

# GenIUS

RIVISTA DI STUDI GIURIDICI  
SULL'ORIENTAMENTO SESSUALE E L'IDENTITÀ DI GENERE

ANNA DE GIULI

Ridefinire il concetto di violenza sessuale  
in una prospettiva sistemica.  
La recente normativa spagnola  
a tutela della libertà sessuale.

PUBBLICAZIONE TELEMATICA SEMESTRALE REGISTRATA PRESSO IL TRIBUNALE DI BOLOGNA · ISSN 2384-9495

*online first*  
13 luglio 2023

## **Ridefinire il concetto di violenza sessuale in una prospettiva sistemica. La recente normativa spagnola a tutela della libertà sessuale.**

### **Sommario**

1. Introduzione. – 2. La “violenza sessuale” come forma di discriminazione. – 3. Per una risposta integrale alla violenza sessuale. – 3.1. Politiche pubbliche e prospettiva sistemica alla violenza: quali strumenti di contrasto alla violenza? – 4. Su (alcune) modifiche al Codice penale spagnolo. – 4.1. Gli abusi sessuali come forme di violenza sessuale. – 4.2. Quale modello di consenso per l’ordinamento giuridico spagnolo?

### **Abstract**

Di recente è stata approvata in Spagna la *Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual* che si propone di affrontare il fenomeno della violenza sessuale secondo una prospettiva sistemica, col fine di adeguare l’ordinamento giuridico spagnolo agli obblighi assunti con la *Convenzione di Istanbul*. Il presente contributo intende mettere in evidenza come la legge rappresenti una risposta integrale e trasversale alla “cultura” della violenza sessuale. Nel compiere ciò, dapprima si prenderà in considerazione la nozione di violenza sessuale in essa elaborata. In secondo luogo, verranno evidenziati gli strumenti di contrasto da sviluppare nelle politiche pubbliche, riconducibili ad un’ottica sistemica. Infine, sarà dedicata una specifica attenzione alle modifiche introdotte dalla nuova redazione dell’art. 178 del Codice penale spagnolo, con particolare riguardo all’eliminazione della fattispecie di *abuso sexual* e alla definizione di consenso.

*Recently, the Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, whose purpose is to deal with the phenomenon of sexual violence from a systemic perspective, has been passed in Spain with the aim to align the Spanish legal system with the obligations assumed with the Istanbul Convention. This essay intends to highlight how the law represents an integral and transversal response to the “culture” of sexual violence. To do so, the notion of sexual violence elaborated on the law will be examined. Secondly, a focus will be put on the contrast tools that should be developed in public policies, which are derived from a systemic point of view. Lastly, special attention will be directed to the modifications introduced in the new drafting of the art. 178 of the Spanish Penal Code, from the elimination of the case of abuso sexual to the definition of consent.*

---

\* Dottoranda di ricerca in Filosofia del diritto, Dipartimento di Scienze Giuridiche “Cesare Beccaria”, Università degli Studi di Milano. Contributo sottoposto a referaggio a doppio cieco.

## 1. Introduzione

La *Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual* (d'ora in poi *LO Libertad sexual*) è stata pubblicata il 7 settembre 2022<sup>1</sup>, nel numero 215 del *Boletín Oficial del Estado* (BOE), ed è entrata in vigore nell'ordinamento spagnolo a partire dal 7 ottobre 2022, fatte salve le eccezioni previste nella Venticinquesima Disposizione finale<sup>2</sup>. Questa legge trova la sua giustificazione sia nelle evidenze statistiche, che fanno emergere come la violenza sessuale colpisca le donne in maniera sproporzionata<sup>3</sup>, sia nella necessità di ottemperare agli obblighi previsti dalla *Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica* (d'ora in poi *Convenzione di Istanbul*)<sup>4</sup> e ad alcune misure definite nel *Pacto de Estado contra la Violencia de Género* adottato nel 2017<sup>5</sup>.

La *LO Libertad sexual* si propone, da un lato, di costituire una cornice normativa stabile e chiara che possa garantire il principio di sicurezza giuridica e la coerenza interna dell'ordinamento e, dall'altro, di adottare un approccio "integrale" – come si evince dallo stesso titolo della legge – al diritto alla libertà sessuale e all'eliminazione delle violenze sessuali, oggetto della normativa. Si tratta di obiettivi ambiziosi che si riflettono sia sul suo rango normativo che sulla metodologia intersezionale promossa<sup>6</sup>.

- 1 Il presente contributo ha ad oggetto l'analisi della *LO Libertad sexual* nella versione menzionata nel corpo del testo. Gli indesiderati effetti determinati dalla modifica della fattispecie di *agresión sexual* – quali le scarcerazioni e le diminuzioni di pene – verificatesi a fine 2022, nonché le riforme normative avvenute nel 2023, non sono stati menzionati nel testo, poiché posteriori alla redazione e presentazione dell'articolo qui proposto.
- 2 In concreto, la disposizione prevede un termine di 6 mesi dalla data di pubblicazione nel BOE per l'applicazione del Capitolo I ("Alcance y garantía del derecho") del Titolo IV ("Derecho a la asistencia integral especializada y accesible") e del Titolo V ("Actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad"), e posticipa l'applicabilità dell'art. 33 lett. e («Asesoramiento jurídico previo y asistencia jurídica gratuita en los procesos derivados de la violencia, en los términos previstos en la legislación de asistencia jurídica gratuita») alla futura modifica della *Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita*, richiesta dalla Ventunesima Disposizione finale. Secondo quanto previsto dalla Venticinquesima Disposizione finale, tale progetto di riforma dovrà essere presentato entro un anno dalla data di pubblicazione nel BOE della *LO Libertad Sexual*.
- 3 Sul punto, oltre ai dati derivanti dalla *Macroencuesta sobre Violencia Contra la Mujer del año 2019* riportati nel Preambolo, nella *Memoria del Análisis de Impacto Normativo del Anteproyecto de Ley Orgánica De Garantía Integral de la Libertad Sexual* (MAIN), alle pp. 59-64, vengono riportati i dati derivanti da diversi documenti, tra cui: *Informe sobre delitos contra la libertad e indemnidad sexual de 2018*; *Informe sobre Violencia contra la Mujer 2015-2019 del Portal de la Criminalidad del Ministerio del Interior*; *Memoria de la Fiscalía General del Estado del año 2019*.
- 4 Il *Group of Experts on Action against Violence against Women and Domestic Violence* (GREVIO), quale organo di esperte ed esperti indipendenti che monitorano e valutano l'implementazione della *Convenzione di Istanbul* nelle legislazioni degli Stati parte, ha formulato delle raccomandazioni alla Spagna nel 2020, richiedendole di intervenire sul quadro normativo riguardante la violenza sessuale, di prendere in considerazione le forme di discriminazione intersezionale e di rinforzare la formazione dei professionisti, tra le altre. GREVIO/Inf(2020)19, *Baseline evaluation report. Spain*, Adopted on 15 October 2020, Published on 25 November 2020.
- 5 All'interno del *Pacto de Estado contra la Violencia de Género*, oltre alle misure che si riferiscono alla corretta applicazione della Convenzione di Istanbul (Misure 103 e 104), si segnalano, in particolare, quelle relative ai servizi di attenzione alle vittime di violenza (Misure 164, 252 e 253), e quelle che promuovono le attività di sensibilizzazione e formazione (Misure 250, 254 e 255). Il *Documento refundido de medidas del Pacto de Estado en materia de Violencia de Género* è disponibile al link: [https://violenciagenero.igualdad.gob.es/pactoEstado/docs/Documento\\_Refundido\\_PEVG\\_2.pdf](https://violenciagenero.igualdad.gob.es/pactoEstado/docs/Documento_Refundido_PEVG_2.pdf).
- 6 Quest'ultima verrà presa in considerazione nel paragrafo 3.1.

Per quanto concerne il sistema delle fonti, si tratta di un atto normativo che, in virtù dell'art. 81 *Constitución española* (d'ora in poi Cost. Es.), assume la forma di legge "orgánica" in quanto la disciplina in essa prevista incide su alcuni diritti fondamentali<sup>7</sup>. Infatti, essa si propone di proteggere in maniera integrata e trasversale<sup>8</sup> il bene giuridico della libertà sessuale, intesa sia in termini "positivi", come autodeterminazione nel prendere decisioni legate alla sessualità, sia in termini "negativi", come non costrizione a compiere atti sessuali<sup>9</sup>. La libertà sessuale, pur non essendo esplicitamente prevista nella Cost. Es., viene ricondotta nell'ambito dei valori fondamentali della dignità (art. 10 Cost. Es.), dell'eguaglianza (art. 14 Cost. Es.), della vita e dell'integrità fisica e morale (art. 15 Cost. Es.) e della libertà e sicurezza (art. 17 Cost. Es.). Tuttavia, il carattere "orgánico" è limitato, così come definito dalla Diciassettesima Disposizione finale, alle disposizioni contenute nel Titolo Preliminare<sup>10</sup> e solo ad alcune Disposizioni finali<sup>11</sup>, mentre le restanti disposizioni hanno rango ordinario<sup>12</sup>.

