

Revista
SISTEMA PENAL CRÍTICO

DUDAS QUE PLANTEA EL PROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE GARANTÍA INTEGRAL DE LA LIBERTAD SEXUAL RESPECTO DE LA AGENCIA DE LAS MUJERES Y EL VALOR DEL CONSENTIMIENTO¹

DOUBTS RAISED BY THE DRAFT ORGANIC LAW ON THE COMPREHENSIVE GUARANTEE OF SEXUAL FREEDOM WITH REGARD TO WOMEN'S AGENCY AND THE VALUE OF CONSENT

María Concepción Gorjón Barranco

Profesora Contratada Doctora de Derecho penal. Universidad de Salamanca

¹ Este trabajo se enmarca dentro del Proyecto de investigación: “Diagnóstico y evaluación del cumplimiento por el Estado español del Pacto Mundial de Migraciones desde la perspectiva de género”, financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades. Referencia: PID2019-106159RB-100. Duración: 01/06/2020 hasta 31/05/2023. IP. Nieves Sanz Mulas.

RESUMEN:

El caso de la Manada ocurrido en 2016 ha supuesto un antes y un después en materia de libertad sexual. Desde entonces se debate en nuestro país la necesidad de un cambio, quizás más de estructuras que de leyes, que comprenda mejor la realidad de la violencia sexual y ofrezca una mejor respuesta a las víctimas. Se ha evidenciado la necesidad de mejorar la recogida de datos en este ámbito, y así han empezado a hacerlo las últimas macroencuestas de violencia sobre la mujer. También se ha puesto de manifiesto la ausencia de campañas de prevención. Sin embargo, el recurso al Derecho penal no ha tardado en aparecer. Parte de la doctrina penal, amparándose en la necesidad de poner al día nuestra legislación con los compromisos internacionales, parece haber dejado de lado aspectos clave para el empoderamiento de las mujeres, cuando en verdad, el reto consiste en el diseño de políticas basadas en el fortalecimiento de la capacidad de agencia de las mujeres que se encuentran en esta situación.

ABSTRACT:

The Manada case in 2016 was a turning point in terms of sexual freedom. Since then, there has been a debate in our country about the need for a change, perhaps more in structures than in laws, to better understand the reality and offer a better response to victims. The debate has highlighted the need to improve data collection in this area, and the latest victim surveys on violence against women have begun to do so. The lack of prevention campaigns has also been highlighted. However, recourse to criminal law has not been slow to appear. Part of the criminal doctrine, under cover of the need to bring our legislation up to date with international commitments, seems to have overlooked key aspects of women's empowerment. In truth, the challenge lies in designing policies based on strengthening women's capacity for agency.

Palabras Clave:

Proyecto de ley orgánica de garantía integral de la libertad sexual, empoderamiento, consentimiento sexual.

KEYWORDS:

Draft Organic Law on the Comprehensive Guarantee of Sexual Freedom, empowerment, sexual consent

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. 1. DATOS: ESPECIAL REFERENCIA A LA MACROENCUESTA SOBRE VIOLENCIA CONTRA LA MUJER. 2. EL FEMINISMO FRENTE AL DERECHO PENAL. 3. EL ORIGEN DE LA REFORMA: EL CONVENIO DE ESTAMBUL Y EL CASO DE LA MANADA. 4. PROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE GARANTÍA INTEGRAL DE LA LIBERTAD SEXUAL. 4.1. EL CONSENTIMIENTO EN LAS RELACIONES SEXUALES. UNIFICACIÓN DE LAS AGRESIONES Y ABUSOS SEXUALES. 4.2. CONSENTIMIENTO Y PROSTITUCIÓN. 4.2.1. PROXENETISMO COACTIVO Y NO COACTIVO. 4.2.2. ESPECIAL REFERENCIA A LA TERCERÍA LOCATIVA. CONCLUSIONES NO CONCLUSIVAS. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

El 6 de julio de 2021 se aprobaba el Proyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual por el Consejo de ministros, a propuesta de los ministerios de Igualdad y Justicia, que tiene como objetivo *la protección integral del derecho a la libertad sexual mediante la prevención y la erradicación de todas las violencias sexuales contra las mujeres, las niñas y los niños, en tanto que víctimas fundamentales de la violencia sexual* (art. 1). Se trata de un borrador que aun requiere de aprobación parlamentaria.

El proyecto en su Exposición de motivos define las *violencias sexuales* como: “*los actos de naturaleza sexual no consentidos o que condicionan el libre desarrollo de la vida sexual en cualquier ámbito público o privado, lo que incluye la agresión sexual, el acoso sexual y la explotación de la prostitución ajena*”. En este trabajo dejaremos de lado toda la reforma referida a menores de edad y lo que nos proponemos es analizar la relevancia del consentimiento tanto en las agresiones sexuales como en la prostitución, en base a la búsqueda de soluciones desde el empoderamiento y agencia femenina.

El principal motivo de la existencia de tal proyecto de ley, es que viene a dar cumplimiento a los compromisos internacionales asumidos por España, entre los que destaca en primer lugar el Convenio sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica del Consejo de Europa de 2011 (Convenio de Estambul). Aunque también se insiste de forma especial, tanto en su Exposición de motivos como en el Dictamen sobre el Anteproyecto emitido por el Consejo Económico y Social, en la necesidad de implementación de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) adoptados en el seno de Naciones Unidas por Resolución de 25 de septiembre de 2015 sobre la Agenda 2030. El quinto de estos objetivos se propone “lograr la igualdad de género y el empoderamiento de las mujeres y las niñas”, incorporando entre sus metas *eliminar todas las formas de violencia contra todas las mujeres y las niñas en los ámbitos público y privado, incluidas la trata y la explotación sexual y otros tipos de explotación* (ODS 5.2)²”.

Por tanto, en las páginas que siguen se abordará en primer lugar, un análisis de los datos existentes sobre violencia sexual en España. En segundo lugar, la visión de los distintos feminismos respecto del papel del Derecho penal en la regulación de las conductas sexuales, para finalmente expresar el valor del consentimiento de las mujeres en dos de los fenómenos clave de la reforma: las agresiones sexuales y la prostitución. En este último aspecto la hipótesis de partida es la falta de coherencia interna en el proyecto, ya que el respeto al consentimiento y libre voluntad de las mujeres parece ser el eje de la regulación en las agresiones sexuales, pero no en la prostitución.

1. DATOS: ESPECIAL REFERENCIA A LA MACROENCUESTA SOBRE VIOLENCIA CONTRA LA MUJER

El propio Dictamen del Consejo económico y social sobre el anteproyecto objeto de análisis, deja clara la magnitud del problema pese a la escasez de datos sobre esta realidad criminal, afirmando que “a pesar de la insuficiencia de la información estadística sobre la realidad de la violencia sexual en España, una parte de la cual nunca llega a ser denunciada ni conocida, tanto 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 del Interior, 2018) así como la reciente Macroencuesta de Violencia contra la Mujer (Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género del Ministerio de Igualdad, 2019) confirman la preocupante realidad de las distintas formas de violencia sexual en nuestro país³”. Por eso, hemos decidido hacer una especial referencia al análisis de esta última fuente de datos, la macroencuesta de violencia contra la mujer, puesto que al ser una encuesta de victimización creemos que puede cubrir de forma más precisa la realidad criminal relativa a la cifra negra del delito, la que nunca se denuncia, pero que puede aflorar en este tipo de encuestas.

De esta forma, en los trabajos de los últimos años se demuestra que el auge de la Victimología ha recaído de manera especial en las mujeres maltratadas, que figuran entre los “grupos de víctimas que más están representadas en las actuales encuestas de victimización⁴”. Sobre la dificultad de los datos registrados por la no repre-

² CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, 2020. Dictamen 4/2020 del sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía integral de la libertad sexual, aprobado en su Sesión ordinaria 25 noviembre.

