EDJ 2018/47820 de 20/03/2018

, 20/03/2018, nº 38/2018, rec. 426/2016

Pte: Cobo Sáenz, José Francisco

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- .- La presente causa tienen su origen en los autos de Sumario Ordinario Nº 1670/2016 procedente del Juzgado de instrucción número 4 de Pamplona/Iruña.

SEGUNDO.- .- Formado el Rollo de Sala 426/2016 y después de recibidas las actuaciones en esta Sección, se dictaron las resoluciones que constan en dicho un rollo, señalándose mediante Auto de 13 de septiembre, el acto del juicio oral que se celebró durante los días los pasados días 13, 14, 15, 16, 17, 20, 21,22, 23, 27 y 28 de noviembre.

TERCERO.- El Ministerio Fiscal, al elevar sus conclusiones provisionales a definitivas en la sesión de acto de juicio oral que se celebró el pasado 23 de noviembre, calificó los hechos como constitutivos de:

A) Cinco delitos continuados de agresión sexual de los artículos 178, 179, 180 1. 1 º y 2 º, 192 y 74 del Código Penal.

B) Un delito contra la intimidad del artículo 197.1 y 5 del Código Penal.

C) Un delito de robo con intimidación del artículo 242. 1 del Código Penal.

Considerando que de los expresados delitos, eran responsables según los casos y en la forma de participación que se expresa :

(i) El acusado Aurelio, responsable en concepto de autor del artículo 28 párrafo 1 del Código Penal de: un delito de agresión sexual del apartado A) y de los delitos de los apartados B) y C).

(ii) El acusado Samuel es responsable en concepto de autor del artículo 28 párrafo 1 del Código Penal de: un delito de agresión sexual del apartado A) y de los delitos de los apartados B) y C).

(iii) El acusado Isidro es responsable en concepto de autor del artículo 28 párrafo 1 del Código Penal de: un delito de agresión sexual del apartado A) y de los delitos de los apartados B) y C).

(iv) El acusado Gabriel es responsable en concepto de autor del artículo 28 párrafo 1 del Código Penal de: un delito de agresión sexual del apartado A) y de los delitos de los apartados B) y C).

(v) El acusado Santiago es responsable en concepto de autor del artículo 28 párrafo 1 del Código Penal de: un delito de agresión sexual del apartado A) y de los delitos de los apartados B) y C).

Sin que concurrieran circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal de los acusados.

Solicitando que se impusieran a cada uno de los acusados Aurelio, Samuel, Isidro, Gabriel y Santiago, las siguientes penas:

Por el delito continuado de agresión sexual del apartado A) la pena de 18 años de prisión, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y prohibición de acercamiento a la víctima, su domicilio o lugar de trabajo a una distancia no inferior a los 500 metros y prohibición de comunicación con la víctima por cualquier medio durante 20 años, así como 10 años de libertad vigilada que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad conforme al artículo 106. 2 del Código Penal y costas.

Por el delito del apartado B) la pena de 2 años y 10 meses de prisión y multa de 20 meses y un día, con una cuota diaria de 9 € y arresto sustitutorio en caso de impago, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Costas.

Por el delito del apartado C) la pena de dos años de prisión, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y costas.

En el ámbito de la responsabilidad civil solicitó que los acusados como responsables civiles directos y solidarios deberán indemnizar a la denunciante, en la cantidad de 100.000,00 € por el daño moral ocasionado.

Y asimismo deberán indemnizar al Servicio Navarro de Salud- Osasunbidea en la cantidad de 1.531,37€.

En cuanto a las indemnizaciones solicitadas interesó que se estuviera a lo dispuesto en el Art. 576 de la ley de Enjuiciamiento Civil.

CUARTO.- La acusación particular, al elevar sus conclusiones provisionales a definitivas en la sesión de acto de juicio oral que se celebró el pasado 23 de noviembre, calificó los hechos como constitutivos de:

A) Cinco delitos continuados de agresión sexual de los Arts 178, 179, 180 1. 1 º y 2 º, 192 y 74 del Código Penal.

B) Un delito contra la intimidad del artículo 197.1 y 5 del Código Penal.

C) Un delito de robo con intimidación del artículo 242. 1 del Código Penal.

Considerando que de los expresados delitos, son responsables criminalmente:

(i) Aurelio, responsable en concepto de autor del artículo 28 párrafo 1 del Código Penal de: un delito de agresión sexual del apartado A) y de los delitos de los apartados B) y C).

(ii) Samuel es responsable en concepto de autor del artículo 28 párrafo 1 del Código Penal de: un delito de agresión sexual del apartado A) y de los delitos de los apartados B) y C).

(iii) Isidro es responsable en concepto de autor del artículo 28 párrafo 1 del Código Penal de: un delito de agresión sexual del apartado A) y de los delitos de los apartados B) y C).

(iv) Gabriel es responsable en concepto de autor del artículo 28 párrafo 1 del Código Penal de: un delito de agresión sexual del apartado A) y de los delitos de los apartados B) y C).

(v) Santiago es responsable en concepto de autor del artículo 28 párrafo 1 del Código Penal de: un delito de agresión sexual del apartado A) y de los delitos de los apartados B) y C).

Sin que concurrieran circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal de los acusados.

Solicitando que se impusieran a cada uno de los acusados Aurelio, Samuel, Isidro, Gabriel y Santiago, las siguientes penas:

Por el delito continuado de agresión sexual del apartado A) la pena de 18 años y nueve meses de prisión, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y prohibición de acercamiento a la víctima, su domicilio o lugar de trabajo a una distancia no inferior a los 500 metros y prohibición de comunicación con la víctima por cualquier medio durante 20 años, así como 10 años de libertad vigilada que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad conforme al artículo 106. 2 del Código Penal y costas.

Por el delito del apartado B) la pena de 3 años y 3 meses de prisión y multa de 20 meses y un día, con una cuota diaria de 9 € y arresto sustitutorio en caso de impago, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Costas.

Por el delito del apartado C) la pena de dos años y nueve meses de prisión, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y costas, incluidas las de la acusación particular.

En el ámbito de la responsabilidad civil solicitó que los acusados como responsables civiles directos y solidarios deberán indemnizar a la denunciante en la cantidad de 250.000,00€ por los daños morales ocasionados.

En cuanto a las indemnizaciones solicitadas interesó que se estuviera a lo dispuesto en el Art. 576 de la ley de Enjuiciamiento Civil.

QUINTO.- La acusación popular ejercida por la Administración de la Comunidad Foral de Navarra, al elevar sus conclusiones provisionales a definitivas en la sesión de acto de juicio oral que se celebró el pasado 23 de noviembre, calificó los hechos como constitutivos de:

A) Cinco delitos continuados de agresión sexual de los artículos 178, 179, 180 1. 1 ª, 2 ª y 3 ª, 192 y 74 del Código Penal.

B) Un delito contra la intimidad del artículo 197.1 y 5 del Código Penal.

C) Un delito de robo con intimidación del artículo 242. 1 del Código Penal.

Considerando que de los expresados delitos son responsables (artículos 27 y 28 del Código Penal), en concepto de autores, Aurelio, Santiago, Isidro, Gabriel y Samuel.

Sin que concurran circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

Solicitando se impusiera a todos y cada uno de los acusados las siguientes penas:

A) Por el delito continuado de violación, la pena de dieciocho (18) años y nueve (9) meses de prisión.

Como penas accesorias, solicitó la medida de libertad vigilada durante diez (10) años, que se ejecutará con posterioridad al cumplimiento de todas las penas de privación de libertad (artículo 192.1 del Código Penal); y la prohibición de acercarse a la víctima, a su domicilio a su lugar de trabajo o cualquier otro que sea frecuentado por ella, a una distancia no inferior a 500 metros, así como la prohibición de comunicarse con la víctima por cualquier medio escrito, verbal o visual, en ambos casos por un tiempo de veinte (20) años (artículos 48 y 57.1 del Código Penal).

Asimismo, y como pena accesoria (artículo 55 del Código Penal), pidió la inhabilitación absoluta de todos los imputados durante el tiempo de la condena..

B) Por el delito contra la intimidad, la pena de tres (3) años y tres (3) meses de prisión, y multa de veintiún (21) meses con una cuota diaria de nueve (9) euros.

Como penas accesorias, solicitó la suspensión de empleo o cargo público de Aurelio y Gabriel, y la inhabilitación especial de los cinco acusados para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena (artículo 56.1 del Código Penal).

C) Por el delito de robo con violencia o intimidación, la pena de tres (3) años de prisión

Como penas accesorias, solicitó la suspensión de empleo o cargo público de Aurelio y Gabriel, y la inhabilitación especial de los cinco acusados para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena (artículo 56.1 del Código Penal).

En todo caso, interesó la condena en costas de los cinco acusados.

En el ámbito de la responsabilidad civil, interesó que los cinco acusados, como responsables civiles directos y solidarios, indemnizaran a la denunciante por el daño moral ocasionado, en la cuantía reclamada por la misma (250.000 euros).

Igualmente en dicho marco interesó que los cinco acusados indemnizaran al Servicio Navarro de Salud en la cuantía de 1.531,37 euros más los intereses legales.

SEXTO.- La acusación popular ejercida por el Excmo. Ayuntamiento de Pamplona, al elevar sus conclusiones provisionales a definitivas en la sesión de acto de juicio oral que se celebró el pasado 23 de noviembre, calificó los hechos como constitutivos de:

A) Cinco delitos continuados de agresión sexual de los artículos 178, 179, 180 1. 1 ª, 2 ª y 3 ª, 192 y 74 del Código Penal.

B) Un delito contra la intimidad del artículo 197.1 y 5 del Código Penal.

C) Un delito de robo con intimidación del artículo 242. 1 del Código Penal.

Considerando que de los expresados delitos son responsables en concepto de autores, Aurelio, Santiago, Isidro, Gabriel y Samuel.

Estimo que respecto al delito de robo con violencia o intimidación, concurre la circunstancia agravante de la responsabilidad criminal de ejecutar el hecho con abuso de superioridad, del articulo 22.2° del Código Penal.

Solicitando se impusiera a cada uno de los acusados las siguientes penas:

A) Por el delito continuado de agresión sexual, la pena de dieciocho (18) años y nueve (9) meses de prisión.

Como pena accesoria la inhabilitación absoluta durante el tiempo de condena y la medida de libertad vigilada de diez años a ejecutar con posterioridad a la pena privativa de libertad.

Como pena privativa de derechos la prohibición de aproximarse a la victima, en cualquier lugar donde se encuentre, así como acercarse a su domicilio, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que se frecuentado por ella así como dirigirse a ella por cualquier medio en el

plazo de 20 años y costas.

B) por el delito contra la intimidad, la pena de tres años y tres meses de prisión y una multa de 21 meses con una cuota diaria de 9 euros y arresto sustitutorio en caso de impago, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y costas

C) Por el delito de robo con violencia o intimidación, la pena de tres años y seis meses, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y costas.

En el ámbito de la responsabilidad civil, solicitó que los acusados, como responsables civiles directos y solidarios, deberán indemnizar a la denunciante en la cantidad de 250.000 € por los daños morales ocasionados. Igualmente e indemnizarán al Servicio Navarro de Salud - Osasunbidea en la cantidad de 1.531,37 €.

SÉPTIMO.- El actor civil,Servicio Navarro de Salud- Osasunbidea, en igual trámite de conclusiones definitivas interesó que los cinco acusados en cuanto responsables en concepto de autores de los delitos que se les imputan quedan obligados a indemnizar a dicho Servicio Navarro de Salud en la cuantía de 1.531,37 euros, a que ascienden los gastos generados en la asistencia de la denunciante con el importe de los intereses legales.

OCTAVO.- En dicho trámite de elevación de conclusiones provisionales a definitivas en la sesión de acto de juicio oral que se celebró el pasado 23 de noviembre:

(i) La defensa de los procesados : D. Isidro; D. Santiago; D. Gabriel y D. Samuel, solicitaron su libre absolución con toda clase de pronunciamientos favorables.

(ii) La defensa de D. Aurelio, solicitó la libre absolución de su patrocinado de los delitos de los artículos 179, 180.1.1º1 y 2º, 192 en relación con el 74, y del 197.1 y 5 del Código Penal, así como de cualquier otro que viene siendo acusado. " Ello sin perjuicio de que mi representado se ha declarado autor de un delito leve de hurto del 234.2 CP."

Asimismo solicitó que " se condene en costas al actor Civil (Comunidad Foral Navarra), por resultar de las actuaciones que han obrado con temeridad y mala fe."

NOVENO.- Durante la deliberación el Ilmo. Sr. Magistrado

RICARDO JAVIER GONZÁLEZ GONZÁLEZ, manifestó su voluntad de formular un Voto Particular discrepante del criterio mayoritario de la Sala.

DECIMO.- En la tramitación del presente proceso ante este Tribunal se han observado las prescripciones legales vigentes, excepción hecha del plazo para dictar sentencia, ante la complejidad de la causa y especialmente por haber tenido que atender la Sala únicamente compuesta por tres Magistrados, los señalamientos para juicio oral, así como para deliberación y resolución, al igual que el trámite propio de los asuntos en curso, durante el período de redacción.

La Sala examinada la prueba practicada en el acto del juicio oral de conformidad a los principios de oralidad, contradicción e igualdad de armas, DECLARA COMO HECHOS PROBADOS, los siguientes :

A.- Los procesados : D. Isidro, de 26 años de edad, con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia; D. Santiago, de 24 años, con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia; D. Aurelio, de 27 años, sin antecedentes penales; D. Gabriel, de 27 años, con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia y D. Samuel de 26 años, sin antecedentes penales; se encontraban sobre las 2:50 horas del día 7 de julio de 2016, en la PLAZA000 de Pamplona, donde se estaba celebrando un concierto con motivo de las fiestas de San Fermín

Isidro estaba sentado en el segundo banco, entrando a la derecha a la PLAZA000, cuando se acercó " la denunciante ", quien tenía 18 años, había llegado a Pamplona en un vehículo particular, sobre las 18:30 horas del día 6 de julio, acompañada de su amigo D. Jorge dejando estacionado el vehículo en el DIRECCION005.

Ambos subieron en dos ocasiones a la PLAZA000, en la segunda, conocieron a un grupo de personas procedentes de Palencia y Castellón; Jorge se fue de la plaza sobre las 1:30 horas al lugar donde estaba estacionado el coche.

" La denunciante", se mantuvo en la PLAZA000 con dichas personas, concretamente se intercambió el número de teléfono móvil con uno de los chicos que integraban el grupo procedente de Palencia : Luis Pablo, permaneció con el grupo, hasta el momento en que se fijó que había un chico que era el novio de una chica de su Universidad, se acercó a él y entabló conversación, estuvieron bebiendo, bailando y

cantando hasta que le perdió de vista, en ese momento trató de dar con el grupo de Palencia y Castellón, al no lograrlo se sentó en el banco donde estaba Isidro.

Estando sentados en el banco " la denunciante " y Isidro, ambos iniciaron una conversación, acercándose posteriormente al banco, primero Santiago y después los otros tres acusados.

"La denunciante" a las 2,57, 09, llamó desde su teléfono móvil NUM017 al teléfono de Luis Pablo NUM018, con una duración de 25'.

El objeto de la llamada era obtener información sobre lo que iban a hacer, existían dificultades para la audición porque había mucho ruido y además había música como de bares, "la denunciante" le expresó algo similar a : ¿donde estáis? ¿Qué vais a hacer?, Luis Pablo le contestó que : "... iban a por un bocadillo o algo así." y la denunciante respondió : "... vale pues quedamos después para ir a ver los encierros.", sin llegar a concretar la cita.

Después de esta llamada, " la denunciante ", dijo a los procesados que se iba a ir al coche para descansar, ofreciéndose estos para acompañarle.

Las seis personas salieron sobre las 03:00:45 de la PLAZA000 introduciéndose, en el pasillo existente entre las carpas de las terrazas de los establecimientos de hostelería DIRECCION006 y Bar DIRECCION007, siguiendo por la CALLE000 y DIRECCION008, donde dos de los procesados, no identificados, se acercaron al Hotel DIRECCION026 quedándose retrasada " la denunciante".

En este lugar, concretamente a la entrada del establecimiento, junto a la escalera que da acceso a la recepción, se hallaba el encargado de control de acceso de clientes al Hotel, D. Marco Antonio, a quien se dirigieron dichos dos procesados pidiéndole una habitación por horas " para follar", indicándoles que eso no era posible y que se dirigieran a otros establecimientos; sin que la denunciante hubiera escuchado esta parte de la conversación.

Seguidamente "la denunciante" y procesados siguieron su camino, por la AVENIDA000 en sentido ascendente dirección hacia la PLAZA001, girando a la derecha continuando por la CALLE001.

En este trayecto uno de los procesados, empezó a cogerle del hombro y de la cadera, "la denunciante" sintiéndose incómoda, propuso girar a la izquierda, tomando el inicio de la CALLE002.

B.- Una vez en la CALLE002, Isidro reparó en que una mujer accedía al portal del inmueble número NUM006, después de mantener una breve conversación con ella, simulando que estaba alojado, cogió uno de los ascensores y subió al NUM019 piso, bajando al portal por las escaleras.

Seguidamente, Isidro abrió la puerta de acceso al portal.

Entretanto, " la denunciante" y los otros cuatro procesados, permanecían apoyados en la pared divisoria del acceso a los garajes de los inmuebles número NUM015 y NUM006 de la CALLE002

Hallándose las cinco personas así ubicadas, Santiago y " la denunciante", estaban besándose en la boca; mientras se hallaba en esa situación, Isidro desde la puerta de acceso al portal, que mantenía abierta, dijo " vamos, vamos ". En ese momento Santiago, quien le había dado la mano para besarse, tiró de ella hacia él, cogiéndole de la otra mano Gabriel; ambos la apremiaron a entrar en el portal tirando de " la denunciante", quien de esa guisa entró en el recinto de modo súbito y repentino, sin violencia.

Cuando le introdujeron en el portal, los procesados, le dijeron " calla ", significándole que guardara silencio mediante el gesto de llevarse la mano abierta a la boca.

De esa forma " la denunciante" y los procesados llegaron a la puerta ubicada en el interior de portal, situada a la izquierda de los ascensores, de vinilo traslúcido, mediante la que se accede a un rellano, entrando a este espacio, tras subir un tramo de cinco peldaños se accede a otro rellano, girando a la izquierda desde este espacio se accede por tres escalones a un habitáculo de forma irregular y tamaño reducido (unos 3 m²); concretamente se trata de una zona sin salida de 2,73 cm de largo, por 1,02 cm de ancho y 1,63 cm de ancho en la parte más amplia.

Cuando " la denunciante" accedió al primer rellano, la puerta de acceso, estaba abierta, tenía delante de ella a uno de los procesados y detrás a otros. De este modo fue dirigida por los procesados al habitáculo que se acaba de describir, donde los acusado le rodearon.

Al encontrarse en esta situación, en el lugar recóndito y angosto descrito, con una sola salida, rodeada por cinco varones, de edades muy superiores y fuerte complexión, conseguida conforme a lo pretendido y deseado por los procesados y querida por estos, " la denunciante" se sintió impresionada y sin capacidad de reacción. En ese momento notó como le desabrochaban la riñonera que la llevaba

cruzada, como le quitaban el sujetador sin tirantes abriendo un clip y le desabrochaban el jersey que tenía atado a la cintura; desde lo que experimentó la sensación de angustia, incrementada cuando uno de los procesados acercó la mandíbula de la denunciante para que le hiciera una felación y en esa situación, notó como otro de los procesados le cogía de la cadera y le bajaba los leggins y el tanga.

" 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, manteniendo la mayor parte del tiempo los ojos cerrados.

Los procesados, conocieron y aprovecharon la situación de la denunciante en el cubículo al que la habían conducido, para realizar con ella diversos actos de naturaleza sexual, con ánimo libidinoso, actuando de común acuerdo.

En concreto y al menos " la denunciante" fue penetrada bucalmente por todos los procesados; vaginalmente por Gabriel y Isidro, éste último en dos ocasiones, al igual que Samuel quien la penetró una tercera vez por vía anal, llegando a eyacular los dos últimos y sin que ninguno utilizara preservativo. Durante el desarrollo de los hechos Aurelio, grabó con su teléfono móvil seis vídeos con una duración total de 59 segundos y tomó dos fotos; Gabriel, grabó del mismo modo un vídeo, con una duración de 39 segundos.

Finalizados estos hechos, los procesados se marcharon escalonadamente.

Antes de abandonar cubículo, Aurelio se apoderó, en su propio beneficio, del terminal de teléfono móvil, marca Samsung Galaxy nº IMEI NUM020, valorado en 199,19 €, que " la denunciante" llevaba en su riñonera, quitándole la funda, extrayendo la tarjeta SIM de la compañía jazztel y la tarjeta de memoria, micro SD arrojándolas en el lugar de los hechos.

El primero en salir fue Santiago, sobre las 03:27:05 hs. siguiéndole progresivamente los restantes procesados, hasta que formaron un grupo.

Entretanto " la denunciante", cuando advirtió que se habían ido todos los procesados, se puso el sujetador, se subió los leggins y el tanga, luego, cogió el jersey atándoselo a las caderas; seguidamente buscó la riñonera para coger el teléfono móvil y llamar a Jorge Sala. Cuando comprobó que el teléfono móvil no estaba en la riñonera, se incrementó su inquietud y desasosiego, comenzó a llorar, cogió su riñonera y salió del habitáculo a la calle llorando.

" La denunciante", accedió a las 03:29:45, a la AVENIDA001, procedente de la CALLE002, continuó caminando sola y sin cruzarse con ninguna persona por dicha AVENIDA001 durante unos 20 segundos, hasta sentarse en el primer banco situado en la zona central de la AVENIDA001.

C.- " La denunciante" tomó asiento en el banco, llorando desconsoladamente, hasta el punto que llamó la atención de una pareja, que al verle llorar se desviaron de su trayectoria, dirigiéndose al banco para atenderle; llamaron al teléfono 112, personándose poco después una patrulla de la Policía Municipal.

Fue trasladada desde el lugar de los hechos hasta el Servicio de Urgencias de DIRECCION021, donde se le revisó ginecológicamente a partir de las 5: 20 horas, administrándosele tratamiento anticonceptivo de emergencia y profiláctico.

Como consecuencia de los hechos " la denunciante" tuvo lesiones consistentes en : lesión eritematosa en zona de horquilla posterior en la zona de la cinco horarias para cuya curación precisó de una primera asistencia facultativa.

Se le realizó una prueba de detección de alcohol que determino un resultado positivo de 0,91 +/- 0,05 g/l de alcohol en sangre y 1,46 +/- 0,06 g/l de alcohol en orina .

D.- Los procesados Isidro, Santiago y Samuel, se dirigieron al Hotel DIRECCION009 en el que pidieron una habitación sin obtenerla; seguidamente acudieron al Hotel DIRECCION010 donde intentaron dormir, introduciéndose a escondidas, sin conseguirlo. Más tarde entraron en el portal de una vivienda y accedieron al último piso, donde se quedaron a dormir, al tiempo Santiago se fue del lugar, contactó con Aurelio y Gabriel, quienes se habían quedado continuando la fiesta separados de los anteriores.

A las 6.50 horas Isidro, envió desde su teléfono móvil WhatsApp a dos chats: a " la Manada ", al que pertenecen todos los procesados excepto Santiago, además de otras personas y a " Disfrutones SFC.". En estos WhatsApp escribió " follándonos a una los cinco" " todo lo que cuente es poco" " puta pasada de viaje" " hay video" en el remitido al chat " la Manada" y " follándonos los cinco a una, vaya puto desfase, del DIRECCION011 era, ja, ja"., en el enviado a " Disfrutones SFC.".

Sobre las 8:20 horas Isidro, Santiago, Aurelio y Gabriel, fueron identificados por agentes de la Policía Foral de Navarra, en el DIRECCION020 de la PLAZA002, dejándoles marchar.

Cuando salieron los cuatro procesados de la PLAZA002, Aurelio tiró el teléfono móvil de "la denunciante", en una zona donde había

desperdicios situada en la DIRECCION012, cerca del DIRECCION013; en este lugar fue recogido sobre las 9:30 horas por Dª Frida.

Posteriormente los cuatro procesados, se juntaron con Samuel, desplazándose los cinco en autobús al BARRIO000.

Entretanto agentes de la Policía Foral de Navarra localizaron el vehículo Fiat Bravo matrícula.... WDW, con el que los acusados se habían desplazado a esta ciudad, estacionado en la CALLE003 del BARRIO000, posteriormente fueron detenidos a las 11:15, horas del día 7 de julio de 2016, por agentes de la Policía Municipal de Pamplona.

E. Con carácter previo a los hechos " la denunciante" no presentaba ningún trastorno de la personalidad ni antecedentes de desestabilización psicológica, por el contrario tenía una adecuada adaptación en los distintos ámbitos (personal, educacional, social y familiar); como consecuencia de los mismos sufre trastorno de estrés postraumático. A partir del mes de septiembre de 2017, está recibiendo de forma continuada tratamiento psicológico administrado por el Centro de Atención Integral a Mujeres Víctimas de Agresión Sexual de la Comunidad DIRECCION022); no es posible la valoración de secuelas psicológicas al ser preciso que transcurra un tiempo de alrededor de dos años desde la producción de los hechos.

F. Los gastos irrogados al Servicio Navarro de Salud por la asistencia sanitaria prestada a "la denunciante" en el Servicio de Urgencia Hospitalaria y el Servicio de Obstetricia y Ginecología del HOSPITAL000, ascienden a 1.531,37 euros.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Cuestiones previas.

En el trámite de intervenciones habilitado con arreglo al Art. 786. 2 LECrim., durante la Audiencia celebrada el pasado 13 de noviembre, por las partes se alegó cuanto sigue:

(i) El Ministerio Fiscal formuló protesta en relación con la prueba documental que se denegó en nuestro Auto del pasado 13 de septiembre, en concreto y respecto al contenido de los terminales móviles que fue denegada y especialmente, los " vídeos de DIRECCION030 " grabados con fecha 1 de mayo de 2016 así como el WhatsApp enviado por Gabriel al chat "La Manada" el día 1 de julio de 2016 en el que se alude a la posibilidad de mantener relaciones sexuales en grupo con una chica.

Asimismo formuló protesta por la alteración del orden de práctica de pruebas, conforme a lo acordado en dicho Auto.

(ii) El Letrado Sr. Miguel Angel Morán Álvarez, en ejercicio de la acusación particular se adhirió a las cuestiones planteadas por el Ministerio Fiscal y adelantó su protesta, para el caso de que no fueran estimadas.

Igualmente impugnó el informe realizado por las detectives privadas Dª Carmela y Dª Elvira, aportado por la defensa de Gabriel, en relación con el cual se propone la prueba testifical de dichas personas, por entender que durante la instrucción y al ser requerida su aportación, la expresada defensa así como la de Aurelio, mantuvieron mediante escritos de fecha 27 de noviembre de 2016, no haber solicitado diligencia de prueba alguna, ni haber aportado ningún documento.

Asimismo impugnó la prueba pericial solicitada por las defensas del perito D. Nazario, que consta al folio 1.362 de las actuaciones, en base a que dicho perito no estuvo presente en la práctica de la prueba pericial psicológica el 7 de octubre de 2016 El Letrado Sr. Victor Sarasa Astrain en ejercicio de la acusación popular por parte del Ayuntamiento de Pamplona, se adhirió a las cuestiones planteadas por el Ministerio Fiscal ampliando la protesta en relación con la prueba documental inadmitida al contenido íntegro de chat "la manada".

El Letrado Sr. Idelfonso Sebastián Labayen en ejercicio de la acusación popular por Administración de la Comunidad Foral de Navarra, se adhirió a lo planteado por las anteriores acusaciones.

Todos los Letrados defensores de los procesados impugnaron las cuestiones planteadas por las acusaciones.

En el tramite conferido al efecto:

(i) El Letrado Sr.. Agustin Martinez Becerra en defensa de Isidro, Santiago y Samuel, propuso como nuevo documento, en relación con el informe incorporado al escrito de defensa de Gabriel, elaborado por Dª Carmela, detective nº de licencia NUM021, y Dª Elvira, detective nº de licencia NUM022.

En relación con este informe, precisamos que en el escrito de defensa de Gabriel, se proponía a dichas detectives, con la finalidad de "... ratificar el informe realizado y que se adjunta al presente escrito.". Pues bien, la parte proponente de tal prueba testifical, renunció a la misma, en la sesión del juicio oral de 23 de noviembre, de modo que el informe en cuestión, no ha sido ratificado por sus autoras y no posee validez a los efectos de su valoración como fuente de prueba.

La ampliación propuesta por Letrado Sr.. Agustin Martinez Becerra, se elaboró por dichas detective: "... Por petición del abogado Agustín Martínez Becerra completamos el informe de redes sociales de Doña Paula aportando la imagen adjunta tomada de su red de "Instagram" el día 19 de Septiembre de 2017 a las 11.15 horas y publicada 11 horas antes de dicha captura." y en el mismo se inserta una fotografía, con el contenido que es de ver en el acta correspondiente a la sesión del juicio oral celebrada el 13 de noviembre.

Este documento fue admitido por la Sala, de modo que la declaración testifical, en la sesión del juicio oral del 23 de noviembre prestada por Dª Carmela y Dª Elvira, versó en exclusiva sobre dicho informe.

(ii) El Letrado Sr. Jesús Pérez Pérez, en defensa de Aurelio : mantuvo la cuestión relativa a la personación de las acusaciones populares y planteó como cuestión nueva la posible vulneración de derechos fundamentales en la instrucción, en concreto, la vulneración de la presunción de inocencia, del derecho a un juicio público, a la tutela judicial efectiva; solicitó de la Sala que tome todo ello en consideración a la hora de valorar la prueba de este juicio por la posibilidad de "contaminación" de testigos y peritos.

Aportó documentación relativa a publicaciones realizadas por periódico " DIRECCION014 " y del resultado de búsquedas en Google, argumentando en relación con todo lo anterior, que se estaba realizando un juicio paralelo y que ello podía incidir en los testigos.

Adujo que estimaba vulnerado el derecho de defensa de su patrocinado por diversas razones, entre ellas : las manifestaciones realizadas al inicio del procedimiento por el letrado del SAM, en un momento en que además dicho letrado no había sido formalmente designado.

Mantuvo que su defendido al amparo del art. 400 LECrim, solicitó ser oído en declaración el día 12 de julio y dicha petición nunca se atendió.

Alegó que su petición de búsqueda de posibles grabaciones de cámaras existentes en el recorrido de los acusados, no fue atendida, cuando fue solicitada el mismo día 12 de julio que constan en el soporte informático, que refleja el desarrollo de la sesión.

(iv) El Letrado D. Juan Canales Cid en defensa de Aurelio, no planteó ninguna cuestión previa.

Las acusaciones impugnaron los documentos aportados, así como las cuestiones previas planteadas por los letrados defensores de los procesados.

Después de la correspondiente deliberación, la Sala adoptó las siguientes decisiones, en relación con las cuestiones planteadas y documentos aportados para su incorporación a los autos, que ahora sintetizamos, remitiéndonos por lo demás, al contenido del acta informática.

A.- En relación con la cuestión planteada por las acusaciones sobre la necesidad de admitir para su valoración parte de la prueba documental en su momento denegada, la desestimamos, ateniéndonos a las razones expuestas "in extenso", en nuestro Auto de 13 de septiembre, sin que las alegaciones expuestas en apoyo de la pretensión ampararan un pronunciamiento diferente.

B.- Respecto al orden de práctica de los medios de prueba en el acto del juicio oral, ratificamos nuestra decisión al respecto contenida en dicho Auto.

Al efecto y abundando en cuanto allí razonamos, tenemos consideración que todo proceso en materia penal configurado en su naturaleza esencial a través del principio acusatorio, consiste en un decir y contradecir. Dicen las acusaciones y contradicen los acusados, incluso con su silencio. Para resguardar esta esencia del derecho penal, no basta con que las acusaciones digan, sino que es necesario que prueben lo que dicen para enervar la presunción de inocencia.

Entendemos que mediante el orden de práctica de pruebas que disponemos, se cumplimentan con pleno acomodo a las exigencias constitucionales, los requerimientos vinculados a la puesta en práctica del principio acusatorio, del derecho de defensa y las relativas a la efectiva contradicción en igualdad de armas. Todo ello sin olvidar, que la declaración de los acusados no es sólo un medio de prueba, sino también un instrumento de defensa.

Nuestro criterio es seguido entre otras, en la Sentencia 337/2016 de 23 de septiembre. de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Tarragona,

La Sentencia de la Sala 2ª TS 259/2015 de 1 de febrero, invocada en apoyo de la pretensión que sostienen las acusaciones, no ampara a nuestro parecer la impugnación que examinamos.

La cuestión se analiza en los Fundamentos de derecho tercero a sexto de dicha sentencia, para concluir en que no existe la indefensión alegada por los recurrentes, ni vulneración del derecho de defensa, por no acceder el Tribunal a la petición de la defensa de alterar el orden de los interrogatorios, dejando a los acusados para el final. Pero en dicha argumentación jurídica, para nada se contempla la

hipótesis de que en el caso de que el tribunal hubiera accedido a la petición de alteración del orden de práctica de las pruebas en el acto del juicio oral, se hubieran quebrantado los derechos que asisten a las acusaciones.

Perteneciendo a nuestra exclusiva competencia, la valoración de la credibilidad y verosimilitud de las declaraciones de los acusados, prestadas en las condiciones que habilitamos, por las razones expuestas

C.- En cuanto a las cuestiones específicas planteadas por la defensa de la denunciante, estimamos que no podían ser atendidas, por cuanto frente a la parte del Auto previsto en el Art. 695 LECrim., que dictamos con fecha 13 de septiembre pasado, no cabe recurso alguno, salvo que se invoquen vulneración de derechos fundamentales, supuesto que no es del caso.

De modo complementario, y ya en la fase procesal en que nos hallamos, nos remitimos a cuanto hemos argumentado precedentemente, en relación con la falta de validez probatoria del informe en cuestión, al no haber sido ratificado en juicio oral por sus autoras.

Respecto impugnación de la prueba pericial solicitada por las defensas del perito D. Nazario, el motivo aducido, no determina la invalidez de dicha prueba, sin perjuicio de la toma en consideración de la deficiencia apuntada,como lo hacemos al valorar este medio de prueba.

D.- En cuanto a la impugnación específica de la inadmisión de la prueba documental, formulada por la dirección letrada de la acusación popular ejercida por el Excmo. Ayuntamiento de Pamplona, nos remitimos a cuanto habíamos argumentado en el anterior epígrafe A.

E. - Por lo que respecta a la solicitud de nulidad por ilicitud en su obtención u origen por vulneración de los derechos fundamentales, invocada en sus respectivos escritos de defensa por los procesados, formulada en los siguientes términos :

(i) "... de acuerdo con lo establecido en el artículo 18 de la Constitución Española así como por lo dispuesto en el artículo 11. 1 de la LOPJ se infiere que cualquier evidencia que se obtenga vulnerando el derecho a la intimidad, el secreto de las comunicaciones o la inviolabilidad de domicilio ha de considerarse carente de validez. De igual manera quiebran el principio de seguridad jurídica y son contrarios a lo establecido tanto en el artículo 229. 2 de la LOPJ , como el artículo 302 dela LECrim .". - escrito de conclusiones provisionales de Don Santiago, Don Samuel y Don Isidro -

(ii) "... De acuerdo con lo establecido en el artículo 18 de la Constitución Española así como por lo dispuesto en el artículo 11. 1 de la LOPJ se infiere que cualquier evidencia que se obtenga vulnerando el derecho a la intimidad, el secreto de las comunicaciones o la inviolabilidad de domicilio han de considerarse carentes de validez. De igual manera quiebran el principio de seguridad jurídica y son contrarios a lo establecido tanto en el artículo 229. 2 de la LOPJ, como el artículo 302 de la LECrim.; "... siendo su obtención contraria a lo establecido en los artículos 18 y 24 de la Constitución; 11. 1 y 2 de la LOPJ y artículo 302 de la LECrim. Por todo lo expuesto."; "... vulnerando el derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones y sin expreso traslado a las partes para su posible impugnación. Vulnerando los artículos 18 y 24 de la Constitución; 11. 1 y 229. 2 de la LOPJ y artículo 302 de la LECrim."; "... vulnerando el derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones y sin expreso traslado a las partes para su posible impugnación. Vulnerando los artículo 18 y 24 de la Constitución; 11. 1 y 229. 2 de la LOPJ y artículo 302 de la LECrim."; "... vulnerando el derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones y sin expreso traslado a las partes para su posible impugnación. Vulnerando los artículo 18 y 24 de la Constitución; 11. 1 y 229. 2 de la LOPJ y artículo 302 de la LECrim."; "... vulnerando el derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones y sin expreso traslado a las partes para su posible impugnación."; Vulnerando los artículo 18 y 24 de la Constitución; 11. 1 y 229. 2 de la LOPJ y artículo 302 de la LECrim."; "... siendo su obtención contraria a lo establecido en los artículos 18 y 24 de la Constitución; 11. 1 y 2 de la LOPJ y artículo 302 de la LECrim." - escrito de conclusiones provisionales de Don Aurelio -.

(iii) "... de acuerdo con lo establecido en el artículo 18 de la Constitución Española así como por lo dispuesto en el artículo 11. 1 de la LOPJ se infiere que cualquier evidencia que se obtenga vulnerando el derecho a la intimidad, el secreto de las comunicaciones o la inviolabilidad de domicilio han de considerarse carentes de validez. De igual manera quiebran el principio de seguridad jurídica y son contrarios a lo establecido tanto en el artículo 229. 2 de la LOPJ, como el artículo 302 de la LECrim."; "... siendo su obtención contraria a lo establecido en los artículos 18 y 24 de la Constitución; 11. 1 y 2 de la LOPJ y artículo 302 de la LECrim. ". - escrito de conclusiones provisionales de Don Gabriel -.

Ratificada en el trámite del artículo 786.2 LECrim., la desestimamos, por cuanto, así planteada la pretensión del nulidad, es preciso recordar que en nuestro Auto de 13 de septiembre pasado, rechazamos todo el material probatorio que obra en la causa y que corresponda o guarde relación con el contenido extraído de los teléfonos móviles de los acusados, sea cual sea el formato o el soporte en que dicho contenido se contenga a excepción del que guarde relación con archivos generados en dichos móviles el día 7 de julio de 2016 hasta el momento en que los referidos terminales fueron incautados con motivo de la detención de los acusados y no admitimos prueba alguna que guarde relación con el contenido que se rechaza o con las diligencias derivadas y/o practicadas en relación con el material excluido.

En consecuencia no cabe un pronunciamiento sobre la nulidad por ilicitud de medios de prueba que no han sido admitidos, pues éste solo compete respecto a la alegación de vulneración de derechos fundamentales en la obtención u origen de alguna prueba admitida, como dispone el número 1 del artículo 287 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aplicable en el marco de los procesos penales virtud de su carácter supletorio, definido en el artículo 4.

F.- Por decisión mayoritaria de la Sala, se admitió el documento presentado por el Letrado Sr.. Agustín Martínez Becerra, sin perjuicio de su valoración por la Sala.