È possibile individuare due parti nella struttura della legge<sup>13</sup>: la prima, che coincide con gli otto Titoli che la compongono, riguarda i meccanismi di indagine, prevenzione e (in)formazione sul fen-

- 7 In tal senso, nel linguaggio giuridico spagnolo si usa l'espressione "reserva de ley orgánica", talvolta accompagnata da "por razones de materia", per riferirsi all'art. 81 Cost. es. che individua al primo comma le materie che devono essere disciplinate solo con Ley Orgánica, soggette ad una maggioranza qualificata (secondo comma). Art. 81 Cost. es.: «1. Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución. 2. La aprobación, modificación o derogación de las leyes orgánicas exigirá mayoría absoluta del Congreso, en una votación final sobre el conjunto del proyecto».
- 8 Sulla rilevanza dell'adozione di questo rango normativo, sembra opportuno riportare la riflessione di Juana Maria Gil Ruiz con riferimento alla *Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género* (d'ora in poi *LO Violencia de Género*): «En este sentido, elevar a categoría de Ley Orgánica el esfuerzo legislativo por eliminar dicha lacra social, significa reconocer el derecho fundamental de las mujeres como ciudadanas a poder vivir en paz; así como abordar dicha problemática de manera integral, implica reconocer que la Violencia de género es algo más que la estricta "violencia doméstica"». J.M. Gil Ruiz, *Los diferentes rostros de la violencia de género*, Dykinson, 2008, p.15.
- 9 La compresenza della "libertà di" e della "libertà da" nella definizione di libertà sessuale rimanda a Bobbio. Sul punto l'Autore afferma «affinché si possa dire che un'azione è libera basta il fatto negativo di non essere impedita o costretta; affinché si possa dire che è libera la volontà occorre non già il fatto negativo di non essere determinata, ma il fatto positivo di essere autodeterminata» N. Bobbio, *Eguaglianza e libertà*, Torino, Einaudi, 1995, p. 66.
- 10 Il Titolo Preliminare comprende l'oggetto e la finalità della legge (art. 1), i principi guida (art. 2) e l'ambito di applicazione (art. 3).
- 11 In concreto, sono le seguenti disposizioni finali: la Prima (par. 1) in cui si aggiunge un secondo comma all'art. 13 della *Ley de Enjuiciamiento Criminal*; la Seconda che modifica la *LO 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación*; la Quarta che modifica la *LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*; la Sesta che modifica la *LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*; infine, l'Undicesima che modifica la *Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo*.
- 12 Si tratta, infatti, di una "ley orgánica parcial". In tal senso, la dottrina costituzionale spagnola ammette la possibilità che in una stessa legge vi siano alcune disposizioni che seguono la procedura aggravata prevista per le leggi di rango "orgánico" in quanto connesse ai diritti fondamentali perseguiti dalla stessa legge (Art. 81 Costituzione Spagnola) ed altre disposizioni che, invece, seguono le procedure stabilite per le leggi ordinarie. Tale distinzione riveste una speciale rilevanza soprattutto relativamente a possibili modifiche future, anche alla luce delle competenze riservate alle singole Comunità Autonome. Sentencia Tribunal Constitucional 5/1981, de 13 de febrero de 1981. Cfr. E. Linde Paniagua, *Las leyes orgánicas parciales en la doctrina del Tribunal Constitucional*, in *Revista de administración pública*, 1981, 94, pp. 339-344.
- 13 C. García Vidales, *Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de Garantía Integral de la Libertad Sexual: breve comentario panorámico de una norma que aspira a ser transformadora*, in <https://blog.sepin.es/2022/09/ley-garantia-integral-libertad-sexual>

meno della violenza sessuale e sui diritti riconosciuti alla vittima; la seconda, può essere individuata nelle disposizioni finali, che rivestono una speciale importanza in ragione delle modifiche normative ivi prefigurate, finalizzate a restituire conformità all'ordinamento giuridico spagnolo. Sul punto, pare interessante notare quanto sia frequente ricondurre – o, meglio, ridurre – la radicale trasformazione perseguita dalla *LO Libertad sexual* alle disposizioni finali e, in particolar modo, alla modificazione di fattispecie di reato nel Codice penale (CP) spagnolo, tant'è che a livello mediatico tale legge è nota come “La Ley del Solo Sí es Sí”. Attribuendole questa denominazione, viene, però, totalmente oscurato il profondo cambio di paradigma in essa promosso, che risiede nello sviluppo di un concetto di violenza sessuale in chiave sistemica, come sarà specificato successivamente nel testo.

Nel contributo qui proposto si procederà, in primo luogo, all'analisi della nozione di violenza sessuale adottata dalla *LO Libertad sexual*, come parte di un processo di comprensione del fenomeno nei suoi termini strutturali, iniziato già nel 2004 (2); in secondo luogo, verrà presentata la risposta integrale data dalle politiche pubbliche (3), evidenziandone gli elementi più significativi (3.1). Infine, dopo aver presentato alcune modifiche apportate al CP (4), l'attenzione sarà rivolta alla nuova redazione dell'art. 178 CP con particolare riguardo all'unificazione delle fattispecie di *abuso sexual* e *agresión sexual* (4.1) e alla definizione di consenso (4.2). L'obiettivo non sarà quello di trattare in maniera esaustiva tutti i cambiamenti introdotti dalla legge, bensì fornire una comprensione della prospettiva sistemica in essa promossa alla luce del contesto giuridico di riferimento.

## 2. La “violenza sessuale” come forma di discriminazione

L'articolo 3 della *LO Libertad Sexual* definisce la violenza sessuale come «qualsiasi atto di natura sessuale non consensuale o che condizioni il libero sviluppo della vita sessuale in qualsiasi ambito pubblico o privato, incluso l'ambito digitale»<sup>14</sup>. Si esplicita, poi, l'inclusione della «mutilazione genitale femminile, il matrimonio forzato, lo stalking con connotazione sessuale e la tratta di esseri umani con fini di sfruttamento sessuale»<sup>15</sup> nel concetto di violenza sessuale e, più nello specifico, come casi di «femicidio sexual»<sup>16</sup>.

Si tratta di una definizione ampia di violenza, il cui proposito sembra essere, da un lato, quello di non esaurire la violenza nell'uso della forza e di non confinarla all'ambito domestico<sup>17</sup> e, dall'altro, quello di dare conto delle plurime forme di violazioni dei diritti umani che possono essere incluse nel novero della violenza sessuale<sup>18</sup>. Inoltre, l'approccio sistemico al fenomeno della violenza sessuale

14 [Trad. nostra]. Art. 3.1 *LO Libertad sexual* «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»

15 [Trad. nostra]. Art. 3.1 *LO Libertad sexual*: «mutilación genital femenina, el matrimonio forzado, el acoso con connotación sexual y la trata con fines de explotación sexual».

16 L'art. 3.1 *LO Libertad sexual* specifica che per “femicidio sexual” si intende «[el] homicidio o [el] asesinato de mujeres y niñas vinculado a conductas definidas en el siguiente párrafo como violencias sexuales». Le condotte a cui si riferisce sono quelle summenzionate nel testo.

17 Come accaduto con la *LO Violencia de Género*, cfr. infra nel testo.

18 Se l'intento fosse effettivamente quello di non delimitare in maniera stringente il concetto di violenza sessuale per favorire un'individuazione più ampia delle forme in cui essa si manifesta, si potrebbe intravedere una vicinanza alla prospettiva di MacKinnon, la quale promuove «un approccio “più giurisprudenziale che definitorio” che si concentri sugli abusi legati alla differenza sessuale, e, accomunando violenze, sfruttamenti e discriminazioni, consideri fatti, pratiche e norme non solo come violenze ad alcune donne ma come elementi di un sistema complessivo di disegualianza (MacKinnon 1984)». A.

emerge nel Preambolo della legge, in cui si precisa che le violenze sessuali non possono essere trattate come meri accadimenti individuali ed episodici. In tal senso, il cambio di paradigma promosso consiste nel considerarle come un problema a livello sociale, incardinato nella stessa struttura e cultura della società.

In realtà, tale approccio non è nuovo all'interno dell'ordinamento giuridico spagnolo, essendo stato introdotto per la prima volta nel 2004 dalla *LO Violencia de Género*. Una legge, questa, che, pur non essendo esente da critiche ad opera della letteratura femminista<sup>19</sup>, ha il merito di aver provato ad affrontare la violenza di genere<sup>20</sup> secondo una prospettiva «integrale e multidisciplinare, a partire dal processo di sensibilizzazione ed educazione»<sup>21</sup>. Nella *Exposición de Motivos* viene, peraltro, riconosciuto che la violenza di genere sia il «simbolo più brutale della disegualianza esistente nella nostra società»<sup>22</sup>, essendo ricondotta alle storiche relazioni di potere tra uomo e donna. Tuttavia, sebbene si affermi che la violenza sia una «manifestazione della discriminazione, [della] situazione di disegualianza e [del]le relazioni di potere tra uomini e donne»<sup>23</sup>, essa viene, poi, limitata all'ambito privato delle sole relazioni di coppia, anche qualora non ci fosse convivenza. In questa (grande) lacuna si inserisce la *LO Libertad sexual* che cerca di dare risposta anche alle forme di violenza (sessuale) nei confronti delle donne che avvengono al di fuori della relazione affettiva, proseguendo, quindi, il cammino iniziato dalla *LO Violencia de Género*, in ottemperanza agli obblighi assunti a livello internazionale.

Nel Preambolo della *LO Libertad sexual*, il patriarcato viene presentato come la cornice entro cui si verificano le violenze sessuali, adottando, così, una posizione decisamente più marcata rispetto a quella assunta dall'allora pioniera *LO Violencia de Género*, poiché viene nominato esplicitamente il sistema di potere da cui derivano certe strutture discriminatorie. Inoltre, nel ricondurre le violenze sessuali all'ordine patriarcale, si chiarisce il funzionamento di questa struttura di potere, affermando che in ogni violenza esercitata a livello individuale risiede e si riafferma un messaggio implicito di dominazione sul piano collettivo, nei confronti delle donne, delle bambine e dei bambini. In tal senso, il danno sofferto dai singoli individui si dirama nei confronti di quelle collettività, convertendosi in una «questione di Stato».

---

Facchi, *A partire dall'eguaglianza. Un percorso nel pensiero femminista sul diritto*, in *About Gender: International journal of gender studies*, <https://riviste.unige.it/aboutgender>, 2012, p. 130; C. A. MacKinnon, *Differenza e dominio. Sulla discriminazione sessuale*, in A. Besussi e A. Facchi (a cura di), *Le donne sono umane?*, Roma-Bari, Laterza, 2012.

19 M.J. Añón Roig, R. Mestre I Mestre, *Violencia Sobre Las Mujeres: Discriminación, Subordinación y Derecho*, in J. Boix Reig, E. Martínez García (a cura di), *La nueva Ley contra la Violencia de Género*. Madrid, Iustel, 2005; M.J. Añón Roig, *Violencia con género. A propósito del concepto y la concepción de la violencia contra las mujeres*, in *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, <https://ojs.uv.es/index.php/CEFD/>, 2016, 33.

20 Secondo quanto previsto nell'art. 1 della *LO Violencia de Género*, per "violenza di genere" si intende: la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia.» (comma 1) e comprende «todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad» (comma 3), incluyendo pure quelle violenze che «con el objetivo de causar perjuicio o daño a las mujeres se ejerza sobre sus familiares o allegados menores de edad» (comma 4).

