

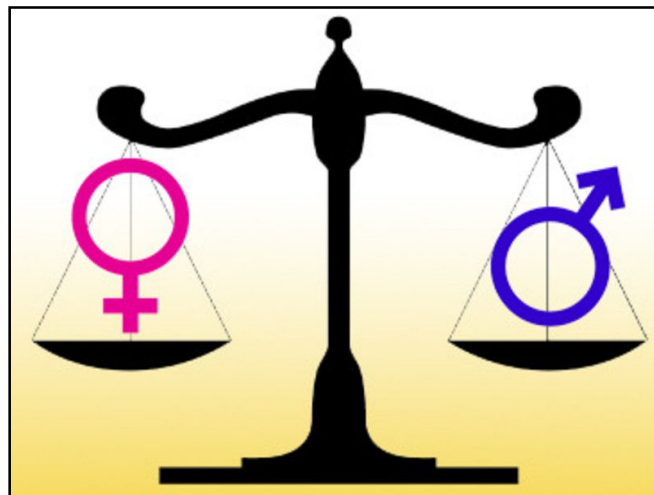


Universidad de
Oviedo

TRABAJO FIN DE MÁSTER ACCESO A LA ABOGACÍA

REVISIÓN DE LOS DELITO DE AGRESIÓN SEXUAL Y ABUSO SEXUAL

CONSECUENCIAS JURÍDICAS TRAS EL CASO DE “LA MANADA”



Realizado por: **Ruiz Oliver, Andrea**

Tutora: **Lagunilla Herrero, Graciela**

Convocatoria: **Enero 2019**



ÍNDICE

- I. INTRODUCCIÓN**
- II. REVISIÓN DE LA LEGISLACIÓN VIGENTE SOBRE LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUAL EN ESPAÑA**
 - A. En la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal
 - B. En el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica. Estambul, 11. V. 2011
- III. LA SENTENCIA DEL CASO “LA MANADA”**
 - A. Análisis crítico de la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra
 - 1. La aplicación del abuso sexual agravado y no agresión sexual. Y la Problemática entre prevalimiento e intimidación
 - 2. El consentimiento de la víctima
 - 3. El Voto Particular discrepante
 - B. Resolución del Recurso de Apelación de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal de Justicia de Navarra
 - 1. Las relaciones sexuales sin consentimiento de la víctima
 - 2. Las grabaciones evidencian una pasividad doliente de la víctima
 - 3. La falta de congruencia de la condena
 - 4. El Voto Particular discrepante
- IV. CONSECUENCIAS DE LAS SENTENCIAS DEL CASO ‘LA MANADA’**
 - A. Vulneración del Convenio del Consejo de Europa
 - 1. Consentimiento como único determinante
 - 2. Formación en los agentes jurídicos como una vía de solución
 - B. La Comisión General de Codificación y la futura reforma del Código Penal
 - C. El Tribunal Supremo ha fijado que cualquier tocamiento no consentido de ámbito sexual es abuso
- V. OPINIÓN PERSONAL**
- VI. BIBLIOGRAFÍA Y MATERIALES DE REFERENCIA**



I. INTRODUCCIÓN

Descripción y contextualización del tema objeto de estudio y justificación del interés del tema, problema, ámbito.

Lamentablemente, la violencia de género y los delitos contra la libertad sexual de las mujeres están a la orden del día del panorama mediático, sobre todo, desde el pasado año 2017, a causa, por un lado, del Caso ‘La Manada’ en España, y por otro, internacionalmente, de la corriente de opinión a partir del hashtag/etiqueta #Metoo¹.

En Europa, los datos sobre violencia de género disponibles publicados por el Consejo de Europa en 2017 son los siguientes²:

- una de cada tres mujeres en la UE ha sido víctima de violencia física o sexual desde los 15 años;
- una de cada veinte mujeres ha sido violada;
- más de la mitad (55%) de las mujeres ha sufrido acoso sexual;
- una de cada tres mujeres ha sufrido abuso psicológico por parte de una pareja;
- una de cada tres mujeres ha sufrido violencia física o sexual por un adulto durante la infancia.

Desde el año 2009, el Ministerio del Interior recaba datos con fines estadísticos sobre el número de agresiones sexuales denunciadas anualmente y, desde entonces, todos los años existen más de 1.000 mujeres que presentan denuncias por agresiones sexuales. O lo que es lo mismo, pero suena más escalofriante, más de tres mujeres al día sufren una violación en España.

¹ https://elpais.com/politica/2017/11/23/actualidad/1511464104_203826.html Consultado el 1 de diciembre de 2018.

² https://es.wikipedia.org/wiki/Convenio_del_Consejo_de_Europa_sobre_preveni%C3%B3n_y_lucha_contra_la_violencia_contra_las_mujeres_y_la_violencia_dom%C3%A9stica Consultado el 14 de octubre de 2018



Como se puede apreciar en el Gráfico 1, en cuanto a las agresiones sexuales denunciadas, se alcanzó el número máximo en el año 2011 con un total de 2.300 denuncias de mujeres que sufrieron una agresión sexual, esto es, más de seis mujeres al día.

Gráfico 1. Total nacional – Hechos conocidos: Agresión sexual

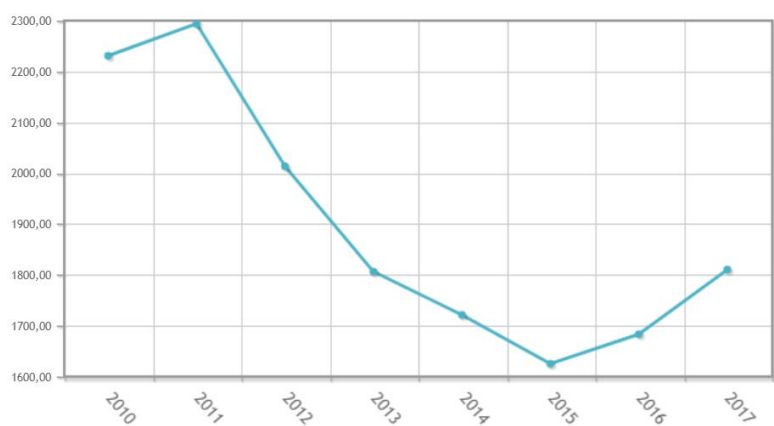


Gráfico 1. Fuente: Portal Estadístico de Criminalidad. Ministerio del Interior³

En el caso de las agresiones sexuales con penetración (Gráfico 2), el año 2015 fue el “mejor” en cuanto a menor número de denuncias sobre este delito, pero aún así éstas ascendieron a más de 1.200.

Gráfico 2. Total nacional – Hechos conocidos: Agresión sexual con penetración



Gráfico 2. Fuente: Portal Estadístico de Criminalidad. Ministerio del Interior⁴

³ <https://estadisticasdecriminalidad.ses.mir.es/jaxiPx/Datos.htm?path=/Datos1//I0/&file=01001.px&typ e=pcaxis> Consultado el 28 de noviembre de 2018



(*) Tanto en el gráfico 1 y 2: Se computan datos provenientes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, policías autonómicas, a excepción de los Mossos d'Esquadra, y policías locales que proporcionan datos al Sistema Estadístico de Criminalidad. No se incluyen datos de la Ertzaintza de homicidios dolosos / asesinatos consumados hasta el 2015; a partir de 2016 se encuentran incluidos.

Cabe puntualizar que, estos datos únicamente recogen aquellas denuncias de las mujeres valientes que dieron el paso de denunciar, pero existen muchas víctimas de este tipo de delitos que no se atreven a denunciarlo y por tanto su voz queda silenciada, el agresor impune y los datos sin reflejar.

Objeto de estudio

A partir de la evidente problemática de la violencia de género, en concreto de los delitos contra la libertad sexual, el objeto de estudio de este Trabajo de Final de Máster es el análisis del presente y futuro de la tipología de los Capítulos I y II del Título VIII del Código Penal español, es decir, de los delitos de abuso y agresión sexual, con base en la sentencia del caso de La Manada.

Con la Sentencia 38/2018 de 20 de marzo de 2018, dictada por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Navarra se ha originado una reacción en todos los ámbitos de la sociedad nunca antes vista, significando ello un necesario cuestionamiento y debate sobre la regulación de los delitos en cuestión.

A través del estudio del caso de La Manada, con su reciente confirmación de sentencia por el Tribunal Superior de Justicia de Navarra, se va a estudiar y evaluar la posible vulneración de la normativa comunitaria, y por tanto, de los derechos fundamentales, por parte de la legislación española, y aventurar la mejor evolución si así fuera, en cuanto a reforma del Código Penal entre otros aspectos.

⁴<https://estadisticasdecriminalidad.ses.mir.es/jaxiPx/Datos.htm?path=/Datos1//I0/&file=01001.px&type=pcaxis> Consultado el 28 de noviembre de 2018.



