

Revista **SISTEMA PENAL CRÍTICO**

**VALORACIÓN DE LOS ASPECTOS PENALES DEL PROYECTO DE LEY
ORGÁNICA DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE LA LIBER-
TAD SEXUAL DE 26 DE JULIO 2021**

**EVALUATION ABOUT CRIMINAL ASPECTS OF THE PROYECTO DE LEY
ORGÁNICA DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE LA LIBER-
TAD SEXUAL OF 26 JULY 2021**

María Acale Sánchez
Catedrática de Derecho penal
Universidad de Cádiz

RESUMEN:

El Proyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual que hoy sigue su tramitación parlamentaria, incorpora al ordenamiento jurídico español una pluralidad de instrumentos de carácter preventivo con los que intenta evitar la victimización primaria, así como la revictimización o victimización secundaria que sufren mayoritariamente “mujeres, niñas y niños”. En este trabajo se somete a estudio las reformas que se pretenden implementar en el interior del Código penal, valorándolas individualmente dado que no es posible, por la envergadura del texto, estar -simplemente- a favor o en contra del mismo. El análisis crítico que se lleva a cabo no pierde de vista en ningún momento la garantía de la libertad sexual, como mandata el título del Proyecto, que es el prisma desde el que en puridad de principios, debía haberse enfocado su contenido.

ABSTRACT:

Nowadays, Parliament is working on the Proyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual. The draft law has a lot of new preventive instruments aimed at preventing primary victimization, re-victimization or secondary victimization suffered mostly by “women, girls and boys”. In this paper it is subjected to study the changes that want to implement into the Criminal Law, assessing individually because it is impossible to be for or against all the draft. Our critical study about this takes into account the guarantee to sexual freedom, like mandated the name to the draft: it is possible that the author of the text may have forgotten this main object.

PALABRAS CLAVE:

libertad sexual, consentimiento, violación, prostitución, trabajo sexual, acoso sexual

KEYWORDS:

sexual freedom, consent, rape, prostitution, sexual work, sexual harassment.

SUMARIO:

1.INTRODUCCIÓN. 2. EL ORIGEN *POPULISTA* DEL PROBLEMA: EL CASO DE LA MANADA DE PAMPLONA. 3. LAS CRÍTICAS RECIBIDAS. 4. LOS ORÍGENES DE LA REFORMA: LOS COMPROMISOS INTERNACIONALES ASUMIDOS POR ESPAÑA. 5. ASPECTOS FUNDAMENTALES DEL *PROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE GARANTÍA INTEGRAL DE LA LIBERTAD SEXUAL*. 5.1 Acercamiento. 5.2 Cuestiones penales. 5.3 Especial referencia a la reforma de los delitos contra la libertad sexual. 5.3.1 La propuesta unificada de delito de agresión sexual. 5.3.1.1 Modelos de referencia en derecho comparado. 5.3.1.2 La propuesta de unificación de las agresiones y abusos sexuales en un solo delito de agresión sexual en el Proyecto de 26 de julio de 2021. 5.3.1.3 Los cambios incorporados en los delitos relativos a la prostitución. 5.3.1.4 La reforma del delito de acoso sexual. 6.VALORACIÓN DE LA REFORMA PROYECTADA. BIBLIOGRAFÍA

1. INTRODUCCIÓN

La regulación actual de los delitos sexuales en el Código penal español puede tener sus días contados si culminan con éxito los trabajos parlamentarios sobre el actual *Proyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual*, de 26 de julio. Se trata de un texto cuyo origen se remonta al publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, el 20 de julio de 2018 que, bajo el nombre de *Proposición de Ley de Protección Integral de la Libertad Sexual y para la erradicación de las violencias sexistas*, se presentaba ante la Mesa de la Cámara por parte del Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea¹. Meses después, el 3 de marzo 2020, en virtud del trámite previsto en el art. 26.4 de la Ley del Gobierno (50/1997, de 27 de noviembre) es presentado por el Ministerio de Igualdad ante el Consejo de Ministros con un título ligeramente modificado: *Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la libertad sexual*, texto que finalmente ha sido publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 26 de julio. Como es sabido, a los pocos días se decretó el Estado de alarma y el confinamiento domiciliario de la población si bien los trabajos parlamentarios no cesaron y fruto de ellos son los sustanciosos y sustanciales cambios que se incorporaron en octubre 2020 sin que, sin embargo, se procediera a la modificación de su nombre que sigue apostando no solo por proteger, sino por garantizar la *libertad sexual*.

En el texto que ahora sigue su tramitación parlamentaria se han corregido algunos de los aspectos más discutidos durante estos meses. Sin embargo, la versión final contiene aspectos contradictorios, hasta el punto de que difícilmente puede darse acogida bajo el mismo título de *garantía de la libertad sexual* a cuestiones tan dispares como la unificación de los delitos de agresiones sexuales y abusos, por una parte y las cuestiones relativas al proxenetismo y a la tercería locativa, por la otra.

El contexto en el que se produce este debate no puede ser ignorado, en la medida en que los resultados que ha arrojado la Macroencuesta de victimización de 2019, realizada por la Delegación del Gobierno contra la violencia de género manifiestan que solo el 8% de las mujeres que han sufrido violencia sexual fuera de la pareja ha denunciado alguna estas agresiones ante las instancias oficiales (policía, guardia civil o juzgado) El porcentaje se eleva al 11.1% si se tienen en cuenta las denuncias interpuestas por personas distintas a la víctima. Los motivos que han alegado las mujeres que ha sufrido una violación para no denunciar están entre los más citados “la vergüenza” (40.3%), el haber sido menor cuando tuvo lugar la violación (40.2%) y el 36,5% refiere “el temor a no ser creída” y el 23,5% el miedo al agresor. De ahí la importancia de una propuesta de reforma legal, que pretende incidir en el origen del problema de la violencia sexual con un paquete de medidas que excede con mucho las de naturaleza penal que son, sin embargo, por razones de espacio, las que aquí interesa analizar.

2. EL ORIGEN POPULISTA DEL PROBLEMA: EL CASO DE LA MANADA DE PAMPLONA

El debate político, social y científico que se ha producido en torno a los puntos esenciales del texto ha sido de una enorme trascendencia, jalonado interesadamente por los medios de comunicación que se han encargado de llevar al corazón de nuestros hogares una discusión acalorada en torno a si es preferible la ley del *sí es sí* o la del *no es no* al tiempo que la sociedad en su conjunto presenciaba el desenlace jurídico de la agresión sexual colectiva que tuvo lugar en Pamplona el día de San Fermín de 2016. Este es el motivo por el cual un sector de la doctrina ha tildado a la reforma de ser netamente populista y punitivista. Una y otra afirmación merecen ser meditadas, con el sosiego que impone el hecho del tiempo y el surgimiento de nuevas preocupaciones.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra (sección segunda) de 20 de marzo de 2018 castigó a los miembros de la *Manada* de Pamplona como autores de un delito continuado de abuso sexual con prevalimiento por su participación en la agresión sexual colectiva de la noche del 7 de julio de 2016 a las penas de 9 años de prisión y 15 de alejamiento de la víctima y a la medida de seguridad postpenitenciaria de 5 años de libertad vigilada (arts. 181.3 y 4 y 74 del Código penal)². De su lectura se concluye que el tribunal optó por la calificación jurídica como abuso por falta de elementos de juicio suficientes para dar por probada la intimidación que tantas veces habían puesto en entredicho medios de comunicación, tertulianos y un abogado defensor que se convirtió durante esos días en una de las personas más mediáticas de nuestro país. Probablemente este sea también el orden de la contaminación que sufrió el tribunal, de esa visión patriarcal de los delitos contra la libertad sexual,

¹ El 20 de diciembre de 2018, la Sección penal de la Comisión General de Codificación emitía sobre este texto su propuesta.

² Uno de los condenados, guardia civil cuando se produjeron los hechos, también es condenado como autor de un delito leve de hurto (art. 234.2) a la pena de multa de 2 meses a razón de 15 euros diarios.

palpable claramente, por ejemplo, cuando el ponente de la sentencia valora como poco “caballero” el hecho de dejar sola a la víctima en el portal después de los hechos, o cuando confunde “sexo” con “sensualidad”³. Con todo, la Sentencia contó con un voto particular en el que se absolvía a los acusados de todos los delitos imputados, con la excepción del delito de hurto leve al entonces guardia civil. El magistrado discrepante realizaba una serie de juicios de valor y de apreciaciones personales de los que se desprendía rigor con la mujer y comprensión con los cinco hombres, a los que consideraba por igual partícipes en “una desinhibida relación sexual, mantenida entre cinco varones y una mujer, en un entorno sórdido, cutre e inhóspito y en la que ninguno de ellos (tampoco la mujer) muestra el más mínimo signo de pudor, ni ante la exhibición de su cuerpo o sus genitales, ni ante los movimientos, posturas y actitudes que van adoptando” (p. 244). El simple hecho de que el magistrado discrepante focalizara en todo momento el comportamiento de la víctima (amparándose en el hecho de que, al haber solicitado una indemnización de 250.000 euros, se debe tener una suerte de *curriculum* vital inmaculado) estaba poniendo de manifiesto que la verdadera acusada era ella, en base a un Código victimario y patriarcal que le exige respeto hacia su ideal de justicia. Se trató, en cualquier caso, de un ejemplo destacado de la justicia patriarcal que ha revictimizado a las mujeres víctimas de delitos gravísimos por el simple hecho de sentarlas en el banquillo a ellas, mientras que los acusados contemplaban desde el estrado el espectáculo de la justicia patriarcal⁴.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 30 de noviembre, que resolvió los recursos de apelación por infracción de ley interpuestos por las defensas y las acusaciones contra la Sentencia de la Audiencia⁵, permite apreciar un cambio estético considerable, pues se comparten o no esos razonamientos -jurídicos-, se ofrece una respuesta -también- jurídica a los hechos que tuvieron lugar aquella noche de San Fermín, descontaminándose de aquella visión patriarcal de los delitos contra la libertad sexual que caracterizó a la primera de las sentencias -en parte, pero no solo- por aquel voto particular. Pero no es esa la única diferencia existente entre ambas sentencias, en la medida en que, si bien la de instancia fue firmada por dos magistrados que condenaron por abuso sexual con prevalimiento continuado, mientras que en el voto particular se defendía que no había habido más que sexo compartido entre seis adultos, en la del Tribunal Superior -que también se presentaba dividido-, tres miembros afirmaban con rotundidad que existió un abuso sexual con prevalimiento y otros dos decían con la misma rotundidad ya que hubo un delito de violación en la modalidad de agresión sexual intimidatoria, condenando a los cinco autores a la pena de 14 años, tres meses y un día de prisión⁶.

Finalmente, los hechos fueron recurridos por las partes ante el Tribunal Supremo, que en su Sentencia 344/2019, de 4 de julio, vino a rectificar la calificación jurídica, castigando por agresión sexual llevada a cabo con intimidación -ambiental⁷. Se trata de una sentencia que está construida intencionadamente a partir de párrafos de sentencias anteriores que se traen al cuerpo de la misma mediante un sistema de largos entrecomillados cuya finalidad no es otra que la presentar su resolución en el marco natural de sus pronunciamientos anteriores, transmitiendo una imagen de confianza en el Estado de Derecho. El cambio principal se ciñe a la valoración de los elementos que acompañaron a los actos de contenido sexual: en efecto, los cinco sevillanos son condenados como autores de un delito continuado de violación, a las penas de prisión de 15 años, y a las accesorias de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, así como al alejamiento de la víctima durante 20 años y a una medida de seguridad postpenitenciaria de libertad vigilada por tiempo de 8 años⁸. Además, en el fallo el Tribunal Supremo mantiene “el resto de los pronunciamientos de la sentencia recurrida”, por lo que dejaba

³ ACALE SÁNCHEZ, María, 2018. “Ser o no ser (de la Manada): esa es la cuestión”. *Nueva Tribuna*, 28 de abril.

⁴ La publicación de esta sentencia dio lugar a que el Ministro de Justicia de un Gobierno del Partido Popular se comprometiera a reformar el Código penal, para lo que solicitó informe a la Comisión General de Codificación. La Ministra que le sucedió en el nuevo Gobierno del PSOE, comenzó su andadura presentando una propuesta de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial, para garantizar que desde la Escuela judicial se ofrezca a jueces y juezas la posibilidad de aprender a motivar una sentencia desde una perspectiva de género, lo que dio lugar a la aprobación de la Ley Orgánica Ley Orgánica 5/2018, de 28 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, sobre medidas urgentes en aplicación del Pacto de Estado en materia de violencia de género.

⁵ ACALE SÁNCHEZ, María, 2018. “Cuidado, Manada, la justicia anda suelta”. *Nueva Tribuna*, 8 de diciembre.

⁶ El mismo hecho determina que en el voto particular se aprecie también intimidación en el acto de apoderamiento del teléfono móvil de la víctima por parte del entonces guardia civil, por el que le correspondería una pena de prisión de 2 años más.

⁷ ACALE SÁNCHEZ, María, 2019. “Y finalmente hubo violación, no abuso”. *El Diario.es*, 21 de junio.

⁸ El ex guardia civil también ha sido condenado a una pena de prisión de 2 años por el robo del teléfono móvil.

pendiente que la Audiencia Provincial de Navarra dictara sentencia en la que valorase el atentado contra la intimidad sufrido por la víctima por la grabación y difusión de las imágenes, sentencia que finalmente se dictó el 19 de noviembre 2019 (núm. 239/2019) en la que se condena a dos de los acusados como autores de un delito contra la intimidad (art. 171.1) a la pena de tres años y tres meses de prisión y multa de 21 meses con cuota diaria de 9 euros.