21 [Trad. nostra]. II° Exposición de Motivos, *LO Violencia de Género*: «integral y multidisciplinar, empezando por el proceso de socialización y educación».

22 [Trad. nostra]. I° Exposición de Motivos, *LO Violencia de Género*: «el símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad».

23 [Trad. nostra]. Art. 1 della *LO Violencia de Género* «manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres».

Sebbene queste siano le premesse dalle quali prende le mosse la legge, in realtà nell'intero testo non viene mai nominata la "subordinazione"<sup>24</sup>. Il "potere", la "dominazione" o le "relazioni di potere" vengono richiamate unicamente nel Preambolo e la condizione di "superiorità" o, viceversa, di "vulnerabilità" appaiono solo nelle disposizioni del CP. La scelta di non introdurre all'interno del testo normativo l'elemento del potere, può essere fondata su due differenti ragioni: la prima, è quella di evitare l'uso di termini che possano essere facilmente oggetto di divergenze interpretative, così prediligendo una nozione ampia di violenza sessuale nell'art. 3 *LO Libertad sexual* e, al contempo, prevedendo l'*enfoque de género*, quale principio guida della legge (art. 2 lett. c) che permetterebbe di ricondurre la violenza alla subordinazione; la seconda riguarda la preoccupazione di questa legge che sembrerebbe essere quella di creare un apparato che possa prevenire e contrastare le violenze sessuali, in primo luogo, attraverso la formazione del personale educativo, sanitario, di polizia e giudiziario. Risulta, comunque, suggestiva la loro assenza alla luce della presenza di espressioni come "stereotipi di genere" e "relazioni di genere" che sembrano godere di una maggiore accettazione<sup>25</sup>, forse, per la loro attenuata incisività relativamente alla condizione di subordinazione. A prescindere dalla vaghezza che caratterizza l'espressione "relazioni di genere" su cui non ci si sofferma anche in ragione del numero esiguo di volte in cui è stata usata, il riferimento a "stereotipi di genere"<sup>26</sup> permette di ricomprendere all'interno della medesima locuzione concetti quali: *sex stereotype*, *sexual stereotype*, *sex-role stereotype* e *compounded stereotype*<sup>27</sup>. Si tratta di un'espressione che, da un lato, affievolisce la denuncia verso il loro uso pregiudizievole, diversamente dalla scelta effettuata dal legislatore nella *LO Violencia de Género* che aveva utilizzato l'espressione «estereotipos sexistas o discriminatorios»; dall'altro lato, però, permette di non orientare la ricerca ai soli stereotipi che hanno effetti discriminatori. In tal senso, adottare un approccio ampio alla comprensione degli stereotipi, oltre a ridurre i *bias* che possono insinuarsi nella loro ricerca, consente di interrogarsi sui differenti piani su cui operano gli stereotipi – legati al sesso, alla sessualità, ai ruoli ed alle intersezioni tra fattori di discriminazione – permettendo, così, l'adozione di un approccio sistemico.

Ebbene, quanto è stato detto finora acquista un maggior significato alla luce della prospettiva sostenuta, all'interno della letteratura spagnola, dal Diritto Anti(subor)discriminatorio Critico. Innanzitutto, si afferma la necessaria ridefinizione del concetto di discriminazione all'interno della cultura giuridica proprio in base alla visione sistemica. In particolare, viene proposto il concetto della "subordiscriminazione" che viene intesa come «l'insieme di trattamenti [o condotte] che, assumendo significato in uno o vari sistemi di potere, rendono inferiore lo status di certi gruppi sociali e impediscono

24 Ci sono due riferimenti a "persona subordinata", entrambi nella Tredicesima Disposizione finale, ma riguardano la specifica relazione tra superiore e subordinato in ambito militare.

25 Si tratta, comunque, di numeri bassi: 11 nel caso degli "stereotipi di genere" e 2 per le "relazioni di genere".

26 La *LO Libertad sexual* non fornisce una definizione di "stereotipo di genere". In questa sede, si richiama quella usata da Cusack che lo definisce come «a generalised view or preconception about attributes or characteristics that are or ought to be possessed by, or the roles that are or should be performed by, men and women». Cfr. S. Cusack, *Eliminating judicial stereotyping. Equal access to justice for women in gender-based violence cases*, Office of the High Commissioner for Human Rights, 2014, p. 17.

27 Queste distinzioni sono state elaborate da Rebecca J. Cook & Simone Cusack. Il primo è lo "stereotipo relativo al sesso" riguardante i connotati di natura fisica o biologica (es. la forza). Il secondo è lo "stereotipo sessuale" che ha a che vedere con le caratteristiche e gli attributi che emergono nella sfera della sessualità (es. l'iniziativa, il desiderio...). Il terzo sono gli "stereotipi sui ruoli sessuali" intesi come ruoli che hanno o dovrebbero avere uomini e donne nella società. Infine, gli "stereotipi composti" si riferiscono all'interazione tra genere ed altri fattori, come l'età, l'orientamento sessuale, la disabilità, ecc. Cfr. R. J. Cook, S. Cusack, *Estereotipos de género. Perspectivas Legales Transnacionales*, University of Pennsylvania Press, 2009, pp. 29-34.

che questo status cambi (ossia, lo riproducono)»<sup>28</sup>, al fine di superare la bilateralità degli attuali concetti di discriminazione (diretta e indiretta), dando maggiore rilevanza all'elemento del "potere su"<sup>29</sup>. Inoltre, si critica che a livello statale si mantengano distinte le risposte date al fenomeno della violenza e a quello della discriminazione come se fossero ontologicamente separate: operazione, questa, portata avanti dal diritto antidiscriminatorio moderno e che si rispecchia nell'adozione di due differenti legislazioni – da un lato, la *LO Violencia de Género* e, dall'altro lato, la *Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres* – all'interno dell'ordinamento giuridico spagnolo. Ciò su cui insiste il Diritto Anti(subor)discriminatorio Critico è la necessità di riconoscere il carattere sistemico della violenza e della discriminazione<sup>30</sup>, sottolineando l'urgenza di una ridefinizione di entrambi i concetti.

Come è stato segnalato da Maria Ángeles Barrère Unzueta, il fatto che la *Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione della donna* (d'ora in poi CEDAW) non includesse nel suo testo originario del 1979 un riferimento al legame tra discriminazione strutturale e forme di violenza ha portato a promuovere misure individuali verso le donne vittime, in linea con il paradigma individualista promosso dalla cultura giuridica liberale, senza prendere in considerazione il problema secondo una prospettiva sistemica<sup>31</sup>. In questa direzione è stata riassetata la *CEDAW* che esplicita il legame tra discriminazione e violenza nella *General recommendation No. 19* del 1992<sup>32</sup> relativa alla Violenza contro le donne, poi ripresa nella *General recommendation No. 35*<sup>33</sup>, incidendo sulla necessaria predisposizione di misure di contrasto a livello sociale che vadano oltre la risposta al singolo episodio.

- 28 M.A. Barrère Unzueta, *Filosofías del Derecho antidiscriminatorio. ¿Qué Derecho y qué discriminación? Una visión contra-hegemónica del Derecho antidiscriminatorio*, in *Anuario de filosofía del derecho*, 2018, 34, 11-42.
- 29 La necessità di includere in ambito giuridico anche il concetto di "oppressione" è stata avvertita anche al di fuori del Diritto Antidiscriminatorio Critico, sul punto cfr. almeno I. M. Young, *Justice and the Politics of difference*, Princeton University Press, 1990; L. Gianformaggio, *Eguaglianza, donne, diritto*, A. Facchi, C. Faralli e T. Pitch (a cura di), Bologna, Il Mulino, 2005; D. Morondo Taramundi, «... che finalmente si consideri violazione del principio giuridico dell'eguaglianza (...) l'oppressione anziché la discriminazione». *Sul contributo di Letizia Gianformaggio alla critica del diritto antidiscriminatorio: due tasselli e un indirizzo*, in O. Giolo, B. Pastore (a cura di), *Diritto, potere e ragione nel pensiero di Letizia Gianformaggio*, Napoli, Jovene editore, 2016, p. 65 e ss.
- 30 Uno stesso trattamento può considerarsi al contempo violento e discriminatorio. Sul punto, Maria Ángeles Barrère Unzueta, nella relazione tenuta al "IV Congreso Internacional Género y Derecho" pone l'esempio di un trattamento di svantaggio nei confronti di una donna incinta in ambito lavorativo che si configura come una discriminazione diretta, tuttavia problematizza che il licenziamento di una donna incinta possa essere inteso anche come una condotta di violenza (non fisica, ma economica, psicologica...). La relazione tenuta da Maria Ángeles Barrère Unzueta al congresso è disponibile su Youtube: *Filosofía del Derecho Universidad de Granada, IV Congreso Internacional Género y Derecho: Violencia estructural de género y nuevo orden jurídico*, Pubblicato il 14 aprile 2022, disponibile al link [https://www.youtube.com/watch?v=P\\_uGRe6xsD8](https://www.youtube.com/watch?v=P_uGRe6xsD8).
- 31 M. A. Barrère Unzueta, *El derecho antidiscriminatorio y sus límites*, Lima, Editora Jurídica Grijley, 2014, pp. 118-119.
- 32 La *General recommendation No 19* chiarisce sin dal primo paragrafo che la «Gender-based violence is a form of discrimination», evidenziando che non in tutti i report degli Stati emergeva la «close connection between discrimination against women, gender-based violence, and violations of human rights and fundamental freedoms».
- 33 Si segnala, in particolare, il paragrafo 9: «The concept of "violence against women", as defined in general recommendation No. 19 and other international instruments and documents, has placed an emphasis on the fact that such violence is gender-based. Accordingly, in the present recommendation, the term "gender-based violence against women" is used as a more precise term that makes explicit the gendered causes and impacts of the violence. The term further strengthens the understanding of the violence as a social rather than an individual problem, requiring comprehensive responses, beyond those to specific events, individual perpetrators and victims/survivors».