II. REVISIÓN DE LA LEGISLACIÓN VIGENTE SOBRE LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUAL EN ESPAÑA

Revisión actualizada de la literatura acerca del tema

Es necesario, primero que nada, que plasme brevemente la regulación jurídica actual sobre los delitos y problemática que se va a tratar a continuación.

Así, pues, se debe tener en cuenta, por un lado, el título octavo de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (en adelante, Código Penal o CP); y por otro lado el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, Estambul, -EDL 2011/393212-, 11.V.2011 (en adelante, Convenio de Estambul o Convención de Estambul).

A. En la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

El Código Penal⁵ recoge, en su título octavo, los delitos sexuales, que son aquellos que vulneran y atentan el bien jurídico de la libertad e indemnidad sexual de la persona, empleando, según la regulación, violencia, intimidación, abusos, explotación sexual, prostitución, etc.⁶

Dentro de la variedad de delitos sexuales, en este trabajo se van a examinar concretamente los delitos de agresiones sexuales y abusos sexuales, comprendidos en los capítulos primero y segunda del título.

En primer lugar, según el artículo 178 CP, se considera autor de un delito de **agresión sexual** a quien atentare contra la libertad sexual de otra persona, utilizando violencia o intimidación, castigándole con la pena de prisión de 1 a 5 años. En el artículo siguiente, 179 del mismo texto legal, se recoge el tipo agravado de agresión sexual, en el caso de haber acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o el acceso de miembros corporales u

⁵ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

⁶ <https://dudaslegislativas.com/delitos-sexuales-del-codigo-penal/> Consultado el 06 de agosto de 2018



objetos por vía vaginal o anal, es decir, el caso de *la violación*. La pena de prisión para este caso asciende de 6 a 12 años.

El artículo 180 del CP recoge los tipos agravados de los delitos anteriores, agravando las penas de agresión sexual de 5 a 10 años y la de violación de 12 a 15 años, cuando concurra alguno de los siguientes actos; y aplicándose las penas en su mitad superior si concurren 2 o más de estas circunstancias:

- 1º. Si los actos mencionados tuvieran carácter degradante o vejatorio.
- 2º. En caso de actuación conjunta de 2 o más personas.
- 3º. Cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por ejemplo los incapaces y discapacitados.
- 4º. Si el autor del delito se beneficia de una situación de superioridad, parentesco, ascendiente, descendiente o hermano.
- 5º. El uso de armas u objetos que pongan en riesgo la vida de la víctima.

En segundo lugar, el artículo 181 del Código Penal recoge el delito de **abuso sexual**, que es aquel acto que atenta contra la libertad o intimidad sexual de otra persona sin mediar consentimiento, pero esta vez, sin usar violencia o intimidación. Este delito está castigado con la pena de prisión de 1 a 3 años o multa de 18 a 24 meses.

El apartado segundo del artículo enuncia qué se considera como abuso sexual no consentido:

- Los abusos ejecutados sobre personas que se consideren incapaces o discapacitadas.
- Los abusos ejecutados sobre personas que se hallen privadas de sentido o tuvieran trastorno mental.
- Los abusos que se cometan anulando la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier sustancia análoga idónea a tal efecto.



B. En el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (Convenio de Estambul).

El Convenio de Estambul⁷ es el primer Tratado internacional de carácter vinculante que crea un marco legal en materia de y para combatir la violencia contra la mujer, además de prevenir la violencia doméstica, “*protegiendo a las víctimas y castigando a los infractores*”⁸.

Por primera vez, un Tratado de ámbito europeo identifica y expresa textualmente que la violencia contra las mujeres y la violencia dentro de la familia son un **grave atentado a los derechos humanos** y una forma de discriminación.

En el tratado se recogen todos los tipos de violencia contra las mujeres: la violación física, psicológica y sexual, incluida la violación; la mutilación genital femenina, el matrimonio forzado, el acoso, el aborto forzado y la esterilización forzada. En su artículo 3 plasma que:

Por “violencia contra las mujeres se deberá entender una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres, y designará todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada”.

Y da tal importancia que responsabiliza a los Estados para que respondan convenientemente, introduciendo, por tanto, todos los delitos en sus jurisdicciones respectivas, ya que se debe cambiar la concepción tradicional de nuestra legislación.

⁷https://es.wikipedia.org/wiki/Convenio_del_Consejo_de_Europa_sobre_prevenci%C3%B3n_y_lucha_contra_la_violencia_contra_las_mujeres_y_la_violencia_dom%C3%A9stica Consultado el 14 de octubre de 2018

⁸<https://elderecho.com/el-convenio-de-estambul-su-incidencia-en-el-sistema-espanol-de-lucha-frente-a-la-violencia-contra-la-mujer> Consultado el 14 de octubre de 2018



El Convenio de Estambul requiere de los Estados miembros del Consejo de Europa y los demás signatarios, que enmienden su legislación⁹, y adapten su legislación al marco que establece el Convenio. Lo más innovador del convenio, y cuestión importante para este trabajo, se encuentra en el apartado referido a la violencia sexual, donde se deja claro que *“el consentimiento debe prestarse voluntariamente como manifestación de libre arbitrio de la persona considerado en el contexto de las condiciones circundantes”*

Por lo tanto, se está ante una regulación europea que se impone a la española, en la que la violación se define solo en términos de consentimiento, no se tiene en cuenta la violencia o intimidación, como se sigue requiriendo en el Código Penal español.

⁹ <https://redcompol.com/sentencia-la-manada-y-convenio-estambul/> Consultado el 07 de agosto de 2018



III. LA SENTENCIA DEL CASO “LA MANADA”

A. Análisis crítico de la sentencia de la audiencia provincial de navarra

La sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra 38/2018, de 20 de marzo, base de este Trabajo, ha sido muy mediática, coincidiendo, en su momento, con las fechas del día de la Mujer, el 18 de marzo, cuyas celebraciones fueron las más “reivindicativas” de los últimos años.

El caso trata sobre una agresión sexual o abuso sexual a una joven de 18 años de edad por parte de cinco jóvenes, de entre 24 y 27 años de edad, en la madrugada del día 7 de julio de 2016¹⁰.

Se está ante una sentencia poco usual, ya que consta de dos sentencias muy diferenciadas. Y esto es porque la resolución contiene una primera sentencia condenatoria por abuso sexual con prevalimiento, dictada por dos de los tres magistrados, el Ilmo. Sr. Presidente D. José Francisco Cobo Sáenz (ponente) y la Ilma. Sra. D^a. Raquel Fernandino Nosti, siendo, por tanto, la prevaleciente; y finalmente se hace constar un Voto Particular, discrepante del criterio mayoritario de la Sala, realizado por el Ilmo. Magistrado D. Ricardo Javier González González, el cual es partidario de la absolución de los cinco condenados.

En el procedimiento sumario ordinario pertinente ejercían la acusación pública el Ministerio Fiscal; la acusación particular, D^a Paula; y la acusación popular la Administración de la Comunidad Foral de Navarra y el Excmo. Ayuntamiento de Pamplona. También intervino como actor civil el Servicio Navarro de Salud – Osasunbidea.

Los **hechos probados** por la Sala una vez practicada la prueba en el acto del juicio oral son claros: los sucesos se produjeron la madrugada del día 7 de julio de 2016, en las fiestas de San Fermín de Pamplona. Los condenados y la denunciante se conocieron en una plaza donde había más gente ya que se estaba celebrando un concierto. Pasado un

¹⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra 38/2018, de 20 de marzo de 2018.



tiempo la denunciante decidió irse al coche para descansar, a lo que los amigos se ofrecieron a acompañarla.

De camino al coche, dos de los procesados se acercaron al encargado de control de acceso de un hotel, quedándose ella retrasada, a quien le pidieron una habitación por horas “para follar”, y éste les indicó que no era posible, sin que la denunciante escuchara nada de esta conversación.

Siguiendo el camino, uno de ellos, Isidro se percató que una mujer accedía a un portal de un inmueble y tras mantener una conversación con ella, simulando que estaba alojado ahí, cogió uno de los ascensores y bajo al portal por las escaleras para abrir la puerta de acceso al portal a los demás.

Santiago y la denunciante estaban juntos, besándose, pero en ese momento mientras Isidro les decía a todos “vamos, vamos”, Santiago tiró de ella hacía él, y Gabriel le cogió de la otra mano, así la apremiaron a entrar en el portal tirando de la denunciante, entrando por tanto en el portal de modo súbito y repentino, sin violencia. Una vez le introdujeron, los procesados, le dijeron “calla”. Tenía delante de ella a uno de los procesados y detrás a otros, y fue dirigida por los procesados al habitáculo donde los acusados le rodearon.¹¹

Al encontrarse en esta situación, en el lugar recóndito y angosto descrito, con una sola salida, rodeada por cinco varones, de edades muy superiores y fuerte compleción, situación conseguida conforme a lo pretendido y deseado por los procesados y querida por éstos, “la denunciante” se sintió impresionada y sin capacidad de reacción.

