



FACULTAD DE DERECHO

**ANÁLISIS JURÍDICO DE LA SENTENCIA Nº
38/2018 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL
DE NAVARRA**

Autor: Paloma Falcones

5º E3 A

Área de conocimiento

Tutor: Concepción Molina

Blázquez

Resumen

La sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Navarra de 20 de marzo 38/2018, en adelante “La Manada”, ha sido una de las sentencias con más repercusión en España en los últimos años. La resolución de la sentencia mayoritaria considera que hubo un abuso sexual con prevalimiento por parte de los acusados. No obstante, la ausencia de consentimiento de la víctima no se demuestra a través de las pruebas. Tampoco se puede afirmar, en el caso de que la denunciante no hubiese consentido, que los procesados conociesen esa falta de consentimiento de la víctima pues no hay ningún tipo de exteriorización. Por lo tanto prevalece la presunción de inocencia de los acusados debido y deberían de ser absueltos. En esta Sentencia se plantean: la diferencia existente entre agresión sexual y abuso sexual con prevalimiento así como la conveniencia de una reforma del Código penal, la valoración del testimonio del sujeto pasivo como testigo en delitos sexuales, y las posibles vulneraciones a la independencia del Poder Judicial y a la presunción de inocencia tanto por personajes públicos como por los medios de comunicación.

Palabra clave: La Manada, presunción de inocencia, *in dubio pro reo*, agresión sexual, abuso sexual, prevalimiento, violencia, intimidación, testimonio, libertad sexual, indemnidad sexual.

Abstract

The ruling of the Second Section of the Audiencia Provincial of Navarra of March 20 38/2018, hereinafter “La Manada” has been one of the rulings with a great resonance in Spain in the last years. The court’s decision has been that the defendants committed the crime described in the article 181.3 of the Criminal Code. However, the absence of consent of the complainant has not been proved through the evidence found. Nor can it be stated, if the complainant truly did not consent, that the defendants knew about that lack of consent of the complainant as there were no type of externalization of it.

Consequently, the defendants presumption of innocence prevails and they should be acquitted. This sentence raises de following questions: the , between sexual assault and sexual abuse with prevalence, as well as the convenience of the criminal code reform, the evaluation of the testimony of the complainant when at the same time is the principal witness in sexual offences, and the possible violations to the Judicial Power independence and the presumption of innocence of the defendants by both public figures and the media

Key words: La Manada, presumption of innocence, *in dubio pro reo*, sexual assault, sexual abuse, prevalence, violence, intimidation, testimony, sexual freedom, sexual integrity.

Índice

1. ABREVIATURAS	5
2. INTRODUCCIÓN	6
2.1 Justificación	6
2.2 Metodología.....	9
3. INTRODUCCIÓN HISTÓRICA DE LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUAL	10
4. ANÁLISIS JURÍDICO DE LOS DELITOS DE AGRESIÓN Y ABUSO SEXUALES	13
4.1 Bienes jurídicos protegidos	13
4.2 Agresión sexual	14
4.2.1 Tipo Básico	14
4.2.2 Tipo cualificado de violación	15
4.2.3 Tipos cualificados del artículo 180 CP.....	16
4.3 Abuso sexual.....	18
4.3.1 Tipo Básico	19
4.3.2 Ausencia de consentimiento “ex lege” art 181.2 CP	20
4.3.3 Abuso sexual por prevalimiento	21
4.3.4 Tipos cualificados del artículo 181 CP.....	22
4.4 Diferencia entre agresión sexual y abuso sexual con prevalimiento	22
5. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA 38/2018 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE NAVARRA	25
5.1 Hechos probados	26
5.1.1 Sentencia mayoritaria	26
5.1.2 Voto particular	29
5.2 Análisis crítico de los hechos.....	30
5.3 Fundamentos de Derecho	43
6. CONCLUSIONES	48
BIBLIOGRAFÍA	50

1. ABREVIATURAS

AP: Audiencia Provincial

CE: Constitución Española

CP: Código Penal

LECrim: Ley de Enjuiciamiento Criminal

LO: Ley Orgánica

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

STC Sentencia del Tribunal Constitucional

2. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene como objeto hacer un análisis jurídico de la Sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Navarra de 20 de marzo 38/2018, en adelante “La Manada”.

2.1 Justificación

Lo más interesante que se puede sustraer de esta sentencia es la brecha existente entre la opinión de la sociedad y nuestro ordenamiento jurídico¹, así como la valoración del testimonio de una posible víctima de una agresión sexual como prueba de cargo esencial, es decir siendo sujeto pasivo y testigo al mismo tiempo².

La justicia emana del pueblo, y los jueces y magistrados la tienen que aplicar de forma independiente en virtud del artículo 117.1 de la Constitución. Nuestro ordenamiento jurídico forma parte de aquellos sistemas continentales en donde la fuente primordial del derecho es la ley, por lo tanto los jueces no pueden crear derecho sino interpretarlo y aplicarlo en aras de conseguir una seguridad jurídica estable.³

La Manada ha sido un juicio muy polémico tanto por la resolución de la sentencia mayoritaria como por el voto particular emitido. Además, debido a las numerosas protestas que hubo se planteó incluso realizar una reforma del Código penal para definir más nítidamente la diferencia entre abuso y agresión sexual⁴. Existen tres posturas claramente diferenciadas entre las diversas opiniones emitidas. Un gran número de personas considera que los hechos denunciados constituyen una verdadera agresión sexual, que además sería una violación según la definición del CP al haber acceso carnal. Cabe mencionar que en las tres primeras horas después de la resolución de la sentencia

¹ LASCURAÍN SÁNCHEZ, JUAN ANTONIO, “Las huellas de la Manada”, *El cronista del estado social y democrático de derecho*, 77, 2018, pp.16-21

² RAMÍREZ ORTIZ, JOSÉ LUÍS, “El testimonio único de quien afirma ser víctima desde la perspectiva de género”, *Juezas y jueces para la Democracia*, 10, 2018, pp .9-23

³ MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, “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 penal*, 43, 2019, pp. 290-299

⁴ *Ídem*

había aproximadamente 450.000 etiquetas en las redes sociales con etiquetas apoyando a la denunciante⁵. Otro sector de la población comparte la resolución del voto particular, y cree que las actuaciones llevadas a cabo por los procesados no es una agresión sexual ni un abuso sexual, bien porque la joven consintió dichos actos o porque los acusados no conocían la falta de consentimiento de la denunciante. Por otro lado, otros piensan, coincidiendo con la sentencia mayoritaria, que se trata de un abuso sexual en el que los acusados se prevalieron de una situación de superioridad obteniendo de esta forma el consentimiento viciado de la denunciante⁶. En todo caso, ante unos mismos hechos analizados se presentan tres posibles soluciones cuyas consecuencias son drásticamente diferentes, absolución o prisión, que dependiendo de si se trata violación o abuso sexual los número de años de la condena difieren.

Esta divergencia de opiniones ha llegado a veces a traspasar la independencia del Poder Judicial tanto por parte de los medios de comunicación como de personajes públicos, incluidos ministro y un gran número de personas⁷, cuyas lesiones han sido objeto de crítica por el Poder Judicial, pues como se ha mencionado antes, la independencia del Poder Judicial está recogida por la Constitución y su lesión puede conllevar un grave peligro a la seguridad jurídica del Estado. Sin embargo, este tipo de situaciones en donde la gente manifiesta su opinión de forma mucho más intensa, tiene una importancia mucho mayor de la que parece pues se debe a que la gente cree que los magistrados no han resuelto correctamente y buscan un cambio.⁸

Por lo tanto, esta sentencia ha dividido a la población y ha tenido una gran repercusión por las implicaciones que conlleva planteando la siguiente cuestión ¿Cómo ha de reflejar la legislación la realidad social?

A mi juicio, las diferentes opiniones tienen su fundamento, entre otras cosas, en la valoración de la prueba de los hechos. En la Manada cuando se valoraron los hechos, la denunciante era a la vez testigo y supuesta víctima. Teniendo en cuenta las implicaciones que tiene una sentencia y un testimonio, los jueces tienen que intentar valorar los hechos

⁵ PRESNO LINERA, MIGUEL ÁNGEL, “Proceso Penal y Proceso Social (a propósito del caso “La manada”), *El cronista del estado social y democrático de derecho*, 77, 2018, pp.50-59

⁶ *Ídem*

⁷ GALLARDO PAÚLS, BEATRIZ, “Las huellas de la Manada”, *El cronista del estado social y democrático de derecho*, 77, 2018, pp.34-43

⁸ PRESNO LINERA, MIGUEL ÁNGEL, “Proceso Penal y Proceso Social (a propósito del caso “La manada”), *El cronista del estado social y democrático de derecho*, 77, 2018, pp.50-59

alejándose lo mínimo de la realidad, y tratar de reducir el error. Para comprobar la veracidad de los testimonios los jueces se fijan en la verosimilitud a través de criterios objetivos, que se pueden resumir en la coherencia y corroboración con hechos objetivos del relato⁹. No obstante, en los delitos de naturaleza sexual el relato de la víctima es analizado más rigurosamente por la posible credibilidad subjetiva que puede existir, es decir que haya una motivación extra en la denuncia. Algunos consideran que el hecho de ser víctima no debería conllevar un mayor rigor, pues la víctima también tiene derecho a ser creída en un plano de igualdad respecto a otras víctimas y a los procesados¹⁰. Sin embargo, otros consideran que en aras de respetar el principio “*in dubio pro reo*” el testimonio de la víctima tiene que ser revisado profundamente y contrastado con hechos objetivos para quebrar la presunción de inocencia, pues si puede existir una incredibilidad subjetiva que debilita su postura¹¹. La doctrina ha establecido una serie de criterios para analizar este tipo de testimonios: la credibilidad subjetiva de la víctima, la verosimilitud del testimonio y la persistencia en la incriminación¹². Ahora, incluso se han acotado más los criterios de valoración para objetivarlo lo máximo posible¹³. En el caso de la Manada ha habido una gran controversia por el testimonio y la credibilidad de la víctima, en relación a la valoración de dicho testimonio por parte de los magistrados. De hecho, el voto particular estructura y ordena su voto disidente a través de una crítica a los parámetros antes mencionados desmontando el testimonio de la víctima. Los distintos hechos que sucedieron y son analizados en este caso han sido evaluados meticulosamente por muchísima gente, enfrentando posturas sobre la duda que se planteaba respecto al consentimiento de la denunciante. En este caso, y en todos los que sean sobre delitos sexuales son necesarias unas pautas que guíen a los jueces y permitan contrastar a la testigo y sujeto pasivo.

Por lo tanto, debido al alcance de La Manada se ha llegado incluso a plantear posibles reformas del Código penal que para aclarar la diferencia entre intimidación y prevalimiento debido a la posible laguna en la legislación que existe en la definición de

⁹ LÓPEZ ORTEGA, JUAN JOSÉ, “Yo sí te creo”, *Juezas y jueces para la Democracia*, 10, 2018, pp .1-8

¹⁰ LÓPEZ ORTEGA, JUAN JOSÉ, “Yo sí te creo”, *Juezas y jueces para la Democracia*, 10, 2018, pp .1-8

¹¹ RAMÍREZ ORTIZ, JOSÉ LUÍS, “El testimonio único de quien afirma ser víctima desde la perspectiva de género”, *Juezas y jueces para la Democracia*, 10, 2018, pp . 9-23

¹² STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) de 27 de abril 305/2017, (FJ Quinto)

¹³ STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) de 26 de febrero 119/2019, (FJ Tercero)

ambos conceptos. Dificultad que además se incrementa al valorar el testimonio de una testigo que es la posible víctima. Todo esto hacen de este caso una sentencia muy trascendente con unas claras consecuencias en el desarrollo de los delitos sexuales en España.

2.2 Metodología

Para llevar a cabo este trabajo se ha estructurado el análisis en dos etapas diferentes. En primer lugar, se ha realizado una revisión sobre el desarrollo histórico de los delitos sexuales y sobre la definición y diferencias entre abuso y agresión sexual. Posteriormente, se ha estudiado y analizado la sentencia de La Manada desde una perspectiva jurídica.

La revisión del desarrollo histórico se ha hecho para entender mejor el significado actual de los delitos sexuales y los bienes jurídicos protegidos. Adicionalmente, se ha hecho un análisis doctrinal acerca de la definición, interpretación y diferencias de los delitos de abuso y agresión sexual. Este análisis se ha efectuado para poder comprender mejor la sentencia y las posibles soluciones que existen. De esta forma, este análisis doctrinal también se ha completado con artículos jurídicos que concretan más dichas diferencias respecto a La Manada. Las palabras clave para encontrar esta información fueron: La Manada, agresión sexual, abuso sexual, presunción de inocencia, delitos sexuales, libertad e indemnidad sexual, etc. Se hicieron búsquedas en Dialnet, Aranzadi, Google Scholar, Iustel, Laleydigital360 o el BOE. Esta revisión está compuesta por obras doctrinales con posturas diferentes para enriquecer el análisis jurídico y tener más perspectiva a la hora de analizar La Manada.

La segunda fase ha consistido en un análisis riguroso y profundo sobre La Manada, contrastando la sentencia mayoritaria, el voto particular, la jurisprudencia y los numerosos artículos que se han escrito al respecto. En este aspecto, esta información se ha conseguido también a través de bases de datos como Aranzadi, Laleydigital360 y CENDOJ.