G.- Igualmente por decisión mayoritaria de la Sala, se desestimó la cuestión planteada en el escrito de defensa y ratificada en el trámite de audiencia preliminar por el Letrado Sr. Jesús Pérez Pérez relativa a la personación de las acusaciones populares.

H.- Rechazamos la incorporación a los autos de la documentación aportada por dicho Letrado, concretada en publicaciones realizadas por periódico " DIRECCION014 " y del resultado de búsquedas en Google.

G.- En cuanto a la cuestión planteada por dicho letrado sobre la vulneración de derechos fundamentales en la instrucción, en los términos antes expresados, se desestimó por cuanto entendimos que lo planteado rebasa el ámbito propio de cuánto puede ser valorado en el trámite de cuestiones previas. Remitiéndonos a lo argumentado con amplitud de forma oral, según consta en el soporte informático de la sesión de juicio oral.

Se formuló protesta, en relación con las cuestiones que fueron desestimadas por : (i) El Ministerio Fiscal; (ii) El Letrado Sr. Miguel Angel Morán Álvarez, en nombre de "la denunciante."; (iii) El Letrado Sr. Idelfonso Sebastián Labayen en nombre de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra; (iv) El Letrado Sr. Victor Sarasa Astrain en nombre del Excmo. Ayuntamiento de Pamplona y (v) El Letrado Sr. Jesús Pérez Pérez en nombre del procesado D. Aurelio, quien confinó su protesta a la desestimación de la cuestión previa relativa a la vulneración de derechos fundamentales de su patrocinado.

Este último amplió la disconformidad sobre dicha cuestión en sus conclusiones definitivas, alegando que:

"... No se puede tomar en consideración las pruebas de cargo por su ilicitud, ya que éstas han sido practicadas con vulneración del principio de presunción de inocencia (artículo 11. 1 LOPJ).

Como he expresado al inicio de las sesiones del juicio oral, sobre una declaración cambiante e inverosímil de la denunciante y con constante presión mediática nacional, se ha ido construyendo una serie de pruebas acusatorias (Informe PERICIAL Nº NUM023, sobre estudio de archivos de video/ imágenes, careciendo de licitud, ya que los peritos partían de prejuicios según se acreditó a preguntas del Magistrado; e Informe pericial psicológico de Doña Herminia y Doña Margarita, las cuales han partido de la veracidad de los hechos denunciados) que, sin la concurrencia de tan especiales circunstancias, habrían arrojado un resultado bien distinto. Es más, sin esas circunstancias, es lógico pensar que el proceso penal no habría continuado. (...).".

Consideramos que en base a esta alegación, no se puede vedar nuestra apreciación sobre la validez y alcance de dichos dictámenes periciales, incorporados a la causa y sometidos a condiciones de efectiva contradicción en la sesión de acto del juicio al celebrada el pasado 21 de noviembre.

La fase procesal en que nos hallamos, hace extemporánea la alegación de vulneración del derecho a la presunción de inocencia, consagrado en el artículo 24.2 CE como un derecho fundamental que no precisa que el acusado desarrolle ninguna actividad probatoria para acreditar su inocencia, sino que conforma una inicial afirmación de ausencia de responsabilidad respecto de quien es objeto de acusación. En consecuencia sólo se producirá esta infracción, en el caso de que hubiéramos establecido el pronunciamiento de condena sin pruebas de cargo validas, cuando por ilógico o insuficiente, no sea razonable el iter decisivo que conduce de la prueba al hecho probado y con carácter previo a estos supuestos, en los casos de falta de motivación del resultado de la valoración de las pruebas acusatoria. (vid entre otras: SSTS.2ª 577/2014 de 12 de julio y 778/2017 de 30 de noviembre).

SEGUNDO.- Doctrina general aplicable la valoración de la prueba practicada.

Los hechos declarados probados se han fijado en función de las pruebas practicadas en el juicio oral, regularmente traídas al mismo, y que se practicaron con estricta observancia de los principios de publicidad, oralidad, inmediación y contradicción.

A modo de preámbulo del análisis de la prueba de los hechos, la Sala estima necesario apuntar en sus rasgos esenciales la doctrina constitucional y jurisprudencial que perfilan los contornos del derecho a la presunción de inocencia, y que por tanto,son los criterios guía en la evaluación del cuadro probatorio, que satisfaga el canon constitucional de valoración probatoria, para aseverar la certeza sobre la veracidad de la afirmación de los hechos que declaramos probados

Este derecho es " uno de los principios cardinales del Derecho penalcontemporáneo, en sus facetas sustantiva y forma l ", - por todas,

SSTC 133/1995 y 185/2014 -.

Toda manifestación del ejercicio del " ius puniendi " está condicionada por el art. 24.2 CE al juego de la prueba y a un procedimiento contradictorio en el que puedan defenderse las propias posiciones, - STC 161/2016 -. Ese precepto establece una regla presuntiva de que " el acusado llega al juicio como inocente y sólo puede salir de él como culpable si su primitiva condición es desvirtuada plenamente a partir de las pruebas aportadas por las acusaciones " - SSTC 124/2001 y 145/2005 -.

Las SSTS 2ª 430/2016 y 305/2017 se expresan acerca de la insuficiencia de la íntima convicción del Juzgador en la valoración de la prueba, para proclamar que han de existir medios de prueba válidos y lícitos, de contenido incriminador.

Hemos realizado esta operación con acomodo a las exigencias de aquella garantía constitucional, constatando la existencia de prueba de cargo con virtualidad de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia. Y explicitamos los razonamientos nuestra decisión de forma lógica, coherente y razonable, en aplicación del triple canon que suministra, la enseñanza de la experiencia - entendida según declaró la STC 169/89 de 16 de octubre como «una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a los criterios colectivos vigentes». -, las reglas de la lógica y los principios científicos - vid. STS 2ª 544/2017 de 12 de julio -

Tiene declarado el Tribunal Supremo - STS 2ª 305/2017 de 27 de abril -, en casos como el presente en los que se analizan, entre otros, "... hechos relacionados con la libertad sexual es altamente frecuente - como recuerda la STS. 845/2012 de 10.10 - que el testimonio de la víctima

-haya sido o no denunciante de los mismos- se erija en la principal prueba sometida al examen del Tribunal, habitualmente por oposición de quien es denunciado y niega la realidad del objeto de la denuncia.

En el caso del acusado sus manifestaciones se encuentran amparadas por el elenco de garantías y derechos reconocidos en el art. 24 CE , y, entre ellos, los derechos a no confesarse culpable y no declarar contra sí mismo.

La versión de la víctima debe ser valorada, en cambio, desde elprisma propio de un testigo, que se encuentra por ello obligado a decir verdad; pero sin olvidar las cautelas propias del status de quien asume la doble condición de testigo y denunciante, pues estamos ante un testigo en cierto modo implicado en la cuestión, al ser su testimonio la noticia misma del delito.(.../...). Son incontables las ocasiones en que hemos apuntado ciertos aspectos de posible valoración en el testimonio de la víctima, notas que no son más que pautas orientativas, sin vocación excluyente de otras y sin desconocer la importancia de la inmediación, dirigidas a objetivar la conclusión alcanzada . Son éstas la ausencia de incredibilidad subjetiva, la verosimilitud de su versión y la persistencia en la incriminación. Pero incluso en el caso de que alguno de estos tres elementos no fuere, en todo o en parte, favorable a la credibilidad del testimonio de la víctima, puede el órgano judicial concederle validez como prueba de cargo siempre, eso sí, que motive suficientemente las razones de su proceder.".

En el mismo sentido declara la STS 2 833/17 de 18 de diciembre : "... Desde luego, cuando de la declaración testifical se trata no parece que parámetros como persistencia, verosimilitud y ausencia de contradicciones o de motivos espurios en la declaración sean suficientes, ni los únicos atendibles, para satisfacer aquel canon que legitime esa valoración por pretendidamente racional. La justificación constitucional exigible debe ir más allá de las meras impresiones subjetivas sentidas por el receptor de la prueba. Y, desde luego, de las insistencias externas al proceso, por numerosas e incluso comprensibles que puedan ser éstas. (...).".

En consecuencia, no es que el contenido de una testifical que supere ese triple filtro deba ser tenido como válidamente inculpatorio. Lo único que cabe sostener es que un testimonio que no lo hiciera debería ser desestimado " a limine." como medio de prueba; mientras que, en el caso contrario, resultará atendible en principio, y, por tanto, estará justificado pasar -en un segundo momento- a confrontar sus aportaciones con las de otra procedencia, para confirmar la calidad de los datos -vid. en este sentido SSTS 2ª 263/2017 de 7 de abril y 28/2018 de 18 de enero -.

Así lo hemos hecho en esta Sentencia, para conformar el relato de hechos probados y justificar nuestra apreciación de la prueba.

De otro lado la justificación interna de la decisión, según antes hemos anotado, nos emplaza a una aplicación del canon que suministran la lógica y la experiencia o ciencia, de tal suerte que pueda decirse que desde aquellos datos - justificación externa-, se deba inferir que la afirmación de los hechos en los que se sustenta la condena, los elementos objetivos, pero también los subjetivos, son una conclusión coherente que, con absoluta prescindencia de la subjetividad del juzgador, generen una convicción ausente de toda duda racional sobre la responsabilidad de los acusados y de este modo se genere la certeza que avalada por esos cánones, debe calificarse de objetiva.

Conscientes de estas exigencias, desarrollamos a continuación nuestra argumentación como sigue.

TERCERO.- - JUSTIFICACIÓN PROBATORIA

Abordamos la denominada " motivación fáctica", partiendo de las anteriores premisas; este cometido contempla un amplio acervo probatorio; Entre las pruebas a considerar, destacan las de cargo y de descargo sometidas a nuestra apreciación de manera directa, en el acto de juicio oral, concretamente las amplias declaraciones testificales - de especial relieve, como acabamos de expresar, en el caso de " la denunciante " -, las manifestaciones de los procesados, así como los dictámenes periciales.

La peculiaridad del caso que enjuiciamos, viene determinada por cuanto existe un medio de prueba documental, concretado en las grabaciones de video y las fotos tomadas durante el desarrollo de los hechos, por los procesados Aurelio y Gabriel, que son consideradas por las acusaciones como elemento probatorio de cargo y por las defensas de los procesados como un medio de prueba de descargo.

Por ello se desvía de lo que es habitual en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, conductas delictivas respecto a las que, debido al componente personalista que presentan y los espacios de intimidad en que se suelen perpetrar, no es fácil que exista la posibilidad de contar con otras pruebas - especialmente, pero no sólo, personales - distintas para acreditar el núcleo del hecho delictivo.

A.- Valoración General :

Son hechos incontrovertidos : (i) El encuentro de " la denunciante ", con los procesados, sobre las 2:50 horas del día 7 de julio de 2016, en la PLAZA000 de Pamplona; (ii) El posterior desplazamiento de las seis personas al inmueble número NUM006 de la CALLE002 de Pamplona y (iii) El mantenimiento de relaciones sexuales de las cinco personas con " la denunciante ", en el habitáculo que se describe en el epígrafe B) del antecedente hechos probados.

La discrepancia se concreta en la voluntariedad o no del mantenimiento de dichas relaciones sexuales por parte de " la denunciante " y así frente a la versión de las acusaciones que sostienen que fué obligada a realizar actos de naturaleza sexual, con los procesados, violentando su voluntad valiéndose de violencia o intimidación para conseguir su satisfacción sexual, algunos de ellos grabado y fotografiados, cumpliendo el designio que se había trazado desde el momento que se encontraron con " la denunciante "; las defensas de los procesados afirman que las relaciones sexuales se tuvieron con el consentimiento pleno de " la denunciante ", quien ya en la PLAZA000, durante la primera conversación que mantuvo con aquellos, convino en mantener relaciones sexuales en grupo, así se lo comunicó y se pusieron en marcha rápidamente para encontrar un lugar discreto donde hacerlo.

" La denunciante ", ha sostenido con firmeza la versión acerca del modo en que se desarrollaron los hechos, si bien la matizó en su declaración en el plenario, en determinados aspectos, respecto a la prestada en sede de la Policía Municipal a partir de las siete horas del día 7 de julio y a presencia Judicial en la tarde de día 8 de julio de 2016, siempre refiriéndose a cuatro personas, con relación : al modo en que le introdujeron en el portal, le condujeron al recinto donde se desarrollaron los hechos y como le obligaron una vez en el interior del habitáculo a realizar diversos actos de naturaleza sexual con cada uno de ellos, valiéndose de su superioridad física y numérica y de la imposibilidad de " la denunciante", de ejercer resistencia ante el temor a sufrir un daño mayor y la imposibilidad de huir del lugar.

Como desarrollaremos más ampliamente estas matizaciones, no comprometen la estructura racional de nuestro proceso valorativo, ni perjudica nuestra apreciación de que la declaración de " la denunciante", satisface los parámetros de credibilidad subjetiva, objetiva y persistencia; teniendo en cuenta respecto de este último, que como declara la STS 2ª 787/2017 de 30 de noviembre - con cita de la STS 343/2013 de 30 abril -: "... ello supone ausencia de modificaciones esenciales en las sucesivas declaraciones prestadas por la víctima, sin contradecirse, ni desdecirse. Se trata de una persistencia material en la incriminación, valorable «no en un aspecto meramente formal de repetición de un disco o lección aprendida, sino en la constancia sustancial de las diversas declaraciones, manteniendo el relato la necesaria conexión lógica entre sus diversas partes."

En el mismo sentido, citamos la STS 62/2018, de 5 de febrero que declara: "... No basta con aducir algunos puntos o argumentos que podrían militar en favor de otra valoración probatoria para descalificar la realizada por la Audiencia; ni detectar variaciones de detalle y en aspectos puramente accesorios en las sucesivas declaraciones; ni oponer a la declaración de la víctima la propia declaración exculpatoria. La presunción de inocencia no lleva a dar prevalencia necesariamente y por exigencias de tal derecho a las manifestaciones exculpatorias propias frente a las de la víctima. Sería inadmisible una regla de esa factura.(...) ".

Estas puntualizaciones, no nos impide apreciar la persistencia material en la incriminación, en el sentido antes señalado; coinciden en el aspecto esencial, relativo a que las relaciones de contenido sexual se mantuvieron en un contexto subjetivo y objetivo de superioridad, configurado voluntariamente por los procesados, del que se prevalieron, de modo que las prácticas sexuales se realizaron,sin la aquiescencia de la denunciante en el ejercicio de su libre voluntad autodeterminada, quien se vió así sometida a la actuación de aquellos - vid por todas STS 2ª 761/2015 de 23 de noviembre -

En dicho núcleo coinciden la declaración de la denunciante en sede policial y judicial, así como cuanto relató a las primeras personas con quienes entró en contacto inmediatamente después de producirse los hechos, a estos efectos consideramos de manera más destacada:

(i) Las declaraciones testificales, en el acto del juicio oral de Dª Regina y D. Moises, primeras personas que le atendieron quienes caminaban por la AVENIDA001, procedentes de la DIRECCION012 y en dirección a la estación de autobuses; se acercaron a ver qué le ocurría, sentándose los dos junto a la denunciante en el banco. Relatando que al principio " la denunciante " no podía hablar, lloraba amargamente con angustia, y con dificultades les dijo que había perdido el móvil o que no lo tenía; manifestaron que estaba en estado shock y no apreciaron síntomas de estar bebida. Le preguntaron a ver lo que le había pasado y ella seguía llorando sin expresar frases coherentes. Decía frases cortas o palabras sueltas y seguía llorando, haciendo alusión al móvil. Cuando le dijeron que no era para tanto perder un móvil la oyeron decir " que cuatro chicos,... ", por lo que los testigos entendieron que había algo más; entre llantos " la denunciante" les dijo que había venido con un amigo y su amigo estaba en el coche, que había conocido a cuatro chicos en la PLAZA000, y que cuando iban andando la habían metido en un portal. Los testigos le preguntaron, si todos habían abusado de ella, y les dijo que sí. Le inquirieron si podían llamar a la policía diciéndole aquella que sí; D. Moises llamó al 112, recibiendo la Policía Municipal alrededor de las 3:40 horas del día 7 de julio una llamada en la que se comunicaba que : " dos ciudadanos al parecer han encontrado a una joven en la AVENIDA001 que dice haber sido objeto de una agresión sexual.".

(ii) Las declaraciones testificales en la sesión de juicio oral celebrada el pasado 15 de noviembre, de los Agentes de Policía Municipal que intervinieron " in situ." muy poco tiempo después de cometerse los hechos. Estas declaraciones, son particularmente relevantes en cuanto testimonio de referencia y por tanto como elemento de corroboración que avala entre otros la credibilidad objetiva o verosimilitud de la declaración de " la denunciante"; en este sentido declara la STS 2ª 793/2017 de 11 de diciembre - en relación con la valoración como testimonio de referencia de aquellos agentes que en la vía pública acudieron en auxilio de quien denuncia y vertieron un relato espontáneo, calidad de testimonio de referencia que no cabe reconocer al de los agentes que interrogaron a la denunciante en dependencias policiales - : "... la Sala sentenciadora hatomado en consideración otros elementos de prueba que según su criterio corroboraban la declaración de la víctima, que gozan de autonomía probatoria, como testimonios de referencia de lo que la víctima les relató espontáneamente cuando fue atendida en la vía pública, y como testigos directos de los que pudieron percibir personalmente, que en muchos de los casos conforman indicios relevantes.".

La primera dotación en llegar, estaba formada por la Agente NUM024 y el Agente NUM025, quienes patrullaban de uniforme y se acercaron al lugar de los hechos andando desde el DIRECCION033, apenas transcurridos unos minutos, tras captar una comunicación de la emisora que decía que había habido una agresión sexual y estaban en la AVENIDA001 junto al monumento DIRECCION029, al llegar primero hablaron con la pareja que estaba con " la denunciante" quienes les dijeron que la chica había sido agredida y le habían robado el móvil.

La Agente NUM024, percibió quien era " la denunciante", porque estaba llorando y se la llevó a un banco que había al lado; aquella estaba muy nerviosa, y llorando, no podía expresarse con claridad; la Agente le dijo que estuviera tranquila, que estaba allí para ayudarla, le preguntó si la habían agredido y " la denunciante " dijo que sí. Posteriormente le preguntó si habían abusado de ello y de nuevo contestó afirmativamente. En un momento ulterior le preguntó si había habido penetración y también dijo que sí, precisando que habían sido cuatro chicos.

La Agente le preguntó dónde había sido y " la denunciante" respondió señalando un portal a la vuelta, llevándoles con posterioridad hasta el portal de la CALLE002 número NUM006.

La Agente NUM024, observó como " la denunciante" lloraba mucho durante el relato de los hechos y la descripción de las cuatro personas, principalmente a sus preguntas, mientras que su compañera la Agente NUM026 tomaba anotaciones.

Por su parte el Agente NUM025, quien percibió como la " la denunciante", estaba llorando, nerviosa y temblorosa, le costaba hablar de forma continuada y se expresaba entre sollozos; se quedó hablando con D. Moises y Dª Regina, tomándoles la filiación.

Cuando se hallaban en la AVENIDA001 unos ocho agentes de la Policía Municipal, acudió una dotación de paisano integrada por la Agente NUM026 y el Subinspector NUM027, pertenecientes al grupo de investigación quienes patrullaban de paisano y acudieron andando desde el casco viejo, tras captar el aviso de la emisora.

La Agente NUM026 se dirigió directamente a " la denunciante", su compañera la Agente NUM024, le informó de los detalles que había obtenido de aquella; se identificó como Policía Municipal, percibió que estaba muy afectada, nerviosa y llorando todo el rato, e intentó que se tranquilizara; esta le confirmó haber sido agredida por cuatro chicos y la existencia de penetración. Les indicó el lugar que había ocurrido los hechos y se desplazaron allí.

El Subinspector NUM027, percibió cuando llegó que " la denunciante" estaba nerviosa y llorando, no habló con ella sino que lo hicieron sus compañeras; cuando se dirigieron al portal, aquella no quiso entrar.

El Agente NUM025 y la Agente NUM024, trasladaron en un vehículo policial a " la denunciante" desde el lugar de los hechos hasta el Servicio de Urgencias de Complejo Hospitalario de Navarra, el primero conducía y la segunda durante el trayecto intentaba tranquilizarla,

pues " la denunciante" le insistía en que no le dejara sola.

La Agente NUM024, permaneció en dicho Servicio con " la denunciante" sin que volviera a hablar con ella sobre los hechos. Esta se mostraba intranquila, llorando, agarrando fuerte a la Agente del brazo, insistiéndole en que no la dejara sola porque tenía mucho miedo. Estuvo en el Servicio con " la denunciante", hasta que realizado examen ginecológico y médico forense, fue a buscarles un coche camuflado y las llevaron a dependencias de Policía Municipal, permaneciendo con ella en la sala de espera hasta que la agente de Policía Municipal NUM028, se la llevó para tomarle declaración.

De todo este conjunto de medios de prueba, podemos inferir razonablemente que desde el primer momento, " la denunciante" refirió a las personas que le atendieron y los agentes que intervinieron que había sufrido una actuación atentatoria a su libertad sexual a la que ella no había prestado aquiescencia, por parte de cuatro varones - resaltamos que a lo largo de todas sus declaraciones en sede policial, judicial y en el acto del juicio oral, con la natural precisión de que a esas alturas del proceso, sabía que eran cinco los procesados -, mantuvo que dicha actuación atentatoria se había llevado a efecto por cuatro personas, lo que refuerza la consideración de la intensidad del impacto emocional producido por la actuación de los procesados.

Su estado apreciado por los testigos a que nos acabamos de referir, revela que estaba viviendo una intensa situación de desesperación, angustia y ansiedad; en nada compatibles, con la situación de una persona, que o bien se siente despechada porque después de haber finalizado una relación sexual consentida, los varones que la mantuvieron no le ofrecieron " continuar la fiesta juntos ", o que éstos se hubieran marchado del habitáculo sin despedirse, ni porque tenía la intuición de que se hubieran grabado imágenes y estas pudieran difundirse a través las redes sociales, ni por la sustracción de su teléfono móvil.

(iii) Igualmente la realidad del estado en que se encontraba, se infiere de la manifestación que realizó ante los médicos que le atendieron en el servicio de urgencias a partir de las 5: 20 horas de la madrugada, antes quienes expresó que no recordaba con exactitud lo sucedido - véase el informe Clínico de Urgencias obrante a los folios 24 y 25 de las actuaciones emitido por el Servicio de Urgencia Hospitalaria y el servicio Obstetricia y Ginecología del Complejo Hospitalario de Navarra.

En cuanto a las matizaciones en los extremos antes referidos en su declaración en el plenario, con relación a la prestada en sede de la Policía Municipal a partir de las 7:09 del día 7 de julio - en la que manifestó respecto de estos puntos : "... Que preguntada a Paula si ha intentado zafarse de ambos, manifiesta que sí, pero no ha podido, además no podía gritar, puesto que el chico del reloj, le ha tapado la boca continuamente (...). Que cuando han entrado, la han rodeado los cuatro, y la han tirado al suelo, siendo que le han soltado el sujetador, y mientras le sujetaban la boca, para que les hiciera una felación, a la vez que le soltaban los botones del pantalón. Y la ofrecida ante el Juez Instructor en la tarde del día 8 de julio, en la que declaró, siempre con referencia a cuatro personas : "... Que en ese momento los otros dos la sujetaron y la introdujeron en el portal. Que la declarante iba hablando normal y le dijeron que se callara y no gritara. (...) Que la rodearon entre todos y uno de ellos la cogió de la cara y le obligó en ese momento a hacerle una felación.".

Tomamos especialmente en consideración, las circunstancias personales de abatimiento, confusión, tensión y agobio en que fueron prestadas, especialmente la primera, muy poco después de haber sido asistida en el Complejo Hospitalario de Navarra; así lo inferimos :

(i) De la intervención como peritos en la sesión del juicio oral celebrada 20 de noviembre de los Médicos Forenses: Dr. Luis Pedro y Dra. Mercedes, aclarando el primero en relación con el informe médico forense que obra a los folios 182 y 187 de las actuaciones en el particular donde dice: "... Tiene recuerdos confusos pero manifiesta que hubo penetración oral y cree que también vaginal no sabe si anal. (...) No puede precisar el número de veces ni concretar más en este momento.", que con arreglo a criterios científicos y datos empíricos, ocurre con cierta frecuencia que " ... los recuerdos en una situación de estrés de estas características tienen en que ver en estas fases iniciales más con la memoria instintiva que con la memoria racional y entra dentro de lo habitual que la víctima relate hechos aislados, pero no tenga digamos relato continuado en estos primeros momentos lo que realmente ocurrió y puede haber fases digamos de ciertas lagunas."

(ii) La declaración en la sesión de juicio oral del pasado 17 de noviembre del agente de Policía Municipal de Pamplona NUM029 quien después de que " la denunciante" hubiera declarado en sede policial, le trasladó sobre las 9:30 -10 horas al DIRECCION005; nuevamente la llevó a dependencias policiales, sobre las 10:30 - 10:45 horas, donde le estaba esperando la Trabajadora Social del Ayuntamiento de Pamplona, Dña. Caridad. Manifestando dicho agente que durante su intervención con " la denunciante", ésta se mostraba cansada, abatida y prácticamente no hablaba.

(iii) La declaración en la misma sesión del juicio oral de Dña. Caridad quien estaba de guardia en el servicio de acompañamiento social a víctimas de agresión sexual y había sido activada a raíz de la presentación de la denuncia, quien informó a " la denunciante", sobre la disponibilidad de servicio y la posibilidad de facilitarle un alojamiento y un teléfono municipal; en esta primera entrevista apreció que esta lloraba y contestada con monosílabos.

Mientras se mantenía esta conversación, se recibió comunicación del Complejo Hospitalario de Navarra, para que se trasladara a la denunciante para realizarle más pruebas médicas. "La denunciante", fue trasladada al centro hospitalario por el agente NUM029 y en compañía de Dña. Caridad, al regreso, esta cogió un teléfono del ayuntamiento, en los locales de bienestar social de la calle zapatería y bajaron nuevamente al DIRECCION005, donde recogieron a Jorge, trasladándoles al alojamiento facilitado por el Ayuntamiento de Pamplona. En este lugar Dña. Caridad, informó a la " La denunciante", sobre la conveniencia de comunicar la situación a sus padres, llamándoles esta a través del teléfono facilitado por el Ayuntamiento; al comienzo de la conversación " La denunciante ", comenzó a llorar amargamente, poniéndose al teléfono Caridad, explicando la situación y lo importante de que acompañara a su hija en esos momentos.

(iii) La declaración en igual sesión del juicio oral de Dª Marta, trabajadora social del Ayuntamiento de Pamplona quien se desplazó sobre las 13 horas del día 8 de julio, acompañada de un Policía Municipal, al alojamiento facilitado por el Ayuntamiento; en este lugar estaban ya sus padres. Manifestó que cuando el policía municipal le comunicó que tenía que ir a declarar ante el Juzgado de Guardia por la tarde comenzó a temblar y llorar con amargura; acompañando a " la denunciante" y sus padres a partir de las 17 horas, durante su estancia en el Juzgado de Guardia.

En este ámbito de valoración general, detenemos nuestra atención en un aspecto sobre el que se puso especial énfasis por la defensa de los procesados y que afecta a la valoración de la declaración de la denunciante desde el prisma de la "credibilidad subjetiva del testimonio ", o "ausencia de incredibilidad subjetiva". En concreto la tacha se plantea sobre el motivo que le impulsó para denunciar los hechos, concretado en la consciencia de que habían sido grabados por los procesados y tratar así de ofrecer una justificación a su actuación, que como decimos en opinión de aquellos fue en todo momento libremente consentida.

A estos efectos, se pone de relieve las respuestas que ofreció en su declaración testifical prestada el Jueves 22 de noviembre la Agente NUM028 de la Policía Municipal - quien intervino como instructora en la toma de declaración de la denunciante en dicha sede -, a preguntas del letrado Sr. Jesús Pérez Pérez, quien al final de la declaración concretamente en el minuto 12 38 40, le cuestionó sobre si: "... En algún momento le dijo, sobre algunas posibles fotografías o fotos, que le hubieran hecho de forma espontánea.", respondió: "... Ella me dijo que le grabaron con el teléfono ". y a nueva pregunta sobre si " Ella dijo que le grabaron con el teléfono ", respondió : "... sí, algo... sí.".

De esta referencia, teniendo en cuenta cuanto hemos argumentado, no derivamos la existencia de un móvil espurio o interés de cualquier otra índole que límite la aptitud de la declaración de la denunciante para generar certidumbre.

Apreciada en su conjunto, la declaración de la expresada Agente - que no es admisible como testimonio de referencia, al contrario del que hemos apreciado anteriormente respecto del que prestaron los agentes que intervinieron "in situ", inmediatamente después de producirse los hechos y ante los que la denunciante vertió un relato espontáneo (vid la antes citada STS 793/2017, de 11 de febrero) -, se presenta como desganada y por tanto escasamente ilustrativa; en su mayor parte se remitió a cuanto constaba en el acta levantada al efecto, sobre la cuál y las circunstancias de su elaboración había prestado declaración el instructor del atestado y que figuraba como secretario en dicha diligencia, subinspector NUM030, en la sesión de acto del juicio oral celebrada el 16 de noviembre, donde manifestó que consideró oportuno que la declaración se prestara ante un agente femenina, monitorizando él su contenido desde otra sala.

Ofreció algunos detalles sobre el modo en que concretó la trayectoria que denunciante y procesados habían seguido para llegar desde la PLAZA000 hasta la CALLE002, rectificando mediante diligencia la referencia inicial que contiene el acta a la CALLE004.

En su declaración durante el acto de juicio oral la agente manifestó, no recordar muchas de las manifestaciones de la denunciante y sin embargo hizo referencia a un hecho de especial relevancia que no está recogido en el acta. Posiblemente y dado que ese mismo día se encontraron videos en los teléfonos móviles de los procesados ello le llevó a error. Es de señalar que resulta difícilmente creíble que si a una agente de policía se le realiza esa manifestación de la denunciante, en relación con un hecho con relevancia a los efectos de la investigación de estas características, no lo haga constar en el acta, habida cuenta además de que en ese momento no se había identificado a los procesados y la denunciante desconocía sus nombres y había realizado una descripción aproximativas de sus características físicas, incluidos algún tatuaje y de ciertos accesorios que portaban, siempre como hemos dicho con referencia a cuatro personas.

Esta apreciación de un posible error por parte de la agente se asienta además, en que en ninguna otra de las manifestaciones hechas por la denunciante a terceras personas inmediatamente después de los hechos, como hemos visto, se refirió a la existencia de posibles grabaciones. No lo puso de manifiesto cuando se le leyó la declaración antes de firmarla con presencia del instructor del atestado, ni tampoco dijo nada a la agente NUM024 quien le acompañó desde los primeros momentos de la madrugada hasta la prestación de declaración en dependencias policiales ni tampoco en su declaración a presencia judicial.

" La denunciante" en su declaración en el plenario afirmó con contundencia y si ninguna contradicción que no vió ningún móvil ni nada grabando y tampoco le manifestaron que lo estuvieran haciendo, en cuanto a las fotos las fotos uno y dos tomadas a las 3:26 :03, por Aurelio, manifestó: "... Lo único que le puedo decir es que estaba en estado de shock, entonces me sometí y cualquier cosa que me

dijeran iba a hacerla porque es que estaba en estado de shock, yo no, no, ni pensé, ni pude decidir en ese momento.".

Todo ello pone de manifiesto, la falta de significación para desacreditar la credibilidad subjetiva de la declaración de la denunciante, la referencia, que verificó la Agente NUM028 en su declaración testifical en el plenario.

Pasamos a la valoración en detalle de las fuentes de prueba de cargo y de descargo, de manera destacada, las practicadas durante las diversas sesiones de juicio oral, con arreglo a las cuales construimos el armazón probatorio que soporta el relato de hechos que declaramos probados.

B.- Valoración en detalle de las fuentes de prueba.

(i) "La denunciante", ha mantenido de modo uniforme y constante que llegó a Pamplona procedente de DIRECCION034 en un vehículo particular, sobre las 18:30 horas del día 6 de julio, acompañada de su amigo D. Jorge dejando estacionando el vehículo en el DIRECCION005.

Ambos subieron en dos ocasiones a la PLAZA000, en la segunda, conocieron a un grupo de personas procedentes de Palencia y Castellón; Jorge Sala se fue de la plaza sobre las 1:30 horas al lugar donde estaba estacionado el coche.

" La denunciante", se mantuvo en la PLAZA000 con dichas e personas, concretamente se intercambió el número de teléfono móvil con uno de los chicos que integraban el grupo procedente de Palencia : Luis Pablo -; permaneció con el grupo, hasta el momento en que se fijó que había un chico que era el novio de una chica de su Universidad, se acercó a él y entabló conversación, estuvieron bebiendo, bailando y cantando hasta que le perdió de vista, en ese momento trató de dar con el grupo de Palencia y Castellón, sin lograr encontrarles, por lo que se sentó en el banco donde estaba Isidro.

Los procesados por su parte, mantienen una versión discrepante; todas las personas se presentaron, la conversación inicialmente entablada entre " la denunciante" y Isidro, a la que en primer lugar se añadió Santiago, poco a poco fue tornando en una conversación de índole sexual y al manifestar " la denunciante", su interés por las relaciones sexuales en grupo, que los procesados excepción hecha de Santiago ya habían mantenido, tras ratificar aquella su interés en el mantenimiento de relaciones de ese tipo, le propusieron buscar un lugar discreto donde poder llevar a cabo la relación entre todos a lo que ella manifestó su aquiescencia, iniciando por esta razón el desplazamiento.

Pues bien ante la existencia de versiones contradictorias sobre lo que hablaron en la PLAZA000 y la ausencia de prueba directa, se ha de atender a datos periféricos, que seguidamente referimos y con arreglo a los cuales configuramos nuestro relato de hechos probados.

El intercambió de número de teléfono móvil con Luis Pablo, lo corroboramos mediante las declaraciones de esta persona, en sede sumarial el 27 de septiembre de 2016 y en la sesión de acto del juicio oral, que se celebró el jueves 23 de noviembre.

La existencia de la llamada de " la denunciante" a las 2,57, 09, desde su teléfono móvil NUM017 al teléfono de Luis Pablo NUM018, con una duración de 25', se acredita por la información facilitada por la operadora de telefonía Orange España, SAU - véase el folio 1447 de las actuaciones al tomo III -.

El objeto de la llamada de la llamada y su desarrollo, lo inferimos de las declaraciones de la "la denunciante" en el acto del juicio oral y de las antes reseñadas declaraciones de D. Luis Pablo.

El encuentro entre denunciante y procesados, así como el posterior desarrollo, se objetiva en el informe fotográfico, sobre el estudio de las cámaras de seguridad y vigilancia situadas en la NUM019 planta del DIRECCION028 de Navarra - obrante a los folios 983 y siguientes de las actuaciones- elaborado por el Agente de Policía Foral NUM031 y que fue sometido a condiciones de efectiva contradicción, en su intervención como perito durante la sesión de acto de juicio oral celebrada el 20 de noviembre pasado. De la evaluación de este medio probatorio, no inferimos ningún elemento que permita avalar la versión de los procesados.

En concreto la salida de las seis personas de la PLAZA000, se refleja en el fotograma 34 obrante al folio 1003.

" La denunciante ", ha mantenido de modo constante, sin ninguna deriva o matización, que manifestó a los cuatro chicos con los que estaban conversando "... que se marchaba al coche a dormir, siendo que éstos le han dicho que le acompañaban, además de que ellos también pernoctaba en un coche.". - así consta literalmente en su declaración prestada en dependencias de la Policía Municipal de Pamplona, a las 7: 09 horas del 7 de julio -

Precisando con rotundidad y firmeza en la declaración en acto de juicio, que después de la conversación telefónica con Luis Pablo " la denunciante " se volvió a acercar al banco, donde estaban los procesados y les comunicó que se iba a ir al coche para descansar, no quería permanecer en la plaza por cuanto la gente conocida ya se había ido, ofreciéndose los procesados a acompañarle.

A lo que añadimos como elemento que avala, entre otros, la credibilidad objetiva de su declaración, cuanto manifestó en la sesión de acto del juicio oral, celebrada el 15 de noviembre, la referida Agente de Policía Municipal de Pamplona NUM024 - Pamplona - quien, recordemos, acudió a la AVENIDA001 inmediatamente después de producirse los hechos y se entrevistó en primer término con la " la denunciante"-, a preguntas del Ministerio Fiscal sobre si recordaba que le relatara algo de cómo habían llegado al portal, si se había conocido..., como había entrado en contacto con ellos..., respondió : "... ella me dijo que estaban en la PLAZA000 que había verbena y música y que conoció unos chicos y entabló conversación con ellos; que luego ya llegó un momento en que estaba cansada por lo que decidió irse a casa. Entonces ellos se ofrecieron a acompañarla y le acompañaran, ella debió decir por aquí y ellos le corrigieron la trayectoria diciéndole:... no por aquí.".

(ii) En cuanto al desplazamiento al hotel DIRECCION026, tenemos que las razones por las que la " la denunciante " en su inicial declaración en la Policía Municipal prestada a las 07:09 horas, del día 7 de julio del 2016, ante la Agente NUM028, se refirió al Hotel DIRECCION015, en lugar del Hotel DIRECCION026, cuando declaró : "... Que entonces los tres chicos que iban por delante, se han dirigido al hotel DIRECCION015, lugar donde no les han dejado entrar, puesto que el vigilante de seguridad, les ha manifestado que había una lista de clientes, y ellos no estaban en la misma.(...) Que preguntada a... si en algún momento los chicos le han dicho por qué iban al hotel, manifiesta que no.", quedaron debidamente esclarecidas en la declaración de la referida Agente, instructora del atestado en este extremo en la sesión de acto del juicio oral celebrada el 23 de noviembre, cuando declaró que según el relato de la denunciante y a la vista de los planos que le fueron exhibidos, consideró que el hotel al que se había dirigido era el Hotel DIRECCION015. Se explica la confusión padecida por " la denunciante", quien visitaba por primera vez esta ciudad, había subido dos veces desde el DIRECCION005 y una de las vías de acceso a este lugar -no la única pero sí en el mismo sentido-, es a través de la CALLE005 donde esta situado el Hotel DIRECCION015.

Igualmente cabe apreciar persistencia, en la declaración de " la denunciante " en este extremo, respecto a dicha declaración en sede policial, donde manifestó : "... Que preguntada si ha escuchado algún nombre oapellido de alguno de los chicos, manifiesta que no, puesto que ellos cuatro han entrado dentro del hall del hotel, y ella, que estaba fumando, se ha quedado fuera. (...) Que preguntada si no le ha extrañado que estos cuatro chicos entraran al hotel, si bien le habían manifestado que pernoctaban en un coche, manifiesta que no, que no le ha dado ninguna importancia.".

En efecto, en el acto el acto del juicio oral, a preguntas del Ministerio Fiscal, mantuvo : "... Entonces íbamos andando por la calle, ellos iban un poco delante, yo iba andando con otro chico. Llegamos a un hotel en el que, los que iban delante, como que se pusieron a hablar con el de seguridad o el recepcionista, no sé lo que era, pero se pusieron a hablar con él y yo cuando llegué a la altura en la que estaban ellos solamente oí como uno de ellos, no sé cuál, dijo un número y un nombre y entonces el del hotel dijo: "no tenéis habitación" Y entonces como que volvimos a andar lo que ya habíamos andado.".

