

EL CONVENIO DE ESTAMBUL Y SUS EFECTOS SOBRE LA CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LOS CASOS DE LA «MANADA»

Ruth ABRIL STOFFELS

SUMARIO: 1. Sentencias de la Manada I (Sanfermines); 1.1 Hechos probados; 1.2. Posibles calificaciones jurídicas según el Código Penal; 1.3. Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 20 de marzo de 2018 (38/2018); 1.4. Sentencia del Tribunal Supremo Sala de lo Penal de 4 de Julio (344/2019); 2. Sentencia de la Manada II Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 14 de abril de 2020 (98/2020); 2.1. Hechos probados (Pozoblanco); 2.2. Calificación de los hechos; 3. Convenio de Estambul; 4. Conclusiones; 5. Bibliografía.

El presente texto busca aclarar cómo ha afectado y cómo debería afectar el Convenio de Estambul a la calificación jurídica de los actos delictivos cometidos por la llamada «Manada» en Pozoblanco, y en Pamplona, éstos últimos cometidos durante los Sanfermines ambos en el año 2016. Nosotros analizaremos los casos a partir de las sentencias y por ello en orden inverso a los hechos.

Para ello empezaremos por analizar las sentencias adoptadas en España de acuerdo con el Código Penal vigente, y luego veremos cuál habría sido la respuesta de haberse adaptado el código penal al Convenio de Estambul en tiempo y forma.

1. SENTENCIAS DE LA MANADA I (SANFERMINES)

1.1. Hechos probados

Vamos a partir de los hechos probados según la sentencia 000038/2018 de la Audiencia Provincial de Navarra de 20 de marzo de 2018, que en ningún caso han sido modificados por las sentencias posteriores, aunque alguna de ellas destaca que podría haberse incluido alguna cuestión que reforzase, pero no cambiase, la calificación jurídica.

A modo de introducción al tema y, para facilitar al lector el contexto del que estamos hablando, responderemos brevemente a las llamadas cinco W del periodismo, e iremos desarrollando otras cuestiones que son el objeto de nuestro interés.

- ¿Cuándo?: 7 de julio de 2016 entre las 3:00 y las 3:30.
- ¿Dónde?: Cubículo de 3 metros cuadrados en calle de Pamplona.
- ¿Qué?: Violación continuada con trato vejatorio y actuación conjunta.
- ¿Quién?: José Ángel Prenda Martínez, Ángel Boza Florido, Jesús Escudero Domínguez, Antonio Manuel Guerrero Escudero y Alfonso Jesús Cabezuelo Entrena. Llamados «La Manada».
- ¿A quién?: La víctima.
- ¿Por qué?: ¿Satisfacción sexual? ¿Humillación de la víctima?

Dos aclaraciones previas adicionales: denominaremos agresores a las personas que cometieron el crimen, pese a que en la sentencia se las denomina «denunciados». La sentencia del Tribunal Supremo ha calificado sus actos como de agresión sexual en calidad de violación, y por tanto es así como nos referiremos a ellos. Así mismo, debemos indicar que hay un delito de robo/hurto al que nos referiremos solo de manera puntual y otros contra la intimidad que están siendo juzgados ahora y que no afectan al fondo de la argumentación por lo que no nos detendremos en ello.

El día siete de julio de 2016, San Fermín, después de media noche, los cinco agresores se encontraban disfrutando de un concierto en una Plaza de Pamplona. En un momento dado, cuando J. A. se encontraba sentado en un banco a la entrada de la mencionada plaza, se le acercó la víctima, que había llegado a Pamplona en coche acompañada de un amigo.

Hasta en dos ocasiones J.A. y la víctima subieron a la plaza y se unieron a un grupo de jóvenes de distinta procedencia, charlando, bebiendo y bailando con ellos. En un momento dado, la víctima reconoció a un chico en otra zona de la plaza y decidió ir a verle y estar con él un rato bebiendo, bailando y cantando. Pasado un tiempo le perdió de vista y decidió ir con el grupo de jóvenes antes mencionado, a los que no encontró, así que fue al banco donde estaba J.A.

Ambos iniciaron una conversación a la que se unieron el resto de los agresores, todos ellos de edades muy superiores y de fuerte complexión. En un momento dado, la víctima llamó por teléfono a uno de los miembros del grupo de jóvenes con el que había estado antes; quedó con ellos para más adelante y comunicó a los cinco agresores que se iba a su coche a descansar. Ellos se ofrecieron a acompañarla.

En el camino, dos de los procesados se adelantaron y entraron en el Hotel Europa, donde pidieron «una habitación por horas para follar» y no la consiguieron. La víctima, que estaba retrasada respecto a estos dos, no llegó a escuchar la conversación.

En el trayecto, uno de los agresores empezó a coger a la víctima del hombro y de la cadera, y ella, sintiéndose incómoda, decidió cambiar el trayecto.