³ Ídem., p. 8

⁴ HASSEMER, Winfried.; MUÑOZ CONDE, Francisco, 2001. *Introducción a la Criminología*, Tirant Lo Blanch, Va-

sentación de todos esos casos nunca denunciados, parece más fiable analizar las encuestas de victimización. En este tema, en España se vienen realizando macroencuestas sobre violencia ejercida sobre las mujeres cada cuatro años, por parte de la Delegación del Gobierno para la violencia de género. La primera se realizó en 1999, la segunda macroencuesta en 2002⁵, la tercera sobre la violencia contra las mujeres de 2006⁶, la macroencuesta de violencia de género 2011⁷, la macroencuesta de violencia contra la mujer 2015⁸ y finalmente, desde 2020, ya se pueden consultar los resultados de la macroencuesta de violencia contra la mujer 2019⁹. En cualquier caso, lo que nos interesa resaltar es que todas estas encuestas, hasta la de 2015, recogieron los datos sobre los distintos tipos de violencia ejercida sobre las mujeres en la relación de pareja, esto es, sólo en el ámbito privado.

Como novedad, la macroencuesta del año 2015 amplió el cuestionario para medir no sólo la violencia en la pareja, sino también la violencia física y sexual fuera de la pareja, recogiendo así las sugerencias de Naciones Unidas en sus Directrices para la Producción de Estadísticas de Violencia contra la Mujer del año 2013. De su parte, el cuestionario de la macroencuesta 2019 da cumplimiento a los requerimientos estadísticos del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (Convenio de Estambul), así como a varias medidas del Pacto de Estado contra la Violencia de Género¹⁰. Por eso, amplía “*el módulo de violencia sexual fuera de la pareja para preguntar por todas las formas posibles de violencia sexual, conocer las denuncias, la petición de ayuda formal e informal, la satisfacción con la ayuda recibida, etc. (preguntas que hasta ahora solo se hacían para la violencia en la pareja), y saber detalles sobre los episodios de violencia sexual como las agresiones en grupo o el lugar de la agresión*”¹¹, así como una “*ampliación de los ítems para medir la violencia sexual... en la pareja*”¹². Creemos acertado que se abra esa medición a las violencias sexuales que enfrentan las mujeres en el ámbito público, pero otra cuestión bien diferente es, si esos datos hacen necesario reformar el código penal. Se trata más bien de conocer bien la realidad para poder trabajar en su detección y prevención, y no tanto en su castigo. Y parece que nada de esto se está haciendo en nuestro país. Así, el informe de Amnistía internacional de 2018 denominado *Ya es hora de que me creas. Un sistema que cuestiona y desprotege a las víctimas*, denuncia que “*hasta el momento, ningún gobierno ha desarrollado campañas estatales de sensibilización dirigidas a identificar la violencia sexual en sus diferentes manifestaciones, o encaminadas a desmontar los mitos, estereotipos y prejuicios que acompañan a la violencia sexual. Tampoco se han llevado a cabo campañas de sensibilización que puedan ayudar a las víctimas, los familiares o la sociedad en su conjunto, para poder actuar frente a la violencia sexual*”¹³. Entendemos, que antes de cualquier reforma penal para prevenir conductas delictivas, la educación resulta un arma mucho más recomendable y que, sin un propósito firme de remover estructuras sociales a través de la educación, ninguna reforma penal será válida. Precisamente en esta dirección apuntan las demandas de una parte del feminismo.

lencia, p. 190.

⁵ Macroencuesta 2002: La Violencia contra las mujeres, <http://www.inmujer.gob.es/publicacioneselectronicas/documentacion/Documentos/DE0607.pdf> (último acceso: 11 de octubre de 2021)

⁶ Macroencuesta 2006 sobre la violencia contra las mujeres, <http://www.madrid.org/cs/Satellite?blobcol=urldata&blobheader=application/pdf&blobkey=id&blobtable=MungoBlobs&blobwhere=1220373748592&ssbinary=true> (último acceso: 11 de octubre de 2021)

⁷ Macroencuesta 2011 de violencia de género, https://violenciagenero.igualdad.gob.es/ca/violenciaEnCifras/estudios/investigaciones/2012/pdf/IV_Macroencuesta_2011.pdf (último acceso: 11 de octubre de 2021)

⁸ Macroencuesta 2015 de violencia contra la mujer, https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/estudios/coleccion/pdf/Libro_22_Macroencuesta2015.pdf (último acceso: 11 de octubre de 2021)

⁹ Macroencuesta 2019 de violencia contra la mujer, https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/macroencuesta2015/pdf/Macroencuesta_2019_estudio_investigacion.pdf (último acceso: 11 de octubre de 2021)

¹⁰ Resumen ejecutivo de la Macroencuesta 2019 de Violencia contra la mujer, en https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/macroencuesta2015/pdf/Resumen_Ejecutivo_Macroencuesta2019.pdf (último acceso: 11 de octubre de 2021)

¹¹ *Ibidem*.

¹² *Ibidem*.

¹³ AMNISTÍA INTERNACIONAL, 2018. Informe “Ya es hora de que me creas. Un sistema que cuestiona y desprotege a las víctimas”, España, p. 17. Puede consultarse en <https://violenciagenero.igualdad.gob.es/marcoInternacional/informesGREVIO/docs/InformeGrevioEspana.pdf> (último acceso: 11 de octubre de 2021)

2. EL FEMINISMO FRENTE AL DERECHO PENAL

A lo largo del siglo pasado se evidenciaron, sobre todo en Italia, las posturas del feminismo ante la regulación penal de determinados fenómenos relacionados con la libertad sexual. Una primera corriente, caracterizada por su populismo, que pediría castigos ejemplarizantes para los delincuentes sexuales, simplificando de esta forma la dimensión del asunto. Del lado contrario, la postura que desconfiaba del uso del Derecho penal al evidenciar que el sistema de responsabilidad penal estaría construido sobre la versión masculina¹⁴. Y finalmente destacaron las posturas ofrecidas desde el Feminismo de la igualdad y el Feminismo de la diferencia¹⁵: El primero de ellos, “el denominado modelo basado en la «política de la igualdad» opta por el instrumento penal como forma de expresar la gravedad de los delitos, con su poder simbólico y de coacción. Desde la «política de la diferencia», se parte en cambio de que el sistema penal no puede ser «neutral» aunque lo pretenda, de que su actuación deja insatisfechas las necesidades reales de las víctimas, y que su visión limitada oculta los problemas de fondo que subyacen al fenómeno de las agresiones sexuales contra las mujeres¹⁶”.

Sin embargo, la corriente que más influencia iba a tener en el feminismo español en este ámbito de lo sexual, fue la del feminismo cultural procedente sobre todo de EEUU¹⁷. Para las teóricas de este feminismo “la principal y definitiva diferencia entre hombres y mujeres, es decir, la esencial diferencia de género, radicaba en la diferencia de los impulsos sexuales, que en los hombres se caracterizaban por su agresividad, violencia y posesividad, mientras que, en las mujeres, el deseo sexual era más bien afectivo, difuso, sentimental¹⁸”. Un planteamiento que para Uría ha dejado dos consecuencias que despliegan sus efectos todavía en el presente: el puritanismo y el victimismo. Entiende que “si hasta el momento las feministas reivindicaban el orgullo de ser mujer, el valor de lo femenino, ahora empezábamos a aparecer como víctimas de la agresividad masculina. Ya no se trataba sólo de exigir derechos, sino también protección del Estado¹⁹”. Como vemos, las discrepancias son tan importantes que cabe hablar de diferentes concepciones del feminismo y distintos modos de defender los derechos de las mujeres²⁰.