La pena de prisión de quince años impuesta a cada uno de los cinco condenados, se trata de una pena muy elevada, que se corresponde no obstante con unos hechos muy graves que no están descritos con toda la sordidez que se merecen en la Sentencia de la Audiencia, que optó por no incluir en el apartado de “hechos probados” todos los hechos que tuvieron lugar en aquel habitáculo; y por esto era necesario leer en la fundamentación jurídica hechos como, por ejemplo, que la víctima estaba “acorralada” por dos de los hombres, “agazapada” y “gritando”, de “dolor”. Omitiendo estos hechos de los hechos probados, la sentencia de instancia rebajaba la intensidad del relato de unos hechos que parece que se pactaron después de acordar el fallo condenatorio por abuso sexual. Esto es lo que puede haber determinado también que la gravedad de esos hechos haya pasado desapercibida para un sector de la sociedad y de la doctrina que se limitaron a leer aquellos desagradables hechos probados en forma diagonal, perdiendo así toda la intensidad que en su momento supo captar el Tribunal Supremo que califica como “inexplicable” la no inclusión de todos los hechos dentro de los hechos probados. Atinadamente se afirma en la sentencia finalmente que el grito es una “actitud que sin duda es contraria al supuesto consentimiento de la víctima”, ni válido ni inválido: es plasmación del ambiente de intimidación impuesto interesadamente por los agresores. No se trata solo de que la víctima no dijera que no, es que el silencio es también una forma de comunicación: en ese contexto, con esa “sordidez” y “crudeza” el silencio de la víctima “solo se puede interpretar como una negativa”.

La calificación jurídica como agresión determinó que la sentencia se detuviese en el análisis de cuestiones que hasta ese momento las sentencias anteriores no habían tenido en cuenta, al margen ya del voto particular de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 20 de marzo. Así, la deducción de la intimidación ambiental de las circunstancias de tiempo, de lugar, la disparidad de fuerza existente entre los cinco agresores y la víctima, la diferencia de edad, de peso y de corpulencia física, vino a cerrar finalmente un debate encendido al que se han enfrentado un total de trece magistrados, de los que uno vio jolgorio, cinco vieron prevalimiento y siete vieron intimidación. Es más, el Supremo entiende que esa intimidación tuvo un carácter particularmente degradante y vejatorio, motivo por el cual agrava la pena. También la agrava por la actuación conjunta, lo que dio lugar a una violación múltiple sobre la que se han dejado hilos sueltos por la negativa del tribunal a entrar a analizar la continuidad delictiva. Con todo, parece que se insiste en una configuración falocéntrica del delito de violación, en el que se sigue identificando un acto principal -el de contenido sexual- y otros secundarios -la violencia o la intimidación-, cuando tanto uno como otros actos determinan la lesión del bien jurídico libertad sexual, ponen en peligro la propia vida de la víctima y son manifestación de las situaciones de desigualdad y de las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres.

Vistas las afirmaciones que lleva a cabo el Tribunal Supremo sobre la concurrencia de la intimidación y sobre la calificación de estos hechos como violación, es lícito plantearse como ha hecho un sector de la doctrina la necesidad de la reforma del Código penal encerrada en el Anteproyecto de 3 de marzo de 2020 y en la versión actual del Proyecto de 26 de julio de 2021, que surgió originariamente como reacción a la calificación de estos como abusos por parte de la Audiencia provincial. No les falta la razón, sin duda alguna: desde un principio la Audiencia de Navarra debió calificar los hechos como violación. Sin embargo, ha sido necesario que intervinieran sucesivamente la Audiencia Provincial, el Tribunal Superior de Justicia y el Tribunal Supremo: tres años para concluir que la víctima sufrió una violación múltiple, durante los cuales no debe haber sido fácil seguir con su vida diaria. Cuando leemos la carta que la víctima hizo llegar a un programa de televisión, reconociendo que “tras casi tres años este proceso por fin se ha terminado. Ha sido largo, intenso, y sobre todo agotador. Lo peor no fue la situación vivida, sino todo lo que vino después”⁹, refiriéndose de esta forma al proceso de revictimización o victimización secundaria sufrido. Esa revictimización ha sido apreciada por el Tribunal Supremo para elevar la cuantía de la responsabilidad civil de 50.000 euros por el estrés postraumático que apreció la Audiencia, a otros 50.000 por daño moral. No obstante, la cuestión que ahora se suscita no es ya reconocer que la revictimización es una realidad que se puede monetarizar en el ámbito de la responsabilidad civil, sino si penalmente puede ser amortiguada, porque, en efecto, todo esto se hubiera evitado si el Código penal suavizara

⁹ La carta íntegra de la víctima de la Manada de Pamplona, publicada el 27 de julio de 2018, puede verse -entre otras partes- en https://www.elplural.com/sociedad/lee-la-carta-integra-de-la-victima-de-la-manada_131016102.

la diferenciación que hoy potencia entre las agresiones y abusos sexuales, o si pusiera el acento en otros elementos de más fácil prueba, aunque para ello fuera conveniente llevar a cabo una reducción de las penas que en abstracto tienen establecidas.

Este es en esencia el cambio fundamental que presenta el *Proyecto de Ley Orgánica de Protección Integral de la Libertad Sexual* al equiparar -entre otros medios comisivos- la intimidación ambiental y el prevalimiento, aunque sea a costa de imponer menos penas, pues lo cierto es que se trata de un texto que en ningún momento se propuso ampliar el castigo, sino evitar los daños colaterales del mismo. Basta con pensar que, de estar vigente la regulación hoy proyectada, desde la primera de las sentencias pronunciadas -la de la Audiencia- se hubiera llegado a la conclusión de que existió un delito de violación sin imponer más pena, ahorrando mucho sufrimiento a la víctima, sin agravar la pena de los autores.

A la vista de estos hechos, debe replantearse si, en efecto, se trata de una reforma “populista” o si por el contrario, se trata de una reforma “democrática”, en la que la sociedad ha dejado de esperar a que pasen cuatro años para demostrar el sentido de su voto en las urnas, saliendo a las calles y a manifestar eso: que en el sentido común de todas ellas, los hechos ocurridos en Pamplona la noche de San Fermín de 2016, tal como posteriormente ha dicho el Tribunal Supremo, no fueron constitutivos de mero abuso sexual, sino de violación -múltiple.

3. LAS CRÍTICAS RECIBIDAS

Las críticas que ha recibido el texto dentro de la doctrina han provenido desde distintos frentes. Por un lado, un sector doctrinal se ha posicionado en contra de la reforma proyectada, entendiendo que “la eliminación de las graduaciones en los atentados a la libertad sexual dará lugar no solo a un derecho penal sexual superficial, carente de matices, sino a un derecho penal sexual moralista, que fácilmente terminará siendo autoritario”¹⁰. La coherencia de este planteamiento no va a ser discutida y sobre él se volverá posteriormente. Sin embargo, carece de sentido criticar -con tanto ímpetu- esa técnica legislativa solo en la nueva regulación y no en las otras ocasiones en las que hoy recurre a idéntica equiparación el Código penal vigente (en el delito de trata de seres humanos del art. 177 bis, en la regulación del sometimiento a condiciones de prostitución (art. 187) que, por cierto, es otro delito contra la libertad sexual y en el delito de genocidio del art. 607 bis 2.9).

El rechazo que en este punto suscitó el Anteproyecto se sostenía -además- en la incomprensible afirmación que se hacía en su Exposición de Motivos a que con la unificación del delito de agresión y abusos sexuales se pretendía “además reorientar el régimen de valoración de la prueba”¹¹, desde donde se interpretó que se llevaba a cabo la inversión de la carga de la prueba. La frase entrecomilla ha sido eliminada con muy buen criterio del mismo párrafo en la Exposición de Motivos del Proyecto de 2021¹², de modo que parece que se está recono-

¹⁰ DÍEZ-RIPOLLÉS, José Luis, 2018. “El ‘no es no’”. *El País*, de 10 de mayo; del mismo, 2019. “Alegato contra un derecho penal sexual identitario”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* RECPC 21-10, pp. 8 y ss. En la misma línea, CUERDA ARNAU, María Luisa. “Agresión y abuso sexual: violencia o intimidación vs. consentimiento viciado”. En Faraldo Cabana, Patricia y Acale Sánchez, María, *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2018, p. 109; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, 2020. “La garantía de la libertad sexual y el pensamiento jurídico de Podemos”. *elconfidencial.com*, 4 de marzo; GIMBER-NAT ORDEIG, Enrique, 2020. “Sólo sí es sí”. https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1197551; CARUSO FONTÁN, Viviana. “Reflexiones en torno a la aplicación de la continuidad delictiva en el caso de la Manada”, en Faraldo Cabana, Patricia y Acale Sánchez, María, *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales*, cit., pp. 217 y ss; LASCURAÍN, José Antonio, 2021. “Delitos sexuales: no todo vale”. *Claves de razón práctica*, 277, pp. 88 y ss.

¹¹ “Como medida relevante, se elimina la distinción entre agresión y abuso sexual, considerándose agresiones sexuales todas aquellas conductas que atenten contra la libertad sexual sin el consentimiento de la otra persona, cumpliendo así España con las obligaciones asumidas desde que ratificó en 2014 el Convenio de Estambul. Este cambio de perspectiva, además de reorientar el régimen de valoración de la prueba, contribuye a evitar los riesgos de revictimización o victimización secundaria. También se introduce expresamente como forma de comisión de la agresión sexual la denominada “sumisión química” o mediante el uso de sustancias y psicofármacos que anulan la voluntad de la víctima. Igualmente, y en línea con las previsiones del Convenio de Estambul, se introduce la circunstancia cualificatoria agravante específica de género en estos delitos”. Puede verse las afirmaciones que realiza OLIVAS DÍA, Amaya, 2021. “Breves apuntes feministas sobre el malestar acerca del consentimiento en los delitos contra la libertad sexual”. *Boletín de la Comisión penal de Jueces y Jueces para la Democracia*, N. 12, vol I, marzo, p. 16) sobre “no puede de ninguna manera excluir una audiencia imparcial para cualquier persona imputada”: sin justificar en forma alguna de dónde saca ese riesgo.

¹² “La disposición final cuarta modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Como medida

ciendo que se sobrepasó en el redactado del texto y que eliminándola y, como se verá posteriormente, introduciendo una serie de cambios en la definición de consentimiento del art. 178, basta para normalizar el debate procesal sobre la prueba de los hechos imputados. En cualquier caso, es preciso distinguir la “inversión de la carga de la prueba” con un proceso probatorio “ayuno de prueba alguna”: y en este sentido, como afirma la STS 565/2007, de 21 de junio “la acusación ha aportado una prueba de cargo que puede ser valorada razonablemente por el Tribunal alcanzando como conclusión la existencia del hecho y la participación del acusado. Para que quede desvirtuada la prueba de cargo o para demostrar la irracionalidad de la valoración del Tribunal sería precisa otra prueba de sentido diferente o algún elemento que debilite su poder demostrativo, pero esa aportación ya no corresponde a la acusación sino a quien alega la insuficiencia de la prueba aportada por aquella”.

Pero también desde el movimiento penalista feminista no abolicionista se han alzado las voces en contra de esta reforma, focalizando -fundamentalmente- la inclusión de tantos requisitos en el texto de 2020 para dar por pronunciado el consentimiento de la víctima, en la medida que consideran que se entran en una senda ultra protectora de las mujeres, abriendo una “deriva puritana, que no hace más que reforzar los argumentos patriarcales de la sacralidad del sexo de las mujeres y e identificamos medidas que van a suponer aún mayores obstáculos y dificultades para mujeres que ya sobreviven en condiciones de precariedad, como es el caso de las trabajadoras sexuales”¹³. Pero más allá de la visibilización de los requisitos que ha de reunir el consentimiento, lo que ya por sí solo es bastante crítica, este sector feminista ha criticado la inclusión durante la tramitación parlamentaria de la tercería locativa, que persigue el castigo de aquel sujeto que convierte en un negocio el trabajo sexual de otra persona, esto es, una conducta que no es delito, ni es considerada infracción administrativa, como sí lo es el ejercicio de la prostitución en vías públicas en determinadas ordenanzas municipales. La inclusión de esta nueva figura delictiva en el seno de una ley que persigue la garantía de la libertad sexual no tiene fundamentación común político criminal alguna, porque no persigue garantizar la libertad sexual, sino proteger un ideario de mujer: posteriormente se volverá sobre este asunto.

En el trámite de informes, el Consejo Fiscal emitió el suyo en sentido favorable, y propuso se le diera una vuelta al concepto de consentimiento del art. 178 y que las referencias a los delitos de explotación sexual se sacaran de la ley y se incluyeran en otra específica¹⁴.

El Informe del Consejo General del Poder Judicial -que se anunciaba que se iba a hacer público en la misma semana en la que parecía que los partidos políticos iban a ponerse de acuerdo en su renovación¹⁵- fue contrario y muy extenso. Si se centra la atención sus últimas 35 páginas de conclusiones, es posible encontrar sugerencias interesantes que pueden contribuir en positivo a mejorar el texto del Anteproyecto, aunque, no obstante, eclipsa la seriedad, solemnidad y credibilidad de su objetivo principal -informe técnico jurídico sobre el texto del Anteproyecto, no político criminal- el hecho de que se apueste por el castigo de la tercería locativa en una ley cuyo objetivo es garantizar la libertad sexual.

Y finalmente, la Asociación *Jueces y Juezas* para la Democracia también ha emitido su propio informe en el que también somete a críticas el texto del Anteproyecto, si bien es curioso que se vuelva a olvidar del castigo

más relevante, elimina la distinción entre agresión y abuso sexual, considerándose agresiones sexuales todas aquellas conductas que atenten contra la libertad sexual sin el consentimiento de la otra persona, cumpliendo así España con las obligaciones asumidas desde que ratificó en 2014 el Convenio de Estambul. Este cambio de perspectiva contribuye a evitar los riesgos de revictimización o victimización secundaria. También se introduce expresamente como forma de comisión de la agresión sexual la denominada “sumisión química” o mediante el uso de sustancias y psicofármacos que anulan la voluntad de la víctima. Igualmente, y en línea con las previsiones del Convenio de Estambul se introduce la circunstancia cualificatoria agravante específica de género en estos delitos”.