Posteriormente, J.A. consiguió acceder al portal de una casa y abrió la puerta para que entrase el resto; mientras todo esto sucedía, la víctima estaba besándose con uno de los agresores, algo retrasados del resto. Al grito de «¡venga, venga!», estos y la víctima se dirigieron al portal.

En ese momento, el agresor con el que se había estado besando y otro agresor, tiraron de ella y la introdujeron en el portal de modo súbito y repentino, *pero sin violencia*. Tras ello le dijeron a la víctima «¡calla!» y la dirigieron (un agresor delante y dos detrás) hasta un pequeño cubículo. Una vez allí, la rodearon y la víctima, que, impresionada y sin capacidad de reacción, vio cómo le desabrochaban la riñonera y le quitaban el sujetador y el jersey que llevaba atado a la cintura.

En ese momento empezó a sentir angustia, que se vio incrementada cuando uno de los denunciante acercó su mandíbula para que le hiciera una felación y notó que otro le bajaba los *leggings* y el tanga.

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 agresores conocieron y aprovecharon la situación de la denunciante en el cubículo al que la habían conducido para realizar con ella diversos actos de naturaleza sexual con ánimo libidinoso: penetración bucal, vaginal y anal por varios de ellos, en varias ocasiones.

Durante el desarrollo de los hechos, dos de los agresores estuvieron grabando y haciendo fotos de la agresión.

Finalizados los hechos, los procesados se marcharon escalonadamente. Uno de ellos se apoderó del teléfono móvil de la víctima.

Entretanto, la víctima, cuando advirtió que se habían ido todos los procesados, se puso el sujetador, los *leggings* y el tanga, cogió el jersey y se lo ató a las caderas y buscó la riñonera para coger el teléfono móvil y llamar a su compañero de viaje. *Cuando comprobó que el teléfono móvil no estaba en la riñonera, se incrementó su inquietud y desasosiego; comenzó a sollozar, cogió su riñonera y salió a la calle llorando.* En un momento dado se sentó en un banco, llorando desconsoladamente hasta el punto de que llamó la atención de una pareja que la atendió y llamó al 112, personándose poco después la patrulla de la policía municipal.

Consecuencia de ello la víctima sufrió lesiones en la zona de la vagina y estrés postraumático por el que ha recibido tratamiento psicológico continuado.

1.2. Posibles calificaciones jurídicas según el Código Penal

Tenemos dos posibilidades: la de agresión y la de abuso.

Agresión:

Art 178: 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.

Art.179: 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.

Vemos, por lo tanto, que el bien jurídico protegido es el de la libertad sexual y que es necesario que ese atentado se produzca utilizando violencia o intimidación.

La violación es un tipo de agresión sexual «muy grave» como lo demuestra su mayor pena. Y en este caso lo que determina la mayor gravedad es el «acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías».

Así pues, para que se cumplan los requisitos de este tipo pena en el caso analizado, deberíamos comprobar la existencia de violencia y la existencia de alguno de los comportamientos arriba mencionados. Esto último está claro en el relato de los hechos probados. Así pues, lo que debe valorar el juez es si las acciones cometidas suponen violencia contra la víctima.

Abuso:

Art 181. El que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona, será castigado, como responsable de abuso sexual, con la pena de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses.

2. A los efectos del apartado anterior, se consideran abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare, así como los que se cometan anulando la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto.

3. La misma pena se impondrá cuando el consentimiento se obtenga prevaliéndose el responsable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima.

4. En todos los casos anteriores, cuando el abuso 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 con la pena de prisión de cuatro a diez años.

5. Las penas señaladas en este artículo se impondrán en su mitad superior si concurriere la circunstancia 3. a o la 4. a, de las previstas en el apartado 1 del artículo 180 de este Código...

En el caso del abuso, una vez más, el bien jurídico protegido es la libertad o indemnidad sexual y requiere que los actos se realicen sin consentimiento de la víctima. La clave está en la imposibilidad de la víctima para dar el consentimiento, porque está drogada, porque está inconsciente, porque está psicológicamente bloqueada o por cualquier razón que sea. Se entiende que no hay verdadero consentimiento, y por lo tanto se califica de abuso.

Cuando el consentimiento no es real porque se da bajo una situación de prevalimiento (situación de superioridad ventajosa), también se considera que hay abuso. Finalmente, al igual que en el caso de la violación, cuando consiste en el acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías hay otro agravamiento de la pena.

En este caso la base del castigo es el ataque a la indemnidad y libertad sexual a través de la realización de actos que no tienen el consentimiento de la víctima. Los actos constitutivos de este delito son relatados en la sección hechos probados, lo que está en tela de juicio es si estos actos gozaban del consentimiento o no de la víctima.

Como se verá a continuación, son varias las interpretaciones a los mismos hechos probados.

1.3. Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 20 de marzo de 2018 (38/2018)

Según la Audiencia Provincial de Navarra¹, los hechos son constitutivos de cinco delitos continuados de abuso sexual con prevalimiento previstos y penados en el Art. 181 3. y 4. del Código Penal en relación con los Arts. 192 y 74. (ii). A ello se añade un delito leve de hurto, previsto y penado en el artículo 234.2 del mismo cuerpo legal.