Finalmente, con la llegada del socialismo en los 80 el Feminismo en España se institucionaliza, creando el Instituto de la Mujer, de forma que el movimiento pierde fuerza y la iniciativa queda en manos del partido socialista y del Gobierno, tomando muchos de sus postulados del feminismo cultural, como el mencionado puritanismo, que tiene su máximo exponente es el rechazo al reconocimiento de las trabajadoras del sexo²¹. Premisas que, aunque parecen insistir en el empoderamiento de las mujeres, acaban conduciendo al victimismo²². Con respecto de la prostitución, voces críticas como la de Maqueda, y a raíz del debate nacional sobre el tema en 2006, denunciaba que existe todavía “todo un sector del feminismo contemporáneo que apuesta por la construcción de una identidad de la mujer como sujeto -no deficitario, no sometido- en busca del reconocimiento y del respeto de su alteridad y de la conquista de espacios que garanticen su libertad y autonomía personales²³”. Demandando en este ámbito de la prostitución “reservar las fuerzas para intentar erradicar la prostitución forzada, que es hoy una de las formas más graves y persistentes de violencia de género. Para ello no se precisan nuevas leyes, que ya hay bastantes; es suficiente con un buen uso judicial y político de las que tenemos. Favorecer la transparencia en el mercado de la prostitución y garantizar condiciones de legalidad para quienes denuncien prácticas de explotación sexual puede ser un buen comienzo²⁴”.

¹⁴ Sobre estas cuestiones ASÚA BATARRITA, Adela, 1998. “Las agresiones sexuales en el nuevo código penal: imágenes culturales y discurso jurídico”, en *Análisis del código penal desde la perspectiva de género*, editado por Emakunde-Instituto Vasco de la Mujer, Vitoria-Gazteiz, p. 6

¹⁵ Ídem., p. 6-8

¹⁶ Ídem., p. 8

¹⁷ URÍA, Paloma, 2016. “Feminismo y feminismos de ayer y hoy”, *Página Abierta*, 243, marzo-abril. Consultar en <http://www.pensamientocritico.org/paluri0416.htm> (último acceso: 11 de octubre de 2021)

¹⁸ *Ibidem.*

¹⁹ *Ibidem.*

²⁰ PINEDA, Empar, 2006. Un feminismo que también existe, *El País*, 18 de marzo

²¹ URÍA, Paloma, 2016. Feminismo y feminismos de ayer y hoy, *Página Abierta*, 243, marzo-abril. Consultar en <http://www.pensamientocritico.org/paluri0416.htm> (último acceso: 11 de octubre de 2021)

²² *Ibidem.*

²³ MAQUEDA ABREU, María Luisa, 2006. Feminismo y prostitución, en *El País*, 1 de abril.

²⁴ *Ibidem.*

La misma idea que se mantiene en el manifiesto “*Un feminismo que también existe*” donde se afirma ese recelo del sector sobre “el desarrollo de una excesiva tutela de las leyes sobre la vida de las mujeres, que puede redundar en una actitud proteccionista que nos vuelva a considerar incapaces de ejercer nuestra autonomía. Una legislación adecuada puede, sin duda, ayudar a mejorar la vida de las personas, pero es la movilización, el compromiso, la educación y la toma de conciencia individual y colectiva, de mujeres y de hombres, lo que puede finalmente hacernos conseguir nuestros objetivos²⁵”. En el tema concreto de la prostitución se contempla con preocupación la posición del Instituto de la Mujer al considerarla “una actividad indigna y degradante. Estas ideas, en línea con el feminismo puritano de reforma moral de fines del XIX, brindan una excusa para mantener las pésimas condiciones en las que las prostitutas ejercen su trabajo²⁶”.

En definitiva, parece obvio que “el poder de las normas jurídico-penales no reside únicamente en su fuerza coactiva para prevenir los hechos prohibidos. De forma más sutil pero decisiva, despliega su influencia en la generación de discursos y explicaciones que contribuyen a consolidar o a construir interpretaciones de la realidad, expectativas y modelos de conducta²⁷”. Para este sector del feminismo, sin duda las leyes penales hasta ahora aprobadas para la supuesta protección de las mujeres, y pese a su buena intención, no han dejado de reproducir el *status quo*²⁸.

En esta línea, ya se han producido “*Objeciones feministas al actual proyecto de ley de libertades sexuales*”, donde se denuncia “*que el abordaje penal de las violencias de género no se ha demostrado eficaz como estrategia de prevención del delito y no ha dado resultados significativos respecto de la disminución de los índices de violencia*²⁹”. Apuestan por la transformación de las conductas antes que la sanción y el castigo, donde la solución vendría de la mano de políticas basadas en el fortalecimiento de la capacidad de agencia de las mujeres. Para este sector del feminismo, la principal crítica al Proyecto es “la introducción en el Código Penal de delitos sexuales que quedan establecidos volviendo inválido e irrelevante el consentimiento de las mujeres³⁰”. Una cuestión que analizaremos más adelante.

3. EL ORIGEN DE LA REFORMA: EL CONVENIO DE ESTAMBUL Y EL CASO DE LA MANADA

El Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, más conocido por el Convenio de Estambul por el lugar de celebración del mismo, en el año 2011, fue ratificado por España en el año 2014³¹. Hasta la fecha, la única consecuencia directa de su transposición al ordenamiento jurídico español, ha sido añadir la circunstancia discriminatoria por motivos de género a la agravante discriminatoria del art. 22.4 CP en la reforma de 2015.

En su art. 36 el Convenio, al definir la violencia sexual incluye la violación, y la define en su apartado 1 de la siguiente manera: “*Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa intencionadamente:*

²⁵ PINEDA, Empar, 2006. *Un feminismo que también existe*, El País, 18 de marzo.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ ASÚA BATARRITA, Adela, 1998. “Las agresiones sexuales en el nuevo código penal: imágenes culturales y discurso jurídico”, en *Análisis del código penal desde la perspectiva de género*, editado por Emakunde-Instituto Vasco de la Mujer, Vitoria-Gazteiz, p. 5

²⁸ Acerca del mantenimiento del *statu quo*, consultar; LAURENZO COPELLO, Patricia. 2008. “Violencia de género y derecho penal de excepción; entre el discurso de la resistencia y el victimismo punitivo” en *Algunas cuestiones prácticas y teóricas de la LO 1/2004*, Cuadernos de Derecho Judicial, IX, CGPJ, Madrid, p. 67. Entiende que “al depositar en uno de los instrumentos más importantes para el mantenimiento del *statu quo*, en una herramienta básicamente opresora y autoritaria que controla los conflictos a base de limitaciones de derechos, las asociaciones de mujeres con mayor presencia en la vida pública española corren el serio riesgo de traicionar los grandes postulados del feminismo que siempre han estado asociados a la lucha por una sociedad más justa, menos autoritaria y con mayor espacio para las libertades”.

²⁹ GARAIZABAL, Cristina.; MACAYA, Laura.; PINEDA, Empar.; SERRA, Clara, 2021. “Objeciones Feministas al actual Proyecto de Ley de Libertades sexuales”, en El País 1 de marzo. Consultar en <https://elpais.com/opinion/2021-02-28/objeciones-feministas-al-actual-proyecto-de-ley-de-libertades-sexuales.html> (último acceso: 11 de octubre de 2021)

³⁰ *Ibidem*.

³¹ BOE: 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. Consultar en https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2014-5947 (último acceso: 11 de octubre de 2021)

- 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;
- b) los demás actos de carácter sexual no consentidos sobre otra persona;
- c) el hecho de obligar a otra persona a prestarse a actos de carácter sexual no consentidos con un tercero.”

En su ap. 2 se añade una cuestión importante, y es que, “el consentimiento debe prestarse voluntariamente como manifestación del libre arbitrio de la persona considerado en el contexto de las condiciones circundantes”.