Tal y como se recoge en la sentencia, la víctima sintió 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. Los procesados, conocieron y aprovecharon la situación de la denunciante en el cubículo al que la habían**

¹¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra 38/2018, de 20 de marzo de 2018. Apartado: II.- Hechos probados, letra B.



conducido para realizar con ella diversos actos de naturaleza sexual, con ánimo libidinoso, actuando de común acuerdo.

En concreto, y al menos, la denunciante fue penetrada bucalmente por todos los procesados; vaginalmente por Gabriel y Isidro, éste último en dos ocasiones, al igual que Samuel quien la penetró una tercera vez por vía anal, llegando a eyacular los dos últimos y sin que ninguno utilizara preservativo.

Una vez finalizaron, los procesados se marcharon del lugar escalonadamente, dejándole tirada en suelo y uno de ellos, Aurelio, se apoderó, en su propio beneficio, del terminal de teléfono móvil.

Los cinco procesados, D. Isidro, D. Santiago, D. Aurelio, D. Gabriel y D. Samuel, debido a estos hechos estaban acusados por:

- Cinco delitos continuados de agresión sexual de los artículos 178, 179, 180.1.1ª, 2ª y 3ª, °92 y 74 del Código Penal;
- Un delito contra la intimidad del artículo 197.1 y 5 del Código Penal (cada uno);
- Un delito de robo con intimidación del artículo 242.1 del Código Penal (solo Aurelio).

Pero la Sala por mayoría condenó a los acusados de los hechos descritos como autores de cinco delitos continuados de abuso sexual con prevalimiento, en el subtipo agravado por acceso carnal, conforme recoge el artículo 181.3 y 4 del Código Penal, a la pena de 9 años de prisión. Además, estos cinco acusados también son condenados a 5 años de libertad vigilada, y en cuanto a responsabilidad civil, se les condena a pagar 1.531 euros al Servicio Navarro de Salud por la asistencia sanitaria prestada a la víctima, y a abonarle a ella una indemnización de 50.000 euros por daño moral. Asimismo, a uno de los condenados, Aurelio, se le considera responsable, también, en concepto de autor de un delito leve de hurto del teléfono móvil de la víctima.

Como se anticipaba, esta decisión de Sala ha tenido una repercusión nunca antes vista y las opiniones están muy divididas, en todos los ámbitos. Miles de personas salieron a la calle para mostrar su desacuerdo por la condena por abuso sexual y no por agresión



sexual; incluso políticos revelaron su incomprensión. Pero, del mismo modo, entre compañeros juristas existen diferencias.

Victoria Ortega, Presidenta de la Abogacía Española, admite en su Blog que, *“es difícil para quien no se dedica al mundo del Derecho, y para quien se dedica también, entender que los hechos probados que describe pormenorizadamente el texto de la Audiencia de Navarra no se consideren agresión sexual, sino abuso.”*¹²,

Afortunadamente, en la Justicia existen mecanismos de revisión y las partes interpusieron frente a ella Recurso de Apelación, de acuerdo con el artículo 826.ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Recientemente, se ha hecho pública la decisión de la Sala de lo civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, de fecha 30 de octubre de 2018, respecto de dicho recurso, la cual analizaremos posteriormente ya que mantiene la resolución dictada en primera instancia, nuevamente con un voto discrepante; estando pendiente, a fecha de la redacción final de este trabajo, la resolución final por parte del Tribunal Supremo del recurso de casación instado por las partes.

Puntos clave de la sentencia:

Mientras se está a la espera de la decisión final del Tribunal Supremo, a continuación se va a intentar dar un poco de luz, y para ello hay una serie de aspectos que hay que tener en cuenta a la hora de examinar y criticar (o no), la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra¹³.

Centrándonos en los más relevantes, y las que están siendo origen de un posible cambio normativo son: primero, la diferencia entre los supuestos de abuso y agresión sexual para entender la decisión de la Sala, ello es, entre el prevalimiento e intimidación; y en segundo lugar, se encuentra el consentimiento de la víctima, matiz verdaderamente importante; sin olvidar el desconcertante y asombroso Voto Particular de uno de los

¹²<https://www.abogacia.es/2018/04/27/sentencia-de-la-manada-y-perspectiva-de-genero/?fbclid=IwAR0r-sLEkgoODRV8gGCD6OmiAEWrUaLBcw7fuDkLKDIk0AE5lvbd9QDVlPk> Escrito el 27 de abril de 2018. Consultado el 2 de diciembre de 2018.

¹³ <http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/12949-las-claves-de-la-sentencia-de-quot;la-manadaquot;/> Consultado el 21 de octubre 2018



Magistrado en la sentencia de instancia, al menos, desde el punto de vista de la autora de este trabajo.

1. La aplicación del Abuso sexual agravado y no de agresión sexual. Y la problemática entre prevalimiento e intimidación.

La diferencia entre el abuso sexual (art. 181 CP) y la agresión sexual (art. 178 CP), como se ha visto en el apartado segundo de este Trabajo, reside en que para prever la segunda es necesario que exista violencia o intimidación.

En cuanto a **la violencia**, resulta probado que los acusados no emplearon ningún medio físico para doblegar la voluntad de la denunciante, es decir, no hubo ninguna agresión violenta mediante golpes para obligarle a realizar dichos actos, por ejemplo, como exige la doctrina jurisprudencial, asimilando la violencia típica del delito de agresión sexual a la agresión física mediante el empleo de la fuerza y así lo declara la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª 380/2004 de 19 de marzo: *“la violencia a la que se refiere el artículo 178 del Código Penal, que ha de estar orientada a conseguir la ejecución de los actos de contenido sexual equivale a acometimiento, coacción o imposición material (STS núm. 1145/1998, de 7 de octubre y STS núm. 1546/2002, de 23 de septiembre, al empleo de cualquier medio físico para doblegar la voluntad de la víctima (STS núm. 409/2000, de 13 de marzo) y debe ser apreciada cuando sea idónea y adecuada para impedir a la víctima desenvolverse según su libre determinación, atendiendo a las circunstancias personas y fácticas concurrentes en el caso concreto, sin que sea necesario que sea irresistible desde un punto de vista objetivo, pues no es exigible a la víctima que ponga en riesgo serio su integridad física o incluso su vida en defensa de su libertad sexual.”*¹⁴

Por otro lado, **la intimidación** es definida por la jurisprudencia como un constreñimiento psicológico, tal y como declara la Sentencia del Tribunal Supremo, de la sala 2ª 9/2016 de 21 de enero, consistente en la amenaza de un mal grave, futuro y verosímil, si la víctima no accede a participar en una determinada acción sexual, y *“ha de tener la entidad suficiente como para merecer su asimilación a la violencia, que el*

¹⁴ Sentencia del Tribunal Supremo 380/2004 de 19 de marzo.



propio Código efectúa. Seriedad, verosimilitud, inmediatez y gravedad se configuran como requisitos que ha de reunir la causa que genere dicha intimidación...”¹⁵

En este caso de La Manada, los magistrados y magistrada de la Sala no creyeron que existía la intimidación en los hechos en cuestión producidos por los amigos como medio comisivo, requerida para valorar la agresión sexual. Consideración que hoy en día, chirria un poco, ya que parece decadente que situaciones como la sufrida por la denunciante en este caso, quien resumió que estaba “*en estado de shock, entonces me sometí y cualquier cosa que dijeran iba a hacerla porque es que estaba en estado de shock, ni pensé, ni pude decidir en ese momento*”, no se consideren igualables a ese constreñimiento psicológico necesario para una intimidación. Desde una humilde opinión, es ilógico que los Ilmo. y la Ilma., no se atrevan a dar un paso y calificar de intimidación todo lo que describen ellos mismos como hechos probados en la sentencia y que se indican a continuación:

- Ella tenía miedo, que ante determinadas actitudes de ellos se sometió porque no supo cómo reaccionar, queriendo que todo acabara.
- Que se vio sometida a la actuación de aquéllos.
- Que se encontró repentinamente en el lugar recóndito y angosto, por lo que se sintió impresionada y sin capacidad de reacción; que experimentó la sensación de angustia; que sintió un intenso agobio y desasosiego, que le produjo estupor y le hizo adoptar una actitud de sometimiento de pasividad, determinándole a hacer lo que los procesados le decían que hiciera, manteniendo la mayor parte del tiempo los ojos cerrados.
- Que en uno de los videos, se ve como la denunciante se encuentra agazapada, acorralada contra la pared por dos de los procesados y expresando gritos que reflejan dolor. Que esas imágenes evidencian que la denunciante estaba atemorizada y sometida de esta forma a la voluntad de los procesados.
- Que es evidente la situación de prevalimiento y abuso de superioridad sobre la denunciante por parte de ellos, los videos muestran en nuestra consideración bien a las claras la realidad de la situación, muestra de modo palmario que la

¹⁵ Sentencia del Tribunal Supremo, de la Sala 2ª, 9/2016 de 21 de enero.



denunciante está sometida a la voluntad de los procesados, quienes la utilizan como un mero objeto, para satisfacer sobre ella sus instintos sexuales

- Y que contrariamente, ellos, los procesados, manifiestan continuamente una actitud de jactancia, ostentación y alarde, por la actuación que están realizando, con desprecio y afrenta a la dignidad de la denunciante.