Para llegar a ello, la sentencia se basa en lo siguiente:

Primero, se descarta la violación porque esta exige «medios [físicos] violentos o intimidatorios». Y no quedó demostrado que existiese una violencia suficiente para doblegar la voluntad del sujeto pasivo. Las lesiones que presentaba la víctima no revelaron la existencia de violencia.

Tampoco hubo intimidación, definida como «*constreñimiento psicológico, consistente en la amenaza o el anuncio de un mal grave, futuro y verosímil si la víctima no accede*

¹ Entre esta y la Sentencia antes analizada hay otra del Tribunal Superior de Navarra de 30 de noviembre de 2018 (Sentencia n.º 8/2018) que nosotros no vamos a analizar, dado que se centra en otras cuestiones como la prueba, que, a nosotros, en este caso no nos interesa. En concreto en el delito a la intimidad, por la grabación de las fotos y vídeos que se convierte en pieza separada.

a participar en una determinada acción sexual»; «No se exige que sea una intimidación de tal grado que resulte en todo caso irresistible para la víctima, sino que es suficiente que, dadas las circunstancias concurrentes, resulte bastante para someter o suprimir su voluntad de resistencia»². Para enjuiciar si hubo intimidación debe analizarse la conducta del sujeto activo. Si este ejerce una intimidación «clara y suficiente» como para merecer su asimilación a la violencia.

«En el presente caso no apreciamos que exista intimidación a los efectos de integrar el tipo de agresión sexual... Por el contrario, estimamos que los procesados 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».

Los jueces estimaron que las relaciones de contenido sexual se mantuvieron en un contexto subjetivo y objetivo de superioridad, configurado voluntariamente por los procesados, del que se prevalieron, de modo que las prácticas sexuales se realizaron sin la aquiescencia de la denunciante en el ejercicio de su libre voluntad auto determinada, quien se vio así sometida a la actuación de aquellos.

El siguiente tipo penal que analizó fue el de abuso con prevalimiento en el que, según esta sentencia se exige «1º) situación de superioridad, que ha de ser manifiesta, 2º) que esa situación influya, coartándola, en la libertad de la víctima, y 3º) que el agente del hecho, consciente de la situación de superioridad y de sus efectos inhibidores de la libertad de decisión de la víctima, se prevalga de la misma situación para conseguir el consentimiento, así viciado, a la relación sexual». La sentencia destaca, igualmente, que no es necesario que exista una actitud pasiva de la víctima exteriorizando su oposición.

En este caso, los agresores abusaron de la superioridad creada por la situación que ellos mismos habían generado. En concreto, la situación se aprecia por: la forma en la que entró en el portal «sin violencia, pero de modo súbito y repentino», la forma en que la llevaron al lugar de los hechos, un lugar escondido angosto, estrecho con una salida ocupada por los agresores y rodeando a la víctima. A ello se debe unir la edad y características físicas de los agresores y la radical desigualdad en cuanto a madurez y experiencia en actividades sexuales de unos y otra. De esta forma, se creó un contexto en el que la víctima no ejerció su voluntad libre. Por ello se trata de abuso sexual con prevalimiento.

¿Cómo sabemos que no hubo consentimiento? Porque se produjo, en este contexto, un bloqueo emocional en la víctima que le impidió reaccionar ante los hechos y le hizo

2 Cuando utilicemos las palabras del tribunal, estas aparecerán en cursiva.

adoptar una posición pasiva. En concreto, *«la situación en que se hallaba producida por la actuación dolosa de los procesados y los estímulos que percibió, provocaron un embotamiento de sus facultades de raciocinio y desencadenaron una reacción de desconexión y disociación de la realidad que le hizo adoptar una actitud de sometimiento y pasividad, determinándola a hacer lo que los procesados le decían que hiciera»*. *«Además las posibilidades de respuesta conforme a un pensamiento racional se hallaban comprometidas por cuanto en el momento de los hechos, tenía un nivel de influencia del alcohol, que alteraba su conocimiento, el raciocinio, la capacidad de comprensión de la realidad, le provocaba desinhibición y disminuía su capacidad de autocontrol»*. Y esta situación no pasó desapercibida para los agresores.

Como se trata de un caso en el que no hubo violencia, la adquisición del móvil es calificada como hurto.

No se juzgan por separado cada uno de los actos y, a partir de allí se sanciona a cada uno de los causantes como autor de aquellas acciones que cometió directamente y como cooperador necesario de las demás, porque de ello saldría una pena que infringiría la proporcionalidad de la respuesta punitiva. Se habla de un delito continuado cometido por todos a la vez en grado de autoría.

1.4. Sentencia del Tribunal Supremo Sala de lo Penal de 4 de julio (344/2019)

Según el Tribunal Supremo, los actos cometidos deben ser calificados de delito continuado de violación, con las agravantes de trato degradante o vejatorio y la actuación conjunta.