¹³ GARAIZABAL, Cristina, MACAYA, Laura, PINEDA, Empar, SERRA, Clara, y otras, 2021. “Objeciones feministas al actual proyecto de Ley de Libertades sexuales”, <https://www.accionenredmadrid.org/objeciones-feministas-al-actual-proyecto-de-ley-de-libertadessexuales/>, 4 de marzo (fecha de la última consulta: 26 de julio 2021). *Vid.* también MAQUEDA ABREU, M.L. “Cómo construir «víctimas ficticias» en nombre de las libertades sexuales de las mujeres”. *Mientras tanto*, 29 de noviembre 2020 (<http://www.mientrastanto.org/boletin-196/notas/como-construir-victimas-ficticias-en-nombre-de-las-libertades-sexuales-de-las-mujeres>) (fecha de la última consulta: 26 de julio 2021).

¹⁴ Puede verse en <https://www.fiscal.es/documents/20142/290789/11-INFORME+DEFINTIVO.PDF/00f836e0-c5dc-8535-b3da-ffb8f8cbb83a?version=1.0&t=1612787258031> (fecha de la última consulta realizada: 21 de julio 2021).

¹⁵ Puede verse en <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-sobre-el-anteproyecto-de-Ley-Organica-de-Garantia-Integral-de-la-Libertad-Sexual> (fecha de la última consulta realizada: 21 de julio 2021).

de la tercera locativa en este caso por completo, lo que pone en duda de nuevo la profundidad técnica de un informe que se olvida del objetivo principal: garantizar la libertad sexual¹⁶. Eso sí: reconoce como no podía ser de otra manera -más aún en la sede de la asociación de jueces y juezas para la Democracia- que la política criminal la diseña el Parlamento y al resto nos toca criticarla, pero no suplantarla a base de una crítica invasiva y subversiva con fin de acoso y derribo.

El texto presentado el pasado 6 de julio ante el Consejo de Ministros por la titular del Ministerio de igualdad y publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales veinte días después, corrige algunas de las críticas fundamentales que había recibido el de 3 de marzo de 2020 y sin duda alguna ha salido robustecido de este proceso de revisión. El camino que aún le queda por recorrer hasta llegar convertido en ley al Boletín Oficial del Estado es largo y es de esperar que todavía salga enriquecido con las aportaciones de los distintos grupos parlamentarios, en un momento en el que parece haber pasado ya el fragor de la batalla política y mediática que se entabló en un principio.

4. LOS ORÍGENES DE LA REFORMA: LOS COMPROMISOS INTERNACIONALES ASUMIDOS POR ESPAÑA

En el origen de la presentación del Proyecto se encuentra la firma del Convenio del *Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica*, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011 ratificado por España mediante el Instrumento de 6 de junio de 2014 lo que puso de manifiesto la existencia de una serie de diferencias entre la legislación española y la acaba de ratificar. A partir de este momento y a través de la LO 1/2015, se ha prestado especial atención a una serie de delitos nuevos que en el texto europeo se consideran formas de violencia de género contra las mujeres. Debe dejarse señalado que no todas las conductas consideradas en el Convenio de Estambul como delitos relacionados con la violencia de género estaban fuera del Código penal español, que tan solo ha llevado a cabo en este punto dos reformas principales: la inclusión del delito de acoso y el de matrimonios forzados. En estos momentos, sin embargo, se aprecian amplias diferencias entre la regulación de los delitos de agresión sexual/violación en el Convenio y en el Código penal español, en la medida en que puede decirse que siguen modelos distintos: el primero enfatiza la falta de consentimiento de la víctima y el segundo concede una importancia crucial a los medios que emplea el autor para conseguir llevar a cabo el acto de contenido sexual. Y esta es la fricción que el legislador español trata de corregir a través de la reforma proyectada.

Su ratificación dio lugar a que en 2017 España aprobara el Pacto de Estado contra la violencia de *género*, en cuya propuesta número 84 se asumía el compromiso de “ampliar el concepto de violencia de género a todos los tipos de violencia contra las mujeres contenidos en el Convenio de Estambul”.

En desarrollo del Pacto de Estado ya ha visto la luz la LO 5/2018, de 28 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial, sobre medidas urgentes en materia de violencia de género que ha incorporado a nuestro ordenamiento jurídico previsiones específicas en torno a la inclusión de materias concretas en las pruebas de selección y de la formación especializada en la Escuela Judicial y la formación continua de las Carreras Judiciales y Fiscal, cuya finalidad es afrontar uno de los flancos más difíciles para atajar la violencia de género. En la misma línea va el art 176 del Borrador de nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Y así se lo acaba de recordar el GREVIO¹⁷ a las autoridades españolas en su *Baseline Evaluation Report* de 15 de octubre 2020, en el que tras realizar un estudio de la regulación y de la aplicación de los delitos sexuales en España por parte de los tribunales, termina recomendando a las autoridades españolas la reforma del Código penal “con la finalidad de garantizar la existencia de un delito de violación firmemente arraigado en la falta de consentimiento, que sea puesto en práctica y efectivamente aplicado por los organismos encargados de la ejecución de la ley, la fiscalía y los órganos judiciales. El objetivo debe ser asegurar la imposición de sanciones apropiadas para los actos de naturaleza sexual sin consentimiento de la víctima, incluyendo la ausencia de resistencia por la parte de la víctima y donde las circunstancias del caso impidan la otorgar validez al consentimiento. Con este fin, GREVIO exige encarecidamente a las autoridades españolas que facilite la formación y

¹⁶ Puede verse en <http://www.juecesdemocracia.es/2021/02/16/comunicado-la-comision-penal-jjpd-ante-proyecto-ley-organica-garantia-integral-libertad-sexual/> (fecha de la última consulta realizada: 21 de julio 2021). El número 13 de 2021 del *Boletín de Penal* “Monográfico Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual” pone de manifiesto el denso debate habido dentro de la Asociación.

¹⁷ Group of Expert son Action against Violence against Women and Domestic Violence del Consejo de Europa.

ofrezca directrices para que todos los operadores en el sistema judicial aseguren que el delito de violación y la violencia sexual son delitos basados en la ausencia del consentimiento, no en el uso de la fuerza (parágrafo 224)”¹⁸.

Pero no solo el Consejo de Europa, también Resolución del Parlamento Europeo, de 21 de enero de 2021, sobre la estrategia de la Unión para la igualdad de género (2019/2169(INI)) en su punto 33: “pide medidas más enérgicas en relación con la legislación sobre delitos sexuales y subraya que el sexo siempre debe ser voluntario; pide a la Comisión que incluya recomendaciones dirigidas a todos los Estados miembros para que modifiquen la definición de violación en su legislación nacional de forma que se base en la ausencia de consentimiento”.

La claridad de estos mandatos de cumplimiento obligatorio para España no es vista sin embargo por un sector de la doctrina, que entiende que el Convenio de Estambul no se manifiesta en torno a la regulación de las agresiones sexuales¹⁹.

5. ASPECTOS FUNDAMENTALES DEL PROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE GARANTÍA INTEGRAL DE LA LIBERTAD SEXUAL

5.1 ACERCAMIENTO

El texto que hoy sigue su tramitación parlamentaria es amplio y aborda la reforma integral del conjunto del ordenamiento jurídico español a fin no ya de proteger, sino de garantizar el ejercicio de la libertad sexual. Su envergadura recuerda la de la *Ley Orgánica 1/2004, de protección integral frente a la violencia de género*, cuando se comprueba en su texto articulado que, además del reconocimiento de derechos y de puesta en marcha de los nuevos mecanismos que incorpora, emprende la tarea de modificar en catorce de sus disposiciones finales, una pluralidad de leyes, incluidas el Código penal. En su interior se encuentran medidas dirigidas a la investigación y producción de datos, el reconocimiento de derechos, la actuación de los cuerpos y fuerzas de seguridad, y al acceso y obtención de justicia. Especialmente significativas son las disposiciones relativas a la prevención, sensibilización, detección y formación en materia de libertad sexual, ofreciendo a la ciudadanía un modelo educativo que incide en concienciar a toda la sociedad sobre la capacidad de las mujeres para determinarse en materia sexual a fin de evitar confundir, por ejemplo, el sexo con el sexo violento o con la pornografía, así como la sensualidad con la violencia²⁰. El hecho de que su Exposición de Motivos comienza situando el examen de la libertad sexual en el ámbito de los derechos humanos de “la ciudadanía” no impide en forma alguna pasar a continuación a reconocer que las violencias sexuales constituyen un fenómeno criminal que tiene como víctimas principales a “mujeres, niñas y niños” (art. 3), convertidos en meros objetos de placer por parte de los agresores, en vez de en sujetos del mismo. Nada obsta, llegado el caso, sin embargo, a que un hombre víctima

¹⁸ El Informe del GREVIO (Grupo de expertos creado por el Convenio de Estambul para seguir su implementación por los países firmantes) “Baseline Evaluation Report Spain”, puede verse en <https://rm.coe.int/grevio-s-report-on-spain/1680a08a9f>, p. 85 (fecha de la última consulta: 21 de julio 2021).

Por su parte, la Unión Europea en la Resolución de 21 de enero de 2021, sobre la estrategia de la Unión para la igualdad de género (2019/2169(INI)), en su punto 33 “pide medidas más enérgicas en relación con la legislación sobre delitos sexuales y subraya que el sexo siempre debe ser voluntario; pide a la Comisión que incluya recomendaciones dirigidas a todos los Estados miembros para que modifiquen la definición de violación en su legislación nacional de forma que se base en la ausencia de consentimiento”.

¹⁹ *Id.* DÍEZ-RIPOLLES, José Luis, 2019. “Alegato contra un derecho penal identitario”, cit., pp. 4 y 6; LASCURAÍN, Juan Antonio, 2021. “Delitos sexuales: no todo vale”, cit., p. 91.

²⁰ Pueden verse en este sentido las afirmaciones que realiza RAMÍREZ ORTÍZ (2021, “¿Cambio de paradigma o juego de espejos?”. *Boletín de la Comisión penal de Jueces y Jueces para la Democracia*, N.º. 12, vol I, marzo, p. 37) cuando en su crítica sobre la regulación de los delitos sexuales contenida en el Anteproyecto, en el sentido de afirmar que “crea más problemas que soluciones”, afirma con Agustín Malón “desde la sexología” que hay varios planos que deben distinguirse en cuanto al consentimiento sexual: “por un lado, el asentimiento interno al acto sexual, En segundo lugar, un comportamiento o manifestación externa de ese asentimiento. En tercer lugar, la interpretación del estado interno de la mujer por parte del hombre a partir de la conducta externa. Finalmente, la valoración del estado interno del hombre por parte de un observador externo, como ser la persona que juzga el caso”. La lectura del pasaje no aclara si el autor se está refiriendo al consentimiento a los efectos de la sexología, porque de ser así, es de suponer que se tendría que estar refiriendo al consentimiento de las dos -o más- personas intervinientes en una relación sexual sin caer en la trampa de la que supuestamente se presume estar libre, esto es, la de rechazar los estereotipos, o al consentimiento en el ámbito de las relaciones sexuales delictivas que se caracterizan precisamente por su falta.

de violencia sexual a manos de otro hombre o de una mujer, pueda beneficiarse de los derechos que se reconocen, sorteando de esta forma alguno de los hándicaps principales que planteaba -y sigue planteándose- en el ámbito de la *LO 1/2004, de protección integral frente a la violencia de género*.

La lectura conjunta de todas estas disposiciones pone de relieve la fuerza de la apuesta por la prevención, en el sentido de reconocer que la violencia sexual obedece a unos patrones de comportamiento que parte de la instrumentalización de la voluntad de las personas con las que se mantienen ese tipo de relaciones sexuales violentas. Cuestiones de espacio imponen priorizar en este punto las reformas penales propuestas.

5.2 CUESTIONES PENALES

Las reformas del Código penal que prevé llevar a cabo el *Proyecto de Ley Orgánica de Garantía de la Libertad e Indemnidad Sexual* se centran fundamentalmente en el Libro II del Código²¹ y a pesar del nombre que se le ha dado, desbordan los límites del Título VIII dentro del que según la rúbrica del vigente Código se castigan los “delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, que en el Proyecto se contrae a la de “delitos contra la libertad sexual”²² y de extiende a los Títulos VI (delitos contra la libertad)²³, VII (contra la integridad moral)²⁴ y XIX (contra la Administración pública)²⁵. Por su interés y por la profundidad del cambio propuesto, se centrará la atención en las modificaciones previstas en los delitos contra libertad sexual.

²¹ Solo se establecen dos cambios dentro del Libro I: el primero afecta al periodo de seguridad del art. 36.2 que además de ampliarse a los delitos de trata de seres humanos (Título VII bis), se renumera el actual art. 183 que en el Proyecto se corresponde con el 181 y se incluye un nuevo párrafo en el que se establece para los condenados por delitos sexuales a una pena de prisión de más de 5 años que “la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no podrá efectuarse hasta la superación del programa de tratamiento para condenados por agresión sexual”. Esta nueva disposición lleva aparejada la eliminación de la propuesta que se preveía llevar a cabo en el Anteproyecto de 3 de marzo de 2020 del art. 66, de la Ley Orgánica 1/1979, General Penitenciaria, incluyendo un nuevo número 4 en el que se establecía que “en aquellos casos en que se establezca un tratamiento farmacológico como coadyuvante del programa de tratamiento constará, previamente, un diagnóstico específico y el consentimiento informado y pleno del interno, sin que su aceptación o rechazo pueda conllevar consecuencias positivas o negativas para su situación penitenciaria. Instaurado el tratamiento, se seguirá y controlará su evolución médica por el equipo de tratamiento y los órganos competentes en la asistencia sanitaria penitenciaria”. La propuesta ha de ser bien recibida, por normalizar el tratamiento penitenciario para los condenados por delitos contra la libertad sexual en el ámbito del conjunto de disposiciones de la Ley Orgánica 1/1979, General Penitenciaria, así como del Reglamento que la desarrolla. Ello no obsta para que desde la perspectiva de quien entiende que el periodo de seguridad no supone más que la introducción en el Código penal del mayor o menor rigor para ejecutar las penas, deba ser rechazado por pura cuestión de principios. Ampliamente, ACALE SÁNCHEZ, Maria, 2010. *Medición de la respuesta punitiva y Estado de Derecho*. Pamplona: Aranzadi, pp. 91 y ss.

