

LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL

LA SENTENCIA DE “LA MANADA”

I. Introducción.-

La Sentencia de La Manada ha suscitado un intenso debate en la sociedad y entre los expertos, incluidas manifestaciones ciudadanas que critican a la Justicia como “patriarcal” y que piden que los delitos cometidos en este caso sean considerados violaciones y no abusos, y la intervención del Ministro de Justicia planteando la posible revisión del Código Penal y cuestionando sin mayores explicaciones la capacidad de uno de los jueces del Tribunal que ha dictado la Sentencia.

Todo ello se produce en un contexto en el que se da un aumento de los delitos contra la libertad sexual, continúan los casos de violencia de género, y muestra su pujanza un movimiento feminista decidido a avanzar en la conquista de la igualdad entre mujeres y hombres en todos los terrenos y que exige indignado actuaciones más eficaces contra la lacra de la violencia machista.

Sin perjuicio de tener muy en cuenta esta sensibilidad social, es necesario que se lleve a cabo un debate sereno y con conocimiento de causa, lejos del electoralismo, las descalificaciones y los juicios paralelos. Las últimas modificaciones del Código Penal en esta materia han ido en la línea de agravar las penas y ello no ha servido para una disminución de estos delitos. Este es un dato que, sin duda, tendrán en cuenta los expertos llamados a estudiar si es necesario modificar de nuevo el Código Penal. También se ha comentado que sin necesidad de modificar la ley es posible acoger otra interpretación de la misma, tarea que incumbe a los Tribunales de Justicia. La materia es compleja y debe abordarse sin prisas. No cabe ignorar que el Derecho Penal tiene como referencia un cuadro de garantías de rango constitucional que en todo caso hay que respetar, entre las que hay que destacar el derecho a un juicio justo y la presunción de inocencia.

En estas líneas se comenta la Sentencia de La Manada al objeto de que este debate llegue, más allá de los expertos, a la sociedad, que debe ser consciente de las dificultades a las que se enfrentan los jueces en este tipo de delitos en los que muchas veces las únicas pruebas directas son las versiones siempre contrarias de la víctima y las del autor o autores de los hechos.

La Sentencia de La Manada está muy trabajada, al igual que el voto particular, por lo que, sin perjuicio de que siempre se la puede criticar, no se puede descalificar a sus autores sin siquiera haberla leído y sin conocer las pruebas que

se han practicado en el proceso. La mayor garantía para todos es que la Justicia en un sistema democrático la imparten los jueces, que tienen el conocimiento y la independencia necesarios para juzgar y decidir de conformidad con la ley, único imperativo al que están sujetos. Y frente a sus resoluciones contamos con la posibilidad de recurrir a instancias superiores, que confirmarán o no el criterio mantenido en la Sentencia. Todo ello sin perjuicio de que las leyes y la jurisprudencia evolucionen a la vez que lo hace la sociedad.

II. Los delitos contra la libertad sexual.-

El Código Penal regula los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (bienes jurídicos protegidos) distinguiendo las agresiones sexuales (artículos 178 a 180), de los abusos sexuales (artículos 181 a 183 quater).

Se entiende por **agresión sexual** (artículo 178) atentar contra la libertad sexual de otra persona *utilizando violencia o intimidación*. La pena a imponer será de prisión de uno a cinco años. Cuando la agresión consista en acceso carnal (penetración) constituirá violación. En este caso las penas serán de 6 a 12 años de prisión. Las penas por agresión sexual será de 12 a 15 años cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas.

Por **abuso sexual** entiende el Código Penal realizar actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona sin que medie consentimiento y sin violencia o intimidación. Este delito se castiga con pena de uno a tres años, pero cuando el abuso sexual consiste en acceso carnal se castiga con la pena de prisión de cuatro a diez años. 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. Cuando el abuso consista en acceso carnal la pena será de cuatro a diez años. Estas penas se impondrán en su mitad superior cuando la víctima sea especialmente vulnerable por su edad, discapacidad, o situación, o cuando el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco con la víctima.