Para el TS, el tipo penal de abuso por prevalimiento exige que la víctima, dada esa situación en la que se encontraba, accediese a mantener relaciones sexuales, pero en este caso no hay consentimiento, ni siquiera consentimiento viciado y por tanto no hay prevalimiento.

En el tipo penal de la agresión sexual tampoco se consiente libremente, pero aquí el autor utiliza la fuerza o la intimidación para hacer desaparecer la voluntad de la víctima. Entendiendo que en la intimidación se incluye la ejercida directamente con amenazas, pero también la que cree un entorno intimidante que tenga los mismos efectos.

«En definitiva, mientras que en el delito de abuso sexual el consentimiento se obtiene de forma viciada o se aprovecha el estado de incapacidad para obtenerlo, en la agresión sexual la voluntad del autor se impone por la fuerza, bien esta sea violenta bien lo sea de carácter intimidatorio».

En este caso, la presencia de los otros miembros del grupo, además de edad mayor que la víctima y complejidad fuerte, actuando en connivencia, el lugar elegido y la forma en que actuaron, crearon un ambiente intimidatorio suficiente como para impedir a la víctima, de hecho, su oposición real. Para el Tribunal, no es tan importante la reacción de

la víctima como la acción intimidatoria. De hecho, en sentido contrario *«El miedo es una condición subjetiva que no puede transformar en intimidatoria una acción que en sí misma no tiene ese alcance objetivamente».*

Para que se conforme el tipo de agresión, es preciso que exista una situación intimidante que pueda considerarse suficiente para someter su voluntad, tanto desde un punto de vista objetivo, que atiende a las características de la conducta y a las circunstancias que la acompañan, como subjetivo, referido a las circunstancias personales de la víctima. Estas deben ser suficientes y eficaces en ese momento y lugar y con esa persona, para alcanzar el fin propuesto del acceso carnal, paralizando o inhibiendo la voluntad de resistencia de la víctima y actuando en adecuada relación causal, tanto por vencimiento material como por convencimiento de la inutilidad de prolongar una oposición de la que, sobre no conducir a resultado positivo, podrían derivarse mayores males. Si este ejerce una intimidación clara y suficiente, entonces la resistencia de la víctima es innecesaria. Lo que determina el tipo es la actividad o la actitud del agresor, no la de esta.

«La presencia de varios individuos concertados para llevar a cabo el ataque contra la libertad sexual conlleva en sí mismo un fuerte componente intimidatorio, mucho más frente a una única joven y en un lugar solitario. En el caso de intimidación, no existe consentimiento de la víctima; hay una ausencia de consentimiento, esta se encuentra doblegada por la intimidación, por el miedo que le provoca la actitud del agente».

En el caso concreto, la forma de entrar en el recinto, el que le dijeran que se callara, el que fueran cinco hombres de edad considerablemente mayor que la víctima y de complejión fuerte y el realizarse los actos delictivos en un cubículo sin salida... hicieron que *«la víctima se sintió impresionada y sin capacidad de reacción...», «sintió un intenso agobio y desasosiego, que le produjo estupor y le hizo adoptar actitud de sometimiento y pasividad...».*

En definitiva, se concluye que no existió consentimiento alguno por parte de la víctima, creándose una situación de intimidación de la que deriva una obvia coerción de la voluntad de la víctima, que quedó totalmente anulada por poder defender su libertad sexual. A diferencia de la primera sentencia, que se fija en si la víctima podía o no dar su consentimiento y si los autores se prevalieron de la situación de superioridad para realizar el acceso carnal, el TS se centra en la existencia o no de violencia (entorno intimidante), dejando no como elemento del tipo, sino como prueba de la existencia de este entorno intimidante: el que la víctima realmente pudiera o no dar su consentimiento por la coacción a la que fue sometida.

Por otro lado, los hechos probados muestran claramente que los actos delictivos se han cometido por el grupo llamado «La Manada», de lo cual deriva que se aplique la agravante del art.180.1.2.

Sobre el carácter particularmente degradante o vejatorio, el Tribunal sostiene que el delito de violación incluye el propio desvalor que los propios accesos carnales suponen

para las víctimas. Pero en este caso, esta acción conjunta, unida a la toma de fotografías o vídeos de los autores, así como la propia actitud jactanciosa y de triunfo de estos que se muestra en los vídeos, dan un mayor desvalor a los actos cometidos y por ello se aplica la agravante de «violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio» del artículo 180.1.1.

Finalmente, como hubo violencia, la adquisición del móvil por uno de los agresores es calificado de robo.