Además el Proyecto también prevé la reforma del apartado 2 del art. 83 en el ámbito de la suspensión de la ejecución de la pena, en virtud del cual, se establece que “las anteriores prohibiciones y deberes se impondrán asimismo cuando se trate de delitos contra la libertad sexual, matrimonio forzado, mutilación genital y trata de seres humanos”. De esta forma, se amplía el régimen expreso previsto en los casos de violencia sobre la mujer por parte de su pareja a estos otros delitos, con independencia ya de sexo, género y de relación que una a la víctima con el autor.

²² Los debates doctrinales en torno a si es o no necesaria la inclusión expresa junto a la libertad de la indemnidad sexual vienen desde antiguo. *Vid.* por todos Díez RIPOLLÉS, José Luis, 1985. *La protección de la libertad sexual. Insuficiencias actuales y propuestas de reforma*. Barcelona: Bosch, pp. 24 y ss.

²³ Se incluyen dos reformas puntuales que afectan por una parte a los efectos civiles de los delitos de matrimonios forzados (art. 172 bis) y añade un criterio de agravación nuevo de la pena en el delito de *stalking* (art. 172 ter).

²⁴ En el delito de *mobbing*, se incorpora el castigo de las personas jurídicas. Además se incluye ahora una nueva figura delictiva en el nuevo art. 173.4 párrafo 2º que impone la pena de localización permanente de cinco a treinta días o trabajos en beneficio de la comunidad “a quienes se dirijan a otra persona con expresiones, comportamientos o proposiciones de carácter sexual que creen a la víctima una situación objetivamente humillante, hostil o intimidatoria, sin llegar a constituir otros delitos de mayor gravedad”. Se trata esta última figura de la que ha sido conocida por la opinión pública como “acoso callejero” aunque como puede comprobarse, el legislador no haga referencia alguna al mismo. En todo caso, además de las penas establecidas -leves- debe tenerse en cuenta que se trata de una disposición que requiere la denuncia de la víctima según el último párrafo del mismo art. 173.4.

²⁵ En relación con el art. 443 apartado 2 en el que se castiga el delito de acoso sexual en el ámbito de la función pública y al que por razón de la materia se hará referencia en el texto.

5.3 ESPECIAL REFERENCIA A LA REFORMA DE LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL

5.3.1 LA PROPUESTA UNIFICADA DE DELITO DE AGRESIÓN SEXUAL

Del conjunto de propuestas de reforma contenidas en el Proyecto, sin lugar a dudas, las más relevantes son las que llevan a cabo la unificación de los actuales delitos de agresiones y abusos sexuales en un solo delito que toma el nombre del primero de estos delitos, esto es, el de agresión sexual. Se trata además del aspecto más criticado por parte de la doctrina, lo que justifica que se lleve aquí un examen más detenido de la propuesta, comenzando por los modelos existentes en derecho comparado, con la finalidad de poder cerrar este apartado restándole gravedad a las críticas recibidas, y contextualizándolas en el mapa de la Unión Europea²⁶.

5.3.1.1 Modelos de referencia en derecho comparado

La regulación de los delitos sexuales -especialmente del delito de violación- en los países de nuestro entorno cultural es variada²⁷, y se pueden encontrar diferencias considerables entre regulaciones más clásicas²⁸ (como la de Italia o Reino Unido) y otras más modernas²⁹ (como la belga o la sueca), entre las que destacan un grueso número de Códigos penales que han sido reformados recientemente con la finalidad de hacer pivotar el castigo de los delitos sexuales en torno al consentimiento, sobre el que se establece que debe prestarse “voluntariamente”, como manifestación del “libre arbitrio de la persona considerado en el contexto de las condiciones circundantes”, tal como establece el Convenio de Estambul.

Con todos esos códigos penales podemos hacer dos grupos: por un lado, los que enfatizan el medio comisivo, y, por el otro, los que ponen el acento en la falta de consentimiento de la víctima, sobre el que en algunos casos se ofrecen pautas vehiculares muy precisas. Todo esto al margen en este momento de los actos de contenido sexual practicados³⁰.

Dentro del primer grupo, el más restrictivo de todos los códigos penales es el español, en la medida en que no solo es que ponga el acento en los medios comisivos, sino que además los restringe a la “violencia” o la “intimidación”, dejando en el ámbito de los abusos sexuales el resto de supuestos en los que, no existiendo tales medios instrumentales, conste la falta de consentimiento. Como se observa, en ambos casos se trata de supuestos de falta de consentimiento y la pena depende de los medios accidentales que utilice el autor. Todo ello determina

²⁶ Otra vía para normalizar la propuesta de regulación, restándole la gravedad que de la misma predica la doctrina es hacer un estudio sobre la evolución histórica de la regulación de los delitos sexuales en nuestros Códigos penales, de donde se desprende que probablemente ha llegado el momento de que nuestro ordenamiento jurídico mire hacia el futuro, sin romper en ningún caso con la regulación de uno de los delitos más relevantes del Código penal. *Vid.* por todos ACALE SÁNCHEZ, María, 2019. *Violencia sexual de género contra las mujeres adultas. Especial referencia a los delitos de agresión y abusos sexuales*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 123 y ss.

²⁷ De los que llama la atención por su amplitud el art. 609 bis del Código penal italiano que castiga el obligar a una persona a llevar a cabo o a sufrir “actos sexuales”, dejando en manos de la jurisprudencia su concreción a los efectos de la determinación de la pena.

Vid. GULPILHARES, Fábio, 2016. “Crimes sexuais: uma nova *concepção* político-criminal?”. *Revista Portuguesa de Ciência criminal*. N° 1 a 4; HAMULIKA BUMBA, Yves, 2016. “Le droit international et l’évaluation judiciaire du préjudice individuel subi par les enfants et les femmes victimes de violences sexuelles”. *Revue Pénitentiaire et de Droit Pénal*, N° 14; HÖRNLE, Tatjana, 2017. “The new german law on sexual assault and sexual harassment”, *German Law Journal*, Vol. 18, N° 6; JABLONKA, Ivan, 2017. *Laëtitia o el fin de los hombres*, ed. Anagrama, Barcelona; THOMAS, Terry, 2016. *Sex Crime. Sex offending and society*, ed. Routledge, Londres; VIRGILIO, María, 1997. *Violenza sessuale e norma. Legislazione penali a confronto*. Ancona: Quaderni di Critica del Diritto.

²⁸ Como el Código penal italiano, o la *Sexual offences Act* de Reino Unido de 2003.

²⁹ Como la alemana o la francesa.

³⁰ En estos momentos la doctrina italiana discute una propuesta de reforma de su Código penal. Puede verse: BALBI, Giuliano, 2020. “I reati contro la libertà e l’autodeterminazione sessuale in una prospettiva di riforma”. *Sistema penale*, <https://www.sistemapenale.it/it/documenti/balbi-2020-reati-contro-liberta-sessuale-riforma>. También puede verse: ACALE SÁNCHEZ, María, 2020. “La riforma dei reati sessuali in Italia vista da occhi stranieri”. *Rivista Sistema penale, Osservatorio sulla violenza contro le donne*, N°. 1.

³⁰ Después de la *Funfzigstes Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches verbesserung des Schutzes der Sexuellen Selbstbestimmung* 10 novembre 2016.

que los delitos de agresión sexual sean delitos que se llevan a cabo no ya sin consentimiento sino “contra el consentimiento” de la víctima, que debe probarse a partir de la necesidad de que el autor lleve a cabo actos de violencia o intimidación para vencerlo: con todo lo que arrastra esta concepción tras de sí³¹. En este grupo también se encuentra el -vetusto- Código penal italiano, que en su art. 609 bis castiga a quien con “violencia o amenaza o con abuso de autoridad” lleve a cabo actos sexuales típicos indefinidos. Mientras, el art. 164 del Código penal portugués equipara la “violencia, amenaza grave, o después de, para ese fin, haber puesto a la víctima en situación de inconsciencia o en una situación de la imposibilidad de resistir”; y la actual regulación de la violación en el Código penal francés tras la reforma operada por la Ley n° 2018-703 du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes, que lo define en el art. 222.22 como todo acto sexual cometido “con violencia, coerción, amenaza o sorpresa”.

El segundo grupo, formado por los Códigos que enfatizan la falta de consentimiento, está formado por el Código alemán, que tras la reforma que del mismo operó la *Funfzigstes Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches verbesserung des Schutzes der Sexuellen Selbstbestimmung* castiga en su art. 177 la violación en estos términos: “1. Quien sin el consentimiento de otra persona realice actos sexuales con esta persona, o la obligue a realizar actos sexuales sobre un tercero, será castigada con una pena de prisión de 6 meses a 5 años”. Junto a esta conducta, en el número 2 se establece que “también será castigado, quien realice un acto sexual sobre otra persona o le obligue a mantener relaciones sexuales con un tercero cuando: 1°. El autor abuse del hecho de que la persona no está en condiciones de formar o expresar una voluntad contraria; 2°. El autor abuse del hecho de que la persona está limitada en la formación o expresión de la voluntad, por su condición física o psicológica, a menos que se haya asegurado el consentimiento de esa persona; 3°. El autor abusa de un momento de sorpresa; 4°. El autor abusa de una situación en la que la víctima es amenazada con un mal grave en caso de resistencia, o 5°. El autor ha forzado a la persona a llevar a cabo o ha tolerado el acto sexual amenazando con un mal grave”³².

También Reino Unido pone el centro de gravedad de la regulación del delito de violación en la falta de consentimiento, al definirlo en su *Sexual offences Act* de 2003 en los siguientes términos: “una persona (A) comete un delito si penetra intencionalmente la vagina, el ano o la boca de otra persona; b) penetra a otra persona sin su consentimiento, y c) no cree razonablemente que B consienta”, añadiendo que “se determinará si una creencia es razonable teniendo en cuenta todas las circunstancias, incluidas las medidas que A haya adoptado para determinar si B da su consentimiento”³³.

Dentro de este grupo se encuentran también algunos Códigos que además de hacer pivotar la regulación en el consentimiento, dan pautas para su prueba a los jueces normativamente, limitando, por tanto, su discrecionalidad. Así, el Código penal de Suecia, tras la reforma de 2018, además de revitalizar el papel del consentimiento, señala que “quien mantenga un acto de penetración sexual u otro acto sexual a la vista de la entidad de la violación del bien jurídico sea comparable a la penetración, con una persona que no ha participado voluntariamente es culpable de violación y castigado con la pena de prisión no inferior de 2 ni mayor de 6 años. Al evaluar si la participación es voluntaria o no, se presta especial atención a si la voluntariedad se expresó de palabra o de hecho o de alguna otra manera. No puede considerarse nunca que una persona participa voluntariamente si: 1. su participación sea el resultado de una agresión, otro tipo de violencia o la amenaza de un acto delictivo, la amenaza de iniciar un proceso o denunciar a otra persona por un delito, o la amenaza de dar información perjudicial sobre otra persona. 2. el autor explota indebidamente el hecho de que la persona se encuentra en una situación particularmente vulnerable debido a la inconsciencia, el sueño, el temor grave, la influencia del alcohol o las drogas, la enfermedad, las lesiones corporales, los trastornos mentales o de otro tipo, dadas las circunstancias; 3. el autor induce a la persona a participar abusando gravemente de su posición de dependencia del autor”. Y en Bélgica también se establece una equiparación legal en el art. 375 de su Código penal a partir de

³¹ Vid. ampliamente ACALE SÁNCHEZ, María, 2019. *Violencia sexual de género contra las mujeres adultas. Especial referencia a los delitos de agresión y abusos sexuales*, cit., pp. 167 y ss.

³² HÖRNLE, Tatjana, 2019. “The new german law on sexual assault and sexual harassment”. *German Law Journal*, Vol. 18, N° 6, p. 1311; VALLEJO TORRES, Carla. 2018. “Delitos contra la libertad sexual y perspectiva de género: una mirada hacia fuera para reflexionar desde dentro”. *Diario La Ley*, N° 9263, p. 6; AMNISTÍA INTERNACIONAL, (2018). *Right to be free from rape. Overview of legislation and state of play in europe and international human rights standards*, 24 de noviembre, p. 9; WOLTER, Jürgen, 2017. “Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung”, en el mismo, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, ed. Heymanns, Carl, pp. 1 y ss.

³³ THOMAS, Terry, 2016. *Sex Crime. Sex offending and society*. Londres: Routledge, pp. 5 y ss.

la reforma operada en febrero de 2016, en virtud de la cual es violación “todo acto de penetración sexual, de cualquier naturaleza y por cualquier medio, cometido contra una persona que no consiente en ello”, a lo que añade: “No existe consentimiento, en particular, cuando el acto ha sido impuesto mediante violencia, coacción, amenaza, sorpresa o engaño, o ha sido hecho posible debido a una discapacidad o a una deficiencia física o mental de la víctima”.

Como puede observarse, todos estos Códigos penales tienen en común que parten de la libre disposición del bien jurídico libertad sexual³⁴, pasando *a posteriori* unos de ellos a definir normativamente qué se entiende por falta de consentimiento mientras que otro -el de Suecia- da pautas al juez a los efectos de concretarlo en el caso particular de que se trata. No son modelos de intervención distintos: es uno mismo en evolución.

5.3.1.2 La propuesta de unificación de las agresiones y abusos sexuales en un solo delito de agresión sexual en el Proyecto de 26 de julio de 2021

Como se decía, la regulación presentada en el Proyecto del delito de agresión sexual es el cambio más relevante que se introduce en el interior del Título VIII del Código penal y consiste en la eliminación de la frontera entre los actuales delitos de agresión y abuso sexuales. Dos son los elementos esenciales de los que depende la propuesta: las referencias expresas al consentimiento -normativizadamente- y el desplazamiento a un segundo lugar de los medios comisivos que hoy caracterizan -y definen- a los delitos de agresión y abusos sexuales. ambas cuestiones están íntimamente relacionadas con las previsiones del Convenio de Estambul; por su parte, los aspectos relativos a los actos sexuales constitutivos de violación en el Código penal coinciden hoy completamente con las previsiones europeas, por lo que no son objeto de reforma alguna³⁵.