III. La Sentencia.-

Esta última, la de abuso sexual con prevalimiento, es la calificación jurídica que hace la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, de 20-3-2018, de los actos de contenido sexual realizados por los integrantes de La Manada sobre una joven de 18 años en los sanfermines de julio de 2016, y la pena impuesta a sus autores ha sido de 9 años de prisión y 5 años de libertad vigilada, además de abonar una indemnización de 50.000 € a la víctima por el daño moral infligido. La Sentencia también estima que concurre el delito de hurto del teléfono móvil de la víctima, cometido por uno de los cinco jóvenes.

Se trata en ambos delitos (agresión y abuso sexual) de conductas que atentan contra la libertad sexual de otra persona, pero se reserva el término “violación” a los supuestos en que exista violencia o intimidación y acceso carnal. La Sentencia considera que no hubo ni violencia ni intimidación (no hubo, por tanto, agresión o violación), pero sí hubo abuso sexual con prevalimiento de una situación de superioridad sobre la víctima, y por este delito condena a los procesados. Este es uno de los aspectos fundamentales del debate que ha suscitado la Sentencia, y no el de si los jueces han creído o no el relato de la víctima, como erróneamente se ha dicho. La Sentencia, firmada por dos de los tres Magistrados, ha dado credibilidad al relato que la víctima hizo en el acto del juicio oral, que matizaba el realizado en sus primeras declaraciones del 7 y 8 de julio bajo un estado de confusión y ansiedad e inmediatamente después de los hechos (vid. pág. 38 de la Sentencia), pero manteniendo sus elementos esenciales. En cambio, el juez que emite el voto particular, que discrepa de la Sentencia de la mayoría del Tribunal, entiende que hay una duda razonable sobre si la relación sexual fue consentida, en cuyo caso, no se destruye la presunción de inocencia y procede la absolución de los procesados pues no hubo ni agresión ni abuso sexual.

En el lenguaje de la calle se suele identificar violación con relación sexual con acceso carnal no consentida, pero nuestro Código Penal, como hemos visto, reserva el término “violación” para las agresiones sexuales con acceso carnal en que *se utiliza la violencia o la intimidación* para anular la libertad sexual de la víctima, que se ve obligada contra su voluntad a mantener la relación sexual, ya sea por la fuerza, ya bajo la amenaza de causarle un mal mayor. Y se utiliza la figura del abuso sexual para los atentados contra la libertad sexual en que no hay violencia ni intimidación.

El debate jurídico que se ha dado en este juicio se ha centrado, por tanto, en estas dos cuestiones fundamentales: (a) si hubo o no violencia o intimidación, y, por tanto, si hubo agresión o abuso, de un lado; y, de otro, (b) si hubo o no consentimiento de la víctima. Los procesados han mantenido que fueron relaciones libremente consentidas mientras que las acusaciones han sostenido que hubo agresión con violencia o intimidación, pretensión ésta que no ha sido estimada.

Algunos juristas han considerado que la actuación de cinco individuos de fuerte complexión y mayor edad frente a la víctima, aislada en un pequeño habitáculo al que fue conducida, situado más allá del portal en el interior de un edificio de viviendas al que accedieron, realizando sobre ella (que, además, estaba bajo los efectos del alcohol que había ingerido con anterioridad (de 1,22 a 1,32 g./l. de alcohol en sangre), todo tipo de prácticas sexuales, es ya una

situación intimidatoria que anuló la capacidad de reacción o resistencia de la víctima. En consecuencia, para estos juristas el Tribunal pudo calificar los hechos como *agresión sexual con intimidación*, y no como abuso sexual, e imponer una pena de prisión de 12 a 15 años (en vez de los 9 años que impuso), al haberse cometido los hechos por la actuación conjunta de varias personas, circunstancia agravante que recoge el artº 180.1.2ª del Código Penal.