A diferencia de la regulación actual de nuestro código penal, ciertamente el Convenio no distingue las formas en las que se lleva a cabo la conducta, si con violencia o intimidación. Por eso, la redacción ofrecida por el Convenio ha provocado el debate doctrinal y jurisprudencial en las sucesivas sentencias que han recogido el caso de la Manada donde justamente fue el concepto de intimidación la clave del debate, y que ha abierto el camino hacia una reforma del código penal. En primer lugar, la SAP Navarra (secc. 2ª) 38/2008 de 20 de mayo, calificó los hechos como abuso sexual continuado con prevalimiento, con un voto particular discrepante del de la mayoría que no estima la comisión alguna de delito por parte de los acusados. El segundo pronunciamiento queda reflejado en la Sentencia del STJ Navarra 8/2018 de 30 de noviembre de 2018, que confirma la calificación jurídica de la anterior, y añade el delito contra la intimidad por la difusión de los vídeos. En esta ocasión con un voto particular discrepante que firman dos de los cinco magistrados, que entienden que los acusados en realidad “son autores de un delito continuado de agresión sexual, utilizando intimidación”. Finalmente, la sentencia del TS 344/2019 de 4 de julio, considera a los cinco miembros de la Manada “responsables en concepto de autores de un delito continuado de violación de los artículos 178 y 179 CP, con las agravaciones específicas del art. 180.1. 1ª y 2ª, a las penas de 15 años de prisión”. Como vemos, los mismos hechos probados, en dos años son calificados de forma muy diferente.

Además, el caso puso de manifiesto la ausencia de actividad de una Comisión de Codificación nombrada años atrás, y por tanto la duda sobre la falta de la visión de expertos incorporada en la redacción de las reformas de los contenidos penales a lo largo de estos años. Por eso, se reformó la Comisión General de Codificación después de la primera sentencia del caso de la Manada, que a su vez en 2018 destapó su falta de paridad ante la tradicional ausencia de expertas en la materia, cuando en España en los últimos años se habrían disparado en número de expertas al respecto³².

Por su parte, el primer informe del *Grupo de Expertas en la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (GREVIO)* publicado en 2020 para España, reconoce que “las autoridades españolas cuentan desde tiempo atrás con una agenda propia en la implementación de políticas públicas relacionadas con la prevención y la lucha contra la violencia contra la mujer. GREVIO elogia su papel pionero en el desarrollo de un marco legal progresista en relación con la violencia en el ámbito de la pareja y expareja establecido ya en 2004³³” y por eso, también “valora positivamente los esfuerzos legislativos en curso encaminados a eliminar los delitos actuales de violación y el delito de abuso sexual al objeto de reforzar el significado de violación como sexo sin consentimiento. GREVIO tiene la esperanza de que la introducción de un nuevo delito en su lugar traslade el mensaje de que la violación es violación y que cualquier acto sexual realizado con otra persona sin su consentimiento libremente dado equivale a violencia sexual, de conformidad con el artículo 36 del Convenio de Estambul. Cuando las circunstancias del acto sean particularmente violentas, abusivas y traumatizantes, deben aplicarse circunstancias agravantes que garanticen una sanción acorde con la gravedad del acto³⁴”.

³² CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA: “La Sección de Penal de la Comisión General de Codificación propone una composición equilibrada de mujeres y hombres para la posible reforma del Código Penal”. Consultar en <https://www.abogacia.es/actualidad/noticias/la-seccion-de-penal-de-la-comision-general-de-codificacion-propone-una-composicion-equilibrada-de-mujeres-y-hombres-para-la-posible-reforma-del-codigo-penal/> (último acceso: 12 de octubre de 2021)

³³ GREVIO, 2020. Informe “Primer informe de evaluación sobre las medidas legislativas y de otra índole que dan efecto a las disposiciones del Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (Convenio de Estambul, España)” del *Grupo de Expertas en la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (GREVIO)*, Convenio de Estambul, Consejo de Europa, p. 15

³⁴ *Ibidem*.

Lo que nos parece más interesante es que el propio informe insiste y “anima encarecidamente a las autoridades españolas a que introduzcan formación y orientaciones para todos los integrantes del sistema de justicia penal que garanticen la comprensión del significado de lo que es la violación y la violencia sexual en tanto que delitos basados en la ausencia de consentimiento, no en la utilización de la fuerza”. Nos preguntamos, si quizás un trabajo bien realizado en este ámbito evitaría una reforma penal.

4. PROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE GARANTÍA INTEGRAL DE LA LIBERTAD SEXUAL

4.1. EL CONSENTIMIENTO EN LAS RELACIONES SEXUALES. UNIFICACIÓN DE LAS AGRESIONES Y ABUSOS SEXUALES

Es la disposición final quinta del Proyecto, que es la que modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal, se produce un cambio de rúbrica del Título VIII del Libro II del Código Penal, que pasa a denominarse “*Delitos contra la libertad sexual*”, suprimiendo de este modo, la referencia a la indemnidad sexual.

Como es sabido, tradicionalmente el bien jurídico protegido en los delitos sexuales fue la honestidad y no pasó a ser la libertad sexual hasta la reforma del código penal de 1989. Desde entonces se entiende que “no es la manifestación sexual en sí, sino la vulneración de la decisión autónoma de la víctima, lo que constituye el núcleo del desvalor de la conducta prohibida³⁵”. Por tanto, la regulación vigente gira en torno al consentimiento³⁶, y así lo pone de manifiesto el actual art. 181.1 CP al entender que comete un delito de abuso sexual “*el que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona*”. Sin embargo, esta idea ha resultado difícil de precisar en algunos casos debido al margen interpretativo existente entre los elementos que distinguen la agresión sexual, violencia y/o intimidación, del elemento prevalimiento exigido en el abuso sexual. Precisamente como hemos visto, la clave en el caso de la Manada.

Por eso, en el actual proyecto de ley, uno de los principales motivos de retirar la violencia y la intimidación de la redacción del tipo de agresión sexual, está directamente relacionado no solo con lo dispuesto en el Convenio de Estambul, sino con el caso de la Manada. Ciertamente venía siendo muy difusa en la jurisprudencia la frontera entre la violencia y la intimidación con respecto al prevalimiento, y precisamente esto hizo estallar el debate. Esta discusión fue la protagonista dentro del caso de la Manada en aquella primera sentencia del caso en la SAP de Navarra núm. 38/2018 de 20 de marzo³⁷. Tanto en los hechos probados de la sentencia como en la parte de la fundamentación jurídica se describe textualmente que la víctima se sintió “impresionada y sin capacidad de reacción”, con “un intenso agobio y desasosiego, que le produjo estupor y le hizo adoptar una actitud de sometimiento y pasividad, determinándole a hacer lo que los procesados le decían que hiciera, manteniendo la mayor parte del tiempo los ojos cerrados”. En dos vídeos, la joven aparece “agazapada, acorralada contra la pared por dos de los procesados”, y expresando “gritos que reflejan dolor”. En otras imágenes “se manifiesta la situación de sometimiento y sumisión de la denunciante a la voluntad de los procesados”, mientras uno de ellos hace un gesto de “jactancia, ostentación y alarde³⁸”. Sin embargo, el tribunal entendió los hechos como abuso sexual con prevalimiento en vez de agresión sexual con intimidación.

Debido a lo anterior, y en lo relativo a las conductas, ya la Exposición de motivos del Proyecto de reforma actual deja claro el cambio fundamental que se pretende, asumiendo como novedad la eliminación “*de la distinción entre agresión y abuso sexual, considerándose agresiones sexuales todas aquellas conductas que atenten contra la libertad sexual sin el consentimiento de la otra persona, cumpliendo así España con las obligaciones asumidas desde que ratificó en 2014 el Convenio de Estambul*”.

³⁵ ASÚA BATARRITA, Adela, 1998. “Las agresiones sexuales en el nuevo código penal: imágenes culturales y discurso jurídico”, en *Análisis del código penal desde la perspectiva de género*, editado por Emakunde-Instituto Vasco de la Mujer, Vitoria-Gazteiz, p. 2

³⁶ RUEDA SORIANO, Yolanda, 2020. “El desenfocado debate sobre el consentimiento en la ley de libertad sexual. El delito sexual suele plantear problemas de prueba. Pero esos problemas no se solucionan con una definición legal que revictimiza”, *El País*, 29 de diciembre

³⁷ MONGE FERNÁNDEZ, Antonia. 2020. “*Las manadas*” y su incidencia en la futura reforma de los delitos de agresiones y abusos sexuales, Tirant Lo Blanch, Valencia, p. 280

³⁸ SAP Navarra (Secc. 2ª) 38/2018 de 20 de marzo.