Por tanto, no se estima la intimidación requerida para centrar el delito en la agresión sexual, y por contra, sí que se aprecia circunstancia agravante del abuso sexual, esto es el prevalimiento, recogido en el art. 183.4.b) CP, por el hecho que los amigos-procesados, tal y como se dice en la sentencia, *“conformaron de modo voluntario una situación de preeminencia sobre la denunciante objetivamente apreciable, que les generó una posición privilegiada sobre ella, aprovechando la superioridad así generada, para abusar sexualmente de la denunciante quien de esta forma no prestó su consentimiento libremente, sino viciado, coaccionado o presionado por tal situación.”*

Sobre el prevalimiento, se pronuncian las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala 2ª, nº 855/2015, de 23 de noviembre y la nº 132/2016 de 23 de febrero, declarando que: *“...el prevalimiento exige el aprovechamiento de cualquier estado o situación que otorgue al sujeto activo una posición privilegiada respecto del sujeto pasivo, de la que el primero es consciente que le confiere una situación de superioridad, para abusar sexualmente de la víctima, que de esta forma no presta su consentimiento libremente, sino viciado, coaccionado o presionado por tal situación”*.

2. El consentimiento de la víctima

En lo que respecta al consentimiento de la víctima, las defensas de los procesados afirmaron que las relaciones sexuales se mantuvieron con el consentimiento pleno de la denunciante, pero, como se ha dicho anteriormente, en la sentencia se puede apreciar que *“los procesados, actuando grupalmente, conformaron con plena voluntad un escenario de opresión, que les aportó una situación de manifiesta superioridad sobre la denunciante, de la que se prevalieron, provocando el sometimiento y sumisión de la denunciante, impidiendo que actuara en el libre ejercicio de su autodeterminación en materia sexual, quien de esta forma **no prestó su consentimiento libremente, sino***



viciado, coaccionado o presionando por tal situación. (FJ. Cuarto, Calificación jurídica, A).

Además no existen indicadores de interacción sexual entre víctima y procesados que sugiera una actuación concertada.”

En cuanto al bloqueo sufrido por la víctima es evidente que el conjunto de circunstancias hizo causarle en la víctima un bloqueo emocional, que como se declara probada, le impidió reaccionar ante los hechos y le hizo adoptar una postura de sometimiento. Según la jurisprudencia, ese tipo de bloqueo emocional, es uno de los elementos que determina la no prestación del consentimiento libre, sino viciado, coaccionado o presionado por tal situación (SSTS 2ª 305/2013 de 27 de abril, nº855/2015 de 23 de noviembre y nº458/2016 de 26 de mayo). En las que se dice que: “... *el bloqueo que determina el vicio en el consentimiento constituye un aspecto psíquico que puede obtenerse mediante un proceso de inferencia judicial (...)*”.

3. El Voto Particular discrepante

El fallo final, y decisión mayoritaria, de la Sala ha sido puesto en el punto de mira, pero más criticado, si cabe, fue y es el Voto Particular discrepante de uno de los tres jueces que conforman la audiencia, el Ilmo. Sr. Magistrado D. Ricardo Javier González González.

A su entender, la denunciante ha incurrido en abundantes contradicciones en el relato del juicio oral y llega a pensar que en las grabaciones de los videos no se aprecia la pasividad doliente que prueba el resto de la sala, sino todo lo contrario.

Funda su particular voto en que la sentencia condenatoria se está vulnerando el principio acusatorio, ya que, se condena a los acusados por un tipo delictivo del que no eran, ciertamente, acusados. Eran acusados por un delito de agresión sexual, *el debate entre acusaciones y defensa giró en torno a si los actos sexuales realizados por los acusados se llevaron a cabo con el consentimiento de la denunciante o sin él, por haberse anulado su libertad sexual al haber empleado contra ella la violencia y/o la intimidación para conseguir realizar aquellos actos y, en cambio, son condenados por*



un delito continuado de abuso sexual. Por tanto, según él, no cabe considerar los hechos declarados probados como constitutivos de delitos continuados de agresión sexual de los Arts. 178, 179, 180.1.1ª, 2ª y 3ª del Código Penal y procedería la absolución.

Pero, lo cierto es que, tal y como recoge ya la calificación jurídica de la sentencia, pese a que no se formuló acusación por delito continuado de abuso sexual, no se infringe el principio acusatorio, ni se causa indefensión a los acusados, ya que existe la relación necesaria de homogeneidad delictual descendente entre los delitos recogida en doctrina jurisprudencial

Así declara la STS. 2ª 47/2013 de 29 de enero: "*... En relación con los delitos de agresión sexual y de abuso sexual con prevalimiento, la jurisprudencia ha entendido que no se produce infracción del principio acusatorio cuando se acusa por el primero y se condena por el segundo, siempre que se mantengan sustancialmente los hechos de la acusación, al entender que se trata de delitos homogéneos, en tanto que protegen el mismo bien jurídico y la voluntad contraria de la víctima se supera con la violencia o intimidación, que generan la superioridad del agresor, o en un grado menor mediante el prevalimiento de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima; y siendo el segundo menos grave que el primero en relación a las penas previstas para cada caso. (...)*".

B. Resolución del Recurso de Apelación de la Sala de lo civil y penal del Tribunal de Justicia de Navarra

El Tribunal Superior de Justicia de Navarra (TSJN), finalmente, ha resuelto el Recurso de Apelación interpuesto por todas las partes sobre la Sentencia 38/2018 de la AP de Navarra, dictando Sentencia núm. 8/2018 en la que se confirma la condena de 9 años de prisión por un delito de abuso sexual con prevalimiento a los cinco acusados.

La Sala de lo Civil y Penal del TSJN, está integrado por el Excmo. Sr. Presidente D. Joaquín Cristóbal Galve Sauras y por los Iltmos. Sres. Magistrados: D. Francisco Javier Fernández Urzainqui, D. Alfonso Otero Pedrouzo, D. Miguel Ángel Abárzuza Gil y D. José Antonio Álvarez Caperochipi.



La sentencia de la Sala, por unanimidad, desestima los recursos planteados por los acusados, y únicamente estima parcialmente los recursos de apelación interpuestos por la acusación particular y la acusación popular ejercida por el Excmo. Ayuntamiento de Pamplona, puesto que declara la nulidad parcial de la sentencia 38/2018, en relación únicamente a la absolución de los acusados del delito contra la intimidad que se les había imputado, por tanto, obliga a reponer las actuaciones judiciales al momento en que se dictó la sentencia, para que la Audiencia Provincial dicte una nueva sentencia referida exclusivamente al delito contra la intimidad.

Esta sentencia, al igual que la de primera instancia, también cuenta con un voto particular discrepante de la mayoría de la Sala formulado por el Presidente de la misma, D. Joaquín Cristóbal Galve Sauras y el Magistrado D. Miguel Ángel Abárzuza Gil. La decisión del voto particular es muy interesante ya que, por fin, aprecian sobre los mismos hechos probados la existencia de intimidación, matiz que significaría que realmente habría que condenar a los procesados por un delito continuado de agresión sexual y no por abuso sexual.

A continuación, se van a analizar los *puntos clave a tener en cuenta de la sentencia*¹⁶ y que son importantes para el desenlace de este trabajo:

1. Las relaciones sexuales sin consentimiento de la víctima

En primer lugar, en cuanto a **las relaciones sexuales sin el consentimiento de la víctima** la Sala ve evidente y confirma que según los hechos probados, las relaciones sexuales de los jóvenes se llevaron a cabo por el grupo de hombres sin el libre consentimiento de la víctima. Pero aún así sigue calificando esas acciones como abuso sexual continuado por dos motivos: en primer lugar porque no existe violencia evidente que se pueda apreciar en los hechos probados; y, en segundo lugar, aunque de forma más dudosa, como se puede observar en el Fundamento de Derecho 15º, la Sala se plantea la posibilidad de la existencia de intimidación, pero finalmente entiende que los hechos probados de la sentencia recurrida no describen una acción intimidatoria, la

¹⁶ <http://noticias.juridicas.com/actualidad/jurisprudencia/13504-el-tribunal-superior-de-justicia-de-navarra-confirma-la-condena-de-9-anos-de-prision-para-los-miembros-de-la-manada/> Consultado el 8 de diciembre de 2018.



exigible amenaza, ya sea explícita o tácita, sin identificar la imprescindible amenaza. Cree que no importa el miedo que le pudo causar a la víctima la situación, sino que *“lo relevante es el contenido de la acción intimidatoria llevada a cabo por el sujeto activo, más que la reacción de la víctima frente a aquella”*. De la misma manera, en el Fundamento de Derecho 17º, se plantea la posible existencia de una amenaza tácita de carácter ambiental, que anularía la libertad de decidir de la víctima, pero tampoco considera que ésta concurra.

