

Grado en Derecho

Curso 2021/2022

**Reforma de los delitos sexuales en el Proyecto de Ley Orgánica de
garantía integral de la libertad sexual**

Autora: Vanessa Jaimes Paez

Director: Norberto J. de la Mata

ÍNDICE

1. Introducción	1
2. El bien jurídico protegido de los delitos sexuales	2
2.1 Evolución legislativa y social de los delitos sexuales	2
2.2 La libertad sexual como bien jurídico protegido	6
3. La actual configuración de los delitos sexuales	8
3.1. Delitos de agresión y abuso sexual	8
3.2 Delito de acoso sexual	17
3.3 Delito de prostitución	21
4. El proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual	24
4.1 Objeto y ámbito de aplicación de la ley	25
4.2 El origen de la reforma: El Convenio de Estambul y el caso de “La Manada “	26
4.2.1 La influencia del Convenio de Estambul en la redacción del Proyecto de ley	26
4.2.2 El caso de “La Manada” como el origen populista del problema	29
5. La reforma de los delitos contra la libertad sexual	32
5.1 La propuesta de regulación unificada del delito de agresión sexual	33
5.1.1 El valor del consentimiento en la configuración del injusto típico	33
5.1.2 La equiparación legal de los medios comisivos	35
5.1.3 El nuevo delito de violación	37
5.1.4 La determinación de la pena: circunstancias de agravación y tipo atenuado en atención a la menor entidad del hecho	38
5.2 La reforma del delito de acoso sexual	41
5.3 Las modificaciones incluidas en los delitos relativos a la prostitución ..	43
6. Conclusiones: la necesidad de reforma desde una perspectiva jurídica de género. . .	44
7. Bibliografía	45
8. Legislación y jurisprudencia	48
9. Webgrafía	49

1. Introducción

En los últimos años, por desgracia y casi a diario, son muchos los casos que ocupan las noticias en nuestros telediarios revelando las constantes vulneraciones que se producen contra el bien jurídico de la libertad sexual, siendo las violencias sexuales quizá, una de las violaciones de derechos humanos más habituales en la sociedad española y afectando, generalmente, a toda la población y, especialmente, a las mujeres, niñas y niños¹.

En consecuencia, el afán de protección de la libertad sexual se ha posicionado en el ojo central de la sociedad provocando una mayor dimensión del asunto. De hecho, han sido muchas las voces que se han pronunciado sobre la necesidad de otorgar una respuesta jurídica más efectiva en torno a su regulación en aras de evitar y, en su caso, castigar, todos aquellos actos atentatorios al libre ejercicio de la sexualidad, invocando, a su vez, la necesidad de poner al día nuestra legislación con los compromisos internacionales asumidos por España.

En efecto, el Proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual ha dado un nuevo impulso político a la tan aclamada reforma del ordenamiento jurídico español en materia de protección y garantía de la libertad sexual, pues con ella se pretende abordar el problema de la violencia sexual a través de la prevención, detección temprana, denuncia y asistencia a todos aquellos que hayan sido víctimas de estas conductas, garantizando así una respuesta adecuada, integral y coordinada².

Así pues, entre las reformas propuestas, se pretende modificar la tipificación de los delitos sexuales en el Código Penal. Concretamente, el objetivo del presente trabajo es el análisis de las posibles modificaciones que, en caso de salir adelante el Proyecto, quedarían implantadas en los delitos de agresión y abuso sexual, así como en los delitos de acoso sexual y de prostitución.

La elección de este tema viene motivada por el deseo de comprender, en profundidad, la fundamentación de esta reforma y el grado de impacto que puede ocasionar su implantación desde el punto de vista jurídico-penal y en términos de relevancia social, ya que las violencias sexuales no son una cuestión individual sino que debe situarse como una cuestión de Estado en vista de que, al mismo tiempo que se inflige un perjuicio individual a través de la violencia sobre la persona agredida, también se está repercutiendo de forma colectiva sobre el conjunto de la sociedad al recibir un mensaje de inseguridad e indefensión³.

Para lograr un estudio completo del tema en cuestión, es necesario, en primer lugar, analizar cuál ha sido la evolución legislativa y social de los delitos sexuales a lo largo de la historia hasta llegar a la configuración de la libertad sexual como bien jurídico protegido, centrándonos, posteriormente, en la actual tipificación de los delitos objeto de estudio: agresión y abuso sexual, por un lado, y acoso sexual y prostitución, por otro. De este modo, podremos llegar a una mejor comprensión del objeto de la reforma proyectada, detallando las razones que originaron el planteamiento de la misma y las innovaciones que pretende introducir.

Lo que en definitiva se busca en este trabajo es el análisis crítico de las reformas mencionadas valorándolas individualmente ya que difícilmente sería posible, por la envergadura del texto, estar, simplemente, a favor o en contra del mismo⁴, llegando, por

¹ Conforme indica la Exposición de motivos del Proyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual 121/000062) publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Núm. A-62-1 de 26/07/2021.

² Tal y como se señala en el Proyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual 121/000062) publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Núm. A-62-1 de 26/07/2021.

³ En concordancia con la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual.

⁴ De acuerdo con ACALE SÁNCHEZ M., “Valoración de los aspectos penales del proyecto de ley orgánica de medidas de protección integral de la libertad sexual de 26 de julio 2021”, *Revista Sistema Penal crítico*, Nº 2, 2021, pag. 157.

último, a unas conclusiones finales en torno a la procedencia o no de su contenido y la necesidad de esta reforma desde una perspectiva jurídica de género.

2. El bien jurídico protegido de los delitos sexuales

Actualmente los delitos contra la libertad sexual se encuentran regulados en el Título VII del Libro II del Código penal. En concreto, se compone de siete capítulos: el Capítulo I (arts. 178 a 180) referente a las agresiones sexuales; el Capítulo II (arts. 181 y 182), a los abusos sexuales; el Capítulo II bis (arts. 183 a 183 quáter) a los abusos y agresiones sexuales a menores de 16 años; el Capítulo III (art. 184) al acoso sexual; el Capítulo IV (arts. 185 y 186) al acoso sexual; el Capítulo V (arts. 187 a 190) a los delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores; y finalmente en el Capítulo VI (arts. 191 a 194) a las disposiciones comunes a los Capítulos anteriores⁵.

2.1. Evolución legislativa y social de los delitos sexuales

La inicial regulación de estos delitos en el Código penal de 1995 fue objeto de reforma mediante la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre en la que se introduce una nueva regulación de los delitos contra la libertad sexual pues, tal y como señala la Exposición de Motivos, “se pretende adecuar los tipos penales al bien jurídico protegido que no es ya, como fuera históricamente, la honestidad de la mujer, sino la libertad sexual de todos”⁶. Así, inicialmente, el término “libertad sexual” se introdujo en el Código Penal español mediante la Ley Orgánica 3/1989 de 21 de junio, superando así la terminología “Delitos contra la honestidad” introducida en el Código de 1848. Más tarde, con la Ley Orgánica 11/1999 de 11 de abril se añadió el término “indemnidad” de tal forma que se compone la rúbrica actual “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”⁷.

Podemos considerar que la tipificación de los delitos de naturaleza sexual en los Códigos Penales españoles es fruto de una reciente evolución jurídico-penal, que ha estado condicionada principalmente por dos aspectos: la posición que ha ocupado la mujer en la sociedad a lo largo de la historia y el debate sobre cuál debe ser el bien jurídico protegido en este ámbito de conductas sociales.

La protección de la sexualidad en los sistemas penales se ha caracterizado tradicionalmente por la expresión de una visión patriarcal cuyos valores esenciales eran la “decencia”, la “familia” o la “moral pública”⁸. De hecho, la sociedad en la que se aprobó el primer Código Penal de 1822 era una sociedad patriarcal y extremadamente paternalista, en la que el rol de la mujer se limitaba a ser “buena madre, buena hija y buena esposa”, siendo los hombres quienes se ocupaban de elaborar las normas mediante las cuales protegían su honradez⁹. De hecho, la mayoría de los delitos giraban en torno a castigar la conducta deshonrosa de la mujer que violaba el honor de su marido o progenitor y, en cambio, a

⁵ Así lo indican AGUDO FERNÁNDEZ, E. / JAÉN VALLEJO M. / PERRINO PÉREZ, A., en *Derecho penal aplicado: Parte Especial. Delitos contra los intereses individuales y las relaciones familiares*, Dykinson, Madrid, 2020, pág. 203.

⁶ Describe GOENAGA OLAIZOLA, R., “Delitos contra la libertad sexual”, *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, Nº. Extra 10, 1997, pág 96.

⁷ Expone GAVILÁN RUBIO, M., en “Agresión sexual y abuso con prevalimiento: análisis de la reciente jurisprudencia”, *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, Nº. 12, 2018, págs. 82-95.

⁸ De acuerdo con ALTUZARRA ALONSO, I., “El delito de violación en el Código Penal español: Análisis de la difícil delimitación entre la intimidación de la agresión Sexual y el prevalimiento del abuso sexual. Revisión a La Luz De La Normativa Internacional”, *Estudios De Deusto*, Vol. 68, Nº 1, 2020, págs 511-558.

⁹ En este sentido TAPIA BALLESTEROS, P., “Posición de la mujer en el código penal español de 1822 e incorporación del “género” como circunstancia sospechosa de discriminación (Ley orgánica 1/2015 del 30 de marzo): ¿Se ha avanzado hacia la igualdad?”, *Mora*, Vol. 23, Nº 1, 2017, págs. 5-18.

justificar el comportamiento del hombre al dar cabida a los denominados “crímenes de honor”¹⁰.

Teniendo en cuenta lo anterior, se pone de manifiesto que ya en el Código penal de 1822 la regulación de los delitos sexuales tenía un marcado sesgo de género debido a que “esa sujeción femenina forma parte de la propia normatividad, de los propios valores y de las formas de relación que la sociedad va consolidando como modelos de vida en la modernidad”¹¹, pues las normas jurídicas, ya desde los inicios de la historia, se han ocupado de recrear los estereotipos y roles sociales que han situado a la mujer durante siglos en un situación de desigualdad, en cuanto a derechos y obligaciones, frente al hombre¹².

La rúbrica “Delitos contra la honestidad” aparece por primera vez en el Código de 1848. Desde aquel momento, se configuró como objeto de protección de los delitos sexuales la honestidad, entendida como moral sexual colectiva, permaneciendo la legislación penal prácticamente inalterada hasta el cambio de régimen en 1989¹³.

En aquella época, la virtud sexual era un valor de gran protección, de modo que la sexualidad se relacionaba con la fidelidad de las mujeres, la castidad, la discreción femenina y la vergüenza. Desde esta perspectiva, las mujeres de "mal vivir", o con un comportamiento sexual no ajustado a los cánones sociales, no encajaban como posibles víctimas de una violación, al dar por supuesta su propensión a aceptar el trato sexual por ser mujeres con costumbres libertinas que, al carecer de honestidad, no eran merecedoras de protección ninguna”¹⁴.

En definitiva, la honestidad era, según DÍEZ RIPOLLÉS, “una cualidad de la persona que forma parte de su personalidad y únicamente se destruye por los propios actos y no por las eventuales agresiones sexuales que su poseedor pueda sufrir”¹⁵, y por ello, que la mujer conservara dicha honestidad era un factor determinante para su protección ya que toda persona a la que la sociedad no atribuyera la cualidad de honesta se vería apartada del ámbito de protección.

Este Código agrupaban varios conjuntos de delitos relativos a la moralidad sexual en diferentes bloques: El primero hace referencia a los delitos de adulterio y amancebamiento. En el segundo grupo se sitúa el delito de violación definida como "yacimiento" con una mujer en alguno de estos tres supuestos: “1) usando violencia o intimidación; 2) cuando la víctima se hallara privada de razón o de sentido; 3) cuando la mujer fuera menor de 12 años”¹⁶. Posteriormente, el capítulo tercero recogía el estupro de doncella menor de 23 años, y la prostitución o corrupción de menores y, por último, el delito de rapto con miras deshonestas.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ POSADA KUBISSA, L. “Otro género de violencia. Reflexiones desde la teoría feminista como teoría crítica”, *Revista Asparkia*, Nº 19, 2008, pág. 58.

¹² En el mismo sentido ASÚA BATARRITA, A., “Las agresiones sexuales en el nuevo Código Penal: imágenes culturales y discurso jurídico”. En *Análisis del código penal desde la perspectiva de género*, 1998, págs. 47-101.

¹³ Véase DE LA ROSA CORTINA, J. M., “*Bien jurídico protegido y delitos contra la libertad e indemnidad sexual*”, Ponencia de la Fiscalía General del Estado, 2013, pág. 2. Disponible en: <https://www.fiscal.es/documents/20142/276999/Ponencia+José+Miguel+de+la+Rosa+Cortina.pdf/24dd1d9f-0a48-8f6a-172f-aa5e76d0ea16>

¹⁴ GAVILÁN RUBIO, M., *ob cit.*, pág. 83.

¹⁵ Define DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., en *La protección de la libertad sexual. Insuficiencias actuales y propuestas de reforma*, Ed. Bosch S.A., Barcelona, 1985.

¹⁶ En este punto es significativo mencionar que, en concordancia con GAVILÁN RUBIO en “Agresión sexual y abuso con prevalimiento: análisis de la reciente jurisprudencia” (pág. 83), es opinión mayoritaria, respecto al requisito típico de “violencia o intimidación”, la exigencia de oposición expresa de la víctima al acometimiento del autor, de tal forma que el acervo probatorio debía constatar, en base a las marcas de violencia de la mujer, si ésta se había resistido lo suficiente, y en caso contrario, la importancia del hecho se reduciría hasta ser considerado un abuso o incluso, desembocar en abstracción si la mujer se doblegó antes de comprobar que el agresor estaba dispuesto a utilizar la amenaza de hierla.

En cuanto a las disposiciones comunes, se recogía la necesidad de denuncia de la agraviada o sus representantes, o del fiscal en caso de persona desvalida. Asimismo también se establecía la posibilidad de que el ofensor se librara de la pena casándose con la ofendida¹⁷.

Sin embargo, el problema de la configuración de la honestidad como bien jurídico protegido es que tuvo como consecuencia que se produjeran evidentes discriminaciones contra la mujer pues si el sujeto activo del delito era una mujer bastaba un solo encuentro sexual para considerar cometido el hecho delictivo, en cambio si el sujeto activo era un hombre era típica la conducta únicamente si existía convivencia notoria con su amante. Esta diferencia se sustentaba en la moral sexual de la época que toleraba los esporádicos encuentros sexuales, fuera del matrimonio, solo para el caso de que los realizaran hombres casados¹⁸.

Los siguientes Códigos penales van introduciendo diversas modificaciones pero no es hasta finales de los años 60 y principios de los 70 cuando se inicia una radical transformación del objeto de tutela en estos delitos. Durante estos años se va asentando la idea de renunciar a proteger bienes colectivos, como lo es la moral, por más que pudiera ser socialmente mayoritaria, y frente a ello surge la libertad sexual individual como el nuevo objeto de protección, iniciando así el progreso hacia una sociedad más pluralista y tolerante respecto al ejercicio de la sexualidad¹⁹.

De este modo, se origina un proceso de reformas legales, que se extenderá desde 1979 hasta la aprobación del nuevo código de 1995, y mediante el cual el derecho penal sexual se acerca cada vez más al objetivo de vedar todo tipo de comportamientos en los cuales se involucren a otra persona en un contexto sexual sin su voluntad²⁰.

Con la promulgación de la Constitución española de 1978 se insertan en la sociedad nuevos valores y un sistema de derechos fundamentales que genera un impacto directo en el Derecho Penal Sexual. En base a los Pactos de la Moncloa de 27 de octubre de 1977 se promulga la Ley 22/1978, de 26 de mayo que deroga los artículos relativos al adulterio y amancebamiento que deja de ser infracción penal, y la Ley 46/1978, de 7 de octubre que modifica los delitos de estupro y rapto²¹. Mención importante es el hecho de que deja de ser la mujer la única víctima posible de los delitos de estupro, abusos deshonestos y rapto, estableciéndose la irrelevancia de género tanto en los sujetos activos como en los pasivos de estos delitos; del mismo modo, se elimina exigencia típica de que la mujer como víctima tuviera que ser, en los delitos de estupro y abusos deshonestos, doncella o de acreditada honestidad, en su caso²².

En este momento, la mayoría de la doctrina sostenía la inviabilidad de legislar conforme a la moralidad, pero todavía no se había establecido la libertad sexual como bien jurídico protegido²³. Este cambio se produce tras la Ley Orgánica 3/1989 a través de la cual se llevó a cabo la eliminación del término "honestidad" con la consiguiente modificación del título del grupo de delitos como "Delitos contra la libertad sexual"²⁴.

¹⁷ GAVILÁN RUBIO, M., ob. cit., pág. 83.

¹⁸ De acuerdo con HERREROS HERNANDEZ, I. "Construcción histórica de la libertad sexual como bien jurídico. Una visión desde la perspectiva de género", *Revista del Ministerio Fiscal*, N° 10, Madrid, 2021 págs. 60-68.

¹⁹ Sobre ello Díez Ripollés, J.L. en los comentarios relativos a los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, en Díez Ripollés, J.L. / Romeo Casabona, C.M. (Coord.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial II. Títulos VII-XII y faltas correspondientes*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2004, pág. 214.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ Señala De La Rosa Cortina, J. M., ob. cit. pág. 4.

²² Díez Ripollés, J.L., en *Comentarios al Código Penal. Parte Especial II...*, ob. cit., pág. 215.

²³ Señala Villares del Bas, A. (2019) en *Feminismo y Derecho Penal: influencia del pensamiento feminista en la regulación de los delitos sexuales y de violencia de género* [Tesis de fin de grado, Universidad Pontificia]. Disponible en <https://repositorio.comillas.edu/xmlui/bitstream/handle/11531/27918/TFG%20Derecho.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Comillas:

²⁴ Goenaga Olaiola, R., ob. cit., pág. 96.

Esta reforma realiza cambios en los delitos de naturaleza sexual, como eliminar de la redacción típica la palabra “deshonesto” e incorporar la de “sexual”, precisamente por considerar que la acción debe venir relacionada con el ataque al bien jurídico protegido y no a una postura moral, dependiente de las creencias sociales del momento²⁵. Entre otros cambios relevantes, se modifica el significado tradicional de la violación que ya no se va a reducir a la invasión genital del cuerpo de la mujer sino que se amplía para incluir como delito de violación la penetración anal y bucal; asimismo con la nueva redacción los sujetos pasivos pueden ser tanto hombres como mujeres, al igual que ya se había hecho con el esturpo en 1978, ajustando así el tipo penal a la realidad de la dinámica delictiva del momento ya que “al fin y al cabo la libertad sexual es común a ambos sexos, y en este sentido la equiparación del hombre y de la mujer en los delitos contra la libertad sexual permite alcanzar una protección similar para los dos”, tal y como señala FARALDO CABANA²⁶. Se sigue el criterio unificador que atribuye la misma denominación y la misma pena al acceso carnal violento y a la "violación impropia" (yacimiento consentido cuando la víctima fuera menor de 12 años o mujer privada de sentido), que perdurará hasta el nuevo Código Penal de 1995; y asimismo, se recoge la incriminación del "acoso sexual" como novedad del código²⁷.

Posteriormente, con el Código Penal de 1995 se introduce una nueva regulación de los delitos contra la libertad sexual adecuando los tipos penales al bien jurídico protegido, “que no es ya, como fuera históricamente, la honestidad de la mujer, sino la libertad sexual de todos”. La propia Ley, en su Exposición de Motivos, reconoce que en la anterior regulación de los delitos sexuales, bajo la tutela de la honestidad de la mujer, se escondía una “intolerable situación de agravio” que se propone corregir²⁸.

A partir de este Código, se introduce la importante figura del consentimiento de la víctima (o más bien a la ausencia de él) como elemento normativo para la tipificación de los delitos de naturaleza sexual²⁹. Se quiso resaltar que la conducta tipificada no es la manifestación sexual en sí, sino “la vulneración de la decisión autónoma de la víctima, asumiendo derecho igual de toda persona a la manifestación libre de sus decisiones en materia de sexualidad”³⁰.

Asimismo, se delimitan definitivamente los ataques que suponen violencia o intimidación respecto a los que implican aprovechamiento de una situación objetiva de menor capacidad de la víctima para actuar en libertad³¹. Se crea así la distinción entre la figura del abuso (atentar contra la libertad sexual de una persona sin violencia ni intimidación y sin consentimiento) y la de la agresión sexual (atentar contra la libertad de una persona con violencia o intimidación), con la consiguiente diferenciación de penalidad. Esta diferenciación, en los términos que conocemos hoy en día, es fruto de la Ley 3/1989, de reforma del Código penal, que introdujo la separación expresa entre estas dos figuras³².

Estos dos elementos diferenciados pero unidos entre sí: la dicotomía abuso-agresión sexual y la incorporación de la definición de “consentimiento” a la descripción de la conducta

²⁵ De acuerdo con ESTEVE MALLENT, L., en “Consentimiento y dicotomía entre agresión y abuso en los delitos de naturaleza sexual. Consent in sexual attacks. Difference between sexual attacks and sexual abuses”, *El Criminalista Digital*, N° 9, 2021, págs. 38-58. Recuperado de: <http://revistaseug.ugr.es/index.php/cridi/article/view/21636>.

²⁶ FARALDO CABANA, P., “Evolución del delito de violación en los Códigos penales españoles. Valoraciones doctrinales”. En FARALDO CABANA, P. / ACALE SÁNCHEZ, M. / RODRÍGUEZ LÓPEZ, S. / FUENTES LOUREIRO, M. A., *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pág. 50.

²⁷ Véase GAVILÁN RUBIO, M., ob. cit. pág. 83.

²⁸ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE Núm. 281, de 24 de noviembre de 1995. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1995/BOE-A-1995-25444-consolidado.pdf>

²⁹ Afirma ESTEVE MALLENT, L., ob. cit., pág. 43.

³⁰ Como sostiene GAVILÁN RUBIO, M., ob. cit. pág. 84

³¹ Véase ASÚA BATARRITA, A., ob. cit., pág. 23.

³² ESTEVE MALLENT, L., ob. cit., pág. 45.

típica³³ son las cuestiones en torno a las cuales gira el Proyecto de Ley objeto de estudio, el cual abordaremos más adelante.

Continuando con las reformas, la evolución no quedó ahí pues inmediatamente tras la entrada en vigor del Código Penal de 1995, el Congreso de los Diputados aprobó una moción³⁴ por la que se instaba al Gobierno a presentar un proyecto de Ley Orgánica revisora de alguno de los tipos penales con el objetivo de garantizar una mayor tutela de los menores en el ámbito sexual, lo que trajo como resultado la promulgación de la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril³⁵.

Así, se amplía la rúbrica de “ Delitos contra la libertad sexual” a “Delitos contra la libertad y la indemnidad sexual”, encontrándonos con la concurrencia de un doble bien jurídico: libertad sexual de adultos e indemnidad sexual de menores. Esta Ley tipifica de forma más precisa los delitos contra la libertad e indemnidad sexual en relación con la edad de las víctimas y con las circunstancias concurrentes, se vuelve a utilizar el término violación, se amplía el ámbito de punición del acoso sexual y se reintroduce el delito de corrupción de menores. Junto a estas modificaciones, se procede también a la previsión de penas alternativas de prisión, junto a la de multa, en los abusos sexuales, o la creación de nuevas figuras de persecución infantil³⁶.

Tras la pequeña reforma de 2003 (LO 15/2003) con la cual se reforzaron de nuevo las penas y se modificaron y endurecieron los delitos de pornografía infantil, tuvo lugar la siguiente en 2010 con la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio. Esta Ley reflejó un importante endurecimiento de los tipos del Derecho penal sexual debido a la necesidad de trasponer la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil³⁷.

La última reforma en esta materia se introdujo en el Código Penal mediante la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo. Una de las modificaciones más significativas en materia de delitos sexuales fue el aumento de la edad de consentimiento: se sustituye la edad de consentimiento de 13 años por la edad de 16 años, siendo ésta, en términos de la Directiva, la edad por debajo de la cual, de conformidad con el Derecho nacional, está prohibido realizar actos de carácter sexual con un menor³⁸.