A preguntas del Letrado defensor Sr. Martinez Becerra, ratificó que cuando dos de los procesados se dirigieron al vigilante de seguridad, ella permaneció fuera fumando un cigarro, que estaba más hacia atrás y cuando llegó, uno de ellos, estaba diciendo ya un número y un nombre, sin que sepa el número, ni el nombre.

A nuevas preguntas en las que se le cuestionó, sobre si no escuchó en ningún momento que querían una habitación y en concreto, "... una habitación para follar ", respondió con rotundidad que no; para explicar a renglón seguido que : "... no me sorprendió que buscaran una habitación porque dormir cuatro personas en un coche es muy incómodo, entonces, no me extrañó que estuvieran buscando una habitación para descansar.". Negando firmemente que en algún momento le indicaran que también podía descansar en la habitación o subir a la habitación con ellos "... independientemente de practicar o no practicar."

Como elemento de corroboración periférica que avala la verosimilitud de la declaración de " la denunciante", contamos con la declaración testifical del encargado de control de acceso de clientes al Hotel, D. Marco Antonio, quien se hallaba la entrada del establecimiento, junto a la escalera que da acceso a la recepción, en la sesión de juicio oral del pasado 16 de noviembre, quien después de ratificar su declaración como testigo prestada en la instrucción el 30 de septiembre, declaró que recordaba al grupo porque era numeroso, sin que pudiera reconocerlos aunque sabe que eran andaluces, a él se dirigieron dos de los procesados, el vigilante les indicó que si no estaban en la lista que tenía, no podían acceder al hotel, facilitando estos un número y un nombre, al comprobar el Sr. Marco Antonio que no se hallaban en la lista le pidieron una habitación por horas " para folla r " y si no podía ser por horas para toda la noche a lo que les respondió sugiriéndoles que podían ir al Hotel DIRECCION015 o al Hotel DIRECCION009; así mismo declaró que él estaba a lo suyo, y que había una chica un poco más atrás 3 ó 4 m hacia la derecha, a quien describe como: "... DIRECCION031 .".

En cuanto al camino seguido por "la denunciante" y procesados por la AVENIDA000, en sentido ascendente dirección hacia la PLAZA001, girando a la derecha continuando por la CALLE001, el giro a la izquierda, para tomar el inicio de la CALLE002, tenemos que la trayectoria seguida por " denunciante " y procesados, se objetiva mediante el informe sobre " posibles recorridos de la denunciante e procesados en la madrugada del 7 de julio de 2016 " que obra a los folios 1004 y siguientes del tomo III de las actuaciones, que fue sometido a efectiva contradicción a través de la declaración como testigo del Agente de policía Foral de Navarra NUM032.

Asimismo y por lo que respecta a los datos de carácter objetivo, resulta relevante el informe fotográfico, sobre fotogramas capturados de imágenes de video de la entidad DIRECCION016 y DIRECCION017 - obrante a las páginas 3 a 90 del anexo D -, que fue sometido a condiciones de efectiva contradicción mediante la declaración testifical de los agentes de Policía Municipal NUM033 y NUM029 en la sesión del juicio oral celebrada el 16 de noviembre. Siendo de especial significación, en relación con el trayecto seguido, los fotogramas 4 a 25, obtenidos por la cámara de video vigilancia " Camera 2 DS2." - cámara tipo domo, situada en la puerta principal de la entidad DIRECCION016, (esquina AVENIDA000 con AVENIDA001) - que enfoca en dirección, CALLE002, en una franja horaria comprendida entre las 03:07:37 y 03:08:26. En primer término cuando las tres primeras personas que integran el grupo camina por la CALLE002, sentido ascendente en la intersección con la AVENIDA001 y en la última imagen captada, en el momento en que el último de los dos varones que integra el segundo grupo desaparece en la esquina de la CALLE002 a la altura de la sucursal de DIRECCION017.

" La denunciante", en dicha declaración en sede de la Policía Municipal a las 7:09 horas, del día 7 de julio del 2016, manifestó que después del " episodio del hotel : "... Que han seguido los cinco por la AVENIDA000 dirección DIRECCION018, siendo que ciertas actitudes de estos cuatro chicos le han empezado a molestar, como que le agarraran de los hombros, le abrazaran, por lo que ella les ha dicho que se marchaba por la CALLE004, ya que, el camino hacia su coche era más corto.

Que... manifiesta que les ha dicho esto para perderlos de vista.

Que los chicos han insistido en acompañarla, por lo que han llegado a la altura de la CALLE004 nº NUM006, lugar donde una chica estaba tocando el timbre para que le abrieran la puerta del portal.

Que en todo momento... ha ido hablando continuamente con el mismo chico, mientras los otros tres iban por delante de ellos."

Mediante diligencia se hace constar que la referencia como lugar de los hechos a la CALLE004 NUM006, es errónea, pues donde acontecen es la CALLE002 NUM006.

La denunciante no fue interrogada específicamente sobre este concreto aspecto en su declaración a presencia Judicial, donde mantuvo que: "... Sólo recuerda que iba con cuatro chicos y no con cinco".

Esta inicial de versión, fue mantenida con firmeza y sin contradicciones por " la denunciante" en el acto del juicio oral, así en concreto a preguntas del Ministerio Fiscal, declaró: "... Una vez ya llegamos al hotel, volvimos a andar lo que ya habíamos andado, y entonces el chico con el que yo había estado todo el rato andando, pues como que me empezó a coger del hombro, de la cadera y tal y entonces como que yo me empecé a sentir un poco incómoda, la verdad. Entonces seguimos andando y ya hubo un momento en el que yo dije "girando hacia la izquierda se llega antes al coche" y entonces como que yo giré antes que ellos en plan hacia esa calle, hacia la izquierda, y entonces ellos como que me fueron siguiendo y ya llegó un momento en el que... o sea, yo iba la primera por esa calle al girar porque como lo decidí yo girar para allá... y ya luego en plan, uno de ellos como que me adelantó y se puso a la altura de un portal porque había una chica timbrando y mientras yo iba andando en plan por esa calle pues, eh, si yo iba por el centro, ellos como que se fueron escorando hacia la izquierda, hacia donde había un portal y entonces, bueno, pues no sé, el chico que estaba sentado a mi lado en el banco al principio, se puso a hablar con la chica que estaba timbrando y yo seguí andando como en plan... como me adelantó yo tardé más en llegar y ya cuando una vez que llegué ahí pues, el chico con el que estuve andando todo el camino me acercó hacia él...". A preguntas respecto de lo dicho, que se sintió molesta hasta el punto de cambiar de trayectoria, y si consideró necesario pedir ayuda a alguien en ese momento respondió "... no, no, no, o sea, me sentí molesta pero no pensé que iba a pasar lo que luego sucedió; entonces yo no vi oportuno pedir auxilio y tampoco la calle estaba abarrotada como para que una persona... para llamar a una persona, me refiero; lo que estaba abarrotado era la PLAZA000 y luego los alrededores pues había tres personas...; me sentí molesta, pero decidí irme al coche y ya está.".

A preguntas del Letrado defensor Sr. Martinez Becerra, afirmando que siempre recuerda haber ido por una calle muy ancha, contestó: "... Sí, menos en el momento en el que giramos."; interrogada para que explicara por qué aparece en el cruce de la CALLE002 con la AVENIDA001, respondió: "... Que, para mí, o sea, para mí el recorrido fue recto y hacia la izquierda, pero yo no conozco Pamplona y tampoco igual que no recuerdo el trayecto, no recuerdo otras cosas, entonces puede ser que el recorrido que yo creo que fue, no fuera ese.". Cuestionada sobre el espacio temporal en que le empezaron a molestar, respondió : "... Pues, o sea, pues vuelvo a decirlo, o sea, antes de... yo en mi cabeza decido girar hacia la izquierda para desviarme de ellos porque me han empezado a molestar sus actitudes; entonces pues, antes del portal, antes de girar hacia la..., a ver, cuando yo digo girar hacia la izquierda, es a lo que, en el trayecto que usted me ha dicho es cruzar la calle grande, ¿no?, entonces pues para mí, cuando yo decido girar a la izquierda es cuando me empiezan a molestar sus actitudes, no sé si me he explicado(...).". Preguntada sobre por qué, ante la situación, que sentía de acoso no dobló directamente hacia la AVENIDA001, buscando la luz y buscando más gente en lugar de seguir por una calle oscura, mantuvo: "...Porque, yo le vuelvo a repetir, mi trayecto, el que yo creo que hice, es recto y hacia la izquierda y yo fui la que decidió girar hacia la izquierda que es cuando usted dice que es ya cuando empiezo a entrar en la CALLE002, entonces, para mí, yo ya me estaba yendo hacia el coche

alejándome de ellos; no sé cómo explicarlo.(...)".

Y a preguntas de la Letrada defensora Dª María Cruz González - Palenzuela, en el sentido de que había declarado que: "... iba con un chico detrás y otros dos chicos delante, ¿esta distribución se mantuvo durante todo el trayecto?, contestó : "... si, o sea, en ningún momento íbamos, por decirlo así, los cinco en horizontal... Me refiero, si esta es la calle, nunca somos los 5 así (...) en perpendicular a la calle, íbamos como desperdigados, o sea los cinco... cinco porque sé que son cinco, pero yo me acuerdo de cuatro."

Estas manifestaciones de la denunciante, sobre la dirección que tomaron a su iniciativa se muestran a nuestro entender creíbles y verosímiles, es acorde con las reglas de la lógica y razonable, que una persona desconocedora de esta ciudad pero que había subido en dos ocasiones a la PLAZA000 procedente del DIRECCION005 y bajado en una, después de desviarse a la derecha para acceder desde la AVENIDA000 hasta la CALLE001, tomara la dirección hacia la izquierda, accediendo de este modo a la CALLE002, que conduce al expresado DIRECCION005.

Y como hemos expresado, ha mantenido una versión precisa y coherente a lo largo de este proceso, con la rotundidad que apreciamos, en el acto juicio oral, en sentido de que fue la actitud de uno de los procesados lo que le molestó y por eso decidió tomar esa dirección al estimar que por ahí se llegaba al lugar donde estaba estacionado su vehículo.

Por todo ello la consideramos creíble y corroborada con los datos objetivos que hemos detallado

(iii) En las sucesivas declaraciones, la denunciante, ha mantenido los trazos esenciales que configuran su entrada en portal y el acceso al habitáculo donde se produjeron los hechos. En concreto que fue introducida en el portal por dos de los procesados, una vez que Isidro quien previamente había accedido al portal con una vecina, abrió la puerta, dijo a los demás: "... vamos vamos.", y en este momento Santiago, quien le había dado la mano para besarse, tiró de ella hacia él, cogiéndole de la otra mano, otro de los procesados a quien identificó en su declaración ante el Juez Instructor previa exhibición de su foto, como Gabriel, manifestando : ".... A la vista de la foto del folio 95... que sí que le recuerda, que recuerda el tatuaje y que cree que es uno de los que la cogieron de la muñeca para obligarla a entrar al portal.".

En cuanto al modo en que se inició el acceso al portal, tenemos acreditado, que Isidro cuando reparó en que en que una mujer accedía al portal del inmueble número NUM006, después de mantener una breve conversación con ella, simulando que estaba alojado, cogió uno de los ascensores y subió al NUM019 piso, bajando al portal por las escaleras.

A este efecto, tomamos en consideración de manera destacada la declaración de Dª Emma, durante la sesión de acto juicio oral celebrada el pasado 16 de noviembre quien tras ratificar la anterior durante la instrucción de 17 de septiembre de 2016, manifestó que cuando comenzó la abertura de la puerta, activada a través del portero automático, sin llegar a abrirla por completo, Isidro la abrió completamente, pasando el brazo por encima de ella, sujetando la puerta; a la Sra. Emma le extrañó, ya que en el exterior no había visto nadie, y le preguntó a ver si iba a entrar al portal, el procesado contestó que sí y accedió al interior del portal manteniendo la puerta abierta, quedándose ella en el exterior. El procesado le insistió sobre si iba a entrar o no espetando "... tía no entras ", a lo que le respondió que: "... se fuera a tomar por culo", que con él no iba a entrar. ", aquel tomó uno de los dos ascensores y cuando la Sra. Emma comprobó que se detuvo en el NUM019 piso, cogió el otro ascensor, para acceder al tercer piso donde residía.

Como decimos Isidro bajó al portal a través de las escaleras, para lo que tuvo que atravesar, el denominado: " rellano dos " - imagen 8 - en el informe técnico de Policía Foral número NUM034 - anexo C págs. 28 a 44, sometido a condiciones de efectiva contradicción mediante la declaración testifical del Inspector de dicho Cuerpo NUM035 en la sesión juicio oral que se celebró el 17 de noviembre-, a través de ese rellano, se accede por tres escalones a un habitáculo de forma irregular y de tamaño reducido de unos 3 m² - imágenes 12 a 14 - donde se produjeron los hechos. Es lógica coherente y razonable la inferencia de que en el descenso por las escaleras Isidro viera el acceso a dicho cubículo, lo que corroboramos, teniendo en cuenta que en su declaración en juicio, el procesado a preguntas de la acusación particular, manifestó que: "... No se acordaba si fue el quien eligió el habitáculo.".

En su amplia declaración en el acto del juicio oral, durante la que la denunciante, estaba jovial pero agitada, moviendo nerviosamente la pierna, redujo su apreciación sobre el nivel de la presión que ejercieron los procesados para introducirla en el portal y hacerle llegar al cubículo. Y así frente a las referidas manifestaciones anteriores - en sede policial y ante el Juez Instructor-, en las que mantuvo que dos de los procesados le sujetaron y le introdujeron en el portal, intentó zafarse de ellos pero no pudo y tampoco pudo gritar.

En concreto a preguntas del ministerio Fiscal, sobre si fue con mucha fuerza el modo en que le agarraron dos de los procesados precisó : "... no fue con mucha fuerza, fue como para meter a alguien, pero tampoco fue fuerte para dejar marca, por ejemplo, o de hacer daño.", igualmente en cuanto a si le taparon o no la boca, contestó: "... me dijeron que me callara y me hicieron así... (haciendo el gesto de acercarse mano a la boca y retirándola).".

A preguntas del Letrado Sr. Martínez Becerra, sobre el modo en que se produjo la entrada en el portal manifestó : "... yo oigo un "vamos, vamos" y es cuando yo estoy dándome un beso con uno de ellos y entonces, como me había acercado hacia él dándome la mano, o sea, no estoy diciendo que fuerte ni nada de eso pero, me acercó hacia él dándome la mano, pues me seguía dando la mano, entonces pues, tiró de mí hacia él y otro chico (...), fueron los dos que me llevaron de las muñecas." y precisó cuando se le interrogó acerca de si en ese momento intentó resistirse o gritar : "...(le) sorprendió mucho la forma en que me cogieron pero lo que he dicho antes, yo no me imaginaba que iba a suceder lo que pasó, yo sé que... yo sinceramente lo que pensaba es que íbamos a entrar al portal porque querían fumarse un porro, así hablando un poco mal, pero es lo que pensaba que iba a pasar; entonces no me... o sea, me sorprendió la brusquedad pero no pensé que iba a ocurrir lo que ocurrió."

. A renglón seguido negó con rotundidad que lo que estaban haciendo es esperar a que Isidro les franqueara el acceso al portal para mantener en un sitio discreto las relaciones sexuales en grupo como había convenido.

Así la denunciante ofreció una explicación razonable, y convincente a juicio de la sala, sobre la forma en que le apremiaron a entrar en el portal, su sorpresa, la falta de previsión sobre lo que le iba a ocurrir y el propósito que a su parecer que en ese momento tenían los procesados para dirigirla al portal, por lo que no opuso resistencia.

A nuevas preguntas declaró en coherencia con lo antes manifestado a preguntas del Ministerio Público, sobre la forma en que le dijeron que se callara, negó que fuera ella quien pidió a los procesados que se mantuviera en silencio, concretó que tiraron de ella: "... para entrar, pero no con violencia.". A preguntas específicas, sobre cómo accedieron al recinto donde se produjeron los hechos, contestó que accedieron a las escaleras a través de la puerta de cristal templado - que se aprecia en la infografía exhibida en ese momento de su declaración, - que recuerda abierta; concretando que siguió por las escaleras por cuanto entendía que los procesados querían acceder a un lugar discreto donde fumarse un porro, pero le sorprendió que : "... tenía delante a un chico y detrás también había gente, entonces por mucho que fuera o no voluntario, me chocaba.".

Estas puntualizaciones, no nos impide apreciar la persistencia material en la incriminación, en el sentido señalado al comienzo del presente razonamiento.

La denunciante en su declaración a presencia Judicial, mantuvo que se estaba besando con Santiago, a quien reconoció mediante la foto que se le exhibió como la persona: "... (que) estaba a su lado y antes de entrar en el portal se había dado un beso con él, cree recordar que fue con él y no con otro. Que sólo se dio un beso con uno y sólo un beso. Que fue un beso en la boca.", en el momento que desde la puerta del portal Isidro, dijo: "... Vamos vamos.",

No varió en su parte sustancial esta manifestación, acerca de la forma en que se inició la entrada en el portal en su declaración en el acto del juicio, en el que a preguntas del Ministerio Fiscal, precisó que sólo recordaba un beso y que : "... no fue un beso largo, tan largo como para estar y que no sabe cuánto tiempo duró pero que no fue un beso tan largo como para estar abrazándole o cualquier cosa. No sé; solo sé que fue un beso y que justamente mientras yo le estaba besando otro chico dijo "vamos, vamos", entonces tampoco estuve cinco minutos besándole.". Más adelante concretó que : "... el chico que me estaba dando el beso me tenía agarrada de la mano y tiró de mi hacia el portal; y luego había otro chico que creo que era el que estaba yendo y viviendo todo el rato en el trayecto, que también me metió en el portal con ellos, en plan... me agarró también de la muñeca y me metió..." y al preguntarle sobre las características físicas de esta persona contesto: "... lo único que me acuerdo es que llevaba un reloj con una esfera muy grande, no recuerdo más.", recordamos que en su declaración ante el Juez Instructor previa exhibición de su foto, le identifico como Gabriel, manifestando

A preguntas del Letrado Sr. Martínez Becerra, respondió : "... yo oigo un "vamos, vamos" y es cuando yo estoy dándome un beso con uno de ellos y entonces, como me había acercado hacia él dándome la mano, o sea, no estoy diciendo que fuerte ni nada de eso pero, me acercó hacia él dándome la mano, pues me seguía dando la mano, entonces pues, tiró de mí hacia él y otro chico, o sea, es lo que digo, creo que estuve hablando con él por el camino y sentada en el banco, que llevabauna esfera muy grande, o sea, un reloj con una esfera muy grande, fueron los dos que me llevaron de las muñecas.".

A juicio de la sala, estas manifestaciones, sobre el modo en que se produjo la entrada portal resultan plenamente creíbles, las mantuvo con firmeza y rotundidad en su declaración a nuestra presencia en el acto de juicio oral, y las puntualizaciones que hizo a preguntas de dicho Letrado, así por ejemplo, en cuanto pensaba que iban a entrar al portal porque querían fumarse un porro, no comprometen la solvencia y coherencia de su declaración.

Por ello declaramos probado que Santiago, quien le había dado la mano para besarse, tiró de ella hacia él, cogiéndole de la otra mano Gabriel y de este modo, ambos la apremiaron a entrar en el portal tirando de " la denunciante", quien de esa guisa entró en el recinto de modo súbito y repentino, sin violencia.

Por igual razón, declaramos probado, en cuanto al modo en que se produjo la introducción de la denunciante en el portal y la dirección

hasta el habitáculo donde se produjeron los hechos:

"... Cuando le introdujeron en el portal, los procesados, le dijeron "calla", significándole que guardara silencio mediante el gesto de llevarse la mano abierta a la boca.

De esa forma " la denunciante" y los procesados llegaron a la puerta ubicada en el interior de portal, situada a la izquierda de los ascensores, de vinilo traslúcido, mediante la que se accede a un rellano, entrando a este espacio, tras subir un tramo de cinco peldaños se accede a otro rellano, girando a la izquierda desde este espacio se accede por tres escalones a un habitáculo de forma irregular y tamaño reducido (unos 3 m²); concretamente se trata de una zona sin salida de 2,73 cm de largo, por 1,02 cm de ancho y 1,63 cm de ancho en la parte más amplia.

Cuando " la denunciante" accedió al primer rellano, la puerta de acceso, estaba abierta, tenía delante de ella a uno de los procesados y detrás a otros. De este modo fue dirigida por los procesados al habitáculo que se acaba de describir, donde los acusado le rodearon.".

(iv) En su declaración acto juicio oral, " la denunciante ", matizó algunos aspectos acerca del modo en que se desarrollaron los hechos en el habitáculo a donde fue dirigida por los procesados, en contraste con las prestadas en dependencias policiales y en sede judicial, donde describió una situación de compulsión por parte de aquellos quienes según declaró le obligaron a realizar diversos actos de naturaleza sexual con cada uno de ellos.

En concreto precisó que cuando llegaron al cubículo empezó a sentir más miedo, porque se vió rodeada por los cuatro y ante determinadas actitudes de ellos se sometió, quería que todo acabara y luego irse, le daba igual lo que pasara; contestando a pregunta específica del Ministerio Fiscal : "... sentía miedo cuando ya me vi rodeada por los cuatro y eso, entonces, no sabía cómo reaccionar y no reaccioné. Reaccioné sometiéndome.", sin que pueda determinar los actos de naturaleza sexual realizados, ni cuanto tiempo duró, pues : "... lo único que quería era que pasara; yo cerré los ojos y si en algún momento los abrí, lo único que veía eran tatuajes (...).". Mantuvo con rotundidad que en ningún momento dirigió la acción, ni dijo qué iba a hacerles a cada uno de ellos, no habló durante todo el tiempo en que duraron los hechos, no decidió cambiarse de posturas, ni insistió para que fuera uno de ellos quien le penetrara vaginalmente, ni de ninguna otra forma

No advirtió, ningún móvil ni nada grabando y tampoco le manifestaron que lo estuvieran haciendo y en cuanto a las fotos uno y dos obtenidas a las 3:26 :03, por Aurelio, manifestó: "... Lo único que le puedo decir es que estaba en estado de shock, entonces me sometí y cualquier cosa que me dijeran iba a hacerla porque es que estaba en estado de shock, yo no, no, ni pensé, ni pude decidir en ese momento.".

A preguntas del Letrado Sr. Martínez Becerra, negó que lo primero que le practicaron cuando entraron en el cubículo fue sexo oral, conforme a lo que habían acordado; ratificando en varias ocasiones y a sucesivas preguntas que se quedó bloqueada y lo único que hizo fue someterse y sostuvo de modo preciso y terminante, que no era cierto que al quedarse bloqueada, lo que comenzaron fueron unas relaciones sexuales consentidas. Sin incurrir en contradicción en relación con las anteriores preguntas del Ministerio Público, sobre su actitud durante el desarrollo de los hechos. Y puntualizó que no se quejó, no pidió ayuda y no hizo ningún comentario, pues : "... el bloqueo que yo sentía era tan grande que no pude, no pude hacer nada, simplemente someterme a ellos y hacer lo que decían y cerrar los ojos y dejar que eso pasara.".

A preguntas del letrado Sr. Juan Canales Cid, insistió en que al verse en la incapacidad de poder reaccionar se quedó bloqueada y en esa situación lo único que pudo hacer fue someterse.

Pues bien, estas especificaciones, no nos impide apreciar la persistencia material en la incriminación, en el sentido antes señalado de su constancia sustancial; son coincidentes en el aspecto esencial que en todo momento y desde sus primeras manifestaciones, ante las personas y agentes que le atendieron ha mantenido, relativo a que las relaciones de contenido sexual se tuvieron en un contexto subjetivo y objetivo de superioridad, configurado voluntariamente por los procesados, del que se prevalieron, de modo que las prácticas sexuales se realizaron, sin la aquiescencia de la denunciante en el ejercicio de su libre voluntad autodeterminada, quien se vió así sometida a la actuación de aquellos.

Es inocultable que la denunciante, se encontró repentinamente en el lugar recóndito y angosto descrito, con una sola salida, rodeada por cinco varones, de edades muy superiores y fuerte complexión; al percibir esta atmósfera se sintió impresionada y sin capacidad de reacción. En este momento notó como le desabrochaban la riñonera que la llevaba cruzada, como le quitaban el sujetador sin tirantes abriendo un clip y le desabrochaban el jersey que tenía atado a la cintura; desde lo que experimentó la sensación de angustia, incrementada cuando uno de los procesados acercó la mandíbula de la denunciante para que le hiciera una felación y en esa situación, notó como otro de los procesados le cogía de la cadera y le bajaba los leggins y el tanga. Sintió un intenso agobio y desasosiego, que le produjo estupor y le hizo adoptar una actitud de sometimiento y pasividad, determinándole a hacer lo que los procesados le decían que

hiciera, manteniendo la mayor parte del tiempo los ojos cerrados.

Para conformar el cuadro probatorio que avala este relato, además claro está, de cuanto hemos apreciado sobre la credibilidad subjetiva del testimonio de la denunciante que a estos efectos posee el doble carácter de fuente y objeto de prueba, ateniéndonos a lo dicho sobre la persistencia sustancial en su versión acusatoria, confrontamos sus aportaciones, con las de otra procedencia que nos permite confirmar la calidad de los datos.

En primer término y como un singular medio de acreditación para confirmar la credibilidad objetiva o verosimilitud de la denunciante en el sentido que subrayamos de que las relaciones de contenido sexual se mantuvieron en un contexto configurado voluntariamente por los procesados, sin la aquiescencia libre de la denunciante, quien se vió así sometida a la actuación de aquellos, verificamos nuestra apreciación sobre el contenido de los vídeos y fotos, obtenidos y tomadas durante el desarrollo de los hechos

Para la determinación de los instrumentos que nos auxilian en la realización de esta labor, debemos hacer una precisión en cuanto a la prueba pericial, concretada en el Informe Pericial Nº NUM023, sobre estudio de archivos de video/imágenes (anexos A B y C), elaborado por los integrantes del Cuerpo de Policía Foral de Navarra Inspector número profesional NUM036 y Subinspector NUM037, que fue sometida a condiciones de efectiva contradicción en la sesión de acto de juicio oral celebrado el 21 de noviembre.

En efecto estima la Sala que rebasa el ámbito material de la pericia delimitado por el Juez Instructor, en Autos de 8, 16 de agosto y 1 de septiembre de 2016 y lo que puede ser materia propia de una pericia en cuanto incluyen valoraciones subjetivas sobre las conductas de índole sexual realizadas por procesados y denunciante, que aparecen : (i) en los videos : IMG NUM039. MOV, IMG NUM040. MOV, IMG NUM041. MOV, IMG NUM042. MOV, IMG NUM043.MOV, IMG NUM043.MOV y dos fotografías, extraídos de la evidencia 1 -teléfono móvil de Aurelio -; (ii) video NUM038 obtenido de la evidencia dos - teléfono móvil de Gabriel -.

Concretamente dichas valoraciones subjetivas, además de exceder de la misión encomendada, invaden el ámbito de las facultades valorativas de este Tribunal, función que es nuestra competencia exclusiva y excluyente, como declara entre otras la STS. 2ª 28/2018 18 de Enero : "... Los peritos emiten pareceres técnicos al gozar de una especial preparación para ello, sobre datos obtenidos precisamente a través del proceso y analizados a partir de sus propiosconocimientos empíricos y el auxilio de las técnicas propias de su disciplina. Dado su objeto, constituyen una herramienta que auxilia al Tribunal en la función valorativa que le corresponde en exclusividad." - el párrafo en negrita es nuestro-; por ello no las tomaremos en consideración.

En cuanto intervención pericial del psiquiatra Nazario, presentada como prueba de descargo, concretada en su informe obrante a los folios 1362 y stes. que quedó sometido a contradicción en la sesión de juicio oral, celebrada el 21 de noviembre, la apreciamos en dicho preciso y restringido ámbito, de herramienta de auxilio y asistencia en la función valorativa que nos corresponde en exclusividad, sobre datos obtenidos precisamente a través del proceso y analizados a partir de sus propios conocimientos empíricos y el auxilio de las técnicas propias de su disciplina. Por ello no tomamos en consideración, las partes de dicho informe y ratificación en las que se incluyen exclusivamente valoraciones subjetivas sobre las prácticas de índole sexual realizadas por denunciante y procesados.

Está probado que dos de los procesados con su teléfono móvil grabaron vídeos y uno, obtuvo dos fotos durante el desarrollo de los hechos, sin el conocimiento de " la denunciante", y sin que estos le manifestaran, que estaban captando imágenes.

En concreto, Aurelio, grabó con su teléfono móvil : (i) El video (1) IMG NUM039. MOV, entre los minutos 3:11 :51 y 3:11 :57; (ii) El video (2) IMG NUM040. MOV, entre los minutos 3:12 :06 y 3:12 :28; (iii) El video (3) IMG NUM041. MOV, entre los minutos 3:12 :54 y 3:13 :04;(iv) El video (4) IMG NUM042. MOV, entre los minutos 3:13 :34 y 3:13 :48.

Gabriel, grabó con su teléfono móvil el video (5) NUM038, entre los minutos 3:15 :32 y 3: 16 :11.

Con posterioridad al anterior, Aurelio grabó con su teléfono móvil : (v) El video (6) IMG NUM043.MOV, entre los minutos 3:20 :55 y 3: 20 :57 y (vi) El video (7) IMG NUM044.MOV, entre los minutos 3:21 :01 y 3: 21 :03. Asimismo, tomó las 3:26 :03, las fotos uno y dos, a petición de Isidro

Esta determinación sobre la duración de los vídeos y el momento en que fueron tomadas las fotos, nos sugiere una primera consideración, su duración de 98 segundos refleja un muy restringido espacio temporal del total en que se desenvolvieron los hechos, en el interior del habitáculo; así lo consideramos, teniendo en cuenta, la hora en que los dos varones que integraban el segundo grupo dejaron de ser captados por las cámaras, marchando en sentido ascendente por la CALLE002, en el cruce con la AVENIDA001 - 03:08:26 hs. - y la hora en que Santiago, fue captado, al incorporarse a la AVENIDA001 procedente de la CALLE002 a la altura de la sucursal de DIRECCION017 - 03:27:05 hs-, por tanto transcurridos 18 minutos y 39 segundos. Considerando asimismo que entre la creación del primer archivo de video - 03:11:51- y la toma de las fotos - 03:26:03 -, transcurrieron 14 minutos y 52 segundos.

Los cuatro primeros vídeos son prácticamente correlativos, con intervalos entre ellos de pocos segundos; entre la toma de del vídeo

cuatro y el cinco transcurrieron poco más de dos minutos, entre este y los vídeos seis y siete, de escasísima duración, se produjo un intervalo de 4 minutos y 44 segundos; finalmente entre la grabación de este último vídeo y la toma de las fotos transcurrieron cinco minutos.

Estas imágenes por tanto nos presentan una visión sesgada, parcial y fragmentaria del modo en que se desarrollaron los hechos en el interior del habitáculo; tomadas a conveniencia de los procesados, interrumpidas abruptamente -vídeos seis y siete -, cuando la denunciante está agazapada, acorralada contra la pared por dos de los procesados y gritando.

Nuestra apreciación por tanto, se verifica sobre un material que sólo parece una visión fragmentaria del desarrollo de los hechos en el interior del habitáculo, tomados a la libre conveniencia y disposición de los procesados e interrumpida por la razón expresada

El video (1) IMG NUM039. MOV, fue grabado por Aurelio, entre los minutos 3:11 :51 y 3:11 :57, quien no aparece en el mismo, por cuanto estaba realizando la grabación desde la parte del fondo del habitáculo junto a la puerta sencilla de color azul y manilla blanca con un letrero que pone " electricidad ".

Observamos a la denunciante en una posición "central" y en un "plano inferior" con respecto a los otros cuatro procesados sin que podamos precisar si la misma está arrodillada sobre el suelo o en una posición de "cuclillas". Santiago, está situado delante de la denunciante sujeta su pene con la mano izquierda, realizando masajeo y movimientos oscilantes, estando el miembro viril próximo la espalda de aquella. Samuel, está también situado delante de la denunciante a la derecha del anterior, según se mira desde el fondo del habitáculo, tiene su pene en estado de erección dirigido hacia la espalda de aquella y realiza sobre el mismo manipulaciones masturbatorias.

Isidro está situado detrás de la denunciante, en posición de espaldas al dispositivo de grabación, no puede determinarse la situación de su órgano sexual, ella por un instante, dirige su cabeza hacia los órganos sexuales de aquel. Gabriel, se encuentra a la derecha del anterior, realiza manipulaciones sobre su pene dirigiéndolo hacia la boca de la denunciante, frotándolo en la comisura de sus labios, sin llegar a introducirlo en su cavidad bucal.

En cuanto sonido del video, para cuya concreción, además de nuestra percepción, tomamos en consideración, con prescindencia de lo que puedan constituir opiniones subjetivas, la información pericial ofrecida por el Agente de Policía Foral NUM045, sometida a condiciones de efectiva contradicción en la sesión de acto juicio oral celebrada el 20 de noviembre, no se aprecia ningún intercambio de palabras, se escucha algún sonido inespecífico y carente de carácter ilustrativo.

La denunciante durante todo el desarrollo de la secuencia muestra un rictus ausente, mantiene durante todo el tiempo los ojos cerrados, no realiza ningún gesto ni muestra ninguna actitud que impresione de toma de iniciativa respecto de actos de índole sexual, ni de interacción con los realizados por los procesados; apreciamos que los soporta en un estado que nos sugiere, ausencia y embotamiento de sus facultades superiores

El video (2) IMG NUM040. MOV, fue grabado por Aurelio, desde la posición, antes señalada entre los minutos 3:12 :06 y 3:12 :28. En el intervalo entre los segundos 00:06- 00:07 apreciamos que obtiene un "plano cenital" de su pene en estado de erección y en el segundo 00:08 observamos un primer plano de su rostro auto-grabado.

Observamos a la denunciante en una posición de cuclillas, sobre el suelo del habitáculo, rodeada por los procesados, quienes mantienen similares posiciones a las antes descritas, en una ubicación central ligeramente desviada con respecto hacia la que antes mantenía, con el brazo apoyado en la pared, siendo visibles sus glúteos.

Al comienzo del vídeo Santiago tiene su mano derecha apoyada sobre el hombro izquierdo de la denunciante y la mano izquierda extendida en dirección hacia su propia zona genital; presionando con la mano derecha sobre el hombro izquierdo, hace que la denunciante acerque su boca hacia dicha zona genital sin que podamos apreciar si llega a introducir el pene en la boca de la denunciante. Más adelante observamos que, retira su mano derecha del hombro izquierdo de la denunciante, levantándose la camiseta hacia la parte superior del tronco, quedando visible su zona abdominal inferior, donde continua apoyada la cara de la denunciante, sin que podamos comprobar si el pene del procesado está introducido en la cavidad bucal de la denunciante. En el intervalo entre los segundos 00:10 a 00:12 visualizamos como el procesado levanta su brazo izquierdo hacia arriba. Entre los segundos 00:14 a 00:16, observamos que la denunciante con su mano izquierda coge el pene del procesado Santiago; de forma simultánea a dicha acción el procesado Gabriel introduce su pene en la cavidad bucal de la denunciante.

En el segundo 00:05 observamos como el procesado Gabriel quien está situado de pie detrás de la denunciante, realiza un movimiento con su brazo y mano izquierda dirigido hacia el pelo de la denunciante; en el segundo 00:09 apreciamos como el procesado extiende su brazo izquierdo hacia la denunciante, agarrándola de la nuca, al tiempo que con su mano derecha lleva su pene hacia la boca de la

denunciante, quien está con la cabeza hacia atrás boca arriba con los ojos y boca cerrada, y hace un movimiento con su mano izquierda hacia el pañuelo de San Fermín. A continuación y hasta el segundo 00:16 observamos como el procesado con su mano derecha comienza a hacer entrar su pene en la cavidad bucal de la denunciante y utiliza los dedos de dicha mano apoyándolos en la barbilla de la denunciante para acabar la introducción.

Asimismo comprobamos que Isidro entre los segundos 00:02 a 00:04, quien está ubicado detrás y al izquierda de la denunciante, junto a su hombro izquierdo, se manipula el pene con la mano derecha, mientras la denunciante continua con su cara apoyada sobre la zona genital Santiago. En el segundo 00:09 apreciamos que el procesado, tiene su pene muy próximo al rostro de la denunciante quien está con la cabeza hacia atrás, a continuación observamos manipulaciones del pene con la mano derecha estando próximo a la mejilla izquierda de la denunciante y a partir del segundo 00:16, observamos como el procesado deja de realizar manipulaciones sobre su pene y se lleva su mano derecha hacia su rostro, tocándose la boca, al tiempo que gira su cabeza y mira directamente hacia el dispositivo de grabación, a continuación baja la cabeza, dirigiendo su mirada hacia el pene que continua manipulando con su mano izquierda, hasta que en el segundo 00:19, coge su pene con la mano derecha y continua efectuando movimientos sobre el mismo, muy próximo al hombro izquierdo de la denunciante.

En cuanto a Samuel, comprobamos que tiene su pene en estado de erección, próximo al hombro izquierdo de la denunciante, realizando manipulaciones sobre el mismo con su mano derecha.

Por lo que atañe a la valoración del sonido de este video, tomando como elemento de apoyo la información pericial aportada por el Agente de Policía Foral NUM045, consideramos en primer lugar que no se puede precisar si es masculina o femenina, la respiración jadeante, que se escucha los primeros 7 segundos. En este periodo apreciamos sonidos de "vaivén" y se pueden frases dichas por un varón que no se entienden. Los sonidos de vaivén cesan a la vez que una voz masculina dice en susurros "Tú, tú ", para a continuación concretamente en el segundo 6 se escucha la expresión " graba", momento en el cual Gabriel vuelve su mirada hacia el dispositivo de grabación.

En el intervalo comprendido entre los segundos 00:07 a 00:16, se escucha un registro de voz de varón que dice en susurros " sigue, sigue, sigue quilla, cómeme, eso es, eso es " y se oyen respiraciones. A la vez se escucha un gemido de voz femenina que como podemos apreciar se realiza en un volumen normal, no susurrante (segundo 00:11)

En el intervalo que comprende los segundos 12, 13 y 14 cuando se escucha la expresión " cómeme " se puede observar como Gabriel introduce el pene en la boca de la denunciante.

En el intervalo comprendido entre los segundos 00:16 a 00:22, se continúan escuchando gemidos y jadeos, de origen y contenido inespecífico así como un registro de voz de un varón que mantiene un breve dialogo, de un contenido semejante a : "¿Quieres que te la meta?, - "Sí". - "pal fondo, vale.".