3. INTRODUCCIÓN HISTÓRICA DE LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUAL

Pocos delitos han gozado de tanta atención del legislador como los delitos sexuales ¹⁴. A lo largo de los años y durante más de un siglo, los delitos sexuales han ido adaptándose a una evolución legislativa y una realidad social paralelas.

1. Si nos remontamos al Código Penal Pacheco (1848) los delitos contra la libertad sexual e indemnidad sexual se denominaban ‘Los delitos contra la honestidad’, y estaban ubicados en el título X del libro II, que incluía cinco capítulos: adulterio y amancebamiento, violación, estupro y la corrupción de menores, el rapto, los abusos deshonestos y disposiciones comunes a todos ellos. Así, el bien jurídico protegido por el Derecho Penal era la “honestidad o moral sexual colectiva”¹⁵. Con todos los cambios vivos en el siglo XX, este tipo de delitos experimentaron un cambio paralelo a la transformación de la sociedad¹⁶
2. Sin embargo, durante los 70 el bien jurídico protegido por los delitos sexuales cambia lentamente de honestidad a libertad sexual, a través de reformas ligeras como por ejemplo la supresión de los delitos de adulterio, amancebamiento, estupro fraudulento, rapto de una menor de 23 años o la venta de anticonceptivos.¹⁷
3. Sin embargo, no es hasta la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código Penal de 1983 cuando el Derecho Penal en aras de reflejar más fielmente los principios propugnados por la Constitución propone cambiar el nombre del título a “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, pero tanto esa Propuesta como el Proyecto de 1980 no salieron adelante. Finalmente, la Ley Orgánica 3/1989 de 21

¹⁴ LAMARCA PÉREZ, CARMEN, “La protección de la libertad sexual en el nuevo Código penal”, *Jueces para la democracia*, 27, 1996, pp. 50-61

¹⁵ DÍEZ RIPOLLES, JOSÉ LUÍS, *Delitos contra la libertad sexual*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2010

¹⁶ GARCÍA ÁLVAREZ, JAVIER, *Derecho penal español. Parte especial (I)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p.399

¹⁷ MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, “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 penal*, 43, 2019, pp. 290-299.

de junio modifica el título de “*delitos contra la honestidad*” por el de “*delitos contra la libertad sexual*” culminando esas pretensiones arrastradas desde los ya 70¹⁸. Según la Exposición de Motivos de la citada reforma hay que “respetar la idea de que las rúbricas han de tender a expresar el bien jurídico en los diferentes preceptos, lo que supone sustituir honestidad por libertad sexual”. Se buscaba por lo tanto suprimir las connotaciones moralizantes que conllevaba “honestidad”, y resaltar la libertad que tienen las personas a su autodeterminación sexual¹⁹. La nueva redacción ampliaba el concepto de violación, pues además del coito ahora incluía el coito vaginal, el acceso carnal bucal y rectal²⁰. De esta forma, los hombres también pueden ser sujetos activos o pasivos de los delitos sexuales a partir de dicha reforma. Por otro lado, el perdón dejaba de extinguir los delitos sexuales (aunque el perdón no extinguía el delito de violación desde la reforma de 1983). Además, se incorporó la introducción de objetos por vía vaginal o anal como posible agresión sexual cualificada (artículo 430 CP 1989).

4. El Código Penal de 1995 culmina ese proceso legislativo sobre los delitos sexuales, marcando la diferencia entre abuso y agresión sexual en el uso de violencia e intimidación, y no en la existencia de un acceso carnal, compartiendo ambos la falta de consentimiento. Se produce una reforma lingüística pues “violación” y “estupro” fueron sustituidas por “agresión” y “abuso”. La sustitución del término violación provocó numerosas discusiones y enmiendas, lo que condujo a la reforma de 1999²¹.
5. La Ley Orgánica 11/1999 vuelve a cambiar la rúbrica del título VIII del Código Penal de 1995 por “*Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*”, haciendo hincapié el legislador en que la libertad sexual no es el único bien jurídico protegido en todos los delitos ubicados en ese Título. Las normas que castigan dichos delitos sexuales buscan proteger no solo el bien jurídico que consagra “la expresada libertad sexual, ya que también se han de tener muy especialmente en cuenta los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana, el derecho al

¹⁸ LAMARCA PÉREZ, CARMEN, *Delitos. La parte especial del Derecho penal*, Dykinson, Madrid, 2018, p. 169

¹⁹ LAMARCA PÉREZ, CARMEN, “La protección de la libertad sexual en el nuevo Código Penal”, *Jueces para la democracia*, 27, 1996, pp. 50-61.

²⁰ GARCÍA VALDÉS, CARLOS, *Lecciones de derecho penal: (adaptadas a la docencia del Plan Bolonia)*. Parte Especial, Edisofer, 2017, p. 86

²¹ DÍEZ RIPOLLES, JOSÉ LUÍS, *Delitos contra la libertad sexual*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2010

libre desarrollo de la personalidad y la indemnidad o integridad sexual de los menores y personas con discapacidad, cuya voluntad, carente de la necesaria formación para poder ser considerada verdaderamente como libre, no puede ser siempre determinante de la licitud de unas conductas que, sin embargo, podrían ser lícitas entre adultos” según la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 11/1999. Además del cambio de nombre del título, una de las reformas más relevantes que se incluyen en esta Ley Orgánica, es la cualificación de las penas de los abusos sexuales, incluyendo prisión, y se recuperó el término de violación para aquellos que cometiesen el delito tipificado en el artículo 179 del CP.

4. ANÁLISIS JURÍDICO DE LOS DELITOS DE AGRESIÓN Y ABUSO SEXUALES

4.1 Bienes jurídicos protegidos

Los delitos de agresión y abuso sexual, tipificados en los artículos 178-183 CP, tienen como objeto de protección la libertad e indemnidad sexual desde la LO 11/1999 tal y como proclama la rúbrica del Título VIII donde están ubicados.

Cuando hablamos de libertad sexual, hacemos referencia al tipo de libertad sobre el que se recae el ejercicio de la propia sexualidad y la disposición del cuerpo del individuo²². Incluye el elemento cognitivo y volitivo de un sujeto sobre sus actos sexuales. Tiene por lo tanto dos vertientes, una negativa y otra positiva. Su vertiente positiva consiste en la autodeterminación del sujeto sobre sus actuaciones sexuales. Mientras, que su vertiente negativa es no participar en relaciones con otras personas²³. Este último concepto es el que goza de una protección independiente y autónoma de la libertad general. De modo que un ataque a la libertad sexual es siempre un ataque contra la libertad, pero por su complejidad y especial relevancia tiene una protección específica.

Por otro lado, los delitos sexuales también protegen otro bien jurídico, la indemnidad sexual. La indemnidad sexual alude a aquellas personas que no tienen libertad sexual temporalmente (menores), o definitivamente (personas con discapacidad). Por lo tanto, al carecer de una voluntad formada, por no tener esa capacidad o autonomía para hacer uso de su libertad, bien sea por su discapacidad o por su inmadurez dada por su falta de mayoría de edad, se pretende proteger la libertad sexual que tengan en un futuro²⁴. Dicho de otra forma, respecto a los menores se protege la ordinaria evolución y desarrollo de su personalidad para que cuando alcancen la formación y madurez necesaria puedan libremente decidir sobre su actuación sexual. Respecto a las personas con discapacidad se protege que no sean aprovechados por otros como un medio para colmar sus intenciones sexuales. La diferencia básica entre ambas protecciones es que mientras que

²² VIVES ANTÓN, TOMÁS, *Derecho Penal: Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 201

²³ QUINTERO OLIVARES, GONZALO, *Comentarios al Código penal. Tomo I. Parte General (Artículos 1 a 137)*, Thomson Reuters, Madrid, 2011, p. 1141

²⁴ MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 188 y 189

con las personas con discapacidad, se presta atención a la graduación de la discapacidad, y no existe por ende una presunción de lesión a su libertad o indemnidad sexual en todo acto sexual en el que participen, en el caso de los menores por su falta de edad, y consecuentemente inmadurez, existe una presunción iure et de iure de lesión a su indemnidad sexual en todo acto sexual en los que sean involucrados.²⁵

4.2 Agresión sexual

4.2.1 Tipo Básico

Las agresiones sexuales se encuentran recogidas en el Capítulo I del Título VIII del CP, y consta de un tipo básico redactado en el artículo 178, y dos tipos cualificados que le siguen en los artículos 179 y 180.

El artículo 178 contiene el tipo básico de la agresión sexual, y dice “El que atentare contra la libertad sexual de otra persona, con violencia o intimidación, será castigado como responsable de agresión sexual con la pena de prisión de uno a cinco años”.

El concepto de atentado contra la libertad sexual exige que los sujetos hayan tenido un contacto corporal²⁶, sin el consentimiento de la víctima²⁷, y ha de estar dentro del ámbito subjetivo sexual, ámbito que está acotado por el contexto actual²⁸.

Respecto a los posibles sujetos activos y pasivos de las agresiones sexuales pueden serlo tanto los hombres como las mujeres, pues no se exige ninguna condición especial para violar la libertad sexual o ser víctima de dicho delito.

Por otro lado, la agresión sexual requiere “violencia o intimidación”²⁹, siendo dichos conceptos la diferencia básica entre las agresiones y abusos sexuales. Además debe de

²⁵ MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, “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 penal*, 43, 2019, pp. 290-299.

²⁶ STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) de 29 de enero 39/2009 (FJ Quinto)

²⁷ STS (Sala de lo Penal, Sección 2ª) de 3 de mayo 408/2007 (FJ Primero)

²⁸ LAMARCA PÉREZ, CARMEN, *Delitos. La parte especial del Derecho penal*, Dykinson, Madrid, 2018, p. 171

²⁹ GARCÍA VALDÉS, CARLOS, *Lecciones de derecho penal: (adaptadas a la docencia del Plan Bolonia). Parte Especial*, Edisofer, 2017, p. 89

existir un vínculo causal entre la violencia o intimidación y el contacto corporal, para conseguir dicho contacto y que sea suficiente para lograrlo³⁰. En cuanto a la violencia, esta sustituye el concepto de fuerza que recogía el antiguo Código Penal, “equivale a acometimiento, coacción o imposición material”³¹. Es por tanto “...*el empleo de una fuerza física suficiente y eficaz*”³² para doblegar la voluntad de la víctima, que incrementa a mayor resistencia del sujeto pasivo. Lógicamente para valorar si hubo o no una violencia idónea, habrá que hacer un análisis teniendo en cuenta las circunstancias y el contexto. Según el Tribunal Supremo “...La intimidación consiste en la amenaza de un mal,..., bastando que sea grave, futuro y verosímil. Es por tanto, de contenido psíquico. También se ha exigido en esos delitos que la intimidación sea seria, previa, inmediata, grave y determinante del consentimiento forzado”³³.

Para que exista dolo, el sujeto activo tiene que querer agredir sexualmente a la víctima, con conocimiento de su alcance sexual ³⁴.

En el caso de que se cumplan todos los requisitos mencionados *ad supra*, pero no llegase a ver contacto corporal, es decir no hay consumación, se calificará como tentativa (artículo 16.1 CP) .

El tipo subjetivo del tipo básico de agresión sexual es el dolo de ejecutar la acción constitutiva de agresión sexual conociendo y queriendo involucrar al sujeto pasivo en la acción sexual sin su consentimiento³⁵.

4.2.2 Tipo cualificado de violación

A la luz del artículo 179 del CP “cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de

³⁰ STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) de 29 de enero 39/2009, (FJ quinto)

³¹ STS (Sala de lo Penal) de 7 de octubre 1145/1998, (FJ Noveno)

³² STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) de 28 de mayo 355/2015 (FJ Decimotercero)

³³ STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) de 21 de enero 9/2016, (FJ Primero)

³⁴ SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, *Lecciones de Derecho Penal: Parte Especial*, Atelier, Barcelona, 2015, p. 132

³⁵ LAMARCA PÉREZ, CARMEN, *Delitos. La parte especial del Derecho penal*, Dykinson, Madrid, 2018, p. 176

las dos primeras vías, el responsable será castigado como reo de violación con la pena de prisión de seis a doce años”.

El nombre de violación vuelve a aparecer en el CP tras la LO 11/1999, tras las numerosas críticas que recibió la supresión del término. Se buscaba subrayar la diferencia entre ambas acciones, y la coincidencia del lenguaje social y jurídico³⁶. Sin embargo puede que dicho término sea ambiguo, pues quizás no se corresponde las connotaciones sociales que tiene el concepto de violación.

Los posibles sujetos activos de este tipo cualificado están limitados a la conducta que se haya llevado a cabo. Por ejemplo, el acceso carnal está interpretado como la penetración del pene en la vagina, ano o boca, por consiguiente la mayoría de la doctrina sostiene que el sujeto activo de esta acción debe de ser un hombre, mientras que el sujeto pasivo puede ser hombre o mujer.

La introducción de miembros corporales u objetos por la vagina o el ano, admite como sujeto activo o pasivo tanto al hombre como a la mujer, salvo que se trate de la vía vaginal³⁷.