Finalmente, la Sala, sin ocultar sus dudas y las dificultades que plantean éstas en el caso enjuiciado junto con *“la sutil línea divisoria entre la intimidación y el prevalimiento, difícilmente perceptible, pues la víctima – en el prevalimiento – en alguna medida también se siente intimidada”*, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo se apela el *in dubio pro reo* ya que *“en cualquier caso, subsistiría una muy fundada que, como es sabido, debe resolverse a favor del reo”*

2. Las grabaciones evidencian una pasividad doliente de la víctima

En segundo lugar, en cuanto a la consideración de las defensas de la existencia de consentimiento de la joven, la Sala del TSJN estima de manera palmaria que **los videos evidencian una pasividad doliente de la víctima**, además del *“abusivo comportamiento de los acusados, que inician sin prolegómeno alguno y desarrollan sin miramiento aun atentado contra el derecho a la libre determinación personal de la joven, prevaliéndose de su número y fuerza, escarneciendo su situación de desamparo.”* Por lo tanto, concluye el Tribunal juzgando que *“(…) de ninguna manera puede entenderse que se deduzca asentimiento alguno o participación activa de la joven en los inicuos y vejatorios actos que se muestran en las imágenes”*.

3. La falta de congruencia de la condena

Otro fundamento de la sentencia destacado es **sobre la falta de congruencia de la condena alegada por las defensas de los acusados**, a pesar de la motivación que ya hizo en su momento la Audiencia, por haber sido condenados por un delito continuado de abuso sexual con prevalimiento siendo acusados, por un delito continuado de agresión sexual. El Tribunal, en este caso, sigue defendiendo que la acusación y



condena es referida a los mismos hechos y al mismo bien jurídico tutelado, por tanto, como se explica en la Sentencia, son delitos homogéneos sin contravenir el principio acusatorio, ya que, los elementos esenciales del delito han sido objeto de debate contradictorio por todas las partes del proceso, defendiéndose los acusados, por ende, de los hechos que conforman la imputación del abuso.

4. El voto particular discrepante

Como ya se ha mencionado, esta nueva sentencia contiene **un voto particular**, en el que dos de los cinco magistrados, entre ellos el Presidente de la Sala, se posicionan de forma discrepante respecto de la calificación jurídica adoptada por el resto de la Sala, entendiendo que, por la realización de los actos de naturaleza sexual enjuiciados, los cinco acusados deberían considerarse autores de un delito continuado de agresión sexual, mediante intimidación, de los artículos 178 y 179 del Código Penal, en el subtipo agravado del artículo 180.¹⁷

Los dos magistrados discrepantes llegan a tal conclusión porque entienden que no ha de tratarse únicamente de *“un supuesto de abuso de superioridad del que se han aprovechado y prevalido los acusados para la satisfacción de sus deseos, sino un acto de intimidación y coacción creado por todos ellos, tendiendo una encerrona a la víctima, teniendo en cuenta la prácticamente nula posibilidad de ésta de huir y/o escapar”*.

Analizando las conductas de los sujetos, los magistrados aprecian que han llevado a cabo los sujetos activos una acción intimidatoria *“configurando una situación ambiental en el que la víctima valorase como algo que hace inútil una posible oposición por su parte”* (Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 1991), creando una situación de coacción psíquica que hubiere sentido cualquier persona adulta al verse rodeada por los cinco hombres con la evidente intención de satisfacer a toda costa sus deseos sexuales. Estos actos revelan y evidencian la existencia de una intimidación suficiente

¹⁷ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, de 30 de noviembre de 2018, número de resolución 8/2018, número de procedimiento: 07/2018.



que hace mantener a los magistrados que *“los hechos tuvieron lugar mediante intimidación ambiental para vencer la voluntad de la víctima”*.

Además, estiman que existe la agravación de *“haber revestido la intimidación ejercida un carácter particularmente degradante o vejatorio”* por cómo fueron realizados los actos, mediando acceso carnal por vías vaginal, anal y bucal, efectuado por los cinco acusados, concurriendo *“un grado de menosprecio y humillación para la víctima superior al que tiene lugar en toda violación”* (Sentencia del Tribunal Supremo 889/2007), y por si no fuera poco, la vejación significativa posterior a los actos de naturaleza sexual, dejando «a su suerte» a la denunciante, sola y desnuda, sin posibilidad de comunicación ya que uno de ellos le robó el móvil antes de marcharse del lugar, y sabiendo los agresores que se encontraban en una ciudad desconocida para ella.

Así pues, según los dos magistrados discrepantes, de forma acertada según la autora de este trabajo, aprecian que concurren los elementos subjetivos y objetivos necesarios para considerar que la actuación por parte de los acusados se tuvo lugar contra la libertad sexual de la víctima mediando intimidación, significando ello un delito de agresión sexual, y deberían ser condenados los cinco procesados como responsables, cada uno de ellos, en concepto de autor, de un delito continuado de agresión sexual (art. 178 y 179 CP), concurriendo las circunstancias 1ª y 1ª del artículo 180.1 del CP, en relación con los artículos 192 y 74 del CP, a la pena de 14 años, 3 meses y 1 día de prisión, entre otras condenas, tales como la inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo, la prohibición de acercamiento a la denunciante, la medida de libertad vigilada, la responsabilidad civil.

Por último, al apreciar la intimidación en los hechos probados, los magistrados afirman que el acusado Antonio Manuel Guerrero Escudero debería ser responsable de un delito de robo con intimidación, y no de hurto, imponiéndole una pena de prisión de 2 años.



IV. CONSECUENCIAS DE LAS SENTENCIAS DEL CASO ‘LA MANADA’

Implicaciones para la práctica de la abogacía y propuestas para su mejora

La sentencia de la AP de Pamplona y su confirmación por el TSJ de Navarra ha conseguido que se vuelva a cuestionar el sistema judicial español¹⁸. Y la realidad es que, existe mucha confusión al respecto, entre la ciudadanía de a pie, evidentemente, pero también, entre los entendidos de derecho y de la materia.

La solución de un futuro próximo se encuentra en el Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra las Mujeres y la Violencia Doméstica, o el también llamado Convenio de Estambul.

A. Vulneración del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica.

La legislación española, en la actualidad y desde hace unos años, está haciendo caso omiso de la regulación europea constituida en el Convenio de Estambul, obligatorio para todos sus firmantes, entre ellos España. Por tanto, tal y como se explica a en este apartado, se está ante una vulneración de una norma europea.

En este sentido numerosas organizaciones europeas de gran importancia han mostrado su desprecio y rechazo generalizado ante la decisión de la justicia española por el caso de La Manada, considerando Amnistía Internacional, por ejemplo, que dicha sentencia muestra las trabas que existen en el acceso a la justicia para las mujeres, como “*los estereotipos y las actitudes negativas entre jueces, abogados y policías sobre las mujeres, las niñas y las víctimas de violación*”¹⁹. Mónica Costa Riba, responsable de Campañas sobre Mujeres de la organización, manifiesta que en España las definiciones de violación “*están desfasadas y van detrás de las normas internacionales*” ya que “*la*

¹⁸ https://www.elconfidencial.com/espana/2018-04-27/la-sentencia-de-la-manada-llega-a-europa_1556588/ Consultado el 08 de agosto de 2018

¹⁹ https://www.eldiario.es/sociedad/Amnistia-Internacional-sentencia-obstaculos-justicia_0_767473548.html Consultado el 06 y 27 de diciembre de 2018.



ausencia de consentimiento es lo que tiene que importar, no si la víctima opuso resistencia física o no al ataque”.

Por otro lado, la Organización de las Naciones Unidas lamenta que la sentencia de La Manada subestime la gravedad de las violaciones²⁰. Purna Sern, coordinadora ejecutiva de ONU Mujeres alega que este tipo de decisiones comportan un “*incumplimiento de las obligaciones claras que existen para que se respeten los derechos de las mujeres*” y denuncia que “*la impunidad por las violaciones de los derechos humanos impregna la cultura de la violación, culpa y juzga a la víctimas*”.