Del contenido de este registro, no inferimos, que fuera la denunciante quien promoviera la verificación de algún tipo de actividad sexual. Teniendo en cuenta que la expresión " pa el fondo " coincide con la terminación del vídeo que examinamos. Tenemos en cuenta que la siguiente grabación (video IMG NUM041. MOV) tiene su inicio 54 segundos después de la finalización del vídeo que ahora examinamos. Por tanto existe un intervalo de tiempo de 54 segundos en la que no hay ninguna imagen de lo que ha sucedido en el lugar de los hechos y al comienzo del tercer video la posición y actividades sexuales que se están realizando sobre la denunciante por los procesados, son de diversa naturaleza a las que se aprecian en el video 2.

La denunciante durante toda la secuencia se mantiene con los ojos cerrados, la expresión de su rostro no evoca ninguna distensión, muestra una actitud de pasividad y sometimiento, así caracterizadamente cuando Gabriel, después de haberle atraído agarrándole del pelo, introduce su pene en la boca de aquella, sin exteriorizar ningún signo que nos permita apreciar, bienestar, sosiego, comodidad, goce o disfrute en la situación.

La escasísima duración, apenas dos segundos, del espacio temporal durante el que la denunciante con su mano izquierda coge el pene del procesado Santiago, no nos sugiere una actuación proactiva por parte de aquella.

El video (3) IMG NUM041. MOV, fue grabado por Aurelio entre los minutos 3:12 :54 y 3:13. apreciamos que en él varían las posiciones de los procesados, quienes avanzaron hacia la zona exterior del habitáculo, donde este se estrecha.

La denunciante se encuentra en una ubicación "central "con respecto a los procesados y durante toda la secuencia permanece en posición denominada en el argot sexual como "doggy style" - genupectoral-, está desnuda de cintura para abajo, siendo visibles sus nalgas y parte de la espalda.

Apreciamos que Aurelio aparece en un primer plano en el intervalo de tiempo comprendido entre los segundos 00:07 a 00:08.; mira a la cámara directamente y dice alguna frase.

Podemos comprobar que Santiago, quien se halla situado a la derecha frente a la denunciante, entre los segundos 00:03 a 00:06, está realizando manipulaciones sobre su pene con la mano izquierda. Isidro quien se encuentra detrás de la denunciante a la izquierda, entre los segundos 00:06 a 00:07, tiene su camiseta subida por encima de la zona abdominal inferior, estando sujetándola con su mano izquierda, no pudiendo determinarse que acción estaba realizando.

Comprobamos que Gabriel, quien está situado detrás de la denunciante, a la derecha, entre los segundos 00:00 a 00:06, realiza movimientos pélvicos, que sugieren una penetración sobre los glúteos de la denunciante, apoyándose con sus manos en las nalgas y espalda de ella, quien hace un ligero movimiento con la pierna sin que podamos precisar si existe acceso carnal por vía vaginal o anal.

En cuanto a Samuel, apreciamos que está situado delante de la denunciante a su izquierda, en posición de "cuclillas" en un plano inferior con respecto al resto de los al resto de los procesados. En el segundo 00:06, comprobamos como tiene levantada parcialmente la camiseta que sujeta con su mano izquierda. En esta secuencia la denunciante se halla con el tronco inclinado hacia delante, con su cabeza en un plano inferior con respecto al tronco, apreciamos que la tiene apoyada en la zona abdominal-genital del procesado.

En lo que atañe al análisis del audio de este video, apreciamos que al comienzo del mismo - segundo 00:01-, se escucha un registro de voz, de varón, que se corta y dice algo similar a " turno ahora, déjame " no pudiendo ser identificado su emisor. En el intervalo comprendido entre los segundos 00:02 a 00:04, se escucha el sonido de un golpe metálico fuerte, como de algo que choca contra un objeto y a la vez un registro de voz de varón, que dice " Ven, ven " y unos gemidos. En el intervalo de tiempo comprendido entre los segundos 00:05 a 00:10, se escuchan gemidos y jadeos de mujer, que se solapan con un registro de voz de varón, que dicen " no chille, no chille, no chille ".

En esta secuencia, de tan corta duración, no podemos observar el rostro de la denunciante, quien muestra una actitud de pasividad y sometimiento, singularmente cuando Gabriel, realiza movimientos pélvicos, que sugieren una penetración sobre los glúteos de ella, apoyándose con sus manos en las nalgas y espalda de ella, sin que a nuestro juicio, el ligero movimiento de pierna de aquella apunte una reacción de complacencia o acomodo; tampoco consideramos ninguna interacción sexual con Samuel y no apreciamos ningún signo que nos permita valorar, bienestar, sosiego, comodidad, goce o disfrute en la situación.

El video (4) IMG NUM042. MOV, fue grabado por Aurelio entre los minutos 3:13 :34 y 3:13 :48.

Apreciamos que la denunciante presenta una disposición central en el habitáculo, respecto de los procesados, está situada en un plano inferior con respecto a los procesados, que permanecen durante toda la grabación con su cuerpo en posición erguida. Isidro y Gabriel, aparecen con posiciones intercambiadas en relación con las anteriores grabaciones, de modo que aquel está situado detrás de la denunciante y a su derecha, mientras que este está ubicado a su izquierda en los dos casos, escorados hacia la pared.

Comprobamos que en el segundo 00:11, existe un primer plano de Aurelio, quien mira directamente al dispositivo de grabación y dice textualmente " Todos, Todos ", hasta el segundo 00:12.

Podemos apreciar que Santiago, quien se halla situado a la derecha, al lado de la denunciante y en posición frontal, entre los segundos 00:04-00:05 tiene su zona genital muy próxima al hombro derecho de la ella; en el intervalo comprendido, entre los segundos 00:10 a 00:12 se observa como el procesado con su brazo izquierdo rodea el cuello de la denunciante, cuando esta tiene su cara apoyada en la zona genital del procesado Samuel.

Comprobamos que el procesado Isidro quien como hemos señalado está situado detrás de la denunciante en la posición derecha, entre los segundos 00:00 a 00:09, le agarra con sus manos de la cintura, realizando movimientos pélvicos sobre los glúteos de ella sugerentes de penetración; en esta secuencia el procesado muestra una actitud de jactancia mientras está realizando las acciones de naturaleza sexual sobre la denunciante, mira a la cámara y en un momento dado sonríe.

Apreciamos que el procesado Gabriel, quien se encuentra detrás de la denunciante a la izquierda del anterior, aparece en las imágenes en el intervalo de tiempo comprendido entre los segundos 00:05 a 00:08; observamos como aquel mira directamente al dispositivo de grabación y ríe, al mismo tiempo que el Isidro realiza las acciones de naturaleza sexual sobre la denunciante, al tiempo de que se está riendo y mirando al dispositivo de grabación mueve su brazo izquierdo de arriba abajo.

En cuanto al procesado Samuel, apreciamos que aparece en las imágenes en el intervalo de tiempo comprendido entre los segundos 00:08 a 00:12., está situado frente a la denunciante quien tiene apoyada su cara en la zona genital del procesado y su mano izquierda en la cadera derecha de este. Apreciamos que de forma simultánea a las acciones de naturaleza sexual que está ejecutando Isidro sobre la denunciante, Samuel tiene apoyada su mano derecha en la parte posterior de la cabeza de ella, al tiempo que con la mano izquierda, se levanta camiseta. Durante secuencia visualizamos como el procesado mira directamente al dispositivo de grabación, gesticulando con sus labios, dibujando un gesto de deleite, sonriendo en un momento dado.

En lo atinente al análisis del audio de este video, apreciamos que en el intervalo de tiempo comprendido entre los segundos 00:00 a 00:02, se escucha un registro de voz, de varón, que susurrando dice " eso, eso, eso es, eso es, eso es ". En el intervalo entre los segundos 00:02 a 00:07, solapándose con el registro anterior, se escuchan varios sonidos, agudos y cortos, similares a gemidos o quejidos. En el segundo 00:08, se escucha un registro de sonido, que con tono bajo, dice alguna expresión que no se llega a entender y luego dice " venga ven ", no pudiendo identificar los emisores de los mismos. Como antes hemos indicado en el intervalo comprendido entre los segundos 00:10 a 00:12 se escucha como Aurelio, mira directamente al dispositivo de grabación y dice en voz baja " todos, todos ".

En esta secuencia, no podemos observar el rostro de la denunciante. Apreciamos que durante su desarrollo exterioriza un papel pasivo sin tomar la iniciativa en los actos de índole sexual; comprobamos, como Samuel en el momento señalado tiene apoyada su mano derecha en la parte posterior de la cabeza de ella lo que evoca una actitud de orientación de la actuación por parte de aquel, a nuestro parecer ello no refleja un gesto cariñoso por parte del procesado.

No apreciamos indicadores que permitan considerar la existencia interacción sexual, entre denunciante y procesados, ni sincronía de movimientos que sugieran una actuación concertada, al contrario, apreciamos una situación en la que es patente la ausencia de fuerza y vigor por la denunciante, que evoca una actitud de sometimiento y sumisión por parte de aquella. Mientras que alguno de los procesados, muestra bien a las claras actitudes de ostentación y alarde con relación a la situación en que se halla la denunciante y el disfrute de la misma, que subrayan mediante sonrisas.

En cuanto a los sonidos, agudos y cortos, similares a gemidos o quejidos que se escuchan en el intervalo comprendido entre los segundos 00:02 a 00:07, no pueden identificarse con la experimentación de placer sexual por la denunciante, esto sonidos igualmente puede expresar dolor o pena y no apreciamos ningún signo que nos permita valorar, bienestar, sosiego, comodidad, goce o disfrute en la situación.

Gabriel, grabó con su teléfono móvil el video (5) NUM038, entre los minutos 3:15 :32 y 3: 16 :11.

La posición de denunciante y procesados ha variado con relación al vídeo anterior, todas las personas, se han desplazado un corto espacio hacia el interior del habitáculo, la denunciante se encuentra con la rodillas apoyadas en el suelo, en una ubicación central, y en un plano inferior al de los procesados, rodeada por estos.

Tomando la situación desde el fondo, Gabriel, realiza la grabación desde la zona exterior situado a la derecha de la denunciante y delante de esta; Aurelio, está ubicado a la izquierda del anterior, delante de la denunciante. Gabriel, está situado a la izquierda de este, delante de la denunciante junto a la pared. Samuel, está situado detrás de aquella, junto a la pared y Isidro, se halla a la izquierda del anterior, ligeramente retrasado con relación a este

Respecto a Gabriel, apreciamos entre el segundo 00:21-00:22, como manipula su pene con la mano izquierda, con movimientos oscilantes, llegando a tocar con éste los labios, nariz y boca de la denunciante, sin llegar a introducírselo en su cavidad bucal, igualmente apreciamos en este plano como la mano de uno de los procesados, no identificado agarra del pelo a la denunciante por la parte superior de la cabeza.

En relación a Aurelio, observamos como en el intervalo comprendido entre los segundos 00:07 a 00:09, tiene su camiseta subida sujetándola con su mano izquierda, al tiempo que con su mano derecha realiza manipulaciones sobre su pene, teniendo delante a la denunciante; entre los segundos 00:13 a 00:16 comprobamos como coge su pene con la mano derecha, dirigiéndolo hacia la cara de la denunciante, tocando con su miembro la boca y labios sin llegar a introducirlo en la cavidad bucal, en coincidencia con la actuación que en ese lapso de tiempo estaban realizando con respecto a la denunciante los otros procesados.

Respecto de Santiago, apreciamos en el intervalo comprendido entre los segundos 00:06 a 00:08, como está sujetando con su brazo izquierdo la cintura de la denunciante al tiempo que tiene su brazo derecho extendido hacia su zona genital, la denunciante está con su cara apoyada en la zona genital del procesado; entre los segundos 00:09 a 00:16 comprobamos como el procesado mueve su brazo izquierdo desde la cintura al cuello de la denunciante, girando la cabeza de ésta, al tiempo que con los dedos de su mano derecha retira su pene de la cavidad bucal de la ella y tras ello vuelve a coger su pene con la mano derecha y lo coloca sobre los labios de ésta. Todo ello en coincidencia con las restantes actuaciones de los procesados con respecto a la denunciante.

En relación con Isidro, comprobamos en el intervalo comprendido entre los segundos 00:26 a 00:28 está desnudo de cintura para abajo, tiene sujeto su pene con la mano izquierda. En esta secuencia, la denunciante está de rodillas sobre el suelo y se observa como gira la cabeza hacia la posición donde se encuentra el procesado, apreciamos que durante este giro otro de los procesados, tiene su mano derecha en la parte posterior de la cabeza de la denunciante, asiéndole un mechón de pelo; a continuación Isidro lleva su pene con la mano izquierda hacia la cara de la denunciante, introduciéndolo en la cavidad bucal.

Por lo que respecta a Samuel, observamos en el intervalo comprendido entre los segundos 00:00 a 00:06, como está situado por detrás de la denunciante, agarrándola por con sus manos de la cintura, realizando intensos movimientos pélvicos sobre los glúteos de la citada que evocan una penetración; aproximadamente en el segundo 00:04, el procesado mira a la cámara y sonríe con deleite

En lo que atañe al análisis del audio de este video, apreciamos que al comienzo del mismo entre los segundos 00:00 a 00:07 y en coincidencia con la acción que acabamos de describir de Samuel se escuchan sonidos de golpes secos, cortos y rápidos solapándose con otro registro de sonido de fondo consistente en gemidos y jadeos con tono de voz femenino. A la vez que suenan estos golpes se oye una voz masculina que no puede ser individualizada, que dice " sshhh, tranquilo, tranquilo, tranquilo " y otra que dice " un poco más flojito tú, coño ". En el intervalo de comprendido entre los segundos 00:07 a 00:24 se escuchan registros de sonido de respiraciones y gemidos; en concreto registros de sonidos de varón, con expresiones "ven aquí" "hala hala"; " a ver illo vamos a organizarnos... me la ha chupado dos veces ". En el intervalo de tiempo comprendido entre los segundo 00:25 a 00:27 se escucha un registro de sonido de un varón, que dice " chupa aquí, mira, ven ", coincidiendo este registro, con la actuación de Isidro que hemos reflejado anteriormente.

En el intervalo comprendido entre los segundos 00:29 a 00:32 se escucha un registro de sonido de un varón, que dice " Quita quillo, espérate, no la levantes tanto, chupa ahí "

Durante esta secuencia, la denunciante permanece en todo momento con los ojos cerrados, observamos un enrojecimiento en sus pómulos, no se produce ningún diálogo, ni intercambio de palabras con los procesados.

Se muestra ausente y durante la mayor parte del tiempo exterioriza una actitud pasiva; apreciamos que en ningún momento adopta ninguna iniciativa para la realización de actos de contenido sexual. En algunas secuencias, comprobamos que alguno de los procesados le agarran del pelo por la parte superior de la cabeza, así en concreto : en el segundo 00:32, visualizamos como una mano le agarra del pelo en este momento se observa como un pene está parcialmente introducido en la cavidad bucal de la denunciante, a continuación en el segundo 00:33, se aprecia como el pene sale de la boca. Entre los segundos 00:36 a 00:39, es decir ya a la finalización de vídeo se observa un primer plano de una mano que agarra del pelo a la denunciante.

En la secuencia antes reflejada con respecto a Isidro, cuando un la denunciante está de rodillas sobre el suelo, observamos como gira la cabeza hacia la posición donde se encuentra el procesado, manteniendo durante este giro otro de los procesados, su mano derecha en la parte posterior de la cabeza de la denunciante asiéndole un mechón de pelo y a continuación Isidro lleva su pene con la mano izquierda hacia la cara de la denunciante, introduciéndolo en la cavidad bucal; no apreciamos que la denunciante posea el control de la situación, ni gesto o actitud de cualquier índole que nos induzca a pensar en que ella decida ser penetrada de ese modo.

En cuanto a los gemidos y jadeos con tono de voz femenino, que según hemos detallado, se escuchan al comienzo de la grabación, en coincidencia con la actuación de Samuel, que provocó la reacción de algunos de los procesados pidiéndole que estuviera más tranquilo y redujera la intensidad de su actuación, no apreciamos ningún signo gesto o actitud, en la denunciante que nos permita reconocer, bienestar, sosiego, comodidad, goce o disfrute en la situación.

Este video ilustra en nuestra consideración bien a las claras la realidad de la situación, muestra de modo palmario que la denunciante está sometida a la voluntad de los procesados, quienes la utilizan como un mero objeto, para satisfacer sobre ella sus instintos sexuales.

Los videos (6) IMG NUM043.MOV, entre los minutos 3:20 :55 y 3:20 :57 y (7) IMG NUM044.MOV, entre los minutos 3:21 :01 y 3: 21 :03., fueron tomados por Aurelio, habiendo transcurrido por tanto 4 minutos y 44 segundos, desde la finalización del vídeo que acabamos de examinar.

En ellos aparecen los procesados Santiago y Isidro, uno a cada lado de la denunciante, quien se encuentra en posición decúbito supino con su cabeza apoyada en la pared del habitáculo.

En el primero de ellos apreciamos que Santiago tiene sujeto su pene con la mano derecha y no podemos concretar la acción que pudiera estar realizando Isidro.

En lo que atañe al análisis del audio de este video, apreciamos que se escucha de fondo un sonido de choque metálico o de metal contra cristal, mientras se oye un gemido agudo, compatible con voz femenina y se escuchan dos voces masculinas.

No se puede apreciar ninguna actividad de la denunciante, apreciamos que el gemido agudo refleja dolor y fue emitido por ella.

En el video siete, realizamos igual apreciación respecto de los dos procesados

En lo referente al análisis del audio de este video, apreciamos que se escucha una voz masculina que en su parte final dice "... Illo esto no tiene guasa " a la vez que de fondo se aprecian tres gemidos agudos, compatibles con voz femenina.

Al igual que con el vídeo anterior, no se puede apreciar ninguna actividad de la denunciante, estimamos que los tres gemidos agudos que reflejan dolor fueron emitidos por ella.

La denunciante en estos dos últimos vídeos está agazapada, acorralada contra la pared por dos de los procesados, expresó gritos que reflejan dolor y no apreciamos ninguna actividad de ella; estas imágenes evidencian que la denunciante estaba atemorizada y sometida de esta forma a la voluntad de los procesados.

En este estado de evolución del desarrollo de los hechos, se interrumpieron de forma abrupta y con carácter definitivo las grabaciones. De ello podemos inferir, como antes hemos subrayado, que ante el cariz que estaban tomando los hechos, Aurelio decidió cortar definitivamente la toma de videos.

Las fotos uno y dos, fueron tomadas por Aurelio a petición de Isidro a las 3:26 :03, consiguientemente transcurridos cinco minutos desde la finalización del último vídeo; por tanto desconocemos en este período ciertamente amplio, cuanto pudieron realizar procesados los procesados y la actitud de la denunciante, quien según acabamos de indicar, en las últimas imágenes grabadas, aparecía encogida, arrinconada contra la pared y gritando.

Nos hallamos por tanto en la fase final del desarrollo de los hechos en el interior del habitáculo.

En concreto observamos que el procesado tiene apoyados sus glúteos sobre la cara de la denunciante, situada en un plano inferior y tiene su brazo derecho extendido apoyado en la parte superior de la pierna derecha del procesado; los ojos de la denunciante quedan ocultos por los glúteos de aquel, quien mira hacia el dispositivo de grabación, al tiempo que extiende su brazo derecho hacia atrás y hace un gesto con su dedo señalando hacia su glúteo derecho, siendo visible un tatuaje que porta en dicha zona corporal.

En este escenario, valoramos que la situación que muestran las fotos, revelan el episodio final en el que se manifiesta la situación de sometimiento y sumisión de la denunciante a la voluntad de los procesados. De otra parte no podemos dejar que subrayar la actitud que apreciamos en dichas fotografías de Isidro, quien con su gesto manifiesta, jactancia, ostentación y alarde, por la actuación que está realizando, con desprecio y afrenta a la dignidad de la denunciante.

En conclusión, la situación que según apreciamos describen los videos y fotos examinados, nada tiene que ver, con un contexto en el que la denunciante estuviera activa, participativa, sonriente y disfrutando de las prácticas sexuales, según mantiene los procesados.

Las grabaciones muestran como los procesados disfrutan de la situación e incluso posan en actitud jactanciosa alguno de ellos, mientras que nada de eso revelan las grabaciones respecto a la denunciante, quien según acabamos de razonar, en los dos últimos vídeos a partir de los que se interrumpió la grabación aparece agazapada, acorralada contra la pared por dos de los procesados y gritando.

Por el contrario en ninguno de ellos apreciamos actitudes sugerentes del ejercicio recíproco de prácticas sexuales entre denunciante y procesados por espontánea voluntad de aquella, según hemos detallado.

No percibimos en dichos videos ningún signo que nos permita valorar, bienestar, sosiego, comodidad, goce o disfrute en la situación por parte de la denunciante; contrariamente a lo que apreciamos en cuanto a las actuaciones de los procesados.

En efecto valoramos, que por parte de estos, se practica de manera mecánica, una sexualidad sin afecto, puramente biológica, cuyo único objetivo es buscar su propio y exclusivo placer sensual, utilizando a la denunciante como un mero objeto, con desprecio de su dignidad personal, para satisfacer sobre ella sus instintos sexuales.

En segundo término, como fuente de prueba para afirmar este relato, consideramos los datos que aportan Médicos Forenses: Dr. Luis Pedro y Dra. Mercedes, a través de los informes que obran en autos y singularmente los aspectos que se concretaron en su intervención en condiciones de efectiva contradicción, en la sesión de juicio oral celebrada 20 de noviembre.

En concreto, en relación con las declaración en el acto de juicio oral de la denunciante a la que antes nos hemos referido con detalle, en el sentido de que cuando ocurrieron los hechos estaba en estado de shock - sic-, lo único que mostró fue pasividad y sumisión; describiendo la vivencia de los hechos como una situación de bloqueo psicológico, en que no sabía qué estaba pasando, no entendía la situación, no podía pensar y en consecuencia no podía reaccionar.

Aclararon en primer lugar que con arreglo a la literatura científica, apreciando los datos empíricos, la ausencia de consentimiento es compatible con la inexistencia de lesiones, de modo que un porcentaje que algunos autores sitúan en el 40, otros en el 30, otros en el 50 de víctimas atendidas por agresiones sexuales, no presenta ningún tipo de lesión.

En cuanto a las lesiones que presentaba la denunciante cuando fue examinada en el Complejo Hospitalario de Navarra y se describe en el informe del 11 de julio de 2016, consistentes en : "... lesión eritematosa en zona de horquilla posterior en la zona de la cinco horarias

para cuya curación precisó de una primera asistencia facultativa.". Los Médicos Forenses, ratificando su informe ampliatorio, de 13 de octubre de 2016, en el que se interesaba que en relación con el anterior informe médico forense, si la lesión es compatible con el mecanismo de una agresión sexual cometida con violencia, precisaron: "... La presencia de un eritema vulvar como el descrito es un dato morfológico compatible con rozamiento en la zona descrita no siendo en si mismo un hallazgo que indique violencia.".

Para aclarar en el acto de juicio oral, que es una lesión que produce descamación en la mucosa, no es laceración que produce sangrado sino un rozamiento en la zona de la mucosa; no es significativa de que se hubiera producido violencia, es indicativa de una penetración por vía vaginal en la que hubo un rozamiento, en la zona.

En otro orden de cosas, precisaron que la reacción de la víctima tiene más que ver con la actuación instintiva que la racional, como lo describen los expertos. Y así frente a una situación en la que la persona siente que su vida corre peligro, se obvia la actuación de pensamiento racional, del cerebro superior en la que se ponderan las diversas posibilidades y se actúa con el cerebro primitivo donde está el sistema límbico.

En esta situación caben diversas reacciones : una reactiva de, lucha, defensa, petición de ayuda. Otra de pasividad, ya sea con rigidez o con relajación y por último una incluso de acercamiento o cierta amistad con el agresor, para evitar males mayores y conseguir que concluya cuanto antes.

En este caso, abundando en nuestra apreciación sobre los documentos videográficos examinados; consideramos que la denunciante reaccionó de modo intuitivo, la situación en que se hallaba y los estímulos que percibió, provocaron un embotamiento de sus facultades de raciocinio y desencadenaron una reacción de desconexión y disociación de la realidad, que le hizo adoptar una actitud de sometimiento y pasividad, determinándole a hacer lo que los procesados le decían que hiciera, manteniendo, como hemos comprobado los ojos cerrados en todas las grabaciones; quedando ocultos por los glúteos del procesado en las dos fotos.

Asimismo consideramos que las posibilidades de reacción de la denunciante conforme a un pensamiento racional se hallaban comprometidas por cuanto en el momento de los hechos, tenía un nivel de influenciamiento por el alcohol, que alteraba su conocimiento, el raciocinio, la capacidad de comprensión de la realidad y le provocaba desinhibición y disminuía su capacidad de autocontrol.

Así lo precisaron los médicos forenses, en relación con el informe de obra a los folios 1265 a 1266 de las actuaciones, teniendo cuenta los datos remitidos por el Instituto Nacional de Toxicología - 0,91 +/- 0,05 g/l de alcohol en sangre y 1,46 +/- 0,06 g/l de alcohol en orina-, valorando que dejó de beber sobre las 2:30 horas y la extracción de sangre se realizó a las 6:00; haciendo un cálculo retrospectivo del nivel de alcoholemia de "la denunciante", en el momento de comisión de los hechos denunciados, variaría entre 1,3225 y 1,2235 g/l de alcohol en sangre.

A lo anterior cabe añadir cuanto podemos determinar, sobre la personalidad de la denunciante y la afectación psicológica con posterioridad a la comisión de los hechos, de la prueba pericial psicológica, concretada en el informe de las Psicólogas Forenses : Margarita y Herminia, que obra a los folios 1239 y stes. y fue sometido condiciones de efectiva contradicción en la sesión de juicio oral que se celebró el 21 de noviembre. Así como del informe pericial, elaborado por el psiquiatra Nazario y la psicóloga Carmen, obrante a los folios 1362 y stes., sometido a contradicción en igual sesión juicio oral, haciendo constar, respecto del primero que no estuvo presente durante la aplicación de pruebas psicológicas a la denunciante.

En cuanto a la tacha de ilicitud informe pericial psicológico emitido por las psicólogas forenses, que se formuló en el trámite de conclusiones definitivas por el Sr. Letrado defensor de Aurelio, primeramente nos remitimos a cuanto hemos razonado al comienzo de esta fundamentación jurídica.

Consideramos que las Psicólogas Forenses han acomodado su intervención pericial al objeto delimitado mediante Providencia del Juez Instructor en la que se solicitaba de las Psicólogas adscritas a la Clínica Médico Forense : " determinar si los hechos ocurridos le han supuesto un daño psicológico y valorar la existencia de posibles secuelas derivadas de los mismos, bajo la dirección y dentro de los términos que determinen los Médicos Forenses designados."

En su pericia, se atuvieron estrictamente al ámbito objetivo así fijado. Precisaron con rotundidad, que en ningún momento le pidieron a la denunciante que describiera los hechos, ciñéndose en exclusiva a la expresión de sus vivencias, sentimientos, emociones..., que albergaba en relación con el suceso traumático vivido. En este sentido el informe pericial en cuestión, constituye con arreglo a la función que le es propia una herramienta que nos auxilia en la función valorativa que nos corresponde en exclusividad, para lo que ponderamos su contenido y la emisión en condiciones de efectiva contradicción, en la sesión del juicio oral del 21 de noviembre. (vid. entre otras SSTS. 2ª 953/2016 de 15 de diciembre y 28/2018 de 18 de enero).

Valorando estos medios de prueba, tanto de cargo como de descargo, concretamos que la personalidad de la denunciante se caracteriza

por ser animada, espontánea y atrevida; le suele agradar iniciar contactos interpersonales. Tiende a ser menos controlada y, por ello, a incurrir en más fallos o errores. A la fecha de los hechos se encontraba en los albores de su vida sexual, nunca había tenido relaciones sexuales en grupo ni con personas desconocidas y en ningún caso había sido penetrada por vía anal.

Carecía de antecedentes previos de desestabilización psicológica y así, según figura al folio 1501 de las actuaciones en la historia clínica de la denunciante en su centro de salud: "...No consta ninguna visita entre Abril de 2014 y Junio de 2016 inclusive, en relación a cuadro de ansiedad y por lo tanto ninguna prescripción de medicación ansiolítica ni derivación a centro de Salud Mental.".

Las puntuaciones máximas que obtuvo en el cuestionario de personalidad, en las escalas de vigilancia y tensión, que indican problemas psicológicos, concretamente de suspicacia en el caso de la primera, no es indicativo de paranoide - por cuanto está descartado en los resultados del MMPI(2RF), sino de desconfianza de los demás por posible experiencia vital negativa. La escala de Tensión indica ansiedad flotante y frustraciones generalizadas. En todo caso, estas puntuaciones no acreditan que presente ningún rasgo patológico, ni hace sospechar de trastornos de personalidad,

Por otra parte las altas puntuaciones obtenidas en las dimensiones globales de ansiedad, dureza e independencia no son indicativas de patología, sino de problemas de ajuste psicológico, como consecuencia de una experiencia vital negativa, y así no se puede determinar que las mismas formen parte del su perfil propio de personalidad, ni de su funcionamiento habitual, al margen de su apreciación sobre la situación vivida.

No se ha determinado que presente un escaso control de los impulsos o priorización de sus necesidades actuando a fin de cubrirlas y sin tener en cuenta las reglas sociales establecidas, como informan los peritos de la defensa.

En función del análisis de la información proporcionada sobre la vivencia de los hechos sucedidos, las peritos forenses mantienen con rotundidad, de un modo unívoco y después de haber sometido a condiciones de efectiva contradicción su dictamen, que cumple los criterios del trastorno de estrés post-traumático (DSM V). Informando las peritos forenses, que contrastaron sus datos con otras escalas más recientes de evaluación, en concreto la " escala de gravedad de síntomas del trastorno de estrés postraumático según DSM-5 : versión forense (EGS-F) ", elaborada entre otros por el psicólogo Luis Angel, coincidiendo los resultados.

Así en relación con los diversos núcleos sintomáticos, las peritos forenses constatan la presencia de los siguientes

A) Experiencia directa de un suceso traumático, sobre cuya credibilidad y verosimilitud, como es propio de su intervención pericial, las peritos forenses no se pronuncian.

B) Síntomas de intrusión: Malestar psicológico intenso al exponerse a factores externos que se parecen a un aspecto del suceso: escuchar música de San Fermín, olor a colonia, ver personas con rasgos físicos parecidos a los supuestos agresores.

C) Evitación conductual/cognitiva: evitación de recuerdos y pensamientos.

D) Alteraciones cognitivas y estado de ánimo negativo: estado emocional negativo persistente (culpa, vergüenza, enfado) y disminución de interés en actividades significativas.

E) Aumento de activación y reactividad psicofisiológica: comportamiento irritable, problemas de concentración y alteraciones del sueño.

En relación con el cumplimiento de estos criterios, se impugna en la pericial de descargo, la concurrencia de los mismos.

En cuanto al A por cuanto está condicionado al resultado del presente proceso judicial.

Por lo que respecta criterio B, se consideran otros aspectos para su validación que no son contemplados en el informe de las peritos forenses y en cuanto al apreciado por ellas : "... Síntomas de intrusión: Malestar psicológico intenso al exponerse a factores externos que se parecen a un aspecto del suceso: escuchar música de San Fermín, olor a colonia, ver personas con rasgos físicos parecidos a los supuestos agresores.", entienden que es cuestionable por estar sometido a determinadas incoherencias.

En cuanto al criterio C entienden que no se cumple el mínimo de tres afirmaciones de las que se exponen en el DSM- V y mantienen que si bien describe alguna conducta de evitación, su relato sobre la actividad tras los hechos contradice esta afirmación; no evidencian restricción de la vida afectiva ni sensaciones de desapego de ningún tipo.

Por lo que respecta al criterio D,, entienden que determinadas dificultades descritas por la denunciante son inherentes a su personalidad de base y no pudieron objetivar durante la entrevista las dificultades en la concentración.

Finalmente en cuanto al criterio E, consideran que no se ha podido constatar la existencia de ningún tipo de malestar clínico significativo o deterioro social, laboral o de otras áreas importantes de la actividad de la evaluada.

Avalamos el criterio de las peritos forenses y declaramos probado, que como consecuencia de los hechos sufre un trastorno de estrés postraumático; más en concreto el cumplimiento de todos estos criterios, quedó suficientemente justificado frente a las objeciones planteadas por los peritos de la defensa.

Respecto al A, ello ciertamente es así pero en nada incide en nuestro enjuiciamiento sobre el hecho delictual.

En relación al B, se incide sobre uno de los ítems, que no desvirtúa la eficiencia significativa de los restantes

En cuanto al cumplimiento de los criterios C y D, tomamos de modo singular en consideración que durante su declaración en el acto de juicio oral, la denunciante expresó, las razones por las que después de los hechos trató de mantener una apariencia de vida normal, en todos sus ámbitos incluida la actividad en las redes sociales, a pesar de los sentimientos que le abrumaban y el desasosiego que le embargó al conocer que existían vídeos y pensaba que cualquier persona con la que se encontraba en la calle le podía identificar, así como la trascendencia mediática del caso. A nuestro juicio resulta incuestionable, que una persona que entiende haber sufrido un suceso traumático con la dimensión conferida a nivel institucional y mediático, trate de hacer todo lo posible, para normalizar su vida en todos los aspectos, actuación de recuperación, en la que afortunadamente dispuso de un importante apoyo familiar y de su entorno social más próximo.

Es incuestionable que los síntomas intrusión y su estado de ánimo negativo se agudizaron al tener conocimiento de que había sido objeto de seguimiento por detectives privados, la sensación de intromisión en su ámbito más restringido de intimidad, así como la preocupación sobre su libertad y seguridad que ello le produjo; consideramos que estas reacciones y actitudes frente a conductas difícilmente justificables, son perfectamente comprensibles ante la percepción de esta inmisión en su privacidad.

Las peritos forenses, explicaron que constituye una pauta habitual tratamiento en estos casos, dejar transcurrir un espacio de tiempo, hasta que la situación se estabilice, durante el cual, las actitudes y reacciones como las manifestadas por la denunciante y comprobadas por dichas peritos cuando realizaron las entrevistas con la denunciante el 8 de septiembre de 2016, encuentran plena justificación.

Si bien, como informaron las peritos, esta actitud hacia el exterior, no les impidió apreciar que subsistiera la sintomatología concretada en desestabilización emocional, que se manifestaba mediante lloros pensamientos recurrentes y aparición de irritabilidad; a lo que se añadía un sentimiento de defraudación consigo misma, con percepción de pérdida de su dignidad personal.

En cuanto al criterio E quedó justificado mediante la declaración de la denunciante en el acto del juicio oral, en el concreto extremo en el que mantuvo que, a partir del mes de septiembre de 2017 - y por las razones que con detalle expuso-, comenzó a recibir tratamiento psicológico administrado por el Centro de Atención Integral a Mujeres Víctimas de Agresión Sexual de la Comunidad DIRECCION022). En un principio, con dos consultas al mes, una cada 15 días en una terapia individual; más adelante mediante una terapia individual y otra grupal, cada 15 días, a continuación con un intervalo de tres semanas, reanudándose la frecuencia semanal cuando se dictó el Auto de señalamiento de juicio oral, debiendo continuar con tratamiento psicológico.

En otro orden de cosas, señalamos que la realización de penetraciones bucales sobre la denunciante por parte de todos los procesados, ha sido reconocida por ellos en todo momento y algunas de ellas se reflejan en los vídeos que hemos examinado.

Asimismo la realidad sobre estas prácticas sexuales, la apreciamos valorando en el informe pericial de DIRECCION035, obrante a los folios 365 a 468 del tomo uno, elaborado por los Peritos Encarna y Rebeca, que fue sometido a efectiva contradicción en la sesión de acto oral celebrada el 20 de noviembre, en concreto en dicho informe y con respecto a la muestra 7 (NUM046), torunda de boca de la denunciante, se evidencia ADN de origen masculino, insuficiente para evidenciar un perfil genético.

Para determinar que la denunciante fue penetrada vaginalmente por Gabriel y Isidro, éste último en dos ocasiones, al igual que Samuel quien la penetró una tercera vez por vía anal, llegando a eyacular los dos últimos, tomamos en consideración igualmente, dicho informe pericial y su ratificación.

En relación con este informe, no queremos dejarte pasar por alto un dato que ilustra bien a las claras sobre la realidad del contexto en que se desenvolvieron los hechos; en el informe consta y así lo constataron en condiciones de efectiva contradicción en el acto juicio las peritos, que algunas de las evidencias, recogidas durante la inspección técnico policial, realizada en el habitáculo y sus accesos, inmediatamente después de ocurrir los hechos - véase el informe de dicha inspección, obrante a los folios 162 a 181 del tomo I- y fue sometido a efectiva contradicción, mediante la intervención en calidad de perito del agente de Cuerpo Nacional de Policía número profesional NUM047, en la sesión del juicio oral de 20 de noviembre - revelan manchas de semen: en el primer peldaño de escaleras de la parte izquierda; en el suelo del pasillo, de la escalera izquierda, en el suelo del pasillo de la escalera derecha, en la pared izquierda del habitáculo, junto a un extintor y en la pared derecha junto a un interruptor.

Todo ello ilustra acerca del modo en que se hicieron las prácticas sexuales por los procesados, además de sin preservativo, como todos

ellos reconocen, de forma desaforada, con perceptible exceso y omisión de toda consideración para con la denunciante.

(iv) Una vez finalizados estos hechos los procesados se marcharon rápidamente, sin despedirse de la denunciante.

No tenemos por acreditado que ésta dijera a uno de los procesados adonde iban a seguir todos juntos, y continuaban tomándose algo, según estos afirman quienes asimismo mantienen que ante la falta de respuesta positiva a esta solicitud y la expresión de su intención de continuar la fiesta por su cuenta, la denunciante se sintió despechada.

Así lo ha mantenido la denunciante de modo constante y uniforme a lo largo de sus declaraciones durante todo este proceso; con absoluta rotundidad y plena coherencia en su declaración en el acto de juicio oral.

En este, a preguntas del Letrado defensor Sr. Martínez Becerra, sobre si "... Una vez que ellos se marchan... ¿ellos se marchan todos en bloqueinmediatamente?, respondió : "... No, es lo que he explicado antes, se marchan de forma escalonada pero rápidamente, o sea, a ver... tampoco sé precisarle si salieron de uno en uno o de dos en dos o cómo salieron, pero sé que fue de forma escalonada y con muy corto intervalo de tiempo entre ellos.".

A nuevas preguntas relativas a que : "... No es más cierto que usted le indicó a uno de ellos, al último, ¿dónde vamos, vamos a seguir o vamos a tomamos algo? No ¿Usted no le indicó nada?"; contestó : "... No, en ningún momento.".

Antes de abandonar cubículo, Aurelio se apoderó, en su propio beneficio, del terminal de teléfono móvil, marca Samsung Galaxy nº IMEI NUM020, valorado en 199,19 €, que " la denunciante" llevaba en su riñonera, quitándole la funda, extrayendo la tarjeta SIM de la compañía jazztel y la tarjeta de memoria, micro SD arrojándola en el lugar de los hechos.

Destacamos la relevancia de esta acción, más allá del "simple hurto por avaricia." que le atribuye el procesado; en efecto, dada su condición de agente de la Guardia Civil, por tanto con una especial formación en la investigación de delitos, sabía o podía conocer, que sustrayendo el teléfono, del que retiró las tarjetas, impedía la reacción inmediata de la denunciante, quien no conocía la ciudad, a la que había llegado en compañía de un amigo, y las posibilidades de pedir ayuda o contactar con cualquier persona.