El momento de la consumación es especialmente difícil de establecer teniendo en cuenta las posibles vías. En relación con la introducción de miembros corporales u objetos, es necesario que el objeto o miembro corporal se introduzca por el ano o vagina de la víctima. Mientras que el acceso carnal exige una penetración del órgano sexual masculino en la vagina, boca o ano. La eyaculación es indiferente.³⁸

4.2.3 Tipos cualificados del artículo 180 CP

El artículo 180 del CP contiene una serie de tipos cualificados sobre los artículos 178 y 179 del CP, especificando las penas del delito y reza: “las anteriores conductas serán

³⁶ QUINTERO OLIVARES, GONZALO, *Comentarios al Código penal. Tomo I. Parte General (Artículos 1 a 137)*, Thomson Reuters, Madrid, 2011, p. 1149

³⁷ BOIX REIG, JAVIER, *Derecho Penal Parte Especial Volumen I*, Iustel, Madrid, 2010, p. 324

³⁸ MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 195

castigadas con las penas de prisión de cinco a diez años para las agresiones del artículo 178, y de doce a quince años para las del artículo 179, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- 1.^a Cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.
 - 2.^a Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas.
 - 3.^a Cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o situación, salvo lo dispuesto en el artículo 183.
 - 4.^a Cuando, para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima.
 - 5.^a Cuando el autor haga uso de armas u otros medios igualmente peligrosos, susceptibles de producir la muerte o alguna de las lesiones previstas en los artículos 149 y 150 de este Código, sin perjuicio de la pena que pudiera corresponder por la muerte o lesiones causadas.
2. Si concurrieren dos o más de las anteriores circunstancias, las penas previstas en este artículo se impondrán en su mitad superior.”

La mayoría de estos tipos cualificados tienen como denominador común la situación de inferioridad de ostenta la víctima respecto al autor de la agresión sexual.

El carácter particularmente degradante o vejatorio que contiene la circunstancia 1^a hace referencia al modo violento o intimidador constituyente de la agresión sexual, como ha venido reiterando la jurisprudencia³⁹. Dicho modo, tiene que superar claramente los estándares ya degradantes y vejatorios que supone cualquier agresión sexual.⁴⁰⁴¹

La circunstancia 2^a, en la que dos o más personas realizan el hecho conlleva una mayor indefensión de la víctima y más peligro. Este tipo cualificado se aplicará no solo cuando la acción es repetida por los sujetos activos, también cuando uno o algunos realicen parte del tipo y el resto otra parte.⁴²

³⁹ STS (Sala de lo Penal, Sección 1^a) de 28 de marzo 530/2001

⁴⁰ *Ídem*

⁴¹ QUINTERO OLIVARES, GONZALO, *Comentarios al Código penal. Tomo I. Parte General (Artículos 1 a 137)*, Thomson Reuters, Madrid, 2011, p. 1156

⁴² SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, *Lecciones de Derecho Penal: Parte Especial*, Atelier, Barcelona, 2015, p. 142

El legislador ha intentado a través de la circunstancia 3ª proteger aun más a aquellas personas que más vulnerables y la indefensión que aquello conlleva. Así, “cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por su edad, enfermedad, discapacidad o situación, salvo lo dispuesto en el artículo 183 CP” es necesario que exista una violencia o intimidación pues sino la conducta estaría tipificada en los artículos 181.5 o 182.2 CP. La edad (exceptuando los casos en los que la víctima tenga menos de 13 años) enfermedad, discapacidad o situación de la víctima ha de ser analizada por el juez para ver si es lo suficiente relevante y grave como para aumentar la indefensión de la víctima.⁴³

Cuando el autor de la agresión sexual se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco el TS considera que hay un “aprovechamiento de una situación más favorable para la comisión del delito por esa relación, lo que explica una mayor antijuridicidad y culpabilidad⁴⁴.”

La última circunstancia cualificada contempla la posibilidad del “empleo de armas u otros medios peligrosos para la vida o la salud de las personas”. Es evidente que en estos casos, la violencia o intimidación es mayor por el aumento de la peligrosidad y del riesgo de la situación en la que se hallaba la víctima.⁴⁵

Por último, el artículo 180.2 determina una pena mayor cuando concurren dos o más de las circunstancias previas descritas.

4.3 Abuso sexual

Los abusos sexuales se encuentran definidos en el Capítulo II del título VIII del CP. Así, el artículo 181 CP establece:

⁴³ MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 198

⁴⁴ STS (Sala de lo Penal, Sección 2ª) 26 de junio 1161/2000 (FJ Segundo)

⁴⁵ QUINTERO OLIVARES, GONZALO, *Comentarios al Código penal. Tomo I. Parte General (Artículos 1 a 137)*, Thomson Reuters, Madrid, 2011, p. 1163

1. “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 3ª o la 4ª, de las previstas en el apartado 1 del artículo 180 de este Código.”

4.3.1 Tipo Básico

Se puede observar que la principal diferencia entre el artículo 178 y 181 del CP es la existencia de “violencia o intimidación” en el primero de ellos como vía para atentar contra la libertad o indemnidad sexuales, bienes jurídicos contra los que se atenta en todo caso en ambos tipos.

Por lo tanto, lo que caracteriza al abuso sexual es la falta de consentimiento de la víctima del acto sexual constituyente de abuso sexual, así como la ausencia de violencia e intimidación para doblegar la voluntad de la víctima. La mayoría de los problemas interpretativos son los mismos que los del artículo 178 CP. Por consiguiente, “acto contra la libertad o indemnidad sexual” exige que haya contacto corporal sin el consentimiento

de la víctima con un significado sexual, acotado por el contexto social del momento, como la agresión sexual ⁴⁶.

Nuevamente, el sujeto pasivo y activo puede serlo cualquier persona ya que el tipo no exige ningún tipo de característica específica. Así pues, es un delito común⁴⁷. Cabe mencionar, que nuevamente nos encontramos ante un delito que exige dolo, es decir que el sujeto activo conozca y tenga la voluntad de llevar a cabo el abuso sexual. Si existiese error de tipo (artículo 14 CP), errores de un elemento integrante del tipo penal, el acto sería impune pues en ningún caso existe la posibilidad de un abuso sexual imprudente⁴⁸. Sin embargo, cuando el sujeto pasivo es una persona menor de 13 años el delito pasa a estar tipificado en el artículo 183 CP y tiene otras penas.

4.3.2 Ausencia de consentimiento “ex lege” art 181.2 CP

El artículo 181.2 CP recoge tres supuestos diferentes en los que se presume que la víctima no puede prestar su consentimiento: personas privadas de sentido, con trastorno mental y cuando hay anulación de la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto.

En el primero de los casos, cuando la víctima está privada de sentido, existe una presunción legal de que el sujeto pasivo no tiene capacidad para decidir libremente sobre su vida sexual, debido a la anulación y alteración suficiente de sus percepciones, pues no puede actuar conforme a la realidad. En definitiva, no tienen la capacidad necesaria para autodeterminarse en el campo sexual.⁴⁹ Por ejemplo, se consideraría una víctima privada de sentido una persona desmayada.

En cuanto a la presunción de ausencia de consentimiento sobre las víctimas con un trastorno mental, debe interpretarse como el artículo 20.1 CP, es decir en un sentido

⁴⁶ LAMARCA PÉREZ, CARMEN, *Delitos. La parte especial del Derecho penal*, Dykinson, Madrid, 2018, p. 182

⁴⁷ VIVES ANTÓN, TOMÁS, *Derecho Penal: Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 219

⁴⁸ MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 200

⁴⁹ QUINTERO OLIVARES, GONZALO, *Comentarios al Código penal. Tomo I. Parte General (Artículos 1 a 137)*, Thomson Reuters, Madrid, 2011, p. 1170

amplio abarcando aquellas circunstancias que implican inimputabilidad⁵⁰. La enfermedad mental anula la capacidad del sujeto pasivo para entender los hechos y su importancia, por lo tanto tampoco pueden dirigir su comportamiento en función de su entendimiento. Además ante esta situación, es necesario que el sujeto activo abuse de la enfermedad mental para conseguir sus fines sexuales. Consecuentemente, no se trata de una presunción *iure et de iure* de la falta de consentimiento de las personas con un trastorno mental. Las personas con trastorno mental pueden mantener relaciones sexuales sin que dichas relaciones sean constitutivas de delito sexual, siempre y cuando el sujeto activo no haya abusado de dicho trastorno⁵¹. Por ejemplo, una persona con síndrome de Down. Por último, el artículo 181 CP también contempla la posibilidad de que la víctima tenga su voluntad anulada por la ingesta de fármacos, drogas u otras sustancias idóneas a tal efecto. GHB, ketamina, durmientes o la burundanga son solo algunos ejemplos de sustancias que pueden provocar la anulación de la voluntad de la persona. Dichas sustancias tienen como denominador común la disociación de la realidad que pueden llegar a producir, anulando la voluntad de los que se la hayan tomado⁵².

4.3.3 Abuso sexual por prevalimiento

Este precepto quizás sea el tipo de abuso más problemático, debido a sus dificultades probatorias y la estrecha línea que difiere la comisión de un delito sexual por prevalimiento, constitutivo de un abuso sexual, de la violencia e intimidación, constitutivo de una agresión sexual, con las diferentes penas que conllevan cada uno⁵³.

La doctrina habla en este supuesto de un consentimiento viciado⁵⁴. Dicho consentimiento viciado es obtenido no solo por una situación de “superioridad manifiesta” respecto a la víctima, si no también prevalimiento. Es decir, el sujeto activo ha de aprovecharse la superioridad manifiesta para que el sujeto pasivo consienta, consiguiendo un

⁵⁰ *Ídem*

⁵¹ BOIX REIG, JAVIER, *Derecho Penal Parte Especial Volumen I*, Iustel, Madrid, 2010, p. 337

⁵² SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, *Lecciones de Derecho Penal: Parte Especial*, Atelier, Barcelona, 2015, p. 142

⁵³ VIVES ANTÓN, TOMÁS, *Derecho Penal: Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 222

⁵⁴ MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 203

consentimiento viciado. Las situaciones de superioridad se pueden dar en campos muy diversos, como el laboral o aspectos físicos ⁵⁵.

4.3.4 Tipos cualificados del artículo 181 CP

El artículo 181.4 y 181.5 del CP contienen unos tipos cualificados del tipo básico de abuso sexual.

El artículo 181.4 eleva la pena de uno a tres años de prisión o multa de dieciocho a veinticuatro meses, a cuatro a diez años de prisión en aquellos abusos sexuales donde haya habido acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías. Este precepto es muy similar al que recoge el artículo 179 CP respecto a las agresiones sexuales.

Si se dan las circunstancias 3 y 4 del artículo 180 CP, analizadas *ad supra*, en cualquier abuso sexual, la pena se aplica en su mitad superior según el artículo 181.5. Dichas circunstancias acentúan la situación de inferioridad de la víctima propia de un abuso sexual ordinario.

Los artículos siguientes tipifican los delitos sexuales cuando el sujeto pasivo es menor. Sin embargo, dicha materia excede del análisis objeto de este trabajo y es por eso que no van a ser analizados.

4.4 Diferencia entre agresión sexual y abuso sexual con prevalimiento

Entre los delitos de agresión sexual y abuso sexual con prevalimiento existe una diferencia fina y ambigua que ha sido resuelta en gran parte por la jurisprudencia, pues ¿Cuál es la diferencia entre la intimidación y el prevalimiento?

⁵⁵ LAMARCA PÉREZ, CARMEN, *Delitos. La parte especial del Derecho penal*, Dykinson, Madrid, 2018, p. 185

La violencia, es “*el equivalente a acometimiento, coacción o imposición material al empleo de cualquier medio físico para doblegar la voluntad de la víctima, y debe de ser apreciada cuando sea idónea y adecuada para impedir a la víctima desenvolverse según su libre entendimiento*”⁵⁶.

Se incluyen como actos de intimidación suficiente, los que desde un tercero neutral y en un contexto dado, el sujeto pasivo considere conveniente dejar de mostrar una oposición para evitar un mal superior del que haya sido expresamente amenazado por el sujeto activo, accediendo por ende a alcanzar los objetivos del autor⁵⁷. Es decir que debido a un miedo real de la víctima, consecuencia de las actuaciones del autor, accede a las pretensiones del autor del crimen. Dicho miedo ha de valorarse teniendo en cuenta el contexto, la inminencia y la gravedad ⁵⁸.

Por el contrario, para que exista prevalimiento “*es necesario que haya una situación de superioridad manifiesta, que influya en la libertad de la víctima coartándola, y que el sujeto activo sea plenamente consciente de la situación de superioridad y de sus efectos inhibidores de la libertad de decisión de la víctima, prevaliéndose de la misma situación para conseguir el consentimiento viciado a la relación sexual*”⁵⁹. En esta sentencia, además, se busca delimitar la diferencia respecto la agresión sexual, ya que “*el prevalimiento, ..., es una especie de intimidación pero de grado inferior, que no impide absolutamente tal libertad, pero que la disminuye considerablemente. (...) Se trata de una posición privilegiada, que produce una especie de abuso de superioridad sobre la víctima. El prevalimiento no exige un comportamiento coactivo, pero no impide que la situación de superioridad haya sido generada por el sujeto activo a través de actos intimidatorios sin entidad para determinar la existencia de agresión (...)*”⁶⁰. En esa línea, el prevalimiento es “*aquella situación que otorgue al sujeto activo una posición privilegiada sobre la víctima, de la que se aprovecha y es consciente, ..., que de esta forma no presta consentimiento libremente, sino viciado (...)*”⁶¹.