La formación de los tipos relacionados con el derecho penal sexual ha sufrido una lenta pero constante evolución a lo largo del siglo XX y hasta nuestros días. Toda esta evolución es imprescindible para comprender la situación actual en la que se encuentra la tipificación de los comportamientos calificados de delitos sexuales y la influencia del contexto social en los deseos de reforma.

2.2. La libertad sexual como bien jurídico protegido

³³ *Ibidem* pág. 44.

³⁴ El Grupo Parlamentario Popular en el Congreso declara que “el Congreso de los Diputados insta al Gobierno para que se presente, en el plazo más breve posible, un Proyecto de Ley Orgánica que modifique parcialmente el Título VIII del nuevo Código Penal en el sentido de que se tipifique el delito específico de "corrupción de menores", ya que en su actual redacción sólo se castigan de forma individualizada los delitos relativos a la prostitución, así como que se penalice al que por cualquier medio vendiere, difundiere, exhibiere o facilitare la difusión, venta o exhibición de materiales pornográficos, cuando en ellos aparezcan menores, y que se reelabore, de acuerdo con el reproche social que produce, y la gravedad del delito, el sistema de penas que dicho 9 Título VIII establece para las conductas delictivas del mismo”. En BOCG, Congreso de los Diputados, Serie D, Nº 66, 4 de noviembre de 1996, pág. 5.

³⁵ DE LA ROSA CORTINA, J. M., ob. cit., pág. 5.

³⁶ Describe DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. en *Comentarios al Código Penal. Parte Especial II...*, ob. cit., pág. 220.

³⁷ Afirma DE LA ROSA CORTINA, J. M., ob. cit., págs. 6-7.

³⁸ Un análisis detenido de la reforma en VALLE MARISCAL DE GANTE, M., “La reforma del Código penal de 2015”, *FORO.Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales. Nueva Época*, Vol. 18, Nº 1, 2015, pág. 331.

El cambio de orientación en la consideración de los ataques sexuales como delitos contra la libertad se produce ya, tal y como se ha indicado en el epígrafe anterior, con la reforma de 1989. Hasta entonces, el bien jurídico protegido de los delitos sexuales estuvo condicionado por ciertas connotaciones y costumbres sociales que supeditaron el trato normativo que el legislador otorgó al ámbito sexual. No obstante, con el Código Penal de 1995 estas concepciones éticas y morales se fueron poco a poco superando de tal forma que se empezó a reconocer la sexualidad como “una manifestación positiva del desarrollo personal en un ámbito vital de intimidad que requiere espontaneidad y autonomía”³⁹.

Así, la sexualidad se considera uno de los aspectos más relacionados con la autorrealización personal de la persona⁴⁰. Cada ser humano tiene la facultad de definirse autónomamente en el ámbito sexual así como de escoger y practicar la opción sexual que desee en cada momento y servirse como quiera de su propio cuerpo⁴¹. En este sentido, reconocer la autodeterminación en el ámbito sexual implica considerar la capacidad de decisión del individuo y precisamente esta capacidad es la que debe tenerse en cuenta como fundamento del reproche en este tipo de delitos ya que partimos de que no es la relación sexual en sí el objeto del delito, sino la constricción de la libertad⁴².

Por lo tanto, la posibilidad de tomar las diferentes opciones personales en este ámbito sexual constituye el punto de partida para un derecho penal sexual que trata de vedar el ejercicio de la sexualidad carente de libertad. El ordenamiento jurídico busca tutelar el efectivo ejercicio del derecho a la autodeterminación sexual de cada persona de tal forma que puedan llevar a cabo la actividad sexual en condiciones de plena libertad penando todas aquellas conductas que involucren a otras personas en acciones sexuales sin su voluntad⁴³.

Por todo ello, según sostiene acertadamente DÍEZ RIPOLLÉS, “la libertad sexual se ha consolidado como el objeto de protección que justifica las intervenciones jurídico-penales en las prácticas sexuales de los ciudadanos”⁴⁴. Asimismo, hay que añadir que la protección de los tipos delictivos del Título VIII del Libro II del Código penal no se reduce únicamente a la libertad sexual pues han de tenerse en cuenta, igualmente, los derechos inherentes a la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad, valores fundamentales recogidos y promovidos por el artículo 10 de nuestra Constitución Española⁴⁵.

Comparto la opinión de DÍEZ RIPOLLÉS de que la libertad sexual es una concreción de la libertad personal, referida al ejercicio de la sexualidad de cada persona y a la disposición de su propio cuerpo, cuya protección debe regularse con autonomía debido a su especial vinculación con la autorrealización personal y a que las formas comisivas de estos delitos son distintas a aquellas que pueden afectar a la libertad personal, requiriendo así de una protección especial y distinta a la libertad personal⁴⁶. Esta posición de protección individual también es defendida por otros autores como MUÑOZ CONDE quien considera, con razón, que “la libertad sexual, entendida, como aquella parte de la libertad referida al ejercicio de la propia sexualidad, aparece como bien jurídico, merecedor de una protección específica, pues, la libertad sexual tiene efectivamente su propia autonomía y, aunque los ataques violentos o intimidaciones a la misma son también atentados a la libertad humana que

³⁹ En concordancia con ASÚA BATARRITA, A., ob. cit., pág. 20.

⁴⁰ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., “El objeto de protección...”, ob. cit., pág. 70.

⁴¹ Teniendo en cuenta a ORTS BERENGUER, E., “Delitos contra la libertad sexual”, en González Cussac (Coord.) *Derecho Penal, Parte Especial*, 4ª Edición, Tirant Lo Blanch, Valencia 2015, pág. 171

⁴² En el mismo sentido ASÚA BATARRITA, A., ob. cit., pág. 21.

⁴³ Al respecto, DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., ob. cit., pág. 69-70.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Delitos contra la libertad sexual*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, pág. 95.

⁴⁶ Exhaustivamente en DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., “El objeto de protección...”, ob. cit., págs. 69-71.

podrían ser castigados como tales, su referencia al ejercicio de la sexualidad le da a su protección penal connotaciones propias”⁴⁷.

Este concepto de libertad sexual consta de dos dimensiones: una positiva constituida por “la capacidad del sujeto para disponer de su propio cuerpo a efectos sexuales” y otra negativa que protege exclusivamente “el derecho de una persona a no verse involucrado en un comportamiento sexual no deseado”, así definidas por GAVILÁN RUBIO⁴⁸. Esta última es la dimensión que se trata de salvaguardar con la tipificación delictiva que se recoge en la actual regulación del Código Penal⁴⁹. En efecto, las formulaciones típicas de los delitos sexuales parten de la idea de que una relación sexual con otra persona exige una previa aceptación en esa esfera reservada⁵⁰, poniendo así de relieve la importancia del consentimiento como elemento central de la libertad sexual.

Por lo tanto, lo que nuestro Código Penal busca proteger es que una persona se vea forzada o inducida en un contexto sexual no querido y no que ejerza un comportamiento sexual consintiente o en solitario. Esto se debe a que se considera una conducta más grave el forzar a otra persona a participar en una relación sexual que impedirle realizarla⁵¹.

Concretamente, el legislador quiere establecer la protección del bien jurídico de la libertad sexual tanto si se anula la libertad de consentir un comportamiento sexual, como si se limita, vicia o inválida dicho consentimiento, respondiendo el Derecho penal frente a dichos ataques a la libertad en todo caso⁵².

En definitiva, el enfoque de los delitos sexuales desde la perspectiva de la libertad presupone un avance incuestionable debido por un lado, a la superación de aquella adjudicación de roles y expectativas sociales diferenciados por razón del género a la hora de ejercer la sexualidad⁵³, existente en el régimen anterior, y por otro, al surgimiento del derecho igual de toda persona a ejercer su opción sexual en plena libertad⁵⁴.

3. La actual configuración de los delitos sexuales

Para el detallado análisis de la reforma que se pretende introducir debemos conocer la configuración actual de los delitos de agresión y abuso sexual, así como del acoso sexual y la prostitución.

3.1. Delitos de agresión y abuso sexual

El Capítulo I del Título VIII regula el delito de agresión sexual a través de un tipo básico contenido en el art. 178, al que se añaden, en los arts. 179 y 180, tipos cualificados. Por su parte, el abuso sexual está tipificado en los arts. 181 y 182⁵⁵.

De la lectura de estos preceptos podemos indicar que sujeto activo y pasivo de las agresiones y los abusos sexuales puede serlo cualquier persona, sea mujer u hombre, ello en consonancia con la idea central de que el bien jurídico protegido es la libertad sexual, y la

⁴⁷ MUÑOZ CONDE, F., *Teoría General del Delito*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 103.

⁴⁸ GAVILÁN RUBIO, M., ob. cit., pág. 84.

⁴⁹ Se debe afirmar que sólo esta segunda vertiente es merecedora de protección penal específica, pues la pura concreción de la libertad de obrar ya recibe la adecuada protección vía delito de coacciones. Como afirman MORALES PRATS, F. GARCÍA ALBERO, R., en *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Ed. Aranzadi, 2004, pág. 930.

⁵⁰ Véase Díez Ripollés, J.L., “El objeto de protección...”, ob. cit., pág. 71.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² Conforme a Boix Reig, F.J., en “Delitos contra la libertad sexual”, Boletín de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears, N.º. 20, 2019, págs. 200-203

⁵³ Desde una perspectiva de género, ASÚA BATARRITA, A., ob. cit., pág. 20.

⁵⁴ Díez Ripollés, J.L., “El objeto de protección...”, ob. cit., págs. 95.

⁵⁵ Véase en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

conducta, cualquier atentado contra ella⁵⁶. Por tanto, no hay ningún objeto de restricción típica en la práctica, siendo indiferente el sexo o la orientación sexual del autor o víctima. El hecho de que ciertos comportamientos sexuales requieran del concurso necesario de un determinado género no implica que solamente éste pueda ser autor del delito⁵⁷.

Por otro lado, la presencia de un comportamiento sexual de ciertas características constituye un elemento típico común. No obstante, la amplitud de las expresiones “atentar contra la libertad sexual” o “realizar actos de carácter sexual” merece cierta crítica para los autores quienes consideran que supone una indeterminación de la conducta que se pretende castigar, ya que no contienen ninguna referencia al contenido sexual de los comportamientos castigados, limitándose a incluir cualquier conducta que lesione el bien jurídico protegido⁵⁸.

En el aspecto objetivo, tal y como estima DÍEZ RIPOLLÉS, no es apta cualquier conducta susceptible de tener significado sexual sino que debe darse un contacto corporal de tal forma que determinadas partes del cuerpo de la víctima, sexualmente significativas para el sujeto activo, queden sometidas a un contacto físico. No obstante, este contacto físico no tiene por qué materializarse sobre el cuerpo del sujeto pasivo ni realizarlo propiamente el sujeto activo, sino que entre estos contactos corporales pueden incluirse tanto los que la víctima soporta del autor o de un tercero como los que ella misma es obligada a realizar sobre el autor, sobre sí misma, o sobre el tercero⁵⁹.

En cuanto al nivel subjetivo, MORALES PRATS y GARCÍA ALBERO consideran que la definición reclama una verificación material de una conducta sexual, entendida como aquel comportamiento que sirve para satisfacer o excitar un ánimo libidinoso o lúbrico⁶⁰ propio o ajeno, y en consecuencia, el contacto corporal debe estar acompañado por el deseo del autor de involucrar a otra persona en un contexto sexual. Además, este comportamiento del sujeto activo debe tener cierta magnitud o gravedad, en cuanto a su significación sexual, para ser reconocido como conducta sexual⁶¹.

La conducta sexual de los delitos de agresiones y abusos sexuales adquiere una valoración diferente, en cuanto al mayor contenido de lo injusto, cuando se concreta en alguno de los comportamientos abarcados en los tipos agravados de los arts. 179, 181.4 y 182.2 en los que la agresión o abuso sexual consiste en el “acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías”. Así, el Código distingue, por un lado, entre el acceso carnal y, por otro, la introducción de miembros corporales u objetos.

Respecto al primero (acceso carnal), se limita a referenciar al coito vaginal, anal o bucal ya sea heterosexual u homosexual, con la exigencia de la presencia del órgano genital masculino al requerir su introducción por alguna de las tres cavidades corporales mencionadas de la otra persona⁶². No obstante, esta interpretación ha suscitado discusiones en torno a los posibles sujetos del delito: sujeto pasivo de la penetración puede ser tanto hombre como mujer, pero las dudas se plantean en torno al sujeto activo, pues parte de la doctrina

⁵⁶ GOENAGA OLAIZOLA, R., ob. cit., pág. 98.

⁵⁷ Desde otro punto de vista señala GOENAGA OLAIZOLA que, la actual redacción del art. 179 ha llevado a ciertos autores a sostener la exclusión en el Código penal de la mujer como eventual sujeto activo del delito cualificado, con la única excepción de la modalidad consistente en la introducción de objetos, debido a la necesaria aptitud fisiológica para “penetrar”, en “Delitos contra la libertad sexual”, *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, Nº. Extra 10, 1997, pág. 100.

⁵⁸ Véase lo manifestado por DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. en *Comentarios al Código Penal. Parte Especial II...*, ob. cit., pág. 274.

⁵⁹ Se excluye en cambio las conductas orientadas a determinar al sujeto a la contemplación no querida de acciones libidinosas o lúbricas, o a los casos en que el sujeto activo logra que la víctima simplemente se exhiba desnuda, sostiene DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. en *Comentarios al Código Penal. Parte Especial II...*, ob. cit. págs. 275-278.

⁶⁰ MORALES PRATS, F. / GARCÍA ALBERO, R., *Comentarios al Nuevo Código Penal*. Ed. Aranzadi, 2004, pág. 930.

⁶¹ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Comentarios al Código Penal. Parte Especial II...*, op cit., pág. 279.

⁶² MORALES PRATS, F / GARCÍA ALBERO R., *Comentarios al Nuevo Código Penal*, ob. cit., págs. 935-936.

excluye a la mujer como posible autora⁶³. A este respecto, ha de tenerse en cuenta que, en todo caso, la redacción del precepto no habla de “tener acceso carnal” sugiriendo, en este caso, una conducta exclusivamente unidireccional del hombre hacia la mujer, sino que la agresión “consiste en acceso carnal”, lo que permite comprender tanto la acción de penetrar como de hacerse penetrar⁶⁴, consiguiendo así el acoplamiento de órganos sexuales⁶⁵. Por lo tanto, no existen obstáculos para que la mujer pueda ser sujeto activo del delito de modo que, tal y como señala ORTS, debe superarse el criterio tradicional que postula a la mujer como sujeto meramente pasivo en la sexualidad, que es la idea que se desprende de la interpretación que le niega esta cualidad⁶⁶. Así, la conducta que se castiga es la obtención por el sujeto activo de una cópula sexual que implique el acceso carnal en alguna de las cavidades típicas, con independencia de cual interviniente sea el que efectúa la penetración⁶⁷.

En cuanto a la conducta de introducción de “miembros corporales” u “objetos” por vía vaginal y anal, responde al modelo de una penetración sexual, si bien sustituyendo la inserción del pene por un miembro corporal o un objeto. Ambos términos (“miembros corporales” y “objetos”) deben ser sometidos a una interpretación restrictiva que permita incluirlos dentro del concepto de penetración sexual⁶⁸.

Una vez establecidas las diversas conductas sexuales coincidentes en los tipos básicos y agravados de las agresiones y abusos sexuales, procederemos a señalar los aspectos que las diferencian entre sí y las subdividen en función de la clase de atentado a la libertad que se establece como elemento definidor del tipo correspondiente:

En primer lugar, el elemento definidor del delito de agresión sexual (art. 178), y lo que lo distingue del abuso sexual (art. 180), es el empleo de violencia o intimidación, elementos que se excluyen explícitamente de la definición de los abusos sexuales.

Tradicionalmente se sostuvo por parte de la doctrina mayoritaria que la modalidad violenta presuponía el no consentimiento, la oposición expresa o tácita y la efectiva resistencia por parte de la víctima. No obstante, la jurisprudencia ha evolucionado notablemente hasta el punto de conformarse con la mera oposición sin ser la resistencia una exigencia del tipo sino un mero elemento acreditativo de tal oposición⁶⁹.

En efecto, la violencia debe entenderse como el empleo de fuerza física suficiente o idónea para doblegar la voluntad de la víctima, sin necesidad de que sea irresistible desde el punto de vista objetivo, y sin exigir tampoco que el sujeto pasivo se resista efectivamente, debiendo estar orientada al acometimiento, coacción física o imposición material. Además,

⁶³ Ello al considerar que el acceso carnal exige que sea el hombre quien realice por sí mismo materialmente la conducta de penetración sexual. Entre otros, MUÑOZ CONDE F., quien rechaza la hipótesis de situar a la mujer como sujeto activo del delito al entender que ésta sólo puede cometer la modalidad de introducción de miembros corporales u objetos, o responder como coautora si ejerce la violencia o intimidación para que otro realice el acceso carnal, en *Derecho Penal. Parte Especial*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 2021, págs. 223-224.

⁶⁴ En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo 1295/2006 (Sala de lo Penal, Sección 1ª) de 13 de diciembre de 2006 (Recurso Núm. 519/2006), al indicar que “nada impide entender que, al igual que el coito o la cópula sexual es predicable de ambos intervinientes, el acceso carnal existe siempre que haya penetración del miembro viril, sea cual sea el sexo del sujeto activo y del pasivo, de manera que el delito del artículo 179 lo comete tanto quien penetra a otro por las vías señaladas como quien se hace penetrar”.

⁶⁵ Desde esta perspectiva, LAMARCA PÉREZ, C. “La protección de la libertad sexual en el nuevo Código penal”, *Jueces para la democracia*, Nº 27, 1996, pág. 52.

⁶⁶ ORTS BERENQUER E., *Delitos contra la libertad sexual*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995, pág. 63.

⁶⁷ Apunta BASCUR RETAMAL, G. J.(2016) en “La mujer como (eventual) autora de un delito de violación”, *Ars Boni et aequi*, Vol 12, Nº1, pág. 68.

⁶⁸ A estos efectos, Díez Ripollés J.L. considera que, por objetos adecuados han de entenderse aquellos que “posea para el sujeto activo el carácter de sustantivo real o simbólico del órgano genital masculino, siendo perceptible de tal naturaleza por la víctima o la sociedad”, y por miembro corporal “aquella parte del cuerpo humano diferenciada y susceptible de directa percepción visual como algo claramente delimitado del tronco”, en *Comentarios al Código Penal. Parte Especial II...*, ob. cit., pág. 286-287.

⁶⁹ Díez Ripollés J.L., en *Comentarios al Código Penal. Parte Especial II...*, ob. cit., pág. 289.

esta violencia debe recaer sobre el propio cuerpo de la víctima, pues si se proyectara sobre un sujeto distinto o sobre cosas, tales actos ya no serían constitutivos de violencia típica de este delito sino de intimidación, entendido como medio comisivo alternativo de esta tipología.

Por lo tanto, lo decisivo en esta tipología delictiva mediante el uso de violencia es el hecho de que el autor la utiliza como un medio comisivo, no para llevar a cabo la acción sexual en sí misma, sino para poder realizarla y coartar la voluntad contraria de la víctima neutralizando los obstáculos interpuestos por ésta⁷⁰.

En cuanto a la intimidación, tal y como hemos indicado, es entendida como un medio de comisión alternativo del delito de agresiones sexuales y se define por la jurisprudencia como “la amenaza de palabra u obra de causar un daño injusto que infunda miedo en el sujeto pasivo”. En este caso, además de regir las exigencias ya establecidas sobre el contenido de la resistencia, debe existir una fuerza psíquica moral, *vis compulsiva*, por parte del sujeto activo, que se ejerce con el objetivo de causar un mal sobre el sujeto pasivo o personas vinculadas a él y, en consecuencia, conseguir doblegar la voluntad contraria de la víctima para que desista de su resistencia. Cabe resaltar que no cualquier constreñimiento psicológico es constitutivo de la amenaza típica de este delito sino que la jurisprudencia exige que este mal sea “ilícito y antijurídico, de suficiente entidad, grave, real y próximo”.

Por otro lado, respecto a la duración de la amenaza hay que señalar que la doctrina mayoritaria no considera necesario que la intimidación se prolongue ininterrumpidamente sino que basta que la exteriorización de la amenaza se efectue durante un periodo de tiempo que, aunque corto, sea idóneo para que la víctima pueda responder ante aquella, aceptando o rechazando el contacto sexual. Conforme con ello, es necesario que la intimidación tenga lugar con anterioridad o al mismo tiempo que la agresión sexual, y no con posterioridad al acometimiento carnal, al igual que ocurre con la modalidad violenta⁷¹.

En síntesis, la jurisprudencia sostiene que “la violencia o intimidación empleadas en los delitos de agresión sexual no han de ser de tal grado que presenten caracteres irresistibles, invencibles o de gravedad inusitada, sino que basta que sean suficientes y eficaces en la ocasión concreta para alcanzar el fin propuesto, paralizando o inhibiendo la voluntad de resistencia de la víctima y actuando en adecuada relación causal, tanto por vencimiento material como por convencimiento de la inutilidad de prolongar una oposición de la que, sobre no conducir a resultado positivo, podrían derivarse mayores males, de tal forma que la calificación jurídica de los actos enjuiciados debe hacerse en atención a la conducta del sujeto activo. Si éste ejerce una intimidación clara y suficiente, entonces la resistencia de la víctima es innecesaria pues lo que determina el tipo es la actividad o la actitud de aquél, no la de ésta (STS 609/2013, de 10 de julio de 2013)”⁷².

En segundo lugar, hay que señalar que tanto los agresiones como los abusos sexuales abarcan dentro de sí una pluralidad de modalidades comisivas que son utilizadas o aprovechadas por el sujeto activo del delito para lograr la conducta sexual querida.

Por un lado, en el delito de agresión sexual nos encontramos con cinco circunstancias cualificantes en el art. 180 que operan sobre los comportamientos expuestos en los arts. 178 y 179, las cuales procederemos a detallar:

1. Cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio (art. 180.1.1^a). Debe señalarse que en este precepto se hace

⁷⁰ En detalle sobre el concepto de violencia, MONGE FERNANDEZ, A., “Los delitos de agresiones y abusos sexuales en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, a la luz de la sentencia de la Manada (STS, de 4 de julio de 2019, Recurso de Casación núm. 396/2019, Tribunal Supremo Sala de lo Penal núm. 344/2019)”, *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N° 34, 2020, págs. 134-135.

⁷¹ *Ibidem.*, págs. 135-137.

⁷² Véase la Sentencia del Tribunal Supremo 344/2019, de 4 de julio de 2019 (Recurso de Casación Núm. 396/2019), pág. 69.

referencia al medio comisivo violento o intimidatorio que configura la agresión sexual, que en sí misma lleva siempre inherente un carácter degradante o vejatorio para la víctima⁷³. Precisamente por esto, es difícil apreciar la concurrencia de dicha agravante siendo labor de la jurisprudencia precisar este contenido concreto, sobre el cual se ha pronunciado en numerosas ocasiones, entre ellas, la STS de 24 de noviembre de 2003 señalando que “Lo que sanciona el precepto (art. 180.1) es el plus de antijuridicidad que representa el *modus operandi* del autor cuando las concretas y específicas acciones instrumentales violentas o intimidatorias efectuadas, consideradas en su propia objetividad, hayan de calificarse como especialmente degradantes o vejatorias porque representen un cualificado menosprecio a la dignidad de la víctima”⁷⁴.

2. Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas (art. 180.1.2^a). Esta circunstancia implica la existencia de un concierto entre los sujetos intervinientes para la realización de la agresión sexual. No obstante, no se exige que todos los autores intervengan en el contacto sexual típico sino que será suficiente con que realicen parte del tipo, es decir, intervengan en los actos violentos o intimidatorios. En definitiva, se trata de una agravación en la que el legislador tiene en cuenta el mayor desvalor de la acción que supone la actuación conjunta dada la mayor dificultad de resistencia de la víctima⁷⁵.