Igualmente apreciamos que Aurelio, tenía este teléfono en su poder, cuando fue identificado en la PLAZA002 por los agentes de Policía Foral, deshaciéndose del mismo, cuando les dejaron ir. Así lo deducimos de la confrontación entre las horas en que se produjo la intervención policial y la salida de la PLAZA002 de los procesados - antes de las 08:45 hs.- y la hora - sobre las 9:30 - cuando fue recogido por Dª Frida, en una zona donde había desperdicios situada en la DIRECCION012.

El argumento de los procesados, relativo a que la denuncia fue una reacción de despecho por parte de la denunciante, ante una despedida con " ninguna caballerosidad ", cae por su propio peso.

En efecto consideramos la forma en que se desarrollaron los hechos, la extensión e intensidad en que se produjeron las prácticas sexuales por parte de aquellos, los rastros de estas concretados en manchas de semen: en el primer peldaño de escaleras de la parte izquierda; en el suelo del pasillo, de la escalera izquierda, en el suelo del pasillo de la escalera derecha, en la pared izquierda del habitáculo, junto a un extintor y en la pared derecha junto a un interruptor.

Estos datos revelan que los procesados acababan de disfrutar de una juerga sexual, después de la encerrona que habían tendido a la denunciante.

La forma en que se fueron yendo del portal, según declaró en el plenario Isidro : "... de modo fraccionado, cuando terminaron de eyacular." - lo que es acorde con el hallazgo de numerosos rastros de semen en las escaleras, el suelo del pasillo y en las paredes del habitáculo, según hemos referido antes con detalle -, dejándola sola, aprovechando Aurelio, quien por su condición profesional, conocía que de este modo impedía la reacción inmediata de la denunciante, para sustraer su teléfono; corrobora como dato periférico posterior, que se trató del ilícito penal que como desarrollaremos en el siguiente fundamento declaramos cometidos y no de una mera descortesía o rudeza.

(v) En cuanto a los datos de carácter objetivo sobre el modo en que se produjo la salida de procesados y denunciante, no remitimos nuevamente al ya mencionado informe fotográfico, sobre fotogramas capturados de imágenes de video de la entidad DIRECCION016 y DIRECCION017 - obrante a las páginas 3 a 90 del anexo D -, que fue sometido a condiciones de efectiva contradicción mediante la declaración testifical de los agentes de Policía Municipal NUM033 y NUM029 en la sesión del juicio oral celebrada el 16 de noviembre.

El primero en salir fue Santiago, sobre las 03:27:05 hs. (fotograma 26), siguiéndole progresivamente los restantes procesados, hasta que formaron un grupo (fotogramas 27 a 53).

Declaramos probado que, entretanto " la denunciante", cuando advirtió que se habían ido todos los procesados, se puso el sujetador, se

subió los leggins y el tanga, luego, cogió el jersey atándoselo a las caderas; seguidamente buscó la riñonera para coger el teléfono móvil y llamar a Jorge Sala. Cuando comprobó que el teléfono móvil no estaba en la riñonera, se incrementó su inquietud y desasosiego, comenzó a llorar, cogió su riñonera y salió del habitáculo a la calle llorando.

Así lo ha mantenido la denunciante con plena coherencia y sin contradicción a lo largo de todas sus declaraciones; concretamente en su declaración en el acto de juicio oral, precisó con absoluta rotundidad a preguntas del Ministerio Fiscal, en plena coherencia con sus declaraciones anteriores : "... cuando vi que no encontraba el teléfono móvil y no podía llamar a Jorge, pues me empecé a poner muy nerviosa y empecé ya a llorar y no me fijé en nada; simplemente cogí mi riñonera y me fui llorando porque lo que quería era el teléfono móvil y no lo tenía, me lo habían robado." ; añadiendo que no le importaba la sustracción de móvil, sino que: "... quería llamar a Jorge, era la única persona que tenía, a la que quiero en Pamplona, entonces después de eso lo único que quería era llamarle y decirle que viniera a buscarme, que no sabía dónde estaba pero que viniera; y no podía. Entonces fue cuando me entró toda la impotencia y todo el miedo... es que no tengo ni el móvil. Pero no era por el teléfono móvil, me da igual el móvil, simplemente era por poder localizarle.".

Con igual rotundidad, mantuvo a preguntas de los Letrados defensores, que no fue lo que le causó preocupación e inquietud cómo explicar la pérdida del móvil, ni cuanto éste pudiera contener y detalló las razones por las que no pidió un teléfono móvil para llamar a Jorge a las primeras personas con quienes se encontró, perfectamente compatibles con el estado de inquietud y desasosiego en que se hallaba, que como antes hemos señalado y argumentado, fue percibido por dichas personas y los primeros Agentes Policiales que intervinieron " in situ", ante quienes mantuvo una versión sobre el desarrollo de los hechos, que en sus aspectos nucleares hemos declarado probada.

Remitiéndonos por lo demás a cuanto hemos razonado sobre nuestra valoración en cuanto a la credibilidad, verosimilitud y la persistencia en la declaración de la denunciante.

Es un dato revelador de la percepción que tenían los procesados sobre el modo en que se desenvolvieron los hechos, su actitud de jactancia por lo que había realizado y la nula consideración de respeto a la dignidad de denunciante, los WhatsApp que Isidro, envió a las 6.50 horas, desde su teléfono móvil a dos chats: a " la Manada ", al que pertenecen todos los procesados excepto Santiago, además de otras personas y a " Disfrutones SFC." del que forma parte el primero

En estos WhatsApp escribió " follándonos a una los cinco" " todo lo que cuente es poco" " puta pasada de viaje" " hay video" en el remitido al chat " la Manada" y " follándonos los cinco a una, vaya puto desfase, del DIRECCION011 era, ja, ja"., en el enviado a " Disfrutones SFC.".

C.- Prueba de descargo

Además de cuanto hemos valorado en los diversos puntos del anterior epígrafe, sobre las pruebas de descargo ofrecidas por los procesados; concretamos en el presente diversos aspectos de evaluación sobre las mismas.

Las defensas ofrecen, como fundamentales medios de prueba para acreditar que las relaciones sexuales fueron plenamente consentidas por la denunciante en un contexto, acordado con ella por todos los procesados, desde que se encontraron en la PLAZA000 : (i) sus propias declaraciones; (ii) la ausencia de lesiones en la denunciante; (iii)la intervención pericial del psiquiatra Nazario y de la psicóloga Carmen; (iv) la aportación voluntaria de los videos y (v) el hecho de que no trataran de esconderse o fugarse

(i) En cuanto al primer elemento de prueba, nos remitimos a lo que hemos argumentado "in extenso" en el precedente fundamento, no hallamos y así lo justificamos elementos para considerar que existió ya desde un primer momento una convención entre denunciante y procesados para mantener relaciones sexuales en grupo.

Abundando en algunos aspectos que ya hemos contemplado, la denunciante en todo momento, mantuvo que eran cuatro las personas con quienes se encontró, y a cuya actuación se vió sometida según declaramos probado.

En cuanto a la declaraciones de los procesados en el sentido de que durante todo el trayecto hasta llegar al portal número NUM048 de la CALLE002, fueron hablando de sexo, diciéndoles la denunciante lo que les iba a hacer a cada uno y cómo le gustaría que se lo hicieran, además de otros datos que hemos apreciado y de los que dejamos constancia, así concreto sobre el momento en que la denunciante decidió girar izquierda cuando se hallaban en la CALLE001, accediendo de este modo a la CALLE002; la grabación de las imágenes muestran que no iban juntos y alguno de los procesados marchaba rezagado.

Respecto a la forma en que se produjo el acceso al portal y como fue enderezada la denunciante hasta el habitáculo donde se produjeron los hechos de nuevo nos referimos a cuanto hemos argumentado extensamente en el epígrafe anterior, valorando contradictoriamente las manifestaciones de los procesados y la declaración testifical de la denunciante,

En relación al núcleo de la actuación con relevancia penal, en virtud de lo razonado, no podemos acoger en modo alguno la manifestación de los procesados en el sentido de que estaba activa, cien por cien participativa, se reía, disfrutaba y se le notaba en la cara. Cuando se fueron, se encontraba perfectamente, reconocen que no aceptaron la propuesta de la denunciante para continuar de fiesta, lo que pudo provocar malestar en esta y se marcharon sin despedirse.

De nuevo nos remitimos a cuanto hemos argumentado precedentemente.

La situación que según apreciamos describen los videos examinados, nada tiene que ver, con un contexto en el que la denunciante estuviera activa, participativa, sonriente y disfrutando de las prácticas sexuales, según mantiene los procesados. Las grabaciones muestran como los procesados disfrutan de la situación e incluso posan en actitud jactanciosa alguno de ellos, mientras que nada de eso revelan las grabaciones respecto a la denunciante, quien según acabamos de razonar, en los dos últimos vídeos a partir de los que se interrumpió la grabación aparece agazapada, acorralada contra la pared por dos de los procesados y gritando.

Asimismo, la actitud que exteriorizaba la denunciante, cuando salió el portal y fue atendida del modo señalado para nada se cohonesta con lo afirmado por los procesados.

(ii) En cuanto a la inexistencia de lesiones en la denunciante, y sin perjuicio de la calificación jurídica que realizamos sobre los hechos enjuiciados, recordamos que según aclararon los médicos forenses, con arreglo a la literatura científica, apreciando los datos empíricos, la ausencia de consentimiento es compatible con la inexistencia de les lesiones, de modo que un porcentaje algunos autores sitúan en el 40, otros en el 30, otros en el 50 de víctimas atendidas por agresiones sexuales, no presenta ningún tipo de lesión.

(iii) Por lo que atañe a la intervención pericial del psiquiatra Nazario y de la psicóloga Carmen; en primer lugar nos remitimos las consideraciones antes verificadas.

Destacamos que emitieron sus dictámenes en un entorno donde facilitamos las condiciones de efectiva contradicción e insistimos en la precisión que respecto del primero verificamos en cuanto a que no tomamos en consideración, las partes de dicho informe y ratificación en las que se incluyen exclusivamente valoraciones subjetivas sobre las prácticas de índole sexual realizadas por denunciante y procesados.

En cuanto a la evaluación específica del informe de dichos peritos en los aspectos definidamente psicológicos, en confrontación con el emitido por las psicólogas forenses, apreciamos el déficit que ofrece la estimación de los criterios aportados por el psiquiatra Nazario, en cuanto el mismo no estuvo presente cuando se entrevistó a la denunciante, pues a este acto en lugar de él acudió la psicóloga Carmen.

Cuestionan los peritos, en cuanto a la metodología del informe, que constituye prueba de cargo, la oposición por parte de las psicólogas forenses del Instituto Navarro de medicina legal, a que se les administraran la técnica proyectiva que consideraban necesaria (persona, casa, árbol), si bien admitieron la administración del Cuestionario Salamanca de Trastornos de la Personalidad.

En cuanto al primero, las peritos forenses, el acto de emisión de su informe, aclararon que no admitieron la administración de la técnica proyectiva, por cuanto la consideraban que era escasamente precisa, en comparación con la información que podía obtenerse por las otras pruebas administradas.

Respecto al Cuestionario Salamanca de Trastornos de la Personalidad, explicaron que si bien fue administrado no lo valoraron, ya que los datos que proporciona discriminan el resultado con menor intensidad, que los aportados por otras pruebas administradas, en concreto el Inventario Multifásico de la Personalidad MMPI- 2-RF.

En cualquier caso, los resultados que aprecian los peritos propuestos por la defensa, como resultado de la administración de este cuestionario, que define un perfil de personalidad en el que se observa la existencia de rasgos histriónicos y límites (Cluster B) y dependiente y ansiosos (Cluster C) de personalidad, no desvirtúan las consideraciones que antes hemos realizado, valorando contradictoriamente la información pericial que se nos proporciona, sobre el perfil de personalidad de la denunciante y el modo en que los hechos objeto de enjuiciamiento han incidido sobre su personalidad y desarrollo vital.

Del mismo modo, no afecta a la integridad y completitud de nuestra valoración, el dato de que las peritos forenses, no incluyeran en su informe, el resultado específico de cada una de las pruebas psicológicas administradas, al contrario de lo que hacen en su informe, los peritos de la defensa.

Como decimos, los informes en cuestión, fueron sometidos a efectiva contradicción, las peritos forenses, ofrecieron durante la emisión de su dictamen, el resultado de las pruebas psicológicas; sobre ellas dieron cuantas explicaciones se solicitaron por las partes. Y el resultado de la valoración contradictoria de las informaciones periciales en cuestión, lo hemos establecido teniendo en cuenta todos los datos ofrecidos de una y otra procedencia como precedentemente hemos razonado.

(iv) Por lo que se refiere a la aportación voluntaria de los videos y el hecho de que no trataran de esconderse o fugarse, realizamos las siguientes consideraciones.

Según se desprende de las fuentes de prueba anteriormente referidas, sobre las 07:54:58 h., los cinco procesados fueron captados por las cámaras de DIRECCION038 en el recorrido de encierro.

Con excepción de Samuel, fueron reconocidos por Agentes de la Policía Foral de Navarra, quienes habían recibido información de la Policía Municipal, sobre el contenido de la denuncia, la descripción de las cuatro personas denunciadas - sic -, incluyendo los tatuajes y objetos que portaban en el DIRECCION020 de la PLAZA002 durante la suelta de vaquillas, sobre las 8:20 horas.

Para los detalles de esta intervención, nos remitimos al informe policial, número NUM049, en que detalla a la actuación policial con los procesados en la PLAZA002 de Pamplona - cuatro de ellos- y en el BARRIO000 de Pamplona -ya con referencia a los cinco procesados-, elaborado por el comisario de Policía Foral NUM050 y que fue sometido a contradicción en la sesión de juicio oral de pasado 15 de noviembre.

Los agentes con números profesionales NUM051 y NUM052, por orden del comisario, trasladaron desde el DIRECCION020 al DIRECCION019, para proceder a su identificación a Isidro, Santiago, Gabriel y Aurelio.

Con carácter previo a la verificación de identificación Aurelio, que estaba apartado de las otras tres personas, mantuvo una conversación con un agente de Policía Foral, quien le relató la razón por la que habían sido interceptados en el DIRECCION020.

El comisario comunicó a las cuatro personas, que se iba a proceder a la identificación pues pudieran estar implicados en un delito grave que se había cometido durante la noche en Pamplona.

Durante la identificación, Aurelio, preguntó al agente NUM051, si: "... La chica había sido ya valorada en un centro sanitario.". Asimismo comunicó a los Agentes las características y el lugar aproximado donde habían dejado estacionado el vehículo con el que habían llegado a Pamplona y que junto a ellos había una quinta persona que estaba por las inmediaciones en el ruedo.

Los expresados agentes y comisario verificaron la identificación de las cuatro personas y tomaron diversas fotos incluyendo la vestimenta, calzado y los tatuajes que llevaban en diversas partes de su cuerpo.

Verificada la identificación el comisario número profesional NUM050, decidió dejarles marchar puesto que no coincidían alguna de las características de las personas y objetos que portaban, que habían sido facilitadas por la Policía Municipal. Disponiendo que los agentes NUM051 y NUM052 fueran a localizar el vehículo en el BARRIO000.

Cuando salieron los cuatro procesados de la PLAZA002, Aurelio tiró el teléfono móvil de "la denunciante", en una zona donde había desperdicios situada en la DIRECCION012, cerca del frontón. En este lugar fue recogido sobre las 9:30 horas por Dª Frida.

Posteriormente los cuatro procesados, se juntaron con Samuel, desplazándose los cinco en autobús al BARRIO000.

Entretanto los agentes NUM051 y NUM052, localizaron el vehículo Fiat Bravo matrícula.... WDW, estacionado en la CALLE003 del BARRIO000.

Cuando llegaron los procesados el comisario de Policía Foral número profesional NUM050, dió instrucción a los agentes desplazados para que se registrara el vehículo y se hiciera una inspección más completa de los tatuajes.

Según se desprende de la declaración en sede judicial y la prestada durante la sesión de juicio oral celebrada el 15 de noviembre por dichos agentes NUM051 y NUM052, en conversación con los sospechosos, que se mostraron colaboradores, si bien no manifestaron que tuvieran vídeos; expresaron al segundo, que habían estado con una chica y que no había habido forzamiento - Isidro - y que ya sabía lo que había hecho y estaba muy tranquilo - Aurelio -, sin que ninguno de los sospechosos hiciera alusión a la existencia de videos.

Por su parte los agentes NUM053 y NUM054 de la Policía Municipal procedieron a la detención de los cinco sospechosos en la CALLE006 del BARRIO000 a las 11:15, horas del día 7 de julio de 2016..

El primero de estos agentes, en su declaración en la sesión de juicio oral celebrada el 16 de noviembre, manifestó que cuando llegaron, los sospechosos los Agentes de Policía Foral, les indicaron que ya sabían por qué ellos estaban ahí, según lo informado por la Policía Foral, haciendo comentarios en el sentido de que : "... todo había sido todo consentido y si no que demostraran lo contrario. "

El agente de la Policía Municipal de Pamplona NUM054, declaró que cuando llegaron, los agentes de Policía Foral, presentes en el lugar les comentaron, que los entonces investigados habían manifestado que tenían vídeos, y que ya no querían hablar más. Dicho agente lo puso en conocimiento del inspector de policía judicial de la Policía Municipal NUM055, quien ordenó que les retiraran los teléfonos móviles.

Declaró con toda rotundidad, que él no oyó a los sospechosos que tenían vídeos y que a él sólo se lo dijo Aurelio, cuando le estaban reseñando en dependencias policiales.

Por razón de cuanto acabamos de razonar, consideramos que la manifestación de existencia de los vídeos y la actitud de colaboración que mostraron los procesados, no compromete la solvencia, integridad y coherencia de nuestro razonamiento en cuanto a la justificación de los hechos que declaramos probados.

Dada condición de Guardia Civil, de Aurelio, es razonable inferir que sabía que no podía negarse a identificarse y que el oponerse a dar cualquier dato que se le pidiera por la policía, no iba a beneficiarle en absoluto.

Como podemos comprobar, no es cierto que desde el principio dijeran que tenían grabaciones.

Gabriel no manifestó que tuviera un vídeo; por primera vez hizo alusión a la existencia de esta grabación, se produjo en su declaración indagatoria prestada el 2 de septiembre de 2016, quizás pensó que según manifestó en el acto de juicio oral, que había quedado efectivamente borrado como según afirma, lo pretendió. Siendo así que la existencia del video NUM038, tan sólo pudo concretarse tras un exhaustivo análisis por la Policía Foral de la evidencia dos -su teléfono móvil-; ampliándose la prueba pericial en su momento acordada, con respecto a este concreto archivo mediante Auto de 1 de septiembre de 2016.

Precisamente, en este video a cuya valoración nos remitimos, evidencia caracterizadamente la situación de prevalimiento y abuso de la superioridad, sobre la denunciante por parte de los procesados; muestra de modo palmario que aquella está sometida a la voluntad estos, quienes la utilizan como un mero objeto, para satisfacer sobre ella sus instintos sexuales.

Respecto a Aurelio, sabiendo ya en la PLAZA002, el motivo de su identificación, nada dijo ni al comisario ni a los agentes, tampoco ninguno de los sospechosos que estaban presentes, dijeron que habían estado con una chica todos ellos.

Según hemos constatado, este comentario lo realiza por primera vez ante las ante los agentes de Policía Foral NUM052 y NUM056, manteniendo que había sido todo consentido, pero tampoco les dijo nada acerca de la existencia de los videos.

Sólo cuando los entonces sospechosos, son conscientes y así lo pregunta Aurelio de que podían ser detenidos, en relación con los hechos que habían cometido pocas horas antes y llegó la Policía Municipal para proceder a la detención, es cuando por primera vez se habla de los videos.

Es perfectamente razonable la inferencia de que Aurelio, dada su condición profesional, sabía perfectamente que en el momento de la detención los videos iban a ser aprehendidos.

Con relación a este último, reiteramos nuestra valoración, sobre la relevancia de la sustracción del teléfono móvil de la denunciante, más allá del "simple hurto por avaricia." que le atribuye el procesado; en efecto, dada su condición de agente de la Guardia Civil, por tanto con una especial formación en la investigación de delitos, sabía o podía conocer, que sustrayendo el teléfono, del que retiró las tarjetas, impedía la reacción inmediata de la denunciante, quien no conocía la ciudad, a la que había llegado en compañía de un amigo, y las posibilidades de pedir ayuda o contactar con cualquier persona.

Igualmente la apreciación de que Aurelio, tenía este teléfono en su poder, cuando fue identificado en la PLAZA002 por los agentes de Policía Foral, deshaciéndose del mismo, cuando les dejaron ir. Así lo deducimos de la confrontación entre las horas en que se produjo la intervención policial y la salida de la PLAZA002 de los procesados - antes de las 08:45 hs.- y la hora - sobre las 9:30 - cuando fue recogido por Dª Frida, en una zona donde había desperdicios situada en la DIRECCION012.

En cuanto a la posibilidad de huida u ocultamiento tras ser identificados cuatro de los procesados; tenemos en consideración que en todo momento la Policía Foral tuvo localizado el vehículo al que se dirigieron los procesados, cuyas fotos ya habían sido obtenidas, de modo que cuando los procesados llegaron al lugar donde estaba el vehículo, se hallaban allí presentes dichos agentes de la Policía Foral NUM052 y NUM056.

CUARTO.- Calificación jurídica

Los hechos declarados probados son constitutivos de los siguientes delitos : (i) Cinco delitos continuados de abuso sexual con prevalimiento previsto y penado en el Art. 181 3. y 4. del Código Penal en relación con los Arts. 192 y 74. (ii) Un delito leve de hurto, previsto y penado en el artículo 234.2 del mismo cuerpo legal.

Pasaremos a analizar separadamente los expresados delitos.

A.- Cinco delitos continuados de abuso sexual con prevalimiento previsto y penado en el Art. 181 3. y 4. del Código Penal en relación con

los Arts. 192 y 74.

El Ministerio Fiscal, la acusación particular y las acusaciones populares, calificaron la actuación de los procesados, en cuanto a lo que constituye el núcleo del hecho con relevancia penal sometido a nuestro enjuiciamiento, en concreto las prácticas sexuales que realizaron sobre la denunciante en el interior de habitáculo, como constitutivos de cinco delitos continuados de agresión sexual de los Arts. 178 179, 180.1. 1ª y 2ª - en el caso del Ministerio Fiscal y la acusación particular -, circunstancias cualificantes a las que las acusaciones populares añaden la contemplada como 3ª.

Dicho Art. 178 reclama medios violentos o intimidatorios; el Código Penal de 1995, que como señalan las STSS 2ª 411/2014 de 26 de mayo y STS 553/2014 de 30 de junio, contiene una : ".... laberíntica regulación de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual..., que ha sufrido múltiples modificaciones desde la aprobación del mismo, siempre en el sentido de endurecer su tratamiento penal y de procurar contemplar toda agravación previsible,...", a diferencia del anterior Código Penal que refería los conceptos de "fuerza o intimidación", para definir tanto las conductas de violación como las agresiones sexuales a ella equiparadas, sustituyó la primera de las expresiones por la de "violencia", sustitución que tiene entre otros aspectos la virtualidad de relativizar problema relativo a la "irrestibilidad" de la misma.

En cualquier caso se requiere que por las acusaciones se pruebe la existencia de una violencia idónea, no para vencer la resistencia de la víctima - por mucho que está, según declara el Tribunal Supremo, no tenga que ser desesperada, sino real, verdadera, decidida, continuada y que exteriorice inequívocamente la voluntad contraria al contacto sexual-, sino para doblegar la voluntad del sujeto pasivo. La magnitud de la violencia por tanto ha de medirse en base a criterios cuantitativos y no cualitativos a efectos de determinar su idoneidad y para ello hemos valorado la totalidad de circunstancias concurrentes tanto objetivas como subjetivas.

Es decisiva la vinculación causal entre la violencia ejercida y el contacto sexual alcanzado, al que no habría accedido la denunciante de no mediar aquella.

En este sentido declara la STS 2ª 39/2009 de 29 enero : "... ha de haber una relación de causa a efecto entre esa violencia o intimidación y el mencionado contacto corporal en un doble sentido: a) que la mencionada vis física o psíquica vaya dirigida a conseguir ese contacto corporal; b) que por su entidad y circunstancias haya de considerarse suficiente para esa finalidad.(...)".

En el presente caso, plantean las acusaciones, la concurrencia como elementos que califican el delito de agresión sexual y son medios para su comisión la violencia o intimidación.

En cuanto a la primera, precisamos que la doctrina jurisprudencial, asimila la violencia típica de este delito a la agresión física mediante el empleo de la fuerza y así declara la STS 2ª 380/2004 de 19 marzo.: "... La jurisprudencia de esta Sala ha considerado en general que la violencia a la que se refiere el artículo 178 del Código Penal , que ha de estar orientada a conseguir la ejecución de los actos de contenido sexual, equivale a acometimiento, coacción o imposición material (STS núm. 1145/1998, de 7 de octubre y STS núm. 1546/2002, de 23 de septiembre , al empleo de cualquier medio físico para doblegar la voluntad de la víctima (STS núm. 409/2000, de 13 de marzo) y debe ser apreciada cuando sea idónea y adecuada para impedir a la víctima desenvolverse según su libre determinación, atendiendo a las circunstancias personales y fácticas concurrentes en el caso concreto, sin que sea necesario que sea irresistible desde un punto de vista objetivo, pues no es exigible a la víctima que ponga en riesgo serio su integridad física o incluso su vida en defensa de su libertad sexual.".

Las acusaciones no han probado el empleo de un medio físico para doblegar la voluntad de la denunciante, que con arreglo a la doctrina jurisprudencial implica una agresión real más o menos violenta, o por medio de golpes, empujones, desgarros; es decir, fuerza eficaz y suficiente para vencer la voluntad de la denunciante y obligarle a realizar actos de naturaleza sexual, integrando de este modo la violencia como elemento normativo del tipo de agresión sexual.

En este marco, apreciamos que las lesiones que presentaba la denunciante cuando fue examinada en el Complejo Hospitalario de Navarra y se describen en el informe médico forense de 11 de julio de 2016, consistentes en : "... lesión eritematosa en zona de horquilla posterior en la zona de la cinco horarias para cuya curación precisó de una primera asistencia facultativa.", no revelan la existencia de violencia, que cumplimente las exigencias de este elemento que califica el tipo de agresión sexual.

Como argumentamos con detalle en el precedente fundamento, en su intervención en el acto juicio oral, los médicos forenses, ratificando su informe ampliatorio, de 13 de octubre de 2016, cumplimentando la solicitud en que se interesaba, que en relación con el anterior informe médico forense de 11 de julio, si la lesión descrita en este, es compatible con el mecanismo de una agresión sexual cometida con violencia, precisaron: "... La presencia de un eritema vulvar como el descrito es un dato morfológico compatible con rozamiento en la zona descrita no siendo en si mismo un hallazgo que indique violencia."; informaron, que es una lesión que produce descamación en la mucosa, no es laceración que produce sangrado sino un rozamiento en la zona de la mucosa; no es significativa de que se hubiera producido

violencia, es indicativa de una penetración por vía vaginal en la que hubo un rozamiento, en la zona.

En lo que atañe a la intimidación como medio comisivo alternativo, precisamos que ha sido definida por la jurisprudencia como constreñimiento psicológico, consistente en la amenaza o el anuncio de un mal grave, futuro y verosímil, si la víctima no accede a participar en una determinada acción sexual.

En este sentido declara la STS 2ª 9/2016 de 21 de enero : "... La jurisprudencia ha entendido que la intimidación consiste en la amenaza de un mal, que no es imprescindible que sea inmediato (STS nº 914/2008, de 22 de diciembre), bastando que sea grave, futuro y verosímil, (STS nº 355/2015, de 28 de mayo). Mal, que en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, se relaciona directamente por el autor con la pretensión de que la víctima acceda a participar en una determinada acción sexual pretendida por aquel, de modo que la concreción del mal se producirá si persiste en su negativa. También se ha exigido en esos delitos que la intimidación sea seria, previa, inmediata, grave y determinante del consentimiento forzado.

Por otro lado, no se exige que sea una intimidación de tal grado que resulte en todo caso irresistible para la víctima, sino que es suficiente que, dadas las circunstancias concurrentes, resulte bastante para someter o suprimir su voluntad de resistencia. Así, hemos dicho que "... la violencia típica de este delito es la que haya sido idónea para impedir al sujeto pasivo actuar según su propia autodeterminación" (STS 578/2004, 26 de abril), criterio igualmente aplicable a los casos de intimidación. Para lo cual ha de atenderse a las características objetivas del hecho o conducta ejecutados y a las circunstancias personales de lavíctima, por lo que se incluye, como supuestos de intimidación suficiente, aquellos en los que, desde perspectivas razonables para un observador neutral y en atención a las circunstancias del caso, la víctima alcanza razonablemente el convencimiento de la inutilidad de prolongar una oposición de la que podrían derivarse mayores males, implícita o expresamente amenazados por el autor, accediendo forzadamente a las pretensiones de éste. Por ello se ha señalado que la calificación jurídica de los actos enjuiciados debe hacerse en atención fundamentalmente a la conducta del sujeto activo. Si éste ejerce una intimidación clara y suficiente, entonces la resistencia de la víctima es innecesaria pues lo que determina el tipo es la actividad o la actitud de aquél, no la de ésta (STS 609/2013, de 10 de julio de 2013).

Ha de tener la entidad suficiente como para merecer su asimilación a la violencia, que el propio Código efectúa. Seriedad, verosimilitud, inmediatez y gravedad se configuran como requisitos que ha de reunir la causa que genere dicha intimidación.

Como recuerda la STS 355/2015 de 28 de mayo , que cita a su vez la 609/2013 de 10 de julio : "... la jurisprudencia de esta Sala ha establecido que la violencia o intimidación empleadas en los delitos de agresión sexual no han de ser de tal grado que presenten caracteres irresistibles, invencibles o de gravedad inusitada. Basta que sean suficientes y eficaces en la ocasión concreta para alcanzar el fin propuesto, paralizando o inhibiendo la voluntad de resistencia de la víctima y actuando en adecuada relación causal, tanto por vencimiento material como por convencimiento de la inutilidad de prolongar una oposición de la que, sobre no conducir a resultado positivo, podrían derivarse mayores males. De tal forma que la calificación jurídica de los actos enjuiciados debe hacerse en atención a la conducta del sujeto activo. Si éste ejerce una intimidación clara y suficiente, entonces la resistencia de la víctima es innecesaria pues lo que determina el tipo es la actividad o la actitud de aquél, no la de ésta (STS 609/2013, de 10 de julio de 2013).".

En las concretas circunstancias del caso, no apreciamos que exista intimidación a los efectos de integrar el tipo de agresión sexual, como medio comisivo, que según se delimita en la constante doctrina jurisprudencial que acabamos de reseñar, requiere que sea previa, inmediata grave y determinante del consentimiento forzado.

Por el contrario estimamos, que los procesados conformaron de modo voluntario una situación de preeminencia sobre la denunciante, objetivamente apreciable, que les generó una posición privilegiada sobre ella, aprovechando la superioridad así generada, para abusar sexualmente de la denunciante quien de esta forma no prestó su consentimiento libremente, sino viciado, coaccionado o presionado por tal situación.

Según hacemos contar en nuestra declaración de hechos probados y la justificación que de valoración de la prueba, realizamos en el precedente fundamento, las relaciones de contenido sexual se mantuvieron en un contexto subjetivo y objetivo de superioridad, configurado voluntariamente por los procesados, del que se prevalieron, de modo que las prácticas sexuales se realizaron, sin la aquiescencia de la denunciante en el ejercicio de su libre voluntad autodeterminada, quien se vió así sometida a la actuación de aquellos -vid por todas STS 2ª 761/2015 de 23 de noviembre -.

En definitiva y como a continuación desarrollaremos, los hechos que declaramos probados, configuran una situación en la que los procesados conformaron de modo voluntario una situación de preeminencia sobre la denunciante, objetivamente apreciable, que les generó una posición privilegiada sobre ella, abusando de la superioridad así constituida, para presionarle, e impedir que tomara una decisión libre en materia sexual.

Las prácticas sexuales a las que se vio sometida la denunciante, son consecuencia y están vinculadas en relación causal con dicha

situación de preeminencia conformada por los procesados, quienes abusaron de su superioridad así generada; actuación que se encuadra en el ámbito típico del abuso sexual de prevalimiento ex Art. 181.3 del Código Penal, siendo de apreciar el subtipo agravado del número 4.

Recordamos que el Código Penal de 1995 configuró de modo diferente el abuso sexual con prevalimiento, respecto del Código Penal de 1973; en este su antecedente se contenía en el delito de agresión sexual equiparada al estupro de prevalimiento - Art. 436 en relación con el 434 CP/1973 - en el que la acción típica se delimitaba « prevaliéndose de su superioridad originada por cualquier relación o situación ». El actual Art. 181.3, en la redacción conferida por la LO 11/1999 de 1 de mayo, no se conforma con que el atentado a la libertad sexual se produzca mediando una situación de superioridad manifiesta por parte del sujeto activo, el tipo requiere del prevalimiento, al tipificar la conducta: "... cuando el consentimiento se obtenga prevaliéndose el responsable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima.".

Según una constante doctrina jurisprudencial, en la descripción típica, se expresa la doble exigencia de que la situación de superioridad sea, al mismo tiempo, notoria y evidente «manifiesta», es decir, objetivamente apreciable y no sólo percibida subjetivamente por una de las partes, y también sea «eficaz», por tanto debe tener relevancia suficiente en el caso concreto para coartar o condicionar la libertad de elección de la persona sobre quien se ejerce (vid por todas STS 2ª 608/2015 de 20 de octubre).

En este sentido declara la STS 2ª 305/2013 de 12 de abril : "... Esta delimitación más precisa de la circunstancia de prevalimiento es concordante con el hecho de que ya no se limita su aplicación a los abusos sobre personas menores de edad, sino que se configura genéricamente como un supuesto de desnivel notorio entre las posiciones de ambas partes, en el que una de ellas se encuentra en una manifiesta situación de inferioridad que restringe de modo relevante su capacidad de decidir libremente, y la otra se aprovecha deliberadamente de su posición de superioridad, bien sea ésta laboral, docente, familiar, económica, de edad o de otra índole, consciente de que la víctima tiene coartada su libertad de decidir sobre la actividad sexual impuesta.

Los requisitos legales que el texto establece son los siguientes:

1º) situación de superioridad, que ha de ser manifiesta.

2º) que esa situación influya, coartándola, en la libertad de la víctima, y

3º) que el agente del hecho, consciente de la situación de superioridad y de sus efectos inhibidores de la libertad de decisión de la víctima, se prevalga de la misma situación para conseguir el consentimiento, así viciado, a la relación sexual (STS 1518/2001 , de 14de septiembre). (...)."

En los mismos términos se pronuncian entre otras muchas las STSS 2ª 855 /2015 de 23 de noviembre y 132/2016 de 23 de febrero.

Declara esta última Sentencia: "... el prevalimiento exige el aprovechamiento de cualquier estado o situación que otorgue al sujeto activo una posición privilegiada respecto del sujeto pasivo, de la que el primero es consciente que le confiere una situación de superioridad, para abusar sexualmente de la víctima, que de esta forma no presta su consentimiento libremente, sino viciado, coaccionado o presionado por tal situación.".

Por otro lado es totalmente ajena a la descripción típica la exigencia de un comportamiento activo de la víctima, exteriorizando la oposición. (Vid STS. 2ª 646/2010 de 18 junio)

Asimismo dicha configuración del prevalimiento, en absoluto requiere legalmente la permanencia, lo que permite que sea puntual o episódica, según acontece en el caso que nos ocupa, donde los procesados abusaron de la superioridad generada por la situación que voluntariamente habían configurado.

En concreto y adentrándonos con detalle en la valoración de las circunstancias que conforman esta situación, ponemos de relieve, el modo en que la denunciante entró en el portal de modo súbito y repentino, sin violencia; la forma en que le enderezaron hasta el habitáculo donde se desarrollaron los hechos, un lugar recóndito, angosto, estrecho, con una única salida coincidente con la zona por donde se realiza la entrada, y en el que le prepararon una encerrona, colocándola en ese lugar y rodeándole.

Tenemos por tanto una primera y fundamental base en la que apoyar nuestro juicio de valor, no meramente descriptivo, para afirmar que las relaciones de contenido sexual se mantuvieron en un contexto subjetivo y objetivo de superioridad, configurado voluntariamente por los procesados, del que se prevalieron, de modo que las prácticas sexuales se realizaron, sin la aquiescencia de la denunciante en el ejercicio de su libre voluntad autodeterminada.

Para ello consideramos :

(i) El escenario de opresión configurado por los procesados, en la forma que acabamos de señalar;

(ii) La asimetría derivada de la edad y las características físicas de denunciante - recién alcanzada su mayoría de edad- y procesados - con edades comprendidas entre los 24 y 27 años-, notoriamente apreciables; es razonable considerar que estas circunstancias no pudieron pasar desapercibidas para los procesados, quien como hemos señalado, una vez que le había enderezando hasta el habitáculo que tiene una sola salida, la rodearon.

(iii) La radical desigualdad en cuanto a madurez y experiencia en actividades sexuales de la denunciante y procesados.

Según se hemos argumentado en el precedente fundamento, para valorar la personalidad de la denunciante, entre otros aspectos, consideramos que a la fecha de los hechos se encontraba en los albores de su vida sexual, nunca había tenido relaciones sexuales en grupo, ni con personas desconocidas y en ninguna circunstancia había sido penetrada por vía anal.

Esta esta vivencia de su sexualidad, no es parangonable con la de los procesados, quienes con excepción de Santiago, reconocieron que anteriormente habían mantenido relaciones sexuales en grupo, que alguno de ellos gustaban de grabar. Pero igualmente aceptaron que en ninguna ocasión anterior, habían mantenido relaciones grupales, en la proporción personal, ni con la inmediatez que se define y de desequilibrio en cuanto a la edad y demás circunstancias que declaramos probadas.

Los procesados de este modo, crearon una "... atmósfera coactiva ", que no es incompatible con una puesta en escena en la que se deslicen afirmación falaces (vid STS. 2ª 898/2012 de 15 de noviembre); en la que la que la presencia de cada uno de ellos, contribuyó causalmente, para configurar una situación de abuso de superioridad de la que se prevalieron.

Por todo ello, declaramos probado y lo justificamos en el precedente fundamento que al encontrarse en esta situación, en el lugar descrito, con una sola salida, rodeada por cinco varones, de edades muy superiores y fuerte complexión, conseguida conforme a lo pretendido y deseado por los procesados y querido por estos, la denunciante se sintió impresionada y sin capacidad de reacción.

La verosimilitud, sobre la realidad de esta profunda alteración emocional en que se hallaba la denunciante, la constatamos por cuanto mantuvo con rotundidad y sin ninguna incoherencia o contradicción, en plena coincidencia con sus manifestaciones en sede policial y a presencia judicial, en su declaración en el plenario, según hemos razonado en el precedente fundamento.