Por lo tanto, se trata de una situación de superioridad que no requiere la exteriorización de algún tipo de actuación intimidante por parte del sujeto activo. Se trata de casos en los

⁵⁶ STS (Sala de lo Penal, Sección 2ª) de 19 de marzo 380/2004 (FJ Cuarto)

⁵⁷ STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) de 10 de julio 609/2013 (FJ Noveno)

⁵⁸ GARCÍA ÁLVAREZ, JAVIER, *Derecho penal español. Parte especial (I)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p.409

⁵⁹ STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) de 23 de febrero 132/2016 (FJ Segundo)

⁶⁰ *Ídem*

⁶¹ STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) de 20 de mayo 542/2013 (FJ Quinto)

que las circunstancias crean un desnivel entre ambas partes estando una de esas partes en una situación de inferioridad. No es necesario que el autor realice algún tipo de actuación, aunque también podría hacerlo. Es más, este tipo de supuestos se han aplicado generalmente a casos de abusos sexuales a menores de edad, cuyo consentimiento está viciado al ser una de las partes un menor de edad ⁶².

Consecuentemente, en la violencia e intimidación hay que fijarse en el sujeto activo y sus acciones. Se requiere una exteriorización de las pretensiones de este, así como de la violencia o intimidación aplicada, como por ejemplo el uso de un medió físico o una amenaza real para conseguir esos objetivos. Las acciones acometidas por el autor tienen que ser constitutivas de intimidación o violencia, pues dichos conceptos no dependen del sujeto pasivo ni del contexto, sino solo y exclusivamente de lo que haga el autor.

Mientras que en el caso de prevalimiento, no es necesario un comportamiento específico del autor hacia la víctima ni una acción coactiva para doblegar su voluntad, sino que la situación en si le otorga cierta superioridad de la cual el sujeto activo se aprovecha para su beneficio propio consiguiendo un consentimiento viciado. Un ejemplo de este tipo de situaciones son las que ocurre en las relaciones sexuales entre menores de edad y mayores de edad⁶³, la víctima cede, pero su consentimiento no es el producto de una autodeterminación libre en el ámbito sexual pues no tiene la capacidad suficiente.

⁶² QUINTERO OLIVARES, GONZALO, *Comentarios al Código penal. Tomo I. Parte General (Artículos 1 a 137)*, Thomson Reuters, Madrid, 2011, p. 1173

⁶³ GARCÍA ÁLVAREZ, JAVIER, *Derecho penal español. Parte especial (I)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p.431

5. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA 38/2018 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE NAVARRA

Procedemos a continuación a analizar la sentencia de “La Manada” (Sentencia 38/2018 de la Audiencia Provincial de Navarra (Sección 2ª)). Previamente, me gustaría hacer una referencia a la enorme controversia suscitada por esta sentencia, atizada tanto por los medios de comunicación como por el público en general, que incluso han provocado iniciativas de reformas del Código Penal.

En cuanto al juicio paralelo al que se refiere el voto particular ⁶⁴, hay que analizarlo desde dos extremos, y a la vez dos derechos fundamentales, que han de buscar el equilibrio entre ambos: los derechos a la libertad de prensa y a la libertad de expresión, recogidos en el artículo 20.1 de la CE, y la presunción de inocencia definida en el artículo 24 CE.

Es cierto que los medios de comunicación están completamente legitimados para comunicar hechos noticiables veraces⁶⁵, el derecho de información permite configurar una opinión pública libre, requisito imprescindible para poder ejercer otros derechos fundamentales recogidos en la CE. No obstante, dicho derecho se ciñe a la comunicación de hechos noticiables veraces, e información veraz significa información verificada según estándares de profesionalidad informativa, y no por tanto rumores o mentiras⁶⁶. Consecuentemente, es necesario que los profesionales comprueben la información antes de ser publicada. En otro orden de las cosas, el derecho a la libertad de expresión entendida como el derecho a comunicar sin obstáculos el pensamiento de cada uno. También representa uno de los derechos fundamentales más importantes, y a diferencia del derecho a la información no está limitada por tener como objeto la comunicación o recepción de hechos noticiables, ni por tanto se le exige la prueba de veracidad.

Sin embargo, ambos derechos no pueden vulnerar otros derechos fundamentales, especialmente el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia, como proclama el artículo 20.4 CE.

Por otro lado, el derecho de presunción de inocencia, máxima en el Derecho Penal, ha de ser respetado. Los acusados han de ser tratados como inocente, hasta que se demuestre lo contrario por quien les acusa en toda su esencia por el peligro que supone su violación.

⁶⁴ Sentencia de la AP de Navarra (Sección 2ª) de 20 de marzo 38/2018

⁶⁵ STC de 8 de junio 107/1988 (FJ Segundo)

⁶⁶ STC de 6 de junio 105/1990 (FJ Quinto)

Es decir, el derecho a libertad de prensa y de expresión termina donde comienza el derecho a la presunción de inocencia de una persona, en esto caso los cinco acusados, pues supone la violación a un derecho fundamental, que puede incluso llegar a ser una vulneración al honor, la intimidad o la imagen de los acusados. Además, el hecho de que medios de comunicación opinen sobre una sentencia no resuelta serían suposiciones e hipótesis, contrarias al principio de veracidad explicado anteriormente.

Otra cuestión es las variadas opiniones que ha levantado la sentencia, que en algunos casos han podido traspasar la línea del respeto a la independencia judicial (artículo 117 CE). La independencia judicial es una garantía del poder judicial entendida como la acción inalterable ni jerarquizada llevada a cabo por los jueces. En virtud del artículo 117.1 CE, existe la obligación de todo ciudadano de respetar y acatar la independencia del poder judicial. Algunos ejemplos de acciones que cuestionaron el derecho a la independencia judicial por parte de miembros del Gobierno:

- Rafael Catalá, anterior Ministro de Justicia, en la COPE el 30 de abril de 2018 “Todos saben que (El juez del voto particular de la Sentencia) tiene un algún problema singular”.
- Carmen Calvo, Ministra de Igualdad y Vicepresidenta, en una comparecencia sobre la reforma del CP y LECrim el 10 de julio de 2018 “No podemos volver a pasar por ningún espacio donde, a través de la interpretación, lo que es un gravísimo delito contra las mujeres no se considere como tal”.

5.1 Hechos probados

5.1.1 Sentencia mayoritaria⁶⁷

Los 5 acusados se encontraban a las 2:50 del 7 de julio de 2016 en la Plaza del Castillo de Pamplona. La denunciante se acercó al banco donde se encontraba uno de los

⁶⁷ Sentencia de la AP de Navarra (Sección 2ª) de 20 de marzo 38/2018, p. 13-20

procesados, donde conversaron, y posteriormente vinieron los demás procesados. La denunciante llamó a un amigo suyo para preguntarle qué hacían y qué iban a hacer a las 2:57. La denunciante les comunicó a los acusados que se iba al coche, y estos ofrecieron acompañarla, además le dijeron que ellos también dormían en su propio coche. Los seis, salieron de la plaza a las 3:00 por una calle con diferentes establecimientos. Dos de los procesados fueron al Hotel Europa, y preguntaron si había una habitación por horas “para follar” al encargado, que les respondió que no prestaban dicho servicio y preguntasen en otros sitios. El grupo avanzó por la Avenida Carlos III en dirección hacia la Plaza de la Libertad, y giraron por la calle Cortes de Navarra. Mientras tanto, uno de los acusados empezó a tocarle y ella propuso girar a la izquierda por la calle Paulino Caballero.

En esta calle, uno de los procesados, Miguel Ángel, habló con una mujer que iba a entrar en el portal número 5, y le engañó diciendo que se alojaba en dicho inmueble para poder entrar con ella. Una vez dentro, subió al segundo piso y bajo inmediatamente al portal para abrir la puerta al resto del grupo, que se hallaban en la pared divisoria para acceder al garaje de los inmuebles 3 y 5 de la calle.

Uno de los procesados, Ángel, y la denunciante estaban besándose cuando José Ángel les abrió la puerta y dijo “*vamos, vamos*”. Ángel tiró de ella y entraron todos al portal, sin violencia. El grupo accedió a una zona sin salida a través de una puerta. Más adelante los acusados fueron desnudando a la denunciante, que se encontró agobiada y con desasosiego, lo que le produjo estupor, adoptando por ello una actitud de sometimiento y pasividad haciendo lo que los procesados decían. Además la joven mantuvo los ojos cerrados en todo momento mientras duraron los hechos. Los procesados conocieron y se aprovecharon de la situación de la denunciante. La denunciante fue penetrada bucalmente por los cinco, vaginalmente por tres, y analmente por uno de ellos. Durante la actuación sexual, uno de los procesados grabó seis videos y realizó dos fotografías, y otro de los acusados grabó un video, todos ellos de duraciones muy cortas que no abarcan todo lo que sucedió aquella noche.

Una vez terminados los hechos, los cinco varones abandonaron el portal uno a uno, sobre las 3:27. Uno de ellos, Antonio Manuel, se apropió del teléfono móvil de la denunciante, extrayendo la SIM y la tarjeta de memoria, tirándolas ambas al lugar de los hechos.

La denunciante, se vistió y se dio cuenta de que no tenía el móvil. Salió del portal llorando, y se metió por la Avenida Roncesvalles sobre las 3:29 donde se sentó en un banco de la calle.

Una pareja se acercó al banco al ver llorar a la denunciante, y llamaron al 112. Consecuentemente, una patrulla de la Policía Municipal apareció seguidamente.

La denunciante fue trasladada a Urgencias del Complejo Hospitalario de Navarra, donde se le hizo un examen ginecológico a las 5:20. Se observó que la denunciante tenía las siguientes lesiones: lesión eritematosa en zona de horquilla posterior en la zona de la cinco horarias y para lo cual necesitó de una asistencia primera facultativa. También se sometió a la denunciante a una prueba de alcoholemia, cuyo resultado fue positivo de 0,91 +/- 0,05 g/l de alcohol en sangre y 1,46 +/- 0,06 g/l en orina.

Por otro lado, tres de los procesados durmieron en el último piso de un portal tras haber intentado inútilmente conseguir una habitación en dos hoteles, incluso dormir a escondidas en uno de ellos. Posteriormente, uno de los tres acusados abandonó dicho inmueble y se marchó junto con los otros procesados que continuaban en la fiesta.

A las 6:50, uno de los procesados, José Ángel, escribió desde su móvil por WhatsApp a dos grupos donde estaban todos, o casi todos, los acusados *“follándonos a una los cinco”* *“todo lo que cuente es poco”* *“puta pasada de viaje”* *“hay vídeo”* adjuntado a uno de los chats llamado *“La Manada”*, y en otro chat llamado *“Disfrutones SFC”* escribió *“follándonos lo cinco a una, vaya puto desfase, del ATC Madrid era ja, ja”*.

A las 8:20, cuatro de los acusados fueron identificados por la Policía Foral de Navarra, en un callejón de la plaza de los toros, pero les dejaron continuar su camino. Después, Antonio Manuel arrojó el móvil de la denunciante a una zona de desperdicios en la cuesta de Labrit, donde fue recogido una hora más tarde por una señora.

Luego, los cinco procesados se juntaron y fueron al barrio de San Jorge.

Mientras tanto, la Policía Foral de Navarra identificó el coche de los acusados con el que habían venido a Pamplona en la Calle de Simón Blasco. A las 11:15 fueron detenidos por agentes de la Policía Municipal en dicha calle, a pesar de que los acusados se mostraron colaboradores, no es cierto que dijese que tenían grabaciones de los hechos que probasen que era una agresión sexual pues uno de ellos no mencionó que guardaba uno de esos vídeos en su móvil.

Antes de los hechos, la denunciante no tenía ningún trastorno de la personalidad ni desestabilidad psicológica. A partir del suceso sufre un trastorno de estrés postraumático,

y desde septiembre de 2017 está siguiendo un tratamiento psicológico por el Centro de Atención Integral de Mujeres Víctimas de Agresión Sexual de la Comunidad de Madrid.

5.1.2 *Voto particular*⁶⁸

El Voto Particular que formula el Magistrado D. Ricardo Javier González González, matiza sobre los hechos probados de la sentencia descritos en los párrafos anteriores.

En primer lugar, el Magistrado concreta que en cuanto el grupo se dispuso a emprender el camino desde la Plaza del Castillo hacia los porches, pasaron por una serie de bares.

Además, también cabe mencionar que en la parada que realizó el grupo en el Hotel Europa, el voto particular especifica que la denunciante se encontraba a una distancia reducida que no le obstaculizaba escuchar la conversación entre el portero y los acusados. Los procesados le preguntaron al portero si existía la posibilidad de alquilar una habitación “*que querían para follar*”, a lo que el portero respondió al grupo que preguntasen en el Hotel Yoldi o en el Hotel Leyra. Hecho sobre el que volveremos más adelante.

También conviene adicionar que el voto particular también concisa que fue la joven quien lideró el grupo y que se encontraban en una fila disgregada mientras caminaban por la Calle Cortes de Navarra y la calle Paulino Caballero.