Anche la *Convenzione di Istanbul* ha preso posizione in tal senso<sup>34</sup>, definendo all'articolo 3 la "violenza nei confronti delle donne" come «una forma di discriminazione contro le donne», peraltro riconoscendo anche il potenziale "istituzionale" della violenza<sup>35</sup>.

La Spagna, dunque, con la *LO Libertad sexual* abbandona il paradigma individualista per accogliere una prospettiva sistemica nella comprensione del fenomeno della violenza contro le donne, sebbene sia questo un cammino in divenire che dovrà sfociare in una riconfigurazione del concetto di discriminazione che, così come è attualmente definito, risulta inadeguato per supportare la portata "sovversiva" di questo approccio.

### 3. Per una risposta integrale alla violenza sessuale

I differenti strumenti di contrasto e di tutela alla violenza sessuale previsti dalla *LO Libertad sexual* evidenziano la portata trasversale della risposta pubblica richiesta per contrastare il fenomeno della violenza sessuale. In particolare, gli otto titoli che la compongono hanno ad oggetto l'attività di indagine e raccolta dati, la sensibilizzazione, la prevenzione e la formazione, nonché le questioni legate all'accesso alla giustizia delle vittime e al diritto alla riparazione. Nel definire tali attività, si afferma la necessità di una stretta collaborazione tra i differenti organi che, nell'ambito delle loro competenze, vengono a contatto con potenziali casi di violenza sessuale. Prima di procedere nell'analisi della prospettiva sistemica nell'ambito delle politiche pubbliche adottata dalla *LO Libertad sexual* (3.1.), di seguito verranno segnalate alcune delle disposizioni più significative.

Risulta interessante il riconoscimento di una «responsabilità istituzionale» in capo alla pubblica amministrazione nell'individuare e riconoscere casi di violenza sessuale, avendo il dovere, oltretutto di attivarsi ed intervenire, di denunciare i casi che riguardano bambine e bambini<sup>36</sup>. Tale responsabilità viene declinata con riguardo all'ambito educativo (art. 19), sanitario (art. 20), sociosanitario e dei servizi sociali (art. 21), richiedendo l'elaborazione di protocolli che promuovano la prevenzione ma anche, appunto, l'intervento delle differenti amministrazioni. In particolare, in ambito sanitario si afferma la necessità di promuovere queste misure a livello statale, potendo poi migliorarle al livello delle Comunità autonome, e si affida alla Commissione contro la Violenza di Genere, con l'ausilio dell'Osservatorio della Salute delle Donne, il compito di creare linee guida riguardanti non solo le violenze recenti ma anche quelle più datate. Inoltre, sempre in linea con il ruolo – nonché la responsabilità – dei poteri pubblici nel contrastare il fenomeno della violenza sessuale, si prevede una «riparazione simbolica» (art. 57) consistente nel riconoscere le violenze e restituire dignità alle vittime tramite dichiarazioni istituzionali.

Rispetto all'attività di indagine (art. 5), si segnala l'attenzione sia alle violenze sessuali avvenute in territorio spagnolo sia a quelle le cui vittime sono donne spagnole che si trovano all'estero. Inoltre, viene promossa un'analisi dei fattori che (ri)producono le diverse forme di violenza sessuale, adottan-

<sup>34</sup> Sul fondamentale contributo dato dalla Convenzione di Istanbul all'inclusione della prospettiva sistemica, cfr. J.M. Gil Ruiz (a cura di), *El Convenio de Estambul. Como Marco de Derecho Antisubordinador*, Dykinson, S.L., 2018.

<sup>35</sup> Si fa riferimento all'articolo 5.1 della *Convenzione di Istanbul*, con riguardo alla possibilità che anche «le autorità, i funzionari, i rappresentanti statali, le istituzioni e ogni altro soggetto pubblico» possano essere soggetti attivi della violenza nei confronti delle donne.

<sup>36</sup> In conformità anche a quanto previsto nel Titolo II dalla *Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia*.

do una prospettiva intersezionale<sup>37</sup>, e viene contemplata l'individuazione di nuovi indicatori utili a comprendere l'entità del fenomeno e le forme che esso assume.

Non viene, poi, trascurato l'aspetto economico, sia in termini di promozione dell'autonomia (economica e lavorativa) della vittima – compresa all'interno del più ampio diritto all'assistenza integrale specializzata e accessibile (Titolo IV) –, sia come diritto alla riparazione (Titolo VII). In primo luogo, vengono predisposti sussidi e aiuti economici alle vittime che non raggiungono il reddito minimo mensile (*salario minimo interprofesional*, fissato a 1000€ nel 2022)<sup>38</sup>, potendo essere percepiti per un periodo di tempo che varia in base alle circostanze personali e familiari della vittima (art. 41)<sup>39</sup>. Di base, il periodo di erogazione del sussidio è di 6 mesi con una possibilità di proroga, mentre nei casi in cui la vittima sia una donna con una disabilità uguale o superiore al 33% oppure sia una donna con figli a carico, il sussidio copre rispettivamente 12 o 18 mensilità, potendo arrivare fino a 24 mensilità nel caso in cui la vittima conviva con una persona con disabilità uguale o superiore al 33% (art. 41.2). In secondo luogo, si prevede una risposta diversificata in base alle condizioni lavorative della vittima, qualora fosse disoccupata, lavoratrice dipendente o imprenditrice<sup>40</sup>. Infine, si contempla il diritto alla riparazione nei termini di un risarcimento del danno e dei pregiudizi materiali e morali, tenendo conto degli specifici concetti di danno derivanti dalle violenze sessuali<sup>41</sup>, di cui si dovrà rispondere in

37 L'approccio intersezionale permette di prestare attenzione alle particolari situazioni di svantaggio sofferte da certe persone quando più assi di discriminazione convergono tra loro. Nel caso della *LO Libertad sexual*, adottare un approccio intersezionale significa prendere in considerazione l'interazione tra "l'essere donna" con altri fattori di discriminazione come la disabilità, l'etnia, la povertà, ecc. Sui benefici di tale approccio, si riporta quanto segnalato da Makkonen: «The intersectional approach is particularly useful in exposing new forms of discrimination which have hitherto remained hidden from the public. This is because it directs attention to those who are the most disadvantaged, i.e those who are disadvantaged within the disadvantaged, those who constitute a minority within a minority, those who have been marginalized both within the general society and their primary reference group. Intersectional analysis brings to the international focus those that have so far been most distant from it». T. Makkonen, *Multiple, Compound and Intersectional Discrimination: Bringing the Experiences of the Most Marginalized to the Fore*, Institute For Human Rights Åbo Akademi University, 2002, p. 36

38 È possibile consultare l'evoluzione del *salario minimo interprofesional* nell'ordinamento spagnolo dal 2004 ad oggi al link [https://www.mites.gob.es/es/guia/texto/guia\\_6/contenidos/guia\\_6\\_13\\_2.htm](https://www.mites.gob.es/es/guia/texto/guia_6/contenidos/guia_6_13_2.htm).

39 Sulla compatibilità o alternatività di questi sussidi con altri compensi o sovvenzioni economiche, si riporta il comma 4 dell'art. 41 *LO Libertad sexual*: «Estas ayudas serán compatibles con la percepción de las indemnizaciones acordadas por sentencia judicial, o, alternativamente, con cualquiera de las ayudas previstas en la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual. Igualmente, serán compatibles con las ayudas previstas en el Real Decreto 1369/2006, de 24 de noviembre, por el que se regula el programa de renta activa de inserción para desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo; con las ayudas establecidas en la Ley 19/2021, de 20 de diciembre, por la que se establece el ingreso mínimo vital, y con la percepción de las ayudas que establezcan las comunidades autónomas en este ámbito material».

40 Nel caso di disoccupazione, viene inclusa in programmi specifici per vittime di violenza sessuale finalizzati alla assunzione lavorativa (art. 39). Nel caso di lavoratrici dipendenti o subordinate vengono giustificate le assenze e i ritardi causati dalle condizioni fisiche e psicologiche derivanti dalla violenza sessuale, oltre ad avere diritto alla sospensione o ridefinizione dell'orario di lavoro, nonché alle mobilità geografica (art. 38). Inoltre, qualora la vittima richiedesse un congedo o un trasferimento di sede, si riconoscono alle imprese agevolazioni economiche per l'assunzione di personale. Nel caso delle imprenditrici, invece, viene sospeso il pagamento dei contributi per un periodo di sei mesi, pur conteggiandolo come periodo a effetti pensionistici (art. 38).

41 L'art. 53 individua i seguenti: «a) El daño físico y psicológico, incluido el daño moral y el daño a la dignidad; b) La pérdida de oportunidades, incluidas las oportunidades de educación, empleo y prestaciones sociales; c) Los daños materiales y la pérdida de ingresos, incluido el lucro cesante; d) El daño social, entendido como el daño al proyecto de vida; e) El

ambito civile (art. 53).

### 3.1. Politiche pubbliche e prospettiva sistemica alla violenza: quali strumenti di contrasto?

La prospettiva sistemica, precedentemente menzionata, è stata adottata non solo con riferimento alla comprensione del fenomeno della violenza ma anche con riguardo all'approccio che deve caratterizzare le politiche pubbliche. In tal senso, se la violenza sessuale è un problema strutturale, la risposta istituzionale deve "attaccare" quella struttura nei termini di un cambiamento della cultura che ad essa sottende e che ne permette la perpetuazione e la riproduzione. Su questo punto, possono essere individuati almeno tre profili: metodologico, formativo e mirato all'adozione di campagne istituzionali con specifici destinatari.