El cambio fundamental que se propone se refiere al protagonismo que cobra el consentimiento en la nueva regulación, pues desplaza a un segundo plano a los elementos accidentales del delito. Esto con independencia de que al ser la libertad sexual un bien jurídico de carácter disponible, el consentimiento sea y siga siendo una causa de atipicidad³⁶: en este punto no se produce modificación alguna.

Con carácter general, puede coincidirse en el hecho de que el consentimiento es un elemento esencial en relación con los bienes jurídicos de carácter disponible, hasta el punto de que debería existir una cláusula general reguladora del mismo dentro del Libro I del Código, de manera que fueran innecesarias las previsiones que al respecto hoy establecen los arts. 143.4 (delito de eutanasia, tras la reforma sufrida por la LO 3/2021, de 24 de marzo) y 156 (en el ámbito de las esterilizaciones y cirugía transexual): de hacerse así, también sería del todo innecesaria la cláusula incorporada al art. 178 en el Proyecto, en el que se señalan las características que debe revestir el consentimiento en el ámbito de las agresiones sexuales.

En este sentido, el Anteproyecto de 3 de marzo 2020 establecía que “se entenderá que no existe consentimiento cuando la víctima no haya manifestado libremente por actos exteriores, concluyentes e inequívocos conforme a las circunstancias concurrentes, su voluntad expresa de participar en el acto”. La redacción era muy compleja al estar formulada en términos negativos. Con la finalidad de corregir estas dificultades, el Proyecto de 2021 presenta una construcción en positivo de cuándo se entiende que sí existe consentimiento: así, el art. 178 señala

³⁴ No entramos aquí ahora en torno a la edad a partir de la cual una persona puede disponer de su libertad sexual, hoy en España establecida en los 16 años.

³⁵ La discusión que esta propuesta ha suscitado en el ámbito doctrinal ha sido amplia. Al sector doctrinal que se ha manifestado en contra y al que se hacía referencia en la nota al pie 9, a favor de la equiparación ASÚA BATARRITA, Adela. “El significado de la violencia sexual contra las mujeres y la reformulación de la tutela penal en este ámbito. Inercias jurisprudenciales”. En Lorenzo, Patricia, Maqueda, María Luisa y Rubio, Ana, *Género, violencia y derecho*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, p. 154; RAMÓN RIBAS, Eduardo. “La intimidación en los delitos sexuales: entre las agresiones y abusos sexuales”. En Faraldo Cabana, Patricia, Acale Sánchez, María, *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2018, p. 147; FARALDO CABANA, Patricia y RAMÓN RIBAS, Eduardo, “La sentencia de la Manada y la reforma de los delitos de agresiones y abusos sexuales en España”. En Faraldo Cabana, Patricia, Acale Sánchez, María, *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales*, cit., 288; ACALE SÁNCHEZ, María, “Tratamiento penal de la violencia sexual, la forma más primaria de violencia de género”, en Faraldo Cabana, Patricia, Acale Sánchez, María, *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales*, cit., pp. 90 y ss.; DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, “El delito de violación: problemas que plantea su vigente redacción”, en Faraldo Cabana, Patricia, Acale Sánchez, María, *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales*, cit. p.182.

³⁶ Siempre que se trata de un sujeto mayor de 16 años “cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez”, según señala el art. 183 *quater*.

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”.

La comparación entre ambas propuestas de redacción del precepto viene a poner de relieve que además del giro dado a la definición, se ha eliminado la referencia que en el antecedente legislativo se hacía a que ese consentimiento lo fuera por “actos exteriores, concluyentes e inequívocos”³⁷. Ahora basta con que la víctima exprese de manera clara su voluntad libremente “en atención a las circunstancias del caso”, entendiéndose que no existe libertad y por tanto no hay consentimiento -en ningún caso- cuando se emplee violencia, intimidación o abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima, así como cuando la persona se halle privada de sentido o de cuya situación mental se abusare y los que se realicen cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad³⁸. Por tanto, fuera de estas circunstancias, si pudiendo hacerlo, no se emite el consentimiento, se entiende que sí consiente. Esto determina un cambio de planteamientos en la vulgarmente conocida como *ley del “solo sí es sí”*, pues no es necesario que la víctima consienta de palabra, de forma concluyente e inequívoca, sino que basta con que lo haga con la normal espontaneidad del sexo consentido. No obstante, los riesgos de que los debates que están por venir se limiten a hacer el juego de etiquetas típico de la política criminal de salón, poco efectiva para contrarrestar los atentados contra la libertad sexual, están ahí: en manos de la clase política, de los medios de comunicación, de la doctrina y de la jurisprudencia está evitar jugar y entrar a valorar jurídico penalmente la seriedad de la propuesta. En todo caso, el consentimiento de la víctima debe interpretarse a través de su comportamiento y de las circunstancias concurrentes. De manera que, si la víctima llora o grita de dolor, o de miedo, aunque guarde silencio, no está prestando su consentimiento.

Con todo, la redacción propuesta en el Proyecto de 2021 no plantea ningún cambio trascendental respecto a la interpretación que están haciendo nuestros tribunales: son las circunstancias del caso las que determinan la interpretación que se merezca el comportamiento de la víctima. Puede verse en este sentido la STS 344/2019, de 5 de julio, en la que se afirmó que no se trata solo del hecho de que la víctima no haya dicho que no, sino del hecho de que el silencio es también una forma de comunicación en este contexto, con esta “sordidez” y “crueldad” el silencio “puede ser interpretado como un rechazo”. El hecho de que coincidan la línea de interpretación del Tribunal Supremo y la letra de la regulación propuesta debe venir a suavizar las críticas que en este punto suscitó el texto de 3 de marzo 2020. Ahora bien, la disposición directa por parte del Código va a limitar la discrecionalidad judicial y a evitar que víctimas como la del caso de la Manada de Pamplona, tengan que peregrinar durante tres años por el proceso penal, revictimizándola.

Lo que ninguna regulación puede impedir es que se presente una denuncia falsa³⁹: contra ella no hay remedio eficaz, más allá del delito de denuncia falsa cometido (art. 456). En cualquier caso, si se atiende a los datos que proporciona la Macroencuesta de victimización de 2019 de la Delegación del Gobierno contra la Violencia de género⁴⁰, el problema que se plantea en el ámbito de las agresiones sexuales no es precisamente el de las denuncias falsas, sino el hecho de que solo el 8% de los delitos sexuales cometidos sobre una persona desconocida se denuncian. Y la práctica procesal señala que existen muchas denuncias que después se archivan por falta de prueba. Por otra parte, no hay ningún dato que corrobore el riesgo de que en materia sexual el número de denuncias falsas sea extraordinario y presumir lo contrario sin aportar dato alguno es reproducir los patrones machistas de comportamiento que señalan a las mujeres como mentirosas compulsivas, celosas y seres por naturaleza desechados.

Como se señalaba anteriormente, las críticas que en este punto suscitó el Anteproyecto de 2020 se sostenían -además- en la incomprensible afirmación que se hacía en su Exposición de Motivos a que con la unificación del delito de agresión y abusos sexuales se pretendía “además reorientar el régimen de valoración de la prueba”⁴¹, desde donde se interpretó que se llevaba a cabo la inversión de la carga de la prueba. Pues bien: la

³⁷ Críticamente: LASCURAÍN, Juan Antonio, 2021, “Delitos sexuales: no todo vale”, cit., p. 94.

³⁸ Si la anulación de la voluntad de la víctima por la ingesta de esas sustancias es llevada a cabo por el autor, se agrava la pena (art. 180.7).

³⁹ Como tampoco puede impedir ninguna regulación que se alegue falsamente por parte de la defensa de los acusados que existió consentimiento por parte de la supuesta víctima.

⁴⁰ Disponible en <https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/macroencuesta2015/Macroencuesta2019/home.htm> (fecha de la última consulta: 23 de julio 2021).

⁴¹ “Como medida relevante, se elimina la distinción entre agresión y abuso sexual, considerándose agresiones sexuales todas aquellas conductas que atenten contra la libertad sexual sin el consentimiento de la otra persona, cumpliendo así

frase entrecomilla ha sido eliminada con muy buen criterio del párrafo en la Exposición de Motivos del Proyecto de 2021⁴², de modo que si a ello se le une la eliminación de la referencia en la definición del consentimiento a los “actos exteriores, concluyentes e inequívocos” que haya sido sustituida por la más plausible referencia a actos que “en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la víctima”, las críticas recibidas deben tender a disminuir sin que en puridad de principios haya habido ningún cambio de planteamiento. En cualquier caso, es preciso distinguir la “inversión de la carga de la prueba” con un proceso probatorio “ayuno de prueba alguna”: y en este sentido, como afirma la STS 565/2007, de 21 de junio “la acusación ha aportado una prueba de cargo que puede ser valorada razonablemente por el Tribunal alcanzando como conclusión la existencia del hecho y la participación del acusado. Para que quede desvirtuada la prueba de cargo o para demostrar la irracionalidad de la valoración del Tribunal sería precisa otra prueba de sentido diferente o algún elemento que debilite su poder demostrativo, pero esa aportación ya no corresponde a la acusación sino a quien alega la insuficiencia de la prueba aportada por aquella”.

En realidad, más allá de toda esta normalización, visto que las referencias que se hacen a cuando existe consentimiento se limita a trasponer a la letra de la ley la forma de actuación de los tribunales, puede concluirse que se trata de una disposición que solo aporta seguridad jurídica, algo que en el ámbito de los delitos contra la libertad sexual no debe ser despreciado.

En efecto, tanto el texto del Anteproyecto de 3 de marzo de 2020, como el Proyecto de 6 de julio de 2021, dinamitan la separación hoy existente entre los delitos de agresiones y abusos sexuales, que está basada en una criminógena, sutil y artificiosa diferenciación entre la intimidación y el prevalimiento, pasando a poner el acento en la falta de consentimiento para distinguir el ámbito de las conductas típicas de las atípicas⁴³. De esta forma, la regulación de las agresiones sexuales se pone en sintonía con el Convenio de Estambul y permite afirmar con PITCH que “la violencia empieza donde no hay consentimiento”, en tanto que no es ya que sea “la violencia la que revele la falta de consentimiento”, sino que es “la falta de consentimiento la que define una relación sexual como violenta”⁴⁴. Así, el art. 178.2 establece que “a los efectos del apartado anterior, se consideran en todo caso agresión sexual los actos de contenido sexual que se realicen empleando violencia, intimidación o abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima, así como los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuya situación mental se abusare y los que se realicen cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad”⁴⁵. Esta equiparación legal entre medios comisivos de distinta significación, como el ataque sorpresivo o la violencia, no conlleva automáticamente la equiparación de la pena en el caso concreto -vulnerando así el principio de proporcionalidad- si se tiene en consideración,

España con las obligaciones asumidas desde que ratificó en 2014 el Convenio de Estambul. Este cambio de perspectiva, además de reorientar el régimen de valoración de la prueba, contribuye a evitar los riesgos de revictimización o victimización secundaria. También se introduce expresamente como forma de comisión de la agresión sexual la denominada “sumisión química” o mediante el uso de sustancias y psicofármacos que anulan la voluntad de la víctima. Igualmente, y en línea con las previsiones del Convenio de Estambul, se introduce la circunstancia cualificatoria agravante específica de género en estos delitos”. Puede verse las afirmaciones que realiza OLIVAS DÍA, Amaya, 2021. “A., “Breves apuntes feministas sobre el malestar acerca del consentimiento en los delitos contra la libertad sexual”, cit., p. 16 sobre “no puede de ninguna manera excluir una audiencia imparcial para cualquier persona imputada”: sin justificar en forma alguna de dónde saca ese riesgo.

⁴² “La disposición final cuarta modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Como medida más relevante, elimina la distinción entre agresión y abuso sexual, considerándose agresiones sexuales todas aquellas conductas que atenten contra la libertad sexual sin el consentimiento de la otra persona, cumpliendo así España con las obligaciones asumidas desde que ratificó en 2014 el Convenio de Estambul. Este cambio de perspectiva contribuye a evitar los riesgos de revictimización o victimización secundaria. También se introduce expresamente como forma de comisión de la agresión sexual la denominada “sumisión química” o mediante el uso de sustancias y psicofármacos que anulan la voluntad de la víctima. Igualmente, y en línea con las previsiones del Convenio de Estambul se introduce la circunstancia cualificatoria agravante específica de género en estos delitos”.

⁴³ Crítico con el hecho de la equiparación de los distintos medios a los que se refiere el art. 178, LASCURAÍN, Juan Antonio, 2021. “Delitos sexuales: no todo vale”, cit., p. 92.

⁴⁴ PITCH, Tamar. “Violencia sexual”. En la misma, 2003. *Un derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*. Madrid: Trotta, p. 209.

⁴⁵ El engaño no es un elemento típico a estos efectos. Con la redacción vigente, si la víctima engañada que presta su consentimiento tiene entre 16 a 18 años, es de aplicación el abuso sexual del art. 182, que en el Proyecto se deroga. De esta forma, el engaño solo va a ser típico si se trata de un menor de 16 años en atención a lo dispuesto en el art. 181 en relación con el art. 183 bis.

por una parte, que el art. 178 se limita a proteger la libertad sexual y que el atentado a otros bienes jurídicos, como puede ser la integridad física, debe castigarse de manera separada a través de las reglas de los concursos de delito⁴⁶; todo ello es consecuencia de la decisión pre-legislativa de proteger dentro del título VIII la *nuda libertad sexual*, rompiendo por tanto la complejidad de los actuales delitos de agresión sexual, el título de imputación⁴⁷ y convirtiendo a la violencia, la intimidación, el prevalimiento, etc., en meros medios que muestran la violencia sexual sufrida por la víctima. Y esto es precisamente lo que viene a aclarar el art. 194 bis cuando establece que “las penas previstas en los delitos de este título se impondrán sin perjuicio de la que pudiera corresponder por los actos de violencia física o psíquica que se realicen”⁴⁸; más adelante se abordará esta cuestión.