Esta circunstancia ha sido frecuentemente discutida debido a la complejidad que reviste determinar la responsabilidad de cada individuo en relación con las conductas sexuales desarrolladas. En la práctica la estimación de la continuidad delictiva depende de la consideración previa de calificar a los sujetos como autores o partícipes de los actos, pues aunque, en principio, la actuación de un sujeto en múltiples conductas que tienen como resultado la consumación del delito debe ser castigado como autor un delito continuado de agresión sexual cualificada, la jurisprudencia se ha valido en varias ocasiones de la teoría de la “intimidación ambiental”⁷⁶ para reputar también cooperadores necesarios a aquellos que con su sola presencia y consciencia del acto realizado por otro refuerzan el ambiente intimidatorio y situación de desamparo de la víctima⁷⁷, señalando que “En estos casos cada uno es autor del n° 1 del art. 28 por el acto carnal que él mismo ha realizado y cooperador necesario del apartado b) del mismo artículo, respecto de los demás que con su presencia ha favorecido”. En definitiva, “cuando dos sujetos activos, con fuerza o intimidación, cometen cada uno un delito de agresión sexual de forma activa, el otro es -ordinariamente- coautor en concepto de cooperador necesario, bien en los actos de fuerza, bien mediante la correspondiente intimidación, siendo autores, cada uno por

⁷³ Sostienen esta postura MORALEZ PRATS, F / GARCÍA ALBERO, R., *Comentarios al Nuevo Código Penal...* ob. cit., pág. 938-939.

⁷⁴ Véase la Sentencia del Tribunal Supremo 643/2017, de 2 de octubre de 2017 (Recurso de casación Núm. 10245/2017), FJ 1º.

⁷⁵ Sobre la interpretación de este precepto, SIERRA LÓPEZ M., “La cualificación del número 1 del artículo 180 del Código Penal: agresiones sexuales, en donde la violencia o la intimidación ejercidas revisten un carácter particularmente degradante o vejatorio”, *Revista penal*, Núm. 17, 2006, pág 201.

⁷⁶ Tal y como señala MONGE FERNANDEZ, A., podemos entender la intimidación ambiental como una situación de constreñimiento psicológico, forjada por el autor, que consigue paralizar a la víctima quien, dominada por el temor, renuncia a resistirse o simplemente acepta los hechos con resignación, en “Los delitos de agresiones y abusos sexuales en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, a la luz de la sentencia de la manada (STS, de 4 de julio de 2019, Recurso de Casación núm. 396/2019, Tribunal Supremo Sala de lo Penal núm. 344/2019)”, *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Núm. 34, pág. 142.

⁷⁷ A este respecto, MORALEZ PRATS, F./ GARCÍA ALBERO R., *Comentarios al Nuevo Código Penal...* ob. cit., pág. 940.

un título diferente de dos delitos de agresión sexual”⁷⁸. Y esta calificación es, precisamente, la que merece especial atención ante la posibilidad de incurrir en una violación del principio "*non bis in idem*", al contemplar de forma duplicada la autoría conjunta y la cooperación necesaria.

3. Cuando los hechos se cometan contra una persona que se halle en una situación de especial vulnerabilidad por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o por cualquier otra circunstancia, salvo lo dispuesto en el artículo 183 (art. 180.1.3^a). Esta circunstancia sanciona el mayor desvalor de la acción que merece aquellos casos en los que el sujeto activo conoce y se aprovecha de esta especial vulnerabilidad, siendo el juez quien debe valorar si la minoría de edad, la vejez o la enfermedad, entre otros casos, generan una situación de indefensión especial al disminuir las posibilidades de defensa, evasión o huida de la víctima⁷⁹ y, en todo caso, incrementa la eficacia de los medios comisivos atentatorios utilizados por el sujeto activo⁸⁰. Respecto a su aplicación, nuestra jurisprudencia entiende que “Es preciso, en todo caso, un estudio individualizado, caso a caso para acreditar la existencia de la vulnerabilidad, que no puede predicarse sobre la misma concurrencia de los elementos que vertebran el tipo básico, pues en tal caso sería patente la vulneración del principio "*non bis in idem*", al valorarse una misma circunstancia o "*modus operandi*" dos veces sucesivamente, una para integrar el tipo básico y otra para calificarlo como subtipo agravado”⁸¹.
4. Cuando, para la ejecución del delito, la persona responsable se hubiera prevalido de una situación de convivencia o de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima (art. 180.1.4^a). La idea que subyace de esta circunstancia es la de prevalimiento, entendiéndose que con la convivencia familiar surgen vínculos que pueden ocasionar alteraciones en la libertad de la víctima⁸² de las que el sujeto activo se aprovecha para conseguir más fácilmente el objetivo sexual pretendido. No obstante, diversos autores, entre ellos MORALES PRATS Y GARCÍA ALBERO, entienden que esta circunstancia es desafortunada ya que la razón del parentesco no encuentra cabida en el contexto comisivo violento o intimidatorio del delito de agresión sexual y, de hecho, en el caso de que en este tipo quisiera valorarse tal relación entre autor y víctima, el Código penal ya prevé la circunstancia mixta de parentesco del art. 23 CP⁸³.
5. Cuando el autor haga uso de armas u otros medios igualmente peligrosos, susceptibles de producir la muerte o alguna de las lesiones previstas en los artículos 149 y 150 de este Código, sin perjuicio de la pena que pudiera corresponder por la muerte o lesiones causadas (art. 180.1.5^a). Esta circunstancia pretende sancionar, además del contenido de injusto propio de la agresión sexual, ese plus de peligrosidad que supondría el uso adicional de estos medios susceptibles de poner en riesgo bienes jurídicos como son la vida, la salud o la integridad personales. Hay que tener en cuenta la cláusula concursal establecida según la cual, si la peligrosidad de la acción ya no supone un mero riesgo sino que se materializa en la efectiva producción del resultado de muerte o lesión a los bienes concretos mencionados, deberá aplicarse el

⁷⁸ Véase la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos 379/2019 (Sección 1^a), de 11 de diciembre de 2019, FJ 8^o, pág. 29.

⁷⁹MORALES PRATS, F./ GARCÍA ALBERO, R., *Comentarios al Nuevo Código Penal...* ob. cit., pág. 942.

⁸⁰Añade DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Comentarios al Código Penal. Parte Especial II...*, ob. cit., pág. 357.

⁸¹Véase la Sentencia del Tribunal Supremo 384/2018 (Sala de lo Penal), de 25 de julio de 2018 (Recurso de Casación Núm. 2703/ 2017), FJ 4^o.

⁸²GOENAGA OLAIZOLA, R., ob. cit., pág. 103.

⁸³Sobre ello, MORALES PRATS, F./ GARCÍA ALBERO R., *Comentarios al Nuevo Código Penal...* ob. cit., pág. 942-943.

concurso ideal correspondiente⁸⁴. Esta cuestión plantea diversos problemas ya que se discute si, al producirse el resultado de muerte o lesiones, el uso de tales medios podría utilizarse para agravar el delito de agresión sexual y para calificar el delito contra la vida o la salud, en cuanto el mismo peligro que agrava el delito de agresión sexual resulta inherente al desvalor de la acción propio del delito contra la vida o la salud⁸⁵, lo que supondría valorar la misma circunstancia dos veces vulnerando así el principio *non bis in idem*.

Por otro lado, en los artículos referentes al delito de abuso sexual se describen diversos medios comisivos que configuran supuestos de presunción absoluta de ausencia de consentimiento de la siguiente manera:

1. En primer lugar, ciertas modalidades comisivas aluden a un consentimiento viciado tal y como en los casos del prevalimiento (art. 181.3) o del engaño (art. 182.1).

Sobre el concepto de prevalimiento se ha pronunciado el Tribunal Supremo describiéndolo como “el *modus operandi* a través del cual el agente obtiene el consentimiento viciado de la víctima en base a la concurrencia de tres elementos: “a) Situación manifiesta de superioridad del agente; b) Que dicha situación influya de forma relevante coartando la capacidad de decidir de la víctima y c) Que el agente, consciente de esa situación de superioridad y de los efectos inhibidores que en la libertad de decidir de la víctima produce, se prevalga, la ponga a su servicio y así obtener el consentimiento viciado de la víctima”⁸⁶.

Sin embargo, esta circunstancia ha sido ampliamente discutida por la jurisprudencia al tratar de distinguir la modalidad de prevalimiento de la de intimidación, elementos clave para calificar un delito como abuso sexual o como agresión sexual. Cuestión que ha planteado gran problemática en el caso de “La Manada”, el cual analizaremos detalladamente más adelante.

En torno a esta diferenciación la jurisprudencia destaca como elemento relevante la existencia de un comportamiento coactivo dirigido a la obtención del consentimiento, que no se presenta en los casos de prevalimiento pero sí en los de intimidación⁸⁷. En este sentido, el Tribunal Supremo sostiene que en los casos de intimidación “el sujeto pasivo no puede decidir, pues la intimidación es una forma de coerción ejercida sobre la voluntad de la víctima, anulando o disminuyendo de forma radical, su capacidad de decisión para actuar en defensa del bien jurídico atacado” de manera que “la intimidación es de naturaleza psíquica y requiere el empleo de cualquier fuerza de coacción, amenaza o amedrentamiento con un mal racional y fundado”. En los supuestos de prevalimiento, “la situación que coarta la libertad de decisión es una especie de intimidación pero de grado inferior, que no impide absolutamente tal libertad, pero que la disminuye considerablemente, o en otras palabras, que la situación de superioridad manifiesta a la que se refiere el art. 181.3 del Código Penal, es aquella que suministra el sujeto activo del delito, como consecuencia de una posición privilegiada, y que produce una especie de abuso de superioridad sobre la víctima, que presiona al sujeto pasivo, impidiéndole tomar una decisión libre en materia sexual”⁸⁸. Por lo tanto, entendemos que existe intimidación cuando media cualquier fuerza de coacción, amenaza o amedrentamiento con un mal racional y

⁸⁴ En detalle, DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Comentarios al Código Penal. Parte Especial II...*, ob. cit., pág. 368-371.

⁸⁵ MORALES PRATS, F./ GARCÍA ALBERO R., *Comentarios al Nuevo Código Penal...* ob. cit., pág. 943-944.

⁸⁶ Véase la Sentencia del Tribunal Supremo 278/2020 (Sala de lo Penal), 3 de junio de 2020 (Recurso de Casación núm. 10693/2019), FJ 6°.

⁸⁷ Detenidamente sobre la figura del prevalimiento, GAVILÁN RUBIO, M., ob. cit., pág. 89 y ss.

⁸⁸ Véase la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Segunda de lo Penal) 542/2013, 20 de Mayo de 2013 (Recurso de Casación Núm. 732/2012), FJ 5°.

fundado para obtener el consentimiento de la víctima, en cambio, hay prevalimiento cuando la posición de superioridad del sujeto activo es suficiente para coartar la libertad de la víctima, la cual presta su consentimiento, pero no libremente sino viciado o presionado por tal situación, sin requerir para ello actos amenazantes de un mal futuro.

En cuanto al abuso sexual fraudulento o mediante engaño, se limita la hipótesis de que el sujeto pasivo tenga más de dieciséis y menos de dieciocho años⁸⁹. Anteriormente el engaño se relacionaba con la “falsa promesa de matrimonio”, pero la doctrina ha hecho una labor de ampliación de este concepto configurando que por engaño, ha de entenderse cualquier medio fraudulento empleado por el sujeto activo para inducir a error a la víctima, la cual otorga su consentimiento viciado, y conseguir el acceso carnal⁹⁰. Este engaño, concreta DÍEZ RIPOLLÉS, debe recaer sobre la naturaleza sexual de la conducta propuesta o su significación social, no siendo relevante el engaño que incide sobre las razones que lleven al sujeto pasivo a consentir realizar un comportamiento sexual sobre cuya caracterización no tiene carencias cognitivas apreciables⁹¹. Además, conforme a MORALES PRATS, este engaño ha de ser suficiente y eficaz, con capacidad para alterar el proceso de formación de la voluntad de la víctima⁹².

2. Otras modalidades se refieren a supuestos de abusos sexuales no consentidos expresa o presuntamente, bien porque la víctima no consiente o carece de la capacidad para manifestar su voluntad, teniendo que distinguir supuestos en los que la víctima se encuentre privada de sentido, cuando se abuse del trastorno mental padecido, cuando se anule su voluntad (art. 181.2) y cuando se trate de una persona menor de trece años (art. 183.1). En efecto, cada uno de estos casos han sido precisados por la jurisprudencia de la siguiente manera:

En el primer supuesto, hablamos de una persona privada de sentido en cuanto carece de capacidad para autodeterminarse debido a una profunda alteración de sus facultades perceptivas que le impiden captar la realidad y acomodar su actuación conforme a tal conocimiento⁹³. El Tribunal Supremo ha establecido que la correcta interpretación de este concepto “incluye aquellos supuestos en los que la pérdida de conciencia no es total, pero afectan de manera intensa la capacidad de reacción activa frente a fuerzas externas, no precisando una inconsciencia total, sino que basta una disminución apreciable e intensa de las facultades anímicas que haga a la víctima inerte a los requerimientos, al quedar prácticamente anulados sus frenos inhibitorios”⁹⁴. Por lo tanto, aquí incluimos los casos en los que el sujeto pasivo ha ingerido grandes ingestas de alcohol o drogas, se encuentra desmayado, anestesiado o narcotizado, e incluso, ocasionalmente, la jurisprudencia incluye en este concepto a las personas dormidas. También conviene destacar que el Tribunal no considera necesaria que el sujeto activo sea el que haya provocado alguna de estas situaciones de ausencia de sentido, siendo suficiente se haya aprovechado de ellas⁹⁵.

⁸⁹Cabe señalar que el legislador anteriormente consideraba como individuos susceptibles de ser engañados a los mayores de trece y menores de dieciséis años, no obstante, con la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, cambia su perspectiva y entiende que esta edad debe elevarse desde los dieciséis hasta los dieciocho años.

⁹⁰ Así, GOENAGA OLAIZOLA, R., ob. cit., págs. 108-109.

⁹¹ Expresamente, DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Comentarios al Código Penal. Parte Especial II...*, ob. cit., pág. 311.

⁹² Teniendo en cuenta a MORALES PRATS F./ GARCÍA ALBERO R., en *Comentarios al Nuevo Código Penal...* ob. cit., pág. 953.

⁹³ *Ibidem*, pág. 948.

⁹⁴ Véase la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) 6475/2010, de 25 de noviembre de 2010 (Recurso Núm. 10214/2010), FJ 6º, pág. 10.

⁹⁵ Supuestos que pone de manifiesto GOENAGA OLAIZOLA, R., ob. cit., pág. 105.

Respecto a la ausencia de consentimiento por el abuso de un trastorno mental, nos referimos a una persona que padece alguna alteración o anomalía psíquica que limita o anula su capacidad para comprender la naturaleza o el significado social de los comportamientos sexuales, y de acomodar su comportamiento a tal comprensión⁹⁶. A este respecto, la jurisprudencia se ha ocupado de determinar que no basta con el conocimiento de que la víctima sufre un trastorno mental, sino que es preciso que el sujeto activo “abuse” o se aproveche de dicha circunstancia para conseguir su cometido sexual. Este requisito de instrumentalización a los efectos de un abuso sexual, se ha implantado, de hecho, a raíz de la problemática en torno a la capacidad de autodeterminación que poseen estas personas en el ámbito de la sexualidad, pues el objetivo no es obstaculizar la posibilidad de un ejercicio normal de su sexualidad sino permitir que un enajenado pueda tener relaciones sexuales con personas que gocen de una normal imputabilidad sin que por ello éstas estén cometiendo un delito⁹⁷.

Los abusos sexuales cometidos anulando la voluntad de la víctima son una modalidad añadida al Código penal a través de la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio. Esta conducta consiste, tal y como indica el Código, en anular la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química ideal para producir ese efecto, hasta tal punto de que ésta pierda su capacidad de determinarse de forma autónoma en el ámbito sexual y por tanto, no pueda oponerse a los deseos del sujeto activo. En este punto, la jurisprudencia considera que “es suficiente para aplicar esta modalidad de abuso sexual con que la víctima se encuentre en un estado de notable alteración de su capacidad para decidir libremente sobre la relación sexual” siempre y cuando dicha anulación “haya sido provocada por el propio sujeto activo del atentado sexual, o, en todo caso, por un partícipe que actúe en connivencia con éste”⁹⁸.

Por último, el Código introduce una presunción “*iuris et de iure*” de ausencia de consentimiento que opera, en todo caso, cuando se trata de una persona menor de trece años, con independencia de la actitud del menor, esto es, incluso cuando éste haya provocado el contacto sexual⁹⁹.

3.2. Delito de acoso sexual

Para empezar, hay que señalar que la doctrina laboral distingue distintos tipos de acoso, divididos en tres grandes grupos: el acoso moral o mobbing, que afecta a la dignidad y a la integridad moral de la persona, el acoso discriminatorio por razones de raza, religión o sexo, y, por último, el acoso sexual, en sentido estricto, que a su vez se subdivide en acoso sexual ambiental y acoso sexual de prevalimiento, de cuyo análisis nos ocuparemos en este apartado.

La actual regulación del delito de acoso sexual es fruto de la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril de reforma del Código penal en materia de delitos sexuales, mediante la cual pasa a dividirse el art. 184 CP en tres apartados para tratar de adaptarlo a otra serie de figuras

⁹⁶ Exhaustivamente, DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Comentarios al Código Penal. Parte Especial II...*, ob. cit., pág. 315-316.

⁹⁷ De acuerdo con GOENAGA OLAIZOLA, R., ob. cit., pág. 105.

⁹⁸ Véase la Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal) 2030/2015, de 2 de junio de 2015 (Recurso Núm. 6/2014), FJ 4º, págs. 7-8.

⁹⁹ En profundidad, MORALES PRATS F./ GARCÍA ALBERO R., en *Comentarios al Nuevo Código Penal...* ob. cit., pág. 948 y ss.

de acoso en las que el sujeto activo no amenazaba con afectar legítimas expectativas de la víctima, sino que creaba una situación hostil, intimidatoria o humillante para la misma¹⁰⁰:

“Artículo 184.

1. El que solicitare favores de naturaleza sexual, para sí o para un tercero, en el ámbito de una relación laboral, docente o de prestación de servicios, continuada o habitual, y con tal comportamiento provocare a la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante, será castigado, como autor de acoso sexual, con la pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses.

2. Si el culpable de acoso sexual hubiera cometido el hecho prevaliéndose de una situación de superioridad laboral, docente o jerárquica, o con el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con las legítimas expectativas que aquélla pueda tener en el ámbito de la indicada relación, la pena será de prisión de cinco a siete meses o multa de 10 a 14 meses.

3. Cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación, la pena será de prisión de cinco a siete meses o multa de 10 a 14 meses en los supuestos previstos en el apartado 1, y de prisión de seis meses a un año en los supuestos previstos en el apartado 2 de este artículo”¹⁰¹.

De este modo, Ley orgánica 11/1999 vino a incorporar, como supuesto básico del delito de acoso sexual, la modalidad del denominado acoso sexual ambiental, según el cual no es necesario el aprovechamiento de una situación de superioridad, sino que basta con que la solicitud de contenido sexual provoque en la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante¹⁰².

Así, la conducta típica reside en la solicitud de favores sexuales, lo cual comprende la solicitud de cualquier conducta sexual, encontrándonos con un concepto indeterminado que ocasionará problemas interpretativos. Por otro lado, el Código tampoco concreta de qué manera o a través de qué medio debe hacerse esta solicitud, pero en todo caso, deberá tratarse de una solicitud seria, verosímil y explícita¹⁰³. A este respecto, el TS determina que “esa solicitud no tiene que ser necesariamente verbalizada, bastando que se exteriorice de manera que así pueda ser entendida por la persona destinataria. Y basta, para que la actitud requirente sea típica, que se produzca no obstante el rechazo del destinatario o destinataria”¹⁰⁴. Por lo tanto, desde el punto de vista objetivo, el delito exige únicamente que la víctima se encuentre en un contexto sexual, sin requerir que efectivamente se llegue a producir la implicación en un comportamiento sexual, lo que se sanciona es la mera solicitud.

Los sujetos activos son delimitados por el legislador al establecer como autores únicamente a aquellos inmersos en un contexto laboral, docente o de prestación de servicios¹⁰⁵. Así, al ser suficiente que el autor esté inserto en alguno de estos contextos, no es preciso que, además, tenga que encontrarse en una situación de superioridad, pudiendo ser, igualmente, sujetos activos quienes se encuentren en una posición de igualdad o los

¹⁰⁰ Detenidamente sobre las formas de acoso sexual, MARTÍNEZ GONZALES, M.I. en “El acoso en derecho penal: Una primera aproximación al tratamiento penal de las principales formas de acoso”, *Revista penal*, Núm. 18, 2006, pág. 189.

¹⁰¹ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE Núm. 281, de 24 de noviembre de 1995.

¹⁰² MARTÍNEZ GONZALES, M.I., ob. cit., pág. 195.

¹⁰³ En profundidad, DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. en *Comentarios al Código Penal. Parte Especial II...*, ob. cit., págs. 396-398.

¹⁰⁴ Véase la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Segunda de lo Penal) 349/2012, de 26 de abril de 2012 (Recurso de Casación Núm. 1335/2011), FJ 4º.

¹⁰⁵ Además, esta relación debe ser de carácter habitual o continuada, descartándose la de carácter coyuntural o esporádico, e incluso la de tipo familiar o cualquier otra que no esté descrita en el tipo. En “Delito de acoso sexual”, Iberley, 7 de noviembre de 2019. Disponible en: <https://www.iberley.es/temas/delito-acoso-sexual-48311>

subordinados, e incluso los que ostentando una posición de superioridad no cumplen las circunstancias del tipo agravado¹⁰⁶. En cuanto al sujeto pasivo del delito, puede ser el propio sujeto activo o un tercero.

El tipo se completa con la exigencia de que se cree una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante¹⁰⁷. En torno a este requisito parte de la doctrina considera que se trata de un delito de resultado, mientras que otra parte sostiene que es un delito de mera actividad. Sin embargo, a juicio del TS “este aspecto se refiere a un doble requisito: de un lado, una situación objetiva, pues no bastan meras impresiones al modo de una mera caracterización personal de la víctima; de otro, y como resultado delictivo que indiscutiblemente requiere el tipo penal. No es éste, en consecuencia, un delito de mera actividad o de resultado cortado (lo que producirá la concurrencia, en su caso, de formas imperfectas de ejecución), pues exige que se provoque en la víctima una situación gravemente intimidatoria, hostil o humillante. El adverbio "gravemente" se predica tanto de la situación intimidatoria, como de la hostil o humillante. Servirá en consecuencia para delimitar cuándo las características de la acción desbordan las previsiones protectoras del ordenamiento civil o del laboral, y se adentra el comportamiento desplegado en el ámbito de lo penal"¹⁰⁸.

A todos estos elementos habrá que añadir el elemento subjetivo de dolo pues se precisa la concurrencia de un elemento subjetivo de lo injusto: la tendencia de involucrar a la otra persona en un contexto sexual¹⁰⁹.

En el segundo apartado del art. 184 el legislador configura un tipo cualificado de acoso, sobre la base de los supuestos abarcados por el tipo básico, en torno a dos hipótesis: el prevalimiento de una situación de superioridad laboral, docente o jerárquica o, el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con las legítimas expectativas que ésta pueda tener en dicha relación.

De este modo, al igual que el tipo básico, ha de existir una solicitud de favores de naturaleza sexual, pero en lo relativo a los sujetos, se añade la particularidad de que el autor debe gozar de una situación de superioridad en alguno de los contextos señalados, de tal modo que lo sitúe en una situación de ventaja¹¹⁰. Por lo tanto, se requiere, no sólo una situación objetiva de superioridad-inferioridad, sino también el elemento subjetivo de ser consciente de ese poder y tener voluntad de usarlo, ya sea para vencer posibles resistencias o bien para conseguir la aceptación de la otra parte¹¹¹.

Este prevalimiento exigido se concreta en el anuncio expreso o tácito del mal relacionado con las legítimas expectativas de la víctima. En consecuencia, el fundamento de la agravación radica en que debe darse una intimidación específica, facilitada por el hecho de que el mal se conecta con el vínculo o relación laboral, docente o de prestación de servicios existente entre las dos personas¹¹².

No obstante, considerando que normalmente el abuso de poder lleva consigo la amenaza tácita de frustrar las expectativas¹¹³ legítimas de la víctima en el mencionado ámbito y, en atención a la técnica adoptada por el legislador, consideran MORALES PRATS y

¹⁰⁶ Con detalle, DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., en *Comentarios al Código Penal. Parte Especial II...*, op cit., págs. 395-402.