Los tres Magistrados han coincidido en que no hubo violencia ni intimidación, y han discrepado en la cuestión del consentimiento. Los dos Magistrados que firman la Sentencia (de 133 páginas), tras una exhaustiva valoración de la prueba practicada, concluyen que no hubo libre consentimiento de la víctima, mientras que el juez discrepante, en su voto particular (de 237 páginas), tras un no menos exhaustivo análisis de la prueba concluye que tampoco hubo abuso sexual al existir dudas razonables que hacen verosímil pensar que las relaciones sexuales fueron consentidas.

La Sentencia ha tenido en cuenta, como no podía ser menos, la doctrina constitucional y jurisprudencial sobre la presunción de inocencia y sobre los conceptos jurídicos de violencia e intimidación en los delitos contra la libertad sexual, y ha contado, entre el abundante material probatorio aportado a la causa (declaraciones de la víctima y de los procesados, de las personas que la trataron después de los hechos, de los policías municipales y forales, trabajadoras sociales, médicos forenses, psicólogos, psiquiatras, peritos, etc. que intervinieron, pruebas médicas y psicológicas que realizaron, etc.), con las grabaciones de vídeos y las fotografías realizadas por los procesados en el habitáculo, imágenes que son interpretadas como prueba de cargo por las acusaciones, y como prueba de descargo por las defensas, y que reflejan solo una parte de lo ocurrido dada su escasa duración (96 segundos de un total de unos 15-20 minutos, si bien han servido para la calificación de los hechos como abuso sexual con prevalimiento.

La violencia típica del delito de agresión sexual es, en la jurisprudencia del TS, el empleo de la fuerza para doblegar la voluntad del sujeto pasivo y lograr el contacto sexual buscado, fuerza idónea, eficaz y suficiente (sin necesidad de que sea irresistible) para impedir a la víctima desenvolverse según su libre determinación, ejercida por medio de golpes, empujones, desgarros, etc., para obligarle a realizar actos de naturaleza sexual. No se exige a la víctima que lleve a cabo una resistencia tal que ponga en riesgo serio su integridad física o incluso su vida en defensa de su libertad sexual.

En el caso que nos ocupa, dice la Sentencia, las acusaciones, que calificaron los hechos como agresión sexual, no han probado el empleo de la fuerza física para doblegar la voluntad de la denunciante.

La intimidación es definida por la jurisprudencia como la amenaza o el anuncio de un mal grave, futuro y verosímil si la víctima no accede a participar en una determinada acción sexual pretendida por el autor. **La intimidación ha de ser seria, previa, inmediata, grave y determinante del consentimiento forzado**, sin que deba ser irresistible sino suficiente para someter o suprimir su voluntad de resistencia, atendiendo a las características objetivas de la conducta ejecutada y a las circunstancias personales de la víctima, que, para evitar males mayores, accede forzosamente a las pretensiones del autor convencida de la inutilidad de prolongar la oposición. Se atenderá fundamentalmente a la conducta del sujeto activo para calificar jurídicamente los actos enjuiciados pues si éste ejerce esa **intimidación clara, suficiente y eficaz** entonces la resistencia de la víctima es innecesaria, pues no es la actividad de ésta la que determina el tipo penal.

En las concretas circunstancias del caso el Tribunal no aprecia que exista intimidación como medio comisivo a los efectos de integrar el tipo de agresión sexual.¹ En cambio sí considera que los procesados *conformaron voluntariamente una situación de preeminencia o superioridad sobre la denunciante, objetivamente apreciable*, que aprovecharon para abusar sexualmente de ella, que no prestó su consentimiento libremente, sino viciado, coaccionado o presionado por tal situación de superioridad manifiesta de la que se prevalieron para coartar la libertad de la víctima. Las prácticas sexuales se realizaron, por tanto, sin la aquiescencia de la denunciante en el ejercicio de su libre voluntad autodeterminada, quien se vio así sometida a la actuación de aquellos.

Por ejemplo, en la página 93 de la Sentencia refiriéndose a uno de los vídeos se dice: “Precisamente este vídeo ... evidencia caracterizadamente la situación de prevalimiento y abuso de la superioridad sobre la denunciante por parte de los procesados; muestra de modo palmario que aquella está sometida a la voluntad de estos, quienes la utilizan como un mero objeto para satisfacer sobre ella sus instintos sexuales”.