Por ello, a continuación, se va a hacer un repaso de la normativa europea a la que debería adaptarse la ley española.

1. El consentimiento como “único” determinante

Se debe tener en cuenta, que, de acuerdo con el artículo 96.1 de la Constitución Española, los Tratados Internacionales válidamente celebrados y suscritos por España forman parte del ordenamiento jurídico interno y sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en esos propios tratados o conforme las normas generales del Derecho internacional²¹. Es por ello que el Convenio de Estambul forma parte de nuestra legislación vigente, ya que la normativa internacional integra el sistema jurídico nacional.

El artículo 12 del Capítulo III del Convenio, el cual está dedicado a la prevención, se contempla como Obligaciones de los Estados la de:

- 1) *Las Partes tomarán las medidas necesarias para promover los cambios en los modos de comportamiento socioculturales de las mujeres y los hombres con vistas a erradicar los prejuicios, costumbres, tradiciones y cualquier otra práctica basada en la idea de la inferioridad de la mujer o en un papel estereotipado de las mujeres y los hombres.*

²⁰ https://www.eldiario.es/sociedad/ONU-sentencias-subestimen-gravedad-violacion_0_767124043.html
Consultado el 06 y 27 de diciembre de 2018.

²¹ Artículo 96, apartado primero, de la Constitución Española de 1978.



- 2) *Las Partes adoptaran las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para prevenir todas las formas de violencia incluidas en el ámbito de aplicación del presente Convenio por toda persona física o jurídica.*

Con ello, el Convenio de Estambul, – que, tanto España y otros Estados miembros han firmado y ratificado, y en España es de plena vigencia desde el 1 de agosto de 2014 – establece que la violación es siempre **cualquier caso de sexo sin consentimiento**. Esta circunstancia tan clara y rotunda no solo no se encuentra regulada en Código Penal español de manera transparente, sino que la norma española contradice la europea.

Pese lo anterior, de los 47 países firmantes a día de hoy, solo seis aplican en sus legislaciones que para el delito de violación es suficiente el **no consentimiento**, tal y como exige el artículo 36 del Convenio, dedicado a la violencia sexual, incluida la violación, de modo que no es exigible el requisito de la fuerza o intimidación, y España no se encuentra entre ellos. Este artículo recoge en su apartado primero que:

“Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa intencionadamente:

- 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.”*

Y en su apartado segundo recuerda que *“el consentimiento debe prestarse voluntariamente como manifestación del libre arbitrio de la persona considerado en el contexto de las condiciones circundantes”*²².

Por tanto, teniendo en cuenta que España ratificó el Convenio de Estambul en 2014, y que en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pamplona de 20 de marzo de 2018 y

²² Artículo 36 del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica.



su confirmación por el Tribunal Superior de Justicia de Navarra, origen de este estudio, se reconoció de manera fehaciente la falta de consentimiento por parte de la víctima, se podría estar ante una violación de los derechos humanos internacionales y europeos, por parte de la sentencia y del articulado del Código Penal español, dado que en nuestra normativa la ausencia de consentimiento sin violencia o intimidación no se conceptúa como violación.

2. Formación en los agentes jurídicos como una vía de solución

A fin de que no solo se tengan buenas palabras e intenciones, es clave, para la efectiva solución, la implantación de una formación en materia de igualdad y violencia de género necesaria en todos los ámbitos, con una importancia prima en el judicial, en todas las fases del proceso y desde una **perspectiva de género**, para así percibir con mayor facilidad las situaciones de especial vulnerabilidad y desequilibrio de poder entre hombres y mujeres, como apuntan M^a Isabel Martínez y Blanca Regulez, vocales de la Subcomisión de Violencia sobre la Mujer del Consejo General de la Abogacía Española²³.

Esta medida esencial de formación, también la requiere el Convenio en su artículo 15, referido a la formación de aquellos profesionales que estén contacto con las víctimas:

- 1. Las Partes impartirán o reforzaran la formación adecuada de los profesionales pertinentes que traten con víctimas o autores de todos los actos de violencia incluidos en el ámbito de aplicación del presente Convenio, en materia de prevención y detección de dicha violencia, así como sobre la manera de prevenir la victimización secundaria.*
- 2. Las Partes fomentarán la inclusión en la formación a que se refiere el apartado 1 de una formación en materia de cooperación coordinada e interinstitucional con el fin de permitir una gestión global y adecuada de las directrices en los asuntos de violencia incluidos en el ámbito del presente Convenio.*

²³ <https://www.abogacia.es/2018/05/16/el-despues-de-la-sentencia-de-la-manada/> Consultado el 03 de noviembre de 2018



Artículo parecido ya estaba recogido en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, en su artículo 2, letra j) al ordenar “*Fomentar la especialización de los colectivos profesionales que intervienen en el proceso de información, atención y protección a las víctimas.*”²⁴ Y que a su vez fue desarrollado por la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, insistiendo en su Preámbulo en el “*fomento de oficinas especializadas, de la formación técnica, inicial y continuada del personal*”²⁵.

Aún así, estas regulaciones no han sido suficientes, es necesario un mayor cambio en la educación de la sociedad desde edades tempranas, pero también en los agentes de los que se está tratando. Todos aquellos profesionales que traten con víctimas de cualquier ámbito de la violencia de género, deben ser personas especialistas sobre ello, comprometidas y empáticas. Por tanto, al igual que los profesionales de la psicología o los trabajadores sociales, entre otros, que traten con las víctimas deberán ser expertos y expertas en este tipo de delitos y situaciones, la Justicia española debe asegurarse que los agentes jurídicos que acompañen a éstas mismas durante los procesos judiciales, que son más que difíciles, también sean abogados y jueces realmente especializados en violencia de género, implicados, conscientes y afines al problema social.

Para ello es crucial **la educación**. La educación es la base de toda sociedad, y si se pretende un cambio en ella, se debe empezar por focalizarse en la educación desde las edades bien tempranas, desde las edades en las que se va formando la personalidad de las personas. Ello, evidentemente, sumado a la implantación de una red de formación y requisitos en materia de igualdad para los abogados, jueces y magistrados.

Anteriormente se ha nombrado la importancia de la formación desde una **perspectiva de género**. Pues bien, dicha perspectiva implica, según Susana Gamba en “Mujeres en Red”:

- a) “reconocer las relaciones de poder que se dan entre los géneros, en general favorables a los varones como grupo social y discriminatorias para las mujeres;

²⁴ Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, artículo 2. j)

²⁵ Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, Preámbulo.



- b) que dichas relaciones han sido constituidas social e históricamente y son constitutivas de las personas;
- c) que las mismas atraviesan todo el entramado social y se articulan con otras relaciones sociales, como las de clase, etnia, edad, preferencia sexual y religión.^{26,}

En la misma línea, Victoria Ortega, presidenta del Consejo General de la Abogacía Española, escribió en su blog perteneciente a la web del Consejo General de la Abogacía Española: *“Es hora ya de acabar con la idea de que una relación sexual con una persona privada de sentido o que no es capaz de manifestar su oposición es menos grave. Bastaría, en línea con Naciones Unidas, con un tipo general para agresiones sexuales, agravado con determinadas circunstancias. Bastaría con aplicar, de una vez la perspectiva de género en la justicia. Bastaría con escuchar, para así responder, a las mujeres.”*²⁷

La primera aplicación de la “perspectiva de género” por parte del Tribunal Supremo ha sido en la Sentencia de la Sala Segunda de lo Penal, *núm. 247/2018*, de 24 de mayo de 2018, en un caso de tentativa de asesinato y maltrato de un hombre a su pareja, elevando la condena de 12 a 16 años y 8 meses²⁸ de prisión por entender aplicado el grado de tentativa con la agravante de parentesco. En este caso, el agresor asestó ocho puñaladas a la mujer delante de su hija, por lo que la Sala aprecia la existencia de alevosía por la nula capacidad de defensa de la víctima, convirtiéndose su casa “en un escenario del miedo”.²⁹

Así, por fin, el Tribunal Supremo, analiza desde una perspectiva de género los hechos enjuiciados, considerando que “la acción desplegada por el hombre sobre la mujer supuso un aseguramiento de la acción agresiva” y, además, alcanza la decisión a la privación de la patria potestad de su hija, aspectos muy importantes en estos tipos

²⁶ <http://www.mujiereenred.net/spip.php?article1395> Consultado el 03 de enero de 2019

²⁷ <https://www.abogacia.es/2018/04/27/sentencia-de-la-manada-y-perspectiva-de-genero/?fbclid=IwAR0r-sLEkgoODRV8gGCD6OmiAEWrUaLBcw7fuDkLKDlk0AE5lvbd9QDVipk> Consultado el 29 de abril, 30 de septiembre y 2 de diciembre de 2018.