¹⁰⁷ *Ibidem*.

¹⁰⁸ Véase la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala segunda de lo Penal) 721/2015, de 22 octubre de 2015 (Recurso Núm. 888/2015), FJ 17º.

¹⁰⁹ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Comentarios al Código Penal. Parte Especial II...*, ob. cit., pág. 407.

¹¹⁰ *Ibidem*, págs. 407-408.

¹¹¹ Como señala MARTÍNEZ GONZALES, M.I., ob. cit., pág. 198.

¹¹² DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Comentarios al Código Penal. Parte Especial II...*, ob. cit., pág. 412.

¹¹³ Resulta muy problemática la cuestión relativa a legitimidad o no de la expectativa que se amenaza con frustrar, teniendo que valorarse en clave subjetiva pues la propia idea de expectativa exige una aspiración personal y, tal y como indican MORALES PRATS y GARCÍA ALBERO en *Comentarios al Nuevo Código Penal* (págs. 961-962), las aspiraciones son legítimas siempre y cuando no contradigan la ley o el mejor derecho de un tercero.

GARCÍA ALBERO que “es suficiente con probar una relación de superioridad y el abuso de la misma para aplicar este tipo cualificado, sin que sea preciso acreditar, además, el anuncio expreso o tácito de procurar los mencionados perjuicios”¹¹⁴.

Por último, el apartado tercero prevé una agravación basada en la especial vulnerabilidad de la víctima por razón de edad, enfermedad o situación, que puede ser de primer o segundo grado según se aplique en el tipo básico o en el tipo agravado¹¹⁵. El fundamento de esta agravante radica en el mayor desvalor de acción que supone atentar contra la libertad sexual de una persona cuya condición determinada, facilita la consumación del delito y la sitúa en una situación desfavorable frente al autor¹¹⁶, quien conoce y se aprovecha de esta circunstancia como elemento decisivo de su ilícita estrategia de acoso sexual.

De acuerdo con MORALES PRATS y GARCÍA ALBERO este tipo cualificado debe ser objeto de una interpretación restrictiva, especialmente “cuando se trate de aplicarlo sobre supuestos previstos en el apartado dos del mismo artículo, pues el contexto en el que se producen tales acosos muestra, “per se”, una situación que ya podría ser calificada de vulnerabilidad de la víctima, dada la posición de inferioridad en que se sitúa cuando el acoso proviene de superiores, o por el riesgo de ver frustradas sus expectativas”¹¹⁷.

Cabe señalar que el artículo 184 plantea numerosos problemas concursales debido a su relación con la agresión y abuso sexual, y con la integridad moral y las amenazas, cuya solución requiere también un cierto esfuerzo interpretativo.

En el caso de los abusos sexuales la mayor parte de la doctrina se inclina por un concurso de leyes a favor del principio de consunción¹¹⁸. Concretamente, según la opinión de MUÑOZ CONDE, al ser el acoso sexual una especie de acto preparatorio de las agresiones o abusos sexuales, en caso de que efectivamente se llegue al contacto corporal, los delitos de agresión y abuso sexual serán de preferente aplicación. Y en relación con las amenazas, se debe aplicar un concurso de leyes conforme a la regla de alternatividad prevista en el art. 8.4 CP, pues de lo contrario se estaría beneficiando absurdamente el acoso sexual¹¹⁹.

Otro aspecto muy discutido por la doctrina es qué ocurre con las lesiones de carácter psicológico como consecuencia de actos de acoso sexual. Ante ello la jurisprudencia sostiene que tales alteraciones psíquicas son secuelas ordinarias derivadas de la acción delictiva y por ello, deben quedar consumidas en el tipo delictivo correspondiente por aplicación del principio de consunción del art. 8.3 CP. Pese a tantas opiniones discrepantes, el Tribunal Supremo adopta un acuerdo no jurisdiccional, el 10 de octubre de 2003, donde considera que que el delito más leve (el de acoso sexual) se englobaría dentro del delito penalizado más gravemente conforme al principio de consunción (como es el caso de las lesiones o delitos de agresión o abuso sexual).

Sin embargo, ante la problemática concursal, estimo acertada la consideración de MARTÍNEZ GONZÁLEZ de “individualizar primero los actos susceptibles de calificación y sanción penal, la intensidad de la conducta acosadora, el grado de intimidación ejercida, la gravedad del mal con el que se conmina y el peso que la condición exteriorizada por el sujeto activo va a producir en la víctima, antes de decantarnos por una u otra solución concursal.

¹¹⁴ MORALES PRATS, F. / GARCÍA ALBERO, R., *Comentarios al Nuevo Código Penal...* ob. cit., págs. 961-962.

¹¹⁵ Cabe señalar que al tratarse de una variante específica de abuso de superioridad, su apreciación debe excluir la aplicación de la circunstancia genérica del art. 22.2 CP.

¹¹⁶ Sobre ello, Díez Ripollés, J.L., *Comentarios al Código Penal. Parte Especial II...*, ob. cit., págs. 416 y ss.

¹¹⁷ Expresamente, MORALES PRATS, F./ GARCÍA ALBERO, R., *Comentarios al Nuevo Código Penal...* ob. cit., pág. 962.

¹¹⁸ Como indica MARTÍNEZ GONZALES, M.I., ob. cit., pág. 201.

¹¹⁹ Entre otros, MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal Parte Especial*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 229 y ss.

Entendiendo que de la combinación de todos estos criterios puede ser preferible en algunos casos un concurso de leyes por especialidad, consunción o alternatividad, o por el contrario en otros se mantendría un concurso ideal de delitos¹²⁰.

Cabe mencionar que en los arts. 443 y 444 del CP también se contempla la figura del acoso sexual cuyo campo de acción se decanta a la condición del sujeto activo, que debe ser un funcionario público:

“Artículo 443.

1. Será castigado con la pena de prisión de uno a dos años e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a 12 años, la autoridad o funcionario público que solicitare sexualmente a una persona que, para sí misma o para su cónyuge u otra persona con la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, ascendiente, descendiente, hermano, por naturaleza, por adopción, o afín en los mismos grados, tenga pretensiones pendientes de la resolución de aquel o acerca de las cuales deba evacuar informe o elevar consulta a su superior.

2. El funcionario de Instituciones Penitenciarias o de centros de protección o corrección de menores 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 12 años.

3. En las mismas penas incurrirán cuando la persona solicitada fuera ascendiente, descendiente, hermano, por naturaleza, por adopción, o afines en los mismos grados de persona que tuviere bajo su guarda. Incurrirá, asimismo, en estas penas cuando la persona solicitada sea cónyuge de persona que tenga bajo su guarda o se halle ligada a ésta de forma estable por análoga relación de afectividad.

Artículo 444.

Las penas previstas en el artículo anterior se impondrán sin perjuicio de las que correspondan por los delitos contra la libertad sexual efectivamente cometidos¹²¹.

La conducta consiste en solicitar sexualmente, instrumentalizando el funcionario o autoridad pública su cargo o función para conseguir un comportamiento sexual de un administrado que se encuentra en cierta relación de dependencia de aquél. En principio el precepto no requiere que el sujeto activo ofrezca realizar un acto a cambio de la conducta solicitada, bastando con la mera solicitud, pero teniendo en cuenta su redacción, podría pensarse que dicho favor sexual se haga a cambio de resolver algo que beneficie al pariente, cónyuge o persona unida por análoga relación de afectividad con el sujeto pasivo¹²².

3.3. Delito de prostitución

La prostitución es aquella actividad caracterizada por cierta habitualidad consistente en la prestación de servicios de naturaleza sexual verificados a cambio de una contraprestación económica. En la regulación actual que ofrece el CP se sancionan, por un lado, las conductas que determinan coactivamente a una persona mayor de edad a ejercer la prostitución, y por otro, las conductas favorecedoras de la prostitución de menores de edad o incapaces¹²³. Centrándonos únicamente en las conductas relacionadas con la prostitución adulta, la modalidad básica se configura en el art. 187.1 a través de la siguiente redacción:

¹²⁰ Desde otra perspectiva, MARTÍNEZ GONZALES, M.I., ob. cit., pág. 202.

¹²¹ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

¹²² MARTÍNEZ GONZALES, M.I., ob. cit., pág. 204.

¹²³ Sintéticamente, GOENAGA OLAIZOLA, R., ob. cit., pág. 908.

“1. El que, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, determine a una persona mayor de edad a ejercer o a mantenerse en la prostitución, será castigado con las penas de prisión de dos a cinco años y multa de doce a veinticuatro meses.

Se impondrá la pena de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses a quien se lucre explotando la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de la misma. En todo caso, se entenderá que hay explotación cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias:

- a) Que la víctima se encuentre en una situación de vulnerabilidad personal o económica.
- b) Que se le impongan para su ejercicio condiciones gravosas, desproporcionadas o abusivas”¹²⁴.

El párrafo 1º del artículo 187 tipifica las conductas de proxenetismo coercitivo. El bien jurídico que se pretende proteger es la libre toma de decisiones en la esfera de autodeterminación sexual del sujeto, capacidad de autodeterminación que “no desaparece, al margen de las veces y concretas situaciones en que voluntariamente lo haya aceptado”¹²⁵.

Se trata de un tipo mixto alternativo que tiene dos modalidades comisivas expresadas a través de los verbos “determinar” y “mantener”. No obstante el hecho de influir de forma directa sobre otra persona para que ejerza la prostitución o de conseguir que ésta se mantenga, no adquiere por sí solo relevancia penal, en cuanto no siempre supone la puesta en peligro o lesión del bien jurídico. Lo que requiere el tipo objetivo es que esta determinación o mantenimiento se realice mediante el empleo de determinados medios¹²⁶.

En primer lugar, el tipo penal hace referencia al empleo de la violencia –fuerza física– y de la intimidación –fuerza psíquica– como medios alternativos¹²⁷ para crear una situación de miedo capaz de vencer la voluntad contraria de la víctima a mantener relaciones sexuales con terceros a cambio de remuneración¹²⁸. El engaño también se configura como medio típico para coartar la voluntad de la víctima, al considerarse especialmente idóneo para conseguir que el sujeto pasivo se dedique a la prostitución al situarlo en una situación de vulnerabilidad¹²⁹. Por último, se establece el abuso por parte del sujeto activo de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima¹³⁰. Se exige que tales

¹²⁴ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

¹²⁵ Véase la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo penal) 680/2016, de 26 de julio de 2016 (Recurso de Casación Núm. 1847/2015) FJ 3º, pág. 7.

¹²⁶ Un análisis detenido en GONZÁLEZ TASCÓN, M.M., “Mujer prostituida y Derecho penal”, MONGE FERNÁNDEZ A. (Dir.) y PARRILLA VERGARA J. (Org.), *Mujer y Derecho penal ¿Necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?*, Ed. Bosch, Barcelona, 2019, pág. 394.

¹²⁷ La jurisprudencia incluye entre la modalidad coactiva típica: la retención del pasaporte de la víctima hasta el momento en que se amortiza la ficticia deuda, el empleo de vías de hecho como el control de cada uno de los servicios prestados por las mujeres, la vigilancia de sus salidas a la ciudad, su conducción mediante furgoneta al club y las amenazas de sanción económica si no trabajaban con la excusa de la menstruación u otras., GONZÁLEZ TASCÓN, M.M., “Aspectos jurídicos penales de la explotación sexual de las personas adultas en la prostitución y de otras conductas relacionadas”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N° 22-10, 2020, págs. 17-18.

¹²⁸ Ambas expresiones aparecieron en el tipo penal tras la LO 11/1999 de reforma del CP en sustitución de la expresión “el que determine coactivamente” que había suscitado diversas dudas sobre su correcto significado.

¹²⁹ Hablamos de supuestos como las falsas promesas de trabajo legal que se realizan principalmente a mujeres inmigrantes o cuando existe un considerable contraste entre lo que se les ofrece en el momento de la captación para la prostitución y la realidad con la que finalmente se encuentran. El engaño también es utilizado como mecanismo para mantener en la prostitución a mujeres que libremente optaron por este camino y quieren abandonarlo al engatusarlas con deudas ficticias, falsas informaciones sobre la legislación española en materia de derechos o la actuación policial, etc. En GONZÁLEZ TASCÓN, M.M., “Aspectos jurídicos penales de la explotación sexual de las personas adultas en la prostitución y de otras conductas relacionadas”, ob. cit., pág. 18.

¹³⁰ Claros ejemplos de situación de vulnerabilidad o de necesidad o de superioridad son aquellos en los que “la víctima es extranjera, joven, no español parlante, previamente desplazada a España por los prostituidores, sin vínculos en la

situaciones sean manifiestas, es decir, evidentes, claras y perceptibles objetivamente, de tal forma que el autor, consciente, sirva de ellas para lograr que la víctima ejerza la prostitución o se mantenga en ella¹³¹.

Así, el elemento subjetivo del tipo penal está formado únicamente por el dolo, que además en atención a los medios que ha de emplear el sujeto ha de ser directo o de primer grado¹³².

Hasta el año 2003 se afirmaba la atipicidad del rufianismo (vivir a expensas de quien se prostituye) pero con la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre tales comportamientos pasan a ser típicos¹³³. Se introdujo un nuevo delito mediante el cual se sancionaba a quien se lucrara explotando la prostitución de otra persona, aún con el consentimiento de la misma¹³⁴. Así, el inciso segundo del art. 187.1 tipifica este delito configurándolo tanto en un contexto de explotación coactiva como de prostitución libre, tal y como se entiende de la expresión “aún con el consentimiento de la víctima”¹³⁵. Elemento indispensable es la obtención por parte del sujeto activo de un provecho económico procedente directamente de la explotación sexual de la víctima. No obstante, no toda la ganancia proveniente de la prostitución, por sí sola, convierte a la persona que la percibe en autora de este delito sino que adquiere una mayor gravedad.

El TS fijó los siguientes criterios que ayudarían a una interpretación restrictiva del tipo: “a) Que los rendimientos económicos se deriven de la explotación sexual de una persona que se halle mantenida en ese ejercicio mediante el empleo de violencia, intimidación, engaño o como víctima del abuso de superioridad o de su situación de necesidad o vulnerabilidad; b) Quien obtiene el rendimiento económico a costa de la explotación sexual ajena ha de ser conocedor de las circunstancias que determinan a la persona prostituida a mantenerse en el ejercicio de la prostitución¹³⁶; c) La ganancia económica puede ser fija, variable o a comisión, pero es preciso, en cualquier caso, que se trate de un beneficio económico directo. Sólo la explotación lucrativa que está íntimamente ligada a la fuente de la prostitución ajena queda abarcada en el tipo y d) La percepción de esa ganancia ha de ser el fruto de algo más que un acto aislado o episódico. No basta con un mero gesto de liberalidad. Esa reiteración es exigible, tanto en la persona que ejerce la prostitución como en aquella otra que se lucra con su ejercicio”¹³⁷.

Por tanto, observamos que, antes de la reforma de 2010, la jurisprudencia del TS parecía considerar la prostitución en algunas ocasiones como un trabajo, no asumiento una

comunidad española, sin documentación y permisos de entrada y residencia en España, sujeta a la vigilancia de sus desplazamientos, ubicada en lugares aislados... (STS nº 187/2003, de 14 de febrero, FJ. 1º, -Roj: STS 978/2003-)”. Pero también se reconoce que la situación de superioridad puede originarse por vínculos familiares o asimilados, y que las situaciones de vulnerabilidad y de necesidad pueden deberse a casos de penuria económica, drogodependencia u otros de salud. En GONZÁLEZ TASCÓN, M.M., “Aspectos jurídicos penales de la explotación sexual de las personas adultas en la prostitución y de otras conductas relacionadas”, ob. cit. págs. 19-20.

¹³¹ Conforme a GONZÁLEZ TASCÓN, M.M., “Mujer prostituida y Derecho penal”, ob. cit., págs. 394-397.

¹³² GONZÁLEZ TASCÓN, M.M., “Aspectos jurídicos penales de la explotación sexual de las personas adultas en la prostitución y de otras conductas relacionadas”, ob. cit., pág. 20.

¹³³ Sintéticamente, GORJÓN BARRANCO, M.C., “Dudas que plantea el Proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual respecto de la agencia de las mujeres y en valor del consentimiento”, *Revista Sistema Penal crítico*, Nº 2, 2021, pág. 148.

¹³⁴ Con esta redacción la tercería locativa también quedaría englobada, así como otros muchos lucros, como por ejemplo, hacer de chófer de la prostituta, tal y como dictaminaron algunas Audiencias Provinciales.

¹³⁵ GONZÁLEZ TASCÓN, M.M., “Mujer prostituida y Derecho penal”, ob. cit., pág. 397.

¹³⁶ Además, el TS menciona que en aquellos supuestos en los que la persona que se lucra explotando abusivamente la prostitución es la misma que aquella que ha determinado coactivamente a la víctima a mantenerse en el tráfico sexual, el primer inciso del art. 187.1 excluiría la aplicación del inciso final, por aplicación de la regla de consunción (art. 8.3 del CP).

¹³⁷ Véase la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Segundo de la Penal) 445/2008, 3 de julio de 2008 (Recurso Núm. 11204/2007), FJ 4º.

postura abolicionista sino que exigían algo más que la organización y planificación de la actividad, con la consecuente obtención de un lucro por ello. No obstante, con estos criterios era posible confundirse y mezclarse la determinación forzada a la prostitución con la simple intermediación en el trabajo sexual voluntario y libre, lo que llevo a que en el año 2015 el legislador procediera a enumerar expresamente los supuestos en los que se entiende que existe explotación, para no tener que dirigirse a criterios jurisprudenciales.

De este modo, se delimita la aplicación de este delito a aquellos casos en los que el sujeto pasivo se encuentre en una “situación de vulnerabilidad personal o económica” o a aquellos en “que se le impongan para su ejercicio condiciones gravosas, desproporcionadas o abusivas”, éste último mayormente relacionado con el ejercicio de la prostitución libre. Con ello el legislador aclara que la conducta no debe centrarse en el lucro o ganancia sino en la explotación que de la actividad se realiza¹³⁸.

En cuanto al apartado segundo del artículo 187, introduce la agravación de las penas previstas en los apartados anteriores en su mitad superior, cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias:

- “a) Cuando el culpable se hubiera prevalido de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público. En este caso se aplicará, además, la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años.
- b) Cuando el culpable perteneciere a una organización o grupo criminal que se dedicare a la realización de tales actividades.
- c) Cuando el culpable hubiere puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima”¹³⁹.

4. El proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual

El Proyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual fue aprobado por el Consejo de Ministros el día 6 de julio de 2021, a propuesta de los Ministerios de Igualdad y Justicia, y publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales del 26 de julio. Se trata de un borrador que aún requiere de aprobación parlamentaria¹⁴⁰.

El iter legislativo del texto tiene su origen en la denominada “Proposición de Ley de Protección Integral de la Libertad Sexual y para la erradicación de las violencias sexistas”, presentada por el Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos ante la Mesa de la Cámara el día 20 de julio de 2018. Meses después, tiene lugar la presentación del original, el 3 de marzo de 2020, ante el mismo Consejo de Ministros por parte del Ministerio de Igualdad a los efectos previstos en el art. 26.4 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, con un título ligeramente modificado: “Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la libertad sexual”, texto que finalmente fue publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 26 de julio¹⁴¹.

En el texto que ahora sigue su tramitación parlamentaria se contienen diversos aspectos que, según indica acertadamente ACALE SÁNCHEZ, resultan contradictorios, tales como la unificación de los delitos de agresiones sexuales y abusos, por un lado y las

¹³⁸ Sobre ello, GORJÓN BARRANCO, M.C., ob. cit. pág. 149.

¹³⁹ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

¹⁴⁰ Como señala ACALE SÁNCHEZ, M. en “Delitos sexuales: razones y sinrazones para esta reforma”, *IgualdadES*, Año nº 3, Nº 5, 2021, págs. 467-485

¹⁴¹ ACALE SÁNCHEZ, M., “Valoración de los aspectos penales del proyecto de ley orgánica de medidas de protección integral de la libertad sexual de 26 de julio 2021”, *Revista Sistema Penal crítico*, Nº 2, 2021, págs. 158-176.

cuestiones relativas al proxenetismo y a la tercería locativa, por otro¹⁴², cuestiones en las que profundizaremos más adelante.

En concreto, las reformas del Código penal que prevé llevar a cabo este Proyecto de Ley se centran principalmente en el Libro II del Código. No obstante, se sobrepasan los límites del Título VIII donde, según la rúbrica del vigente Código, se castigan los “delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”¹⁴³ y se extiende a los Títulos VI (delitos contra la libertad), VII (delitos contra la integridad moral) y XIX (delitos contra la Administración pública)¹⁴⁴. En lo que aquí respecta, centraremos nuestra atención en las modificaciones previstas en los delitos contra la libertad sexual.

El contexto en el que se produce este debate es de gran relevancia en la medida en que la realidad criminal que se presenta en España en cuanto a las distintas formas de violencia sexual se confirma con los sucesivos informes del Observatorio estatal de violencia sobre la mujer, las memorias del CGPJ, los informes sobre delitos contra la libertad e indemnidad sexual (Secretaría de Estado de Seguridad del Ministerio de Interior, 2018) y la reciente Macroencuesta de Violencia contra la mujer (Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género del Ministerio de igualdad, 2019)¹⁴⁵. Todo ello teniendo en cuenta que existe una notable insuficiencia de información estadística ya que, tal y como arrojan los resultados de la Macroencuesta de victimización de 2019, solo el 8% de las mujeres que han sufrido violencia sexual fuera de la pareja ha denunciado alguna de estas agresiones ante las instancias oficiales, y si se tiene en cuenta las denuncias realizadas por otra persona o institución el porcentaje de denuncia se reduce al 11,1%. Prueba de ello es el porcentaje elevado de mujeres que no denuncian una violación por “la vergüenza” (40.3%), el haber sido menor cuando tuvo lugar (40.2%), “el temor a no ser creída” (36,5%) o el miedo al agresor (23,5%)¹⁴⁶.

No obstante, la prevalencia revelada ya es alarmante, pues el 57,3% de las mujeres de 16 o más años residentes en España ha sufrido violencia por ser mujer, es decir, hablamos de 11.688. 411 mujeres¹⁴⁷. Si hablamos fuera del ámbito de la pareja, la Macroencuesta señala que el 6,5 % ha sufrido violencia sexual a lo largo de su vida (1.322.052 mujeres) y un 2,2 % del total han sido violadas alguna vez en su vida (453.371 mujeres). Además, el 12,4 % de las mujeres que han sufrido violencia sexual fuera de la pareja manifiestan que en alguna de las agresiones sexuales participó más de una persona. Finalmente, en el 40,6 % de los casos de violencia, ésta se repitió más de una vez¹⁴⁸.

De aquí la importancia de una propuesta de reforma legal que incida sobre el origen del problema de la violencia sexual.

4.1. Objeto y ámbito de aplicación de la ley

¹⁴² *Ibidem*.

¹⁴³ Sin embargo, en el Proyecto se contrae a la de “delitos contra la libertad sexual”, persistiendo diversos debates doctrinales respecto a si es o no necesaria la inclusión expresa junto a la libertad de la indemnidad sexual. *Vid.* DÍEZ RIPOLLÉS J.L., *La protección de la libertad sexual. Insuficiencias actuales y propuestas de reforma*, Ed. Bosch, Barcelona, 1985, págs. 24 y ss.

¹⁴⁴ ACALE SÁNCHEZ, M., “Valoración de los aspectos penales del proyecto de ley...”, *ob. cit.*, pág. 165.

¹⁴⁵ En detalle, GORJÓN BARRANCO, M.C., *ob. cit.*, págs. 140-141.

¹⁴⁶ Sobre ello precisa ACALE SÁNCHEZ, M. en “Valoración de los aspectos penales del proyecto de ley...”, *ob. cit.*, pág. 158.

¹⁴⁷ Refiriéndonos a todas las violencias medidas en la encuesta, desde una mirada lasciva a una violación y violencias cotidianas que las mujeres experimentan.