2. SENTENCIA DE LA MANADA II (POZOBLANCO) SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE CÓRDOBA DE 14 DE ABRIL DE 2020 (98/2020)

Vamos a analizar directamente los hechos probados de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, que es posterior a la del Tribunal Supremo antes mencionada, pero que retoma las ideas allí reflejadas por el TS. Por otro lado, en esta sentencia el eje de la argumentación de la defensa no está en la calificación jurídica sino en la validez de las pruebas que se extraen a raíz de la confiscación de los teléfonos de los acusados en el caso anterior, de ahí que presumiblemente las apelaciones que se presenten sean por esta razón y no por la calificación jurídica.

2.1. Hechos probados

La noche del 31 de abril de 2016, la víctima se desplazó con unos amigos a la feria de Torreblanco, donde pasó buena parte de la noche en la disco-caseta que allí había. Durante la noche, entabló conversación y llegó a tomar alguna copa con alguno de los que después abusarían de ella. Al cerrar la caseta a las 07:15 de la mañana se encontró con los acusados y decidió volver en el coche de estos hasta su domicilio. De esta forma quedó situada en el asiento del medio del coche de uno de los miembros del grupo. En un momento dado ella quedó en estado de inconsciencia. Durante el trayecto y aprovechando esta situación de la víctima, los cuatro varones que estaban en el coche, «con ánimo libidinoso, comenzaron a realizarle diversos tocamientos de carácter sexual, tocándole el pecho, tanto por dentro como por fuera de la ropa», llegando alguno a darle varios besos en la boca. Mientras esto se realizaba, uno de ellos grababa. Esta grabación y posterior difusión, se hizo, por tanto, sin consentimiento alguno de la víctima. Haciendo «alarde» de la acción realizada y con evidente ánimo de vejar y vulnerar la intimidad de la perjudicada. A los 22 minutos el vídeo fue difundido entre el grupo de amigos al que pertenecían los cuatro varones partícipes de estas acciones.

Una vez que llegaron a Pozoblanco, tres de los agresores bajaron del coche y la víctima se puso delante, continuando el camino hasta que en un momento dado, como

la víctima había despertado, el agresor que quedaba en el coche le solicitó que le realizara una felación a lo que ella se negó y «*Ante tal negativa, con la intención de menoscabar su integridad física, la golpeó en la cara, le dio un puñetazo en el brazo y la empujó para que saliera del coche al tiempo que le decía "puta"».*

Como consecuencia de los hechos mencionados no consta que hubiera lesión física, pero cuando la víctima tuvo conocimiento de los vídeos y de la repercusión mediática que tuvieron, sufrió estrés postraumático.

2.2. Calificación de los hechos

Se trata de un abuso sexual, puesto que se realizan actos contra la indemnidad sexual de la víctima. En este caso besos y tocamientos sin violencia o coacción, pero sin la autorización de la víctima, puesto que estaba inconsciente; y con el conocimiento del autor de que la víctima no era consciente los comportamientos.

Por lo que se refiere a esto último, se estima que hay ánimo lúbrico en los agresores (que se define como conocimiento de la naturaleza sexual del acto que se ejecuta y el conocimiento de que con ello se afecta al bien jurídico protegido, la indemnidad sexual), pero que nada tiene que ver con la satisfacción sexual obtenida.

Además, se considera que no puede aplicarse la agravante del artículo 181.5 que nos remite a la especial vulnerabilidad de la víctima debido a su situación y al prevalimiento debido a la superioridad de los criminales.

Completa la Audiencia de Córdoba que no puede condenar alguno de los hechos probados como agresión porque no ha sido denunciado como tal por la víctima y que otro tipo de comportamientos no han sido probados adecuadamente. De hecho, los comportamientos que pudieran haberse calificado como agresión (cuando estaba consciente y rechazó hacer la felación) han sido subsumidos en el delito de abuso sexual continuado por parte de la acusación particular y fiscalía.

Sin embargo, no se considera que exista tal carácter continuado, porque ello requiere la existencia de un plan preconcebido, pluralidad de acciones y continuidad de acción. Pero en este caso, no se puede hablar de multiplicidad de acciones desarrolladas, dado que las que constan como hechos probados se desarrollan en solo 15 segundos, siendo que, además, la acción de unos no era necesaria ni dependiente de la de los otros, con lo que tampoco se puede decir que cada uno de los abusadores cometiese uno o varios abusos y participase en el de los demás.

3. CONVENIO DE ESTAMBUL

Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica fue aprobado el 11 de Mayo de 2011 en Estambul, ratificado por España el 24 de abril de 2014 y entrando en vigor el 1 de Agosto de 2014³.

Este ambicioso Convenio pretende actuar tanto en los campos de prevención y protección como en los de sanción de cualquier tipo de agresión sexual. Algunas disposiciones obligan, asimismo, al desarrollo de políticas públicas y acciones específicas por parte de todas las autoridades de cualquier nivel para producir un cambio social en relación con la percepción y tolerancia de este tipo de comportamientos.