Lo que no parece que puede ser negado es el hecho de que esta propuesta reduce los riesgos de que permeen pensamientos personales de quien juzga en la resolución, en la medida en que al equiparar el desvalor máximo inherente del prevalimiento y el mínimo de la intimidación, hace innecesarios razonamientos judiciales conocidos que tantos efectos negativos han tenido en la configuración de la libertad sexual, en el sentido, por ejemplo, de confundir las relaciones sexuales con relaciones delictivas.

Es cierto que, como recuerda MUÑOZ CONDE⁴⁹, en otras parcelas del Código, el atentado al bien jurídico se gradúa en atención al medio comisivo; y en esta línea recuerda que en los delitos contra el patrimonio, el hurto es un atentado sin violencia o intimidación en el acto de apoderamiento, en el robo lo característico es la fuerza en las cosas o la violencia en las personas, mientras que en la estafa, el engaño se convierte en el elemento individualizador del atentado contra el bien jurídico protegido⁵⁰. Sin embargo, debe resaltarse que incluso en estos delitos, la fuerza que caracteriza al robo con fuerza es un elemento normativo definido en el art. 238, en el que se incluyen modalidades de fuerza que no son tales, como el uso de llaves falsas, o la inutilización de los sistemas específicos de alarma o guarda, y que el hurto tras las sucesivas reformas hay que entender que se trata de un acto de apoderamiento sin violencia o intimidación ni fuerza en las cosas en el momento del apoderamiento, además de que el núm. 3 del art. 234 agrava la pena “cuando en la comisión del hecho se hubieran neutralizado, eliminado o inutilizado, por cualquier medio, los dispositivos de alarma o seguridad instalados en las cosas sustraídas”, acercando considerablemente la regulación del robo y del hurto. A esto debe añadirse que la jurisprudencia es mucho más “generosa” en su interpretación y en su calificación jurídica de los hechos, cuando viene a concluir que existe robo a pesar de que la violencia o intimidación empleada por el autor sea

⁴⁶ En cualquier caso, hoy no debe olvidarse que si la violencia, la intimidación, el prevalimiento, etc., son individualmente constitutivos de delito, debe abrirse la posibilidad de admitir el concurso medial de delitos: así lo hace el Tribunal Supremo en sus Sentencias 46/2012, de 1 de febrero, 1277/2011 de 22 de noviembre, 1078/2010 de 7 diciembre, 625/2010 de 6 de julio, 892/2008 de 11 de diciembre, 673/2007 de 19-7, 886/2005 de 5.7, 1259/2004 de 2.11, 1305/2003 de 6.11; 786/2017, de 30 de noviembre.

⁴⁷ Puede verse la STS 14-05-2020 (Caso «La manada de Valencia») en la que, si bien la Audiencia Provincial 18 de abril de 2019 castigó de forma separada las lesiones y la agresión sexual, el Supremo, siguiendo en este punto la interpretación llevada a cabo por el Tribunal Superior de Justicia (en su Sentencia de 31 de julio de 2019) entiende no existió tal delito autónomo de lesiones físicas leves).

⁴⁸ No cambia en este sentido el espíritu del Anteproyecto de 3 de marzo de 2020, pero sí su letra porque entonces se señalaba que “si en los delitos descritos en los artículos precedentes, además del atentado a la libertad sexual, se produjere lesión o daño a la vida, integridad física, salud, integridad moral o bienes de la víctima o de un tercero, se castigarán los hechos separadamente con la pena que les corresponda por los delitos cometidos, salvo que ya estuvieran castigados con una pena más grave en otro precepto de este Código”

⁴⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco, 2019. “La vinculación del juez a la ley y la reforma de los delitos contra la libertad sexual. Algunas reflexiones sobre el caso ‘La Manada’”, *Revista Penal*, N° 43, pp. 290-292. En los mismos términos LASCURAÍN, Juan Antonio, 2021. “Delitos sexuales: no todo vale”, cit., pp. 91, recurriendo al ejemplo de los delitos de homicidios y asesinatos. Así afirma que la equiparación de medios llevada a cabo en el art. 178 del Proyecto “es regresiva hacer tabula rasa de todo ello”. El autor no tiene en consideración al hacer esta afirmación que el Proyecto hace *tabula rasa* pero en un sentido distinto al que él interpreta: no se trata de que equipare a efectos de desvalor la violencia, la intimidación, el prevalimiento, el abuso de situación de superioridad, etc., sino de ignorar a los efectos de la pena a imponer por la agresión sexual a todos ellos por igual, por cuanto la clausula concursal del art. 194 bis está señalando ya que los actos de violencia o de intimidación, por ejemplo, que sean constitutivos de lesiones o de amenazas, serán castigados por separado.

⁵⁰ En la misma línea debe recordarse el debate surgido en sede jurisdiccional en torno a la interpretación del concepto de “violencia” a los efectos de los delitos de coacciones, en cuyo interior se admite tanto la violencia estrictamente hablando, como la intimidación cuando el mal con el que se amenaza se supone que se va a producir en el mismo momento o la fuerza en las cosas, con la rotura de la cerradura de una casa, por ejemplo, o el cambio de esa cerradura.

mínima, si la víctima al temer por su vida, decide no oponerse al atentado al que el autor la está sometiendo, entregando ella misma a su agresor los objetos materiales, interpretación que sin embargo no se sostiene tan cómodamente cuando se trata de analizar la presencia de esos mismos elementos en el ámbito de los delitos sexuales que además tienen la singularidad de que el agresor va a mantener siempre que la víctima consintió y, de apreciarse ese consentimiento, no hay delito, mientras que en el robo, la prueba de la violencia o intimidación no convierte en atípica la conducta, sino que la rebaja al ámbito del delito de hurto⁵¹.

En cualquier caso, el Proyecto tiene en cuenta la necesidad de llevar a cabo un reajuste penológico en atención a la gravedad del ataque que sufre el bien jurídico protegido, de ahí que la unificación de las agresiones y abusos sexuales en una sola modalidad delictiva se acompañe de un listado de circunstancias extraordinarias que ampliaban el injusto en la agresión sexual (art. 181), y de un tipo privilegiado que persiguiera precisamente poder ajustar la pena en casos en los que los hechos revistan una menor gravedad (art. 178.3).

La unificación en una sola figura delictiva de lo que hoy son dos distintas, castigándolas con una misma pena, es una tarea compleja, por cuanto de imponerse para todas ellas las penas hoy establecidas para las modalidades de agresión sexual, podría resultar excesivamente penados comportamientos que hoy solo son constitutivos de abusos, y viceversa, de imponerse a todas esas conductas las penas que hoy establece el Código para los abusos, las hoy constitutivas de agresión sexual podrían resultar desprotegidas.

Se trata de un problema de difícil solución al que, sin embargo, el Código ya se ha enfrentado al mismo en los artículos 153.2, 171.6, 172.2 último párrafo; 242.4, 270.4 párrafo 2º, 274.3, 286 bis.3, 307 ter, 318 bis 6; 368 párrafo 2º, así como en el art. 579 bis.4. En todos ellos se incluye una cláusula en la que se establece -tomando como ejemplo el art. 153.4- que “no obstante lo previsto en los apartados anteriores, el juez o tribunal, razonándolo en la sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado”. Se trata de una cláusula que al tiempo que reconoce la importancia de los bienes jurídicos en juego y la gravedad de las conductas típicas, permite que en el caso concreto, a la hora de la determinación judicial de la pena, el juez haga uso de su discrecionalidad. El Tribunal Constitucional ya ha tenido ocasión de manifestarse sobre este tipo de cláusulas en relación a las cuestiones de inconstitucionalidad presentadas por la reforma operada por la *Ley Orgánica 1/2004, de protección integral frente a la violencia de género* y en ella pone todas sus esperanzas de alcanzar la proporcionalidad en el caso concreto (Sentencia 59/2008, de 14 de mayo de 2008, 76/2008, de 3 de julio; 81, 82 y 83/2008, de 17 de julio; -95, 96, 97, 98, 99 y 100/2008, de 24 de julio, 45/2009, de 19 de febrero, 213/2009, de 26 de noviembre, 127/2009, de 26 de mayo).

En esta línea, sobre esta base, el art. 178.3 permite al *órgano sentenciador*⁵², razonándolo en la sentencia, y “siempre que no concurran las circunstancias del art. 180” 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”. Si se interpreta esta cláusula en los mismos términos que lo ha hecho el Tribunal Constitucional en las sentencias acabadas de señalar, puede sacarse como conclusión que la cláusula concursal incorporada al art. 194 bis constituye un refuerzo de la garantía del principio de legalidad y a su vez de la interpretación judicial de un derecho que no puede venir petrificado por la ley, sin posibilitar a su intérprete dotarla de la vitalidad del caso concreto.

Con todo, lo anterior es independiente de la decisión que finalmente ha tomado el Proyecto de 2021 al elevar los límites máximos de las penas previstas en los delitos más graves, que son los castigados en los arts. 179, 180 y 181.3. De esta forma, se pone de manifiesto que aquellas críticas que calificaban como punitivista a la reforma en relación con el texto de marzo 2020, carecían de fundamentación⁵³ porque en el fondo, lo que se ha detectado es que en algunas figuras bajaban las penas. La elevación del límite máximo de estas penas se traduce -ahora sí- en un endurecimiento de la respuesta penal frente a delitos ya de por sí gravemente penados. El hecho no obstante de que se trate de una elevación de los límites máximos y no de los mínimos reduce la aplicación de estas graves penas a los supuestos también más graves.

⁵¹ ACALE SÁNCHEZ, María. “El consentimiento de la víctima: piedra angular en los delitos sexuales”. En González Cussac, José Luis (dir.), León Alapont, José (coord.). *Estudios jurídicos en Memoria de la Profesora Doctora Elena Górriz Royo*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2020, pp. 35 y ss.

⁵² En el Anteproyecto de 3 de marzo 2020 se hacía referencia al “juez o tribunal”: su sustitución en el Proyecto por “el órgano sancionador” ha de ser bien recibida, porque incide en la utilización no sexista de los términos jurídicos. Se espera una revisión del conjunto del Código que elimine en la medida que es posible el lenguaje sexista.

⁵³ LLORIA GARCÍA, Paz, 2019. “La violencia sobre la mujer en el siglo XXI: sistemas de protección e influencia de las tecnologías de la información y la comunicación en su diseño”. *La Ley Penal*, 138, mayo-junio 2019, p. 13.

5.3.1.3 Los cambios incorporados en los delitos relativos a la prostitución

Aprobado el Anteproyecto de reforma del Código de 3 de marzo de 2020, unos pocos meses más tarde, y sin que se diera mucha publicidad, el texto original sufrió una reforma de enorme calado y que afectó a los delitos relacionados con el ejercicio de la prostitución: en primer lugar, se modificaba el art. 187 en el que se castiga el sometimiento a condiciones de prostitución de personas mayor de edad, y se reincorpora en un nuevo art. 187 bis la tercería locativa: ambos cambios se consolidan en la versión del Proyecto de 2021. Siendo distintos, sin embargo, se trata de dos modificaciones que se refieren a una misma cuestión: el ejercicio de la prostitución. Sin embargo, se intenta que pase desapercibido un dato esencial y es que en el art. 187 se castiga el sometimiento de una persona mayor de edad con violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima a ejercer o a mantenerse en el ejercicio de la prostitución, esto es, la prostitución coercitiva, mientras que en el art. 187 bis se castiga al sujeto que con ánimo de lucro y de forma habitual “destina un inmueble, local o establecimiento, o cualquier otro espacio, abierto o no al público, a favorecer el ejercicio de la prostitución de otra persona, aún con su consentimiento”, es decir, es un dato intrascendente que se dedique ese espacio a favorecer el ejercicio de la prostitución forzada o voluntaria, lo que en todo caso no deja de sorprender porque ignora la desprotección en la que se encuentran las personas forzadas a ejercer la prostitución. De esta forma, por mucho esfuerzo que haya hecho el Proyecto para presentar de forma naturalizada la regulación de las conductas castigadas en los arts. 187 y 187 bis, se trata de realidades completamente opuestas: la prostitución coercitiva y la prostitución voluntaria o trabajo sexual⁵⁴.

En este sentido, las reformas que se incorporan en el art. 187 del Código, aún siendo puntuales, tienen una enorme significación⁵⁵. La más relevante se refiere a la conducta castigada en el art. 187.2 que, como es sabido, castiga el enriquecimiento con el ejercicio de la prostitución ajena “aun con el consentimiento” de la persona que ejerce la prostitución. En el Código vigente, tras la reforma operada por la LO 1/2015 se incluyó una disposición que pretendía reducir el ámbito de aplicación del precepto, incorporando una definición de “explotación” a los casos en los que a) “que la víctima se encuentre en una situación de vulnerabilidad personal o económica” y b) “que se le impongan para su ejercicio condiciones gravosas, desproporcionadas o abusivas”. El texto del Proyecto elimina esta definición normativa de lo que se entiende por explotación y se limita a decir que “en todo caso, se entenderá que hay explotación cuando exista aprovechamiento de una relación de dependencia o subordinación”.

La eliminación de las letras a) y b) del actual art. 187.1 párrafo 2º parece que viene a diluir la importancia que tuvo en su momento la incidencia en la conducta de la definición normativa de lo que se entiende por “explotación” a los efectos de reducir la aplicación automática del precepto a algunos casos en los que, en puridad de principios, no puede hablarse de explotación, como ocurre en los casos de enriquecimiento con el ejercicio consentido de la prostitución ajena. Reducir el concepto de explotación a los supuestos de dependencia o subordinación es dejar abierta la puerta a la aplicación del precepto de forma automática.

Pero la novedad más importante que en este punto se introdujo en octubre 2020 y que se mantiene en el texto publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 26 de julio es la reintroducción del delito de tercería locativa, una conducta que estaba castigada en el Código penal franquista y que el Código de 1995 dejó fuera⁵⁶.