En relación a los hechos de contenido sexual, el magistrado añade a las penetraciones confirmadas por la sentencia mayoritaria el “beso negro” que practicó uno de los procesados, José Ángel Prenda, a la denunciante y ella otro a él. Tampoco menciona nada sobre que la joven mantuvo en todo rato los ojos cerrados como contrariamente afirman los otros magistrados. Quizás la inclusión más relevante del voto particular sea que “*la denunciante no expresó a los acusados ni con palabra ni con gestos, ni de ninguna otra manera, su disconformidad, creyendo en todo momento, los cinco acusados que ella estaba conforme con los actos sexuales que entre ellos se mantuvieron, ni consta*

⁶⁸ Sentencia de la AP de Navarra (Sección 2ª) de 20 de marzo 38/2018, páginas 135-140

acreditado que la denunciante durante las relaciones sexuales se encontrase en una situación de shock o boqueo que le hubiese impedido comunicar a los acusados que su deseo no era el de mantenerlas”. Esta versión dista completamente de lo que mantiene la sentencia mayoritaria, que por el contrario sostiene que la denunciante se encontraba “agobiada y con desasosiego, lo que consecuentemente le supuso cierto estupor, e hizo que la joven actuase con sometimiento y pasividad. Dicha situación fue conocida y aprovechada por los cinco acusados”.

El magistrado también hace un inciso, y detalla que la denunciante no intentó pedir ayuda después de vestirse y dirigiéndose a la Avenida de Roncesvalles.

Por otro lado, el voto particular añade que en el primer momento en el que fueron interceptados los cinco acusados por la Policía Foral se les hizo saber que la razón era una denuncia interpuesta por una agresión sexual, y desde entonces los acusados expresaron que habían mantenido relaciones sexuales consentidas con una mujer y que de facto estaban grabadas. Posteriormente, cuando fueron detenidos en la Calle Simón Blasco por la Policía municipal los acusados repitieron que habían mantenido relaciones sexuales consentidas con una chica, y que tenían grabadas dichas imágenes. En las dependencias policiales, los procesados conservaron esa misma versión y comunicaron a los policías otra vez que habían tenido relaciones consentidas y grabadas.

Adicionalmente, el voto particular difiere en otro aspecto de la sentencia mayoritaria, pues no afirma que la denunciante haya sufrido un trauma de estrés postraumático.

5.2 Análisis crítico de los hechos

En este caso en concreto la principal prueba de cargo es la declaración de la víctima, cuyo análisis debe de ser tratado con especial atención y rigurosidad, pues su testimonio es a la vez una prueba y el testimonio de la víctima. Para valorar y validar el testimonio de la víctima, objetivándolo lo máximo posible, es necesario que exista ausencia de incredibilidad subjetiva, haciendo hincapié en las posibles circunstancias que confronten

la veracidad de la declaración de la víctima⁶⁹. Por otro lado, también tiene que existir verosimilitud en el testimonio que aporte credibilidad objetiva, ha de inferirse a través de la lógica y racionalidad de dicha declaración, y encima tiene que estar soportada por datos objetivos que lo ratifiquen, como por ejemplo cámaras de seguridad. Adicionalmente, se examina la persistencia en la incriminación, que se basa en un triple filtro: la ausencia de modificaciones esenciales, la concreción en la declaración y la ausencia de contradicciones⁷⁰⁷¹.

En este caso, la declaración de la denunciante constituye la base sobre la que se arquitecta todo el argumento de la sentencia mayoritaria para fundamentar su resolución sobre la falta de consentimiento de la víctima, epicentro de la controversia. Sin embargo, es a través del testimonio de la víctima que el voto particular desmonta las pretensiones de la acusación.

En muchos de los hechos dados por probados anteriormente hay discrepancia entre ambas partes. Estas discrepancias son resueltas en ocasiones a favor de la denunciante por haber cumplido su testimonio, según la sentencia, los requisitos expuestos en el párrafo anterior. A continuación se van a analizar aquellos hechos constatados como probados por la sentencia mayoritaria, que considero más relevantes y controvertidos en relación a la resolución del asunto.

- i) En primer lugar, respecto al lugar y momento en el que se conocieron ambas partes, tanto la denunciante como los procesados coinciden el modo y lugar. Se conocieron en un banco de la Plaza del Castillo sobre las 2:50. La denunciante alega en sus distintas declaraciones que ella más adelante les comunicó a los procesados que “*estaba cansada y se iba al coche a dormir*”⁷², a lo que ellos le contestaron que “*le acompañarían y que ellos también dormían en su propio coche*”⁷³. Sin embargo, los acusados afirman que tuvieron una conversación de naturaleza sexual, en la cual ellos le propusieron ir a un sitio para mantener una relación sexual en grupo, la denunciante consintió y fue el detonante que les hizo levantarse del banco en busca de un sitio para llevar a cabo dichas

⁶⁹ STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) de 26 de febrero 119/2019, (FJ Tercero)

⁷⁰ Sentencia de la AP de Navarra (Sección 2ª) de 20 de marzo 38/2018, página 35

⁷¹ Sentencia de la AP de Navarra (Sección 2ª) de 20 de marzo 38/2018, página 183

⁷² Sentencia de la AP de Navarra (Sección 2ª) de 20 de marzo 38/2018, página 44

⁷³ *Ídem*

relaciones sexuales grupales⁷⁴. Esta discrepancia de versiones es muy importante, pues en el caso de que se probase la versión de los acusados se demostraría que hubo un consentimiento inicial por parte de la joven al conocer y compartir el objetivo de los acusados. No obstante, al no existir ningún modo directo para constatar la versión de los procesados o de la denunciante, la sentencia mayoritaria se basa en la credibilidad objetiva mostrada por la denunciante en sus diferentes declaraciones tanto con la Policía como en el juicio, así como la manifestación de un agente de la Policía, que entrevistó a la denunciante por primera vez, corroborando la versión de aquella, para no avalar la versión de los acusados. Este argumento me parecería lógico en el caso de que el argumento de los acusados no tuviese credibilidad objetiva, pero creo que en el momento en el que se debería valorar esta prueba, antes e independientemente del resto de la sentencia, la versión de los susodichos es igual de creíble objetivamente. Por lo tanto, me parece un argumento contra reo, que favorece a la víctima discriminatoriamente de forma injustificada, pues ambas partes manifiestan credibilidad objetiva.

El voto particular, se sirve de dos fotografías tomadas a esa hora para construir su argumento en esta parte del relato⁷⁵. En la primera fotografía, se plasma un acercamiento físico entre la denunciante y uno de los acusados, hecho que a pesar de no ser demasiado relevante, llama la atención que la joven negó en el juicio, al contrario que los acusados, dicho contacto físico. Consecuentemente, la verosimilitud de ella estaría en entredicho, pues hay datos objetivos que desmontan su versión. En la segunda fotografía, aparece uno de los acusados indicando con el dedo una dirección a seguir, confirmado por otro de los acusados. El magistrado, destaca que en caso de haberse levantado para ir al coche de la chica, como ella misma afirma, sean ellos en calidad de acompañantes los que guíen al grupo. La joven explicó que los acusados le corrigieron la trayectoria, aun cuando ella previamente en el juicio afirmó que sabía donde estaba ubicado su coche ¿Por qué se tiene que fiar de ellos antes que de su propio instinto, no podía preguntar a otras personas, o no podía utilizar su móvil para asegurarse de que iba por el camino correcto?

Por otra parte, también llama la atención el camino escogido para llegar al coche de la víctima, ya que podrían haber ido por un camino mucho más directo, iluminado, y transitado según reconocieron los Policías Municipales, que es la Avenida Carlos III.⁷⁶ Todo esto debilita la calidad del testimonio de la denunciante, pues hay bastantes

⁷⁴ Sentencia de la AP de Navarra (Sección 2ª) de 20 de marzo 38/2018, página 43

⁷⁵ Sentencia de la AP de Navarra (Sección 2ª) de 20 de marzo 38/2018, página 189

⁷⁶ Sentencia de la AP de Navarra (Sección 2ª) de 20 de marzo 38/2018 página 190

contradicciones e incoherencias que desacreditan la verosimilitud y persistencia una vez más de su versión.

Además, al contrario que la sentencia mayoritaria, el voto particular hace referencia a unas grabaciones aportadas por la empresa NAVATRES, que muestran como el grupo realiza una parada en la terraza del Bar Txoko (Porches de la Plaza del Castillo)⁷⁷. Esta parada “*no lo recuerda*”⁷⁸ la denunciante, tal y como afirmó en el juicio, quebrando aun más la credibilidad de la joven por la poca concreción aportada. Los acusados mantienen que fueron a ese bar con ánimo de encontrar en los baños del bar, un lugar discreto para llevar a cabo las relaciones sexuales que supuestamente habían comentado antes todo el grupo incluida la denunciante, sin embargo, al haber mucha gente cambiaron de opinión⁷⁹. En caso de que fuese verdad lo que afirman los procesados ¿Llevarían los acusados a la denunciante al baño de un bar abarrotado de gente para abusar de ella sexualmente? No hay verosimilitud, en tanto que es incoherente e ilógico las supuestas pretensiones de los acusados con los hechos que sucedieron y el contexto en ese momento.

- ii) La siguiente parada del grupo fue en el Hotel Europa. Según la denunciante “*los acusados se acercaron al Hotel Leyre (no Hotel Europa) mientras ella se quedaba fuera fumando*”⁸⁰. En su declaración inicial mantiene que solo “*escuchó que los procesados dijeron un nombre y un número y el vigilante no les dejó pasar porque no estaban en la lista de clientes*”⁸¹. A la luz de este relato yo me pregunto ¿No sabía ella que los chicos dormían en un coche? ¿Cómo es posible escuchar la negativa del vigilante a la pregunta de los procesados para coger una habitación si ella se encontraba fuera y el resto dentro? Sin embargo su declaración cambia en el juicio, y dice que la conversación entre el vigilante y los acusados ya no fue dentro del hotel, sino “*junto las escaleras*”⁸². El vigilante aclaró que “*esa noche se encontraba trabajando en la calle, ni en el hall ni en unas escaleras*”⁸³. Asimismo, el vigilante precisó la conversación que mantuvo con los acusados esa noche, que coincide con la versión de los acusados destacando la verosimilitud y la persistencia mostrada en todas sus declaraciones a diferencia del relato

⁷⁷ Sentencia de la AP de Navarra (Sección 2ª) de 20 de marzo 38/2018, página 191

⁷⁸ *Ídem*

⁷⁹ Sentencia de la AP de Navarra (Sección 2ª) de 20 de marzo 38/2018, página 191

⁸⁰ Sentencia de la AP de Navarra (Sección 2ª) de 20 de marzo 38/2018, página 46

⁸¹ *Ídem*

⁸² *Ídem*

⁸³ Sentencia de la AP de Navarra (Sección 2ª) de 20 de marzo 38/2018, página 200

de la denunciante. Según el testigo, uno de los acusados intentó entrar dando un nombre y número de habitación falso ante lo que él mismo les negó la entrada porque no eran clientes, inmediatamente después los acusados improvisaron pidiendo una habitación para pasar la noche o una habitación por horas “*para follar*”⁸⁴, una vez más el vigilante les comunicó que “*no quedaban habitaciones disponibles pero que probasen en el Hotel Yoldi o el Hotel Leyre*”⁸⁵. De toda esta conversación la denunciante afirmó que solo escuchó que “*uno de los acusados dijo un número y un nombre, y el vigilante no les dejó entrar por no encontrarse en la lista de clientes*”⁸⁶.

Cabe mencionar que está probado que la conversación entre los acusados y el vigilante tuvo lugar en la calle, contrario a la explicación de la acusada, que en su inicial declaración dijo que fue en el hall y en el juicio oral a posteriori dijo que fue entre unas escaleras, de esta forma vuelve a quebrar la verosimilitud de su testimonio.

Por lo tanto, no comparto que la joven haya mantenido una declaración persistente tal y como afirma la sentencia mayoritaria por declarar en todas sus declaraciones que escuchó como uno de los acusados decía un nombre y un número, y el vigilante dijo que no tenían habitación⁸⁷. La persistencia entre las versiones de la joven que existe en una parte de su declaración no debe extender la persistencia a todo el relato de todas las versiones que ha ido contando la denunciante, pues como he explicado antes existe una importante contradicción sobre el lugar donde se mantuvo la conversación, que a mi juicio es mucho más fácil de recordar que fragmentos de una conversación que, además, supuestamente oyó de pasada. Por otro lado, la sentencia avala el relato de la denunciante a través de la declaración testifical del vigilante, como elemento de corroboración que respalda su verosimilitud ya que el vigilante reconoce haber conversado con los acusados la parte que recuerda la denunciante⁸⁸.

Si bien es cierto que es imposible demostrar que la joven escuchase toda la conversación, tampoco se puede desechar la posibilidad de que si la escuchase, sabiendo que en caso afirmativo la denunciante conocía las intenciones de los acusados desde antes de los hechos y su denuncia sería desestimada. Personalmente, no alcanzo a comprender como pudo haber oído el inicio de la conversación y no el final, si todos se encontraban en la misma posición y hablaron con el mismo tono de voz en todo momento.