Al margen del caso de la Manada, otra de las conductas más problemáticas necesitadas de revisión está en relación con los comportamientos introducidos en la reforma de 2010, donde se considera una conducta de abuso sexual el uso de fármacos o drogas para anular la voluntad de la víctima. La reforma actual plantea la necesidad de un cambio de perspectiva, pues el empleo de droga debería ser un tipo de violencia, y por tanto de agresión³⁹.

Pese a todo, el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), en su Informe sobre el Anteproyecto de Ley orgánica de Garantía Integral de la libertad sexual, se manifiesta crítico con la unificación de los abusos y las agresiones sexuales por incurrir en contradicción con el principio de proporcionalidad, en una doble dirección: Por un lado, entiende que el nuevo art. 178 CP podría incurrir en un defecto de protección, puesto que desde el prisma de la prevención general de la norma, el pretendido tratamiento unitario podría conducir a una desprotección de las víctimas. Una cuestión que el informe resuelve con la introducción de una modalidad agravada de agresión sexual cuando concorra un medio comisivo especialmente lesivo como la violencia o amenazas, imponiendo para el caso la pena en su mitad superior⁴⁰. Para Rueda Soriano, efectivamente “el medio puede servir para graduar la pena, pues la violencia o la amenaza de su uso son más graves que el tocamiento furtivo que la víctima no espera⁴¹”. Por otro lado, según el CGPJ la actual redacción del proyecto también estaría incurriendo en una prohibición de exceso, al castigar con gran severidad conductas que presentan un menor grado de lesividad. Aunque se haya previsto en el art. 178.3 CP un tipo penal atenuado facultativo determinado “por la menor entidad del hecho”, lo que critica el CGPJ en su informe, es la imprecisión del término, al no precisar si esa menor entidad del hecho refiere al tipo de acto sexual, al medio comisivo o al tipo subjetivo de injusto. Para mejorar la redacción, lo que se propone por parte del CGPJ es la redacción de un tipo autónomo atenuado en el que se vincule a la menor entidad del acto sexual⁴². Con esas dos mejoras en la redacción, el CGPJ salvaguarda el respeto al principio de proporcionalidad en la reforma de los delitos sexuales.

Finalmente, el debate fundamental ha girado en torno a la definición del consentimiento en las relaciones sexuales. En el proyecto de reforma, la redacción quedaría de la siguiente forma: “*Se entenderá que no existe consentimiento cuando la víctima no haya manifestado libremente por actos exteriores, concluyentes e inequívocos conforme a las circunstancias concurrentes, su voluntad expresa de participar en el acto*”.

A lo largo del debate generado a raíz del caso de la Manada, se ha producido un cambio desde el modelo del “no es no” pedido en los inicios del debate, al modelo de “sólo el sí es sí” que parece configurarse en la actualidad. En realidad, ambos modelos definen el delito a partir del carácter no consensuado del acto sexual, siendo que diferentes países europeos han optado por uno y otro. El “no model”, adoptado en Alemania, tipifica la infracción penal como la realización de la conducta ignorando la oposición de la víctima. De otro lado, el “yes model”, adoptado en Gran Bretaña y Suecia, entiende que existe delito cuando no se haya obtenido un consentimiento afirmativo⁴³.

En definitiva, en palabras de Gimbernat a raíz del caso de la Manada: “como ha confesado la propia denunciante, nunca dijo, en ningún momento de los dramáticos acontecimientos de aquella madrugada en Pamplona, y debido a su estado de shock: «No es no», lo cual, por otra parte, y en contra de lo que se parece sugerir, no constituye impedimento alguno para que pueda afirmarse la existencia de una eventual violación⁴⁴”. Por tanto, el silencio forzado de la víctima en un contexto intimidatorio difuso nunca puede entenderse equivalente a la prestación de consentimiento, en ese caso, el silencio de la víctima solo puede entenderse como una negativa (sólo sí es sí)⁴⁵. Por todo ello, de “una nueva concepción de la libertad sexual como aspecto inherente a la libertad gé-

³⁹ Así lo entiende también el CGPG, 2021. Informe sobre el Anteproyecto de Ley orgánica de Garantía Integral de la libertad sexual del aprobado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial en su reunión del día 25 de febrero, p. 79

⁴⁰ Ídem., p. 79-80

⁴¹ RUEDA SORIANO, Yolanda, 2020. “El desenfocado debate sobre el consentimiento en la ley de libertad sexual. El delito sexual suele plantear problemas de prueba. Pero esos problemas no se solucionan con una definición legal que revictimiza”, El País, 29 de diciembre

⁴² CGPG, 2021. Informe sobre el Anteproyecto de Ley orgánica de Garantía Integral de la libertad sexual del aprobado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial en su reunión del día 25 de febrero, p. 80-81

⁴³ Ídem., p. 76-77

⁴⁴ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, 2018. “La sentencia de la Manada”, en El Mundo, 28 de mayo

⁴⁵ MONGE FERNÁNDEZ, Antonia, 2020. “Las manadas” y su incidencia en la futura reforma de los delitos de agre-

ricamente considerada, se deriva que las relaciones sexuales son fruto de una voluntad consciente y libremente manifestada, solo legitimada cuando medie un consentimiento expreso, debiendo procederse a un cambio en la interpretación, pasando del no es no” al “solo sí y la presencia del sí es consentir”, al modo de los textos internacionales y de otros códigos penales de nuestro ámbito cultural⁴⁶. Es el modelo que además parece sugerir el Convenio de Estambul. Los cambios más importantes proyectados sobre la redacción del delito pueden observarse fácilmente en el siguiente cuadro:

Redacción actual LO 1/2015 de 30 de marzo	Redacción del Proyecto de reforma
Art. 178 CP	Art. 178 CP
<p><i>“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”.</i></p>	<p><i>1. Será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, como reo de agresión sexual, el que realice cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento. Se entenderá que no existe consentimiento cuando la víctima no haya manifestado libremente por actos exteriores, concluyentes e inequívocos conforme a las circunstancias concurrentes, su voluntad expresa de participar en el acto.</i></p> <p><i>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 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.</i></p> <p><i>3. El o la juez o tribunal, razonándolo en la sentencia, y siempre que no concurren las circunstancias del artículo 180, podrá imponer la pena de prisión inferior en grado o multa de dieciocho a veinticuatro meses, en atención a la menor entidad del hecho.</i></p>
Art. 179 CP	Art. 179 CP
<p><i>“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 seis a 12 años”.</i></p>	<p><i>“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 diez años”.</i></p>

Sin embargo, algunas voces críticas entienden que esta definición de consentimiento no va a acabar con los problemas de prueba que tradicionalmente plantea la violencia sexual, “porque la acusación tendrá que seguir probando que el acusado cometió un acto contra la libertad sexual sin contar con el consentimiento de la víctima. Pero sí potenciará la revictimización, pues el debate girará sobre la existencia de todos los elementos que componen la definición, lo que puede provocar que el interrogatorio se centre en el modo en que la víctima suele prestar su consentimiento sexual para aclarar el alcance de la cláusula circunstancias concurrentes⁴⁷”.

En general, se concibe desde el año 1989 un modelo que pivota sobre el consentimiento de las partes en la relación sexual, la dificultad radica en encontrar la mejor fórmula para hacerlo, puesto que “la definición de consentimiento recogida en el anteproyecto de ley, que establece que todo acto sexual en el que no se manifieste

siones y abusos sexuales, Tirant Lo Blanch, Valencia, p. 296

⁴⁶ *Ibíd.*

⁴⁷ RUEDA SORIANO, Yolanda, 2020. “El desenfocado debate sobre el consentimiento en la ley de libertad sexual. El delito sexual suele plantear problemas de prueba. Pero esos problemas no se solucionan con una definición legal que revictimiza”, *El País*, 29 de diciembre.

la voluntad expresa de participar en el mismo puede ser considerado delito, nos parece que refuerza la imagen patriarcal tradicional de la vulnerabilidad y la fragilidad femeninas⁴⁸. Desde el sector del feminismo crítico se afirma que “esa forma de entender el consentimiento impide a las mujeres elaborar por sí mismas, y al margen del proteccionismo estatal estrategias para establecer límites sexuales ante conductas intrusivas de baja entidad⁴⁹”. Una cuestión que se manifiesta, si cabe, de una forma más radical dentro de las previsiones que hace el Proyecto de ley sobre el consentimiento en la prostitución.