¹⁴⁸ Macroencuesta 2019 de Violencia contra la Mujer. Disponible en: https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/macroencuesta2015/pdf/Principales_Resultados_Macroencuesta2019.pdf

El objeto del presente Proyecto de ley es la protección integral del derecho a la libertad sexual de todas las personas y la erradicación de todas las violencias sexuales. Para ello, se pretende adoptar y poner en práctica políticas efectivas, globales y coordinadas entre las distintas administraciones públicas competentes, que garanticen la prevención y la sanción de todas las formas de violencia sexual (art. 1).

Aunque la Exposición de Motivos comienza situando el análisis de la libertad sexual en el ámbito de los derechos humanos de la ciudadanía, reconoce, al mismo tiempo, que las violencias sexuales constituyen un fenómeno criminal que tiene como víctimas principales a mujeres, niñas y niños¹⁴⁹, y que concretamente, el acceso efectivo a los derechos de las mujeres en este ámbito “ha sido históricamente obstaculizado por los roles de género establecidos en la sociedad patriarcal, que sustentan la discriminación de las mujeres y penalizan, mediante formas violentas, las expresiones de libertad contrarias al citado marco de roles”¹⁵⁰.

Respecto al ámbito de aplicación objetivo, tal y como señala el artículo 3, comprende, sin perjuicio de lo previsto en el Código penal, las violencias sexuales, entendidas como “cualquier acto de naturaleza sexual no consentido o que condicione el libre desarrollo de la vida sexual en cualquier ámbito público o privado, incluyendo el ámbito digital”. En concreto, la Exposición de Motivos define como actos de naturaleza sexual a la agresión sexual, el acoso sexual y la explotación de la prostitución ajena, además del resto de delitos previstos en el título VIII del libro II del Código Penal¹⁵¹.

Como he adelantado previamente, el ámbito de aplicación subjetivo comprende a todas aquellas personas que hayan sido víctimas de violencias sexuales, si bien la Ley enfatiza, principalmente, en la necesidad de protección de las mujeres, niñas y niños. No obstante, dada la extensión de este trabajo dejaremos de lado el análisis de la reforma referida a menores de edad.

Así, esta ley es de aplicación en España con independencia de la nacionalidad y de la situación administrativa; o en el extranjero, siempre que la víctima sea de nacionalidad española, en los términos previstos en el artículo 49 de esta ley, y cuando el delito pueda ser perseguido en España, en los supuestos previstos en el artículo 23 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (art. 3.2)¹⁵².

4.2. El origen de la reforma: El Convenio de Estambul y el caso de “La Manada

4.2.1 La influencia del Convenio de Estambul en la redacción del Proyecto de ley

Para el adecuado análisis de la protección de la libertad sexual es fundamental echar la vista hacia el plano internacional, ya que uno de los motivos de la existencia de este Proyecto de ley es dar cumplimiento a los compromisos internacionales asumidos por España, entre ellos el “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 y ratificado por España en el año 2014¹⁵³.

Además, esta ratificación dio lugar a que en España, en el año 2017, se aprobara el Pacto de Estado contra la violencia de género, cuya propuesta nº 84 se comprometía a

¹⁴⁹ En base a ACALE SÁNCHEZ, M., “Delitos sexuales: razones y sinrazones para esta reforma”, ob. cit., pág. 470.

¹⁵⁰ Señala el Proyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual (121/000062) publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Núm. A-62-1 de 26/07/2021.

¹⁵¹ Proyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual.

¹⁵² Proyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual.

¹⁵³ GORJÓN BARRANCO, M.C., op cit., pág. 143.

“ampliar el concepto de violencia de género a todos los tipos de violencia contra las mujeres contenidos en el Convenio de Estambul”¹⁵⁴.

No obstante, cabe mencionar que, tanto la Exposición de Motivos de la ley como el Dictamen sobre el Anteproyecto emitido por el Consejo Económico social, también insisten en ejecutar los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) adoptados por las Naciones Unidas en la Resolución de 25 de septiembre de 2015 sobre la Agenda 2030, entre los cuales se encuentra el lograr la igualdad de género y el empoderamiento de las mujeres y las niñas eliminando todas las formas de violencia contra éstas en los ámbitos público y privado, incluyendo la trata y explotación sexual (ODS 5.2)¹⁵⁵.

Volviendo al Convenio, se trata de una aportación regional europea a la consecución de una mayor igualdad entre mujeres y hombres, pero sucesora de numerosas iniciativas anteriores tal y como se indica en el preámbulo donde menciona diversos tratados internacionales de carácter universal y regional que incorporan normas protectoras de la igualdad y no discriminación¹⁵⁶. Fue creado por un comité de expertos ad hoc formado por representantes de los Estados miembros del Consejo de Europa, con el principal objetivo de prevenir y combatir la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica¹⁵⁷. De hecho, este comité de expertos (denominado GREVIO¹⁵⁸) recomienda a las autoridades españolas en su informe “*Baseline Evaluation Report Spain*”¹⁵⁹ de 15 de octubre 2020, la reforma del Código penal¹⁶⁰.

A partir de la ratificación del Convenio 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 mujeres¹⁶¹. En el propio preámbulo del Convenio se reconoce que “la naturaleza estructural de la violencia contra las mujeres está basada en el género, y que la violencia contra las mujeres es uno de los mecanismos sociales cruciales por los que se mantiene a las mujeres en una posición de subordinación con respecto a los hombres”. Igualmente, se pone de relieve cómo las mujeres se exponen habitualmente a formas graves de violencia tales como “la violencia doméstica, el acoso sexual, la violación, el matrimonio forzoso...”, que violan sus derechos humanos y que constituyen “un obstáculo fundamental para la realización de la igualdad entre mujeres y hombres”¹⁶². Por lo tanto, se deja claro que estamos ante una violación de derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres¹⁶³.

Las disposiciones del Convenio están dirigidas, tal como se resalta en el título y en el contenido del mismo, a la necesidad de combatir, en particular, la violencia de género. No obstante, pasando al análisis del contenido lo que aquí nos interesan son los siguientes aspectos referentes a los atentados contra la libertad sexual:

¹⁵⁴ Sobre ello, ACALE SÁNCHEZ, M., “Valoración de los aspectos penales del proyecto de ley...”, ob. cit., pág. 163.

¹⁵⁵ *Ibidem*, pág. 140.

¹⁵⁶ En detalle, USHAKOVA, T., “La aportación del nuevo Convenio del Consejo de Europa al debate sobre la violencia de género”, *Revista internacional y comparada de relaciones laborales y derecho del empleo*, Volumen 1, Nº 4, octubre-diciembre de 2013, págs. 2-5.

¹⁵⁷ A fondo sobre el Convenio de Estambul, LÓPEZ DE ZUBIRÍA DÍAZ, S., “El Convenio de Estambul en la lucha contra la violencia de género”, *Letras jurídicas: revista de los investigadores del Instituto de Investigaciones Jurídicas U. V.*, Nº. 39, 2019, págs. 203-218.

¹⁵⁸ Group of Expert son Action against Violence against Women and Domestic Violence del Consejo de Europa.

¹⁵⁹ 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>.

¹⁶⁰ ACALE SÁNCHEZ, M., “Valoración de los aspectos penales del proyecto de ley...”, ob. cit., pág. 163.

¹⁶¹ *Ibidem*.

¹⁶² Instrumento de ratificación 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 (BOE núm. 137, de 6 de junio de 2014).

¹⁶³ Conforme a USHAKOVA, T., ob. cit., pág. 8.

El primero de ellos es la identificación en el artículo 36 con *nomen iuris proprio*, dentro de la violencia sexual, al delito de violación. No se ofrece una distinción entre diferentes tipos de atentados contra la libertad sexual sino que se establecen tres comportamientos que han de ser tipificados como delito y por ende, castigados, siempre y cuando se cometan intencionadamente¹⁶⁴: el primero hace referencia a “la penetración vaginal, anal u oral no consentida, con carácter sexual, del cuerpo de otra persona con cualquier parte del cuerpo o con un objeto”; en segundo lugar, se determina el castigo de “los demás actos de carácter sexual no consentidos sobre otra persona”; y por último se sanciona “el hecho de obligar a otra persona a prestarse a actos de carácter sexual no consentidos con un tercero”¹⁶⁵.

De este elenco de conductas pueden desprenderse que el Convenio, más que en el acto de la penetración, incide en el acceso carnal, ya sea con un pene, con otras partes del cuerpo u objetos, ya que realiza una equiparación del pene a los accesos “linguales y digitales” y a la introducción de un objeto¹⁶⁶.

Además, el Convenio de Estambul también coloca en el foco principal la figura del consentimiento. Los comportamientos antes descritos deben ser tipificados como delito “cuando no exista consentimiento”, sin distinguir diferentes formas de consentimiento¹⁶⁷, a diferencia de como sucede en nuestro Código penal actual que diferencia categorías según el contenido del injusto. De hecho, se añade específicamente en el apartado 2º del artículo 36, que “el consentimiento debe prestarse voluntariamente como manifestación del libre arbitrio de la persona considerado en el contexto de las condiciones circundantes”¹⁶⁸.

De este modo, el consentimiento se constituye como un elemento central de la configuración de los delitos sexuales quedando en un segundo plano los medios comisivos utilizados por el autor a tal efecto¹⁶⁹. Tanto así que, el mismo Proyecto de ley es consciente, en conformidad con ACALE SÁNCHEZ, de que “poner el acento como exige el convenio de Estambul en la falta de consentimiento es la meta, porque en él se funda el bien jurídico protegido libertad sexual y su variante de la seguridad”. En contra de ello se sitúa DÍEZ RIPOLLÉS al afirmar 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”¹⁷⁰.

En este sentido, es relevante poner de manifiesto que el Convenio, a diferencia de la regulación actual de nuestro Código penal, no incluye mención alguna a la necesidad de la fuerza, violencia o intimidación como elemento constitutivo del delito¹⁷¹. Por ello, esta redacción ofrecida por el Tratado ha provocado el debate doctrinal y jurisprudencial en las sucesivas sentencias del caso de “La Manada” donde justamente fue el concepto de intimidación el objeto de discusión, cuestión que analizaremos más adelante¹⁷².

¹⁶⁴ Véase ESTEVE MALLENT, L., ob. cit., pág. 46.

¹⁶⁵ Art. 36 del Instrumento de ratificación 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 (BOE núm. 137, de 6 de junio de 2014).

¹⁶⁶ Al respecto, ACALE SÁNCHEZ, M., “Delitos sexuales: razones y sinrazones para esta reforma”, ob. cit., pág. 472.

¹⁶⁷ ESTEVE MALLENT, L., ob. cit., pág. 46.

¹⁶⁸ Art. 36 del Instrumento de ratificación 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 (BOE núm. 137, de 6 de junio de 2014).

¹⁶⁹ ACALE SÁNCHEZ, M., “Delitos sexuales: razones y sinrazones para esta reforma”, ob. cit., pág. 473.

¹⁷⁰ Véase dos posturas dispares en ACALE SÁNCHEZ, M., “Propuestas que disminuyan la revictimización. Unificación de las agresiones y los abusos sexuales”. En *Violencia sexual de género contra las mujeres adultas: Especial referencia a los delitos de agresión y abusos sexuales*, Editorial Reus, 2020, pág. 412.

¹⁷¹ En base a VALLEJO TORRES, C., “Delitos contra la libertad sexual y perspectiva de género: una mirada hacia fuera para reflexionar desde dentro”, *Diario la Ley n° 8447*, Madrid, 20 de Septiembre de 2018, pág. 4.

¹⁷² Específicamente, según ALTUZARRA ALONSO, tan solo un pequeño porcentaje de los países que han ratificado el convenio lo han incorporado plenamente “recogiendo la falta de consentimiento como elemento definitorio del delito de

Por último, el apartado 3º del artículo 36 recoge una previsión que obliga a reconocer como violencia sexual también a la ejercida por “los cónyuges o parejas de hecho antiguos o actuales”¹⁷³, lo que supone, de acuerdo con VALLEJO TORRES, “una clara apuesta por reconocer tales delitos como un atentado contra la libertad sexual, desterrando definitivamente otras consideraciones relacionadas con el honor o la honestidad”¹⁷⁴.

Por otro lado, cabe señalar que el Convenio también menciona el acoso sexual entre las violencias que además de constituir “una violación grave de los derechos humanos de las mujeres y las niñas” son también “un obstáculo fundamental para la realización de la igualdad entre mujeres y hombres”. El artículo 40 establece una obligación para las partes de adoptar “las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que toda forma de comportamiento no deseado, verbal, no verbal o físico, de carácter sexual, que tenga por objeto o resultado violar la dignidad de una persona, en particular cuando dicho comportamiento cree un ambiente intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo, sea castigado con sanciones penales u otro tipo de sanciones legales”.

La conclusión implícita de este precepto es situar al acoso sexual como una forma de violencia de género contra las mujeres, reconociendo a su vez, su especificidad dentro de las discriminaciones por razón de sexo¹⁷⁵. Asimismo, entra en juego nuevamente la necesidad del consentimiento al definir el acoso como “toda forma de comportamiento no deseado”. No obstante, ante esto la doctrina ha sido muy crítica argumentando que el requisito según el cual la víctima del acoso debe demostrar que la actuación del sujeto activo le resulta indeseada es en absoluto insostenible jurisdiccional y socialmente, ya que, tal y como afirma PEREZ DEL RÍO “si una actuación resulta ofensiva, debe entenderse, sin sospechas de ninguna clase, que, por ello mismo, es indeseada”¹⁷⁶. En esta línea, en armonía con LOUSADA AROCHENA, lo más razonable es que “el ilícito se consume con la ofensa, no con la negativa de la víctima, sin perjuicio de que si el comportamiento sexual le gusta a quien lo recibe, su consentimiento pueda legitimarlo”¹⁷⁷.

Desde esta perspectiva, puede comprobarse que el Proyecto de ley objeto de análisis intenta ajustar su regulación a las pautas marcadas por este Convenio de Estambul, principalmente en lo referente a los actos sexuales constitutivos de delito (y, en concreto, constitutivos de delitos de violación), y al valor del consentimiento¹⁷⁸, ya que aún se aprecian amplias diferencias entre la regulación de este tipo de delitos en el Convenio y en el Código penal español. Ello se debe a que, mientras el primero enfatiza en la ausencia del consentimiento de la víctima, el segundo concede mayor importancia a los medios comisivos

violación y descartando que el uso de la violencia o su amenaza sean requisitos necesarios”. “La amplia mayoría de los países europeos no han incorporado el contenido del mismo a sus legislaciones, cuyas definiciones legales de violación se basan en la fuerza o la amenaza, de modo que cuando aquellas no acaecen no concurre este delito”. En Altuzarra Alonso, I., ob. cit., págs. 14-15.

¹⁷³ Art. 36 del Instrumento de ratificación 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 (BOE núm. 137, de 6 de junio de 2014). Concretamente este 3º apartado establece que: “*las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que las disposiciones del apartado 1 se apliquen también contra los cónyuges o parejas de hecho antiguos o actuales, de conformidad con su derecho interno*”.

¹⁷⁴ VALLEJO TORRES, C., ob. cit., pág. 4.

¹⁷⁵ Sobre ello, LOUSADA AROCHENA, J. F., “El acoso sexual en el Convenio de Estambul y su transposición interna: el pacto de estado en materia de violencia de género”. En *El Convenio de Estambul como marco de derecho antisubordiscriminatorio*, Dykinson, Madrid, 2018, pág. 78.

¹⁷⁶ En concordancia con PÉREZ DEL RÍO, M.T., en *La violencia de género en el ámbito laboral: acoso sexual y acoso sexista*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2009, págs. 20 y 32.

¹⁷⁷ LOUSADA AROCHENA, J. F., ob. cit. pág. 84.

¹⁷⁸ En este sentido, ACALE SÁNCHEZ, M., “Delitos sexuales: razones y sinrazones para esta reforma”, ob. cit., pág. 473.

del autor para obtener el resultado sexual querido. Y por tanto, esta fricción es la que el legislador español pretende corregir a través de la reforma proyectada¹⁷⁹.

4.2.2 El caso de “La Manada” como el origen populista del problema

Los hechos juzgados del caso de “La Manada” se remontan a la madrugada del 7 de julio de 2016 en Pamplona, durante las fiestas de San Fermín, cuando una mujer de 18 años denunció haber sufrido una violación a manos de cinco hombres, los cuales se denominaban a sí mismos “La Manada” en un grupo de Whatsapp, de ahí el nombre con el que se conoce este caso¹⁸⁰.

Este juicio concentró la atención del país, se generó un debate político y social de enorme trascendencia en la sociedad, impulsado especialmente por los medios de comunicación encargados de difundir la discusión en torno a si es preferible la ley del “sí es sí” o la del “no es no” al tiempo que la sociedad presenciaba el desenlace jurídico de la agresión sexual colectiva acontecida en Pamplona¹⁸¹. Fue tanto el revuelo mediático que se desencadenaron manifestaciones feministas multitudinarias de apoyo a la denunciante donde miles de mujeres apelaban por un juicio justo al grito unánime de “Hermana, yo sí te creo”, al entender que se estaba desacreditando o sojuzgando el testimonio, la actuación y hasta el supuesto carácter de la víctima¹⁸². Todo ello es la razón por la cual un sector de la doctrina ha tildado a la reforma de ser netamente populista y punitivista¹⁸³.

La polémica de la cuestión estaba precedida por calificación jurídica que se dio a los hechos probados en las diferentes sentencias:

En primer lugar, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra (sección 2ª) de 20 de marzo de 2018 castigó a los cinco hombres como autores de un delito continuado de abuso sexual con prevalimiento 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)¹⁸⁴. El tribunal optó por esta calificación jurídica debido a la ausencia de elementos de juicio suficientes para dar por probada la intimidación que tantas veces habían puesto en entredicho los medios de comunicación y diversos tertulianos¹⁸⁵.

Esta primera sentencia mostraba cierta contradicción en torno al concepto de intimidación, lo que motivó las críticas y protestas de la población y, principalmente, de los movimientos feministas, que consideraron que este caso debía calificarse como una verdadera agresión sexual con acceso carnal, expresamente denominado como violación en el Código penal, y no como abuso sexual con prevalimiento cuyo tipo cualificado por acceso carnal no se tipifica como violación y que además tiene una pena inferior que el mismo hecho cuando se realiza a través de una agresión sexual¹⁸⁶.

¹⁷⁹ En el mismo sentido, ACALE SÁNCHEZ, M., “Valoración de los aspectos penales del proyecto de ley...”, ob. cit., pág. 163.

¹⁸⁰ Un completo trabajo sobre ello, en ANGULO EGEA, M., “Subjetividad y violación social. El caso de La Manada”, *Revista de Teoría de la Literatura y Literatura Comparada*, N° 31, 2019, pág. 87.

¹⁸¹ En base a ACALE SÁNCHEZ, M., “Valoración de los aspectos penales del proyecto de ley...”, ob. cit., pág. 158.

¹⁸² En el mismo sentido, ANGULO EGEA, M., ob. cit.

¹⁸³ Según VIDAURRI el populismo punitivo “se basa en una genética demagógica, alimentada por el miedo y la inseguridad social”, “una política criminal más preocupada por complimentar los intereses electorales y las demandas mediáticas, antes que atender y resolver la problemática delictiva”. En ACALE SÁNCHEZ, M., “Valoración de los aspectos penales del proyecto de ley...”, ob. cit., pág. 12.

¹⁸⁴ *Ibidem*.

¹⁸⁵ ACALE SÁNCHEZ, M., “Valoración de los aspectos penales del proyecto de ley...”, ob. cit., pág. 158.

¹⁸⁶ Un estudio detallado sobre el caso, en MUÑOZ CONDE F., “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, 2019, págs. 226-227.

Tal fue la repercusión que hasta el Ministro de Justicia en ese momento, Rafael Catalá, llegó a plantear una posible revisión del Código Penal ante la duda de la correcta calificación de los delitos sexuales en el mismo¹⁸⁷. Asimismo, destacados juristas y dirigentes de partidos políticos se unieron a la protesta considerando que había que hacer “*tabla rasa*” de la distinción entre agresión sexual con intimidación y abuso sexual con prevamillento. Consideraban que no debería haber diferencia entre ambas figuras sino que debía valorarse por igual como delito de violación cualquier tipo de acceso carnal en el que no medie consentimiento expreso de la víctima (sea mujer o hombre)¹⁸⁸.

Con todo, la Sentencia contó con un voto particular discrepante del criterio mayoritario de la Sala que también generó una tremenda polémica dado que el Magistrado D. Ricardo Javier González no estimó la comisión alguna de delito por parte de los acusados¹⁸⁹, sino que los absuelve de todos ellos, con la excepción del delito leve de hurto al entonces guardia civil. El descontento de la sociedad recayó, principalmente, sobre la redacción dada por el Magistrado en su voto, que mostraba dureza con la mujer y comprensión con los hombres, focalizando en todo momento el comportamiento de la víctima¹⁹⁰. Posiblemente este sea también el orden de la contaminación que sufrió el caso, de esa visión patriarcal de los delitos contra la libertad sexual¹⁹¹ ya que, el modo de apreciación de los hechos por parte de este Magistrado demuestra un fallo en la comprensión escénica de lo ocurrido¹⁹², siendo un destacado ejemplo, tal y como señala ACALE SÁNCHEZ, 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 patriarcal”¹⁹³.

El segundo pronunciamiento se encuentra en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 30 de noviembre de 2018, que desestima los recursos de las acusaciones y confirma la calificación jurídica anterior, pero añadiendo un delito contra la intimidad por la difusión de vídeos. En esta ocasión también hay un voto particular discrepante firmado por dos de los cinco magistrados, Joaquín Galve y Miguel Ángel Abárzuza que entienden que los acusados “son autores de un delito continuado de agresión sexual utilizando intimidación”¹⁹⁴ debiendo a enfrentarse a penas de 14 años, 3 meses y un día, a diferencia del voto particular de la sentencia de la Audiencia Provincial, que solicita la absolución.

El Tribunal Superior de Justicia mantiene la calificación de las acciones como abuso sexual continuado, ya que la Sala no encuentra un elemento instrumental de violencia o signo intimidatorio que justifique la aplicación del tipo penal de agresión¹⁹⁵, confirmando que “los abusos sucedieron aprovechando circunstancias propicias de tiempo, lugar, numérica y física, esto es con prevalimiento”¹⁹⁶, y apelando finalmente al principio *in dubio pro reo*¹⁹⁷.

Por último, la Sentencia del Tribunal Supremo 344/2019, de 4 de julio rectifica la calificación jurídica y considera a los cinco miembros de la Manada responsables en concepto

¹⁸⁷ ANGULO EGEEA, M., ob. cit., pág. 89.

¹⁸⁸ En base a ANGULO EGEEA, M., ob. cit., pág. 89.

¹⁸⁹ GORJÓN BARRANCO, M.C., ob. cit., pág. 144.

¹⁹⁰ En detalle, ACALE SÁNCHEZ, M., “Valoración de los aspectos penales del proyecto de ley...”, ob. cit., pág. 159.

¹⁹¹ Textualmente, ACALE SÁNCHEZ, M., “Valoración de los aspectos penales del proyecto de ley...”, ob. cit., pág. 158.

¹⁹² De acuerdo con MUÑOZ CONDE F., en “La vinculación del juez a la ley y la reforma...”, ob. cit., pág. 233.

¹⁹³ ACALE SÁNCHEZ, M., “Cuidado, Manada, la justicia anda suelta”. *Nueva Tribuna*, 8 de diciembre de 2018.

¹⁹⁴ Véase, GORJÓN BARRANCO, M.C., ob. cit., pág. 144.

¹⁹⁵ “Análisis de la sentencia del TSJ de Navarra, que confirma la condena de prisión para La Manada”, *El rincón legal*, 5 de diciembre de 2018.

¹⁹⁶ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra 8/2018, de 30 de noviembre, FJ nº 17, pág. 18.

¹⁹⁷ “Análisis de la sentencia del TSJ de Navarra, que confirma la condena de prisión para La Manada”, ob. cit.

de autores de un delito continuado de violación¹⁹⁸ de los artículos 178 y 179 CP, con las agravaciones específicas de trato especialmente degradante o vejatorio (art. 180.1.1° CP) y actuación conjunta de dos o más personas (180.1.2° CP), sustentando su calificación en la concurrencia de intimidación ambiental manifestada en el relato de hechos probados¹⁹⁹.