Il primo profilo, quello metodologico, è evidente sin dal Preambolo ed è poi ripreso nell'art. 2 della *LO Libertad sexual*, in cui viene esplicitata l'adozione dell'intersezionalità e della prospettiva di genere. Per quanto concerne l'intersezionalità, viene posto in risalto come la discriminazione basata sul genere possa essere invisibilmente unita ad altri fattori di discriminazione, come la disabilità, l'etnia, l'orientamento sessuale, ecc. Il legislatore, sul punto, richiama talvolta la discriminazione intersezionale, talaltra le discriminazioni multiple, altre volte ancora entrambe<sup>42</sup>. Nei casi in cui la normativa si riferisce alla predisposizione di attività di indagine e formative che tengano conto dell'approccio intersezionale, vengono usate formule quali: «incluse le violenze che sono legate a forme di discriminazione intersezionale o multipla», «vittime di discriminazione intersezionale» e «le situazioni di donne, bambine, bambini e adolescenti colpiti da forme multiple e interconnesse di discriminazione, come le donne con disabilità o quelle migranti, tra le altre». Sono formule generiche che, pur specificando alcuni casi intersezionali, si presentano come clausole aperte che hanno il solo fine di richiamare l'attenzione affinché le ipotesi di intersezione vengano incluse nella definizione delle menzionate attività. Oltre a queste formule, è possibile individuare alcune disposizioni che adottano un approccio intersezionale al fine di garantire i diritti e l'accessibilità ai servizi previsti nella *LO Libertad sexual*, tenendo conto delle specifiche barriere che possono essere sperimentate dalle donne. È il caso, per esempio, della lingua che può supporre un limite per le persone straniere o mute, ma anche per le donne che vivono in zone rurali in cui, talvolta, si parla unicamente nelle lingue co-ufficiali (*Catalán, Gallego, Euskera e Valenciano*). In tal senso, vengono previsti servizi di interpretariato di differenti tipologie come la lingua dei segni, la sottotitolazione e le traduzioni (art. 33.1.g), oltre a rendere disponibili le informazioni anche nelle lingue riconosciute in ogni comunità autonoma (art. 34). Vengono, poi, contemplati servizi di supporto e assistenza che devono essere adattati anche alle specifiche esigenze delle donne con disabilità (art. 33.1 lett. h e art. 49.3)<sup>43</sup> ed anche la situazione della donna migrante in situazione amministrativa irregolare viene tenuta presente predisponendo specifiche garan-

tratamiento terapéutico, social y de salud sexual y reproductiva».

<sup>42</sup> Sulle distinzioni terminologiche, cfr. T. Makkonen, *Multiple, Compound and Intersectional Discrimination: Bringing the Experiences of the Most Marginalized to the Fore*, Institute for Human Rights Abo Akademi University, 2002.

<sup>43</sup> Si riportano, di seguito, i testi delle due disposizioni. Art. 33.1 lett. h *LO Libertad sexual*: «Asistencia personal, como un recurso disponible para las mujeres con discapacidad que fortalezca su autonomía ante todas las actuaciones judiciales, las medidas de protección y de apoyo y los servicios para las víctimas». Art. 49.3 *LO Libertad sexual*: «También realizarán el acompañamiento a las víctimas que lo soliciten a lo largo del proceso judicial, con las especificidades necesarias en caso de víctimas con discapacidad».

zie (come il diritto alla residenza ed al lavoro) che rendano effettivi i diritti previsti nella *LO Libertad sexual* a tutela delle vittime di violenza sessuale (art. 36)<sup>44</sup>. La prospettiva di genere si riflette invece nel riferimento agli stereotipi di genere nei termini già visti, ma anche nell'approccio che deve essere adottato dai differenti enti. Sul punto, pare interessante segnalare che con riferimento al disegno dei servizi di salute mentale si richiede l'uso di una «prospettiva di genere e dei diritti umani», suggerendo, quindi, un approccio più ampio di tutela, che non si limiti all'analisi di genere.

Con riguardo al secondo profilo, quello formativo, esso viene articolato su più piani ed interessa i differenti professionisti indicati nel Titolo III, ossia i docenti, le Forze e Corpi di Sicurezza, i giudici, gli avvocati, i procuratori, il personale in ambito penitenziario e gli agenti consolari. Innanzitutto, viene richiesto che nel concorso pubblico il programma di esame includa anche le violenze sessuali e l'adozione della prospettiva di genere, declinata secondo le specificità del proprio ambito lavorativo. Viene, poi, richiesta la previsione di una formazione continua e permanente su queste tematiche, talvolta anche come requisito per la promozione interna, come è il caso delle Forze e dei Corpi di Sicurezza (art. 26). Inoltre, l'inclusione di contenuti riguardanti l'eguaglianza e l'eliminazione delle violenze sessuali deve essere inclusa nei piani di studio universitari, altrimenti valutati in maniera negativa nelle Relazioni realizzate in merito dagli organi competenti. Sebbene non sia inclusa nel Titolo III, è prevista anche una specifica attività di formazione per coloro che lavorano con i mezzi di comunicazione e con la pubblicità, richiedendo che questi vengano preparati anche alle narrazioni delle violenze sessuali in maniera non stereotipata e, più in generale, siano adeguatamente formati a riconoscere gli stereotipi di genere, al fine di prevenirne l'impiego, ancorché involontario (art. 10 e 11).

Infine, il terzo profilo riguarda i destinatari delle campagne istituzionali di prevenzione e informazione (art. 9): oltre a prevedere campagne dirette a tutta la popolazione, rendendole accessibili in base alle diverse circostanze – come l'età, la disabilità, la lingua e l'abitare in zone rurali – vengono previste campagne specificatamente dirette a uomini, adolescenti e bambini. In tal senso, gli uomini sono visti come uno degli «agenti del cambiamento» (art. 9.1.f), essendo necessario sensibilizzarli sia ai pregiudizi basati sui ruoli stereotipati sia alle forme di violenza sessuale, ivi incluse le richieste dei servizi di sfruttamento sessuale e la pornografia (art. 9.1.b).

#### 4. Su (alcune) modifiche al Codice penale spagnolo

Il cambiamento più atteso – nonché mediatico e controverso, ma sul punto ci si soffermerà nei paragrafi che seguono – è avvenuto nella Quarta Disposizione finale, recante modifiche al Codice penale (CP) spagnolo e, in particolare, al Titolo VIII che viene intitolato “Delitti contro la libertà sessuale”, con l'eliminazione del riferimento all'*indemnidad sexual*. Tale bene giuridico può trovare il suo corrispettivo nell'ordinamento italiano nell'integrità fisio-psichica degli individui minorenni in termini di un corretto sviluppo della propria sessualità (Corte di Cassazione, sentenza del 23 maggio 2018 n. 23205). In tal senso, contrariamente a quanto potrebbe desumersi, alla modifica dell'intestazione del Titolo VIII non ne è conseguita l'estromissione delle disposizioni riguardanti le persone minorenni. Al contrario, le disposizioni sono rimaste pressoché inalterate, prevedendo alcuni cambiamenti: da un la-

<sup>44</sup> L'art. 36 *LO Libertad sexual* dispone che: «Las víctimas de violencias sexuales en situación administrativa irregular, de acuerdo con la legislación de extranjería, gozarán de los derechos reconocidos en esta ley orgánica en igualdad de condiciones con el resto de las víctimas. Asimismo, tendrán derecho a la residencia y trabajo en los términos previstos para las autorizaciones por circunstancias excepcionales en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, reguladora de los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social en aquellos supuestos no regulados en esta norma y que serán desarrollados reglamentariamente».

to, vengono aggravate le pene nel caso di molestie sessuali su minori particolarmente vulnerabili (art. 184.3 e 184.4 CP) e, dall'altro lato, all'art. 192.3 CP viene previsto che la decadenza dalla responsabilità genitoriale sia obbligatoria – e non solo facoltativa<sup>45</sup> – nei casi dei cap. I (*agresión sexual*), II (*agresión sexual*) a minori di 16 anni) e V (prostituzione, sfruttamento sessuale e corruzione di minori).

Le modifiche apportate al Codice penale hanno interessato anche l'ambito digitale. Come si è visto, la *LO Libertad sexual* ha prestato una certa attenzione a questo settore, includendolo nella definizione di "violenza sessuale" e ricomprendendo nell'ambito del femminicidio sessuale anche «la diffusione di atti di violenza sessuale, la pornografia non consensuale e la minorile in tutti i casi, e l'estorsione sessuale attraverso mezzi tecnologici»<sup>46</sup> (art. 3 *LO Libertad sexual*). Ciò si è tradotto nell'inserimento di un nuovo comma all'art. 172.ter.5 CP, riguardante la creazione di annunci o profili falsi sui social network che possano generare nella vittima situazioni di minaccia, molestie o umiliazione, e nell'integrazione dell'art. 197.7 CP, che estende la responsabilità a coloro che diffondono le immagini o i video intimi ottenuti senza il consenso della persona offesa, prevedendo una multa.

Inoltre, è stato modificato il delitto di minaccia che non richiede più, come elemento oggettivo, una alterazione "grave" del normale sviluppo della vita quotidiana, ma basta che essa si realizzi (art. 172.ter.1 CP)<sup>47</sup>. Viene, poi, incluso il c.d. *catcalling* all'interno dell'ingiuria o vessazione ingiusta di carattere lieve, intendendo come tale la condotta di: «Chiunque si diriga a un'altra persona con espressioni, comportamenti o proposizioni di carattere sessuale che creano alla vittima una situazione oggettivamente umiliante, ostile o intimidatoria» (art. 173.4 CP)<sup>48</sup>. Ulteriori cambiamenti riguardano le persone giuridiche, includendole tra i possibili autori del delitto di trattamenti degradanti (art. 173.1 CP) e aggravando le pene nei casi di sfruttamento sessuale, prostituzione e corruzione di minori, prevedendone pure l'estinzione (art. 189.ter.d CP)<sup>49</sup>.

Come si è visto, le modifiche al Codice penale sono eterogenee e meriterebbero una specifica analisi, tuttavia, in questa sede, l'indagine verterà unicamente nella nuova redazione dell'art. 178 CP, trattando, dapprima, l'inclusione della fattispecie di "*abuso sexual*" nella nuova redazione della fattispe-

<sup>45</sup> La precedente redazione dell'art. 192.3CP prevedeva che «La autoridad judicial *podrá* imponer *razonadamente*, además, la pena de privación de la patria potestad o la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento(...)» (corsivo aggiunto). Invece, con la modifica apportata dalla *LO Libertad sexual*, l'art. 193.3 CP dispone che «La autoridad judicial *impondrá* a las personas responsables de la comisión de alguno de los delitos de los Capítulos I o V cuando la víctima sea menor de edad y en todo caso de alguno de los delitos del Capítulo II, además de las penas previstas en tales Capítulos, la pena de privación de la patria potestad o de inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento(...)» (corsivo aggiunto).