Según el propio Consejo de Europa, este convenio tiene cuatro características innovadoras, consideración de todo tipo de violencia contra la mujer como una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación con lo que ello supone a efectos de niveles de protección legislativa y rango de las normas que deben regular este tipo de comportamientos. Seguidamente, contiene una definición de «género» neutra fruto del consenso de todos los Estados signatarios y que permite que algunos delitos que en algunos países solo son sancionados o son sancionados de forma especial cuando se dirija hacia la mujer, se castiguen también cuando se realicen contra un hombre si hay una cuestión de «género» en la esencia del delito. En tercer lugar, junto a la llamada violencia doméstica y violencia sexual, incluye la mutilación genital femenina, el matrimonio forzoso, el acoso, el aborto y la esterilización forzados. Delitos que, en otros contextos, están regulados por convenios distintos y con alcance diferente. Finalmente, promueve la cooperación entre organismos públicos y privados para hacer frente a estos comportamientos.

Otra cuestión que merece ser rescatada es la consideración del delito de violencia doméstica, paralelo a nuestra actual violencia de género pero que incluye más cantidad de sujetos pasivos y activos.

Finalmente, establece un mecanismo de control de la aplicación de la Convención dirigido por el Grupo de Expertas en la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (GREVIO) y el Comité las Partes. Este mecanismo no es sino una derivación y perfeccionamiento de los sistemas de informes clásicos de las Naciones Unidas, pero con aspectos que le hacen más eficaz.

El Convenio está estructurado en 12 partes, de las que a nosotros nos interesa esencialmente la primera, que contiene «objetivos, definiciones, igualdad y no discrimi-

³ BOE núm. 137, de 6 de junio de 2014, pp. 42946-42976.

nación. Obligaciones generales»; quinta «Derecho Material» y la IX sobre «mecanismo de seguimiento».

El artículo 3 de este convenio define «violencia contra las mujeres» de la siguiente manera:

- a) 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;
- b) ...c) por «género» se entenderán los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres;
- c) por «violencia contra las mujeres por razones de género» se entenderá toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada;
- d) ...

Así pues, las agresiones sexuales tipificadas en el código penal deberían considerarse violencia contra las mujeres por razones de género. En este artículo vemos que la violencia contra las mujeres incluye la violencia sexual y que toda violencia debe considerarse como una forma de discriminación y una violación de los derechos humanos. Lo cual es interesante, en nuestro caso, dado que ello debe ser tenido en cuenta a la hora de definir el desvalor de los distintos tipos penales que afecten a la misma.

Pero es sin duda alguna, el artículo 36 el que más va a afectar a los tipos penales que estamos analizando.

Artículo 36. Violencia sexual, incluida la violación.

1. 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.
2. El consentimiento debe prestarse voluntariamente como manifestación del libre arbitrio de la persona considerado en el contexto de las condiciones circundantes.
3. Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que las disposiciones del apartado 1 se apliquen también contra los cónyuges o parejas de hecho antiguos o actuales, de conformidad con su derecho interno.

Nótese que el artículo comienza por «Las partes adoptarán las medidas necesarias». Lo cual supone que este artículo no es de aplicación directa. Necesita que los Estados mo-

difiquen las leyes en contra y adopten las medidas necesarias para hacer que el Derecho interno se acomode al convenio.

Debemos decir que, de momento, España no ha adoptado ninguna medida para hacer esto, por lo tanto, a pesar de que hay normativa española que es contraria al Convenio, y ello implica la responsabilidad internacional del Estado, no existe la posibilidad de que los particulares apliquen directamente este artículo. De hecho, en virtud del principio de irretroactividad penal, solo podrán ser castigados conforme a esta nueva ley que se acomode al Convenio los hechos cometidos con posterioridad a la entrada en vigor de esta modificación.

Por otro lado, vemos que el delito de violencia sexual, incluida la violación, se completa cuando se producen actos de carácter sexual sobre una persona que no da el consentimiento válido. Por lo tanto, desaparece la diferenciación entre abuso y agresión, dado que en un caso se basaba en la existencia de la violencia y en otro en la inexistencia de consentimiento en su parte subjetiva, y se penalizaba menos los delitos sexuales en los que esta parte subjetiva se basaba en la inexistencia de consentimiento que cuando existía violencia.

De esta forma, en el caso de «La Manada I» no se hubiese producido el debate que se produjo, sobre si había violencia o no, o si había consentimiento viciado o no había consentimiento. Así pues, la determinación de que hubo por lo menos un consentimiento viciado hubiese determinado la existencia de una agresión sexual, en este caso de violación. En este caso, la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra no sería acorde a derecho, y la del Tribunal Supremo no habría tenido que justificar la existencia de un entorno intimidante, sino solo la existencia de una falta de consentimiento real.

La Sentencia del Tribunal Supremo en el caso de la Manada I habla del Convenio de Estambul en dos ocasiones, no como norma a aplicar, sino como apoyo a su decisión de que las circunstancias que rodean el hecho ayudan a interpretar la ausencia del consentimiento de la víctima, que es lo que se exige.⁴

Por otro lado, en el caso de «La Manada II», la calificación jurídica habría sido la de agresión sexual no la de abuso sexual y, por lo tanto, la pena mayor.

