado en manos de la canción, el verso y la censura social», *R v. Cuerrier* [1998] 2 S.C.R. 371, Rn. 47. En el mismo sentido también HÖRNLE, *ZStW*, 127 (2015), 851 (880 y s.).

sobre sus motivos o intenciones (casos de la constelación 4). Solo en algunos casos excepcionales la manipulación de la víctima justifica la calificación del contacto sexual como abuso sexual. Si el agresor engaña a la víctima sobre el carácter o la naturaleza del acto (constelación 1), la víctima no consiente en ningún momento un acto sexual. Debido al engaño, la víctima no fue capaz de ejercer su derecho a la autodeterminación sexual. Su situación es, por tanto, comparable con la de una persona comatosa o dormida que está protegida por el § 177 inc. 2 núm. 1 StGB.

También en los casos de engaños sobre la identidad del autor (constelación 2) existen buenas razones para ampliar el § 177 inc. 2 StGB. El consentimiento para actos sexuales suele ser brindado a una persona concreta a la que la pareja identifica por su nombre o de alguna otra forma. Si la persona en cuestión, X, ha consentido el contacto sexual con la persona A, este consentimiento no se aplica a la persona B; si B realiza un acto sexual con X, no existe consentimiento con respecto a este. De este modo, los casos de engaño sobre la identidad difieren de los engaños sobre los motivos personales: la víctima no se forma ideas falsas sobre determinadas características de la pareja sexual elegida, sino que nunca ha elegido a la persona que tiene delante como pareja sexual. Para evitar dificultades de demarcación entre engaños sobre los motivos o características personales y sobre la identidad, se sugiere una formulación similar a la del artículo 76 inc. 2 b de la SOA: el autor debe hacerse pasar por una persona conocida personalmente por la víctima (por ejemplo, por su cónyuge).

Según el modelo aquí propuesto, los casos de la constelación (3) no serían punibles como delitos sexuales. El error sobre las características físicas –como el sexo o la fertilidad– se refiere a las características de una persona concreta, no a su identidad. Cuando se mantienen relaciones sexuales sin protección y ocultando una enfermedad de transmisión sexual, el error no radica principalmente en una violación de la determinación sexual, sino en poner en peligro la integridad física de la otra persona. Por eso, tal hecho debe ser castigado como un delito de lesiones.⁽⁴⁰⁾

(40) Conuerda con esta solución: HÖRNLE, *ZStW*, 127 (2015), 851 (881) y (desde la perspectiva del *Common Law Green*, en: Sarat (Eds.), *Law and Lies: Deception and Truth-Telling in the American Legal System*, 2015, p. 194.

Sobre la base de las consideraciones hechas anteriormente, proponemos la incorporación de otra modalidad del delito del § 177 inc. 2 StGB:

§ 177 inc. 2 StGB:

Asimismo, será castigado quien realice actos sexuales con otra persona o haga que esta realice o tolere actos sexuales con una tercera persona, si [...]

6. el autor engaña a la persona sobre la naturaleza sexual del acto o le hace creer que se trata de una persona conocida por ella.