En cuanto a la configuración del tipo subjetivo en el delito de abuso sexual declara, la STS. 2ª 60/2016 de 4 de febrero, : "... respecto al elemento subjetivo en los delitos contra la libertad sexual, hemos dicho (STS 411/2014, de 26 de mayo), que la tipicidad del delito de abuso sexual no exige un elemento subjetivo distinto del dolo de atentar contra la libertad o indemnidad sexual de la víctima. No puede descartarse la posibilidad de ejecución de actos que por su propia naturaleza o contenido son claramente atentatorios a la libertad o indemnidad sexual de la víctima, en los que, sin embargo, el propósito del autor no sea necesariamente el de obtener una satisfacción sexual. En estos casos, la conducta objetiva es suficiente para entender cumplidas las exigencias del tipo, pues sin duda se afecta a la libertad sexual de la víctima. Desde el aspecto subjetivo, para afirmar el dolo basta con que el autor conozca que su conducta, por su propia naturaleza, afecta negativamente a la libertad o indemnidad sexual de la víctima. (...) ".

Así aconteció en el caso que nos ocupa, los procesados hubieron de representarse que del modo señalado, configuraron una situación de superioridad, objetivamente apreciable, de la que se prevalieron, abusando de esta preeminencia para realizar las prácticas sexuales.

Desde otra perspectiva, hemos justificado que lo largo de sus manifestaciones durante proceso, de modo claro, contundente y sin deriva en la declaración en el juicio oral, la denunciante mantiene y a ello le otorgamos plena credibilidad que, hallándose en esa situación, notó como le desabrochaban la riñonera que la llevaba cruzada, como le quitaban el sujetador sin tirantes abriendo un clip y le desabrochaban el jersey que tenía atado a la cintura; desde lo que experimentó la sensación de angustia, incrementada cuando uno de los procesados acercó la mandíbula de la denunciante para que le hiciera una felación y en esa situación advirtió, como otro de los procesados le cogía de la cadera y le bajaba los leggins y el tanga.

En cuanto a la práctica sexual descrita en primer término, declara la jurisprudencia : "... El hecho de sujetar la cabeza (...), durante una felación, sin más datos, no puede equiparase a la violencia típica del delito de agresión sexual", (STS. 2ª 411/2014 de 26 de mayo).

Asimismo declaramos probado y lo justificamos en el precedente fundamento que en esta situación 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, manteniendo la mayor parte del tiempo los ojos cerrados.

Pues bien consideramos que todo este conjunto de circunstancias, causó en la denunciante un bloqueo emocional, que le impidió reaccionar ante los hechos y le hizo adoptar la disposición de ánimo, que acabamos de reseñar como probada.

Dicho bloqueo emocional ha sido tomada en consideración por la Jurisprudencia como uno de los elementos, que a partir de la

configuración por el sujeto activo de la situación de la superioridad de la que se prevale, determina que el sujeto pasivo no preste su consentimiento libremente, sino viciado, coaccionado o presionado por tal situación (vid por todas SSTS 2ª 305/2013 de 27 abril, 855/2015 de 23 de noviembre y 458/2016 de 26 de mayo).

Declara la primera de las sentencias citadas : "... el bloqueo que determina el vicio en el consentimiento constituye un aspecto psíquico que puede obtenerse mediante un proceso de inferencia judicial (...)".

Resumiendo cuanto hemos desarrollado en detalle en el fundamento de derecho anterior, apreciamos que la denunciante reaccionó de modo intuitivo; la situación en que se hallaba producida por la actuación dolosa de los procesados y los estímulos que percibió, provocaron un embotamiento de sus facultades de raciocinio y desencadenaron una reacción de desconexión y disociación de la realidad, que le hizo adoptar una actitud de sometimiento y pasividad, determinándole a hacer lo que los procesados le decían que hiciera.

Además las posibilidades de respuesta conforme a un pensamiento racional se hallaban comprometidas por cuanto en el momento de los hechos, tenía un nivel de influenciamiento por el alcohol, que alteraba su conocimiento, el raciocinio, la capacidad de comprensión de la realidad, le provocaba desinhibición y disminuía su capacidad de autocontrol.

Para precisar los contornos de dicha actitud de sometimiento y pasividad que adoptó la denunciante es preciso que nos remitamos al análisis de los vídeos y fotos que hemos verificado.

Razonamos en el fundamento anterior, que la visión que nos proporcionan dichos vídeos y fotos tan sólo revela un fragmento muy escaso del tiempo que duraron los hechos en el interior del habitáculo y ofrecen una versión sesgada y parcial de su desarrollo.

La situación que según apreciamos describen los videos examinados, nada tiene que ver, con un contexto en el que la denunciante estuviera activa, participativa, sonriente y disfrutando de las prácticas sexuales, según mantiene los procesados. Estos muestran como los procesados disfrutan de la situación e incluso posan en actitud jactanciosa alguno de ellos; mientras que nada de eso revelan las grabaciones respecto a la denunciante.

Destacamos que en los dos últimos vídeos, a partir de los cuales se interrumpió abruptamente en la grabación, la denunciante está agazapada, acorralada contra la pared por dos de los procesados y gritando; estas imágenes evidencian que la denunciante estaba atemorizada y sometida de esta forma a la voluntad de los procesados.

Por el contrario en ninguno de ellos apreciamos actitudes sugerentes del ejercicio recíproco de prácticas sexuales entre denunciante y procesados por espontánea voluntad de aquella, según hemos detallado en el precedente fundamento.

No percibimos en dichos videos ningún signo que nos permita valorar, bienestar, sosiego, comodidad, goce o disfrute en la situación por parte de la denunciante. Ella en ningún momento sonríe, ni se dirige a la cámara, ni se jacta de su obrar, al contrario de lo que apreciamos en los procesados

En efecto valoramos, que por parte de estos, se practica de manera mecánica, una sexualidad sin afecto, puramente biológica, cuyo único objetivo es buscar su propio y exclusivo placer sensual. Dirigiéndose en algunas ocasiones a la cámara de grabación y tomando dos fotos, jactándose de sus acciones sobre la denunciante, a quien muy al contrario, en ningún momento se le aprecia expresión de disfrute alguno, sino de hastío e incluso de dolor en los dos últimos vídeos grabados por Aurelio, a partir de los cuales se interrumpió abruptamente la grabación como hemos señalado.

Lo que en nada se compadece con el relato de los procesados acerca de un jolgorio compartido por todos los participantes, incluida la denunciante.

La forma en que se fueron yendo del portal, según declaró en el plenario Isidro : "... de modo fraccionado, cuando terminaron de eyacular." - lo que es acorde con el hallazgo de numerosos rastros de semen en las escaleras, el suelo del pasillo y en las paredes del habitáculo -, dejándola sola, aprovechando Aurelio, quien por su condición profesional, conocía que de este modo impedía la reacción inmediata de la denunciante, para sustraer su teléfono; corrobora como dato periférico posterior, que se trató del ilícito penal antes definido y no de una mera descortesía o rudeza.

Como antes hemos señalado, es por completo ajeno a la descripción típica del abuso sexual con prevalimiento la exigencia de un comportamiento activo de la víctima, exteriorizando la oposición.

En definitiva, teniendo en cuenta las circunstancias a las que nos hemos referido, consideramos que no podían pasar desapercibidas para los procesados, el estado, la situación en que se encontraba la denunciante que evidenciaban su disociación y desconexión de la realidad; así como la adopción de una actitud de sumisión y sometimiento, que determinó que no prestara su consentimiento libremente, sino viciado, coaccionado o presionado por la situación de abuso de superioridad, configurada voluntariamente por los procesados, de la que

se prevalieron.

Estimamos la comisión del subtipo agravado de abuso sexual por acceso carnal del número 4 del artículo 183 en la redacción conferida por la LO 5/2010, de 22 de junio, en el que con relación a los casos de abuso sexual contemplados en los tres números anteriores, se cualifica la conducta: "..., 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,(...)" para elevar la sanción a la pena de prisión de cuatro a diez años.

Como hemos declarado probado y así lo justificamos, la realización de penetraciones bucales sobre la denunciante por parte de todos los procesados, ha sido reconocida por ellos en todo momento y algunas de ellas se reflejan en los vídeos que hemos examinado.

Asimismo la realidad sobre estas prácticas sexuales, la apreciamos valorando en el informe pericial de DIRECCION035, obrante a los folios 365 a 468 del tomo uno, elaborado por los Peritos Encarna y Rebeca, que fue sometido a efectiva contradicción en la sesión de acto oral celebrada el 20 de noviembre, en concreto en dicho informe y con respecto a la muestra 7 (NUM046), torunda de boca de la denunciante, se evidencia ADN de origen masculino, insuficiente para evidenciar un perfil genético.

En relación con este tipo accesos, recordaremos que es doctrina, unánime de la de la Sala 2ª TS desde el Pleno no Jurisdiccional de 25 de mayo de 2005 que es equivalente acceder carnalmente a hacerse acceder. En definitiva habrá acceso carnal tanto cuando la víctima es penetrada - supuesto ordinario -, como cuando es el autor el que obliga o compele al sujeto pasivo - "sujeto pasivo" del delito, pero no de la "relación" ni del "acceso" en los que ostenta el papel de "sujeto activo"- a introducirle, en este caso, el pene en la boca (vid por todas STS 2ª 953/2016 de 15 de diciembre).

Para determinar que la denunciante fue penetrada vaginalmente por Gabriel y Isidro, éste último en dos ocasiones, al igual que Samuel quien la penetró una tercera vez por vía anal, llegando a eyacular los dos últimos, tomamos en consideración igualmente, dicho informe pericial y su ratificación.

Asimismo lo apreciamos, en relación con los datos derivados de la inspección técnico policial " in situ", para estimar que las prácticas sexuales por los procesados se realizaron, además de sin preservativo, de forma desaforada, con perceptible exceso y omisión de toda consideración para con la denunciante.

En otro orden de consideraciones, y respecto a la estimación de la continuidad delictiva, es bien conocida la evolución de la doctrina jurisprudencial sobre la calificación jurídica de la intervención de diversos sujetos activos en delitos contra la libertad sexual, en la que, siendo apreciable como en nuestro caso la identidad de ocasión, proximidad temporal y espacial identidad del sujeto pasivo, todos ellos contribuyen a la configuración de la situación en que se producen los hechos e intercambian los papeles en las prácticas sexuales, que no sin alguna excepción -véase la STS 2ª 786/2017 de 30 de noviembre -, se decanta por la comisión de uno o varios delitos continuados.

Con la finalidad de evitar inútiles reiteraciones, citaremos por todas la STS 2ª 493/1017 de 29 de junio, en la que tras una amplísima referencia de precedentes, se consolida la línea jurisprudencial, reflejada entre las más destacables, en la STS 2ª 585/2014 de 14 de julio, con arreglo a la cual la calificación jurídica pertinente es la relativa a la comisión de uno o varios delitos continuados, tantos como autores concurran, que se considera más acorde con la propia naturaleza múltiple del delito cometido, la facilidad calificativa y el principio de proporcionalidad.

En el caso que nos ocupa, todos los procesados mediante su actuación grupal, conformaron con plena voluntad y conocimiento de lo que hacían, un escenario de opresión, que les aportó una situación de manifiesta superioridad sobre la denunciante, de la que se prevalieron, provocando el sometimiento y sumisión de la denunciante, impidiendo que actuara en el libre ejercicio de su autodeterminación en materia sexual, quien de esta forma no prestó su consentimiento libremente, sino viciado, coaccionado o presionado por tal situación.

Asimismo como antes hemos justificado, se intercambiaron los papeles en las prácticas sexuales constitutivas de acceso carnal.

Apreciamos por tanto los elementos que permite configurar la continuidad delictual en el sentido expresado.

En efecto si acudiéramos al resorte de considerar como delitos autónomos, construyendo dos delitos, para cada uno de los procesados uno en calidad de autor material - por su propia actuación - y otro como cooperador necesario - en la configuración de la situación de la que se prevalieron abusando de su superioridad y en los accesos carnales realizadas por los demás -, se infringiría la exigencia de proporcionalidad de la respuesta punitiva, pues está fuera de toda duda que la concurrencia de al menos dos delitos exigen la imposición de dos penas que en su mitad inferior, alcanzan los siete años de prisión.

De otra parte, la condena por dos delitos autónomos, a cada uno de los procesados, infringiría el principio acusatorio, pues los procesados han sido acusados por un delito continuado.

Condenamos a los procesados por cinco delitos continuados de abuso sexual con prevalimiento, en el subtipo agravado por acceso carnal

, previsto y penado en el Art. 181 3. y 4. del Código Penal. Mientras que las acusaciones pública, particular y populares les acusan de cinco delitos continuados de agresión sexual de los Arts. 178 179, 180.1. 1ª y 2ª- en el caso del Ministerio Fiscal y la acusación particular -, circunstancias cualificantes a las que las acusaciones populares añaden la contemplada como 3ª.

Nos remitimos a cuanto hemos razonado; descartamos el empleo por los acusados de violencia o intimidación que integran el concepto normativo de agresión y por el contrario, razonamos sobre la concurrencia de todos los elementos que conforman el tipo tanto objetivo como subjetivo de abuso sexual con prevalimiento, en el subtipo agravado por acceso carnal; manteniendo la continuidad delictual, conforme a lo postulado por las acusaciones.

El delito continuado de abuso sexual por el que condenamos no sólo es homogéneo, en cuanto que excluye alguno de dichos elementos que conforman el tipo de agresión - homogeneidad descendente-, sino que por ello es más beneficioso y correlativamente está sancionado con pena menor, en definitiva se trata de tipos homogéneos.

Por ello pese a que no se ha formulado acusación por el delito continuado de abuso sexual sobre el que proyectamos la condena, no se infringe el principio acusatorio, ni se causa indefensión a los acusados.

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

Esta doctrina jurisprudencial, que mantiene la homogeneidad delictual descente, entre los delitos de agresión sexual y abusos sexuales con prevalimiento, los primeros objeto de acusación y los segundos por los que se establece la condena, se reitera entre las más recientes en las SSTS 2ª 241/2014, de 26 de marzo, 380/2014 de 14 de mayo, 578/2014, de 10 de julio, 530/2015 de 17 de septiembre y 34/2018 de 23 de enero.

Así como en el Auto de dicha Sala de 14 de septiembre de 2017 que a este respecto declara: "... En relación con la homogeneidad delictiva entre los delitos de agresión sexual y abuso sexual, hemos dicho de forma reiterada que no existe infracción del principio acusatorio al existir homogeneidad entre los mismos al tener por objeto la protección del mismo bien jurídico (libertad sexual), venir regulados en capítulos consecutivos del título VIII del libro II del Código Penal y suponer la aplicación de un tipo menos grave excluyendo los elementos que califican el delito de agresión sexua l.". Y por último en el Auto de 30 de noviembre de 2017, en un supuesto de acusación por delito continuado de agresión sexual y condena por abusos sexuales con prevalimiento continuados, establece: "... A ello debe añadirse que esta Sala ha sostenido la homogeneidad entre el delito de agresión sexual y el de abuso sexual con prevalimiento. Hemos precisado que el abuso sexual no solo es homogéneo, sino que, en cuanto que excluye alguno de los elementos de agravación que integran el concepto normativo de agresión (homogeneidad descendente), es más beneficioso y está sancionado con pena menor, por lo que no cabe aceptar la vulneración denunciada. ".

Precisado lo anterior la cuestión por tanto, ha de resolverse considerando las exigencias propias del principio acusatorio que vetan la inclusión por el tribunal en la sentencia de elementos de cargo perjudiciales para el acusado, que no hayan sido incorporados por las acusaciones, ni puede condenar por un delito más grave que el contenido en aquellas, circunstancia que no es del caso.

Tal correlación se manifiesta en la vinculación del Tribunal a algunos aspectos de la acusación, concretamente a la identidad de las personas contra la que se dirige, que no puede ser modificada en ningún caso. A los hechos que constituyen su objeto, que deben permanecer inalterables en su aspecto sustancial, aunque es posible que el Tribunal prescinda de elementos fácticos que no considere suficientemente probados o añada elementos circunstanciales o de detalle que permitan una mejor comprensión de lo sucedido según la valoración de la prueba practicada.

En este caso, está fuera de discusión la coincidencia subjetiva; existe correlación entre los hechos que sustentaron las acusaciones y los que declaramos probados, sin producir ninguna alteración sustancial de aquellos.

Los elementos sobre los que hemos apreciado la comisión del delito continuado de abuso sexual con prevalimiento y acceso carnal, guardan identidad con los que se produjo el debate en relación a la calificación de agresión sexual con carácter continuado, sin que introduzcamos ningún elementos de cargo perjudicial para los acusado, que no hayan sido incorporados por las acusaciones, sobre todos ellos se ha producido el debate contradictorio.

Y lo que resulta fundamental los acusados conocieron en toda su amplitud de los hechos por los que se les acusaba, en relación con ellos pudieron alegar y probar cuanto tuvieron por conveniente en su defensa; además el orden de práctica de las pruebas permitió que tanto los acusados como sus defensas, tuvieran pleno conocimiento de todos los elementos fácticos, que en el criterio mayoritario de la Sala han sido tenidos en consideración para fundamentar nuestro pronunciamiento de condena.

B.- Un delito leve de hurto, previsto y penado en el artículo234.2 del Código Penal .

Tipifica este precepto la conducta del que, con ánimo de lucro, tomare las cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño si la cuantía de lo sustraído no excediese de 400 euros.

Esta es la actuación que como declaramos probado, realizó, Aurelio quien antes de abandonar cubículo se apoderó, en su propio beneficio, del terminal de teléfono móvil, marca Samsung Galaxy nº IMEI NUM020, valorado en 199,19 €, que " la denunciante" llevaba en su riñonera, quitándole la funda, extrayendo la tarjeta SIM de la compañía jazztel y la tarjeta de memoria, micro SD arrojándolas en el lugar de los hechos.

En contradicción con su manifestación en la indagatoria, donde expresó con relación al teléfono de la denunciante : "... no recuerda que nadie se lo llevara, él no se lo llevó y tampoco recuerda que ninguno de sus amigos se lo llevara"; adujo en el escrito de defensa: "... Mientras mantenía relaciones sexuales con Isidro, DON Samuel y DON Gabriel, DON Aurelio aprovecha la distracción de DOÑA Paula para abrir su bolso (una riñonera), el cual había dejado DOÑA Paula en el suelo junto con otras pertenencias (las cuales eran suyas y también de los demás) y hurtar un teléfono móvil que se encontraba en el mismo. Esta acción la hace él mismo, entregando inmediatamente el teléfono a DON Santiago.(...).".

Matizó este extremo, durante su declaración en el acto del juicio oral, donde manifestó que mientras estaban manteniendo sus otros amigos relaciones sexuales con la denunciante, abrió su riñonera que estaba en suelo y cogió el teléfono para que las, sacó la funda y las tarjetas y las tiró al suelo, no dijo a nadie que había quitado el teléfono a la denunciante y se lo quedó por avaricia.

Modificando su Letrado defensor las conclusiones definitivas en estos términos.

Por ello, ante el explícito reconocimiento por el procesado de la autoría del hurto, habiendo negado los restantes procesados en todo momento que hubieran participado en el apoderamiento del aparato y que conocieran la sustracción del aparato, declaramos probada la comisión del hurto por Aurelio.

No hallamos elementos de prueba para conformar el marco típico del delito de robo con violencia o intimidación del artículo 242.1 del Código Penal por el que vienen acusados los cinco procesados.

Estiman las acusaciones, que el apoderamiento se produjo dentro del ámbito intimidatorio que configura el delito de agresión sexual, con la cooperación de todos los acusados, quienes dadas las circunstancias del lugar donde se hallaba la riñonera, la manipulación del teléfono que realizó Aurelio y en la proximidad física entre todos ellos, cabe atribuirles la participación en el expresado delito.

Habiendo desechado el Tribunal esta calificación, es llano que no procede la condena por el delito de robo con intimidación; sin que quepa apreciar ningún tipo de participación de los restantes acusados en el delito leve de hurto, por el que no han sido acusados.

Por todo ello procede la condena de Aurelio como responsable en concepto de autor del expresado delito leve de hurto y la absolución de todos los procesados del delito de robo con intimidación por el que venían acusados.

C.- Sobre el delito contra la intimidad previsto y penado en el Art. 197 1 . y 5 del Código Penal , por el que acusa el MinisterioFiscal, la acusación particular y las acusaciones populares a todos los procesados.

Constituye uno de los derechos que integran la garantía constitucional de la tutela judicial efectiva, el de ser informado de la acusación, que de este modo se configura como un " prius " para el adecuado ejercicio del derecho de defensa (Art. 24.2 CE).

Éste derecho ha sido objeto de perfeccionamiento desde la promulgación de la Constitución, a través de diversas reformas con naturaleza de Ley Orgánica en nuestra legislación procesal.

Destaca entre ellas además de ser la última promulgada, la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, por cuanto en esta derecho de defensa se adapta a la Normativa Europea, dando una nueva redacción a los Artículos 118 y 520 LECrim.

Mediante dicha L.O. se transpone la Directiva 2013/48/UE, de 22 de octubre de 2013, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la Orden de Detención Europea.

En concreto, por lo que en este caso nos atañe, reconoce la letra A) del número uno del Art. 118, regulador de los derechos que asisten al procesado : "... a) Derecho a ser informado de los hechos que se le atribuyan, así como de cualquier cambio relevante en el objeto de la investigación y de los hechos imputados. Esta información será facilitada con el grado de detalle suficiente para permitir el ejercicio efectivo del derecho de defensa.".

Pues bien examinadas por la Sala con el necesario detalle, las actuaciones practicadas durante la instrucción, comprobamos que con relación a los delitos que ahora examinamos, no se han cumplimentado las exigencias vinculadas al expresado de derecho de defensa, que tiene como premisa ineludible el de ser informado de la acusación que se sostiene frente a la persona investigada y por ende se ha quebrado el principio acusatorio.

Éste delito contra la intimidad, está sometido en cuanto en cuanto a su persecución penal, al requisito de procedibilidad, que requiere el artículo 201 del Código Penal, consistente en la previa denuncia de la persona agraviada que en este caso no produjo; la denunciante, declaración prestada a presencia judicial el 8 de julio, no denunció este delito y tampoco se formuló denuncia ulteriormente durante la instrucción

Durante la expresada fase de instrucción, no se informó a los entonces procesados sobre la posibilidad de imputación de este delito contra la intimidad y en el Auto de procesamiento de 8 de agosto de 2016, no se contiene ninguna descripción de hechos con relevancia penal, ni se refiere a ninguno de los presupuestos fácticos nucleares que definen el tipo objetivo del delito contra la intimidad que ahora examinamos.

En efecto, las referencias en dicho auto de procesamiento a los vídeos, se confinan exclusivamente a los grabados por Aurelio, con relación a los cuales no se incluye ningún hecho que evoque aquellos elementos de hecho sustanciales, que configura el tipo objetivo del delito contra la intimidad que examinamos.

En el razonamiento jurídico segundo, las grabaciones se tienen en consideración para estimar que la violencia o intimidación ejercidas tuvieron un carácter particularmente degradante o vejatorio : "... apreciándose en la grabación cómo los procesados se reían de la víctima siendo además una vejación adicional el mero hecho de la grabación,(...).". Mientras que en el tercero, dichos vídeos se tienen en cuenta para apreciar que: "... En ningún caso cabe apreciar ningún consentimiento de la víctima cuando por el contrario la grabación pone de manifiesto una dinámica de los hechos incompatible con la aceptación o tolerancia de los actos de acceso carnal ejecutados sobre ella, en un evidente abuso de una situación de superioridad física, puesto que además el propio hecho de la grabación refuerza la existencia de una situación de absoluta ausencia de consentimiento o tolerancia. (...).".

Siendo así que los elementos fácticos descritos en el Auto de procesamiento, confluyen para justificar su encuadre en el marco típico de los delitos contemplados en : los artículos 178 a 180 del Código Penal concurriendo las circunstancias 1 ª a 3ª del artículo 180 y en el artículo 242 del mismo cuerpo legal; sin que se realize mención alguna al delito contra la intimidad.

Por tanto en la indagatoria practicada el 2 de septiembre de 2016, que tenía como base la relación fáctica contenida en el Auto de procesamiento de 8 de agosto, los procesados, no fueron interrogados sobre hechos que pudieran conformar el delito contra la intimidad que examinamos y desde luego no se les informó sobre la posibilidad de que fueran acusados por este delito.

La primera vez en que se formuló acusación por este delito fue en el escrito de calificación provisional del Ministerio Fiscal, pero como hemos señalado, tal acusación es inaceptable, por cuanto el auto de procesamiento no contenía la descripción de ningún hecho que evoque aquellos aspectos fácticos nucleares que configura el tipo objetivo del delito contra la intimidad y en consecuencia carecía de legitimidad para formular acusación por este delito Este carencia tampoco puede entenderse corregida mediante la acusación por este delito en el escrito de calificación provisional por la acusación particular, que recordemos no formuló denuncia por este delito y que en este aspecto reproduce la calificación provisional del Ministerio Fiscal; dicho acto procesal está gravado por la misma carencia de legitimidad, quebranta de modo insuperable el derecho de los procesados a ser informados, en el ámbito que hemos delimitado, de los hechos por los que se les investiga y en consecuencia no era legítimo plantear la acusación, que quebranta de un modo radical e insuperable las expresadas garantías constitucionales.

Ni a mayor abundamiento la deficiencia puede estimarse suplida, en las respectivas calificaciones provisionales de las acusaciones populares, en las que se acusa a los procesados por el delito contra la intimidad

En un supuesto parangonable con nuestro caso, la STS 2ª 78/2016 de 10 de febrero, desestima el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal y ratifica el criterio de la Audiencia, en el sentido de que es el Auto de procesamiento el que fija los límites fácticos de la acusación, de ahí que por exigencias del principio acusatorio y de los derechos de defensa y a ser informado de la acusación, no resultaba procedente extender la acusación a delitos respecto de cuyo soporte fáctico no se había extendido el auto de procesamiento.

En dicha sentencia se compara, como acabamos de hacer, el contenido del auto de procesamiento y el de los escritos de acusación, y después de una exhaustiva valoración sobre el alcance y funcionalidad procesal del auto de procesamiento ex art. 384 LECrim., declara - los párrafos destacados en negrita son nuestros - :

"... Esta forma de concebir el auto de procesamiento como fórmula de concreción de la garantía jurisdiccional, no puede conducir a una interpretación que exija una exactitud fáctica, correlativa entre aquella resolución inculpatoria y el escrito de acusación del Fiscal. Hemos dicho en muchas ocasiones que el objeto del proceso es de cristalización progresiva. Pues bien, el auto de procesamiento es la primera de las decisiones que contribuye a la fijación de los términos del debate. Indudablemente son las conclusiones provisionales del Fiscal las que permiten a la acusación pública formalizar la pretensión punitiva y delimitar por primera vez el objeto del proceso. Pero son las conclusiones definitivas, una vez practicada la prueba, las que lo dibujan de modo definitivo, delimitando el ámbito decisorio del órgano jurisdiccional. La vinculación objetiva no es identidad objetiva.No es identidad incondicional. Pero sí lo es en lo atinente a los presupuestos fácticos nucleares que definen el tipo objetivo por el que se decretó el procesamiento. La correlación entre ese enunciado fáctico proclamado por el Juez instructor y el que luego asume el escrito de acusación del Fiscal ha de ser interpretada, claro es, con la flexibilidad que permite el progreso de las investigaciones y, en su momento, el desarrollo de la actividad probatoria en el juicio oral.

El argumento que late en el recurso del Fiscal, referido a la posibilidad que se dio al procesado de defenderse en el acto del juicio oral de los hechos no incluidos en el acto de procesamiento, no puede compartirse. No estamos ante un problema de tutela judicial efectiva, ni siquiera de indefensión formal o material. La prohibición de incluir en el escrito de conclusiones hechos que no han sido objeto del auto procesamiento es una nota definitoria del sistema. Su exigencia dibuja un presupuesto de legitimidad para el ejercicio de la acusación. No se trata de decidir si el procesado pudo o no defenderse, sino de proclamar que nunca debió haber sido acusado.".

Por estas razones, declaramos la libre absolución del delito contra la intimidad del que vienen acusados los procesados.

QUINTO.- AUTORÍA.

Por cuanto acabamos de razonar :

(i) Los procesados Isidro; Santiago; Aurelio; Gabriel y Samuel, son cada uno ellos, responsables a título de autor, con arreglo al párrafo primero del artículo 28 del Código Penal, de un delito continuado de abuso sexual con prevalimiento previsto y penado en el Art. 181 3. del Código Penal en el subtipo agravado del número cuatro 4., en relación con los Arts. 192 y 74 de dicho Código; por haber realizado personal directa y voluntariamente por sí mismos los hechos que lo integran.

(ii) El procesado Aurelio, es responsable en concepto de autor por el mismo título de un delito leve de hurto, previsto y penado en el artículo 234.2 del mismo cuerpo legal.

SEXTO.- No concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en los procesados.

SÉPTIMO.- INDIVIDUALIZACIÓN DE LAS PENAS

Abordamos a continuación la motivación de la individualización de las penas, función que realizamos, con observancia del principio de proporcionalidad de la pena, dentro de los parámetros legales, que requiere, en la medida que la pena fijada se aleje del mínimo legal, una explicación de la razón de la pena que se impone, para cumplir así las exigencias de motivación de las resoluciones judiciales ex Art. 120.3 de la Constitución.

En este contexto, primeramente hemos de considerar la gravedad de la culpabilidad del autor expresando las circunstancias que tomamos en cuenta para concretar una mayor o menor reprochabilidad de los hechos. Y esta gravedad debe ser traducida en la cantidad de pena que en definitiva fijamos, dentro del marco penal establecido en la Ley para el concreto delito o delitos por los que se establece la condena, (vid por todas STS.2ª 57/2018 de 1 de febrero).

En cuanto al delito delito continuado de abuso sexual con prevalimiento previsto y penado en el Art. 181 3. del Código Penal, en el subtipo agravado del número cuatro 4., el marco penológico se configura del siguiente modo.

La pena tipo abarca de cuatro a diez años de prisión; por razón de la continuidad delictual que apreciamos y en aplicación del artículo 74 del Código Penal, hemos de imponer la pena en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado.

No estimamos proporcionado, hacer uso de esta facultad de exasperación punitiva, en las concretas circunstancias del caso, por tanto el arco penológico que contemplamos, abarca de siete años y un día a diez años de prisión.

La ausencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal nos autoriza, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 66.5 CP, a recorrer la pena en toda su extensión, debiendo concretarla en atención « a las circunstancias personales del delincuente y a la

mayor o menor gravedad del hecho ».

Y no hemos apreciado, el subtipo agravado de vulnerabilidad especial de la víctima, del número 5 del artículo 181 del Código Penal - en relación con la circunstancia tercera del artículo 180.1- por cuanto la cualidad de vulnerable de la denunciante en el contexto conformado voluntariamente por los acusados, la tomamos en consideración para integrar, junto a otros diversos elementos, la situación de superioridad determinante del prevalimiento. (vid. en este sentido STS.2ª 104/2018 de 1 de marzo).

Ponderando la totalidad de circunstancias en que se desarrollaron los hechos, como hemos declarado probado y justificado, no hallamos en los acusados, ningún factor que modifique por su menor culpabilidad el desvalor de la acción que cometieron y justificar de este modo una menor cantidad de pena

Por el contrario, es inocultable la gravedad intrínseca de los hechos que cometieron y apreciamos en su actuación, circunstancias, que nos permiten concretar una mayor reprochabilidad de los mismos.

Como hemos señalado con detalle y así lo justificamos, en más de una ocasión, se practicaron por los acusados de forma simultánea, penetraciones por vía vaginal, anal o bucal sobre la denunciante, esta práctica no puede ser considerada, sino como especialmente humillante, degradante y vejatoria; al igual que la del " beso negro", actuación ultrajante de modo singular (vid en este sentido : SSTS 2ª 1005/2009 de 9 octubre y 194/2012 de 20 marzo, así como el Auto 1429/2011 de 13 octubre).

Igualmente recordamos nuestra apreciación de que, los videos muestran como los acusados, hacen alarde de las prácticas sexuales que realizan y se jactan de su obrar dirigiéndose a la cámara; al igual que cuanto estimamos en relación con las dos fotos que reflejan la acción referida en último lugar.

Todo ello, nos permiten configurar la intensa gravedad de la culpabilidad de los acusados y determinan la mayor reprochabilidad de los hechos.

En atención a lo expuesto, procede fijar la duración de la pena privativa de libertad para cada uno de los procesado en nueve años de prisión, que se halla en el tramo inferior de la mitad superior del arco penal que contemplamos.

Asimismo de conformidad con lo dispuesto en el art. 57 CP en relación con el art. 48 CP; procede imponer a cada uno de ellos la prohibición de acercamiento a la denunciante, su domicilio, lugar de trabajo o a cualquier otro que sea frecuentado por ella a una distancia inferior a los 500 metros así como la prohibición de comunicación, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual, durante 15 años.

Igualmente por aplicación del artículo 192 del Código Penal, tratándose el cometido de un delito grave, les imponemos la medida de cinco años de libertad vigilada, que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad, conforme al artículo 106.2 del Código Penal.

Por lo que respecta al delito leve de hurto, previsto y penado en el artículo 234.2 del Código Penal, sancionado con la pena de multa de uno a tres meses, cuando como acontece en este caso, la cuantía de lo sustraído no excede, de 400 €; el apartado 2 del artículo 66 de dicho Código, nos autoriza para aplicar la pena, a nuestro prudente arbitrio, sin sujeción a las reglas prescritas en el apartado anterior.

Tomando en consideración el valor del terminal de teléfono móvil del que se apoderó el procesado -199,19 € -, por tanto la mitad de la cuantía de lo sustraído, que establece el tipo objetivo para distinguir entre el delito menos grave y leve de hurto; estimamos proporcionado fijar la extensión de la pena de multa en dos meses.

Por lo que respecta a la cuota diaria de multa, ante la escasez de datos que nos permitan concretar la verdadera situación económica del procesado en aplicación, de los criterios que establece el apartado 5 del artículo 50 del Código Penal - que contempla exclusivamente como parámetro para la determinación de tal cuota, la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares y demás circunstancias personales del mismo -, la fijamos en 15 €; suma que entendemos ponderada en atención a cuanto podemos inferir sobre las concretas circunstancias que en la actualidad configuran la situación económica del procesado, quien se halla en prisión provisional desde el 7 de julio de 2016.

OCTAVO.- RESPONSABILIDAD CIVIL

Dispone el artículo 109 del Código Penal en su apartado 1: "... La ejecución de un hecho descrito por la ley como delito obliga a reparar, en los términos previstos en las leyes, los daños y perjuicios por él causados.", de este modo se configura en nuestro derecho penal, sustantivo la responsabilidad civil derivada del delito; que en el aspecto procedimental, permite el ejercicio acumulativo de la acción penal junto a la civil y asimismo, la intervención a título exclusivo de actor civil a personas o entidades, que pretenden actuar en exclusiva dicha responsabilidad civil, como ocurre en este caso con el Servicio Navarro de Salud- Osasunbidea.

El delito continuado de abuso sexual con prevalimiento previsto y penado en el Art. 181 3. del Código Penal, en el subtipo agravado del número 4., lleva aparejada la responsabilidad civil, que en este caso se concreta en la obligación de indemnizar los perjuicios materiales y morales

- Art. 116.3 CP -.

Por parte del Ministerio Fiscal las acusaciones particulares y las acusaciones populares, se reclama la indemnización por el daño moral inferido a la denunciante, mientras que por el actor civil se postula la indemnización en la cuantía de los gastos irrogados por la asistencia sanitaria prestada a la denunciante en el Servicio de Urgencia Hospitalaria y el Servicio de Obstetricia y Ginecología del HOSPITAL000.

Examinaremos por separado ambos títulos por los que se reclama la indemnización.

Ciertamente el primero de ellos, se presenta como especialmente relevante en comparación con el segundo, pues mediante él se trata de atender, en la medida de lo posible, el quebranto que en su integridad personal, desarrollo vital y perspectivas de evolución, en todos los ámbitos de su vida, apenas alcanzada la mayoría de edad, se causó a la denunciante por el delito cometido por los procesados.

Tiene declarado con reiteración la Sala Segunda del Tribunal Supremo que la traducción económica de una reparación por daños morales es tarea reservada a la discrecionalidad del Tribunal de instancia (vid por todas STS 2ª 62/2018 de 5 de febrero).

Asimismo es doctrina consolidada de dicha Sala Segunda que : "... "dada la ausencia de regulación objetiva de las bases atendibles a la hora de determinar las cuantías indemnizatorias por daño moral, el concreto«quantum» aplicado en tales supuestos por vía de responsabilidad civil se entenderá ajustado a las reglas de la lógica cuando reúna el doble requisito de no haberse superado las cantidades solicitadas por las partes acusadoras y de que las cuantías solicitadas se acomoden a pautas razonables, en el sentido de no resultar excesivas"(STS 467/2012 de 11 de mayo177/2016 de 2 de marzo), por otra parte la motivación fluye de los hechos probados, debiendo recordar al respecto que para su concesión,- "no es preciso que los daños morales tengan que concretarse en relación con alteraciones patológicas o psicológicas sufridas por las víctimas,bastando que sean fruto de una evaluación global de la reparación debida a las mismas",(STS 59/2016 de 4 de febrero)." (vid STS 2ª 493/2017 de 29 de junio).

En nuestro caso, la valoración del daño moral, no se basa simplemente en aquella "evaluación global de la reparación debida a la víctima"; declaramos probado y lo justificamos en nuestra valoración de la prueba que : "... Con carácter previo a los hechos " la denunciante" no presentaba ningún trastorno de la personalidad ni antecedentes de desestabilización psicológica, por el contrario tenía una adecuada adaptación en los distintos ámbitos (personal, educacional, social y familiar); como consecuencia de los mismos sufre trastorno de estrés postraumático. A partir del mes de septiembre de 2017, está recibiendo de forma continuada tratamiento psicológico administrado por el Centro de Atención Integral a Mujeres Víctimas de Agresión Sexual de la Comunidad DIRECCION022); no es posible la valoración de secuelas psicológicas al ser preciso que transcurra un tiempo de alrededor de dos años desde la producción de los hechos.".

Por tanto no se trata solo de valorar pecuniariamente, el sentimiento de indignidad, lastimada o vejada, que ciertamente en este caso fluye con naturalidad de los hechos; contamos con otros factores de ponderación, que nos permiten fijar la indemnización por el daño moral padecido por la denunciante, atendiendo a bases más sólidas.

Nos remitimos a cuanto argumentamos, "in extenso ", en el Fundamento de derecho tercero de esta sentencia, especialmente en los extremos del mismo en que valoramos contradictoriamente, la prueba de cargo concretada en el informe de las Psicólogas Forenses : Margarita y Herminia, que obra a los folios 1239 y stes. y fue sometido condiciones de efectiva contradicción en la sesión de juicio oral que se celebró el 21 de noviembre. Así como la prueba de descargo consistente en el informe pericial, elaborado por el psiquiatra Nazario y la psicóloga Carmen, obrante a los folios 1362 y stes., sometido a contradicción en igual sesión juicio oral.