⁴ Afirmando en el apartado segundo que: «El consentimiento debe prestarse voluntariamente como manifestación del libre arbitrio de la persona considerado en el contexto de las condiciones circundantes. La específica referencia que se hace en el Convenio de Estambul al consentimiento, como manifestación del libre arbitrio de la persona en función del contexto, deja clara la imposibilidad de interpretar una ausencia de resistencia física como tal voluntad, la misma debe manifestarse de forma expresa o deducirse claramente de las circunstancias que rodean al hecho. Sentencia del Tribunal Supremo» (Sala de lo Penal de 4 de julio (344/2019), p. 74).

De hecho, en este caso, la propia Audiencia Provincial de Córdoba es consciente de este problema y destaca en dos ocasiones que una cosa es lo que nos dice la ley y otra cosa lo que debería decir, «*viéndose compelido a lo que actualmente dice sin perjuicio del intenso debate político y social que pueda existir respecto del modo más adecuado de regular, conforme a la realidad social actual, los delitos que castigan conductas que atenten contra la libertad o la indemnidad sexual de las personas en general y de las mujeres en particular, el análisis que corresponde realizar a este juzgador es estrictamente jurídico, no político, y dentro de ese campo es un análisis de lege data y no de lege ferenda. En esos términos ha de estarse a la redacción de los tipos en el momento de producirse los hechos (que se mantiene vigente a la fecha de dictarse la presente resolución) y conforme a la interpretación que la doctrina jurisprudencial viene haciendo de los mismos*»⁵.

Pese a que en el informe presentado por España al GREVIO no se hace referencia a este tema, limitándose a describir el marco existente en el momento de presentar el informe⁶; el informe sombra presentado por una plataforma de ONGs que trabajan en este campo⁷ habla del caso concreto de la Manada y de cómo los artículos relativos a la agresión y abuso sexuales del Código Penal no se ajustan a la definición de violencia sexual del Convenio de Estambul y la necesidad de la modificación de estas normas⁸.

De hecho, la medida 102 del Documento refundido de medidas del Pacto de Estado en materia de Violencia de Género. Congreso+Senado, propone expresamente: «*Ampliar el concepto de violencia de género a todos los tipos de violencia contra las mujeres contenidos en el Convenio de Estambul*»⁹.

Sin embargo, primero la dificultad de formar gobierno y luego la crisis de coronavirus han dificultado la discusión del texto que contiene la reforma de los delitos sexuales. Así, el 3 de marzo de 2020 se aprueba la tramitación de la Ley Orgánica de garantía de la libertad sexual. En esta propuesta, todavía en fase de discusión, se pretende que el artículo 178 quede redactado de la siguiente manera:

5 Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 14 de abril de 2020 (98/2020), p. 57, y en igual sentido, p. 59.

6 Report submitted by Spain pursuant to Article 68, paragraph 1 of the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence (Baseline Report). Received by GREVIO on 18 february 2019 GREVIO/Inf(2019)5, p. 37.

7 Plataforma Estambul Sombra (<https://plataformaestambulsombra.wordpress.com/>).

8 Informe Sombra al Grevio 2018, 22 de octubre de 2018 (https://plataformaestambulsombra.files.wordpress.com/2019/02/informeestambulsombra_esp.pdf).

9 Pacto de Estado en materia de violencia de género de 27 de diciembre de 2017.

«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»¹⁰.

Aunque, quizás, en el procedimiento legislativo cambie algo la ley en cuanto a la dicción de la norma. Esta parece que será la forma en la que el Estado español conforme su normativa al Convenio de Estambul.

4. CONCLUSIONES

El caso de la Manada planteó muchos problemas de justicia y de seguridad jurídica, porque a un problema legislativo se unía un problema de interpretación de la norma.

El Código Penal en vigor no recoge ni la normativa internacional en vigor ni la sensibilidad de la sociedad española. Así, para ambos, la agresión sexual debe alcanzar todos los supuestos en los que la víctima no da el consentimiento a los actos sexuales sea ello por la razón que sea, violencia o coacción, prevalencia o imposibilidad de dar el consentimiento.

Por otro lado, la forma en la que se ha interpretado hasta hace poco el concepto de violencia necesaria para que concurra el delito de agresión, ha sido muy criticado en el sentido de que carece de perspectiva de género y desconoce las reacciones de las víctimas ante determinadas situaciones y comportamientos, centrándose en la violencia física de los agresores y desechando las situaciones de coacción que no implican violencia o coacción física sobre la víctima, pero tienen iguales efectos.

Ambas circunstancias dieron lugar a la primera sentencia analizada que fue fuertemente criticada por amplísimos sectores de la sociedad española y que generó toda una corriente de presión para el cambio de la norma en la que se amparaba.