4.1. CONSENTIMIENTO Y PROSTITUCIÓN

4.2.1 PROXENETISMO COACTIVO Y NO COACTIVO

Según la Exposición de motivos del Proyecto la “nueva redacción del tipo contribuye a clarificar la diferenciación entre el proxenetismo coactivo y no coactivo”. En este apartado trataremos de comprobar si efectivamente esa distinción es más nítida en la pretendida reforma.

El proxenetismo, o el lucro con la prostitución ajena, habría quedado fuera del código penal de 1995. Sin embargo, la reforma del entonces art. 187.1 CP a través de la LO 11/2003, de 29 de septiembre reintrodujo el delito de explotación de la prostitución ajena. Desde entonces, el tipo penal castiga a quien “*determine, empleando violencia, intimidación o engaño o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima, a persona mayor de edad a ejercer la prostitución o mantenerse en ella*”; Pero también a quien “*se lucre explotando la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de la misma*”. En definitiva, hasta el año 2003 se afirmaba la atipicidad del rufianismo, esto es, el vivir a expensas de quien se prostituye, así como las tercerías locativas, o el encargado del establecimiento en el que se lleva a cabo la prostitución⁵⁰, comportamientos que tras la reforma pasan a ser típicos. Voces críticas entendían que, en realidad, desde la perspectiva penal, “lucrarse con la prostitución ajena no constituye nítidamente una acción u omisión, susceptible de ser aislada en unas coordenadas espaciotemporales. Más bien se está describiendo una forma de ser o de vivir, cuando es una exigencia constitucional el que se persigan hechos⁵¹”.

Con esta redacción, entendía el legislador que ante estos actos no cabría el consentimiento de la víctima, poniendo “el acento, precisamente, en los abusos que rodean el ejercicio de la prostitución por extranjeras que, debido a su condición de migrante en situación de irregularidad administrativa, vienen a configurarse como un grupo sensible de ser explotadas por los proxenetes⁵²”. Sin embargo, debido a la amplitud de las conductas que podrían caer dentro de este tipo penal, el TS fijó unos criterios que ayudaran a una interpretación restrictiva el tipo. Así, mediante Sentencia 445/ 2008 de 3 de julio (Fundamento jurídico 4), dispone de cuatro requisitos:

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.

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 prostitución.

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

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.

⁴⁸ GARAIZABAL, Cristina.; MACAYA, Laura.; PINEDA, Empar.; SERRA, Clara, 2021. “Objeciones Feministas al actual Proyecto de Ley de Libertades sexuales”, en El País 1 de marzo. Consultar en <https://elpais.com/opinion/2021-02-28/objeciones-feministas-al-actual-proyecto-de-ley-de-libertades-sexuales.html>

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ DÍAZ MORGADO, Celia, 2015. “De los delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores”, en CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. y MIR PUIG, Santiago. (Dir.) *Comentarios al Código penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Tirant Lo Blanch, Valencia, p. 699

⁵¹ GÓMEZ TOMILLO, Manuel, 2015. “Art. 188”, en en GÓMEZ TOMILLO, Manuel. (Dir.), *Comentarios Prácticos al Código penal, Tomo II*, Aranzadi, Pamplona, p. 578

⁵² DAUNIS RODRÍGUEZ, Alberto.; “Sobre la urgente necesidad de una tipificación autónoma e independiente de la trata de personas”, en *INDRET, Revista para el análisis del Derecho*, núm. 1, 2020, p. 20

Con estos criterios, antes de la reforma de 2010 encontrábamos que la jurisprudencia del TS parecía distinguir la prostitución en algunos casos como un trabajo. Por tanto, parecía calar “el respeto a la idea de autodeterminación sexual en el ámbito de la prostitución en algunos pronunciamientos, tanto de la Sala Social de la Audiencia Nacional (2003) que admitió la licitud de la prostitución ejercida por cuenta propia, como por parte de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo (2009), que daba un importante paso cualitativo a favor de la legalidad de la prostitución por cuenta ajena en la idea de que hay aspectos de la voluntad personal que no pueden ser coartados por el derecho⁵³”. De esta forma, quedaba claro, que “los Tribunales españoles no habían asumido una perspectiva abolicionista de la prostitución, sino que venían exigiendo algo más que la simple organización y planificación de la actividad y la consecuente obtención de un lucro por ello⁵⁴”.

En verdad, la doctrina pronto se percataría de que estos criterios no serían definitorios ni ayudarían a una interpretación restrictiva del tipo, sino que, de nuevo parecía confundirse y mezclarse la determinación forzada a la prostitución con la simple intermediación en el trabajo sexual voluntario y libre⁵⁵. Por eso, el art. 187.1 CP se modificó en el año 2015 para incluir una definición de vulnerabilidad, y así no atender a criterios jurisprudenciales, castigando la conducta de *quien, 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. Se entenderá que concurre explotación*, según la literalidad del precepto, *en todo caso, cuando se dé 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.*

Por tanto, el aspecto positivo de la reforma de 2015 es que aclara que la conducta no debe centrarse en el lucro o la ganancia sino en la explotación que de la actividad se realiza⁵⁶, por lo que podría entenderse que no habrá explotación cuando el ejercicio de la prostitución sea libre y voluntario y no haya una situación de vulnerabilidad personal o económica o imposición de condiciones gravosas⁵⁷. Pero, por otro lado, también podría interpretarse que el código penal parecía decantarse por el abolicionismo de la prostitución, al contemplar que cualquier situación económica precaria de una mujer la hace vulnerable. La realidad es que no hemos adoptado un modelo claro, lo que lleva a que la piedra angular de este mercado, casi siempre anárquico, siga en la condición de fuera de la legalidad de las mujeres que trabajan en la prostitución⁵⁸. Vulnerabilidad que proviene precisamente, de esta situación de alegalidad, pero “no puede afirmarse, como regla general, que la mujer migrante sufra una situación de vulnerabilidad que le aboque al ejercicio de la prostitución sino, simplemente que, ante las actuales condiciones del mercado de trabajo de los países receptores, algunas han optado por dicha actividad como la mejor alternativa para iniciar o continuar su proyecto migratorio⁵⁹”.

Coincidimos así con Maqueda en la idea de que la prostitución es una actividad económica diversificada en un mercado internacionalizado, y que las bases económicas de la industria del sexo se han hecho cada vez más sólidas, y “en este contexto, no hay que despreciar, por ejemplo, la decisiva importancia de las remesas enviadas por las mujeres migrantes a sus países de origen que justifica, en buena medida, la creciente exportación del trabajo femenino al extranjero⁶⁰”. Sin embargo, las estrategias, al menos en el código penal no van en la dirección de ese reconocimiento, entendiendo que hay explotación, aun y cuando concurra el consentimiento de las víctimas. En el siguiente cuadro pueden contemplarse los cambios proyectados en el art. 187 CP:

⁵³ Más información al respecto en MAQUEDA ABREU, María Luisa, 2010. “Hacia una justicia de los derechos: Una aproximación a los últimos pronunciamientos judiciales favorables a la legalidad de la prostitución”, en *Diario La Ley*, núm. 7363, 2010, p. 1

⁵⁴ DAUNIS RODRÍGUEZ, Alberto, 2015. “La nueva criminalización del proxenetismo”, en *Revista penal*, núm. 36, Julio, p. 113