En conclusión, observamos que los mismos hechos probados en dos años son calificados de una manera muy diferente. Precisamente la indecisión en torno a esta calificación, y en especial sobre la concurrencia de la intimidación, ha hecho plantearse a la población e incluso a un sector de la doctrina la necesidad de reforma del Código penal, a través del Anteproyecto de 3 de marzo de 2020 y en la versión actual del Proyecto de 26 de julio de 2021.

La gran consecuencia de todo esto es haber tenido que posicionar a la víctima en el centro de la actividad probatoria, poniendo el foco en el comportamiento y la actitud que tuvo en el momento de los hechos y llevando a un segundo plano la conducta de los agresores. Por ello, la cuestión a dirimir es, en definitiva, si todo el proceso de revictimización o victimización secundaria²⁰⁰ sufrido por la víctima se hubiera podido evitar con un Código penal que mitigara la diferenciación que hoy potencia entre las agresiones y abusos sexuales, o si hiciera hincapié en otros elementos de más fácil prueba, aunque eso implicara una reducción de las penas establecidas. De hecho este es el cambio fundamental que presenta el Proyecto objeto de estudio pues equipara, entre otros medios comisivos, la intimidación ambiental y el prevalimiento, aunque sea a costa de imponer penas inferiores, ya que realmente se trata de un texto que no pretende ampliar el castigo de los agresores sino evitar los daños colaterales del mismo²⁰¹.

Así, en vista de estos hechos, hay que plantearse si, efectivamente, se trata de una reforma “populista”, o simplemente de una reforma “democrática”²⁰². Personalmente, respecto al caso de “La Manada”, considero que desde un principio la Audiencia debió calificar los hechos como violación. Lejos de hacerlo, fue necesaria la intervención de la Audiencia Provincial, el Tribunal Superior de Justicia y el Tribunal Supremo para poner fin a todo este proceso y concluir, por fin, tras casi tres años de calbarie para la víctima, que ésta sufrió una violación múltiple. No obstante, estimo preciso ir más allá del caso planteado para determinar si una modificación legal como la proyectada resulta apropiada y necesaria, pues, comparto la opinión de los autores GIL GIL, A., y NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., de que “hay que tomar con enorme cautela el eco mediático que pueda recibir un caso concreto y mucho más si el mismo se asume como el factor a tener en cuenta para reformar la ley. Este tipo de

¹⁹⁸ Cabe mencionar que, tal y como señala MONGE FERNANDEZ, A., la Sentencia efectúa un reproche respecto de la calificación jurídica formulada por las partes acusadoras de un delito continuado de agresión sexual cualificada, pues éste en cambio, aprecia la existencia de varios delitos de agresión sexual. No obstante, en virtud del principio acusatorio, al no formularse esta calificación por las partes acusadoras, no puede condenar por esa pluralidad de delitos, que sin duda conllevaría un aumento de la pena respecto de la impuesta por el delito de continuado. En “Los delitos de agresiones y abusos sexuales en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, a la luz de la sentencia de la manada (STS, de 4 de julio de 2019, Recurso de Casación núm. 396/2019, Tribunal Supremo Sala de lo Penal núm. 344/2019)”, *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Núm. 34, pág. 142.

¹⁹⁹ Acorde con MONGE FERNANDEZ, A., en “Los delitos de agresiones y abusos sexuales en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, a la luz de la sentencia de la manada (STS, de 4 de julio de 2019, Recurso de Casación núm. 396/2019, Tribunal Supremo Sala de lo Penal núm. 344/2019)”, *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Núm. 34, pág. 142.

²⁰⁰ La victimización secundaria es la situación que, como consecuencia del hecho delictivo, puede padecer la víctima al enfrentarse a las reacciones institucionales y sociales al gestionar la experiencia victimizante. Las necesidades probatorias o distorsiones cognitivas, vividas durante el proceso, que culpan a la propia víctima de la victimización, perjudican su adecuado proceso de reinserción social y superación del trauma. En SÁNCHEZ RUBIO, B., “La víctima ideal en los delitos de agresión y abuso sexual. ¿Es posible evitar la victimización secundaria?”, *UNIVERSITAS. Revista De Filosofía, Derecho y Política*, N° 38, 2021, pág. 14-15.

²⁰¹ Conforme a ACALE SÁNCHEZ, M., en “Valoración de los aspectos penales del proyecto de ley...”, ob. cit., pág. 161

²⁰² *Ibidem*.

repercusión no necesariamente está relacionada con la representatividad del hecho en cuestión ni con su gravedad objetiva”²⁰³.

5. La reforma de los delitos contra la libertad sexual

Como ya sabemos, el Proyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual se propone introducir diversas modificaciones en el Código penal relativas a los delitos contra la libertad sexual, adoptando una perspectiva integral y novedosa en el ámbito de las violencias sexuales. A continuación, nos centraremos en analizar los cambios que prevé incorporar el Proyecto en comparación con la regulación actual de los delitos sexuales.

5.1. La propuesta de regulación unificada del delito de agresión sexual

Uno de los cambios más relevantes de la reforma proyectada se introduce en el Título VIII del Código penal con la modificación del delito de agresión sexual. Esta nueva regulación consiste en eliminar la frontera existente entre los actuales delitos de agresión y abusos sexuales en un solo delito que toma el nombre del primero, es decir, el de agresión sexual. La propuesta rige en torno a dos elementos esenciales: por un lado, el valor del consentimiento en el ámbito de lo injusto, y por otro, el desplazamiento a un segundo plano de los medios comisivos que hoy caracterizan a los delitos de agresión y abusos sexuales²⁰⁴.

5.1.1. El valor del consentimiento en la configuración del injusto típico

La necesidad de integrar la definición del consentimiento al tipo penal radica en el hecho de que el consentimiento nunca se puede presuponer, tiene que ser manifestado de algún modo²⁰⁵. Cada persona tiene la plena libertad para consentir el tener relaciones sexuales con quien le parezca. El problema comienza cuando existe duda sobre si ha consentido o no efectivamente, y de ser así, si este consentimiento ha sido manifestado libre y voluntariamente²⁰⁶.

Por ello, el consentimiento en las relaciones sexuales se establece como el elemento esencial que justifica la supresión de la diferenciación entre agresión y abuso sexual propuesta en el Proyecto, al considerar agresiones sexuales a “todas aquellas conductas que atenten contra la libertad sexual sin el consentimiento de la otra persona”. Además, la Exposición de Motivos del Proyecto recalca que esta unificación trae causa directa de las obligaciones asumidas por España, desde que ratificó en 2014 el Convenio de Estambul, y que esta modificación, contribuirá a evitar los riesgos de revictimización o la victimización secundaria²⁰⁷.

Tal y como hemos señalado anteriormente, el Código penal en su redacción actual diferencia entre agresión sexual y abuso sexual, haciendo alusión a la ausencia del consentimiento en los delitos de abuso (art. 181 a 183) pero no en los de agresión sexual (arts.

²⁰³ De acuerdo con GIL GIL, A., / NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., “A propósito de “La Manada”: Análisis de la sentencia y valoración crítica de la propuesta de reforma de los delitos sexuales”, pág. 8. En *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho (Ejemplar dedicado a las Huellas de “La Manada”)*, N° 77, Octubre, 2018, pp. 4-17

²⁰⁴ De acuerdo con ACALE SÁNCHEZ, M. en “Delitos sexuales: razones y sinrazones para esta reforma”, ob. cit., pág. 474.

²⁰⁵ En detalle, GIL ESTEVE, H. en “Una reforma necesaria”, *Boletín Comisión penal, por Juezas y Jueces para la Democracia*, Núm. 12, pág. 46.

²⁰⁶ Un estudio detallado sobre ello, en ESTEVE MALLENT, L., “Consentimiento y dicotomía entre agresión y abuso en los delitos de naturaleza sexual”, ob. cit., pág. 49.

²⁰⁷ Exposición de Motivos del Proyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual (121/000062) publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Núm. A-62-1 de 26/07/2021.

178 a 180), probablemente por el hecho de ser incompatibles y por tanto excluyentes, la violencia e intimidación y el consentimiento²⁰⁸. Pese a ello, sabemos que en ambas conductas típicas no media consentimiento pues la posición del sujeto pasivo en los dos casos es la misma: la negativa a consentir la relación sexual²⁰⁹.

Respecto a la regulación que propone el Proyecto, el artículo 178 configura el tipo básico de agresión sexual, disponiendo que:

“1. Será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, como responsable de agresión sexual, el que realice cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento. Sólo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona.

2. 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”²¹⁰.

De acuerdo con esta redacción, el tipo básico de agresión sexual se configura en torno a la ausencia de consentimiento del sujeto pasivo en una relación sexual, que deberá tratarse como un atentado a la libertad sexual del individuo, siendo éste el bien jurídico protegido. El Proyecto establece una construcción en positivo de cuando se entiende que si hay consentimiento, recogiendo el conocido postulado de “solo si es sí”, a diferencia del Anteproyecto de 3 de marzo de 2020²¹¹ que estaba formulado en términos negativos.

Las críticas que en este punto suscitó el Anteproyecto de 2020 se sostenían en la referencia que establecía en torno al consentimiento, según la cual éste debía ser expresado mediante actos exteriores concluyentes e inequívocos. Esta descripción, en sentido estricto, puede inducir a error en su interpretación ya que el consentimiento expreso no es el único modo de mostrar conformidad, sino que incluso, en la mayoría de ocasiones, la aceptación a participar en actos sexuales se manifiesta de forma implícita y no verbal²¹². En consecuencia, esta valoración del consentimiento supone exigir a quienes mantienen relaciones sexuales que se comporten de determinada manera (mostrando una actitud exterior, concluyente e inequívoca) en sus relaciones sexuales, pues si se da un asentimiento tácito (sin actos exteriores, concluyentes e inequívocos) aunque sea consentido podría suponer la tipicidad de la conducta²¹³. Además, desde otra perspectiva, la exigencia de una negativa explícita sitúa a la mujer en una posición complicada ya que, si ésta entiende como ilícito el acto sexual y el autor de la agresión no reconoce los hechos, será ella quien tendrá que demostrar que efectivamente se resistió o se opuso de algún modo a ese acto sexual²¹⁴.

²⁰⁸ Sintéticamente, PERAMATO MARTÍN, T., en “Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la libertad sexual. El consentimiento”, *Boletín de Violencia de Género y de Igualdad, por Juezas y Jueces para la Democracia*, Núm. 11, pág. 10.

²⁰⁹ ESTEVE MALLENT, L., ob. cit. 45.

²¹⁰ Proyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual (121/000062) publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Núm. A-62-1 de 26/07/2021.

²¹¹ Artículo 178, apartado segundo, del Anteproyecto de Ley Orgánica para la garantía integral de la libertad sexual (393/2021): “Se entenderá que 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”.

²¹² Véase la excelente exposición crítica de PERAMATO MARTÍN, T., en “Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la libertad sexual. El consentimiento”, ob. cit., pág. 11.

²¹³ Conforme a ESTEVE MALLENT, L., ob. cit. 52.

²¹⁴ PERAMATO MARTÍN, T., ob. cit., pág. 7.

Por todo ello, considero más adecuada la redacción ofrecida por el Proyecto, pues ahora, en cambio, basta con que la víctima exprese libre y claramente su voluntad en atención a las circunstancias del caso, es decir, con la normal espontaneidad del sexo consentido. La definición dada por el Proyecto diferencia, acertadamente, entre consentimiento y voluntad, entendiendo que el consentimiento es válido sólo cuando responde a una voluntad libre, estableciendo la invalidez del consentimiento en caso contrario. Por tanto, se entiende que no existe consentimiento, de ningún modo, cuando los actos de contenido sexual tienen lugar concurriendo alguna de las circunstancias mencionadas en el apartado 2 del artículo 178 de este Proyecto.

Asimismo, hay que tener en cuenta que, en todo caso, el consentimiento de la víctima debe interpretarse a través de su comportamiento y de las circunstancias concurrentes de tal modo que denoten que se admite el contacto sexual, por lo que si su actitud refleja sentimientos como el dolor, el miedo o la angustia, aunque guarde silencio, no puede entenderse que esté consintiendo el acto sexual²¹⁵. En este sentido, comparto la opinión de MONGE FERNÁNDEZ según la cual, “el silencio forzado de aquélla en un contexto intimidatorio difuso nunca puede ser equivalente a prestación de consentimiento, pues ante la concurrencia de intimidación, la presencia del consentimiento deviene imposible, ya que la víctima se encuentra constreñida por la intimidación y por el miedo que le provoca la actitud del agente, de modo que el silencio de la víctima sólo se puede entender como una negativa”²¹⁶.

En definitiva, comprobamos que esta nueva regulación de las agresiones sexuales se equipara a los términos que establece el Convenio de Estambul, al entender que concurre el consentimiento en las relaciones sexuales cuando media la voluntad consciente y libremente manifestada de los sujetos.

Estimo acertado este cambio de redacción (en positivo) realizado en el Proyecto pues, personalmente, considero inadmisibles que deba obligarse a la víctima de un ataque sexual a tener que explicitar su negativa ante dicho ataque, sobretodo teniendo en cuenta que, en la mayoría de ocasiones, dadas las circunstancias del caso, ésta puede verse doblegada por el miedo y/o confusión, sin serle posible manifestar su renuencia a mantener el contacto sexual. Aún así, debe tenerse en cuenta que su voluntad puede modificarse durante todo el transcurso de una relación sexual, pues es lícito que a lo largo del acto pueda cambiarse de opinión²¹⁷, siendo suficiente la negativa para manifestar una clara voluntad personal de oposición a lo que no se desea desde un principio o a lo que deja de desearse en un momento dado²¹⁸.

Así, era necesario realizar un cambio en la interpretación, pasando del “no es no” al “sólo sí y la presencia del sí significa consentir”, ya que con ello se contribuye, si no a evitar, a disminuir posibles victimizaciones secundarias ocasionadas por tener que demostrar la víctima que no había dado su consentimiento, dirigiendo el interrogatorio a averiguar si se dijo que sí y cómo se dijo que sí. Ello, además, ayudará a que se denuncie más este tipo de agresiones, pues el problema muchas veces es, como nos dice GIL ESTEVE, que “muchas mujeres no denuncian porque se quedaron paralizadas y no dijeron nada, se piensan que no

²¹⁵ Sobre ello, ACALE SÁNCHEZ, M., “Delitos sexuales: razones y sinrazones para esta reforma”, ob. cit., pág. 475.

²¹⁶ Véase, MONGE FERNÁNDEZ, A., “Las manadas” y su incidencia en la futura reforma de los delitos de agresiones y abusos sexuales, Edit. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, pág. 296.

²¹⁷ Esta cuestión adquiere una gran relevancia en la medida que son muchas las sentencias de casos de agresiones sexuales en las cuales se ha tenido en cuenta el deseo inicial de la víctima de participar en el acto sexual, no reconociendo, por ello, su derecho a detener el acto sexual en cualquier momento.

²¹⁸ De acuerdo con DE LA MATA, N. J., en “Sólo sí significa sí: la tutela penal real de la libertad sexual y la insuficiencia del eslogan ‘no es no’”, Almacén de Derecho, 21 de agosto de 2017. Disponible en: <https://almacendederecho.org/solo-significa-la-tutela-penal-real-la-libertad-sexual-la-insuficiencia-del-eslogan-no-no>

las van a creer o incluso piensan que no tienen nada que hacer porque no se negaron expresamente”²¹⁹.

5.1.2. La equiparación legal de los medios comisivos

Con la subsunción del delito de abuso sexual en el de agresión sexual, el legislador deja en un segundo plano la valoración los medios e instrumentos de los que se pueda valer el sujeto activo para la consumación del delito, erradicando con ello la tan sonada problemática de probar si concurre violencia y/o intimidación o no, pues los tribunales sólo habrán de centrar la actividad probatoria en verificar si ha existido o no consentimiento, y de qué manera.

De este modo, el nuevo delito de agresión sexual equipara valorativamente el reproche penal de los distintos medios comisivos. En concreto, el Proyecto establece que merecen el mismo tratamiento las conductas que se han servido de violencia o intimidación para influir sobre el consentimiento de la víctima, que las que se han realizado abusando de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima, así como las ejecutadas sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuya situación mental se abusare y las realizadas cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad (art. 178.2). Así, tal y como señala la Magistrada COMAS D’ AGEMIR, “la reforma que se propone, se formula bajo un nuevo paradigma: la agresión sexual no ha de ser en puridad un delito de medios determinados, sino que integra un ataque a la libre voluntad de la víctima”²²⁰.

Al respecto, ha de destacarse que, tal y como indica JERICÓ OJER, esta equiparación legal de las distintas modalidades comisivas puede tener como efecto la disminución de los problemas probatorios que presenta la tipificación actual, sobre todo, a la hora de acreditar la presencia de violencia o intimidación en las agresiones sexuales²²¹. En la misma línea se sitúa el Consejo fiscal, al entender adecuada la unificación de las figuras de abuso y agresión sexual “en la medida que pueden contribuir a evitar o reducir la victimización secundaria”²²².

Sin embargo, hay que tener en cuenta que, en cierto modo, tal equiparación podría llegar a calificarse como una medida injusta por el trato idéntico que recibirían supuestos totalmente desiguales, pues al igual que apunta GIMBERNAT ORDEIG, “no es equiparable que el autor consiga tener acceso carnal con una mujer en un descampado, después de agredirla físicamente, o bajo la amenaza de que, si se niega, la estrangulará”²²³. De hecho, si no se tiene en cuenta el medio comisivo empleado, y la graduación de la pena se efectúa, simplemente, en función de la naturaleza del comportamiento sexual no consentido, se estaría trasladando el objeto de protección de la norma del ámbito de la libertad sexual a la moral sexual, lo cual resulta incongruente con nuestra Constitución²²⁴.

Asimismo, numerosas descalificaciones provienen del hecho de que tal equiparación puede suponer la vulneración del principio de proporcionalidad. Sobre ello se ha pronunciado

²¹⁹ En detalle, GIL ESTEVE, H., ob. cit. pág. 48.

²²⁰ COMAS D’ ARGEMIR, M., “Necesidad de una ley integral para combatir las violencias sexuales”, *Boletín Comisión penal, por Juezas y Jueces para la Democracia*, Núm. 12, pág. 22.

²²¹ En profundidad, JERICÓ OJER, L., “Proporcionalidad, lesividad y seguridad jurídica: breves reflexiones a propósito del anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual”, *Boletín de Violencia de Género y de Igualdad, por Juezas y Jueces para la Democracia*, Núm. 11, pág. 16.

²²² Véase, el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual de 25 de febrero de 2021, págs. 82 y 83.

²²³ Del mismo modo, GIMBERNAT ORDEIG E., apunta el deber de equiparar, consecuentemente, este criterio valorativo de equiparación también a los distintos delitos regulados en el CP en los que la violencia y la intimidación se configuran como elementos que fundamentan la determinación de penas más o menos graves según concurren o no en la ejecución del delito, en “Sólo sí es sí”, *Iustel, Diario del Derecho*, Edición de 27/04/20.

²²⁴ En conformidad con GIL GIL, A., / NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., “A propósito de “La Manada”: Análisis de la sentencia y valoración crítica de la propuesta de reforma de los delitos sexuales”, ob. cit., pág. 14.

el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), en su Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la libertad sexual al incluir ciertas consideraciones al respecto, a mi juicio, bastante acertadas.

Por un lado, el nuevo art. 178 podría incurrir en una prohibición de defecto de protección, ya que quitarle relevancia al medio comisivo empleado para atentar contra la libertad sexual supone optar por un tratamiento unitario de todos los actos de ataque sexual, lo que, evidentemente, puede traer como resultado la desprotección de las víctimas, pues para el sujeto activo del delito no tendrá mayores consecuencias el utilizar un medio comisivo más lesivo que otro de intensidad menor. Por otro lado, también podría incurrirse en una prohibición de exceso al castigarse con gran severidad conductas que presentan un menor grado de lesividad²²⁵. En consecuencia, de acuerdo con ACALE SÁNCHEZ, “podrían 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”²²⁶.

En definitiva, si bien la equiparación señalada puede tener como efecto la disminución de los problemas probatorios, cuestión muy distinta es considerar si tales finalidades justifican la posible afectación a los principios de proporcionalidad, lesividad o exigencia de seguridad jurídica. A mi juicio, es necesario garantizar el mantenimiento de la proporcionalidad de las penas ajustadas a la lesividad del hecho, requiriendo, en este punto, mayores esfuerzos legislativos que garanticen la graduación del reproche penal aumentando la pena en la medida en que incrementa el desvalor de la conducta y la afectación a la libertad sexual, ya que tal y como indica JERICÓ OJER “una cosa es el aspecto comunicativo positivo que implica la unificación conceptual y otra muy distinta equiparar jurídicopenalmente el tratamiento dispensado a las relaciones sexuales inconstentidas”, pues en tal caso, se produciría una merma para las garantías y/o la seguridad jurídica²²⁷.

Cabe señalar que ACALE SÁNCHEZ nos sugiere una forma de reprochar de forma diferente el desvalor de los hechos que se produce atendiendo las diferentes modalidades comisivas castigando los hechos por separado, pues si el art. 178 se limita a proteger la libertad sexual, la lesión a otros bienes jurídicos, como puede ser la integridad física, tiene que castigarse de manera separada a través de las reglas de los concursos de delitos²²⁸. Sin embargo, el tenor literal del nuevo art. 194 bis que pretende introducir el Proyecto, no permitiría abarcar todos los medios comisivos²²⁹, de ahí que no nos otorgue la respuesta penal más acertada.

5.1.3 El nuevo delito de violación

El segundo tipo básico introducido por el Proyecto se refiere al delito de violación, regulado en el art. 179 de la siguiente manera: “Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado como reo de violación con la pena de prisión de cuatro a doce años”.

En este punto, debemos remitirnos a todas las consideraciones ya señaladas en los apartados anteriores, respecto al consentimiento y la equiparación de los medios comisivos, en cuanto son aplicados de igual forma en este tipo.

²²⁵ En base al Informe sobre el Anteproyecto de Ley orgánica de Garantía Integral de la libertad sexual aprobado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial en su reunión del día 25 de febrero, págs. 79-80

²²⁶ ACALE SÁNCHEZ, M., “Delitos sexuales: razones y sinrazones para esta reforma”, ob. cit., pág. 481.

²²⁷ En base a JERICÓ OJER, L., ob. cit. pág. 23.

²²⁸ ACALE SÁNCHEZ, M., “Delitos sexuales: razones y sinrazones para esta reforma”, ob. cit, págs. 478-479.

²²⁹ JERICÓ OJER, L., ob. cit., pág. 20.

Con todo, debe añadirse que, ya desde el caso de “La Manada”, se hizo evidente la fractura entre el concepto social y el jurídico-penal del término violación, pues con el fallo de la Audiencia Provincial de Navarra se despertó la estupefacción de los ciudadanos ante la incomprensión social de esta tipificación, propugnando la unificación del término.

Así, la redacción dada por el Proyecto pretende acomodar el concepto social de violación a su concepto jurídico, con independencia de la modalidad de ejecución²³⁰. Ello en base a que la razón de ser de la violación esta constituida en el propio atentado a la libertad sexual forzado con otra persona, que no desea llevar a cabo el acto sexual, y no el medio comisivo utilizado²³¹. O dicho de otro modo, lo que debe calificar la violación no es la presencia o no de violencia o intimidación, ni la mayor o menor resistencia de la víctima, sino la ausencia de consentimiento en la relación sexual, siguiendo así, con buen criterio, las pautas establecidas por el Convenio de Estambul, que deja claro que “el consentimiento debe prestarse voluntariamente como manifestación de libre arbitrio de la persona considerado en el contexto de las condiciones circundantes”²³².

De esta forma, la ampliación del concepto, desde un punto de vista social, tal y como considera JERICÓ OJER, permite, en cierto modo, que la sociedad comprenda y se adhiera a aquello que la norma protege, fortaleciendo su visión de lo justo y de lo injusto²³³, y evitaría que quede al arbitrio de los jueces decidir si hubo o no agresión sexual, sorteando así casos como el de la Manada²³⁴.