Pese a ello, y tras varios años de presión social y de incumplimiento por parte de España de la Normativa internacional, el Código Penal no ha sido cambiado y ello permite que todos los delitos cometidos hasta el día en que esta reforma entre en vigor

10 Ministerio de Igualdad: ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE GARANTÍA INTEGRAL DE LA LIBERTAD SEXUAL (<http://www.igualdad.gob.es/Documents/APLOGarantia%20de%20la%20Libertad%20Sexual.pdf>).

merecerán la crítica social, al tiempo que permitirá un margen de interpretación inaceptable a los jueces.

Como hemos visto desde que las agresiones se hicieron públicas, todavía hay muchas interpretaciones de la norma que resultan inaceptables, por lo que no solo el cambio de la ley es necesario; la formación y la prevención deben ir de la mano de estas medidas legislativas de forma que la interpretación sea acorde a la sensibilidad social.

«Es verdad que hay un incremento de los delitos sexuales, pero quién se resiste a unos labios pintados, una falda corta, etc.». Esto fue dicho por un fiscal en 2005¹¹.

Solo cuando la ley y la sociedad vayan en consonancia será posible evitar esta lacra. Para ello es necesario que la sociedad se conciencie, pero también que las normas se acomoden las obligaciones internacionales y a los derechos humanos consagrados en las normas mínimas de humanidad recogidas en convenios aprobados por los Estados de este mundo globalizado.

5. BIBLIOGRAFÍA

- ACALE SÁNCHEZ M., «Manada de Manresa. La miopía de sus Señorías», Nueva Tribuna, 2019, en: <https://www.nuevatribuna.es/articulo/actualidad/manada-manresa-miopiasenorias/20191107082857167860.html>
- ACOSTA LORENZO, P., et al., *El concepto de intimidación en los delitos contra la libertad sexual* [TFG], 2020.
- ALTUZARRA ALONSO, I., «El delito de violación en el Código Penal español: análisis de la difícil delimitación entre la intimidación de la agresión sexual y el prevalimiento del abuso sexual. Revisión a la luz de la normativa internacional». *Estudios de Deusto: revista de la Universidad de Deusto*, vol. 68, 2020, núm. 1, pp. 511-558.
- AÑÓN ROIG, M. J., y GIL RUIZ, J. M., El convenio de Estambul como marco de Derecho antisubordinatorio, Dykinson, 2018; Anuario de filosofía del derecho, 2020, núm. 36, pp. 541-546.
- CARUSO FONTÁN, M.V., *Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual*, Valencia, 1ª ed., Tirant lo Blanch, 2006.

11 Puesto de manifiesto por Julia Sevilla en la XIII Cumbre Social Estatal Monográfica: Políticas contra las Mujeres de 24 de febrero de 2014, por Yolanda Besteiro.

- MUÑOZ CONDE, F., «La vinculación del juez a la ley y la reforma de los delitos contra la libertad sexual: algunas reflexiones sobre el caso “La Manada”». *Revista Criminalia Nueva Época*, vol. 86, 2020, núm. 1.
- FARALDO CABANA, P., y ACALE SÁNCHEZ, M., *La Manada, un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.
- GAMA LEYVA, R., *Prueba y perspectiva de género: un comentario crítico*, 2020.
- GARCÍA GARCÍA, I., «Manada»: *construyendo un nuevo concepto jurisprudencial. El efecto del caso y la perspectiva de género en el futuro de la tipificación de los delitos contra la libertad sexual* [Tesis Doctoral UAB], 2020.
- GAVILÁN RUBIO, M., «Agresión sexual y abuso con prevalimiento: análisis de la reciente jurisprudencia», *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, 2018, núm. 12, pp. 82-95.
- LOUSADA AROCHENA, J.F., «Acoso sexual: el estado de la cuestión en España tras los últimos instrumentos internacionales». *Misión Jurídica*, vol. 13, 2020, núm. 18.
- MONGE FERNÁNDEZ, A., PARRILLA VERGARA, J., *Mujer y Derecho penal: ¿necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?*, 2020, pp. 1-601.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, R., «La sentencia contra “La Manada”: prevalimiento vs. intimidación», en https://diariolaley.laleynext.es/Content/DocumentoRelacionado.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAC2NQWvDMAyFf818GZSkI0svuqQ5j1G20LtiC8fgWp0tZ82_r2greEgPfdL7q5S3iW4ClI3w_H6lhNGULXHaLjDIS-kZwLtC89bZV7Q1aqRhHttD2DxdWmnCGxnB2lIdNJ2HB-EMF2rbrTFn4_xvX4FECpwHz829wDsap0dp_9h_dwayUiwJwDp6SkFmCX75U8uQLYbbLCT-2BpteLMrzDcr29NkMV0etZ0u_DGxu1jyh0xEjvXLvXp0rj_MAAAA=WKE.
- THILL, M., El Convenio de Estambul: análisis iusfeminista del primer instrumento europeo vinculante específico sobre violencia de género, *IgualdadES*, vol. 2, 2020, núm. 2, pp. 157-196.