Esta actuación se encuadra en el ámbito típico del **abuso sexual con prevalimiento y acceso carnal** del artículo 181.3 y 4 del Código Penal, ya que el *consentimiento se obtiene **prevaliéndose o aprovechando los autores una situación de superioridad manifiesta y eficaz para coartar o condicionar la libertad de elección de la víctima***. Este tipo penal no exige un comportamiento activo de la víctima exteriorizando su oposición.

¹ La denunciante manifiesta en el juicio que tiraron de ella con brusquedad para entrar en el portal, pero no con violencia, que subió la escalera sin que nadie tirara ya de ella ni la agarrara y que sintió sorpresa, pero no miedo ni intimidación (pág. 218 de la Sentencia).

Como se ha dicho antes, los tres Magistrados de forma unánime han excluido el delito de agresión sexual al no haberse producido ni violencia ni intimidación (amenaza clara y grave), tal y como se entienden estos conceptos en la jurisprudencia.

Considerar que aunque no hay una amenaza explícita *la situación es objetiva e implícitamente intimidatoria* para la víctima, equivalente a la que se produciría cuando cinco individuos piden la cartera a otro y éste la entrega sin oponer resistencia (en palabras del Ministro de Justicia), supondría equiparar la situación de superioridad con la intimidación, obviando la distinción que hace el Código Penal de ambos conceptos en estos delitos, y *presumir*, sin evidencia de ello, que la víctima estaba convencida de que si se resistía a realizar las prácticas sexuales los sujetos activos emplearían la fuerza para conseguirlas. En ningún momento la víctima ha declarado que la amenazaron, ni que pensó que si se negaba le causarían un daño mayor utilizando la violencia.

En el relato de los hechos que se dan por probados en la Sentencia no se aprecia esa *amenaza clara, suficiente y eficaz* de un mal mayor por parte de los sujetos activos que exige la jurisprudencia, dado que no fue necesaria para lograr las prácticas sexuales que buscaban pues la parálisis o el bloqueo en que se encontró la víctima (según sus propias palabras en el juicio oral), determinó su actitud de sometimiento inmediato y pasividad, vinculada directamente, según la Sentencia, a la situación de inferioridad en que se encontraba, con lo que fue incapaz de decidir, de reaccionar o de manifestar negativa o reparo alguno a dichas prácticas. Su libertad quedó anulada, coartada o constreñida por su situación de inferioridad, y de ello fueron conscientes los autores, sin que necesitaran utilizar la amenaza para lograr el objetivo perseguido. Los sentimientos que dice la víctima que sintió son de estupor, agobio y desasosiego. Ella misma dice que cuando sintió verdaderamente miedo fue cuando se quedó sola después de los hechos al no disponer de su teléfono (que le había hurtado uno de los autores) para llamar a su amigo R. con el que había ido a Pamplona. Su estado de confusión, determinado posiblemente también por estar bajo los efectos del alcohol, pudo no permitirle siquiera hacer un razonamiento de este tipo (“si me resisto me van a causar un daño, así que mejor no resistirse”), pues su parálisis fue previa y se traducía en “no entender la situación” que estaba viviendo, en “desear que aquello acabase” según expresa ella misma.

El Tribunal que analice el recurso de las acusaciones deberá valorar de nuevo estos elementos para confirmar que no hubo intimidación, o que, por el contrario, sí la hubo. De ello dependerá la calificación del delito como abuso o agresión.

El otro gran debate del caso es **si hubo o no consentimiento** (libre, no viciado) de la víctima a las prácticas sexuales. Las defensas de los procesados han mantenido que las prácticas sexuales fueron libremente consentidas desde el primer momento en que los autores y la joven se encontraron en la Plaza del Castillo y hablaron del tema para, seguidamente, ir caminando juntos durante un trayecto hasta entrar en el portal en que ocurrieron los hechos.