⁵⁵ *Idem.*, p. 111

⁵⁶ DÍAZ MORGADO, Celia, 2015. “De los delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores”, en CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. y MIR PUIG, Santiago (Dirs.) *Comentarios al Código penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Tirant Lo Blanch, Valencia, p. 700

⁵⁷ *Ibidem.*

⁵⁸ PÉREZ CEPEDA, Ana, 2004. *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal*, Comares, Granada, p. 33

⁵⁹ DAUNIS RODRÍGUEZ, Alberto, 2015. “La nueva criminalización del proxenetismo”, en *Revista penal*, núm. 36, Julio, p. 114

⁶⁰ MAQUEDA ABREU, María Luisa, 2009. *Prostitución, feminismos y Derecho penal*, Comares, Granada, p. 59

Redacción actual LO 1/2015 de 30 de marzo. Art. 187 CP	Redacción del Proyecto de reforma Art. 187 CP
<p>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.</p> <p>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:</p> <p>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.</p> <p>2. Se impondrán las penas previstas en los apartados anteriores en su mitad superior, en sus respectivos casos, cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias:</p> <p>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.</p> <p>b) Cuando el culpable perteneciere a una organización o grupo criminal que se dedicare a la realización de tales actividades.</p> <p>c) Cuando el culpable hubiere puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima.</p> <p>3. Las penas señaladas se impondrán en sus respectivos casos sin perjuicio de las que correspondan por las agresiones o abusos sexuales cometidos sobre la persona prostituida.</p>	<p>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 tres a seis años y multa de doce a veinticuatro meses.</p> <p>2. Se impondrá la pena de prisión de dos a cuatro años y multa de seis a dieciocho 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 exista aprovechamiento de una relación de dependencia o subordinación.</p> <p>La pena se impondrá en su mitad superior cuando la prostitución se ejerza a partir de un acto de violencia, intimidación, engaño o abuso de los descritos en el apartado anterior.</p> <p>3. Se impondrán las penas previstas en los apartados anteriores en su mitad superior, en sus respectivos casos, cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias:</p> <p>a) Cuando el culpable se hubiera prevalido de su condición de autoridad, agente de esta o funcionario público. En este caso se aplicará, además, la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años.</p> <p>b) Cuando el culpable perteneciere a una organización o grupo criminal que se dedicare a la realización de tales actividades. Cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones, se les aplicará la pena superior en grado.</p> <p>c) Cuando el culpable hubiere puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o la salud de la víctima, incluida la salud sexual o reproductiva.</p> <p>4. Las penas señaladas se impondrán en sus respectivos casos sin perjuicio de las que correspondan por las agresiones o abusos sexuales cometidos sobre la persona prostituida».</p>

El Proyecto que ahora se debate incluye como novedad que “se entenderá que hay explotación cuando exista aprovechamiento de una relación de dependencia o subordinación”. En la exposición de motivos del proyecto se establece que en realidad los cambios en este ámbito producen una “*mejora de la tipificación penal del proxenetismo en aras a hacer más efectiva la persecución de las conductas, especialmente a través de una nueva redacción del tipo, que contribuye a clarificar la diferenciación entre el proxenetismo coactivo y no coactivo*”. Por el contrario, desde las posiciones críticas al Proyecto se insiste en la negación de la capacidad de decisión de las trabajadoras sexuales al establecer como delito el proxenetismo no coactivo⁶¹. De forma que rechazan

⁶¹ GARAIZABAL, Cristina.; MACAYA, Laura.; PINEDA, Empar.; SERRA, Clara, 2021. “Objeciones Feministas al actual Proyecto de Ley de Libertades sexuales”, en El País 1 de marzo. Consultar en <https://elpais.com/opinion/2021-02-28/objeciones-feministas-al-actual-proyecto-de-ley-de-libertades-sexuales.html>

“un texto legal que considera a las mujeres no aptas para otorgar consentimiento, dando por hecho que encontrarte en una situación de vulnerabilidad te convierte en alguien que no sabe lo que quiere⁶²”, demandando a las instituciones garantizar derechos para empoderar y ampliar la capacidad de negociación, pero nunca poner en duda la mayoría de edad de las mujeres.

4.2.1 ESPECIAL REFERENCIA A LA TERCERÍA LOCATIVA

La tercería locativa es el lucro por alquilar un espacio donde se prostituye a una persona⁶³ y en este punto, el actual proyecto de ley da un paso más, “sancionando penalmente a quien destine un inmueble a favorecer la explotación de la prostitución de otra persona⁶⁴”. Así, con la finalidad de responder más eficazmente a la explotación sexual, el Proyecto de Ley “incorpora la tercería locativa en un nuevo artículo 187 bis para perseguir a todo aquel que, con ánimo de lucro y de manera habitual, destine un inmueble o local para favorecer la explotación sexual de otra persona. No solo se incluye pena de prisión sino también el cierre del local siguiendo las reglas del artículo 194 del CP⁶⁵”. La redacción de este nuevo tipo penal quedaría de la siguiente manera: *“El que, 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 con su consentimiento, será 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 de este Código. La pena se impondrá en su mitad superior cuando la prostitución se ejerza a partir de un acto de violencia, intimidación, engaño o abuso de los descritos en el apartado 1 del artículo 187”*. Sin duda, se trata de un paso más hacia la total negación de la actividad acorde con las políticas que vienen diseñándose en los últimos años en la materia.

En definitiva, ese sector del feminismo crítico manifiesta su “profunda preocupación por la posibilidad de que, en nombre del consentimiento de las mujeres, se apruebe un texto legal que supone la anulación del valor del consentimiento de las mujeres⁶⁶”.

CONCLUSIONES NO CONCLUSIVAS

Una vez más, creemos no se puede desconfiar de la buena intención del proyecto de reforma. Sin embargo, como hemos visto, plantea las mismas dudas sobre el respeto a la libertad y agencia de las mujeres que han venido planteando otras leyes penales que han abordado de forma específica otras violencias llevadas a cabo sobre las mujeres en nuestro país⁶⁷.

Como reflexión final acerca de las violencias sexuales, no cabe duda de la necesidad de evitar que nuestro sistema penal vuelva a incurrir en la interpretación de las normas penales como la dada a la víctima de la Manada en la primera de las sentencias. Pero para ello creemos que quizás no es necesario una reforma penal del calado que se pretende, sino más bien analizar y conocer la realidad de la violencia sexual y el contexto en el que ocurre, y sobre todo se trataría de identificar las fallas de nuestro sistema penal y los operadores jurídicos involucrados en el proceso, para poner a diseñar estrategias que faciliten la consecución de derechos a quienes hayan sido víctimas.

Tampoco hay duda sobre la necesidad de enfocar los esfuerzos en la persecución de la prostitución forzada y

⁶² *Ibidem*.

⁶³ CANO, Silvia, 2021. “Tercería locativa: un paso fundamental para luchar contra la explotación sexual, por Silvia Cano”, 25/07 <https://www.psib-psoe.org/terceria-locativa-paso-fundamental-luchar-explotacion-sexual-silvia-cano/>

⁶⁴ Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley

⁶⁵ CONSEJO DE MINISTROS, 2021. “Proyecto del Ley Orgánica de Garantía integral de la libertad sexual” <https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeminstros/Paginas/enlaces/060721-enlace-libertad-sexual.aspx>

⁶⁶ GARAIZABAL, Cristina.; MACAYA, Laura.; PINEDA, Empar.; SERRA, Clara, 2021. “Objeciones Feministas al actual Proyecto de Ley de Libertades sexuales”, en *El País* 1 de marzo. Consultar en <https://elpais.com/opinion/2021-02-28/objeciones-feministas-al-actual-proyecto-de-ley-de-libertades-sexuales.html>.