<sup>46</sup> [Trad. nostra]. Art. 3, *LO Libertad Sexual*: «la difusión de actos de violencia sexual, la pornografía no consentida y la infantil en todo caso, y la extorsión sexual a través de medios tecnológicos».

<sup>47</sup> La formulazione dell'art. 172.ter.1 CP precedente alla *LO Libertad sexual* era «Será castigado con la pena de prisión de tres meses a dos años o multa de seis a veinticuatro meses el que acose a una persona llevando a cabo de forma insistente y reiterada, y sin estar legítimamente autorizado, alguna de las conductas siguientes y, de este modo, *altere gravemente el desarrollo de su vida cotidiana (...)*», e viene modificata nel seguente modo «Será castigado con la pena de prisión de tres meses a dos años o multa de seis a veinticuatro meses el que acose a una persona llevando a cabo de forma insistente y reiterada, y sin estar legítimamente autorizado, alguna de las conductas siguientes y, de esta forma, *altere el normal desarrollo de su vida cotidiana (...)*» (entrambi corsivi aggiunti).

<sup>48</sup> [Trad. nostra]. Art. 178 CP: «Las mismas penas se impondrán 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».

<sup>49</sup> La lettera d dell'art. 189.ter CP che prevede la «Disolución de la persona jurídica» è stata aggiunta con la *LO Libertad sexual*, tra le modifiche al CP previste nella Disposizione finale Quarta.

cie di “*agresión sexual*” (4.1), per poi approfondire l’introduzione della definizione di consenso nel CP (4.2). Nel compiere ciò, si faranno emergere alcune specificità che caratterizzano l’esperienza giuridica spagnola.

#### 4.1. Gli abusi sessuali come forme di violenza sessuale

Prima della modifica operata dalla *LO Libertad Sexual*, l’articolo 178 CP disciplinava l’*agresión sexual*, stabilendo che «chiunque attenti alla libertà sessuale di un’altra persona, utilizzando violenza o intimidazione, sarà punito come responsabile di violenza sessuale con la pena di prigione da uno a cinque anni»<sup>50</sup>. L’articolo 181 CP puniva invece l’*abuso sexual*, prevedendo che «chiunque, senza violenza o intimidazione e senza che vi sia consenso, realizzi atti che attentino alla libertà o integrità sessuale dell’altra persona, sarà punito, come responsabile di abuso sessuale, con la pena di prigione da uno a tre anni o con una multa da diciotto a ventiquattro mesi»<sup>51</sup>. L’uso o meno della forza (fisica o psichica) era l’elemento che differenziava le due fattispecie, giustificando un differente trattamento penale sulla base di un distinto grado di lesività della condotta delittuosa.

Pare necessario fare qualche ulteriore specificazione rispetto ai casi che, per la lettera dell’art. 181 CP, rientravano nel perimetro di applicazione del reato di *abuso sexual*. In base al secondo comma dell’art. 181 CP, si configurava la fattispecie di *abuso sexual* qualora la vittima non fosse cosciente o vi si facesse abuso di un suo disturbo mentale, o la sua volontà fosse stata annullata mediante l’uso di farmaci o droghe. Allo stesso modo, pure il caso in cui il responsabile del reato otteneva il consenso «avvalendosi di una situazione di manifesta superiorità che limiti la libertà della vittima» (art. 181.3 CP)<sup>52</sup> si ricadeva nell’*abuso sexual*.

Per quanto concerne l’analisi che verrà condotta in questa sede, finalizzata a far emergere i problemi relativi al consenso nei casi di violenza sessuale nel contesto spagnolo, assume rilevanza la distinzione tra la condotta di “*prevalimiento de una situación de superioridad*”, prevista come *abuso sexual* (art. 181.3), e quella di “*intimidación*”, intesa come *agresión sexual* (art. 178 CP), che c’era prima della riforma al CP operata dalla *LO Libertad sexual*. Il carattere vago di tali formulazioni e le difficoltà che esse comportavano nel ricondurre la condotta all’una o all’altra fattispecie erano già state sottolineate nel 1999 dal *Tribunal Supremo* spagnolo nella sentenza n. 838/1999. Nel caso di specie, pur risultando provato che la vittima minorenni fosse stata «obbligata» ad avere relazioni sessuali e che l’imputato si era avvalso della «differenza di età, della situazione di abbandono della bambina orfana e di un rapporto quasi-genitoriale», non risultava provata la minaccia con un coltello e, pertanto, il *Tribunal Supremo*, richiamando il principio *in dubio pro reo*, emise una condanna per *abuso sexual*<sup>53</sup>.

50 [Trad. nostra]. Art. 178 CP (anteriore alla riforma): «El que atentare contra la libertad sexual de otra persona, utilizando violencia o intimidación, será castigado como responsable de agresión sexual con la pena de prisión de uno a cinco años».

51 [Trad. nostra]. Art. 181.1 CP (anteriore alla riforma): «El que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona, será castigado, como responsable de abuso sexual, con la pena de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses».

52 [Trad. nostra]. Art. 181.3 CP (anteriore alla riforma): «La misma pena se impondrá cuando el consentimiento se obtenga prevaliéndose el responsable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima».

53 Sentencia del Tribunal Supremo (STS) núm. 838/1999, de 10 de febrero de 1999. Si riportano, in lingua originale, alcuni emblematici paragrafi contenuti nel Fundamento de Derecho 5° che danno conto del ragionamento condotto dall’organo giudiziario: «Ahora se pretende que existió el delito de agresión sexual que ha venido a sustituir al de violación por

Numerosi sono stati negli anni i tentativi da parte degli organi giudiziari di restituire chiarezza alla «sottile linea divisoria»<sup>54</sup> tra queste due modalità di condotta. Secondo l'orientamento giurisprudenziale prevalente, mentre il *prevalimiento* si ha quando l'agente riesce ad ottenere un "consenso viziato" ponendo in essere un certo tipo di condotta<sup>55</sup>, l'intimidazione comporta un "annullamento della volontà" della vittima. Inoltre, l'intimidazione si estrinseca in una minaccia di un male concreto che sia di un'entità tale<sup>56</sup> da eliminare qualsiasi possibilità di resistenza della vittima, oltre ad essere sufficientemente grave da permetterne l'inclusione nella fattispecie di *agresión sexual*<sup>57</sup>. Tale configurazione fa supporre che in un caso di *prevalimiento* la libertà sessuale della vittima viene intaccata solo parzialmente, lasciando un certo margine di volontarietà nel subire un abuso. In tal senso, pare coerente concepire una gradualità nei modi con cui si realizza l'atto intimidatorio in un ordinamento giuridico in cui la forza è l'elemento che distingue due fattispecie penali di violenza sessuale. È chiaro, però, che tale concezione risulta incompatibile con una concezione di violenza sessuale, attualmente condivisa nell'Unione europea, che include ogni «atto sessuale non consensuale» (art. 36 *Convenzione di Istanbul*): è l'assenza di consenso – e non la presenza della forza – l'elemento qualificante della violenza sessuale, in quanto l'attacco al bene giuridico della libertà sessuale emerge nel momento in cui vi è un difetto di consenso, fermo restando che l'uso della forza (fisica o psicologica) possa comportare un aggravio della pena (art. 46 *Convenzione di Istanbul*).

In questa linea, infatti, si sono inserite negli anni le critiche avanzate da alcune giusfemministe

---

haberse tenido el acceso carnal usando fuerza o intimidación (en este caso, intimidación). Se funda en que en los hechos probados se dice que el acusado "obligó a la niña" a tener relaciones sexuales. Se concreta en el propio relato de hechos que el acusado se aprovechó de la diferencia de edad, de la situación de desamparo de la niña huérfana y de la relación cuasiparental a que antes nos hemos referido. La expresión "obligó" ha de entenderse, por tanto, en este sentido, no en el de que hubiera habido algún acto de fuerza o amenaza. Por eso la sentencia recurrida condenó por el delito de estupro de prevalimiento y no por violación. (...) Ciertamente a veces es difícil distinguir los casos de abuso sexual (o estupro de prevalimiento), como el aquí examinado, de esos otros en que ha de condenarse por agresión sexual (o violación) por existir intimidación. La frontera entre el prevalimiento de una situación de superioridad y la intimidación es algo que no puede, a veces, conocerse con precisión. Desde luego, si al respecto queda alguna duda en el Tribunal, debe aplicarse la solución más favorable al reo ("in dubio pro reo"), en este caso, condenando por estupro y no por violación del Código Penal anterior».

54 Espressione utilizzata nel Fundamento de derecho 1° della Sentencia núm. 398 de la Audiencia Provincial Las Palmas, 11 de diciembre de 2018, che rimanda ad una formula simile («la línea divisoria entre la intimidación y el prevalimiento puede ser difícilmente perceptible» usata dalla STS núm. 769/2015, de 15 de diciembre.

55 I requisiti definiti dalla dottrina del TS sono: "1) Situación de superioridad, que ha de ser manifiesta. 2) Que esa situación influya, coartándola, en la libertad de la víctima. 3) Que el agente del hecho, consciente de la situación de superioridad y de sus efectos inhibidores de la libertad de decisión de la víctima, se prevalga de la misma situación para conseguir el consentimiento, así viciado, a la relación sexual». STS núm. 291/2015, de 21 de Mayo, Fundamento de Derecho 1°.

56 Alcuni autori hanno individuato nell'espressione "bastante" il livello di gravità della minaccia richiesto nei casi di violenza sessuale. Sul punto, cfr. P. Faraldo Cabana, E. Ramon Ribas, *La sentencia de La Manada y la reforma de los delitos de agresiones y abusos sexuales en España*, in P. Faraldo Cabana, M. Acale Sánchez (a cura di), *La manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*. Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2018, p. 293; E. Ramon Ribas, *El concepto de intimidación en los delitos de agresiones sexuales. Comentario de la STS 1396/1999, de octubre (RJ 1999,7597)*, in *Revista de derecho y proceso penal*, 2003, 10, pp. 268-269.