IV. El voto particular.-

El Magistrado que emite el voto particular, en primer lugar resalta el valor que en Derecho Penal tiene la presunción de inocencia (criterio informador del ordenamiento procesal penal y derecho fundamental), que exige que quede probada más allá de toda duda razonable la culpabilidad de los acusados; analiza con gran detalle la prueba practicada, incluidos los vídeos, y cuestiona la valoración de las pruebas que hacen los Magistrados que firman la Sentencia. No observa una actitud de pasividad en la víctima sino que entiende que participa activamente en las prácticas sexuales, y pone de manifiesto las contradicciones en que incurrir la víctima en sus distintas declaraciones, que, a su juicio, no son simples matizaciones como dicen los otros dos Magistrados. Esto le lleva a dudar del testimonio de la víctima.

En este tipo de delitos, que suelen ocurrir en un ámbito en el que solo se encuentran la víctima y el sujeto activo, la declaración de la víctima en juicio es, al mismo tiempo que la denuncia que sirve de base a la acusación, la principal prueba de cargo (testifical), de ahí que la jurisprudencia exija que dicha declaración cumpla al menos determinados requisitos pues en caso contrario el testimonio debería ser desestimado como medio de prueba. Estos requisitos o, mejor, pautas orientativas son: la verosimilitud de su versión (credibilidad objetiva, corroboración del testimonio con datos objetivos de carácter periférico o coherencia externa), credibilidad subjetiva del testimonio (veracidad, ausencia de contradicciones o de motivos espurios, coherencia interna) y la persistencia en la incriminación a lo largo del proceso (ausencia de modificaciones esenciales en las sucesivas declaraciones, concreción, ausencia de ambigüedades o vaguedades). El Magistrado discrepante considera que la declaración de la víctima no cumple estos requisitos y no genera una convicción ausente de toda duda racional. En cuanto al de persistencia, por ejemplo, señala que la víctima relató en la denuncia de los hechos (7 de julio), una agresión sexual con empleo de la fuerza, pero en el acto del juicio oral modificó sustancialmente esa declaración para describir una situación en la que no existió violencia alguna, ni tampoco amenazas. Esta declaración en juicio fue fundamental para que todos los Magistrados desecharan la concurrencia del delito de agresión sexual, aunque las acusaciones siguieron manteniendo en sus conclusiones dicha

calificación, sin tener en cuenta la de abuso sexual. Frente a esta falta de persistencia en las declaraciones de la víctima y las graves contradicciones de la declaración realizada en el juicio con respecto a las anteriores, a juicio del Magistrado discrepante, pone de relieve las declaraciones de los procesados que en todo momento se mantuvieron en la misma línea: que las prácticas sexuales fueron consentidas, que actuaron convencidos de que la denunciante quería mantenerlas, que obraba libre y voluntariamente y que disfrutó de las mismas, sin que en ningún momento mostrara oposición, malestar, negativa o incomodidad alguna. También cuestiona el diagnóstico que incluye la Sentencia (la víctima sufría cuando ocurrieron los hechos un estado de desconexión de la realidad, de “disociación”, de sometimiento), que no se sustenta en ninguna de las pruebas periciales practicadas. Pone en valor la prueba pericial de las defensas que, a diferencia de las forenses (prueba de las acusaciones), dijeron que no veían en los vídeos indicio alguno del “shock” o del “bloqueo” emocional que la denunciante refiere que sufría, añadiendo que tampoco existe un trastorno de estrés postraumático (TEPT) como informan las forenses, y que éstas omitieron algunos de los elementos necesarios de este trastorno como es que la joven haya visto alterada su vida social, laboral, familiar, etc., cosa que no ha ocurrido pues después de los hechos ha continuado su vida social con toda normalidad.

