

Editorial

Cursa en la Comisión primera constitucional permanente de la Cámara de Representantes el Proyecto de ley 020 de 2022, cuyo objeto consiste en “tipificar como un delito autónomo la práctica del retiro del condón, preservativo u otra barrera de protección sexual durante las relaciones sexuales sin el consentimiento verbal explícito de la otra persona”¹.

Esta iniciativa legislativa se suma a otras que se tramitan en el Congreso de la República encaminadas a la protección a la libertad sexual. Entre ellas, el Proyecto de ley 249 de 2022 que cursa en la Cámara de representantes, el mismo que tiene como “objetivo prevenir y sancionar el acoso sexual en lugares públicos o de acceso público”, para lo cual se propone tipificar el delito de “acoso sexual en espacio público”². También, el Proyecto de ley 101 de 2022 que se tramita en Senado de la República, dirigido a la adopción de “medidas de prevención, protección y sanción del acoso sexual, el acoso sexual digital y otras formas de violencia sexual dentro del contexto laboral, profesional y educativo, y se dictan otras disposiciones”³.

Estos proyectos se encuentran en sintonía con movimientos sociales que en los últimos años vienen reivindicando mayor protección a la esfera de libertad sexual, fundamentalmente desde el feminismo sexual o *sex-positive feminism*.

Sin restar mérito alguno a la legitimidad de la libertad sexual como bien jurídico y, también, a la necesidad de protección de tan importante interés, es siempre relevante no perder de vista que la intervención penal demanda la satisfacción de requisitos que son tan importantes como los bienes jurídicos que con el propio Derecho penal se pretenden asegurar. Por esto, se quiere llamar la atención sobre cuestiones de la iniciativa legislativa de tipificación del retiro del condón, preservativo u otra barrera de protección sexual como delito o, como se conoce, incluso en países de habla castellana, el *Stealthing*, de forma que se logre una mejor realización de una intervención penal acorde con los principios que deben inspirarla.

1 Ver, Gaceta 1257 de 2022 y Gaceta 859 de 2022.

2 Gaceta número 1393 de 2022.

3 La exposición de motivos de esta iniciativa se recoge en la Gaceta número 900 de 2022.

Llama la atención que la Exposición de motivos del proyecto de ley 020 de 2022, mediante el cual se tipifica como delito autónomo el retiro del preservativo⁴, no se realiza el objeto al que debe dirigirse una exposición de motivos, esto es, la justificación en términos de necesidad de intervención del Derecho penal. Si se mira el proyecto, concretamente en lo que a la Exposición de motivos se refiere, lo que allí se observa es una definición de aquello que puede entenderse como *Stealthing* y, posteriormente, una revisión de iniciativas legislativas o regulaciones de este comportamiento en otros países. En este sentido, se echa de menos una detallada justificación de las razones por las cuales nuestro Legislador considera necesaria la intervención penal.

En el Proyecto de ley se busca con la tipificación del retiro del preservativo crear un delito que, a más de ser autónomo en relación con los demás tipos penales⁵, se realiza sin el recurso a la violencia como medio de afectación de la libertad sexual, lo que no desdice de ser un delito que afecta la libertad sexual como bien jurídico. Por esta razón, quizá resulte conveniente no incluirlo en el artículo 210 B, el que todo indica quedaría incluido en el capítulo II “De los actos sexuales abusivos”, pues en este capítulo, más que la libertad, lo que se protege es la integridad y la formación sexuales.

Con la redacción de la conducta típica habría de quedar claro que sujeto activo puede ser tanto un hombre como una mujer. Si bien los estudios empíricos parecen acreditar que en la gran mayoría de situaciones las víctimas son mujeres, siendo los autores en la generalidad hombres, lo cierto del caso es que las situaciones que pueden ser calificadas como *Stealthing* parecen tener origen en la comunidad homosexual norteamericana, donde este tipo de conductas era conocida y extendida. Vinculado con la posibilidad de realización del delito por parte tanto de hombres como de mujeres, habría de ser también claro que sujeto pasivo puede ser, igualmente, tanto un hombre como una mujer. Por esto, la legitimidad de intervención penal habría de considerarse con prescindencia de la posibilidad de afectación a otros bienes jurídicos, en su caso la vida, integridad personal o libertad, pues en caso que la afectación alcanzara estos otros intereses, ello podría comprenderse a través de la estructura del concurso de delitos.

La redacción original del proyecto diferenciaba la realización del acceso carnal

4 Gaceta número 1257 de 2022.

5 “La iniciativa propone crear un tipo penal autónomo relacionado con el retiro de la barrera de protección

durante le relación sexual sin el consentimiento de la otra persona”, Gaceta número 1257 de 2022.

y el contacto sexual, habiéndose retirado el preservativo. En el trámite del proyecto esta diferencia ha desaparecido y ahora se habla de "acto sexual" y "relación sexual", como modalidades diferentes, aunque ambas con similar penal. Quizá sea conveniente que nuestro legislador unifique las modalidades de realización de este comportamiento, conforme las diferencias a partir de las cuales se construye la sistemática de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexual, esto es, el acceso carnal, de una parte, y los actos sexuales, por la otra. A su vez, esta diferencia debería reflejarse, también, como ocurre en la actual legislación, en diferentes respuestas punitivas, pues no parece ser igual un acceso carnal que un acto sexual diferente al acceso carnal, sin el consentimiento del sujeto pasivo.

Finalmente, se coincide con una buena parte de quienes han participado en el debate legislativo en considerar que el *Stealth* no encuentra forma alguna de sancionarse penalmente, conforme la actual redacción de los delitos contra la libertad sexual. Esto, pues en el retiro del preservativo, el medio de comisión es el engaño, no la violencia. Por esto mismo, y antes que configurar modalidades concretas de comisión, como parece ser la tendencia de nuestro legislador, convendría más bien tipificar modalidades genéricas de afectación de la libertad, conforme con la cual se pueda modular entonces la respuesta penal. Esto, por demás, no es inusual en relación con otros bienes jurídicos penalmente protegidos, en los cuales los tipos penales tipifican tanto modalidades violentas de ataque, como modalidades de engaño.