Sin embargo, la acomodación del lenguaje jurídico al común puede ocasionar diversas consecuencias. Entre ellas, y quizás la más relevante, es la ya señalada en el apartado anterior, esto es, resolver los interrogantes en torno a si debería tener idéntico tratamiento penológico el atentado sexual sin que medie consentimiento de la víctima que el mismo atentado ejecutado con violencia o intimidación por parte del sujeto activo, o si sería necesaria la creación de unos tipos agravados que tenga en consideración el empleo de la violencia o intimidación²³⁵. Al respecto, reiteramos lo mencionado: es necesario, desde un punto de vista legislativo, realizar mayores esfuerzos con el fin de graduar el reproche penal aumentando la pena en la medida en que incremente el desvalor de la conducta y la afectación a la libertad sexual²³⁶.

5.1.4 La determinación de la pena: circunstancias de agravación y tipo atenuado en atención a la menor entidad del hecho

El Proyecto, en concordancia con las previsiones señaladas en el informe del CGPJ, tiene en cuenta la necesidad de llevar a cabo un “reajuste penológico” en atención a la gravedad del ataque que sufre la libertad sexual como bien jurídico protegido en el delito de agresión sexual²³⁷.

²³⁰ En profundidad sobre la acomodación del concepto jurídico y social de violación, JERICÓ OJER, L., pág. 21.

²³¹ Así, señalaba DE VICENTE MARTÍNEZ, E., en “El delito de violación: problemas que plantea su vigente redacción”. En FARALDO CABANA, P. / ACALE SÁNCHEZ, M. / RODRÍGUEZ LÓPEZ, S. / FUENTES LOUREIRO, M. A., *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pág. 182.

²³² DE VICENTE MARTÍNEZ, E., en “El delito de violación: problemas que plantea su vigente redacción”, ob. cit., pág. 204.

²³³ En este sentido, JERICÓ OJER, L., en “Proporcionalidad, lesividad y seguridad jurídica: breves reflexiones a propósito del anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual”, ob. cit., pág. 21.

²³⁴ En profundidad, DE VICENTE MARTÍNEZ, E., en “El delito de violación: problemas que plantea su vigente redacción”, ob. cit., pág. 193

²³⁵ *Ibidem*, pág. 183.

²³⁶ JERICÓ OJER, L., ob. cit. pág. 21.

²³⁷ *Ibidem*, pág. 480.

Para ello, establece, por un lado, un tipo atenuado facultativo que permite ajustar la pena en supuestos en los que los hechos revisten de una menor gravedad:

“Artículo 178.

(...) 3. El órgano sentenciador, razonándolo en la sentencia, y siempre que no concurran las circunstancias del artículo 180, podrá imponer la pena de prisión en su mitad inferior o multa de dieciocho a veinticuatro meses, en atención a la menor entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable”²³⁸.

Y por otro, un listado de circunstancias extraordinarias en las que la concurrencia de un determinado medio comisivo especialmente lesivo ampliará el injusto tanto del delito de agresión sexual como del delito de violación:

“Artículo 180.

1. Las anteriores conductas serán castigadas con la pena de prisión de dos a ocho años para las agresiones del artículo 178.1 y de siete a quince años para las del artículo 179 cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias, salvo que las mismas hayan sido tomadas en consideración para determinar que concurren los elementos de los delitos tipificados en los artículos 178 o 179:

1.^a Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas.

2.^a Cuando la agresión sexual vaya precedida o acompañada de una violencia de extrema gravedad o de actos que revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.

3.^a Cuando los hechos se cometan contra una persona que se halle en una situación de especial vulnerabilidad por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o por cualquier otra circunstancia, salvo lo dispuesto en el artículo 181.

4.^a Cuando la víctima sea o haya sido esposa o mujer que esté o haya estado ligada por análoga relación de afectividad, aún sin convivencia.

5.^a Cuando, para la ejecución del delito, la persona responsable se hubiera prevalido de una situación de convivencia o de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima.

6.^a Cuando el responsable haga uso de armas u otros medios igualmente peligrosos, susceptibles de producir la muerte o alguna de las lesiones previstas en los artículos 149 y 150 de este Código, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 194 bis.

7.^a Cuando para la comisión de estos hechos el autor haya anulado la voluntad de la víctima suministrándole fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto.

2. Si concurrieren dos o más de las anteriores circunstancias, las penas respectivamente previstas en el apartado 1 de este artículo se impondrán en su mitad superior.

²³⁸ Véase, el Proyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual (121/000062) publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Núm. A-62-1 de 26/07/2021.

3. En todos los casos previstos en este capítulo, cuando el culpable se hubiera prevalido de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público, se impondrá, además, la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años”²³⁹.

La redacción del art. 178.3 puede concebirse como una cláusula que además de reconocer la importancia de valorar la gravedad de las conductas, otorga al juez cierto margen de discrecionalidad en cada caso concreto a la hora de determinación de la pena²⁴⁰, margen que, sin embargo, podría resultar excesivo, en la medida que agudiza la inseguridad jurídica al dejar en manos de los jueces aspectos que deberían estar determinados por el legislador²⁴¹.

Teniendo en cuenta que una de las penas alternativas recogidas en el art. 178.3 del Proyecto es la prevista para el actual delito de abuso sexual (multa de dieciocho a veinticuatro meses), podría razonablemente pensarse que la menor entidad del hecho está vinculada con aquellas modalidades de agresión sexual en las que no se emplea ni violencia ni intimidación, es decir, con las modalidades previstas para el actual delito de abuso sexual²⁴². No obstante, la expresión “menor entidad del hecho” no deja de suscitar diversos problemas interpretativos, pues tal y como señala el CGPJ, se trata de un concepto impreciso y falto de taxatividad que deja un amplio margen interpretativo susceptible de comprometer el principio constitucional de legalidad penal²⁴³.

De este modo, pese a que la introducción de esta facultad moderadora trata de evitar una respuesta penal desproporcionada, los términos en los que se formula no son los más correctos en cuanto el gran margen interpretativo que otorgan perjudica la seguridad jurídica tanto de la víctima como del autor del delito. Por ello, sería conveniente aclarar la expresión de la menor entidad aludiendo al grado de lesión del bien jurídico con el fin de evitar interpretaciones moralizantes que giren en torno al tipo de acto sexual o el ánimo o propósito empírico del sujeto²⁴⁴. En efecto, la opción más idónea, señalada, con buen criterio, por el CGPJ, sería configurar el precepto como un tipo autónomo atenuado que vincule la “menor entidad” al acto sexual y excluya su aplicación cuando concurren circunstancias como la violencia, la intimidación o abuso de una situación de superioridad o vulnerabilidad de la víctima, el prevalimiento cuando el hecho delictivo se realiza sobre personas que se hallan privadas de sentido o abusando de su situación mental o que se realicen teniendo la víctima anulada por cualquier causa su voluntad²⁴⁵.

En cuanto a las circunstancias agravantes, en general y sin detenernos en cada una, se debe tener en cuenta que, el art. 180 describe conductas de distinta lesividad pero que, sin embargo, todas ellas pueden ser sancionadas con las mismas penas, lo cual puede resultar desafortunado en la medida que otorga una misma respuesta penal a conductas que tienen diferente gravedad²⁴⁶. Además, es factible que se generen posibles disfunciones en relación con el principio “*ne bis in idem*”, pues si nos fijamos en este amplio catálogo de agravantes y

²³⁹ Véase, el Proyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual (121/000062) publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Núm. A-62-1 de 26/07/2021.

²⁴⁰ En este sentido, ACALE SÁNCHEZ, M., “Delitos sexuales: razones y sinrazones para esta reforma”, ob. cit., pág. 481.

²⁴¹ Críticamente, LASCURAIN, J.A., “Crítica al proyecto de reforma de los delitos sexuales: nueve enmiendas, nueve”, Almacén del Derecho, 9 de marzo de 2022. Disponible en: <https://almacenderecho.org/critica-al-proyecto-de-reforma-de-los-delitos-sexuales-nueve-enmiendas-nueve>

²⁴² De acuerdo con JERICÓ OJER, L., ob. cit., pág. 19.

²⁴³ Véase, el Informe sobre el Anteproyecto de Ley orgánica de Garantía Integral de la libertad sexual aprobado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial en su reunión del día 25 de febrero, pág. 81.

²⁴⁴ Tal y como señala, RAMÍREZ ORTÍZ, J.L. en “La reforma de los delitos sexuales en el Anteproyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual ¿Cambio de paradigma o juego de espejos?”, *Boletín Comisión penal, por Jueces y Jueces para la Democracia*, Núm. 12, pág. 41.

²⁴⁵ *Ibidem*.

²⁴⁶ Detalladamente, ORTEGA LLORENTE, J.M. / RUEDA SORIANO, Y., en “Comunicado de la comisión penal de JYPD ante el Anteproyecto de Ley Orgánica de garantía Integral de la libertad sexual”, *Boletín Comisión penal, por Jueces y Jueces para la Democracia*, Núm. 12, pág. 8.

la forma en que se redacta el apartado 2 del art. 178, podemos considerar una vulneración del principio de proporcionalidad de la pena. Ello, por ejemplo, con relación a la agravante de actuación conjunta de dos o más personas²⁴⁷, pues si su fundamento se relaciona con la mayor facilidad para la comisión del hecho, habrá que limitarse su aplicación a aquellas modalidades de los tipos básicos en los cuales la actuación conjunta haya facilitado precisamente la realización del delito²⁴⁸. En consecuencia, es necesaria la introducción de una mención expresa respecto a que las mismas circunstancias fácticas no puedan volver a ser valoradas para aplicar una de las agravaciones del art. 180 si ya han sido tenidas en cuenta para la aplicación del tipo básico²⁴⁹. En el mismo sentido se pronuncia el Consejo Fiscal considerando que la dificultad de relación entre algunas de estas figuras y las agravantes del art. 180 “supondría que el tipo básico terminara siendo un tipo residual frente a las agravantes”, de manera que “no podrán ser valoradas si ya lo fueron para la aplicación del tipo básico, o bien establecer algún tipo de gradación”²⁵⁰.

En conclusión, la lectura global de la propuesta permite identificar un endurecimiento de un marco penal ya de por sí severo, pues pese a que algunas figuras delictivas reducen sus límites máximos, la ampliación del catálogo de delitos y la elevación de los umbrales mínimos al unificar todas las categorías de atentados contra la libertad sexual, intensifican la dureza sancionadora²⁵¹. En este sentido, queda demostrado que aquellos que calificaban el Anteproyecto de marzo de 2020 de punitivista, carecían de fundamentación alguna ya que, realmente, lo que se ha detectado es la disminución de las penas de algunas figuras delictivas²⁵².

Por su parte, desde el Ministerio de Justicia explican que la estructura pretendida viene determinada por “un sistema penológico progresivo y proporcional a la gravedad, disuasorio y efectivo” y pese a la agrupación en un mismo delito de las diferentes conductas atentatorias a la libertad sexual “la nueva configuración no supone rebaja ni un incremento de la pena prevista actualmente para estos delitos” sino que “cada conducta contra la libertad sexual obtendrá una respuesta penal ajustada a las características concretas que la misma presente, reforzándose así la taxatividad propia del principio de legalidad penal”²⁵³.

5.2 La reforma del delito de acoso sexual

El Proyecto de ley introduce diversos cambios de especial relevancia en las conductas sexuales relativas al acoso sexual, tendentes a ampliar el ámbito de tipicidad del delito. Ello, además, traerá consigo una ampliación de los problemas concursales que, de aprobarse la reforma, deberán ser analizados caso por caso por la jurisprudencia.

²⁴⁷ Lo mismo ocurre con la agravante aplicada en los supuestos en los que la violencia sexual se realice en el ámbito de la pareja o expareja.

²⁴⁸ En conformidad con JERICÓ OJER, L., en “Proporcionalidad, lesividad y seguridad jurídica: breves reflexiones a propósito del anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual”, ob. cit., pág. 23.

²⁴⁹ Desde esta óptica, COMAS D'ARGEMIR, M., en “Necesidad de una ley integral para combatir las violencias sexuales”, ob. cit., pág. 28.

²⁵⁰ Véase, el Informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual, Versión 2, págs. 66 y 67.

²⁵¹ En concordancia con ORTEGA LLORENTE, J.M. y RUEDA SORIANO, Y., en “Comunicado de la comisión penal de JPD ante el Anteproyecto de Ley Orgánica de garantía Integral de la libertad sexual”, ob. cit., pág. 9.

²⁵² Comparto así lo manifestado por ACALE SÁNCHEZ, M., en “Delitos sexuales: razones y sinrazones para esta reforma”, ob. cit., pág. 482.

²⁵³ Véase, “El Proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual”, La Moncloa, 6 de julio de 2021. Disponible en: <https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/Paginas/enlaces/060721-enlace-libertad-sexual.aspx>

Comenzando por la conducta típica del tipo básico, además de un incremento de las penas alternativas de prisión y multa²⁵⁴, se amplía el ámbito de relaciones añadiendo a los ámbitos de “relación laboral, docente o de prestación de servicios” otras relaciones “análogas” (art. 184.1). Por su parte, el segundo apartado también amplía las situaciones de prevalimiento al añadir junto a las circunstancias de “superioridad laboral, docente o jerárquica” las que tienen lugar “sobre persona sujeta a su guarda o custodia” (art. 184.2). En este sentido, parece ser que el ámbito “análogo” al que hace referencia el tipo básico se relaciona con las situaciones de “guarda o custodia” referidas en el tipo agravado, si bien tampoco queda delimitada y cerrada la coordinación entre uno y otro párrafo²⁵⁵.

Asimismo, el Proyecto introduce un nuevo tercer apartado en el art. 184, según el cual “si el culpable de acoso sexual lo hubiera cometido en centros de protección o reforma de menores, centro de internamiento de personas extranjeras, o cualquier otro centro de detención, custodia o acogida, incluso de estancia temporal, la pena será de prisión de uno a dos años e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o actividad dieciocho a veinticuatro meses, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 443.2”, lo cual refuerza la interpretación de que las relaciones análogas se vinculan a las situaciones de guarda o custodia.

Igualmente se establece una elevación de la pena en su mitad superior en los supuestos en los que la víctima se halle en una situación de especial vulnerabilidad por razón de su edad, enfermedad, o discapacidad (art. 184.4).

Por otro lado, el Proyecto también plantea la reforma del delito de acoso sexual en el ámbito de la Administración pública, modificando el apartado 2 del artículo 443, aparentemente con la finalidad de hacer coincidir el ámbito de aplicación de este precepto con el del art. 184, mediante 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”.

En este punto, ACALE SÁNCHEZ considera, con buen criterio, que la cláusula establecida en el art. 184.3 según la cual la pena debe determinarse “sin perjuicio de lo establecido en el artículo 443.2”, resulta redundante, pues ya el art. 194 bis establece que “las penas prevista 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”, ello teniendo en cuenta que lo que protege el Título VIII es la nuda libertad sexual²⁵⁶.

En todo caso, es evidente la posibilidad de vulnerar el principio *non bis in idem* ya que, en comparación con la actual regulación, acosar sexualmente a una persona que se tiene en custodia puede ocasionar un concurso de delitos entre el delito de libertad sexual de los tipos básicos de los números 1 y 2 del art. 184 y el delito contra la Administración pública del art. 443.2, pero no sería factible sostener tal concurso con el nuevo tipo agravado del art. 184.3 y el 443.2 al incurrir en *bis in idem*.

Con todo, de seguir adelante la tramitación parlamentaria, será la jurisprudencia quien deberá encargarse de resolver la aplicación de todos los concursos de delitos, sobre todo considerando que la incorporación de la cláusula del art. 194 bis del Proyecto supone destruir la línea de interpretación establecida por el Tribunal Supremo en su Sentencia 1460/2003

²⁵⁴ La pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a diez meses se sustituye por una pena de prisión de seis a doce meses o multa de diez a quince meses, añadiendo además, una inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o actividad de doce a quince meses.

²⁵⁵ En base a, ACALE SÁNCHEZ, M., “Valoración de los aspectos penales del proyecto de ley...”, ob. cit., pág. 174.

²⁵⁶ ACALE SÁNCHEZ, M., “Valoración de los aspectos penales del proyecto de ley...”, ob. cit., pág. 175.

tendente a considerar abarcados los daños psíquicos provenientes de los delitos contra la libertad sexual en el marco penológico del concreto delito sexual cometido²⁵⁷.

Del mismo modo, es de gran relevancia señalar la incorporación que realiza el Proyecto de las personas jurídicas en el apartado 5 del artículo 184, configurándolas también como responsables de este delito bajo la pena de multa de seis meses a dos años. Esta innovación supone que las empresas deberán asumir en su mapa de riesgos la prevención de los delitos de acoso, poniendo en marcha para ello programas de *compliance* en materia sexual. Por lo tanto, si en una empresa se presenta un caso de acoso sexual laboral, dicha empresa podría llegar a considerarse responsable civil directa del delito si carece de un plan de adaptación normativo en la materia mencionada²⁵⁸. No obstante, de acuerdo con LASCURAIN, esta imputación carece de sentido ya que “nunca va a tratarse a delitos por cuenta y en beneficio directo o indirecto de la persona jurídica” en cuanto “no son delitos que impulsa la competitividad propia de la actividad empresarial y que deban por ello ser desalentados con la sanción a los titulares económicos del patrimonio personificado”²⁵⁹.

En definitiva, lo que hace esta nueva regulación es reforzar el papel del *compliance* en los asuntos de acoso que tienen lugar en el seno de las empresas, pues la prevención de dichos riesgos se asienta en otras leyes como la Ley Orgánica 3/2007 de Igualdad, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre hombres y mujeres y la Ley 31/1995, de 8 de noviembre de prevención de Riesgos Laborales, en las que de algún modo ya se prevé obligaciones para las empresas en materia de prevención de este tipo de conductas.

Por último, otra de las novedades que se pretenden introducir es la consideración de delito leve del acoso ocasional, conocido como “acoso callejero” no penado hasta ahora, según el cual se castigará “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”, y solo será perseguible mediante denuncia de la persona agraviada o su representante legal (art. 173.4). Victoria Rosell, delegada del Gobierno contra la Violencia de Género, aclara que el piropo en ningún caso va a ser considerado acoso, en cambio sí lo es el hecho de que alguien se masturbe delante de otra persona²⁶⁰.

5.3 Las modificaciones incluidas en el delito de prostitución adulta

Ante todo, debemos señalar que dada la complejidad y magnitud de un tema tan polémico como es la prostitución un solo epígrafe resulta realmente corto. No obstante, por razones de espacio, debemos centrarnos en analizar, con mirada crítica, cuáles son los cambios que prevé incorporar el Proyecto en este punto.

La primera novedad que introduce el proyecto se efectúa en la tipificación penal del proxenetismo a través de una nueva redacción del tipo. El art. 187.2 castiga el enriquecimiento con el ejercicio de la prostitución ajena “aun con el consentimiento” de quien la ejerce, eliminando la actual definición normativa de lo que se entiende por

²⁵⁷ *Ibidem*.

²⁵⁸ Sobre ello, BISIGNANO ROBLED, L., “La responsabilidad de las empresas ante la nueva Ley de Libertad Sexual”, *Más: Mujeres a seguir*, octubre de 2021. Disponible en: <https://www.mujeresaseguir.com/social/opinion/1167222048615/responsabilidad-de-empresas-nueva-ley-de-libertad-sexual.1.html>

²⁵⁹ En conformidad con LASCURAIN, J.A., “Crítica al proyecto de reforma de los delitos sexuales: nueve enmiendas, nueve”, ob. cit.

²⁶⁰ SEN C., “Ley del solo sí es sí: Igualdad aclara “El piropo no es delito de acoso callejero, masturbarse en público, sí”, *La Vanguardia*. Disponible en: <https://www.lavanguardia.com/vida/20210708/7585594/igualdad-aclara-piropo-delito-acoso-callejero-masturbarse-publico.html>

explotación y estableciendo en su lugar que “en todo caso, se entenderá que hay explotación cuando exista aprovechamiento de una relación de dependencia o subordinación”.

Asimismo, el nuevo art. 187 bis introduce la figura de la tercería locativa sancionándose penalmente a quien “con ánimo de lucro y de manera habitual, destine un inmueble, local o establecimiento, abierto o no al público, a favorecer la explotación de la prostitución de otra persona, aún consentimiento”, excluyendo de la punición a quienes destinen un inmueble o espacio asimilable al ejercicio de la propia prostitución. De salir adelante esta ley, el responsable de dicho inmueble podrá ser castigado “con la pena de prisión de uno a tres años, y multa de seis a dieciocho meses sin perjuicio de la clausura prevista en el artículo 194”²⁶¹.

En torno a esta reforma, se han suscitado grandes debates entre los diversos partidos políticos, pues algunos abogan por la total abolición de la prostitución mientras que otros solicitan regularla²⁶².

Desde mi punto de vista, pese a que la Exposición de motivos del Proyecto considera que este cambio “contribuye a clarificar la diferenciación entre el proxenetismo coactivo y no coactivo” siendo, por tanto, una mejora “en aras de hacer más efectiva la persecución de las conductas”, comparto la opinión de aquellas posiciones críticas que consideran que se está negando la capacidad de decisión de las trabajadoras sexuales²⁶³. Pues tal y como expone ACALE SÁNCHEZ, esta reducción del concepto de explotación implica dejar abierta la puerta a la aplicación del precepto de forma automática, lo que supone incluir algunos casos en los que, en puridad, no puede hablarse de explotación como ocurre con el ejercicio consentido de la prostitución ajena²⁶⁴.

Por ello, considero necesaria una distinción entre la libertad sexual y la prostitución pues mezclar ambos conceptos en una misma ley resulta totalmente contradictorio, además de suponer, como bien indica HÉRNANDEZ RAMOS, un sesgo y mezcla de derechos no aceptable. De hecho, debemos tener en cuenta que aunque este Proyecto pone el foco en la figura del consentimiento, parece negar, al mismo tiempo, la capacidad de consentir de las trabajadoras sexuales, al asumir que son víctimas de agresión sexual por considerar nulo su consentimiento, sin tener en cuenta que con ello, se puede estar ocultado los verdaderos abusos²⁶⁵.

Asimismo, es preceptivo destacar que esta redacción de la Ley nos obliga a criminalizar cualquier forma de trabajo sexual autónomo, libre y voluntario, lo cual implica consecuencias devastadoras en la vida de las trabajadoras sexuales en relación a la atención médica y sanitaria, discriminación, victimización y marginación física y sexual por las marcadas desigualdades sociales. Y si a esto, le sumamos, además, la imposibilidad de

²⁶¹ Véase, “El Proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual”, La Moncloa, 6 de julio de 2021.

²⁶² Los grupos catalanes ERC, JxCat y la CUP han presentado una enmienda conjunta al Proyecto donde abogan por el libre ejercicio de la prostitución y la libertad de las mujeres a la hora de disponer de su propio cuerpo, pues advierten que la ley podría entrar en una “absoluta contradicción” debido a que “una ley que parte del consentimiento expreso no debe introducir una excepción en un tema tan complejo como es la prostitución o el trabajo sexual, que no se aborda por completo sino solo parcialmente y en referencia a la tercería locativa”. A esta postura se une En Comú Podem y EH Bildu, mientras que PNV aboga por “reflexionar en profundidad” sobre la prostitución al margen de dicha norma. Por su parte, Unidas Podemos, al margen de su confluencia catalana, insiste en seguir luchando contra la industria proxeneta sosteniendo la postura abolicionista contemplada en la Ley de garantía integral de la libertad sexual. En ARAQUE CONDE, P., “Tercería locativa: La ley del 'solo sí es sí' lleva al Congreso la disputa entre abolición y regulación de la prostitución”, *Diario Público*, 20 de octubre de 2021.

²⁶³ Conforme con GORJÓN BARRANCO, M.C., ob. cit., pág. 150.

²⁶⁴ ACALE SÁNCHEZ, M., “Valoración de los aspectos penales del proyecto de ley...”, ob. cit., pág. 173.

²⁶⁵ Un análisis crítico sobre el tema, HERNÁNDEZ RAMOS, E. M., “Guía para entender el Proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual”, *Economist & Jurist*, N° 255, 2021, pág. 38.

alquilar un piso o local para ejercer su actividad, en base a la prohibición de tercería locativa, nos encontraremos con un estigma todavía mayor entre las trabajadoras sexuales²⁶⁶.