⁶⁷ En otros trabajos nos hemos pronunciado sobre las dudas generadas acerca de la incidencia no positiva del Derecho penal en la vida de las mujeres a través de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de género en: GORJÓN BARRANCO, María Concepción, 2010. “¿Empodera a las mujeres la Ley penal? Una difícil tarea”, en FARALDO CABANA, Patricia (Dir.), *Género y sistema penal. Una perspectiva internacional*, Comares, Granada. También en: GORJÓN BARRANCO, María Concepción, 2013. *La tipificación del género en el ámbito penal. Una revisión crítica a la regulación actual*, Iustel, Madrid.

la trata de seres humanos con fines de explotación sexual, sin necesidad de convertir en ilícita cualquier conducta relacionada con la prostitución. Por tanto, dudamos de que esa estrategia deba girar en torno al castigo penal, máxime cuando se ha demostrado la hipótesis de la que se partía en este trabajo y es que las normas penales finalmente, prescinden del consentimiento de las mujeres. Es por eso que coincidimos con ese sector del feminismo para quienes “resulta indefendible la introducción en el Código Penal de delitos sexuales que quedan establecidos volviendo inválido e irrelevante el consentimiento de las mujeres⁶⁸”.

BIBLIOGRAFÍA

AMNISTÍA INTERNACIONAL, 2018. Informe “Ya es hora de que me creas. Un sistema que cuestiona y desprotege a las víctimas”, España. Puede consultarse en <https://violenciagenero.igualdad.gob.es/marcoInternacional/informesGREVIO/docs/InformeGrevioEspana.pdf> (último acceso: 11 de octubre de 2021)

ASÚA BATARRITA, Adela, 1998. “Las agresiones sexuales en el nuevo código penal: imágenes culturales y discurso jurídico”, en *Análisis del código penal desde la perspectiva de género*, editado por Emakunde-Instituto Vasco de la Mujer, Vitoria-Gazteiz

CANO, Silvia, 2021. “Tercería locativa: un paso fundamental para luchar contra la explotación sexual”, por Silvia Cano”, 25/07/21. <https://www.psib-psoe.org/terceria-locativa-paso-fundamental-luchar-explotacion-sexual-silvia-cano/> (último acceso: 11 de octubre de 2021)

Consejo General del Poder Judicial, 2021. Informe sobre el Anteproyecto de Ley orgánica de Garantía Integral de la libertad sexual del CGPG, aprobado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial en su reunión del día 25 de febrero.

CONSEJO DE MINISTROS, 2021. “Proyecto del Ley Orgánica de Garantía integral de la libertad sexual” <https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/Paginas/enlaces/060721-enlace-libertad-sexual.aspx> (último acceso: 11 de octubre de 2021)

CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, 2020. Dictamen 4/2020 sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía integral de la libertad sexual, aprobado en su Sesión ordinaria 25 noviembre

DAUNIS RODRÍGUEZ, Alberto, 2010. “Sobre la urgente necesidad de una tipificación autónoma e independiente de la trata de personas”, en *INDRET, Revista para el análisis del Derecho*, núm. 1

DAUNIS RODRÍGUEZ, Alberto, 2015. “La nueva criminalización del proxenetismo”, en *Revista penal*, núm. 36, Julio

DÍAZ MORGADO, Celia, 2015. “De los delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores”, en CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. y MIR PUIG, Santiago. (Dir.) *Comentarios al Código penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Tirant Lo Blanch, Valencia

GARAIZABAL, Cristina.; MACAYA, Laura.; PINEDA, Empar.; SERRA, Clara, 2021. “Objeciones Feministas al actual Proyecto de Ley de Libertades sexuales”, en *El País* 1 de marzo. Consultar en <https://elpais.com/opinion/2021-02-28/objeciones-feministas-al-actual-proyecto-de-ley-de-libertades-sexuales.html> (último acceso: 11 de octubre de 2021)

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, 2018. “La sentencia de la Manada”, en *El Mundo*, 28 de mayo

GÓMEZ TOMILLO, Manuel, 2015. “Art. 188”, en en GÓMEZ TOMILLO, Manuel. (Dir.), *Comentarios Prácticos al Código penal, Tomo II*, Aranzadi, Pamplona

GORJÓN BARRANCO, María Concepción, 2010. “¿Empodera a las mujeres la Ley penal? Una difícil tarea”, en FARALDO CABANA, P. (Dir.), *Género y sistema penal. Una perspectiva internacional*, Comares, Granada.

GORJÓN BARRANCO, María Concepción, 2013. *La tipificación del género en el ámbito penal. Una revisión crítica a la regulación actual*, Iustel, Madrid.

GREVIO, 2020. Informe “Primer informe de evaluación sobre las medidas legislativas y de otra índole que dan efecto a las disposiciones del Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la vio-

⁶⁸ GARAIZABAL, Cristina.; MACAYA, Laura.; PINEDA, Empar.; SERRA, Clara, 2021. “Objeciones Feministas al actual Proyecto de Ley de Libertades sexuales”, en *El País* 1 de marzo. Consultar en <https://elpais.com/opinion/2021-02-28/objeciones-feministas-al-actual-proyecto-de-ley-de-libertades-sexuales.html>

lencia contra las mujeres y la violencia doméstica (Convenio de Estambul, España)” del *Grupo de Expertas en la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (GREVIO)*, Convenio de Estambul, Consejo de Europa.

HASSEMER, Winfried.; MUÑOZ CONDE, Francisco, 2001. *Introducción a la Criminología*, Tirant Lo Blanch, Valencia

LAURENZO COPELLO, Patricia. 2008. “Violencia de género y derecho penal de excepción; entre el discurso de la resistencia y el victimismo punitivo” en *Algunas cuestiones prácticas y teóricas de la LO 1/2004*, Cuadernos de Derecho Judicial, IX, CGPJ, Madrid

Macroencuesta 2002: La Violencia contra las mujeres, <http://www.inmujer.gob.es/publicacioneselectronicas/documentacion/Documentos/DE0607.pdf> (último acceso: 11 de octubre de 2021)

Macroencuesta 2006 sobre la violencia contra las mujeres, <http://www.madrid.org/cs/Satellite?blobcol=url-data&blobheader=application/pdf&blobkey=id&blobtable=MungoBlobs&blobwhere=1220373748592&ssbinary=true> (último acceso: 11 de octubre de 2021)

Macroencuesta 2011 de violencia de género, https://violenciagenero.igualdad.gob.es/ca/violenciaEnCifras/estudios/investigaciones/2012/pdf/IV_Macroencuesta_2011.pdf (último acceso: 11 de octubre de 2021)

Macroencuesta 2015 de violencia contra la mujer, https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/estudios/colecciones/pdf/Libro_22_Macroencuesta2015.pdf (último acceso: 11 de octubre de 2021)

Macroencuesta 2019 de violencia contra la mujer, https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/macroencuesta2015/pdf/Macroencuesta_2019_estudio_investigacion.pdf (último acceso: 11 de octubre de 2021)

MAQUEDA ABREU, María Luisa, 2006. Feminismo y prostitución, El País. 1 de abril

MAQUEDA ABREU, María Luisa, 2009. *Prostitución, feminismos y Derecho penal*, Comares, Granada

MAQUEDA ABREU, María Luisa, 2010. “Hacia una justicia de los derechos: Una aproximación a los últimos pronunciamientos judiciales favorables a la legalidad de la prostitución”, en *Diario La Ley*, núm. 7363

MONGE FERNÁNDEZ, Antonia. 2020. “*Las manadas*” y su incidencia en la futura reforma de los delitos de agresiones y abusos sexuales, Tirant Lo Blanch, Valencia

PÉREZ CEPEDA, Ana, 2004. *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal*, Comares, Granada

PINEDA, Empar, 2006. Un feminismo que también existe, El País, 18 de marzo

RUEDA SORIANO, Yolanda, 2020. “El desenfocado debate sobre el consentimiento en la ley de libertad sexual. El delito sexual suele plantear problemas de prueba. Pero esos problemas no se solucionan con una definición legal que revictimiza”, El País, 29 de diciembre

URÍA, Paloma, 2016. “Feminismo y feminismos de ayer y hoy”, *Página Abierta*, 243, marzo-abril. Consultar en <http://www.pensamientocritico.org/paluri0416.htm> (último acceso: 11 de octubre de 2021)