La inclusión de esta *nueva* figura delictiva en el seno de una ley que persigue la garantía de la libertad sexual no tiene fundamentación común político criminal alguna, porque no persigue garantizar la libertad sexual, sino proteger un ideario de mujer. No ha tenido en cuenta el pre-legislador español que la Unión Europea le ha exigido a través de la Resolución del Parlamento Europeo, de 21 de enero de 2021, sobre la estrategia de la Unión para la igualdad de género (2019/2169(INI)) en su punto 117 “Insta a la Comisión a que establezca un marco

⁵⁴ *Vid.* al respecto MAQUEDA ABREU, María Luisa, 2020. “Cómo construir «víctimas ficticias» en nombre de las libertades sexuales de las mujeres”, cit., p. 2.

⁵⁵ Se agrava la pena en el art. 187, se incluye una previsión específica para los jefes, administradores o encargados de las organizaciones criminales en la letra b del art. 187.3. Novedosas son, por otra parte, las referencias a la salud sexual o reproductiva en la nueva letra c) del art. 187.3 así como la letra d): “cuando la víctima se encontrara en estado de gestación”.

⁵⁶ Críticamente CLEMENTE, Carolina, 2021. “Ley de libertad sexual, la paradoja de castigarnos por víctimas”. *El Salto*, 21 de julio. La autora, trabajadora sexual e integrante de *Putxs* en Lucha afirma que resalta que la penalización de la tercería locativa traerá consigo “la imposibilidad de que las trabajadoras sexuales denunciemos robos, violaciones o agresiones, por miedo a perder nuestro hogar o ser expulsadas del país”, afirmando que el fundamento de la vuelta al ordenamiento jurídico español de la tercería locativa a través de una ley de libertad sexual es tanto como castigar “a toda mujer a la que considere un mal ejemplo para el resto”.

concreto para los derechos y la protección de las trabajadoras del sexo durante y después de una crisis; insiste, además, en la importancia de incluir medidas y estrategias que combatan la discriminación a la que se enfrentan las trabajadoras del sexo en el acceso a la financiación, la vivienda, la asistencia sanitaria, la educación y otros servicios”.

La trascendencia que tiene la reforma de estas conductas relacionadas con el ejercicio de la prostitución en el interior de una ley que pretende garantizar el ejercicio de la libertad sexual no va a pasar desapercibida durante la tramitación parlamentaria que ahora se inicia. Se espera que el debate sobre las mismas sea muy difícil de concluir en ningún acuerdo y es posible que ralentice y que incluso paralice la aprobación del texto. En este sentido, si se quiere salvar el resto del texto del Proyecto, la vía más operativa es la de sacar estas dos propuestas de reforma del interior del texto. De lo contrario, como afirma Maqueda Abreu “al cuestionar la aptitud del bien jurídico para marcar los límites de la prohibición penal, la reforma en curso lo desnaturaliza, incurriendo en un verdadero disparate jurídico”⁵⁷.

5.3.1.4 La reforma del delito de acoso sexual

Y finalmente, del conjunto de conductas sexuales que son objeto de reforma, merece la pena prestar atención a los cambios que se introducen en el delito de acoso sexual porque también afectan a elementos de una gran relevancia. En efecto, se trata de una reforma que tiende a ampliar el ámbito de la tipicidad del delito de acoso. Dicha ampliación va en la línea de las críticas realizadas por el GREVIO a la regulación española del delito de acoso sexual⁵⁸, en las que viene a decir que es necesario eliminar los contextos relacionales señalados en el art. 184. Sin embargo, debe advertirse que esta crítica no tiene en consideración la existencia en el Código penal español de otros preceptos, como fundamentalmente el art. 172 ter en el que tienen cabida muchas de las conductas en las que se está pensando. En cualquier caso, la aplicación de los ámbitos típicos en el delito de acoso sexual traerá aparejado una ampliación de los problemas concursales que de seguir adelante la reforma propuesta, tendrán que ser analizados caso por caso por la jurisprudencia.

Así, por lo que se refiere a la conducta típica en el tipo básico, además de una elevación de las penas alternativas de prisión y de multa⁵⁹, se amplía el ámbito de relaciones en el que puede aplicarse a otros *análogos* a los que generan la relación laboral, docente y de prestación de servicio a los que hoy se refiere el art. 184 del Código penal vigente. Por su parte, el número 2º también amplía las situaciones de prevalimiento que pasan a abarcar junto a “una situación de superioridad laboral, docente o jerárquica” a las que se producen “sobre persona sujeta a su guarda o custodia”⁶⁰. Todo apunta a que el *ámbito análogo* del tipo básico guarda relación con las situaciones de “*guarda o custodia*” a las que se refiere el tipo agravado, aunque tampoco queda delimitado y cerrado en este punto la coordinación entre uno y otro párrafo: hasta el punto de llegar a alcanzar, por ejemplo, el supuesto en el que un sujeto solicita sexualmente a otro con quien se encuentra compartiendo un campamento de verano.

En cualquier caso, abunda en la interpretación restrictiva propuesta que se ceñiría a los supuestos de personas sujetas a guarda o custodia el hecho de que se introduzca también un nuevo número 3 en el art. 184⁶¹ en el que se impone la pena de prisión de uno a dos años e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o actividad de 18 a 24 meses “sin perjuicio de lo establecido en el art. 443.2” en el caso de que “el culpable de acoso sexual lo hubiera cometido en centros de protección o reforma de menores, centro de internamiento de personas extranjeras, o cualquiera otro centro de detención, custodia o acogida, incluso de estancia temporal”. Como es sabido, el art. 443.2 castiga un delito de acoso sexual en el ámbito de la Administración pública y también el Proyecto se plantea su reforma en dos dimensiones distintas.

⁵⁷ MAQUEDA ABREU, María Luisa, 2020. “Cómo construir «víctimas ficticias» en nombre de las libertades sexuales de las mujeres ”, cit., p. 2.

⁵⁸ GREVIO, 2021. “Baseline Evaluation Report Spain”, cit., pp. 61 y ss.

⁵⁹ Así como de la imposición de la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o actividad de doce a quince meses como pena principal que hasta este momento no podía imponerse ni si quiera como accesoria de la prisión de tres a cinco meses. La duración autónoma de una de la otra, así como el hecho de que ambas sean principales, las dota de autonomía, lo que debe ser subrayado en un contexto en el que es de muy probable la suspensión de la ejecución de la pena de prisión.

⁶⁰ También en el número 2º se eleva la duración de la pena de prisión a prisión de uno a dos años y se le añade con carácter de pena principal la inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio o actividad de 18 a 24 meses.

⁶¹ Que no estaba en el Anteproyecto 2020.

Por una parte, la reforma tiene la finalidad de hacer coincidir los ámbitos de aplicación de uno y otro, de manera que en el Proyecto le da al art. 443.2 la siguiente redacción: “El funcionario de Instituciones penitenciarias, de centros de protección o reforma de menores, centro de internamiento de personas extranjeras, o cualquier otro centro de detención, o custodia, incluso de estancia temporal, que solicitara sexualmente a una persona sujeta a su guarda, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a doce años”.

Pero por la otra, el nuevo número 3 del art. 184 establece que la pena allí prevista se va a imponer “sin perjuicio de lo establecido en el art. 443.2”, cláusula que determina la aplicación de las reglas del concurso de delitos, no de normas entre ambos. Se trata de una previsión que en todo caso es redundante, pues ya el art. 194 bis - como se ha visto anteriormente- establece que “las penas previstas en los delitos de este título se impondrán sin perjuicio de la que pudiera corresponder por los actos de violencia física o psíquica que se realizasen”, teniendo en consideración que en el interior del Título VIII se procede a la protección de la *nuda libertad sexual*. En cualquier caso, la posibilidad de que se esté violando el principio *non bis in idem* es clara. Habrá que esperar a la tramitación parlamentaria y, de seguir adelante, a la aplicación jurisprudencial del precepto. Porque es posible defender el concurso de delitos en el caso de que se acose sexualmente a la persona que se tiene en custodia entre el delito contra la libertad sexual de los tipos generales de los números 1 y 2 del art. 184 y el delito contra la Administración pública del art. 443.2, pero no del nuevo tipo agravado del art. 184.3 y el 443.2 porque habría *bis in idem*.

Con todo, a la hora de proceder a la resolución de todos los concursos de delitos que puedan plantearse en el ámbito del delito de acoso sexual, la cláusula del art. 194 bis del Proyecto cobra una enorme relevancia, en la medida en que viene a romper con la línea de interpretación seguida por nuestro Tribunal Supremo desde su Sentencia 1460/2003, de 7 de noviembre, en el conocido como caso Nevenka, que adoptó el acuerdo no jurisdiccional de considerar abarcados los daños psíquicos frutos de los delitos contra la libertad sexual en el marco penológico del concreto delito sexual cometido⁶²: de seguir adelante la reforma proyectada, el castigo del acoso sexual con las lesiones psíquicas vendrá en todo caso dirimido por las reglas de los concursos de delitos.

Las relaciones entre las modalidades de acoso sexual del art. 184 y la del 443 no son pacíficas: a ellas se refiere STS en la que se analiza un caso de acoso en la Universidad es la Sentencia 354/2019, de 10 de julio, que trae causa en la SJP de Ponferrada de 21 de octubre de 2016 ARP/2016/1049. Los hechos que se declararon probados en instancia fueron los siguientes: un Profesor Titular de Escuela universitaria dirige a una estudiante en distintos momentos comentarios e insinuaciones, sugiriéndole que podría aprobar o subir de nota si accedía a mantener relaciones de naturaleza íntima o sexual con él. La víctima es alumna del condenado en distintas asignaturas en las que venía suspendiendo y mostrando dificultades para aprobar. Ha de destacarse en este supuesto que la denuncia no es interpuesta por la víctima, sino por el delegado de estudiantes al quien aquella le cuenta lo sucedido con ocasión de un viaje de estudios. A consecuencia de la intervención del delegado y ante el hecho de que otras estudiantes relataron haber pasado por iguales circunstancias, el Rector abrió un expediente informativo, concluyendo las actuaciones de la Universidad con el traslado al Ministerio fiscal que formalizó finalmente denuncia ante el Juzgado. De la Sentencia debe destacarse en todo caso la estrategia procesal emprendida. Así, el acusado afirma en sus recursos que la víctima miente y que los distintos episodios que relata no son más que fruto de “rabieta” de una “alumna despechada o resentida” por no ser capaz de aprobar los distintos exámenes que realizaba con él. Este tipo de “comentarios” vienen a corroborar en cierta medida los propios hechos delictivos imputados, en la medida en que apuntan a la línea de la flotación de la violencia de género y de los estereotipos patriarcales que llevan a un profesor a solicitar estos favores sexuales. Por lo demás, la víctima también sufrió daños psicológicos que son tenidos en cuenta en el ámbito del cálculo de la responsabilidad civil añadiendo entre otras reflexiones que “el acoso sexual además no sólo tiene consecuencias para la persona que lo sufre directamente sino para todas las personas que comparten el mismo ambiente hostil creado por este tipo de comportamientos”. Por lo que se refiere a la calificación jurídica, la Audiencia Provincial primero (en su Sentencia de 15 de febrero de 2018) y posteriormente el Tribunal Supremo en su Sentencia 354/2019, de 10 de julio, la rectificaron con buen criterio, en la medida en que el Juzgado condenó al acusado como responsable de un delito de acoso sexual del art. 184.2 y como autor de un delito continuado de abuso de la función pública del art. 443 por solicitar favores sexuales “a una persona que... tenga pretensiones pendiente de la resolución de aquél”, produciéndose una clara vulneración del principio *non bis in idem* en la medida en que el recurso al

⁶² Admite el concurso ideal entre el delito de acoso sexual y el de lesiones psíquicas la Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 721/2015 de 22 Oct. 2015, Rec. 888/2015 (además se condena por agresión sexual). *Vid.* ampliamente ACALE SÁNCHEZ, María, 2019. *Violencia sexual de género contra las mujeres adultas*, cit., pp. 296 y ss.

concurso debió ser, en todo caso, al concurso de normas, no al del delitos. En este sentido afirma el Tribunal Supremo el carácter de delito especial del art. 443 respecto del acoso del art. 184 “en el que el sujeto activo debe ser necesariamente un funcionario público y en el que precisamente el carácter de funcionario afecta a la propia esencial del injusto”⁶³.

Al margen ya de los cambios previstos en las conductas típicas, el Proyecto de reforma incorpora al art. 184 un nuevo número 5 en el que se procede al castigo de las personas jurídicas. Se trata de una previsión que ha de ser bien recibida si se tiene en consideración, por una parte, el hecho de que también se ha incluido esta clase de responsabilidad en el delito de *mobbing* del art. 173.1 párrafo 2º, en el que entran supuestos de acoso sexista en el trabajo⁶⁴, y, por otro lado, dada la interpretación amplia que ha hecho del “beneficio” que el delito cometido por la persona física debe generar en la persona jurídica, que como ha establecido la Fiscalía General del Estado en su Circular 1/2016, no tiene por qué ser económico en el sentido de “contante”, o en efectivo, sino que también cabe el ahorro de costes, y en general “todo tipo de beneficios estratégicos, intangibles o reputacionales”.

Por esta vía, tendrá mucha importancia la puesta en marcha de los programas de compliance en materia sexual por parte de las personas jurídicas en cuyo seno actúen los responsables de estas conductas. En su interior habrá que incorporar los Protocolos de actuación contra el acoso sexual y sexista previstos en la Ley Orgánica 3/2007, de Igualdad, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, de cuya eficacia preventiva no parece que pueda dudarse. Sin embargo, no pueden confundirse ambos instrumentos: según establece el art. 62 de la Ley Orgánica 3/2007, los protocolos de actuación deben dejar patente el compromiso en la prevención y no tolerancia del acoso sexual y del acoso sexista, el deber de respetar la dignidad de las personas, el derecho a la intimidad y la igualdad de trato entre hombres y mujeres, el tratamiento reservado de las denuncias—así como el procedimiento a seguir en el interior de la persona jurídica para proteger a las víctimas. Por su parte, el art. 31 bis 5 del Código señala como requisitos a cumplir por parte de los modelos de organización y gestión la identificación del mapa de riesgos, el establecimiento de los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas, la disposición de modelos de gestión de recursos financieros destinados a impedir la comisión de delitos, un sistema disciplinario así como la verificación periódica de su eficacia.