Como, hemos expresado, avalamos el criterio de las peritos forenses y declaramos probado, que como consecuencia de los hechos sufre un trastorno de estrés postraumático, el cumplimiento de todos los criterios, quedó suficientemente justificado frente a las objeciones planteadas por los peritos de la defensa.

Y recordamos que en cuanto al cumplimiento de los criterios C - evitación conductual/cognitiva: evitación de recuerdos y pensamientos - y D - Alteraciones cognitivas y estado de ánimo negativo: estado emocional negativo persistente (culpa, vergüenza, enfado) y disminución de interés en actividades significativas -; tomamos de modo singular en consideración que durante su declaración en el acto de juicio oral, la denunciante expresó, las razones por las que después de los hechos trató de mantener una apariencia de vida normal, en todos sus ámbitos incluida la actividad en las redes sociales, a pesar de los sentimientos que le abrumaban y el desasosiego que le embargó al conocer que existían vídeos y pensaba que cualquier persona con la que se encontraba en la calle le podía identificar, así como la trascendencia mediática del caso.

A nuestro juicio resulta incuestionable, que una persona que entiende haber sufrido un suceso traumático con la dimensión conferida a

nivel institucional y mediático, trate de hacer todo lo posible, para normalizar su vida en todos los aspectos, actuación de recuperación, en la que afortunadamente dispuso de un importante apoyo familiar y de su entorno social más próximo.

Es irrefutable que los síntomas intrusión y su estado de ánimo negativo se agudizaron al tener conocimiento de que había sido objeto de seguimiento por detectives privados, la sensación de intromisión en su ámbito más restringido de intimidad, así como la preocupación sobre su libertad y seguridad que ello le produjo.

Consideramos que estas reacciones y actitudes frente a conductas difícilmente justificables, son perfectamente comprensibles ante la percepción de esta inmisión en su privacidad.

De otra parte, recordamos, en relación con el informe incorporado al escrito de defensa de Gabriel, elaborado por Dª Carmela, detective nº de licencia NUM021, y Dª Elvira, detective nº de licencia NUM022, que en dicho escrito se proponía a sus autoras como testigos, con la finalidad de "... ratificar el informe realizado y que se adjunta al presente escrito.".

Pues bien, la parte proponente de tal prueba testifical, renunció a la misma, en la sesión del juicio oral de 23 de noviembre, de modo que el informe en cuestión, no ha sido ratificado por sus autoras y no posee validez a los efectos de su valoración como fuente de prueba.

La ampliación propuesta por Letrado Sr.. Agustin Martinez Becerra, se elaboró por dichas detective: "... Por petición del abogado Agustín Martínez Becerra completamos el informe de redes sociales de Doña Paula aportando la imagen adjunta tomada de su red de "Instagram" el día 19 de Septiembre de 2017 a las11.15 horas y publicada 11 horas antes de dicha captura." y en el mismo se inserta una fotografía, con el contenido que es de ver en el acta correspondiente a la sesión del juicio oral celebrada el 13 de noviembre.

Este documento fue admitido por la Sala, de modo que la declaración testifical, en la sesión del juicio oral del 23 de noviembre prestada por Dª Carmela y Dª Elvira, versó en exclusiva sobre dicho informe.

La denunciante en su declaración en la sesión de juicio oral celebrada el 14 de noviembre, explicó las circunstancias y motivos por los que había insertado en el Instagram privado que tenía, la referida fotografía.

En nada desvirtúan nuestras consideraciones al respecto, esta prueba de descargo en parte como vemos carente de validez.

Dicha prueba de descargo, parece ignorar deliberadamente que se trata de una persona joven -los hechos sucedieron muy poco después de alcanzar la mayoría de edad-, que debe superar este trance. El mundo no se paró para la denunciante, la madrugada del 7 de julio. Las psicólogas forenses, han informado sobre la conveniencia de que retome su vida en todos los ámbitos -familiar, social, educativo...-, Siendo complejo el proceso de recuperación que está siguiendo. Tiene toda una vida por delante y no se observa que en modo alguno haya de llevar una vida de ermitaña.

Por estas razones ponderando cuantas circunstancias hemos apreciado, consideramos razonable y proporcionado, fijar la cuantía de la indemnización por el exclusivo concepto que se postula la misma -daño moral-, en la suma de 50.000 €, a cuyo pago condenamos a los procesados conjunta y solidariamente.

En cuanto a la a indemnización, reclamada por el Servicio Navarro de Salud- Osasunbidea, en la cuantía de los gastos irrogados por la asistencia sanitaria prestada a la denunciante, en el Servicio de Urgencia Hospitalaria y el Servicio de Obstetricia y Ginecología del HOSPITAL000, ha quedado justificado - documental ratificada en la declaración testifical de Don Humberto, en la sesión de juicio oral celebrada el 17 de noviembre-, que la suma de los mismos asciende a 1.531,37 Euros, cantidad a cuyo pago, asimismo, condenamos a los procesados conjunta y solidariamente.

NOVENO.- COSTAS

En atención a lo dispuesto en los artículos 123 del Código Penal y 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a todo responsable criminalmente de un delito o falta le viene impuesto, por ley, el pago de las costas procesales causadas en el curso del procedimiento seguido para su enjuiciamiento.

En este caso cada uno de los procesados ha sido acusado por tres delitos, de ellos les condenamos a cada uno por un delito continuado de abuso sexual con prevalimiento previsto y penado en el Art. 181 3. del Código Penal, absolviéndoles de los dos delitos restantes -sin perjuicio de la condena por delito leve respecto de Aurelio, al que condenamos en las costas específicas relacionadas con este delito -

Por tanto les condenamos al pago de una tercera parte de las costas procesales, declarando de oficio las dos terceras partes restantes.

En tal proporción, se incluyen las derivadas del ejercicio de la acusación particular; al estimar que su intervención no ha resultado inútil, perturbadora, superflua o innecesaria; tampoco ha formulado peticiones absolutamente heterogéneas respecto de las conclusiones

aceptadas en nuestra Sentencia, o las sostenidas por el Ministerio Fiscal (vid. por todas STS 2ª 607/2014 de 14 de septiembre).

Se comprenden en la condena al pago de costas, la totalidad de las causadas por la intervención del actor civil, ya que la pretensión de indemnización que hemos estimado en su integridad, está vinculada con el delito por el que condenamos todos los procesados.

No incluimos en tal condena las derivadas del ejercicio de la acción popular, en aplicación de la reiterada doctrina jurisprudencial, que excluye la condena en estos casos, por dichas costas, salvo en supuestos excepcionalísimos, que en este caso no son de apreciar (vid. por todas STS 2ª 413/2008 de 13 de junio).

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLO

En atención a lo expuesto FALLAMOS, que :

A.- DEBEMOS CONDENAR y CONDENAMOS :

1.- A Isidro, como responsable en concepto de autor de un delito continuado de abuso sexual con prevalimiento previsto y penado en el Art. 181 3. del Código Penal, en el subtipo agravado del número cuatro 4., en relación con los Arts. 192 y 74 de dicho Código, sin que concurran circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a la pena de NUEVE AÑOS DE PRISIÓN, e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y al pago de una tercera parte de las costas procesales; incluyendo en tal imposición las derivadas del ejercicio de la acusación particular y la totalidad de las causadas por la intervención del actor civil Servicio Navarro de Salud- Osasunbidea.

Asimismo le imponemos la prohibición de acercamiento a la denunciante, su domicilio, lugar de trabajo o a cualquier otro que sea frecuentado por ella a una distancia inferior a los 500 metros así como la prohibición de comunicación, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual, durante 15 años.

E igualmente le imponemos cinco años de libertad vigilada, que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad, conforme al artículo 106.2 del Código Penal.

En el ámbito de la responsabilidad civil le condenamos a indemnizar conjunta y solidariamente con las restantes personas condenadas por este delito:

a.- A la denunciante en la cantidad de Cincuenta mil euros (50.000 €).

b.- Al Servicio Navarro de Salud- Osasunbidea en la cantidad de 1.531,37€.

En ambos casos, con aplicación del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

2.- A Santiago, como responsable en concepto de autor de un delito continuado de abuso sexual con prevalimiento previsto y penado en el Art. 181 3. del Código Penal, en el subtipo agravado del número cuatro 4., en relación con los Arts. 192 y 74 de dicho Código, sin que concurran circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a la pena de NUEVE AÑOS DE PRISIÓN, e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y al pago de una tercera parte de las costas procesales; incluyendo en tal imposición las derivadas del ejercicio de la acusación particular y la totalidad de las causadas por la intervención del actor civil Servicio Navarro de Salud- Osasunbidea.

Asimismo le imponemos la prohibición de acercamiento a la denunciante, su domicilio, lugar de trabajo o a cualquier otro que sea frecuentado por ella a una distancia inferior a los 500 metros así como la prohibición de comunicación, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual, durante 15 años.

E igualmente le imponemos cinco años de libertad vigilada, que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad, conforme al artículo 106.2 del Código Penal.

En el ámbito de la responsabilidad civil le condenamos a indemnizar conjunta y solidariamente con las restantes personas condenadas por este delito:

a.- A la denunciante en la cantidad de Cincuenta mil euros (50.000 €).

b.- Al Servicio Navarro de Salud- Osasunbidea en la cantidad de 1.531,37€.

En ambos casos, con aplicación del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

3.- A Aurelio :

3.1 Como responsable en concepto de autor de un delito continuado de abuso sexual con prevalimiento previsto y penado en el Art. 181 3. del Código Penal, en el subtipo agravado del número cuatro 4., en relación con los Arts. 192 y 74 de dicho Código, sin que concurran circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a la pena de NUEVE AÑOS DE PRISIÓN, e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y al pago de una tercera parte de las costas procesales; incluyendo en tal imposición las derivadas del ejercicio de la acusación particular y la totalidad de las causadas por la intervención del actor civil Servicio Navarro de Salud- Osasunbidea.

Asimismo le imponemos la prohibición de acercamiento a la denunciante, su domicilio, lugar de trabajo o a cualquier otro que sea frecuentado por ella a una distancia inferior a los 500 metros así como la prohibición de comunicación, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual, durante 15 años.

E igualmente le imponemos cinco años de libertad vigilada, que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad, conforme al artículo 106.2 del Código Penal.

En el ámbito de la responsabilidad civil le condenamos a indemnizar conjunta y solidariamente con las restantes personas condenadas por este delito:

a.- A la denunciante en la cantidad de Cincuenta mil euros (50.000 €).

b.- Al Servicio Navarro de Salud- Osasunbidea en la cantidad de 1.531,37€.

En ambos casos, con aplicación del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil

3.2. Como responsable en concepto de autor de un delito leve de hurto, previsto y penado en el artículo 234.2 del Código Penal, a la pena de dos meses de multa con una cuota diaria de quince euros (15 €.); quedando sujeto a una responsabilidad personal subsidiaria para el caso de que no satisficiere, voluntariamente o por vía de apremio, de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas, así como al pago de las costas relacionadas con la condena por este delito leve.

4.- A Gabriel, como responsable en concepto de autor de un delito continuado de abuso sexual con prevalimiento previsto y penado en el Art. 181 3. del Código Penal, en el subtipo agravado del número cuatro 4., en relación con los Arts. 192 y 74 de dicho Código sin que concurran circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a la pena de NUEVE AÑOS DE PRISIÓN, e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y al pago de una tercera parte de las costas procesales; incluyendo en tal imposición las derivadas del ejercicio de la acusación particular y la totalidad de las causadas por la intervención del actor civil Servicio Navarro de Salud- Osasunbidea.

Asimismo le imponemos la prohibición de acercamiento a la denunciante, su domicilio, lugar de trabajo o a cualquier otro que sea frecuentado por ella a una distancia inferior a los 500 metros así como la prohibición de comunicación, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual, durante 15 años.

E igualmente le imponemos cinco años de libertad vigilada, que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad, conforme al artículo 106.2 del Código Penal.

En el ámbito de la responsabilidad civil le condenamos a indemnizar conjunta y solidariamente con las restantes personas condenadas por este delito:

a.- A la denunciante en la cantidad de Cincuenta mil euros (50.000 €).

b.- Al Servicio Navarro de Salud- Osasunbidea en la cantidad de 1.531,37€.

En ambos casos, con aplicación del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

5.- A Samuel, como responsable en concepto de autor de un delito continuado de abuso sexual con prevalimiento previsto y penado en el Art. 181 3. del Código Penal, en el subtipo agravado del número cuatro 4., en relación con los Arts. 192 y 74 de dicho Código, sin que sin que concurran circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a la pena de NUEVE AÑOS DE PRISIÓN, e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y al pago de una tercera parte de las costas procesales; incluyendo en tal imposición las derivadas del ejercicio de la acusación particular y la totalidad de las causadas por la intervención del actor civil Servicio Navarro de Salud- Osasunbidea.

Asimismo le imponemos prohibición de acercamiento a la denunciante, su domicilio, lugar de trabajo o a cualquier otro que sea frecuentado por ella a una distancia inferior a los 500 metros así como la prohibición de comunicación, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual, durante 15 años.

E igualmente le imponemos cinco años de libertad vigilada, que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad, conforme al artículo 106.2 del Código Penal.

En el ámbito de la responsabilidad civil le condenamos a indemnizar conjunta y solidariamente con las restantes personas condenadas por este delito:

a.- A la denunciante en la cantidad de Cincuenta mil euros (50.000 €).

b.- Al Servicio Navarro de Salud- Osasunbidea en la cantidad de 1.531,37€.

En ambos casos, con aplicación del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

B.- DEBEMOS ABSOLVER y ABSOLVEMOS :

1.- A Isidro de los siguientes delitos: a.- Un delito continuado de agresión sexual de los Arts. 178 179, 180.1. 1ª y 2ª - en el caso del Ministerio Fiscal y la acusación particular -, circunstancias cualificantes a las que las acusaciones populares añadieron la contemplada como 3ª.; b.- Un delito de robo con violencia o intimidación del Art. 242. 1 del Código Penal; c.- Un delito contra la intimidad previstos y penado en el Art. 197 1. y 5 del Código Penal. De los que venía acusado.

Declarando de oficio dos terceras partes de las costas procesales.

2.- A Santiago de los siguientes delitos : a.- Un delito continuado de agresión sexual de los Arts. 178 179, 180.1. 1ª y 2ª - en el caso del Ministerio Fiscal y la acusación particular -, circunstancias cualificantes a las que las acusaciones populares añadieron la contemplada como 3ª.; b.- Un delito de robo con violencia o intimidación del Art. 242. 1 del Código Penal; c.- Un delito contra la intimidad previstos y penado en el Art. 197 1. y 5 del Código Penal. De los que venía acusado.

Declarando de oficio dos terceras partes de las costas procesales.

3.- A Aurelio de los siguientes delitos:

a.- Un delito continuado de agresión sexual de los Arts. 178 179,

180.1. 1ª y 2ª - en el caso del Ministerio Fiscal y la acusación particular -, circunstancias cualificantes a las que las acusaciones populares añadieron la contemplada como 3ª.; b.- Un delito de robo con violencia o intimidación del Art. 242. 1 del Código Penal; c.- Un delito contra la intimidad previstos y penado en el Art. 197 1. y 5 del Código Penal. De los que venía acusado.

Declarando de oficio dos terceras partes de las costas procesales.

4.- A Gabriel de los siguientes delitos: a.- Un delito continuado de agresión sexual de los Arts. 178 179, 180.1. 1ª y 2ª - en el caso del Ministerio Fiscal y la acusación particular -, circunstancias cualificantes a las que las acusaciones populares añadieron la contemplada como 3ª.; b.- Un delito de robo con violencia o intimidación del Art. 242. 1 del Código Penal; c.- Un delito contra la intimidad previstos y penado en el Art. 197 1. y 5 del Código Penal. De los que venía acusado.

Declarando de oficio dos terceras partes de las costas procesales.

5.- A Samuel de los siguientes delitos:

a.- Un delito continuado de agresión sexual de los Arts. 178 179, 180.1. 1ª y 2ª - en el caso del Ministerio Fiscal y la acusación particular -, circunstancias cualificantes a las que las acusaciones populares añadieron la contemplada como 3ª.; b.- Un delito de robo con violencia o intimidación del Art. 242. 1 del Código Penal; c.- Un delito contra la intimidad previstos y penado en el Art. 197 1. y 5 del Código Penal. De los que venía acusado.

Declarando de oficio dos terceras partes de las costas procesales.

Declaramos de abono, para el cumplimiento de la pena de prisión que imponemos a los condenados, la totalidad del tiempo en que han estado provisionalmente privados de libertad en esta causa, incluyendo en dicho cómputo, los días en que estuvieron detenidos.

Notifíquese la presente resolución a las partes y personalmente a los acusados.

Líbrese por la Sra. Letrado de la Administración De Justicia certificación de la presente resolución, que se dejará en el rollo correspondiente, llevando la original al libro de Sentencias Penales de esta Sección.

La presente resolución no es firme y cabe interponer frente a ella recurso de apelación, ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, formalizándose ante esta Sección, con arreglo a lo dispuesto en el art. 846 ter. L.E.Crim, dentro de los diez días siguientes a la última notificación.

VOTO PARTICULAR

QUE FORMULA EL ILMO. SR. MAGISTRADO D. RICARDO JAVIER GONZÁLEZ GONZÁLEZ RESPECTO DE LA SENTENCIA Nº 38/2018 DE FECHA 20 DE MARZO DE 2018, DICTADA EN EL SUMARIO NÚM. 426/2016.

Con el máximo respeto que me merece la opinión mayoritaria de este Tribunal, me veo en la obligación de mostrar mi discrepancia, al amparo de lo previsto en el artículo 260 LOPJ, respecto de la resolución mencionada, al discrepar del relato de hechos que se consideran probados y de la valoración de la prueba realizada por mi compañero y compañera de Sala, así como de la condena a los cinco acusados por un delito tipificado en el artículo 181.3 y 4 del Código Penal.

SENTENCIA

En Pamplona/Iruña, a 20 de abril de 2018.

Aceptando el encabezamiento y los antecedentes de hecho de la Sentencia de la mayoría, considero que en la sentencia deben figurar en la narración fáctica los siguientes:

HECHOS PROBADOS

1º Los acusados Aurelio, mayor de edad y sin antecedentes penales, Samuel, mayor de edad y sin antecedentes penales, Isidro, mayor de edad y con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, Gabriel, mayor de edad y con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia y Santiago, mayor de edad y con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, se encontraban sobre las 2,50 horas del día 7 de julio de 2016 en la PLAZA000 de Pamplona donde se había celebrado un concierto con motivo de las fiestas de San Fermín.

El acusado Isidro estaba sentado en un banco, en la zona interior de la PLAZA000 próximo a la DIRECCION023, cuando se acercó y se sentó en el mismo banco la denunciante, nacida el NUM016 de 1997 en Madrid y que, acompañada de un amigo, había venido a Pamplona en un vehículo particular que dejaron estacionado en la zona del DIRECCION005. Ambos, Isidro y la denunciante, iniciaron una conversación, acercándose posteriormente al referido banco el resto de los acusados y charlando todos ellos.

Producido ya este encuentro y siendo las 02:57 horas, la denunciante efectuó una llamada telefónica a Luis Pablo al que había conocido esa misma noche y con el que había convenido quedar para seguir la fiesta en los bares después del concierto; no llegando a juntarse y aplazando su cita hasta la hora del encierro.

Poco antes de las 3,00 de la madrugada, todo el grupo se puso en movimiento a la vez, caminando por la parte exterior de la PLAZA000 en dirección hacia los DIRECCION024 donde se encuentran los bares DIRECCION006 y DIRECCION007, volviendo a salir de los DIRECCION024 y continuando su camino hacia la C/ DIRECCION008 y CALLE000.

En esta calle, a la altura de la entrada del Hotel DIRECCION026 se encontraba realizando las labores de portero D. Marco Antonio al que se acercaron los acusados intentando que les permitiera el paso facilitándole, a tal fin, un nombre y número de habitación supuestos. Como quiera que el Sr. Marco Antonio les negó la entrada al comprobar que no figuraban en su lista de clientes, le preguntaron si tenían una habitación, por horas o para toda la noche, afirmando " que la querían para follar ", a lo que el portero respondió negativamente sugiriéndoles que lo intentaran en el Hotel DIRECCION009 o en el Hotel DIRECCION015. Durante esta conversación, le denunciante, una vez llegó a la altura del hotel, donde se encontraba el portero, se mantuvo a una corta distancia del grupo que no le impedía escuchar la conversación.

Al no conseguir habitación, todos siguieron caminando tomando en un determinado momento la CALLE001 y a continuación, girando a su izquierda, la CALLE002 en su primera manzana, cruzando la AVENIDA001 en una fila disgregada que encabezaba la denunciante en compañía de uno de los acusados, seguidos a pocos pasos por Isidro que caminaba, a su vez, unos pasos por delante del tercero de los acusados y cerrando la fila, a una considerable distancia de los anteriores, los otros dos acusados.

En un momento dado y siendo aproximadamente las 3,08 horas del día 7 de julio, Isidro observó que una mujer se dirigía hacia el portal

nº NUM006 de la C/ CALLE002, yendo tras ella con el fin de alcanzar la puerta del portal antes de que aquella entrase y de esa manera acceder al inmueble, lo que consiguió hacer. Tras mantener una breve conversación con la vecina, Isidro entró en el portal, y, simulando que estaba alojado en uno de los domicilios del inmueble, cogió uno de los ascensores, subió al NUM019 piso y después, bajó de nuevo al portal, abriendo la puerta y franqueando el paso al resto del grupo que permanecía en la calle.

Mientras esto sucedía, los demás se detuvieron en el lado izquierdo de la calle donde la denunciante estuvo besándose con Santiago; permaneciendo el grupo unido mientras Isidro subía y bajaba para facilitarles el acceso hasta que aquel, dirigiéndose a los demás dijo: "vamos, vamos" y a continuación todos entraron dentro.

La denunciante entró en compañía de los 5 acusados al portal y tras atravesar una puerta de cristal esmerilado que alguien sostenía abierta, llegó, junto con aquellos a una especie de rellano que da acceso a los cuartos de servicio de agua y electricidad, con unas dimensiones de 2,73 cm de largo por 1.02 cm de ancho en su parte más estrecha y de 1.63 cm en la parte más ancha, donde mantuvieron una serie de relaciones sexuales consistentes en la práctica de felaciones a todos los varones, penetraciones vaginales realizadas por Isidro, Gabriel y Samuel quien también la penetró analmente; asimismo Isidro practicó un "beso negro" a la denunciante y esta otro a él, sin que dicha denunciante les expresase ni de palabra ni con gestos, ni de ninguna otra manera, su disconformidad, creyendo en todo momento, los dichos cinco acusados, que ella estaba conforme con los actos sexuales que entre ellos mantuvieron, ni, por lo demás, conste acreditado que la denunciante durante las referidas relaciones sexuales se encontrase en una situación de shock o bloqueo que le hubiese impedido comunicar a los cinco acusados, si así lo hubiere querido, que su deseo no era el de mantenerlas.

Mientras esto sucedía, Aurelio grabó seis archivos de vídeo (NUM039, NUM040, NUM041, IMG NUM042 IMG NUM043 e IMG NUM044) y obtuvo dos fotografías (NUM057 e NUM058), en tanto que Gabriel grabó un archivo de vídeo (archivo NUM059), ambos con sus respectivos teléfonos móviles.

Alrededor de las 03:25 horas, los acusados se vistieron y fueron abandonando el portal de forma escalonada, dejando en él a la denunciante, sola y medio desnuda.

Antes de abandonar el lugar, Aurelio se apoderó, en su propio beneficio, del teléfono móvil Samsung Galaxy con IMEI nº NUM020, valorado en 199,19€, que la denunciante portaba en su riñonera, para lo que solo tuvo que abrirla, quitándole la funda y extrayendo del terminal la tarjeta SIM y la tarjeta de memoria, que arrojó al suelo antes de marcharse. La denunciante tuvo conocimiento de este hecho después de que todos los acusados abandonaran el portal.

Dicho teléfono fue localizado en el mes de agosto de 2016 en poder de Frida, y, recuperado por la policía, fue devuelto a su titular.

Ya en la calle, los acusados se dirigieron caminando por la AVENIDA001 hacia la AVENIDA000, deteniéndose unos minutos en el Monumento DIRECCION029 donde charlaron con unas chicas que se encontraban en ese lugar. A partir de ese momento dos de ellos continuaron la fiesta en la calle en tanto que los otros tres trataron de encontrar un lugar donde dormir, haciéndolo finalmente Isidro y Samuel en un portal y uniéndose Santiago a Aurelio y Gabriel para continuar de fiesta hasta que volvieron a reunirse de nuevo todos ellos en la PLAZA000 antes del encierro, accediendo al recorrido de este en la C/ DIRECCION025.

Por su parte, la denunciante se vistió, cogió la riñonera y tras comprobar que le faltaba el teléfono móvil, salió del portal a las 3:29 horas y, sin tratar de pedir ayuda ni alertar a nadie, se dirigió a un banco de la AVENIDA001 donde se sentó, siendo interpelada instantes después por una pareja de jóvenes que transitaban por el lugar y que se acercaron a ella al escuchar su llanto desconsolado y mediante una llamada telefónica al 112, dieron aviso a la policía que se personó en el lugar poco tiempo después.

La denunciante fue trasladada a un centro médico donde fue atendida realizándose, sobre las 6 horas del día 7 de julio, una prueba de detección de alcohol en sangre que arrojó un resultado de 0,91 gramos de alcohol por litro de sangre lo que supone un nivel de alcoholemia al momento de ocurrir los hechos en cualquier caso superior a 1 g/L., aproximadamente entre 1,2235 g/l y 1,3225 g/l de alcohol en sangre.

A la denunciante se le prestó asistencia y se le administró tratamiento farmacológico por el Servicio Navarra de Salud Osasunbidea, con un coste de 1.531,37€.

Tras el encierro y durante la suelta de vaquillas Isidro, Aurelio, Gabriel y Santiago, fueron identificados en el DIRECCION020 de la PLAZA002 por agentes de la Policía Foral, haciendo saber uno de dichos agentes a Aurelio que el motivo de la identificación era una denuncia por una agresión sexual, manifestando él ya en ese momento, que habían mantenido relaciones consentidas con una chica y que las habían grabado. Tras informar a los Policías Forales que tenían aparcado el coche en el BARRIO000, los dejaron marchar, y, tras encontrarse con Samuel, cogieron el autobús urbano y fueron hasta el vehículo de Aurelio que tenían estacionado en la C/ CALLE006 del BARRIO000, llegando también al lugar una patrulla de la Policía Foral y posteriormente otra de Policía Municipal que procedió a su

detención.

Antes de que la Policía Municipal les comunicara su detención manifestaron que habían mantenido relaciones sexuales consentidas y que las habían grabado en vídeo. Trasladados a dependencias policiales, reiteraron que las relaciones habían sido consentidas y manifestaron espontáneamente que las habían grabado con sus teléfonos móviles.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- .- CONSIDERACIONES PREVIAS.

Desde el principio de las sesiones del juicio oral, ya en el trámite de cuestiones previas habilitado en aplicación de lo previsto en el art.

786.2 LECrim., hasta sus informes finales, las defensas de los acusados han expresado sus quejas sobre la vulneración del derecho a un juicio con todas las garantías propias de un juicio justo, en particular, el debido respeto del derecho a la presunción de inocencia.

En este sentido, y con ello trataré de compendiar las quejas de los defensores de los cinco acusados, el Letrado de tres de ellos, Sr. Martínez Becerra, primero de los defensores en tomar la palabra en el informe final, en un alegato que no ha merecido la menor consideración en la sentencia mayoritaria, se lamentó de que el 7 de julio de 2016, tras " una breve denuncia ", ratificada posteriormente ante el Juzgado de Instrucción Nº 4 de Pamplona, se iniciase otro juicio; éste paralelo, llevado a cabo en las calles, en los mercados, en los medios de comunicación, e, incluso, en los Parlamentos y en otros centros de poder; juicio que, al margen del proceso penal, se fue acrecentando con " informaciones falsas, tergiversaciones interesadas, datos privados que en nada afectaban a los hechos denunciados y que distorsionaban la imagen de mis representados "; todo lo cual, añadió " iba a desembocar en un mar llamado condena ", enfatizando " cómo esa condena se llegaba a ejecutar simbólicamente con la aparición de cinco figuras, con las caras de los acusados, (colgando) en un puente de esta bella ciudad."

En este contexto, también criticó la labor instructora, por entender que no se había adecuado a lo previsto en el artículo 2 de la LECrim., conforme al que " todas las Autoridades y funcionarios que intervengan en el procedimiento penal cuidarán, dentro de los límites de su respectiva competencia, de consignar y apreciar las circunstancias así adversas como favorables al presunto reo (...) "; amén de no haber atendido a lo dispuesto en el artículo 400 LECrim., conforme al que " el procesado podrá declarar cuantas veces quisiere y el juez recibirá inmediatamente la declaración si tuviera relación con la causa ", ya que, habiendo solicitado el día 12 de julio que se volviera a oír a los investigados, solo se les volvió a tomar declaración el día 2 de septiembre (indagatorias de ineludible cumplimiento); y, de igual modo, critica que toda la investigación fuese " única y exclusivamente destinada a buscar, desde la consideración de que la agresión sexual se había producido, todos los elementos que pudieran confirmarla, obviando interesada y torticeramente, cualquier interpretación que pusiera en duda la realización del execrable hecho ", hasta el punto, destacó, de haber visto con estupor "cómo agentes de la policía municipal y otros agentes de la policía foral han ido reconociendo, muchos de ellos sin rubor, y me permitiría decir, hasta con altanería, actuaciones de dudosa legalidad, como fotografiar el torso de personas sin informarles claramente de sus derechos, otros afirmaban que realizaban pericias sin prejuicios previos para tener que acabar reconociendo que estaban contaminadas por sus propios conocimientos de los hechos."

Antes de entrar en el análisis de las diferentes pruebas practicadas en el plenario, reclamó finalmente del Tribunal que dictase una sentencia respetuosa con el derecho fundamental a la presunción de inocencia " desde la convicción de que la apreciación en conciencia de las pruebas, consagrada en el artículo 741 de la LECrim ., no supone para ustedes un dudoso beneficio, ni un poder soberano plenamente subjetivo que no esté sometido a reglas al respecto de la valoración de las pruebas practicadas."

En cuanto al innegable, por notorio y evidente, juicio paralelo que desde el primer día ha tenido este proceso, estimo de interés recuperar las siguientes reflexiones que la STS núm. 854/2010 , de 29de septiembre (RJ 2010/7646), hace en relación a otro que también despertó sumo interés mediático:

Por lo que se refiere a los juicios mediáticos, es evidente que la publicidad es un elemento esencial de todo proceso, y por otra parte el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz abarca e incluye al derecho a informar sobre las actuaciones judiciales, y cuando éstas tienen por objetivo un hecho tan noticiable, en sí mismo, como es la aparición del cadáver del alcalde de un pueblo, es claro que la condición de autoridad pública del fallecido supone un plus de interés para los medios de comunicación. Es evidente que la publicación de hipótesis y suposiciones en los medios de comunicación es una simple consecuencia de la libertad de prensa que constituye una divisa de todasociedad democrática. Hay que recordar que (sic) la obviedad de que la justicia no puede ser administrada correctamente de espaldas delpueblo de quien emana, precisamente, como se proclama en el art. 117-1º de la Constitución.

Por ello, el control social aparece como medio de legitimación del quehacer judicial sin perjuicio de reconocer que el discurso judicialnunca puede ser vicario de la voluble y a veces evanescente opiniónpública. Con frecuencia se ha de --por decirlo gráficamente-- remar a

contracorriente, porque el discurso judicial es el de las garantías delproceso debido. Dicho esto, es preciso reconocer que la publicación de noticias e hipótesis pueden hacer aparecer como culpables ante la Sociedad a personas que solo están o han sido imputadas, y que como tal tienen a su favor el derecho a la presunción de inocencia, solo desde la autocontención de los medios de comunicación y desde el rigor de veracidad de las noticias que transmitan puede hablarse de límites. El límite último es el Cpenal pero este es la última trinchera, nunca la primera.

(...) Una última afirmación y un recordatorio necesario.

Como afirmación, declarar que la justicia paralela no es justicia.

Justicia solo es la que se pronuncia en los Tribunales tras la valoración de toda la actividad probatoria, coincida o no con los "aprioris" que puedan circular en la Sociedad. (...)

En esta misma línea, la STC núm. 130/2002 (SalaPrimera), de 3 junio, recordaba "que la primera y más importante garantía debida del proceso penal, a los efectos de que éste pueda tenerse por un juicio justo, es indudablemente aquella que impone al Juez (hasta el punto de constituir parte de su estatuto constitucional, art. 117.1 CE), y en lo que ahora interesa, al Juez penal, la inquebrantable obligación de someterse de forma exclusiva y sin desfallecimiento o excepciones al ordenamiento jurídico. Especialmente, a las normas procesales que establecen la forma en la que debe ejercer su función jurisdiccional en los procesos penales. Pues su estricta sujeción a la Ley, en este caso, a la Ley procesal, garantiza la objetividad e imparcialidad del resultado de su enjuiciamiento del asunto que se someta a su examen."

Pero es que, además, esta estricta sujeción del Juez a la Ley penal sustantiva y procesal que rige sus actos y decisiones, sigue diciendo la STC 130/2002, "constituye la primera y más importante garantía del juicio justo en la medida en que dicha sujeción asegura a las partes en el proceso que el Juez penal es un tercero ajeno a los intereses en litigio y, por tanto, a sus titulares y a las funciones que desempeñen en el proceso. Alejamiento que le permite decidir justamente la controversia, situándose por encima de las partes acusadoras e imputadas. Por esta razón le está vedado constitucionalmente asumir en el proceso funciones de parte (STC 18/1989, de 30 de enero, F. 1, con cita de la STC 53/1987, de 7 de mayo, FF. 1 y 2), o realizar actos en relación con el proceso y sus partes que puedan poner de manifiesto que ha adoptado una previa posición a favor o en contra de una de ellas, lo que es aún más relevante cuando se trata del imputado en el proceso penal (por todas STC 162/1999, de 27 de septiembre, F. 5).

Por ello, la imparcialidad objetiva del Juez penal puede quedar comprometida también al traspasar "el límite que le impone el principio acusatorio cuando, perdiendo su apariencia de juez objetivamente imparcial, ha llevado a cabo una actividad inquisitiva encubierta al desequilibrar la inicial igualdad procesal de las partes en litigio, al respaldar una petición de una de ellas formulada en clara conculcación de lo dispuesto en la legalidad sustantiva o procesal y que puede deparar un perjuicio a la otra (STC 188/2000, de 10 de julio (RTC 2000, 188), F. 2)"; como el mismo derecho a un proceso judicial con todas las garantías (art. 24.2 CE), que "otorga al acusado y procesado el derecho a exigir del Juez penal la observancia inexcusable de una actitud neutra respecto de las posiciones de las partes en el proceso, lo que obviamente tiene lugar si actúa en el proceso penal con estricta sujeción a lo que la normas procesales establecen. Esta estricta sujeción a lo dispuesto en la Ley procesal garantiza su neutralidad y asegura la igualdad procesal entre las partes en el proceso. Pues esa igualdad, que constituye un principio constitucional de todo proceso integrado en el objeto del derecho a un proceso judicial con todas las garantías (art. 24.2 CE), significa que los órganos judiciales vienen constitucionalmente obligados a aplicar la Ley procesal de manera igualitaria de modo que se garantice a todas las partes, dentro de las respectivas posiciones que ostentan en el proceso y de acuerdo con la organización que a éste haya dado la Ley, el equilibrio de sus derechos de defensa, sin conceder trato favorable a ninguna de ellas en las condiciones de otorgamiento y utilización de los trámites comunes, a no ser que existan circunstancias singulares determinantes de que ese equilibrio e igualdad entre las partes sólo pueda mantenerse con un tratamiento procesal distinto que resulte razonable, y sea adoptado con el fin precisamente de restablecer dichos equilibrio e igualdad (STC 101/1989, de 5 de junio (RTC 1989, 101), F. 4)."

Sin perjuicio de volver sobre esta cuestión más adelante con mayor detalle, estimo lugar adecuado estas primeras consideraciones para recordar, como hace la STS núm. 493/2017,de 29 de junio (RJ 2017/3675), con cita de la STS nº 294/2008, de 27 de mayo, que la necesidad, socialmente destacada de tutelar con la máxima contundencia de (sic) libertad sexual, no puede conducir al debilitamiento de los principios fundamentadores de un Derecho Penal democrático, como son entre otros, la proporcionalidad, culpabilidad y legalidad, forzando una interpretación extensiva de los conceptos de violencia e intimidación que la doctrina jurisprudencial considera a los efectos de la interpretación del tipo de violación "o agresión sexual". Consecuentemente, aún cuando los delitos contra la libertad sexual merecen un especial reproche moral y social, que impone una contundente reacción penal, proporcionada a la acentuada gravedad, a la especial relevancia del bien jurídico contra el que atentan, pero siendo todo ello cierto, en ningún caso, puede aceptarse que el carácter odioso de los hechos denunciados determine una degradación de las garantías propias del proceso penal.

Las mismas consideraciones cabe hacer, "mutatis mutandis", respecto de la interpretación de los tipos penales que sancionan otras

conductas contra la libertad e indemnidad sexuales. Así, la STS núm.1004/2010, de 8 de noviembre, en cuanto destaca que "La jurisprudencia de esta Sala ha expresado la necesidad de interpretar el art. 181.3 del CP en términos que no rebasen el fundamento de su incriminación."

En similares términos se pronuncia la STS núm. 826/2017, de14 de diciembre (RJ 2017/5445), que, tras citar otras sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Supremo añade: Pero siendo todo ello cierto, en ningún caso puede aceptarse que el carácter odioso de los hechos denunciados determine una degradación de las garantías propias del proceso penal y especialmente del derecho constitucional a la presunción de inocencia, que constituye un principio fundamental y presupuesto básico de todas las demás garantías del proceso. Por ello, siendo la Constitución norma jurídica suprema de aplicación directa e inmediata (máxime en materia de derechos y garantías fundamentales) obliga a los distintos órganos de jurisdicción ordinaria a reinterpretar, conforme al principio de constitucionalidad de las normas jurídicas, los preceptos que afecten o puedan afectar a la tutela judicial efectiva del derecho constitucional a la presunción de inocencia, de modo que aquellos preceptos resulten compatibles con la Constitución. En este mismo sentido, STS núm. 989/2016, de 12 de enero (RJ 2017/47).

Igualmente, que, no obstante ese especial reproche moral y social, que se traduce en una contundente reacción penal, conforme a los criterios valorativos que ha estimado procedentes el legislador penal al tipificar y sancionar como punibles los distintos ataques contra la libertad sexual como el bien jurídico protegido, no cabe hacer en el seno de un proceso penal, ni, por tanto, en la sentencia que lo culmina, juicio moral alguno sobre determinadas conductas que, aun pudiendo suscitar rechazo, al menos, en una parte (la que sea) de la sociedad, no rebasen el límite de lo punible conforme al principio de legalidad penal, "sin que los Tribunales del orden penal tengan que adentrarse en juicios morales sobre el arcano íntimo de las personas" (STS núm.1366/2009, de 21 de diciembre), siéndoles exigible una motivación que cumpla con los parámetros de "racionalidad, excluyéndose cualquier atisbo de voluntarismo, arbitrariedad, conjeturas, juicios morales o internos, sospechas o meras impresiones sobre el resultado de la actividad probatoria practicada en el seno del plenario" (STSnúm. 1385/2003, de 15 de octubre).