⁸⁴ Sentencia de la AP de Navarra (Sección 2ª) de 20 de marzo 38/2018, página 47

⁸⁵ *Ídem*

⁸⁶ Sentencia de la AP de Navarra (Sección 2ª) de 20 de marzo 38/2018, página 46

⁸⁷ Sentencia de la AP de Navarra (Sección 2ª) de 20 de marzo 38/2018, página 45

⁸⁸ Sentencia de la AP de Navarra (Sección 2ª) de 20 de marzo 38/2018, páginas 45-47

Además, el voto particular indaga más sobre el hecho de que la joven se equivocase inicialmente en su declaración con la Policía Municipal respecto el nombre del hotel, especificando que se detuvieron en el Hotel Leyre (en vez de al Hotel Europa)⁸⁹. El magistrado incluye parte de lo que recogen las conclusiones policiales que señalan que *“la posible confusión, en relación al nombre del hotel, se deba a que era la primera vez que la denunciante visitaba Pamplona y que además ese hotel fuese mencionado en la conversación entre el vigilante y los acusados”*⁹⁰, lo que supondría que la joven había escuchado más de lo que admitió de la conversación, otra vez debilitando su verosimilitud. La sentencia mayoritaria avala sin ninguna justificación la declaración de la agente que le tomó la primera declaración a la denunciante en su inicial declaración, que establece que la confusión de la joven respecto al Hotel Leyre se explica porque era la primera vez que iba a Pamplona y podía haber pasado por dicho hotel⁹¹. A mi juicio, la postura de la sentencia mayoritaria no tiene ningún tipo de soporte y es, por consiguiente, un argumento circular insostenible. Su postura está basada en la opinión de una agente de Policía que no presenció los hechos y cuyo punto de vista se fundamenta en la declaración que le tomó a la denunciante, o incluso en su propia intuición, sin explicar por qué la creen. Este pobre, por no decir inexistente, argumento se erige como una clara inclinación a favor de la denunciante ya que cubren tanto sus contradicciones, convirtiendo su argumento en persistente según el tribunal, como justifica sin datos objetivos que la denunciante no escuchase las pretensiones sexuales manifestadas por los acusados ¿Por qué la equivocación de la denunciante sobre el nombre del hotel no se debe a que lo escuchó en la conversación con el vigilante, y en cambio se debe a que era la primera vez que visitaba la ciudad? No hay ningún dato objetivo y fáctico que soporte exclusivamente la versión de la agente de Policía excluyendo las otras posibilidades, y por tanto la decisión del Tribunal es arbitraria.

Por último, me parece interesante plantear la siguiente pregunta ¿Si los jóvenes pensaban que la denunciante no quería mantener relaciones sexuales, por qué fueron a un hotel y le confesaron al vigilante lo que querían hacer (buscan una habitación *“para follar”*? Pues en el caso de que quisiesen agredir sexualmente a la víctima habrían confesado sus

⁸⁹ Sentencia de la AP de Navarra (Sección 2ª) de 20 de marzo 38/2018, página 202

⁹⁰ *Ídem*

⁹¹ Sentencia de la AP de Navarra (Sección 2ª) de 20 de marzo 38/2018, página 45

acciones a un testigo sin pensárselo dos veces, dicho vulgarmente: tiraron piedras sobre su propio tejado. Es por lo tanto poco verosímil pues es irracional e ilógico.

- iii) Después, el grupo fue por la Calle de Paulino Caballero a iniciativa de la denunciante, que es *“la calle más oscura y menos transitada de tres las opciones”*⁹² que había según los policías municipales. La joven cambió el recorrido inicial para perderles de vista” pues *“le empezaron a molestar ciertas actitudes, comenzó a sentirse incómoda y quería llegar al coche para alejarse de ellos”*⁹³. Respecto estas declaraciones, me resulta muy llamativo, como la joven pasa de estar incómoda por algunas actitudes de los procesados a besarse con uno de ellos pocos minutos después, que es un gesto que normalmente implica una plena relajación incompatible con una situación de alerta o incomodidad. La denunciante ha modificado aspectos esenciales en su testimonio sobre el momento en el que se introdujeron en el portal donde ocurrieron las relaciones sexuales, una vez más desacreditando la persistencia de su declaración.

Así, una vez Miguel Ángel Prenda consiguió abrir la puerta al resto del grupo del portal en cuestión, en las dependencias policiales el mismo día que sucedieron los hechos la joven dijo que *“dos de los procesados la habían agarrado por los brazos, que intentó zafarse de ellos inútilmente y que no podía gritar porque uno de ellos le había tapado la boca...”*. Además, continuo relatando que *“...fue rodeada por los cuatro y la tiraron al suelo...”*⁹⁴. Al día siguiente, la denunciante declaró ante el Magistrado- Juez instructor que *“mientras uno abrió la puerta los otros la sujetaron y la introdujeron en el portal, le dijeron que se callase...”*, *“...le arrancaron la ropa y lo tiraron al suelo, fue rodeada entre todos y uno de ellos le cogió de la cara y le obligó a hacerle una felación”*⁹⁵. Tal y como se indica en el voto particular, la descripción de estos actos serían constitutivos de una violencia ejercida por los acusados hacia ella⁹⁶.

Por otro lado, el relato que cuenta la joven en el juicio oral varía bastante de los otros. Así, la denunciante cuenta que *“fue introducida al portal por el chico con el que se había besado que la tenía cogida de la mano, y por otro de los acusados que le cogió de la muñeca, sin mucha fuerza, ..., diciéndole silencio”*⁹⁷. Ella justifica su entrada al portal

⁹² Sentencia de la AP de Navarra (Sección 2ª) de 20 de marzo 38/2018, página 208

⁹³ Sentencia de la AP de Navarra (Sección 2ª) de 20 de marzo 38/2018, página 49

⁹⁴ Sentencia de la AP de Navarra (Sección 2ª) de 20 de marzo 38/2018, página 215

⁹⁵ *Ídem*

⁹⁶ Sentencia de la AP de Navarra (Sección 2ª) de 20 de marzo 38/2018, página 216

⁹⁷ Sentencia de la AP de Navarra (Sección 2ª) de 20 de marzo 38/2018, página 52

porque se *“pensaba que los procesados iban a fumarse un porro”*⁹⁸. El magistrado del voto particular sopesa que si la joven trata de explicar que entró al portal sin oponer resistencia porque se pensaba que iban a *“fumarse un porro”* y no la intimidaba la situación, significa que entró voluntariamente y que los acusados no habían hecho nada hasta entonces, obviando por tanto aquellas actitudes que supuestamente le molestaron en su trayecto hacia el portal de las que habló, que le hubiese asustado⁹⁹. Además, según la denunciante le dijeron *“silencio”* al entrar al portal, por consiguiente no le taparon la boca como indicó previamente. Respecto como le quitaron la ropa, también cambia su versión pues no le arrancaron su jersey y riñonera y los tiraron al suelo, sino que dichas prendas fueron desabrochadas.

La sentencia mayoritaria considera que la joven *“ha mantenido los trazos esenciales que configuran su entrada al portal”*¹⁰⁰, además, *“mostró una explicación razonable y convincente en la sala, ..., su sorpresa, la falta de previsión sobre lo que le iba a ocurrir instantes después, así como el propósito que a su parecer tenían en ese momento los procesados”*¹⁰¹, y por lo tanto justifican la ausencia de resistencia que mostró. Adicionalmente, la sentencia alega que la denunciante no varió la parte sustancial de su manifestación por lo que la explicación ofrecida por la denunciante sobre el modo en el que entraron al portal es *“plenamente creíbles”*¹⁰², de modo que las modificaciones eran accesorias. A mi juicio, las contradicciones en sus declaraciones sobre la violencia ejercida por los acusados no se puede considerar un error no esencial y son dos situaciones completamente distintas. La existencia de violencia de la que habla al principio no solo supondría un delito mucho más grave, sino que queda constatado la poca fiabilidad y persistencia de sus recuerdos o testimonio.

Una vez dentro del cubículo donde sucedieron los hechos sexuales, está probado que hubo, cinco felaciones, tres penetraciones vaginales y una penetración anal¹⁰³. La joven mantiene que fue sometida, y que debido al shock que sufrió no pudo reaccionar y exteriorizar su falta de consentimiento, mientras que los procesados sostienen que hubo consentimiento de la joven en todo momento¹⁰⁴. Concretamente en este caso, hay una

⁹⁸ *Ídem*

⁹⁹ Sentencia de la AP de Navarra (Sección 2ª) de 20 de marzo 38/2018, página 220

¹⁰⁰ Sentencia de la AP de Navarra (Sección 2ª) de 20 de marzo 38/2018, página 50

¹⁰¹ Sentencia de la AP de Navarra (Sección 2ª) de 20 de marzo 38/2018, página 52

¹⁰² Sentencia de la AP de Navarra (Sección 2ª) de 20 de marzo 38/2018, página 53

¹⁰³ Sentencia de la AP de Navarra (Sección 2ª) de 20 de marzo 38/2018, página 17

¹⁰⁴ Sentencia de la AP de Navarra (Sección 2ª) de 20 de marzo 38/2018, página 56

prueba poco habitual, unas imágenes y vídeos que captan parte de los sucesos, y por lo tanto el tribunal puede apreciarlos y valorarlos para comprobar si hubo o no consentimiento en el desarrollo de los hechos. Las imágenes y vídeos son presentadas por ambas partes tanto como prueba de cargo como prueba de descargo.

Respecto los videos y fotografías tomadas por los acusados hay una gran discrepancia en su valoración entre la sentencia mayoritaria y el voto particular. *“La joven se encontraba en un lugar recóndito y angosto, con una sola salida, rodeada de cinco hombres mucho más mayores que ella y fuertes, por eso se sintió impresionada y sin capacidad de reacción, ..., por lo que percibió un agobio y desasosiego que la condujo a adoptar una actitud de sometimiento y pasividad determinándole a hacer lo que los procesados le decían que hiciera”*¹⁰⁵. Esta versión la secunda la sentencia en cuanto tienen como probada la credibilidad subjetiva de la joven por su persistencia, y su credibilidad objetiva a través de unos medios, entre otros los vídeos e imágenes. A juicio de la sentencia mayoritaria los referidos vídeos e imágenes *“nada tiene que ver con un contexto en el que la denunciante estuviera activa, participativa, sonriente y disfrutando, sino una situación de sometimiento y sumisión de la denunciante a lo voluntad de los procesados. No aprecian actitudes sugerentes del ejercicio recíproco de prácticas sexuales”*¹⁰⁶. Concretamente la sala utiliza términos como *“agazapada y acorralada”, gritos de dolor, gritando”*¹⁰⁷. Sin embargo, el voto particular afirma que según los vídeos *“nada de lo que se escucha permite concluir el ejercicio de violencia o intimidación contra la denunciante, como tampoco, más allá de toda duda razonable que dichas escenas se estén desarrollando sin su consentimiento”*¹⁰⁸. El voto particular alude a una serie de acciones para justificar su disconformidad con la sala respecto a la valoración de dichas pruebas¹⁰⁹, estas son movimientos proactivos incompatibles con la no reacción, como por ejemplo: movimientos masturbatorios sobre uno de los acusados, o como acomodaba la denunciante su postura, la sincronización de movimientos entre uno de los acusados y ella, gemidos o jadeos femeninas que a pesar de que la sentencia mayoritaria plantea la duda de que puedan ser de dolor, la denunciante afirmó en el juicio que no sintió dolor en ningún momento, o un “beso negro” practicado por la denunciante entre otros.

¹⁰⁵ *Ídem*

¹⁰⁶ Sentencia de la AP de Navarra (Sección 2ª) de 20 de marzo 38/2018, página 105

¹⁰⁷ Sentencia de la AP de Navarra (Sección 2ª) de 20 de marzo 38/2018, página 72

¹⁰⁸ Sentencia de la AP de Navarra (Sección 2ª) de 20 de marzo 38/2018, página 248

¹⁰⁹ Sentencia de la AP de Navarra (Sección 2ª) de 20 de marzo 38/2018, página 246

Dado que carezco de la oportunidad de visualizar los mencionados vídeos, me abstengo a pronunciarme sobre ellos.

A continuación se expondrán otros de los medios para probar la credibilidad objetiva del relato de la denunciante, estas son, pruebas periciales practicadas por psicólogas forenses que sostienen que la denunciante tiene un estrés post-traumático, unos médicos forenses que aluden a la literatura científica para explicar que es posible que haya ausencia de lesiones cuando no se presta el consentimiento y que cabe la posibilidad de que una víctima reaccione pasivamente, el grado de alcohol bajo el que estaba la denunciante y la persistencia de la declaración de la joven a través de las declaraciones de las personas con las que estuvo posteriormente.

Respecto a la falta de lesiones de la denunciante, no es requisito *sine qua non* para que exista delito de agresión o abuso sexual, pues según los médicos forenses en un 30-50% de las víctimas de agresiones sexuales no presentan lesiones¹¹⁰. Sin embargo, puede llamar la atención que si fue abusada o agredida sexualmente por cinco individuos, ninguno de ellos le haya causado lesiones, pues la probabilidad de que sufra lesiones por abuso o agresión sexual se debería de multiplicar. Además, los hechos sexuales consistieron en actos de todo tipo de naturaleza sexual, no solo penetraciones vaginales que es a lo que se refiere la literatura científica descrita por los peritos. Por lo tanto, no se puede extender las asunciones de la literatura científica a todos los actos sexuales cometidos aquella noche. Respecto a las penetraciones anales, el médico forense alegó que *“salvó que hubiese lubricaciones que favorezca la penetración es más razonable que hubiera lesiones”*¹¹¹.