Del mismo modo, esta visión podría reforzar la postura victimizadora de la mujer, pues el hecho de encontrarse en una situación de vulnerabilidad no convierte, en este caso, a las trabajadoras sexuales en personas incapaces de decidir o de dirimir sobre lo que quieren y lo que no. Considero que, tal y como indica NEBOT CABRERA “las instituciones deben alejarse de esa peligrosa postura identitaria que mantienen algunos feminismos convirtiendo a todo hombre en un sospechoso, cuando no en un enemigo y a toda mujer siempre en una víctima”²⁶⁷.

Por todo ello, veremos que el hecho de reformar las conductas relacionadas con la prostitución en el interior de una ley que pretende garantizar el ejercicio de la libertad sexual despertará grandes inconvenientes pues es obvio que será muy complicado llegar a algún acuerdo, siendo posible que se ralentice e incluso se paralice la aprobación del proyecto.

Al igual que ACALE SÁNCHEZ, considero que la vía más operativa para que esto no ocurra es la de sacar esta propuesta de reforma del interior del texto, ya que de lo contrario, tal como afirma MAQUEDA ABREU “al cuestionar la aptitud del bien jurídico para marcar los límites de prohibición penal, la reforma en curso lo desnaturaliza, incurriendo en un verdadero disparate jurídico”²⁶⁸. Aunque, repito, estamos ante un debate muy complejo donde entran en juego diversos factores que, dados los límites del trabajo, no puedo entrar a analizar en profundidad.

6. Conclusiones: la necesidad de reforma desde una perspectiva jurídica de género

Es indudable la libertad sexual es uno de los bienes jurídicos de mayor repercusión desde el punto de vista social, prueba de ello, es la enorme trascendencia y entidad que alcanzan los ataques a la misma, sobretodo en estos tiempos en los presenciemos una evolución general del pensamiento social liderada por la doctrina feminista²⁶⁹ que exige mejoras en la línea marcada por la necesidad de superar la desigualdad y la discriminación por razón de género. Por ello, alcanzar un consenso en torno a su protección y regulación de los tipos delictivos se vuelve, hoy en día, una tarea cada vez más compleja para el legislador, quien debe procurar hacer justicia al mismo tiempo que ajusta los tipos delictivos al momento en el que se encuentra la sociedad.

En el intento de hacer frente a esta problemática se origina la propuesta de reforma del Código Penal a través del Proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual. Ahora bien, la reforma que se prevé en torno a los delitos contra la libertad sexual es tan amplia, que no es posible estar a favor o en contra con todas sus previsiones, aunque sí se comparta el espíritu que lo inspira en su totalidad: la protección y garantía de la libertad sexual²⁷⁰.

Personalmente, a tenor de lo reflejado en las líneas precedentes, considero que la propuesta de regulación de los delitos sexuales introduce aspectos muy positivos como es, en primer lugar, la eliminación de la distinción entre las agresiones y abusos sexuales unificando

²⁶⁶ Tal y como señala HERNÁNDEZ RAMOS, E. M., en “Guía para entender el Proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual”, ob. cit., pág. 39.

²⁶⁷ En detalle, NEBOT CABRERA, M., “Sobre la Ley del solo “sí es sí” y las libertades sexuales”, *La Provincia*, 4 de marzo de 2021. Disponible en: <https://www.laprovincia.es/sociedad/2021/03/04/ley-libertades-sexuales-37718905.html>

²⁶⁸ De acuerdo con ACALE SÁNCHEZ, M., “Valoración de los aspectos penales del proyecto de ley...”, ob. cit., pág. 174.

²⁶⁹ En profundidad sobre esta evolución, VALLEJO TORRES, C., “Delitos contra la libertad sexual y perspectiva de género: una mirada hacia fuera para reflexionar desde dentro”, ob. cit. pág. 1.

²⁷⁰ De acuerdo con ACALE SÁNCHEZ, M., “Valoración de los aspectos penales del proyecto de ley...”, ob. cit., pág. 176.

ambas conductas en una sola categoría de agresión sexual. A mi juicio, los preceptos que se proponen en torno a ello, ponen el acento en lo realmente importante: la figura del consentimiento. Pues la clave para determinar la producción o no de un atentado contra la libertad sexual está en la consideración de la ausencia del consentimiento, más que en el elemento que provoca dicha ausencia, y en todo caso, teniendo en cuenta que en todo ataque sexual no consentido hay una agresión²⁷¹.

Asimismo, debe destacarse que, aunque esta unificación suponga terminar con los problemas probatorios en torno a la existencia de elementos como la violencia o intimidación y el prevalimiento, facilitando así, en gran medida, la labor decisoria judicial, ello no obsta para que deba darse el mismo reproche penal a conductas de distinta envergadura. En este punto, considero necesario diferenciar penológicamente las conductas en función de su gravedad, lo que, aparentemente, trata de solventarse a través de los tipos facultativos de los arts. 178.3 y 180. Sin embargo, siempre quedará un gran margen interpretativo para el juez que puede agudizar la inseguridad jurídica y por ende, considero necesario aclarar los términos en los que dichos preceptos se encuentran redactados y, fijar ciertos márgenes interpretativos por los que deba regirse el juez.

En suma, creo que con la unificación de estos tipos delictivos es posible disminuir muy considerablemente las posibilidades de revictimización de quienes son víctimas de violencia sexual, pero ello, siempre y cuando se acompañe la reforma, en este ámbito, de una necesaria perspectiva de género en el enjuiciamiento de los actos, pues comparto la opinión de quienes sostienen que “un sistema procesal que base en exclusiva la prueba de los hechos en el testimonio de la mujer es un sistema procesal que carece de perspectiva de género, porque ejerce una excesiva presión sobre la víctima”²⁷².

Respecto al acoso sexual y la prostitución, pese a no haber podido analizar en mayor profundidad la significación de los cambios que se prevén, sí cabe señalar algunas consideraciones. Respecto al primero, más allá de la acertada introducción del acoso callejero, creo que hay poco que decir puesto que no se está haciendo una reforma propiamente dicha del delito de acoso sexual sino que se introducen nuevos apartados pero de poca importancia en lo que al objeto de este trabajo se refiere. En lo que respecta a la prostitución, considero que abordar la violencia sexual desde el debate de la prostitución es un error, ya que pretender abolir los derechos de las trabajadoras sexuales a ejercer su actividad en una ley que, precisamente, pretende proteger la libertad sexual, supone caer en una total contradicción. Por otro lado, respecto a la tercería locativa, estimo más acertado castigar únicamente el favorecimiento de la explotación de la prostitución de otra persona, obteniendo un lucro derivado de la misma pero no por el mero alquiler de una vivienda para el desempeño de dicha actividad, ya que esta forma de prohibir el trabajo sexual, en lugar de proteger a las trabajadoras sexuales, las convierte en víctimas de otras violaciones de derechos humanos al verse empujadas a tomar mayores riesgos y trabajar de manera aislada o prescindiendo de medidas de seguridad²⁷³.

En conclusión, esta reforma del Código penal sólo tendrá un efecto favorable si se acompaña de cambios sustanciales en las concepciones sociales, políticas y morales de quienes intervienen en su aplicación, es decir, cuando sean los jueces quienes lleven a cabo su

²⁷¹ En detalle, GUIASOLA LERMA, C., “Reflexiones acerca de la relevancia penal del consentimiento: ámbito de aplicación”, *Revista Penal*, Nº 45, 2020, pág. 71.

²⁷² Un análisis detallado de la reforma desde una perspectiva de género, GUIASOLA LERMA, C., en “Reflexiones acerca de la relevancia penal del consentimiento: ámbito de aplicación”, ob cit., pág. 71.

²⁷³ Tal y como se relata en “Ley de Libertad Sexual: Un gran paso en la protección de las mujeres que todavía no asegura igualdad de derechos a todas las víctimas de agresiones”, *Amnistía internacional*, 23 de noviembre de 2021. Disponible en: <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/noticias/noticia/articulo/ley-de-libertad-sexual-un-gran-paso-en-la-proteccion-de-las-mujeres-que-todavia-no-asegura-igualdad-de-derechos-a-todas-las-victimas-de-agresiones/>

labor con perspectiva de género y razonando con una lógica distinta de la de épocas pasadas, de tal forma que sea posible quebrantar los obstáculos que dificulten la igualdad efectiva²⁷⁴.

7. Bibliografía

- ACALE SÁNCHEZ, M., “Propuestas que disminuyan la revictimización. Unificación de las agresiones y los abusos sexuales”, *Violencia sexual de género contra las mujeres adultas: Especial referencia a los delitos de agresión y abusos sexuales*, Editorial Reus, Madrid, 2020.
- ACALE SÁNCHEZ M., “Valoración de los aspectos penales del proyecto de ley orgánica de medidas de protección integral de la libertad sexual de 26 de julio 2021”, *Revista Sistema Penal crítico*, Nº 2, 2021.
- ACALE SÁNCHEZ, M. en “Delitos sexuales: razones y sinrazones para esta reforma”, *IgualdadES*, Año nº 3, Nº 5, 2021.
- AGUDO FERNÁNDEZ, E. / JAÉN VALLEJO M. / PERRINO PÉREZ, A., *Derecho penal aplicado: Parte Especial. Delitos contra los intereses individuales y las relaciones familiares*, Editorial Dykinson, Madrid, 2020.
- ALTUZARRA ALONSO, I., “El delito de violación en el Código Penal español: Análisis de la difícil delimitación entre la intimidación de la agresión Sexual y el prevalimiento del abuso sexual. Revisión a La Luz De La Normativa Internacional”, *Estudios De Deusto*, Vol. 68, Nº 1, 2020.
- ANGULO EGEA, M., “Subjetividad y violación social. El caso de La Manada”, *Revista de Teoría de la Literatura y Literatura Comparada*, Nº 31, 2019.
- ASÚA BATARRITA, A., “Las agresiones sexuales en el nuevo Código Penal: imágenes culturales y discurso jurídico”, *Análisis del código penal desde la perspectiva de género*, Emakunde: Instituto Vasco de la Mujer, Vitoria-Gasteiz, 1998.
- BASCUR RETAMAL, G. J., “La mujer como (eventual) autora de un delito de violación”, *Ars Boni et aequi*, Vol. 12, Nº1, 2016.
- BOIX REIG, F.J., “Delitos contra la libertad sexual”, *Boletín de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears*, Nº 20, 2019.
- COMAS D’ARGEMIR, M., “Necesidad de una ley integral para combatir las violencias sexuales”, *Boletín Comisión penal, por Juezas y Jueces para la Democracia*, Vol. 1, Nº 12, 2021.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., en *La protección de la libertad sexual. Insuficiencias actuales y propuestas de reforma*, Editorial Bosch S.A., Barcelona, 1985.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Delitos contra la libertad sexual*, Editorial Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. / ROMEO CASABONA, C.M. (Coord.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial II. Títulos VII-XII y faltas correspondientes*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

²⁷⁴ De acuerdo con DE VICENTE MARTÍNEZ, E., en “El delito de violación: problemas que plantea su vigente redacción”, ob cit., pág. 213.

- ESTEVE MALLENT, L., “Consentimiento y dicotomía entre agresión y abuso en los delitos de naturaleza sexual. Consent in sexual attacks. Difference between sexual attacks and sexual abuses”, *El Criminalista Digital*, Nº 9, 2021.
- FARALDO CABANA, P. / ACALE SÁNCHEZ, M. / RODRÍGUEZ LÓPEZ, S. / FUENTES LOUREIRO, M. A., *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- GAVILÁN RUBIO, M., “Agresión sexual y abuso con prevalimiento: análisis de la reciente jurisprudencia”, *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, Nº 12, 2018.
- GOENAGA OLAIZOLA, R., “Delitos contra la libertad sexual”, *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, Nº Extra 10, 1997.
- GIL ESTEVE, H. en “Una reforma necesaria”, *Boletín Comisión penal, por Juezas y Jueces para la Democracia*, Vol. 1, Nº 12, 2021.
- GIL GIL, A., / NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., “A propósito de “La Manada”: Análisis de la sentencia y valoración crítica de la propuesta de reforma de los delitos sexuales”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho (Ejemplar dedicado a las Huellas de “La Manada”)*, Nº 77, 2018.
- GONZÁLEZ TASCÓN, M.M., “Mujer prostituida y Derecho penal”, MONGE FERNÁNDEZ A. (Dir.) y PARRILLA VERGARA J. (Org.), *Mujer y Derecho penal ¿Necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?*, Editorial Bosch, Barcelona, 2019.
- GONZÁLEZ TASCÓN, M.M., “Aspectos jurídicos penales de la explotación sexual de las personas adultas en la prostitución y de otras conductas relacionadas”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Nº 22-10, 2020.
- GORJÓN BARRANCO, M.C., “Dudas que plantea el Proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual respecto de la agencia de las mujeres y en valor del consentimiento”, *Revista Sistema Penal crítico*, Nº 2, 2021.
- GUISASOLA LERMA, C., “Reflexiones acerca de la relevancia penal del consentimiento: ámbito de aplicación”, *Revista Penal*, Nº 45, 2020.
- HERNÁNDEZ RAMOS, E. M., “Guía para entender el Proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual”, *Economist & Jurist*, Nº 255, 2021.
- HERREROS HERNANDEZ, I. “Construcción histórica de la libertad sexual como bien jurídico. Una visión desde la perspectiva de género”, *Revista del Ministerio Fiscal*, Nº 10, 2021.
- JERICÓ OJER, L., “Proporcionalidad, lesividad y seguridad jurídica: breves reflexiones a propósito del anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual”, *Boletín de Violencia de Género y de Igualdad, por Juezas y Jueces para la Democracia*, Nº 11, 2020.
- LAMARCA PÉREZ, C. “La protección de la libertad sexual en el nuevo Código penal”, *Jueces para la democracia*, Nº 27, 1996.
- LÓPEZ DE ZUBIRÍA DÍAZ, S., “El Convenio de Estambul en la lucha contra la violencia de género”, *Letras jurídicas: revista de los investigadores del Instituto de Investigaciones Jurídicas U. V.*, Nº 39, 2019.

- LOUSADA AROCHENA, J. F., “El acoso sexual en el Convenio de Estambul y su transposición interna: el pacto de estado en materia de violencia de género”, *El Convenio de Estambul como marco de derecho antisubdiscriminatorio*, Editorial Dykinson, Madrid, 2018.
- MARTÍNEZ GONZALES, M.I., “El acoso en derecho penal: Una primera aproximación al tratamiento penal de las principales formas de acoso”, *Revista penal*, Nº18, 2006.
- MONGE FERNANDEZ, A., “Los delitos de agresiones y abusos sexuales en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, a la luz de la sentencia de la Manada (STS, de 4 de julio de 2019, Recurso de Casación núm. 396/2019, Tribunal Supremo Sala de lo Penal núm. 344/2019)”, *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Nº 34, 2020.
- MONGE FERNANDEZ, A., “Las manadas” y su incidencia en la futura reforma de los delitos de agresiones y abusos sexuales, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020.
- MORALES PRATS, F. / GARCÍA ALBERO, R., *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2004.
- MUÑOZ CONDE, F., *Teoría General del Delito*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004.
- MUÑOZ CONDE F., *Derecho Penal. Parte Especial*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021.
- ORTEGA LLORENTE, J.M. / RUEDA SORIANO, Y., “Comunicado de la comisión penal de JJPD ante el Anteproyecto de Ley Orgánica de garantía Integral de la libertad sexual”, *Boletín Comisión penal, por Juezas y Jueces para la Democracia*, Vol. 1, Nº 12, 2021.
- ORTS BERENGUER E., *Delitos contra la libertad sexual*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995.
- ORTS BERENGUER, E., “Delitos contra la libertad sexual”, GONZÁLEZ CUSSAC (Coord.), *Derecho Penal, Parte Especial*, 4ª Edición, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.
- PERAMATO MARTÍN, T., “Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la libertad sexual. El consentimiento”, *Boletín de Violencia de Género y de Igualdad, por Juezas y Jueces para la Democracia*, Nº 11, 2020.
- POSADA KUBISSA, L. “Otro género de violencia. Reflexiones desde la teoría feminista como teoría crítica”, *Revista Asparkía*, Nº 19, 2008.
- RAMÍREZ ORTÍZ, J.L., “La reforma de los delitos sexuales en el Anteproyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual ¿Cambio de paradigma o juego de espejos?”, *Boletín Comisión penal, por Juezas y Jueces para la Democracia*, Vol 1, Nº 12, 2021.
- SÁNCHEZ RUBIO, B., “La víctima ideal en los delitos de agresión y abuso sexual. ¿Es posible evitar la victimización secundaria?”, *UNIVERSITAS. Revista De Filosofía, Derecho y Política*, Nº 38, 2021.
- SIERRA LÓPEZ M., “La cualificación del número 1 del artículo 180 del Código Penal: agresiones sexuales, en donde la violencia o la intimidación ejercidas revisten un carácter particularmente degradante o vejatorio”, *Revista penal*, Nº 17, 2006.
- TAPIA BALLESTEROS, P., “Posición de la mujer en el código penal español de 1822 e incorporación del "género" como circunstancia sospechosa de discriminación (Ley orgánica 1/2015 del 30 de marzo): ¿Se ha avanzado hacia la igualdad?”, *Mora*, Vol. 23, Nº 1, 2017.

USHAKOVA, T., “La aportación del nuevo Convenio del Consejo de Europa al debate sobre la violencia de género”, *Revista internacional y comparada de relaciones laborales y derecho del empleo*, Vol. 1, Nº 4, 2013.

VALLE MARISCAL DE GANTE, M., “La reforma del Código penal de 2015”, *FORO.Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales. Nueva Época*, Vol. 18, Nº 1, 2015.

VALLEJO TORRES, C., “Delitos contra la libertad sexual y perspectiva de género: una mirada hacia fuera para reflexionar desde dentro”, *Diario la Ley nº 8447*, Nº 9263, Sección Tribuna, Editorial Wolters Kluwer, Madrid, 2018.

8. Legislación y jurisprudencia

Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, Serie D, Nº 66, 4 de noviembre de 1996.

Informe sobre el Anteproyecto de Ley orgánica de Garantía Integral de la libertad sexual aprobado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial en su reunión del día 25 de febrero.

Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual de 25 de febrero de 2021.

Instrumento de ratificación 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 (BOE núm. 137, de 6 de junio de 2014).

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE Núm. 281, de 24 de noviembre de 1995. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1995/BOE-A-1995-25444-consolidado.pdf>

Proyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual 121/000062) publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Núm. A-62-1 de 26/07/2021.

Sentencia del Tribunal Supremo 1295/2006 (Sala de lo Penal, Sección 1ª) de 13 de diciembre de 2006 (Recurso Núm. 519/2006).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Segundo de la Penal) 445/2008, 3 de julio de 2008 (Recurso Núm. 11204/2007).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) 6475/2010, de 25 de noviembre de 2010 (Recurso Núm. 10214/2010).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Segunda de lo Penal) 349/2012, de 26 de abril de 2012 (Recurso de Casación Núm. 1335/2011).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Segunda de lo Penal) 542/2013, 20 de Mayo de 2013 (Recurso de Casación Núm. 732/2012).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala segunda de lo Penal) 721/2015, de 22 octubre de 2015 (Recurso Núm. 888/2015).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo penal) 680/2016, de 26 de julio de 2016 (Recurso de Casación Núm. 1847/2015).

Sentencia del Tribunal Supremo 643/2017, de 2 de octubre de 2017 (Recurso de casación Núm. 10245/2017).

Sentencia del Tribunal Supremo 384/2018 (Sala de lo Penal), de 25 de julio de 2018 (Recurso de Casación Núm. 2703/2017).

Sentencia del Tribunal Supremo 344/2019, de 4 de julio de 2019 (Recurso de Casación Núm. 396/2019).

Sentencia del Tribunal Supremo 278/2020 (Sala de lo Penal), 3 de junio de 2020 (Recurso de Casación Núm. 10693/2019).

Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal) 2030/2015, de 2 de junio de 2015 (Recurso Núm. 6/2014).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos 379/2019 (Sección 1ª), de 11 de diciembre de 2019.

9. Webgrafía

ACALE SÁNCHEZ, M., “Cuidado, Manada, la justicia anda suelta”. *Nueva Tribuna*, 8 de diciembre de 2018. Disponible en: <https://www.nuevatribuna.es/articulo/sociedad/sentencia-caso-manada-delito-violacion/20181208102302158215.html>

ARAQUE CONDE, P., “Tercería locativa: La ley del 'solo sí es sí' lleva al Congreso la disputa entre abolición y regulación de la prostitución”, *Diario Público*, 20 de octubre 2021. Disponible en: <https://www.publico.es/politica/terceria-locativa-debate-regulacion-abolicion-prostitucion-evidencia-congreso-ley.html>

BISIGNANO ROBLEDO, L., “La responsabilidad de las empresas ante la nueva Ley de Libertad Sexual”, *Más: Mujeres a seguir*, octubre de 2021. Disponible en: <https://www.mujeresaseguir.com/social/opinion/1167222048615/responsabilidad-de-empresas-nueva-ley-de-libertad-sexual.1.html>

DE LA MATA, N. J., en “Sólo sí significa sí: la tutela penal real de la libertad sexual y la insuficiencia del eslogan ‘no es no’”, *Almacén de Derecho*, 21 de agosto de 2017. Disponible en: <https://almacenederecho.org/solo-significa-la-tutela-penal-real-la-libertad-sexual-la-insuficiencia-del-eslogan-no-no>

DE LA ROSA CORTINA, J. M., “Bien jurídico protegido y delitos contra la libertad e indemnidad sexual”, Ponencia de la Fiscalía General del Estado, 2013, . Disponible en: <https://www.fiscal.es/documents/20142/276999/Ponencia+José+Miguel+de+la+Rosa+Cortina.pdf/24dd1d9f-0a48-8f6a-172f-aa5e76d0ea16>

GIMBERNAT ORDEIG E., “Sólo sí es sí”, Iustel, *Diario del Derecho*, Edición de 27/04/20. Disponible en: https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1197551

LASCURAIN, J.A., “Crítica al proyecto de reforma de los delitos sexuales: nueve enmiendas, nueve”, *Almacén del Derecho*, 9 de marzo de 2022. Disponible en: <https://almacenederecho.org/critica-al-proyecto-de-reforma-de-los-delitos-sexuales-nueve-enmiendas-nueve>

NEBOT CABRERA, M., “Sobre la Ley del solo “sí es sí” y las libertades sexuales”, *La Provincia*, 4 de marzo de 2021. Disponible en: <https://www.laprovincia.es/sociedad/2021/03/04/ley-libertades-sexuales-37718905.html>

SEN C., “Ley del solo sí es sí: Igualdad aclara “El piropo no es delito de acoso callejero, masturbarse en público, sí”, *La Vanguardia*. Disponible en: <https://www.lavanguardia.com/vida/20210708/7585594/igualdad-aclara-piropo-delito-acoso-callejero-masturbarse-publico.html>

VILLARES DEL BAS, A. (2019), *Feminismo y Derecho Penal: influencia del pensamiento feminista en la regulación de los delitos sexuales y de violencia de género* [Tesis de fin de grado, Universidad Pontificia]. Disponible en Repositorio Comillas: <https://repositorio.comillas.edu/xmlui/bitstream/handle/11531/27918/TFG%20Derecho.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

“Análisis de la sentencia del TSJ de Navarra, que confirma la condena de prisión para La Manada”, *El rincón legal*, 5 de diciembre de 2018.

“Delito de acoso sexual”, Iberley, 7 de noviembre de 2019. Disponible en: <https://www.iberley.es/temas/delito-acoso-sexual-48311>.

“El Proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual”, La Moncloa, 6 de julio de 2021. Disponible en: <https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/Paginas/enlaces/060721-enlace-libertad-sexual.aspx>

“Ley de Libertad Sexual: Un gran paso en la protección de las mujeres que todavía no asegura igualdad de derechos a todas las víctimas de agresiones”, *Amnistía internacional*, 23 de noviembre de 2021. Disponible en: <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/noticias/noticia/articulo/ley-de-libertad-sexual-un-gran-paso-en-la-proteccion-de-las-mujeres-que-todavia-no-asegura-igualdad-de-derechos-a-todas-las-victimas-de-agresiones/>

Macroencuesta 2019 de Violencia contra la Mujer. Disponible en: https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/macroencuesta2015/pdf/Principales_Resultados_Macroencuesta2019.pdf