A la vista de lo anterior, todo apunta a que los *compliance* en materia de prevención del acoso deberán asumir como parte de su contenido los protocolos de actuación previstos en la Ley Orgánica de Igualdad, superando con creces los esfuerzos preventivos para eximir de responsabilidad criminal a las personas jurídicas⁶⁵.

6. VALORACIÓN DE LA REFORMA PROYECTADA

Como se ha visto, la propuesta de reforma del Código penal que encierra el Proyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad sexual que hoy sigue su tramitación parlamentaria es tan amplia que difícilmente se puede estar a favor o en contra de todas sus previsiones, a pesar de que se comparta el espíritu que lo inspira en su conjunto: la garantía de la libertad sexual.

Desde el título del Proyecto se muestra el papel que desempeña en su interior la libertad sexual, que no es solo el bien jurídico a proteger, sino también, a garantizar frente a un conjunto de conductas que se etiquetan como *violencias sexistas*. Y en esa superposición de planos entre libertad sexual y violencia sexista se encuentra la esencia del texto de manera que todo lo que no tenga que ver con el ejercicio de la libertad sexual ni simultáneamente con las violencias machistas, debe quedar fuera. De ahí que carezca completamente de justificación la inclusión de la tercería locativa, ni la reforma de los delitos relativos a la prostitución consentida, porque no solo va en contra de la libertad sexual de quienes quieren ejercer la prostitución, sino que además puede estar creando el efecto criminógeno de abocar a estas personas al ejercicio más inseguro todavía de su profesión: marginándolas aún más. Las discusiones existentes dentro del movimiento feminista en cuanto a esta disposición ponen de manifiesto que el Proyecto, en su conjunto no es nada populista: al contrario, ha causado un enfren-

⁶³ Vid. ACALE SÁNCHEZ, María. “La protección frente al acoso en la Universidad: la lucha contra la brecha de oportunidades”. En ACALE SÁNCHEZ, María, SÁNCHEZ BENÍTEZ, Cristian, 2020. *Brecha de género u universidad: dos realidades que se retroalimentan*. Albacete: Bomarzo, pp. 141 y ss.

⁶⁴ ACALE SÁNCHEZ, María. “La protección frente al acoso en la Universidad: la lucha contra la brecha de oportunidades”, cit., pp. 164 y ss.

⁶⁵ Vid. GUTIÉRREZ ARRANZ, Roberto, 2018. *El acoso sexual: Prevención. Compliance y Marco Legal*. Pamplona: Aranzadi, pp. 49 y ss.

tamiento tan profundo entre sectores del feminismo que tendrán que hacer un gran esfuerzo para volver a encontrarse en las coordenadas de espacio y tiempo. Refleja, en todo caso, una orientación político criminal muy costosa en términos populares: no sirve para ganar votos, sino para perderlos. Lamentablemente, la inclusión de esta discutida disposición en el Proyecto en un momento extemporáneo ha eclipsado otras cuestiones que, sin duda, desde un punto de vista feminista, tienen mucha significación.

La crítica acabada de realizar es de tal envergadura que empaña cualquier otro tipo de razonamiento a favor de su contenido. Sin embargo debe hacerse el esfuerzo de acercarse a su contenido de forma parcelada, de manera que se puedan valorar positivamente algunos de los cambios que incorpora porque, en efecto, están orientados a garantizar la libertad sexual, al tiempo que se disminuye la revictimización.

En particular, la unificación de las agresiones y abusos sexuales en una sola figura delictiva tiende a evitar la revictimización que sufren muchas víctimas que interponen la denuncia y que comprueban cómo durante los distintos interrogatorios, se invade su privacidad hasta el punto de poder distinguir hasta el más mínimo detalle del acto sexual impuesto, el comportamiento del autor y su propio comportamiento; asimismo tiende a garantizar la discrecionalidad judicial que en el marco de las garantías inherentes al principio de legalidad, recubre de dinamicidad a la tarea más allá de aplicar la ley, de hacer *Justicia*. En atención a estos límites mínimos, puede decirse que la reforma proyectada desde 2020 del delito de agresión sexual no es una reforma punitivista, que persiga imponer más castigo. Sin embargo, la elevación de las penas que ha sufrido el Proyecto en su versión de 2021 en sus límites máximos en los arts. 179 180 y 181 no deja de ser un incremento penológico que no ha quedado debidamente justificado por una mayor afección al bien jurídico libertad sexual.

Por otra parte, las reformas previstas del delito de acoso sexual deben afinar las relaciones concursales en el sentido de que si bien el art. 194 bis deja bien claro que en el Título VIII se procede a proteger en exclusiva a la libertad sexual, la incorporación de un tipo agravado en el art. 184.3 que tiene en consideración la situación de dependencia que se produce en los centros de internamiento de la persona sometida a custodia de quien la lleva a cabo que a su vez agrava la pena también en el art. 443.2 vulnera el principio *non bis in idem*.

En todo caso, no parece que haya que desconfiar ni criticar que las leyes se expresen, que definan elementos y que ciñan las figuras delictivas: en esto consiste el principio de legalidad. Lo criticable es que existan leyes que dejan vacíos elementos esenciales de los que pende la calificación jurídica de unos hechos que se producen en la clandestinidad, sin muchos testigos y con graves dificultades probatorias, y cuya interpretación se deja en manos del órgano judicial interviniente (en fase de instrucción o de sentencia), por lo que los riesgos de que permeen pensamientos personales en la resolución son elevadísimos.

Pero la tramitación de esta nueva reforma de los delitos sexuales que se centraliza en el consentimiento de la víctima ha quedado enmarañada por las discusiones políticas durante su tramitación parlamentaria. Muy lejos queda ya aquel consenso que en 2004 cosechó la primera ley integral para la lucha contra una modalidad de violencia de género que se limitaba a las relaciones de pareja y que exigía en todo caso que el sujeto activo y el pasivo de aquellas conductas constitutivas de delito fueran hombres y mujeres, respectivamente.

BIBLIOGRAFÍA

ACALE SÁNCHEZ, María, 2010. *Medición de la respuesta punitiva y Estado de Derecho*. Pamplona: Aranzadi.

ACALE SÁNCHEZ, María. “Tratamiento penal de la violencia sexual, la forma más primaria de violencia de género”. En Faraldo Cabana, Patricia, Acale Sánchez, María. *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2018.

ACALE SÁNCHEZ, María, 2018. “Ser o no ser (de la Manada): esa es la cuestión”. *Nueva Tribuna*, 28 de abril.

ACALE SÁNCHEZ, María, 2018. “Cuidado, Manada, la justicia anda suelta”. *Nueva Tribuna*, 8 de diciembre.

ACALE SÁNCHEZ, María, 2019. “Y finalmente hubo violación, no abuso”. *El Diario.es*, 21 de junio.

ACALE SÁNCHEZ, María. 2019. *Violencia sexual de género contra las mujeres adultas. Especial referencia a los delitos de agresión y abusos sexuales*. Valencia: Tirant lo Blanch.

ACALE SÁNCHEZ, María, 2020. “La riforma dei reati sessuali in Italia vista da occhi stranieri”, *Rivista Sistema penale, Osservatorio sulla violenza contro le donne*, N°. 1.

- ACALE SÁNCHEZ, María. “El consentimiento de la víctima: piedra angular en los delitos sexuales”. En González Cussac, José Luis (dir.), León Alapont, José (coord.). *Estudios jurídicos en Memoria de la Profesora Doctora Elena Górriz Royo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.
- ACALE SÁNCHEZ, María. “La protección frente al acoso en la Universidad: la lucha contra la brecha de oportunidades”. En ACALE SÁNCHEZ, María, SÁNCHEZ BENÍTEZ, Cristian, 2020. *Brecha de género u universidad: dos realidades que se retroalimentan*. Albacete: Bomarzo.
- AMNISTÍA INTERNACIONAL, 2018. *Right to be free from rape. overview of legislation and state of play in europe and international human rights standards*, 24 de noviembre.
- ASÚA BATARRITA, Adela, “El significado de la violencia sexual contra las mujeres y la reformulación de la tutela penal en este ámbito. Inercias jurisprudenciales”. En Lorenzo, Patricia, Maqueda, María Luisa y Rubio, Ana, *Género, violencia y derecho*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2008.
- BALBI, Giuliano, 2020. “I reati contro la libertà e l'autodeterminazione sessuale in una prospettiva di riforma”. *Sistema penale*, <https://www.sistemapenale.it/it/documenti/balbi-2020-reati-contro-liberta-sessuale-riforma>.
- CARUSO FONTÁN, Viviana. “Reflexiones en torno a la aplicación de la continuidad delictiva en el caso de la Manada”. En Faraldo Cabana, Patricia y Acale Sánchez, María, *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2018.
- CLEMENTE, Carolina, 2021. “Ley de libertad sexual, la paradoja de castigarnos por víctimas”. *El Salto*, 21 de julio.
- CUERDA ARNAU, María Luisa. “Agresión y abuso sexual: violencia o intimidación vs. consentimiento viciado”. En Faraldo Cabana, Patricia y Acale Sánchez, María, *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2018.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, “El delito de violación: problemas que plantea su vigente redacción”, En Faraldo Cabana, Patricia y Acale Sánchez, María, *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2018.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, 1985. *La protección de la libertad sexual. Insuficiencias actuales y propuestas de reforma*. Barcelona: Bosch.
- DÍEZ-RIPOLLÉS, José Luis, 2018. “El ‘no es no’”, *El País*, de 10 de mayo.
- DÍEZ-RIPOLLÉS, José Luis, 2019. “Alegato contra un derecho penal sexual identitario”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* RECPC 21-10.
- FARALDO CABANA, Patricia y RAMÓN RIBAS, Eduardo, “La sentencia de la Manada y la reforma de los delitos de agresiones y abusos sexuales en España”, en Faraldo Cabana, Patricia y Acale Sánchez, María, *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2018.
- GARAIZABAL, Cristina, MACAYA, Laura, PINEDA, Empar, SERRA, Clara. y otras, 2021. “Objeciones feministas al actual proyecto de Ley de Libertades sexuales”. <https://www.accionenredmadrid.org/objeciones-feministas-al-actual-proyecto-de-ley-de-libertades-sexuales/>. 4 de marzo.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, 2020. “Sólo sí es sí”, https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1197551.
- GREVIO, 2021. “Baseline Evaluation Report Spain”, puede verse en <https://rm.coe.int/grevio-s-report-on-spain/1680a08a9f>.
- GULPILHARES, Fábio, 2016. “Crimes sexuais: uma nova concepção politico-criminal?”. *Revista Portuguesa de Ciência criminal*, Nº 1 a 4.
- GUTIÉRREZ ARRANZ, Roberto, 2018. *El acoso sexual: Prevención. Compliance y Marco Legal*. Pamplona: Aranzadi.
- HAMULIKA BUMBA, Yves, 2016. “Le droit international et l’évaluation judiciaire du préjudice individuel subi par les enfants et les femmes victimes de violences sexuelles”. *Revue Pénitentiaire et de Droit Pénal*, Nº 14.
- HÖRNLE, Tatjana, 2017. “The new german law on sexual assault and sexual harassment”. *German Law Journal*, Vol. 18, Nº 6.

- JABLONKA, Ivan, 2017. *Laëtitia o el fin de los hombres*. Barcelona: Anagrama.
- LASCURAÍN, José Antonio, 2021. “Delitos sexuales: no todo vale”. *Claves de razón práctica*. Nº 277.
- LLORIA GARCÍA, P., 2019. “La violencia sobre la mujer en el siglo XXI: sistemas de protección e influencia de las tecnologías de la información y la comunicación en su diseño”, *La Ley Penal*, 138, mayo-junio.
- MAQUEDA ABREU, M.L., 2020. “Cómo construir «víctimas ficticias» en nombre de las libertades sexuales de las mujeres ”. *Mientras tanto*, 29 de noviembre (<http://www.mientrastanto.org/boletin-196/notas/como-construir-victimas-ficticias-en-nombre-de-las-libertades-sexuales-de-las-mujeres..>).
- MUÑOZ CONDE, Francisco, 2019. “La vinculación del juez a la ley y la reforma de los delitos contra la libertad sexual. Algunas reflexiones sobre el caso ‘La Manada’”. *Revista Penal*, Nº 43.
- OLIVAS DÍA, Amaya, 2021. “Breves apuntes feministas sobre el malestar acerca del consentimiento en los delitos contra la libertad sexual”, *Boletín de la Comisión penal de Juezas y Jueces para la Democracia*, Nº. 12, vol I, marzo.
- PITCH, Tamar. “Violencia sexual”. En la misma, 2003. *Un derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*. Madrid: Trotta.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, 2020. “La garantía de la libertad sexual y el pensamiento jurídico de Podemos”, *elconfidencial.com*, 4 de marzo.
- RAMÍREZ ORTÍZ, José Luis, 2021. “¿Cambio de paradigma o juego de espejos?”. *Boletín de la Comisión penal de Juezas y Jueces para la Democracia*, Nº. 12, vol I, marzo.
- RAMÓN RIBAS, Eduardo. “La intimidación en los delitos sexuales: entre las agresiones y abusos sexuales”. En Faraldo Cabana, Patricia y Acale Sánchez, María, *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2018.
- THOMAS, Terry, 2016. *Sex Crime. Sex offending and society*. Londres: Routledge.
- VALLEJO TORRES, Carla, 2018. “Delitos contra la libertad sexual y perspectiva de género: una mirada hacia fuera para reflexionar desde dentro”, *Diario La Ley*, Nº 9263.
- VIRGILIO, María, 1997. *Violenza sessuale e norma. Legislazione penali a confronto*,. Anona: *Quaderni di Critica del Diritto*.
- WOLTER, Jürgen, 2017. “Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung”, en el mismo, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*. Carl: Heymanns.