En otro orden de las cosas, la literatura científica reconoce la posibilidad de que la víctima de una agresión o abuso sexual pueda actuar pasivamente¹¹², y la sentencia mayoritaria considera que *“basándose en su apreciación de los vídeos e imágenes, la denunciante reaccionó de modo intuitivo, la situación y los estímulos provocaron un embotamiento de sus facultades de raciocinio, creando una reacción de desconexión y disociación de la realidad, que le hizo adoptar una actitud de sometimiento y pasividad, haciendo lo que los procesados le dijeron que hiciese y manteniendo los ojos cerrados en todas las*

¹¹⁰ Sentencia de la AP de Navarra (Sección 2ª) de 20 de marzo 38/2018, página 74

¹¹¹ Sentencia de la AP de Navarra (Sección 2ª) de 20 de marzo 38/2018, página 259

¹¹² Sentencia de la AP de Navarra (Sección 2ª) de 20 de marzo 38/2018, página 75, “Cabén diversas reacciones: una reactiva de lucha, defensa, petición de ayuda. Otra de pasividad, ya sea con rigidez o con relación (...)”

grabaciones”¹¹³. La existencia de esa posibilidad a la que se refiere la literatura científica no implica que la denunciante de este caso en concreto haya actuado así, tal y como afirma la sentencia. Es decir, es posible que una persona que no otorga su consentimiento para mantener unas relaciones sexuales adopte una posición pasiva y no lo exteriorice, pero ¿Eso conlleva que cualquier joven que adopte una posición pasiva en unas relaciones sexuales no está prestando su consentimiento? Definitivamente no. No hay por lo tanto, ningún relación causal que conecte lo que dice la literatura científica sobre la posibilidad de que la víctima actué pasivamente, con que la denunciante fuese una víctima de una agresión sexual. Además, salvo que exista una razón que desconozco, el hecho de mantener los ojos cerrados no es ningún indicio de que estaba siendo víctima de una agresión sexual, ni mucho menos es el conector que explica que la joven se encontraba en la situación descrita por la literatura científica, pues esta no dice que si la joven mantiene los ojos cerrados es ineludiblemente una víctima de una agresión sexual que ha actuado pasivamente. Consecuentemente, es una presunción contra reo.

El alcohol ingerido por la denunciante tampoco puede explicar su pasividad. La sentencia considera que *“la influencia del alcohol alteraba su raciocinio, su capacidad de comprensión, provocándole desinhibición y disminuyendo su autocontrol”*¹¹⁴. A mi juicio las elevadas cantidades ingeridas por la denunciante de alcohol son en todo caso una prueba de descargo pues pudo haber conseguido un estado más relajado en la joven que le permitiese consentir con más facilidad. En otro orden de las cosas, los procesados también habían bebido alcohol y si para la sentencia mayoritaria exculpa a la joven haber adoptado una actitud pasiva porque mermaba su capacidad de comprensión, podría haber influido también en los acusados no comprendiendo que la joven no consintiese en el caso de que no consintiese.

La prueba pericial llevada a cabo por las psicólogas propuestas por las acusaciones dan por testado que la denunciante ha sufrido un trastorno de estrés post-traumático¹¹⁵, estas conclusiones son opuestas a la conclusión a la que llegan los psicólogos propuestos por la defensa¹¹⁶. Sin entrar en mayor detalle, estas contradicciones se basan, en que mientras las primeras aseguran que se cumplen todos los requisitos necesarios para el diagnóstico de dicho trauma, los otros psicólogos consideran que no se cumplen. Conviene resaltar

¹¹³ Sentencia de la AP de Navarra (Sección 2ª) de 20 de marzo 38/2018, página 104

¹¹⁴ Sentencia de la AP de Navarra (Sección 2ª) de 20 de marzo 38/2018, página 76

¹¹⁵ Sentencia de la AP de Navarra (Sección 2ª) de 20 de marzo 38/2018, página 78

¹¹⁶ Sentencia de la AP de Navarra (Sección 2ª) de 20 de marzo 38/2018, página 88

que es necesario que se cumplan todos los criterios para afirmar la existencia del trauma. Entre los criterios, que son seis, el último de ellos -malestar clínico significativo o un deterioro social, laboral o de otras áreas importantes para el individuo- no es mencionado por las peritos de la acusación. Los siguientes criterios son contestados por los peritos de la defensa de forma racional y lógica, haciendo imposible sostener que la joven mantiene un estrés postraumático. La sala, soporta las conclusiones obtenidas por las peritos de la acusación *“teniendo en cuenta todos los datos obtenidos de una y otra procedencia”*¹¹⁷

Por último, también es necesario probar la ausencia de incredibilidad subjetiva¹¹⁸, esto es si hay algún motivo que debilite la veracidad del relato de la denunciante. Los acusados alegaron que la denunciante podía tener un remordimiento por la forma en la que ellos abandonaron el habitáculo: la dejaron sola y medio desnuda, después de robarle el móvil y haber grabado los actos sexuales¹¹⁹. También hacen referencia a la declaración de una agente de la Policía, que sostiene que la denunciante sabía que había sido grabada, pero es tachado como no creíble por las acusaciones porque no lo menciona en la denuncia, y por lo tanto la sala llega a la conclusión de que la Policía estaba en error¹²⁰. Se trata nuevamente de una presunción contra reo, pues al no apoyar el argumento acusatorio es desdeñado como error sin ninguna explicación justificada y razonable, sino una opinión subjetiva. Además, lo primero que dijo a la pareja que le encontró llorando después de los hechos era que le habían robado el móvil y no la agresión sexual que acaba de sufrir. Sin embargo, la sentencia mayoritaria considera que hay credibilidad subjetiva sin ningún contrargumento válido, sino que bajo su punto de vista los denunciante no se fueron con poca caballerosidad sino que se fueron sabiendo que acababan de cometer un ilícito penal y por lo tanto no cabe la posibilidad de que haya remordimiento por como se fueron¹²¹. Personalmente no entiendo la explicación de la sentencia a la existencia de credibilidad subjetiva.

Por lo tanto, la ausencia de incredibilidad subjetiva en el testimonio de la acusación no existe, pues como se ha explicado anteriormente, la denunciante tiene razones que

¹¹⁷ Sentencia de la AP de Navarra (Sección 2ª) de 20 de marzo 38/2018, página 89

¹¹⁸ Sentencia de la AP de Navarra (Sección 2ª) de 20 de marzo 38/2018, página 295

¹¹⁹ Sentencia de la AP de Navarra (Sección 2ª) de 20 de marzo 38/2018, página 83

¹²⁰ Sentencia de la AP de Navarra (Sección 2ª) de 20 de marzo 38/2018, página 304

¹²¹ Sentencia de la AP de Navarra (Sección 2ª) de 20 de marzo 38/2018, página 83

alientan la acusación, como por ejemplo el posible remordimiento existente o la divulgación de las imágenes grabadas, y en el juicio no se ha demostrado lo contrario.

Tampoco hay verosimilitud del testimonio, pues como se ha indicado previamente el testimonio de la acusada muchas veces es ilógico y no está apoyado con datos objetivos, como por ejemplo cuando pasan por el Txoko, o cuando fueron al Hotel Leyre.

Sobre todo creo que el testimonio de la joven no es para nada persistente. En numerosas ocasiones modifica aspectos fundamentales del relato, como el momento del Hotel o la entrada al portal, debilitando sustancialmente la veracidad del testimonio.. Además en muchas ocasiones dice no recordar algunos hechos, que beneficiarían a la defensa, aportando ambigüedad y poca concreción, como con la conversación del Hotel o el camino que siguieron entre otras escenas. Asimismo, se han demostrado numerosas contradicciones entre las diferentes declaraciones de la joven, creando vínculos ilógicos en sus versiones. La sentencia no debería sostener su postura basándose casi exclusivamente en el testimonio de la víctima, pues no es fiable ya que las diferentes versiones que ha contado en momentos distintos difieren bastante entre ellas

Consecuentemente, creo que el testimonio de la joven, siendo la prueba esencial de cargo, no ha cumplido esos parámetros reiterados por la jurisprudencia (SSTS de 27 de abril 305/2017) y por lo tanto la acusación no ha conseguido vencer a la defensa.

A mi juicio no se ha podido demostrar que la denunciante no consintió los actos sexuales realizados la madrugada del 7 de julio de 2016. Por ende, no se ha podido quebrar la presunción de inocencia de los acusados, pues en ningún momento se ha demostrado que la joven no consintió dicha situación más allá de toda duda razonable. A tenor del artículo 24 de la Constitución, se ha de garantizar a los acusados su derecho fundamental de presunción de inocencia, pues los acusados son inocentes hasta que quede demostrado su culpabilidad.

Como se ha venido argumentado *ad supra* bajo mi punto de vista, la joven consintió las actuaciones sexuales llevadas a cabo en Paulino Caballero 5 la madrugada del 7 de julio de 2016, o por lo menos la acusación no ha sido capaz de probar la ausencia de consentimiento. Sin embargo, antes de continuar y estudiar los fundamentos de derecho me gustaría plantear la siguiente hipótesis en el caso de que efectivamente, y tal y como afirma la denunciante, no consintió dichos hechos en ningún momento: la joven reconoció

no haber exteriorizado su falta de consentimiento en el juicio¹²² ¿Podemos afirmar, que en el caso de que los acusados supiesen que la joven no estaba prestando su consentimiento para llevar a cabo las relaciones sexuales hubiesen actuado de la misma forma? ¿Es, por ende, posible presumir que los acusados conocían su ausencia de consentimiento? Los procesados, por lo tanto, no tuvieron la oportunidad de conocer a través de la joven su falta de consentimiento en tanto que ella no lo demostró nunca. Podría argumentarse que salvo que se probase que ellos conocían su falta de consentimiento, incompatible con la presunción de inocencia recogida en la Constitución (art. 24 CE), habría que creer que ellos no sabían acerca de la falta de consentimiento de la denunciante. En caso contrario, estaríamos ante una presunción contra reo y una violación de su presunción de inocencia. Por ende, la creencia de la existencia del consentimiento de la joven de los acusados constituye un error de tipo. El error de tipo ocurre cuando el autor que ha cometido el supuesto delito lo ha hecho con desconocimiento de elementos del tipo objetivo, en este caso el consentimiento de la denunciante (artículo 14.1 CP). En las agresiones o abusos sexuales, que son los delitos planteados por la acusación, es completamente necesario demostrar el dolo para cometer dicho delito como se ha explicado *ad supra*, y la existencia de error de tipo implica que no hay dolo. Además como se ha analizado previamente, no existe el abuso o agresión sexual negligente, por lo que al no haber dolo el resultado sería la absolución.

5.3 Fundamentos de Derecho

La sentencia mayoritaria condena los hechos declarados como constitutivos de cinco delitos continuados de abuso sexual con prevalimiento previsto y penado en el artículo 181.3 y 4. Del Código Penal en relación con los delitos 192 y 74¹²³. Cabe mencionar que tanto el Ministerio Fiscal, la acusación particular y las acusaciones populares calificaron los hechos como cinco delitos continuados de agresión sexual de los artículos 178, 179, 180.1. 1ª y 2ª, adicionalmente la acusación popular añade el tipo cualificado 3ª Así como un delito leve de hurto recogido en el artículo 234.2 del Código Penal¹²⁴. La diferencia

¹²² Sentencia de la AP de Navarra (Sección 2ª) de 20 de marzo 38/2018, página 223

¹²³ Sentencia de la AP de Navarra (Sección 2ª) de 20 de marzo 38/2018, página 94

¹²⁴ Sentencia de la AP de Navarra (Sección 2ª) de 20 de marzo 38/2018, página 3

principal entre ambos delitos es que en la agresión sexual implica violencia o intimidación para quebrar el consentimiento de la víctima.

La sentencia mayoritaria considera la joven no prestó consentimiento en las relaciones sexuales que se llevaron a cabo, pues *“la denunciante, 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”*¹²⁵. Por lo tanto este bloqueo emocional, y en relación a la superioridad de los acusados, configuró un consentimiento viciado. Además, *“la joven reaccionó intuitivamente, la situación provocó un embotamiento de sus facultades de raciocinio que desencadenó en una desconexión y disociación de la realidad que le hizo adoptar una actitud de sometimiento y pasividad”*¹²⁶. Para llegar a dichas conclusiones, el tribunal se apoya en los vídeos e imágenes aportados y la influencia del alcohol en la denunciante.

Por otro lado, la sala considera que los procesados actuaron con pleno conocimiento y voluntad, conformando aquella opresión que les otorgaba una superioridad sobre la víctima de la que se prevalieron, no permitiendo que la denunciante liderase su autodeterminación sexual ni actuase libremente¹²⁷.

Además, la sala afirma que *“para afirmar el dolo basta con que el autor conozca que su conducta, ..., afecta negativamente a la libertad e indemnidad sexual de la víctima”*. En este caso, *“los acusados configuraron una situación de superioridad, objetivamente apreciable, de la que se prevalieron (...)”*¹²⁸.

El prevalimiento de los acusados se manifestaría en¹²⁹:

- Un escenario de opresión creado por los acusados, pues era un lugar con una sola salida.
- La diferencia de edad entre ambas partes (entre 6 y 9 años) y la fuerte complejión de los procesados.

¹²⁵ Sentencia de la AP de Navarra (Sección 2ª) de 20 de marzo 38/2018, página 104

¹²⁶ Sentencia de la AP de Navarra (Sección 2ª) de 20 de marzo 38/2018, página 105

¹²⁷ Sentencia de la AP de Navarra (Sección 2ª) de 20 de marzo 38/2018, página 108

¹²⁸ Sentencia de la AP de Navarra (Sección 2ª) de 20 de marzo 38/2018, página 103

¹²⁹ Sentencia de la AP de Navarra (Sección 2ª) de 20 de marzo 38/2018, página 102

- La diferente experiencia sexual de ambas partes, pues según la joven nunca había formado parte de relaciones sexuales en grupo, nunca había mantenido relaciones sexuales con desconocidos, ni tampoco había tenido sexo anal.