57 I. Altuzarra Alonso, *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*, in *Estudios de Deusto*, [www.revista-estudios.deusto.es/](http://www.revista-estudios.deusto.es/), 2020, 68, pp. 538-539.

che ne contestavano l'incomprensibile distinzione<sup>58</sup>. Tuttavia, ciò che ha destato l'attenzione dell'opinione pubblica è stato il caso *La Manada*<sup>59</sup> che ha reso evidente i problemi legati al consenso nella disciplina penale. Su una medesima istruttoria dibattimentale (che comprendeva anche materiali video), le interpretazioni dei giudici sono state le più eterogenee: dalla condanna per *agresión sexual*<sup>60</sup> all'assoluzione<sup>61</sup>, nonché la soluzione mediana di condanna per *abuso sexual*<sup>62</sup>. Complice anche un alto grado di mediaticità, questo caso – insieme ad altri di violenze sessuali di gruppo<sup>63</sup> – ha permesso di far emergere con forza quanto fosse critica questa «sottile linea divisoria» tra *intimidación* e *prevalimiento*.

Proprio per adeguare il codice penale spagnolo alla definizione di violenza sessuale richiesta dai trattati internazionali ratificati dalla Spagna, la *LO Libertad sexual*, nella Disposizione finale quarta, elimina la distinzione tra *abuso sexual* e *agresión sexual* nel CP precedentemente menzionata, prevedendo unicamente la fattispecie di *agresión sexual* (nuovo art. 178 CP) definita nel seguente modo «Chiunque realizzi qualsiasi atto che attenti alla libertà sessuale di un'altra persona senza il suo consenso». Alla soppressione del delitto di *abuso sexual* è seguita una riduzione delle cornici edittali previste per le fattispecie di reato contemplate dal Capitolo I (“De las agresiones sexuales”) del Titolo VIII CP, ridimensionata rispetto all'iniziale progetto di legge in ragione di una potenziale compromissione

- 58 M.A. Barrère Unzueta, *La violencia de género desde una perspectiva sistémica y su proyección en la cultura jurídica*, in A. I. Pérez Machío, J. Goizueta Vértiz, *El sistema judicial al servicio de la ciudadanía*, Universidad del País Vasco, 2019, p. 31 e ss.; A. Asua Batarrita, *El significado de la violencia sexual contra las mujeres y la reformulación de la tutela penal en este ámbito. Inercias jurisprudenciales*, in P. Laurenzo Copello, M.L. Maqueda Abreu, A. M. Rubio Castro (a cura di), *Género, violencia y derecho*, 2008, p. 131 e ss.
- 59 Si tratta di un caso di stupro sessuale di gruppo, di 5 uomini nei confronti di una donna, diventato mediatico poiché era stato “ridotto” ad un caso di *abuso sexual*, in quanto la vittima lo aveva subito in maniera passiva e, dunque, non c'erano prove che attestassero la “violenza” della condotta posta in essere dai condannati, posto che l'ambiente intimidatorio non era sufficiente. La condanna in primo grado e in appello era di “Delito continuado de abuso sexual [por prevalimiento]”, poi diventata di “Delito continuado de agresión sexual” nella decisione del TS.
- 60 Questa è la tesi sostenuta in appello da due giudici nel “voto particolare” (*dissenting opinion*) nella Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de [STSJ] Navarra n. 8/2018 de 30 de noviembre, pp. 62-103) e la decisione maggioritaria del Tribunal Supremo (STS n. 344/2019, de 4 de julio). Sul punto, per esempio, il TS rileva: «En consecuencia, la descripción fáctica, permite apreciar que la víctima sufrió durante el tiempo que duró la agresión una situación en la que la violencia e intimidación ejercidas no solo permitieron la agresión sexual en sí misma, sino que los acusados se excedieron en el “modus operandi”, más allá de los concretas acciones intimidatorias efectuadas, con acciones tales como (...). Conducta que le fue impuesta a la víctima, de la que se desprende una clara denigración como mujer» (p. 92).
- 61 Questa è la tesi sostenuta da uno dei giudici dell'Audiencia Provincial de Navarra che, nel suo “voto particolare”, dedica un'intensa analisi alla ricostruzione dei fatti, alla credibilità della vittima ed al principio accusatorio. Sentencia 38/2018 de 20 de marzo de 2018 de la Audiencia Provincial de Navarra (SAPN 38/2018), pp. 134-370. Si riporta, a titolo esemplificativo, uno degli argomenti utilizzati: «Finalmente, a mi juicio, no puede establecerse como “a priori” que una joven con edad más cercana a los 19 que a los 18 años e iniciada en las relaciones sexuales a los 16, no esté dotada de suficiente madurez personal como para decidir, con la necesaria autonomía, las relaciones sexuales que quiera mantener, por personalísimas razones que solo le incumben a ella, mucho menos en una sociedad como la actual en la que los individuos, con independencia de su sexo, han alcanzado de hecho un considerable grado de libertad para autodeterminarse sexualmente» (SAPN 38/2018, p. 253).
- 62 Decisione maggioritaria sostenuta sia in primo grado (SAPN 38/2018) che in appello (STSJ Navarra 8/2018 de 30 de noviembre).
- 63 Basti pensare a “La Manada de Sabadell” o “La Manada de Manresa”. Per un'analisi dei casi di stupro di gruppo in Spagna dal 2016 al 2020: <https://geoviolenciasexual.com/agresiones-sexuales-multiples-en-espana-desde-2016-casos-actualizados/>

del principio di proporzionalità<sup>64</sup>.

## 4.2. Quale modello di consenso per l'ordinamento giuridico spagnolo?

Il consenso in ambito penale è altamente problematico non tanto a livello definitorio, quanto a livello probatorio: stabilire quando esiste il libero consenso appare infatti un'operazione molto complessa. Non a caso, le critiche mosse a questa legge vertono sull'inversione dell'onere probatorio, in conflitto con il principio di presunzione di innocenza riconosciuto nell'art. 24 della Cost. Es.. Posto che l'obiettivo di questo contributo non è inserirsi nell'ampio dibattito presente in letteratura su questo punto<sup>65</sup>, bensì analizzare la *LO Libertad sexual* all'interno dell'ordinamento giuridico spagnolo, di seguito si forniranno alcune ragioni – certamente non esaustive – per evidenziare come lo “scandalo” prodotto dall'adozione di un modello di consenso dove “Solo si è sì” non sembra essere proporzionale all'effettiva portata innovativa della formulazione di consenso proposta.

La nuova definizione del consenso – da cui discende la denominazione di “La Ley del Solo Sí es Sí” – presenta la seguente formulazione: «Si intenderà che c'è consenso solo quando questo sia stato manifestato in maniera libera attraverso atti che, in base alle circostanze del caso, esprimano in maniera chiara la volontà della persona» (nuovo art. 178 CP)<sup>66</sup>. Lo *yes model*, però, non rappresenta una novità nella comunità internazionale, essendo stato adottato, per esempio, dal Regno Unito<sup>67</sup>, dalla Svezia<sup>68</sup> e dalla Croazia<sup>69</sup>. Un modello di consenso affermativo richiede uno sforzo aggiuntivo nel porre i

<sup>64</sup> In particolare, il CF aveva evidenziato una notevole riduzione della pena massima prevista (in media, dai 2 ai 4 anni in meno) rispetto a quanto previsto nella redazione del CP precedente alla *LO Libertad sexual*. Invece, nel testo definitivo, pur mantenendosi le medesime pene minime, sono state modificate quelle massime, talvolta coincidendo con quelle previste dal precedente CP, talaltra prevedendo una riduzione di 1-2 anni. *Informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual*, pp. 72-74.

<sup>65</sup> Cfr. B. Burghardt, L. Steinl (a cura di), *Special Issue 5: Sexual Violence and Criminal Justice in the 21st Century*, in *German Law Journal*, <https://www.cambridge.org/core/journals/german-law-journal/>, 2021, 22, p. 691 e ss.; S. P. Green, *Criminalizing Sex: A Unified Liberal Theory*, New York, Oxford University Press, 2020.

<sup>66</sup> [Trad. nostra] Art. 178 CP: «Sólo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona».

<sup>67</sup> Section 74, *Sexual Offences Act 2003*: “For the purposes of this Part, a person consents if he agrees by choice, and has the freedom and capacity to make that choice».

<sup>68</sup> Si riporta di seguito la traduzione inglese del Sweden Criminal Code, Chapter 6 (On Sexual Offences), Section 1: “When assessing whether participation is voluntary or not, particular consideration is given to whether *voluntariness was expressed by word or deed or in some other way*. A person can never be considered to be participating voluntarily if: 1. Their participation is a result of assault, other violence or threat of a criminal act, a threat to bring a prosecution against or report another person for an offence, or a threat to give detrimental information about another person; 2. The perpetrator improperly exploits the fact that the person is in a particularly vulnerable situation due to unconsciousness, sleep, grave fear, the influence of alcohol or drugs, illness, bodily injury, mental disturbance or otherwise in view of the circumstances; or 3. The perpetrator induces the person to participate by seriously abusing the person's position of dependence on the perpetrator.» (corsivo aggiunto), reperibile al link <https://www.government.se/4a4563/contentassets/7a2dcae0787e465e9a2431554b5eab03/the-swedish-criminal-code.pdf> Per un'analisi del contesto giuridico e, in particolare, dell'evoluzione che ha portato a introdurre il Negligent Rape nel Codice penale svedese, Cfr. M. Baldini, W. Svedberg Andersson, *Swedish rape legislation from use of force to voluntariness - critical reflections from an everyday life perspective*, in *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice*, 2020, 8, 2, pp. 95-125.

partner sullo stesso piano al fine di verificare la validità del consenso, superando alcuni dei «miti dello stupro» (come, per esempio, quelli legati a “Lui non aveva intenzione” o “Non è davvero stupro”)<sup>70</sup> e promuovendo una comunicazione più cosciente circa la volontarietà nel compiere l’atto sessuale<sup>71</sup>. Peraltro, il recente Baseline Evaluation Report sulla Germania<sup>72</sup>, elaborato da GREVIO, ha permesso di chiarire quale sia lo standard richiesto dall’art. 36 della *Convenzione di Istanbul*<sup>73</sup>. Infatti, il *no model* adottato dalla Germania nel 2016<sup>74</sup> non risulta conforme all’art. 36 della *Convenzione di Istanbul* poiché, richiedendo un’opposizione espressa (verbale o non), non tutela quei casi in cui la vittima subisce in maniera passiva lo stupro, essendo, questo, un comportamento tenuto di frequente da parte delle vittime, secondo quanto evidenziato dalla comunità scientifica<sup>75</sup>. In tal senso, ad una rigida applica-