Considera verosímil este Magistrado que la denuncia haya tenido un móvil espurio pues sabiendo que los hechos habían sido grabados en vídeo la víctima temió que fueran difundidos en las redes sociales, por lo que, para justificar su conducta (una relación sexual con cinco desconocidos), admitió, respondiendo a las preguntas y sugerencias de testigos y policías (se limitó en los primeros momentos “a responder prácticamente con monosílabos a las preguntas que quienes estuvieron con ella en los primeros momentos le iban haciendo”, y no hizo por sí misma un relato espontáneo), que había sido objeto de una agresión sexual. “En consecuencia, las alegaciones de las defensas sobre la concurrencia de un posible móvil espurio no puede considerarse como descabellada, absurda o irrazonable”, dice el voto particular. La Sentencia, en cambio, considera que no aprecia que exista tal móvil espurio o interés de otra índole que limite la certidumbre generada por la declaración de la denunciante y desacredite la credibilidad subjetiva de su declaración (págs. 41 y 42), pues ésta no aludió a las posibles grabaciones en las manifestaciones que hizo inmediatamente después de los hechos, y, además, en el juicio manifestó con claridad que no vio que la hubieran estado grabando.

También pone de relieve el Magistrado discrepante que la forma desconsiderada en que los cinco acusados se marcharon del portal una vez satisfechos sus deseos, dejándola sola, abandonada y medio desnuda, pudo provocar “todo un torrente de sentimientos, y también resentimiento, en quien

la sufra, lo que unido al resto de circunstancias que se han expuesto, alimenta sin esfuerzo la duda acerca de si una relación sexual insatisfactoria y emocionalmente traumática, mantenida por una sola mujer con cinco desconocidos en un portal, con una tasa de alcohol en ese momento superior a 1 g/l en sangre, ... aun cuando ella no se hubiera negado a mantenerla, *podría ser una explicación razonable a su estado emocional después de los hechos*” (lloraba con angustia y no podía articular un relato coherente de lo ocurrido, salvo palabras sueltas y frases cortas entre sollozos, dice la Sentencia), como reconocieron las psicólogas forenses en el acto del juicio. Por ello, no se puede afirmar “más allá de toda duda razonable que el testimonio de cargo (de la víctima) se halle libre de toda sombra en cuanto a su credibilidad subjetiva se refiere”. Otro detalle que hace dudar de la credibilidad de la denunciante es su preocupación o pesar por “el perjuicio que su denuncia pudiera causar a los denunciados...” respecto de los cuales manifestó en el juicio que “no puedo tener ningún sentimiento hacia ellos pero ni bueno ni malo, porque no los conozco, o sea, es como una persona de la calle para mí”. Indicar esto respecto de aquellos a los que se está acusando por hechos de tal gravedad “como poco resulta sorprendente”, dice el Magistrado discrepante. “La propia denunciante en su declaración en el plenario afirmó que, a su juicio, es posible que los acusados hubieran interpretado que ella no se estaba sometiendo”, sino que consentía las relaciones. La versión de los acusados se ve corroborada y dotada de razonabilidad por “lo que hasta aquí se ha expresado”, y reforzada por su comportamiento a partir del momento en que abandonan el portal caminando “sin el más mínimo signo de apresuramiento, nerviosismo o cautela, con absoluta naturalidad...”, y mostrándose tranquilos y colaboradores con los agentes de policía que los interrogaron, contando incluso que tenían una grabación del asunto que demostraba que las relaciones que habían mantenido habían sido consentidas.

Como conclusión el Magistrado discrepante expone (pág. 325) que los acusados han ofrecido una versión alternativa de los hechos que ... resulta persistente, coherente, lógica y razonable en su exposición, corroborada por la prueba objetiva practicada en juicio y no desmentida por la prueba de cargo aportada por las acusaciones, basada principalmente en la declaración de la víctima que se ha presentado con la debilidad y fragilidad que ha quedado expuesta, de modo que ha configurado por sí sola *la duda razonable* que, junto con la valoración que se ha hecho del conjunto de la prueba practicada, impide la quiebra de la presunción de inocencia y, en consecuencia, entre las dos versiones acoger la más beneficiosa para los acusados pues “no aprecio elementos de juicio suficientes para concluir más allá de una duda razonable que los cinco acusados hubiesen cometido los hechos que las cuatro acusaciones les imputan, como tampoco los que se declaran probados en la sentencia mayoritaria como constitutivos de cinco delitos continuados de abuso sexual con

prevalimiento, debiendo prevalecer, en consecuencia, su derecho fundamental a la presunción de inocencia, por lo que procede la libre absolución de los cinco procesados respecto de estos delitos.