De esta forma, la sentencia mayoritaria considera que debido a todos estos factores hubo prevalimiento y *“la joven se sintió impresionada y no pudo reaccionar”*¹³⁰.

Por otro lado, la sentencia considera que no hay violencia a diferencia de la opinión de la acusación porque *“no se ha demostrado que se haya utilizado un medio físico para doblegar la voluntad de la denunciante”*¹³¹. Respecto a la intimidación, la sala considera que no hubo intimidación en el presente caso porque *“no hubo una intimidación previa, inmediata grave y determinante del consentimiento forzado”*¹³². Este argumento circular no explica porque no existió intimidación en relación a las denuncias de la acusación.

En primer lugar, me remito al epígrafe anterior para contra argumentar las afirmaciones de la sentencia acerca la falta de consentimiento de la denunciante. Pues mientras la sala sentencia mayoritaria considera que la joven no consintió en ningún momento las relaciones sexuales mantenidas debido al estado de shock en el que se encontraba consecuencia de la situación de prevalimiento, creo que la acusación no ha podido demostrar ni el shock ni la situación de prevalimiento, ni consecuentemente la ausencia de consentimiento.

Por otro lado, la sala afirma que hubo dolo en los hechos calificados por la sala como abuso sexual por parte de los procesados, pues el acto en sí implica que haya dolo¹³³. En este punto, la sentencia no hace ningún esfuerzo en demostrar la existencia de dolo de los procesados. Al contrario, utilizan una presunción contra reo al dar por hecho que los procesados querían cometer dicho abuso sexual y sabían que sus actuaciones eran constitutivas de delito por falta de consentimiento de la denunciante, sin ningún tipo de soporte fáctico que lo demuestre¹³⁴. A mi juicio resulta imposible demostrar la existencia de dolo con los hechos planteados e incluso probados por la sala mayoritaria y por lo

¹³⁰ Sentencia de la AP de Navarra (Sección 2ª) de 20 de marzo 38/2018, página 16

¹³¹ Sentencia de la AP de Navarra (Sección 2ª) de 20 de marzo 38/2018, página 96

¹³² Sentencia de la AP de Navarra (Sección 2ª) de 20 de marzo 38/2018, página 98

¹³³ Sentencia de la AP de Navarra (Sección 2ª) de 20 de marzo 38/2018, página 108

¹³⁴ *ídem*

tanto, en el caso de que no hubiese consentimiento, se trataría de un error de tipo recogido en el artículo 14.1 del Código Penal que absolvería a los procesados pues no cabe la imprudencia en este delito.

Respecto a la sentencia resuelta por el tribunal, y la ausencia de violencia e intimidación que trata de demostrar creo que hay numerosas incoherencias. A mi juicio, no solo las acusaciones califican los hechos como constitutivos de un delito de agresión sexual, sino que además la sala resuelve el caso enjuiciando los hechos como actuaciones que conllevan violencia o intimidación, como por ejemplo numerosas descripciones de los hechos: *“la denunciante se sintió impresionada y sin capacidad de reacción”*¹³⁵, *“fue obligada a realizar actos de naturaleza sexual”*¹³⁶, *“la imposibilidad de la denunciante de ejercer resistencia ante el temor a sufrir un daño mayor y la imposibilidad de huir del lugar”*¹³⁷, *“era un lugar recóndito y angosto, con una sola salida, y estaba rodeada por cinco varones de edades muy superiores y fuerte complexión,..., experimentó una sensación de angustia,...y sintió un intenso agobio y desasosiego”*¹³⁸, *“estaba agazapada, acorralada contra la pared por dos de los procesados, expresó gritos que reflejan dolor”*¹³⁹, *“encogida arrinconada contra la pared y gritando”*¹⁴⁰.

Por lo tanto, en el momento en el que el mismo tribunal reconoce que no existe violencia ni intimidación en las actuaciones de naturaleza sexual en los hechos descritos y denunciados por la joven que tenían numerosas connotaciones de violencia e intimidación, el resto de los hechos no pueden ser constitutivos del delito de abuso sexual con prevalimiento, que es la resolución del tribunal. Toda la acusación estaba configurada entorno a la supuesta intimidación de la que fue víctima la denunciante, pues el principal argumento que justifica que la ausencia de consentimiento existía por la adopción de la posición pasiva sin exteriorizarlo es que sometió instintivamente para evitar un mal mayor. Si no había amenaza, ni por lo tanto una preocupación de la joven de soportar un mal mayor ¿Cómo justifica la sentencia que la joven mantuviese una posición pasiva, y qué los procesados conociesen la ausencia de consentimiento de la joven a través de la posición pasiva? Además, los hechos probados son una descripción de la presencia de actos violentos o intimidantes por las connotaciones que llevan y que se han expuesto en

¹³⁵ Sentencia de la AP de Navarra (Sección 2ª) de 20 de marzo 38/2018, página 16

¹³⁶ Sentencia de la AP de Navarra (Sección 2ª) de 20 de marzo 38/2018, página 33

¹³⁷ *Ídem*

¹³⁸ Sentencia de la AP de Navarra (Sección 2ª) de 20 de marzo 38/2018, página 56

¹³⁹ Sentencia de la AP de Navarra (Sección 2ª) de 20 de marzo 38/2018, página 59

¹⁴⁰ Sentencia de la AP de Navarra (Sección 2ª) de 20 de marzo 38/2018, página 73

el párrafo anterior. Si todos esos hechos no se ajustan a la realidad porque el tribunal no los avala, la sala no puede adaptar esos hechos a un delito distinto y condenar por dicho delito que no ha sido denunciado. Consecuentemente, a mi juicio la resolución del tribunal no se ajusta a los argumentos utilizados para enjuiciar los hechos, pues aunque finalmente califica los hechos acontecidos como abuso sexual con prevalimiento, los analiza y enjuicia como una agresión sexual con intimidación.

Por otro lado, para que exista prevalimiento es necesario: *“que exista una situación de superioridad manifiesta, que coarte la libertad de la víctima, y que el agente consciente de la situación de superioridad y de sus efectos inhibidores de la libertad de decisión de la víctima se prevale de la misma situación para conseguir el consentimiento, así viciado, a la relación sexual”*¹⁴¹. De esta forma, es necesario no solo la existencia de una situación de superioridad manifiesta que ha de ser notoria, sino que la libertad de la víctima esté coartada, hecho que no se puede presumir, más aun cuando la joven no hizo nada para mostrar su ausencia de consentimiento. Por lo tanto, vuelvo a plantear la misma interrogante ¿Cómo sabemos que los acusados hubiesen actuado de la misma forma en el caso de que la víctima hubiese mostrado su negativa?

¹⁴¹ STS Sala de lo Penal, Sección 1ª) de 12 de abril 305/2013 (FJ Tercero)

6. CONCLUSIONES

Tras analizar todos los hechos enjuiciados en La Manada considero que los acusados deberían de ser absueltos porque no se ha podido demostrar la ausencia de consentimiento de la denunciante más allá de toda duda razonable debido a todos los argumentos expuestos *ad supra*, ni que en caso de hubiese ausencia de consentimiento los procesados lo conociesen, siendo este último un elemento esencial para poder ser condenados. A mi juicio, este caso es un claro ejemplo del principio jurídico *in dubio pro reo*, en el cual los acusados no pueden ser penados por falta de pruebas y la garantía constitucional de presunción de inocencia reconocida a todos los ciudadanos (artículo 24 CE). Además, es necesario realizar un análisis más profundo y establecer unas pautas más objetivas acerca de la valoración de testimonios en aquellas ocasiones en las cuales la posible víctima es testigo, pues hay conflicto de intereses y las consecuencias pueden ser nefastas¹⁴². En este caso en concreto hay una gran diferencia en la valoración del testimonio de la denunciante entre la sentencia mayoritaria y el voto particular que han implicado consecuencias completamente distintas.

Debido a la gran trascendencia que ha tenido La Manada, posiblemente sea útil realizar una reforma del Código penal con la finalidad de que el legislador clarifique la diferencia existente entre abuso sexual con prevalimiento y agresión sexual. Esta reforma podría facilitar enormemente la labor de los jueces, cuya misión es interpretar la ley y no hacerla, y en estos casos donde la diferencia de conceptos no está nada clara los jueces hacen una labor más creativa que interpretativa. No obstante, esta diferencia ha sido aclarada por la jurisprudencia en numerosas ocasiones¹⁴³, y parte de la doctrina considera que la reforma del Código penal es innecesaria pues dicha distinción ha de hacerla el Tribunal correspondiente¹⁴⁴.

¹⁴² RAMÍREZ ORTIZ, JOSÉ LUÍS, “El testimonio único de quien afirma ser víctima desde la perspectiva de género”, *Jueces y juezes para la Democracia*, 10, 2018, pp. 9-23

¹⁴³ GARCÍA ÁLVAREZ, JAVIER, *Derecho penal español. Parte especial (I)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p.431

¹⁴⁴ MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, “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 penal*, 43, 2019, pp. 290-299

Por otro lado, otra de las lecciones que se han podido sacar de esta sentencia es la importancia del respeto a la independencia judicial como principal garantía de un Estado de Derecho. De esta forma, la seguridad jurídica se erige como uno de los requisitos esenciales para la existencia de un Estado de Derecho, y en el momento en el que el derecho es vulnerable y susceptible de modificaciones por encontrar opiniones disidentes o por la resolución de un caso en concreto se configura un derecho endeble. Si bien es cierto que la justicia emana del pueblo y por lo tanto no puede vivir ajena a este¹⁴⁵, es necesario que se sigan unos procesos y un desarrollo que le otorgue legitimidad. No son admisibles críticas interesadas, como ha levantado en numerosas ocasiones esta sentencia, violando el principio constitucional de la independencia judicial.

¹⁴⁵ LASCURAÍN SÁNCHEZ, JUAN ANTONIO, “Las huellas de la Manada”, *El cronista del estado social y democrático de derecho*, 77, 2018, pp.16-21

BIBLIOGRAFÍA

Jurisprudencia

STC de 8 de junio 107/1988 (FJ Segundo)

STC de 6 de junio 105/1990 (FJ Quinto)

STS (Sala de lo Penal) de 7 de octubre 1145/1998 (FJ Noveno)

STS (Sala de lo Penal, Sección 2ª) 26 de junio 1161/2000 (FJ Segundo)

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) de 28 de marzo 530/2001

STS (Sala de lo Penal, Sección 2ª) de 19 de marzo 380/2004 (FJ Cuarto)

STS (Sala de lo Penal, Sección 2ª) de 3 de mayo 408/2007 (FJ Primero)

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) de 29 de enero 39/2009 (FJ Quinto)

STS Sala de lo Penal, Sección 1ª) de 12 de abril 305/2013 (FJ Tercero)

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) de 20 de mayo 542/2013 (FJ Quinto)

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) de 10 de julio 609/2013 (FJ Noveno)

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) de 28 de mayo 355/2015 (FJ Decimotercero)

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) de 23 de febrero 132/2016 (FJ Segundo)

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) de 21 de enero 9/2016, (FJ Primero)

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) de 27 de abril 305/2017, (FJ Quinto)

Sentencia de la AP de Navarra (Sección 2ª) de 20 de marzo 38/2018

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) de 26 de febrero 119/2019, (FJ Tercero)

Obras Doctrinales

Boix Reig, J, *Derecho Penal Parte Especial Volumen I*, Iustel, Madrid, 2010, pp. 315-371

Díez Ripolles, J.L, *Delitos contra la libertad sexual*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2010

Gallardo Paúls, Beatriz, ,“Las huellas de la Manada”, *El cronista del estado social y democrático de derecho*, 77, 2018, pp.34-43

García Álvarez, Javier, *Derecho penal español. Parte especial (I)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp.399-435

García Valdés, Carlos, *Lecciones de derecho penal: (adaptadas a la docencia del Plan Bolonia). Parte Especial*, Edisofer, 2017, pp. 85-99

Gómez Serrano, Alfonso, *Curso de derecho penal. Parte Especial*, Dykinson, Madrid, 2016, pp.147-152

Lamarca Pérez, C, “La protección de la libertad sexual en el nuevo Código Penal”, *Jueces para la democracia*, 27, 1996, pp. 50-61.

Lamarca Pérez, C, *Delitos. La parte especial del Derecho penal*, Dykinson, Madrid, 2018, pp. 167-189

Lascuraín Sánchez, Juan Antonio, “Las huellas de la Manada”, *El cronista del estado social y democrático de derecho*, 77, 2018, pp.16-21

López Ortega, Juan José, “Yo sí te creo”, *Juezas y jueces para la Democracia*, 10, 2018, pp. 1-8

Muñoz Conde, F, *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 187-232

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 penal*, 43, 2019, pp. 290-299

Presno Linera, Miguel Ángel, “Proceso Penal y Proceso Social (a propósito del caso “La manada””, *El cronista del estado social y democrático de derecho*, 77, 2018, pp.50-59

Quintero Olivares, G, *Comentarios al Código penal. Tomo I. Parte General (Artículos 1 a 137)*, Thomson Reuters, Madrid, 2011, pp. 1135-1261

Ramírez Ortiz, José Luís, “El testimonio único de quien afirma ser víctima desde la perspectiva de género”, *Juezas y jueces para la Democracia*, 10, 2018, pp. 9-23

Silva Sánchez, J.M, *Lecciones de Derecho Penal: Parte Especial*, Atelier, Barcelona, 2015, pp. 129-151

Vives Antón, T, *Derecho Penal: Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 200-237