²⁸ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, *núm. 247/2018*, de 24 de mayo de 2018.

²⁹ <http://noticias.juridicas.com/actualidad/jurisprudencia/13008-el-ts-aplica-por-primera-vez-perspectiva-de-genero-y-condena-por-intento-de-asesinato-en-lugar-de-homicidio-a-hombre-que-asesto-8-punaladas-a-su-mujer/> Consultado el 24 de noviembre de 2018.



delictuales y que hasta ahora han ido pasando desapercibidos, siendo los hijos de los agresores y víctimas unas víctimas más no reconocidas. Según la sentencia del TS “*no es preciso que se produzca un ataque directo al menor para que se proceda la imposición de esta pena, sino que el ataque a la propia madre de este menor por su propio padre, y con la clara intención de acabar con su vida, determina la imposición de la pena interesada de privación para el ejercicio de la patria potestad*”.

B. La Comisión General de Codificación y la futura reforma del Código Penal

La Comisión General de Codificación es un órgano superior colegiado de asesoramiento adjunto al Ministerio de Justicia, y le corresponde, entre otras funciones, la preparación de los textos prelegislativos y de carácter reglamentario. Cuenta con la adscripción de secciones correspondientes a los cinco ámbitos del Derecho: civil, mercantil, público, penal y procesal. En este caso, la sección de Derecho Penal es la que se está encargando de estudiar la reforma del Código Penal, en cuanto a los delitos de abuso y agresión sexual³⁰ dado que como consecuencia de la reacción social tras la Sentencia 38/2018, el entonces ministro de Justicia, Rafael Catalá, encargó a la Comisión el estudio sobre la tipificación de los delitos en cuestión.

Cabe decir sobre su composición que solo 17 de los 120 vocales permanentes que forman la Comisión General de Codificación son mujeres, y en concreto, la Sala de Derecho Penal únicamente estaba formada por 20 hombres, ninguna mujer. Esta situación de desigualdad cambió en el año 2018 y se incorporaron vocales femeninas “*ad hoc*” tras una proposición en el Congreso de los Diputados, por parte del Partido Socialista Obrero Español para cambiar los estatutos de la Comisión, garantizando por ende la paridad de ella y así, paradójicamente, cumplir con la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

Cuando el ministro encargó el estudio de los delitos sexuales a la Comisión, la cual empezó el 10 de mayo de 2018, quiso que la revisión estuviera acabada antes del 15 de junio de los corrientes. Pero lo cierto es que, una cuestión de tanta importancia como es

³⁰ https://www.eldiario.es/politica/Gobierno-violacion-Codigo-Penal-exclusivamente_0_767823275.html
Consultado el 17 de agosto y 1 de diciembre de 2018.



modificar la tipificación de un delito penal, no debe hacerse por parte de expertos juristas con presiones de los partidos políticos y del gobierno, sino que deben ser una serie de decisiones muy meditadas y estudiadas, que conlleven el tiempo necesario, y no deben ser fruto únicamente de una resolución tomada en caliente tras la polémica sentencia.

A día de hoy se está a la espera de la resolución de este órgano superior de asesoramiento al Ministerio de Justicia. Todo apunta a que su decisión se decantará, por fin, por la vía del cumplimiento del Convenio del Consejo de Europa de Estambul. Para ello, se debería simplificar la tipificación de la violación como todo aquel acto de relación sexual sin consentimiento, graduado eso sí, con todas sus variantes, subtipos agravados y atenuantes, recogiendo la violación en un único delito, y no dividido en abuso sexual y agresión sexual, será más claro y así llamado cada acto con el nombre que le pertenece.

C. El Tribunal Supremo ha fijado que cualquier tocamiento no consentido de ámbito sexual es abuso

Se podría decir que está empezando a haber un cambio y La Sala Segunda de lo Penal del Tribunal Supremo, con la sentencia núm. 396/2018 de fecha 26 de julio de 2018, comienza a sentar jurisprudencia y crea doctrina para evitar que los contactos corporales únicamente sean penados como coacciones considerándose, por ende, abusos sexuales³¹.

Es decir, cualquier acción que implique un elemento objetivo de **contacto corporal inconsentido con significación sexual**, en la que concurra, además, **un elemento subjetivo o tendencial**, esto es con ánimo o propósito de obtener una satisfacción sexual a costa de otro, deben encuadrarse en el delito de abuso sexual, previsto y penado en el artículo 182 del CP, y no en el delito leve de coacciones del art. 172.3 del CP, ya que se está ante un ataque a la libertad sexual de la persona que lo sufre³²; sin perjuicio

³¹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda de lo Penal, núm. 296/2018, de 26 de julio de 2018.

³² <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Noticias-Judiciales/El-Tribunal-Supremo-fija-que-cualquier-contacto-corporal-inconsentido-de-tipo-sexual-es-delito-de-abuso-y-no-de-coacciones-leves>
Consultado el 29 de septiembre y 24 de noviembre de 2018.



de que la mayor o menor gravedad de dicha acción tenga reflejo en la individualización de la pena³³.

Importancia de la nueva doctrina:

Esta decisión de la Sala Segunda es una novedad de gran calado, ya que la penalidad del delito de abuso sexual y del delito leve de coacciones es muy diferente y sabiendo que el reproche penal es más elevado para los casos de abuso sexual, se hace constar el objetivo del juzgador en esta doctrina, como bien dice Lara Sánchez para elderecho.com, “*reducir la brecha entre el sistema judicial y la idea que existe en la sociedad sobre la violencia sexual en general*”³⁴. Ya que, aunque la Sentencia en la que se fija la referida doctrina desestima el recurso de casación interpuesto por una mujer contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba que confirmó la absolución de un hombre acusado de delito sexual, al considerar la Audiencia que no constaba suficientemente acreditado el modo en que se habían producido los hechos que permitiera calificarlo como un delito de abuso, ya que fue un hecho “momentáneo” del que no se aprecia carácter “libidinoso”. Encontrándonos, en un momento jurídico y social confuso y dividido desde la Sentencia de “La Manada”, la Sala del Tribunal Supremo, entiendo humildemente la autora de este trabajo, ha querido aprovechar para posicionarse y crear doctrina sin la necesidad de modificar o crear leyes, y como es debido, interpretar las normas “*con el sentido de justicia que se espera de ellos, dentro de una sociedad concienciada con la lacra que supone la violencia machista*”³⁵ y con la mirada puesta en el cumplimiento del Convenio del Consejo de Europa de Estambul basado en el consentimiento como único requisito.

³³ <http://noticias.juridicas.com/actualidad/jurisprudencia/13305-tribunal-supremo:-cualquier-contacto-corporal-inconsentido-de-tipo-sexual-es-delito-de-abuso-y-no-de-coacciones-leves/>

³⁴ <https://elderecho.com/tribunal-supremo-determina-cualquier-contacto-corporal-no-consentido-delito-abuso-sexual-una-mirada-hacia-solo>

³⁵ <https://elderecho.com/tribunal-supremo-determina-cualquier-contacto-corporal-no-consentido-delito-abuso-sexual-una-mirada-hacia-solo>



OPINIÓN PERSONAL

Conclusiones y reflexiones finales

En cuanto al caso de “La Manada”, aunque parte de la sociedad crea que los procesados no han sido condenados por “violación”, realmente sí que lo han sido, ya que, sí que han sido condenados por “*tener acceso carnal con alguien en contra de su voluntad o cuando se halla privado de sentido o discernimiento*³⁶” – definición de violación según la RAE y tipo penal recogido en el art. 181.4 del CP–. Pero el problema irradia, según la humilde opinión de la autora de este trabajo, en las palabras violación, abuso, intimidación o agresión, que tienen un significado lingüístico y socialmente admitido que no es el mismo significado en el ámbito jurídico, siendo que la definición de éstas, en la ley española, se encuentra desfasada y va detrás de las normas internacionales.

La problemática, no es si las sentencias de la Manada se ajustan o no a Derecho y a la valoración de la prueba, porque la sentencia de la Audiencia Provincial y sobre todo, su confirmación por parte del Tribunal Superior de Justicia, se pueden considerar que están muy bien fundamentadas y bien motivadas, tanto la decisión mayoritaria, como también, los votos particulares discrepantes totalmente respetables. La decisión judicial es ajustada al marco jurídico español, pero esa legislación española sobre los delitos contra la indemnidad sexual de las mujeres se encuentra obsoleta vulnerando desde hace años la legislación comunitaria del Convenio de Estambul y por mucho que esté mostrando buenas intenciones, no se ha pasado de las palabras a los hechos.

El hecho, que en la terminología del Código penal, se prevea diversos tipos penales, diversas formas de violar, abuso y agresión sexual comporta confusión, no solo social, sino también entre los entendidos. Mientras que si la legislación aplicara, como es debido, la obligada normativa europea, únicamente estaríamos hablando de un delito: violar, con sus diversas vertientes.