Finalmente el Magistrado discrepante expone que la Sentencia ha desbordado los límites del principio acusatorio (debe haber una congruencia entre la acusación y el fallo, y el juez no puede condenar por un delito distinto al solicitado por la acusación) y vulnerado el derecho de defensa y a un proceso con todas las garantías (páginas 328 y ss.), pues ha estimado una calificación jurídica (abuso sexual con prevalimiento) que no fue alegada por las acusaciones (estas calificaron los hechos como agresión sexual con violencia o intimidación, sin aludir como alternativo o subsidiario al abuso sexual con prevalimiento), lo que ha producido indefensión a las defensas, que no pudieron alegar nada respecto al abuso sexual introducido ex novo en la Sentencia. A este tema también dedica un análisis la Sentencia mayoritaria que dice que ambos tipos penales son *homogéneos* y que no hay indefensión, pero este argumento es cuestionado en el voto particular que considera que hay *elementos esenciales, no accesorios*, del delito de abuso sexual con prevalimiento que no fueron objeto de debate contradictorio en el juicio y de los que no pudieron defenderse los acusados.

V. Conclusión.-

No cabe duda que las defensas de los procesados (ahora condenados) apoyarán los recursos de apelación que interpongan ante el Tribunal Superior de Justicia de Navarra en gran medida en los argumentos contenidos en este voto particular, que son, en muchos aspectos, coincidentes con los mantenidos por las defensas en el juicio. En cambio, las acusaciones tratarán de obtener un aumento de las condenas argumentando que hubo intimidación. Las cuestiones clave que determinarán el fallo en las instancias superiores, son, por tanto, las que aquí hemos apuntado: si hubo o no intimidación (elemento de la agresión sexual); si no la hubo y es acertada la calificación de abuso con prevalimiento; si hubo consentimiento viciado y no libre de la víctima, o bien ésta consintió libremente las relaciones, o hubo creencia (errónea) de los condenados de que ella consentía; y si hubo o no indefensión de los procesados al introducir la Sentencia un tipo delictivo que no fue alegado en ningún momento por las acusaciones.

Creo que el voto particular no ha tenido suficientemente en cuenta la situación en que se encontraba la víctima antes, durante² y después de los

² Ha causado sorpresa que, viendo las mismas imágenes, el juez del voto particular aprecie en los vídeos “deshibición total y explícitos actos sexuales en un ambiente de jolgorio y regocijo en todos ellos, y, ciertamente, menor actividad y expresividad en la denunciante” (pág. 244), mientras que la Sentencia mayoritaria habla de que “la denunciante está agazapada, acorralada contra la pared y gritando; estas imágenes evidencian que estaba atemorizada y sometida de esta forma a la voluntad de los procesados” (pág. 105).

hechos (bajo los efectos del alcohol, sorprendida por la actuación repentina de los condenados, en inferioridad física y numérica, sin capacidad de reacción, aislada en un cubículo sin escapatoria posible, mentalmente confundida) a la hora de valorar la credibilidad y las posibles contradicciones de su testimonio, pero, en todo caso, son los jueces de las instancias superiores los que, con acceso a todos los elementos de prueba, con respeto a las garantías que nuestro sistema consagra, y de forma imparcial, podrán llegar a unas conclusiones definitivas sobre los temas debatidos en este juicio. Los jueces tienen que observar unas pautas mínimas establecidas por la jurisprudencia a la hora de otorgar credibilidad a los testimonios de la víctima o de los acusados, y tienen que razonar y justificar en su Sentencia por qué dan credibilidad a una u otros teniendo en cuenta el conjunto de la prueba practicada. No se trata, por tanto, de hacer un *acto de fe* en uno u otro testimonio. Decir que siempre hay que creer de modo preferente la versión de la víctima es contrario a las garantías de nuestro sistema penal.

Sevilla, 12 de mayo de 2018

Carlos Carrera Ortiz,

Abogado y Profesor honorario de la Universidad Pablo de Olavide