- 69 Lo European Institute for Gender Equality (EIGE), con riguardo all’art. 152 Criminal Code croato, ne specifica il tenore: “Consent under Paragraph 1 of this Article exists if the person voluntarily decided to enter into sexual intercourse or an equivalent sexual act and who was able to make and express such decision. It is considered that such consent does not exist especially if sexual intercourse or an equivalent sexual act is done with the use of threats, deception, abuse of power against the person who is dependent on the perpetrator, taking advantage of the person who was not able to express their rejection, or of a person who has been illegally abducted/kidnapped». Disponibile al link <https://eige.europa.eu/gender-based-violence/regulatory-and-legal-framework/legal-definitions-in-the-eu/croatia-sexual-assault-excl-rape>
- 70 I miti dello stupro cui si fa riferimento in corpo testo sono quelli individuati da Mara Martini e Norma De Piccoli. Sebbene la loro riflessione non sia calata specificatamente sul consenso affermativo nei reati sessuali, i miti individuati dalle autrici si legano a diversi argomenti che sono alla base della propensione verso l’adozione di modelli di consenso affermativo. Cfr. M. Martini, N. De Piccoli, “Prevenire la violenza sessuale: legittimazione della violenza. Analisi di un percorso di formazione”, in N. De Piccoli, C. Rollero (a cura di), *Sui generi: identità e stereotipi in evoluzione?*, CIRS De – Centro Interdisciplinare di Ricerche e Studi delle Donne e di Genere, 2018, pp. 164-174.
- 71 Per una riflessione sui benefici e sugli effetti dell’adozione dello *yes model*, anche alla luce di un’ottica comparata tra Paesi degli Stati Uniti, cfr. N. J. Little, “From No Means No to Only Yes Means Yes: The Rational Results of an Affirmative Consent Standard in Rape Law”, in *Vanderbilt Law Review*, 2005, 58, pp. 1321-1364. Inoltre, si veda il recente contributo di Luciana Goisis sulla violenza di genere in un’ottica comparata, con particolare riferimento ai modelli di consenso. L. Goisis, “La violenza di genere in ottica comparata. La recente novella spagnola. Verso la progressiva affermazione di un modello consensualistico”, in *GenIUS - Rivista di studi giuridici sull’orientamento sessuale e l’identità di genere*, 16 maggio 2023 (online first), reperibile al link [http://www.geniusreview.eu/wp-content/uploads/2023/05/Goisis\\_Violenza\\_comparata.pdf](http://www.geniusreview.eu/wp-content/uploads/2023/05/Goisis_Violenza_comparata.pdf)
- 72 GREVIO/Inf(2022)2, *Baseline Evaluation Report. Germany*, Adopted by GREVIO on 24 June 2022; Published on 7 October 2022.
- 73 Art. 36.2 *Convenzione di Istanbul*: «Il consenso deve essere dato volontariamente, quale libera manifestazione della volontà della persona, e deve essere valutato tenendo conto della situazione e del contesto».
- 74 “Fiftieth law to amend the Penal Code - Improving the protection of sexual self-determination”, pubblicato nel *Bundesgesetzblatt Teil I*, 2016-11-09, vol. 52, pp. 2460-2463.
- 75 GREVIO/Inf(2022)2, *Baseline Evaluation Report. Germany*, Paragraph 252: «This means, for example, that the wording of Article 177 of the German Criminal Code may not allow for prosecution in cases where the victim remains passive but does not consent. For the act to be punishable under German legislation, the victim must express her opposing will verbally or otherwise. This, in turn, means that criminal proceedings will focus on the actions of the victim rather than those of the accused, creating room for gender stereotypes and rape myths to resurface. As GREVIO has had occasion to note in previous reports, research on the neurobiology of sexual trauma, conducted on victims of rape, shows that “freezing” (what is known as “tonic immobility”) is a common reaction by victims associated with subsequent post-traumatic stress disorder (PTSD) and severe depression». Rispetto alle ricerche statistiche, GREVIO alla nota 267 riporta quanto segue: «Research studies show that a substantial number of victims do not resist the perpetrator in any way: tonic immobility is described as an involuntary, temporary state of motor inhibition in response to situations involving intense fear. In various studies, significant immobility was reported by 37% to 52% of sexual assault victims. See Moller A., Sondergaard H. P. and Helstrom

zione del *no model* ne deriverebbe una fuorviante interpretazione dello stato inerte della vittima intesa come una prestazione del consenso all'atto sessuale.

Inoltre, nel momento in cui viene riconfigurata la fattispecie di *agresión sexual*, il cui nucleo risiede nell'assenza di consenso, non sembra che il legislatore possa esimersi dal definire cosa intenda per consenso: sul punto divergono le posizioni assunte dal *Consejo Fiscal* (d'ora in poi CF) e dal *Consejo General del Poder Judicial* (d'ora in poi CGPJ) nelle Relazioni (precettive ma non vincolanti) emesse con riguardo al progetto di *LO Libertad sexual*. Mentre il CF reputa opportuna e adeguata la definizione proposta<sup>76</sup>, il CGPJ considera che le difficoltà probatorie relative all'assenza di consenso non possano trasferirsi all'ambito della tipicità, oltre a ritenere che essa sia «*innecesaria*»<sup>77</sup>. Su quest'ultimo punto, il CGPJ sostiene che, allo stato attuale, la dottrina della Seconda Sala (quella penale) del *Tribunal Supremo* non ha avuto difficoltà nel determinare quando ci fosse stato o meno il consenso, convergendo su quanto contenuto nell'art. 70 delle Regole di Procedura e Prova della Corte Penale Internazionale (2000) che prevede un'enucleazione di casi in cui, in materia di violenza sessuale, «il consenso non può essere inferito da»<sup>78</sup>.

Confrontando il regime probatorio in esso previsto con la definizione offerta dal nuovo art. 178 CP, non pare che lo stato delle cose sia cambiato radicalmente, se non per far sì che il legislatore ne espliciti la definizione nella formulazione stessa della fattispecie. Infatti, dire che il consenso deve essere «manifestato in maniera libera» (nuovo art. 178 CP) non si discosta dal prevedere che esso non debba essere inferito (lett. a-b, rule 70) quando viene meno la capacità di dare un consenso volontario e genuino (*alias*, libero). Allo stesso modo, prevedere che la volontà sia espressa «in maniera chiara» risulta in linea con la regola secondo cui non si può derivare un consenso dal silenzio o dalla mancanza di resistenza della denunciante (lett. c, rule 70). A questo si aggiunge il fatto che il CGPJ richiama a titolo esemplificativo la fattispecie di lesione (art. 147 CP)<sup>79</sup> nella quale viene prevista una circostanza attenuante qualora la persona offesa abbia prestato il proprio consenso in maniera «libera, valida, spontanea ed espressa» (art. 155 CP), senza, però, criticarla, nonostante sia ben più particolareggiata rispetto ai termini previsti per la fattispecie di *agresión sexual*.

Ebbene, dato che la linea interpretativa seguita dal TS non si discosta da quanto previsto dalla definizione introdotta dalla *LO Libertad sexual* e posto che il modello di consenso affermativo si con-

L. (2017), «Tonic immobility during sexual assault – a common reaction predicting post-traumatic stress disorder and severe depression», in *Acta Obstetrica et Gynecologica Scandinavica*, 2017; 96: pp. 932-938».

<sup>76</sup> Si vedano, in particolare, le pp. 64-65 del *Informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual*.

<sup>77</sup> Si vedano, in particolare, i paragrafi 217 e 217 del *Acuerdo adoptado por el Pleno del CGPJ en su reunión del día 25 de febrero de 2021, por el que se ha aprobado el Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual*.

<sup>78</sup> International Criminal Court, *Rules of Procedure and Evidence*, Rule 70 relativo ai «Principles of evidence in cases of sexual violence», la cui formulazione è la seguente: «In cases of sexual violence, the Court shall be guided by and, where appropriate, apply the following principles: (a) Consent cannot be inferred by reason of any words or conduct of a victim where force, threat of force, coercion or taking advantage of a coercive environment undermined the victim's ability to give voluntary and genuine consent; (b) Consent cannot be inferred by reason of any words or conduct of a victim where the victim is incapable of giving genuine consent; (c) Consent cannot be inferred by reason of the silence of, or lack of resistance by, a victim to the alleged sexual violence; (d) Credibility, character or predisposition to sexual availability of a victim or witness cannot be inferred by reason of the sexual nature of the prior or subsequent conduct of a victim or witness».

<sup>79</sup> La definizione della fattispecie del reato di lesione data dall'art. 147 CP è: «El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado, como reo del delito de lesiones con la pena de prisión de tres meses a tres años o multa de seis a doce meses, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico».

forma a quanto richiesto dalla *Convenzione di Istanbul*, l'inclusione della definizione all'interno della fattispecie potrebbe essere addirittura più appropriata in termini di certezza giuridica, anche alla luce del fatto che essa tiene conto della preminenza delle circostanze specifiche del caso.

La *LO Libertad sexual* prende, dunque, in considerazione il fenomeno della violenza sessuale in maniera integrale, a partire dalla promozione di attività di prevenzione, sensibilizzazione e formazioni, quali fondamentali pilastri al fine di contrastare il fenomeno sin dalle radici (culturali e patriarcali), sino all'introduzione di cambiamenti in termini di diritto sostanziale (non solo in ambito penale, ma anche civilistico e lavoristico) per quei casi in cui si verifica la violenza sessuale. Inoltre, questa legge, attraverso l'adozione di una prospettiva sistemica, prosegue quel cammino, promosso dal Diritto Anti(subor)discriminatorio critico, che porta al progressivo riconoscimento del binomio violenza (sessuale) e discriminazione. Sarà necessario attendere la *Estrategia estatal de prevención y respuesta a las violencias machistas* (art. 60 *LO Libertad sexual*) – che dovrà essere approvata entro un anno dalla pubblicazione della legge – per comprendere come verrà data attuazione a quanto previsto in questa legge, essendo richiesto un intenso coordinamento tra poteri pubblici, nell'ambito delle specifiche competenze statali e delle autonomie locali.