³⁶ RAE



Por tanto, una primera solución, evidente y que ya llega tarde, pasa por realizar una reforma legal que aborde la tipificación de los delitos contra la libertad sexual conforme a las normas internacionales que se han estudiado en este trabajo, y de acuerdo a la evolución constante de la sociedad, siendo suficiente para considerar el delito de violación el no consentimiento, sin ser exigible el requisito de la fuerza o intimidación.

El Derecho debe abrir la mente, entender mejor la sociedad y saber empatizar con ella mínimamente, sí así fuera, seguramente se apreciaría la circunstancia de intimidación en el caso de la víctima de La Manada, como así lo han hecho el Excmo. Sr. Presidente D. Joaquín Cristóbal Galve Sauras y el Ilmo. Sr. Magistrado D. Miguel Angel Abárzuza Gil, en el voto particular discrepante en relación a la sentencia adoptada en el rollo de apelación penal 7/2018.

Actualmente, se debe ser consciente que se ha avanzado mucho en la igualdad entre mujeres y hombres, pero hay que ser realistas y mirar más allá de lo que se quiere ver, ya que, muchas mujeres habían depositado su confianza en la justicia y esperaban mucho de la sentencia del famoso caso, esperaban, que por fin, los tribunales fueran conscientes y empáticos con la realidad machista, pero una vez más, como si se estuviera en los años 90 con la sentencia ‘del Caso de la Minifalda’, existe ese sentimiento de indefensión y desprotección en las mujeres.

Estamos ante uno de los principales problemas del país, la violencia de género y los delitos contra la libertad sexual de las mujeres no se deberían tratar como cualquier delito o violencia, ya que **el factor de riesgo es el simple hecho de ser mujer.**

La desigualdad entre hombres y mujeres en todos sus ámbitos, y por tanto, en la jurisdicción en todas sus materias, es una asignatura pendiente que aun no se ha aprobado. Aun así, lo importante es que se avance, por muy lento que sea, hay que seguir trabajando en la sensibilización, visibilización e intolerancia a las violencias machistas para así favorecer la valentía de las mujeres en denunciar y que así ninguna voz quede silenciada ni ningún agresor impune.



BIBLIOGRAFÍA Y MATERIALES DE REFERENCIA

Normativa

- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal
- Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.
- Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.
- Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, Estambul, 11.V.2011, -EDL 2011/393212-
- Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito.

Jurisprudencia

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Pamplona/Iruña de 20 de marzo de 2018. Número de autos 86/2018, número de recurso: 426/2016, número de resolución 38/2018.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, de 30 de noviembre de 2018, número de resolución 8/2018, número de procedimiento: 07/2018

Doctrina

- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda de lo Penal, núm. 380/2004 de 19 de marzo.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda de lo Penal, núm. 9/2016 de 21 de enero.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda de lo Penal, núm. 396/2018, de 26 de julio de 2018. Núm. de recurso 2194/2017
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda de lo Penal, núm. 247/2018, de 24 de mayo de 2018. Núm. de recurso 10549/2017



Páginas web

- <https://dudaslegislativas.com/delitos-sexuales-del-codigo-penal/> 6/08/2018
- <https://redcompol.com/sentencia-la-manada-y-convenio-estambul/> Escrito el 2 de mayo de 2018. Autora: Lori Mann, abogada (J.D., Columbia Law School). (Traductora: Luz Patricia Cajiao Murillo). Consultado el día 7 de agosto de 2018.
- https://es.wikipedia.org/wiki/Convenio_del_Consejo_de_Europa_sobre_prevencci%C3%B3n_y_lucha_contra_la_violencia_contra_las_mujeres_y_la_violencia_dom%C3%A9stica Consultado el 14 de octubre de 2018
- <http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/12949-las-claves-de-la-sentencia-de-quot;la-manadaquot;/> Escrito el 7 de mayo de 2018. Autora: Ana Vela. Consultado el 21 de octubre de 2018
- <https://elderecho.com/el-convenio-de-estambul-su-incidencia-en-el-sistema-espanol-de-lucha-frente-a-la-violencia-contra-la-mujer> Escrito el 19 de octubre de 2015. Autora: Gemma Gallego, Magistrada de la Audiencia Provincial de Madrid. Consultado el 14 de octubre de 2018.
- <http://noticias.juridicas.com/actualidad/jurisprudencia/13305-tribunal-supremo:-cualquier-contacto-corporal-inconsentido-de-tipo-sexual-es-delito-de-abuso-y-no-de-coacciones-leves/> Escrito el 2 de septiembre de 2018
- <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Noticias-Judiciales/El-Tribunal-Supremo-fija-que-cualquier-contacto-corporal-inconsentido-de-tipo-sexual-es-delito-de-abuso-y-no-de-coacciones-leves> Escrito el 20 de septiembre de 2018. Autor: Comunicación del Poder Judicial. Consultado el 29 de septiembre y 24 de noviembre de 2018.
- <https://www.abogacia.es/2018/04/27/sentencia-de-la-manada-y-perspectiva-de-genero/?fbclid=IwAR0r-sLEkgoODRV8gGCD6OmiAEWrUaLBcw7fuDkLKDlk0AE5lvbd9QDVIpk> Artículo de blog del día 27 de abril de 2018. Autora: Victoria Ortega, presidenta el Consejo General de la Abogacía Española. Consultado el 29 de abril, 30 de septiembre y 2 de diciembre de 2018.



- <http://noticias.juridicas.com/actualidad/jurisprudencia/13008-el-ts-aplica-por-primera-vez-quot;perspectiva-de-generoquot;-y-condena-por-intento-de-asesinato-en-lugar-de-homicidio-a-hombre-que-asesto-8-punaladas-a-su-mujer/> Escrito el 28 de mayo de 2018.
- <https://www.abogacia.es/2018/06/13/el-congreso-tramitara-la-ley-psoe-para-sensibilizar-a-jueces-ante-violencia-machista-y-crear-mas-juzgados-especializados/> Escrito el 13 de junio de 2018. Consultado el 25 de noviembre de 2018
- <http://observatorioviolencia.org/violencia-sexual-en-espana/> Escrito el 27 de diciembre de 2017. Autora: Raquel Gallego. Consultado el 14 de octubre y 2 de diciembre de 2018.
- <https://estadisticasdecriminalidad.ses.mir.es/jaxiPx/Datos.htm?path=/Datos1//10/&file=01001.px&type=pcaxis> Portal estadístico de criminalidad. Ministerio del interior. Consultado el 28 de noviembre de 2018
- <http://noticias.juridicas.com/actualidad/jurisprudencia/13504-el-tribunal-superior-de-justicia-de-navarra-confirma-la-condena-de-9-anos-de-prision-para-los-miembros-de-la-manada/> Escrito el 5 de diciembre de 2018. Consultado el 8 de diciembre de 2018.
- <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/12981-la-sentencia-de-la-manada-y-la-intimidacion-segun-el-tribunal-supremo/> Consultado el 1 de diciembre de 2018
- <http://www.mujaresenred.net/spip.php?article1395> Escrito por Susana Gamba. Consultado el 03 de enero de 2019

Prensa

- https://www.elconfidencial.com/espana/2018-04-27/la-sentencia-de-la-manada-llega-a-europa_1556588/ Escrito el 27 de abril de 2018. Autora: María Tejero Martín. Consultado el 08 de agosto de 2018
- https://www.eldiario.es/politica/Gobierno-violacion-Codigo-Penal-exclusivamente_0_767823275.html Escrito el 04 de mayo de 2018. Autores:



Matías de Diego y Jaime Sevilla Lorenzo. Consultado el 17 de agosto y 1 de diciembre de 2018.

- https://www.eldiario.es/politica/Gobierno-revisara-Codigo-Penal-Manada_0_765373978.html Escrito el 27 de abril de 2018. Autor: Gonzalo Cortizo. Consultado el 17 de agosto de 2018.
- <http://hemeroteca.abc.es/nav/Navigate.exe/hemeroteca/madrid/abc/1989/03/03/070.html> Consultado el 01 de diciembre de 2018.
- https://elpais.com/politica/2017/11/23/actualidad/1511464104_203826.html Escrito el 24 de noviembre de 2017. Autor: Javier Martín – Arroyo. Consultado el 1 de diciembre de 2018
- https://www.eldiario.es/sociedad/Amnistia-Internacional-sentencia-obstaculos-justicia_0_767473548.html Escrito el 03 de mayo de 2018. Consultado el 06 y 27 de diciembre de 2018.
- https://www.eldiario.es/sociedad/ONU-sentencias-subestimen-gravedad-violacion_0_767124043.html Escrito el 02 de mayo de 2018. Consultado el 06 y 27 de diciembre de 2018.