En cuanto al derecho fundamental a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), conviene hacer mención de la Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio y cuyo plazo de transposición obligatoria finalizó el pasado 1 de abril, y que establece:

- " Se vulneraría la presunción de inocencia si las declaraciones públicas de las autoridades públicas, o las resoluciones judiciales que no fuesen de condena se refiriesen a un sospechoso o acusado como culpable mientras no se haya probado su culpabilidad con arreglo a la ley. Dichas declaraciones y resoluciones judiciales no deben reflejar la opinión de que esa persona es culpable."

- " Por «declaraciones públicas efectuadas por las autoridades públicas» debe entenderse cualquier declaración que se refiera a una infracción penal y que emane de una autoridad que participa en el proceso penal relativo a esa infracción penal, como por ejemplo las autoridades judiciales , la policía y otras autoridades con funciones policiales u otra autoridad pública, como ministros y otros cargos públicos, bien que sin perjuicio del Derecho nacional en materia de inmunidad ."

- " La obligación de no referirse a los sospechosos o acusados como culpables no debe impedir que las autoridades públicas divulguen información sobre el proceso penal cuando sea estrictamente necesario por motivos relacionados con la investigación penal (...) En cualquier caso, la forma y el contexto en que se divulgue la información no deben crear la impresión de que la persona es culpable antes de que su culpabilidad haya sido probada con arreglo a la ley. "

La reflexión que lo expresado en el párrafo anterior suscita en relación con el caso que ahora se enjuicia entiendo que resulta obvia.

Al hilo del alegato del Letrado del Ayuntamiento de Pamplona, quien, en su informe final (14:01 h del acta del día 27 de noviembre), tras criticar incluso la forma en que los investigados ejercieron su derecho de defensa, incluido su derecho a guardar silencio, al no haber prestado declaración el día 8 de julio de 2016 ante el Juez instructor (respecto de lo que, habrá de recordarse, de un lado, que constituye un derecho constitucional garantizado por el art. 24.2 CE, y, de otro, que solicitaron prestar declaración ante el Juez instructor el día 12 de julio siguiente), y referirse a supuestas contradicciones en que incurrieron durante su declaración indagatoria (prestada el 2 de septiembre de 2016), vino a sostener que "(...) en fin, distintas cuestiones que a esta parte, pues hombre, le hace dudar de ese testimonio (el de los acusados), sobre todo, como digo, con el tiempo que hubo para prepararlo, porque si somos tan exigentes con el (testimonio) de la víctima y con sus manifestaciones producidas desde un primer momento con la inmediatez que ello supone...; si trasladamos esa misma vara de medir a los acusados, pues hombre... las deja bastante en tela de juicio."

A este respecto, bastará con reseñar la doctrina reiterada del Tribunal Supremo. Así, la STS núm. 305/2017, de 27 de abril , en su fundamento de derecho décimo séptimo, recuerda: (...) También ha declarado el Tribunal Supremo, en muchas ocasiones -por ejemplo 29-12-97- que la situación límite de riesgo para el derecho constitucional de presunción de inocencia se produce cuando la única prueba

de cargo la constituye la declaración de la supuesta víctima del delito.

El riesgo se hace extremo si la supuesta víctima es precisamente quien inicio el proceso, mediante la correspondiente denuncia o querella, haciéndose más acentuado aún si ejerce la acusación, pues en tal caso se constituye en única prueba de la acusación el propio acusador.

Basta con formular la acusación y sostenerla personalmente en el juicio, para desplazar aparentemente la carga de la prueba sobre el acusado, obligándole a ser él quien demuestre su inocencia frente a una prueba de cargo integrada únicamente por la palabra de quien la acusa. Todavía cabe alcanzar un supuesto más extremo, en aquellos casos en que la declaración del acusador no solo es única prueba de la supuesta autoría del acusado, sino también de la propia existencia del delito, del cual no existe acreditación alguna, fuera de las manifestaciones de quien efectúa la acusación; llegándose al grado máximo de indefensión para el acusado cuando la acusación fundada exclusivamente en la palabra del acusador es tan imprecisa en su circunstancia o en el tiempo que no hay prácticamente posibilidad alguna de prueba en contrario.

En idéntico sentido, entre otras muchas, se pronuncia la STSnúm. 789/2016, de 20 de octubre.

Por su parte, la STS núm. 263/2017, de 7 de abril, previene sobre otro riesgo al responder a la siguiente valoración realizada en la sentencia recurrida en casación: Dice la sala de instancia al discurrir sobre la prueba, que en caso como el que se examina "las manifestaciones de las víctimas adquieren un carácter preponderante"; y que la declaración de una única testigo víctima será hábil para destruir la presunción de inocencia del acusado siempre que se dé la concurrencia de los conocidos criterios jurisprudenciales (ausencia de incredibilidad subjetiva, verosimilitud y persistencia en la incriminación).

Pues bien, a ello responde el Tribunal Supremo en los siguientes términos:

En vista de esta doble manifestación de método, parece conveniente negar la existencia de un estándar de prueba menos exigente en relación con las acciones criminales del género de las de esta causa, denunciadas como cometidas en el ámbito exclusivo de la relación entre dos personas, luego enfrentadas, como es el caso, en el proceso. En tal clase de supuestos, de relaciones producidas entre dos personas en un contexto íntimo, existe cierta tendencia a postular para la declaración de la que aparece procesalmente como víctima un plus de credibilidad. Es decir, la aplicación de un estándar de prueba menos exigente. Pero esto es algo que no puede admitirse. El derecho a la presunción de inocencia es de carácter absoluto: cualquiera que sea la imputación, debe estar bien acreditada en todos sus elementos centrales, para que pueda dar lugar a una sentencia condenatoria. Y el supuesto argumento -de frecuente invocación-de la necesidad de evitar la impunidad de acciones producidas sin la concurrencia de testigos, privilegiando para ello, alguna clase de prueba, no se sostiene. Pues el sistema punitivo conoce una sola forma de dar respuesta constitucionalmente válida a los actos penalmente relevantes: la fundada en el respeto de la presunción de inocencia como regla de juicio. Y ésta exige que cualquier condena tenga como soporte una convicción de culpabilidad más allá de toda duda razonable, racionalmente formada, y argumentada de manera convincente a partir de datos probatorios bien adquiridos.

Y añade: Tal es el contexto en el que hay que tratar del valor que cabe dar a los indicadores jurisprudenciales de "verosimilitud", "ausencia de incredibilidad subjetiva" y "persistencia en la incriminación", de los que la sala de instancia hace uso en la sentencia, en la apreciación de la testifical de cargo.

Estas pautas, tomadas a veces indebidamente con cierto automatismo, cual si se tratase de criterios de prueba legal, tienen sólo un valor muy relativo. En efecto, la falta de presupuestos para su aplicación podrá servir -en negativo- para desestimar el testimonio en sí mismo manifiestamente inverosímil, autocontradictorio o movido por móviles espurios. Pero es obvio que el relato de una situación imaginaria, bien construido y hábilmente expuesto, podría perfectamente ser presentado como veraz y pasar por tal, después de haber sido mantenido sin alteración en los distintos momentos del trámite. Y se sabe asimismo por experiencia (clínica y también judicial) que hay personas que atribuyen a otra la realización de una conducta punible inexistente, sin propósito de perjudicarle, solo como consecuencia de un error de percepción o incluso debido al padecimiento de algún tipo de trastorno. Y, además, podría darse igualmente la circunstancia de que alguien, aun odiando, dijera realmente la verdad al poner a cargo de alguien la ejecución de una conducta punible.

En consecuencia, no es que el contenido de una testifical que supere ese triple filtro deba ser tenido como válidamente inculpatorio. Lo único que cabe sostener es que un testimonio que no lo hiciera debería ser desestimado a limine como medio de prueba; mientras que, en el caso contrario, resultará atendible en principio, y, por tanto, estará justificado pasar -en un segundo momento- a confrontar sus aportaciones con las de otra procedencia, para tratar de confirmar la calidad de los datos. (En el mismo sentido, STS núm. 490/2010, de21 de mayo (RJ 2010/2685).

Y aún podemos extraer más enseñanzas sobre las exigencias del derecho constitucional a la presunción de inocencia y de la valoración del testimonio de la persona que se presenta en juicio como víctima de un delito del tipo que estamos analizando.

Especialmente ilustrativa resulta, a estos efectos, la STS núm.255/2017, de 6 de abril (JUR 2017/84134), de la que transcribimos a continuación estos dos pasajes:

1.- La STC 33/2015, de 2 de marzo, uno de los últimos pronunciamientos constitucionales sobre presunción de inocencia, evocando las ya lejanas SSTC 137/1988, de 7 de julio, FJ 1, o 51/1995, de 23 de febrero, reitera que tal principio, además de criterio informador del ordenamiento procesal penal, es ante todo un derecho fundamental en virtud del cual el acusado de una infracción no puede ser considerado culpable hasta que así se declare en sentencia condenatoria, que sólo procederá si media una actividad probatoria lícita que, practicada con la observancia de las garantías procesales y libremente valorada por el Tribunal penal, pueda entenderse concluyentemente de cargo. La STC 68/2010, de 18 de octubre, en plena sintonía con una machaconamente repetida doctrina constitucional conceptúa a la presunción de inocencia como regla de juicio que repele una condena sin apoyo en pruebas de cargo válidas, revestidas de garantías y referidas a todos los elementos esenciales del delito, de las que quepa inferir razonablemente tanto los hechos como la participación del acusado. Se viola tal derecho cuando no concurren pruebas de cargo válidas o cuando no se motiva el resultado de su valoración o cuando por ilógico o por insuficiente no sea razonable el iter discursivo seguido. (...) (fundamento de derecho séptimo).

2.- (...) El hecho de que la prueba esencial fundante de la condena sea básicamente un testimonio, el de la víctima, es compatible con la presunción de inocencia. Están superadas épocas en que se desdeñaba esa prueba única (testimonium unius non valet), considerándola insuficiente por vía de premisa; es decir, no como conclusión emanada de la valoración libre y racional de un Tribunal, sino por "imperativo legal". Esta evolución histórica no es el producto de concesiones a un defensismo a ultranza o a unas ansias sociales de seguridad a las que repelería la impunidad de algunos delitos en que lo habitual es que solo contemos con un testigo directo. No puede erigirse esa realidad en coartada para degradar la presunción de inocencia.

La derogación de la regla legal probatoria aludida obedece, al encumbramiento del sistema de valoración racional de la prueba; y no a un pragmatismo defensista que obligase a excepcionar o modular principios esenciales para ahuyentar el fantasma de la impunidad que se cierne sobre ciertas formas delictivas.

La palabra de un solo testigo, sin ninguna otra prueba adicional, puede ser suficiente en abstracto para alcanzar la convicción subjetiva. Ahora bien, la exigencia de una fundamentación objetivamente racional de la sentencia hace imposible apoyar una condena sobre la base de la mera "creencia" en la palabra del testigo, a modo de un acto ciego de fe. No basta "creérselo", es necesario explicar por qué es objetiva y racionalmente creíble; y por qué de ese testimonio se puede seguir una certeza con solidez suficiente para no tambalearse ante otros medios de prueba contradictorios, desechando así o solventando con razones las dudas objetivas que pueden ensombrecer su realidad.

En los casos de "declaración contra declaración" (aunque normalmente no aparecen esos supuestos en estado puro, es decir huérfanos de todo elemento periférico), se exige una valoración de la prueba especialmente profunda y convincente respecto de la credibilidad de quien acusa frente a quien proclama su inocencia; como un cuidadoso examen -que no se hace a fondo en la sentencia ahora analizada- de los elementos que sugerirían la incredibilidad del testigo de cargo; (...).

Cuando una condena se basa esencialmente en un testimonio ha de redoblarse el esfuerzo de motivación fáctica ajustándolo a estándares mucho más estrictos y rigurosos. Así lo reclama nuestra jurisprudencia en lógica armonía con la doctrina de otros Tribunales de nuestro entorno (por todos, BGH alemán).

No sería de recibo un discurso que fundase la necesidad de aceptar como prueba suficiente el único testimonio de la víctima en el riesgo de impunidad como se sugiere en ocasiones, también en documentos judiciales, al referirse a delitos de la morfología de los aquí enjuiciados en que habitualmente la víctima es el único testigo directo. Algún lejano eco con reminiscencias de esa rechazable forma de encarar la cuestión aparece también implícitamente en la literatura de la sentencia ahora examinada. Esto recuerda, como se comenta en algunos de los precedentes jurisprudenciales citados, los llamados delicta excepta, a los que se anudaba la inasumible máxima "In atrocissimis leviores conjecturae sufficiunt, et licet iudice iura transgredi" (en los casos en que un hecho, si es que hubiera sido cometido, no habría dejado "ninguna prueba", la menor conjetura basta para penar al acusado). Contra esa metodología levantaron aceradas y justificadas críticas los penalistas de la Ilustración. La aceptación de ese aserto aniquilaría las bases mismas de la presunción de inocencia como tal.

Una añeja Sentencia del TS americano de finales del XIX, emblemática por ser la primera que analizaba en tal sede la presunción de inocencia -caso Coffin v. United States -, evocaba un suceso de la civilización romana que podemos rememorar otra vez por su elocuencia pedagógica para condenar una forma de juzgar que no puede subsistir en un moderno Estado de Derecho. Cuando el acusador espetó al Emperador "... si es suficiente con negar, ¿qué ocurriría con los culpables?"; se encontró con esta sensata réplica: "Y si fuese suficiente con acusar, ¿qué le sobrevendría a los inocentes?" (STS 794/2014). (fundamento de derecho undécimo). Idéntica cita en STS núm. 653/2016, de 15 de julo (RJ 2016/3410).

Una última consideración me parece pertinente hacer en relación con dos de las cuestiones previas planteadas.

De un lado, respecto de las pruebas denegadas a las acusaciones y que han motivado que hicieran constar su protesta. Se trata de una cuestión que fue resuelta "in voce" como las demás cuestiones previas planteadas por las partes y que se retoma en la sentencia mayoritaria exponiendo las razones por las que fueron rechazadas. A ello me remito, si bien, como ya hiciera durante ese trámite, añadiendo una razón más, que no asumió la mayoría de la Sala, como justificación para la denegación de dichas pruebas.

Me refiero a la proscripción del denominado derecho penal de autor por resultar contrario al principio constitucional de culpabilidad y que la STC núm. 59/2008, de 14 de mayo, rechaza en los siguientes términos:

...Cierto es que «la Constitución española consagra sin duda el principio de culpabilidad como principio estructural básico del Derecho penal» (STC 150/1991, de 4 de julio, F. 4 a); también SSTC 44/1987, de 9 de abril, F. 2; 150/1989, de 25 de septiembre, F. 3; 246/1991, de 19 de diciembre, F. 2) como derivación de la dignidad de la persona (STC 150/1991, F. 4 b)), y que ello comporta que la responsabilidad penal es personal, por los hechos y subjetiva: que sólo cabe imponer una pena al autor del delito por la comisión del mismo en el uso de su autonomía personal. La pena sólo puede «imponerse al sujeto responsable del ilícito penal» (STC 92/1997, de 8 de mayo, F. 3; también, STC 146/1994, de 12 de mayo, F. 4 b)); «no sería constitucionalmente legítimo un derecho penal "de autor" que determinara las penas en atención a la personalidad del reo y no según la culpabilidad de éste en la comisión de los hechos» (STC 150/1991, F. 4 a)); y no cabe «la imposición de sanciones por el mero resultado y sin atender a la conducta diligente» del sujeto sancionado, a si concurría «dolo, culpa o negligencia grave y culpa o negligencia leve o simple negligencia» (SSTC 76/1990, de 26 de abril, F. 4 a); 164/2005, de 20 de junio, F. 6), al «elemento subjetivo de la culpa» (STC 246/1991, de 19 de diciembre, F. 2). (F.J. 11 ap. b)

La misma línea (a propósito de un delito contra la Hacienda Pública) sigue la STC 57/2010, de 4 de octubre :

En efecto, al consagrar nuestra Constitución «el principio de culpabilidad como principio estructural básico del Derecho penal», no sólo no resultaría constitucionalmente legítimo «un derecho penal 'de autor' que determinara las penas en atención a la personalidad del reo y no según la culpabilidad de éste en la comisión de los hechos» (STC 150/1991, de 4 de julio, FJ 4 a)), sino que, además, es necesario que la responsabilidad penal surja por la realización de un hecho antijurídico doloso imputable a una persona concreta por haber quedado así acreditado «más allá de toda duda razonable» (SSTC 81/1998, de 2 de abril, FJ 3; 145/2005, de 6 de junio, FJ 5.a), y 141/2006, de 8 de mayo, FJ 3). Como ha dicho este Tribunal el principio de culpabilidad es el elemento «que marca la frontera de la vindicta con la justicia» (STC 133/1995, de 25 de septiembre, FJ 2; y en el mismo sentido, SSTC 102/1994, de 11 de abril, FJ 3; 34/1996, de 11 de marzo, FJ 3; y ATC 43/1996, de 26 de febrero, FJ 2).

Pero no sólo es necesario que a la existencia de un resultado lesivo le acompañe el elemento intencional del engaño, sino que la concurrencia de ese específico elemento subjetivo debe quedar suficientemente acreditada, lo que sólo sucede si existe un enlace directo y preciso entre los hechos probados y la intención perseguida por el acusado con la acción, enlace que debe justificarse a través de una argumentación lógica, razonable y especificada motivadamente en la resolución judicial (SSTC 91/1999, de 26 de mayo, FJ 4; 267/2005, de 24 de octubre, FJ 4; 8/2006, de 16 de enero, FJ 2; y 91/2009, de 20 de abril, FJ 5).

En idéntico sentido, STC (Pleno) núm. 185/2014 , de 6 denoviembre.

Y es que las pruebas denegadas a las acusaciones no se encaminaban a la acreditación de hecho alguno relevante para el enjuiciamiento de la causa, sino que, partiendo de ese carácter especialmente "odioso" que tienen los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, pretendían también presentar a los acusados, en virtud de comportamientos ajenos a los hechos enjuiciados, como, y permítaseme esta expresión, personas "odiosas".

De otro lado, la segunda cuestión previa a la que me he referido anteriormente es la relativa al momento en que debía practicarse interrogatorio de los acusados según la decisión adoptada por el Tribunal. Al igual que sucedió con las demás cuestiones previas planteadas por las partes se resolvió "in voce" y en la sentencia mayoritaria se exponen las razones por las que fue rechazada en términos que comparto, si bien considero oportuno complementarlas.

Por el Ministerio Fiscal (con la posterior adhesión de las demás acusaciones) se mostró su disconformidad (formalizando posteriormente protesta al rechazarse su petición de que los acusados prestasen declaración en primer lugar) con el orden de la práctica de la prueba acordado por el Tribunal por entender que no se ajusta a lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal que establece las pautas en que debe desarrollarse la vista oral: en primer un lugar en lo que se refiere a la "confesión del acusado" y de los responsables civiles; posteriormente, el interrogatorio de los testigos, informe pericial y finalmente documental e inspección ocular; sin que haya "un quinto capítulo (en realidad sección) que determine el interrogatorio de los acusados, sino que debe integrarse en ese primero en lo que se refiere a la confesión de los acusados y de los responsables civiles".

Alegó que conforme a lo previsto en el art. 701 LECrim. las pruebas deberán practicarse en el orden en que han sido propuestas por las partes, empezando en todo caso por las propuestas por el Ministerio Fiscal. En su párrafo tercero se permite la posibilidad de alterar el orden de la prueba, pero siempre que sea para un mayor esclarecimiento de los hechos o para el más seguro descubrimiento de la verdad, entendiendo que ninguna de estas dos circunstancias se produce en este caso concreto cuando se lleva a cabo la alteración del orden de prueba.

La decisión de la Sala, indicó, está dirigida a dar un plus en el ejercicio del derecho de defensa y garantías de los acusados, respecto de lo que también discrepa por entender que ello nunca supone un plus de garantías, citando, a este respecto, la STS 259/2015 y el "usus fori", cuyo fundamento es que el interrogatorio de los acusados supone un reconocimiento o no de los hechos que van a ser objeto del procedimiento, y por tanto una forma de centrar las pruebas que van a ser después desplegadas por las acusaciones; de tal manera que si no se hace ese interrogatorio previo con conocimiento previo de todo aquello que va a ser aceptado o no por los acusados tanto en cuestiones esenciales como de carácter periférico, la acusación va a tener que hacer muchas veces un despliegue innecesario del ejercicio de los medios de prueba; en esa sentencia se valoraba incluso el supuesto de que hubiera varios acusados en los que su declaración tiene una doble vertiente, una que sería su propia defensa y otra que sería con todas las cautelas la posibilidad de valorar una prueba incriminatoria respecto del resto de los acusados y en tal caso podría suponer una limitación del derecho de defensa porque no tendrían después la contradicción de lo manifestado por cada uno de los acusados.

Esta razón, absolutamente práctica, señaló, debe ser tenida en cuenta respecto del orden de la prueba de acuerdo con el "usus fori", añadiendo que ese posible plus del ejercicio de defensa también fue desechado en esa sentencia y también en la STS 309/2009.

Destacó que nuestro sistema es plenamente garantista con el derecho de defensa: los acusados tienen pleno conocimiento de cuáles son los hechos objeto de acusación, de todas las pruebas que se han practicado durante el proceso de instrucción y de todas las pruebas que han sido propuestas para practicar en el acto de la vista oral; por lo tanto no se les causa ningún tipo de indefensión; es más, junto con ello tienen la posibilidad de negarse a declarar o de contestar solamente a aquellas preguntas que deseen o de contestar solamente a su defensa; sus derechos están plenamente garantizados y en nada les afecta el hecho de que el interrogatorio se produzca desde el principio.

Por el contrario, estimó, sí que puede perjudicar claramente el ejercicio de la acusación; si sorpresivamente cambian sus declaraciones, si las cambian en aspectos sustanciales o periféricos una vez que se haya practicado toda la carga de prueba (la prueba de cargo, debe entenderse) es obvio que las acusaciones no tendrán ninguna posibilidad de ejercer contradicción respecto de los mismos ni de probar aquellos extremos que no hayan sido puesto de manifiesto con anterioridad y que hubieran sido diferentes, sorpresivos o modificados respecto de sus relatos iniciales, porque ya habrán agotado todo su caudal de prueba.

Pues bien, amén de lo ya resuelto "in voce" en el acto del juicio oral y en la sentencia mayoritaria, que, como ya he señalado, en este concreto extremo, comparto, creo oportuno añadir que el Capítulo III del Título III del Libro III de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que regula el modo de practicar las pruebas durante el juicio oral, sigue respondiendo, en lo que de interés tiene para la cuestión planteada, a su original redacción decimonónica, y que, como señala la STS núm.729/2016, de 4 de octubre (RJ 2016/5040), "no regula el interrogatorio de los acusados en el plenario." Y unas líneas más bajo añade: "Por otro lado, entra dentro de la lógica que, si se concibe la declaración del acusado como un medio de defensa y no como una prueba de la acusación, aunque pudiera tener efectos incriminatorios, su interrogatorio se intentara una vez practicadas las pruebas, de forma que pudiera reaccionar, en ejercicio adecuado de su derecho de defensa, frente a los elementos incriminatorios que hubieran resultado de aquellas."

Por otra parte, no podemos olvidar que la declaración del acusado, en cuanto le permite ser oído en juicio, constituye en primer lugar y ante todo un derecho fundamental y un derecho o medio de defensa (arts. 6 del Convenio Europeo para la Protección de los derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y art. 24.2 CE); y solo en tercer lugar constituirá un medio probatorio, por lo que, desde un punto de vista estrictamente lógico, no parece razonable postergar las dos primeras condiciones a la tercera.

Así mismo, debemos tener presente el status reforzado de que goza el acusado en el proceso penal conforme a una reiterada doctrina constitucional.

Así, la STC 141/2006, de 8 de mayo recuerda: En múltiples ocasiones «hemos marcado la notable diferencia que, desde la perspectiva de los derechos fundamentales en juego dentro del proceso penal, existe entre las partes según su posición de acusadoras o de acusadas» (STC 4/2004, de 16 de enero, FJ 4; también, SSTC 41/1997, de 10 de marzo, FJ 5; 116/1997, de 23 de junio, FJ 5). Esta asimetría se justifica plenamente por la trascendencia de sus intereses en juego, pues «al proceso penal se acude postulando la actuación del poder del Estado en su forma más extrema -la pena criminal-, actuación que implica una profunda injerencia en la libertad del imputado y en el núcleo más 'sagrado' de sus derechos fundamentales» (SSTC 41/1997, de 10 de marzo, FJ 5; 88/2003, de 19 de mayo, FJ 7), y encuentra plasmación, entre otros, en los derechos a ser informado de la acusación, a no declarar contra uno mismo, a no confesarse

culpable, a la revisión de la condena, a no ser condenado dos veces por lo mismo o a la legalidad de las infracciones y sanciones. Que el debate procesal deba desarrollarse en condiciones de igualdad, de modo que todos los intervinientes tengan plena capacidad de alegación y prueba (SSTC 138/1999, de 22 de julio, FJ 4; 178/2001, de 17 de septiembre, FJ 3), y que por ello tanto acusador como acusado ostenten esta misma garantía, no comporta, en fin, por lo ya señalado, que sean iguales en garantías, pues ni son iguales los intereses que arriesgan en el proceso penal ni el mismo es prioritariamente un mecanismo de solución de un conflicto entre ambos, sino un mecanismo para la administración del ius puniendi del Estado, en el que «el ejercicio de la potestad punitiva constituye el objeto mismo del proceso» (SSTC 41/1997, de 10 de marzo, FJ 5; 285/2005, de 7 de noviembre, FJ 4). El derecho a la presunción de inocencia es quizás la principal manifestación constitucional de la especial necesidad de proteger a la persona frente a una reacción estatal sancionadora injustificada. Este derecho «sirve de base a todo el procedimiento criminal y condiciona su estructura (STC 56/1982, de 26 de julio), constituyendo 'uno de los principios cardinales del Derecho penal contemporáneo, en sus facetas sustantiva y formal' (SSTC 138/1992, de 13 de octubre ; 133/1995, de 25 de septiembre), por cuanto beneficia únicamente al acusado y le otorga toda una serie de garantías específicas en cada estadio de desarrollo del proceso» (STC 41/1997, de 10 de marzo , FJ 5). En lo que ahora importa, como criterio para la constatación de hechos, como regla presuntiva, supone que «el acusado llega al juicio como inocente y sólo puede salir de él como culpable si su primitiva condición es desvirtuada plenamente a partir de las pruebas aportadas por las acusaciones» (SSTC 124/2001, de 4 de junio, FJ 9; 145/2005, de 6 de junio, FJ 5.a)). Como señalábamos anteriormente, mientras que en general, en los demás ámbitos de la actividad judicial, la conformación de los hechos que sirven de punto de partida para la solución de un conflicto tienen trascendencia constitucional por afectar a un derecho fundamental cuando los mismos sean el fruto de un error patente, de modo que no quepa en tal caso calificar la respuesta judicial como tutela efectiva, cuando se trate de desvirtuar la presunción de inocencia del acusado será necesario que la conducta delictiva que se le atribuya venga sólidamente sustentada por pruebas de cargo que hayan sido practicadas con las necesarias garantías de «defensa efectiva» y de «corrección de la valoración» (STC 112/2005, de 9 de mayo, FJ 2). Al igual que no existe «un principio de legalidad invertido», que otorgue al acusador un derecho a la condena penal cuando concurran sus presupuestos legales (STC 41/1997, de 10 de marzo, FJ 4), tampoco existe una especie de «derecho a la presunción de inocencia invertido», de titularidad del acusador, que exija la constatación de una conducta delictiva cuando la misma sea la consecuencia más razonable de las pruebas practicadas. (Las negritas son mías).

En parecidos términos se pronuncia la STC (Pleno) núm.185/2014, de 6 de noviembre : La doctrina de este Tribunal ha reconocido que el derecho a la presunción de inocencia es « uno de los principios cardinales del Derecho penal contemporáneo, en sus facetas sustantiva y formal » (por todas, SSTC 138/1992, de 13 de octubre, y 133/1995, de 25 de septiembre) y es consciente de la importancia garantista del derecho a la presunción de inocencia, al que considera quizás «la principal manifestación constitucional de la especial necesidad de proteger a la persona frente a una reacción estatal sancionadora injustificada» (SSTC 141/2006, de 8 de mayo, FJ 3; y 201/2012, de 12 de noviembre, FJ 4). Como regla de tratamiento, la presunción de inocencia impide tener por culpable a quien no ha sido así declarado tras un previo juicio justo (por todas, STC 153/2009, de 25 de junio, FJ 5) y, como regla de juicio en el ámbito de la jurisdicción ordinaria, se configura como derecho del acusado a no sufrir una condena a menos que la culpabilidad haya quedado establecida más allá de toda duda razonable (entre muchas, últimamente, STC 78/2013, de 8 de abril, FJ 2). El art. 24.2 CE significa que se presume que los ciudadanos no son autores de hechos o conductas tipificadas como delito y que la prueba de la autoría y la prueba de la concurrencia de los elementos de tipo delictivo, corresponden a quienes, en el correspondiente proceso penal, asumen la condición de parte acusadora (STC 105/1988, de 8 de junio, FJ 3). Como regla presuntiva supone que «el acusado llega al juicio como inocente y sólo puede salir de él como culpable si su primitiva condición es desvirtuada plenamente a partir de las pruebas aportadas por las acusaciones» (SSTC 124/2001, de 4 de junio, FJ 9; y 145/2005, FJ 5). La presunción de inocencia es, por tanto, una presunción iuris tantum de ausencia de culpabilidad «que determina la exclusión de la presunción inversa de culpabilidad criminal de cualquier persona durante el desarrollo del proceso, por estimarse que no es culpable hasta que así se declare en Sentencia condenatoria» (STC 107/1983, de 29 de noviembre, FJ 2).

La eficacia garantista de la presunción de inocencia no se despliega sólo ante el juez, sino también como derecho frente al legislador, como destacó ya la STC 109/1986, de 24 de septiembre, FJ 1, donde se reconoce que el derecho a ser presumido inocente es un derecho subjetivo público con una «obvia proyección como límite de potestad legislativa y como criterio condicionador de las interpretaciones de las normas vigentes ». En esta línea, el Tribunal ha incluido en la configuración constitucional de este derecho la interdicción de las presunciones de los elementos constitutivos del delito (SSTC 111/1999, de 14 de junio, FJ 3; 87/2001, de 2 de abril, FJ 9; 267/2005, de 24 de octubre, FJ 4; y 92/2006, de 27 de marzo, FJ 2). Con independencia de la modalidad delictiva de que se trate, no es tolerable que alguno de los elementos típicos se presuma en contra del acusado, sea con una presunción iuris tantum, que supone una traslación o inversión de la carga de la prueba irreconciliable con el art. 24.2 CE (ya en STC 105/1988, de 8 de junio, FJ 3), sea con una presunción iuris et de iure, ilícita en el ámbito penal desde la perspectiva constitucional por cuanto prohíbe la prueba en contrario de lo presumido, con los efectos vulneradores de la presunción de inocencia de descargar de la prueba a quien acusa y de impedir probar la tesis opuesta a quien se defiende. (Las negritas son mías).

Lógica consecuencia de todo ello, y como interpretación más favorable a las garantías reconocidas a favor de todo acusado en un proceso penal, que responde a su propia estructura regida por el principio acusatorio, es que quien impute a otro la comisión de unos hechos delictivos esté en condiciones en el acto del juicio oral de proporcionar al tribunal enjuiciador la necesaria prueba de cargo que así lo acredite, sometiéndose, conforme a los principios de contradicción e igualdad de armas a las pruebas que pueda presentar la defensa, entre las que debemos incluir la propia declaración del acusado cuando decida prestar declaración, no pudiendo entenderse rectamente su interrogatorio como prueba de cargo y no de descargo.

Y es que, si bien se mira, es la propia argumentación expuesta por el Ministerio Fiscal la que nos proporciona fundamento razonable para alterar el orden de la práctica de las pruebas que se impugna pues, de un lado, precisamente por falta de regulación en la ley procesal del interrogatorio del acusado excepción hecha de la que denomina "confesión" y que, en todo caso, en el supuesto de no producirse determina la necesidad de continuar con la celebración del juicio oral sin que se prevea nada al respecto, obliga ya hacer una interpretación integradora de su desarrollo, estimando como la más razonable, por las razones expuestas, seguir el orden acordado, sin que de ello pueda derivarse indefensión alguna para las partes acusadoras quienes, en contra de lo que sostienen, no son las que deben "ejercer contradicción" alguna frente a lo afirmado por los acusados, pues corresponde a estos el derecho de contradecir lo afirmado previamente por aquellas, primero mediante sus alegaciones y pretensiones punitivas, y después mediante la prueba de cargo que se practique a su instancia, sin olvidar que la fase de instrucción no es sino meramente preparatoria del acto del juicio oral y que, en todo caso, conforme a reiterada jurisprudencia, también podrán hacer uso de la previsión contenida en el artículo 714 de la LECrim. en caso de disconformidad entre las declaraciones de los acusados.

Finalmente, entiendo razonable el orden de la práctica de la prueba dispuesto por el tribunal atendiendo al valor que, conforme a reiterada jurisprudencia y con sujeción a determinados requisitos, siguiendo el criterio de la tantas veces citada por nuestros tribunales STEDH de 8 de febrero de 1996 (conocida como el caso Murray) cabe dar al silencio de los acusados cuando han decidido acogerse a tal derecho.

La STS núm. 474/2016, de 2 de junio (RJ 2016/3098), hace una detallada exposición, con profusión de citas jurisprudenciales, sobre esta materia para, en lo que ahora interesa, concluir:

De la aplicación que hace el Tribunal Constitucional de la doctrina procesal del Caso Murray se desprende que la jurisprudencia que sienta el TEDH no permite solventar la insuficiencia de la prueba de cargo operando con el silencio del acusado. La suficiencia probatoria ajena al silencio resulta imprescindible. Esto es: una vez que concurre prueba de cargo " suficiente" para enervar la presunción de inocencia es cuando puede utilizarse como un argumento a mayores la falta de explicaciones por parte del imputado. De lo contrario, advierte reiteradamente el Tribunal Constitucional, se correría el riesgo de invertir los principios de la carga de la prueba en el proceso penal. De modo que, tal como señala el supremo intérprete de la norma constitucional, el silencio del acusado puede servir como dato corroborador de su culpabilidad, pero no como medio para suplir o complementar la insuficiencia de prueba de cargo contra él.

En esta conclusión se remarca, desde un punto de vista lógico y valorativo, el valor que puede llegar a tener el silencio del acusado; pero para ello, entiendo que también desde un punto de vista lógico, al interrogatorio del acusado debe preceder la práctica de la totalidad de la prueba de cargo propuesta por las acusaciones, pues solo de esta manera, con pleno conocimiento de causa y debidamente asesorado por su dirección letrada, y conforme a la estrategia defensiva que este considere más oportuna, podrá ejercer con plenitud su derecho a guardar silencio, lo que, en caso contrario, solo podría ejercer aventurándose a que luego las pruebas de cargo arrojen algún resultado respecto del que hubiera sido más conveniente para su defensa dar alguna explicación.

Expresado lo anterior y con arreglo a estos principios que dejo expuestos abordaré el análisis de la prueba practicada.

Soy consciente a este respecto de la extensión inusual que va a alcanzar este voto particular; sin embargo, consciente también de la complejidad del caso, la profusión, extensión y matices de la prueba practicada, el hondo calado de las diferentes cuestiones que deben resolverse, así como la también inusual extensión de la sentencia mayoritaria de la que discrepo, me llevan a un esfuerzo valorativo en el que entiendo no solo justificado, sino necesario, sacrificar la síntesis en pro de una exposición clara y suficientemente razonada de lo que, en conciencia, ha conformado mi convicción sobre el caso sometido a enjuiciamiento y exponer, con la necesaria claridad también, la respuesta que al mismo entiendo que debe darse desde los principios y normas que rigen nuestro ordenamiento jurídico penal.

SEGUNDO.- .- VALORACIÓN DE LA PRUEBAPRACTICADA.

A).- Aunque la Sala, por unanimidad, ha llegado a la conclusión de que en el caso enjuiciado no se ha probado que los acusados empleasen violencia ni intimidación sobre la denunciante para llevar a cabo los actos de contenido sexual que se detallan en el relato de hechos probados de la sentencia mayoritaria y en ésta propia, no comparto la motivación fáctica en que aquélla se sustenta, ni siquiera en cuanto sirve para excluir tales requisitos exigidos por el tipo del artículo 178 del Código Penal.

Y ello, en primer término, porque aborda el análisis de la prueba practicada prescindiendo, en buena medida, del contexto procesal que ha

desembocado en la celebración del juicio oral en el que, respecto del delito contra la libertad sexual objeto de enjuiciamiento, las posiciones de las partes han quedado nítidamente expuestas.

Así, admitido por todas ellas la realización de los actos sexuales en el interior del portal nº NUM006 de la CALLE002, el núcleo de la controversia se ha centrado, única y exclusivamente, en determinar si, como han sostenido las cuatro acusaciones personadas, la denunciante fue obligada a ello por haber empleado los cinco acusados violencia y/o intimidación, quedando anulada por ello su voluntad, o si, por el contrario, como sostienen los acusados y sus defensas, prestó libremente su consentimiento.

Si como reiteradamente enseña el Tribunal Supremo el proceso se desarrolla en "un decir y un contradecir" (así, por todas, STS 854/2010, de 29 de septiembre, antes citada), tal dialéctica alcanza su punto cumbre en el acto del juicio oral, en el que, conforme al principio de contradicción, las partes acusadores deberán ya no solo decir, sino también probar lo dicho (en sus escritos de conclusiones provisionales, con las eventuales modificaciones que introduzcan en las definitivas), en tanto que a los acusados les corresponde contradecir, conforme a lo que, en su caso, hubiesen expuesto en sus escritos de conclusiones provisionales (o, en su caso, en las definitivas), con la particularidad, esencial en el proceso penal, de que incluso el silencio ha de tomarse como forma de contradecir, sin que les corresponda probar su inocencia.

Pues bien, en términos de esa confrontación dialéctica, el debate contradictorio suscitado entre las partes (y no otro), esto es, si hubo o no consentimiento de la denunciante para la realización de los actos sexuales objeto de enjuiciamiento, las defensas han vencido sobre las acusaciones, pues, como queda dicho, la Sala, por unanimidad, no ha apreciado que los acusados hubiesen recurrido a la utilización de la violencia ni de la intimidación para forzar su voluntad; y para alcanzar esta conclusión probatoria, además de las declaraciones prestadas por los acusados, la prueba esencial que descarta el empleo de tales medios comisivos, definitorios de una agresión sexual, no ha sido otra que la principal prueba de cargo presentada por las acusaciones, y que, como resulta bien sabido, en esta clase de delitos, de ordinario, no es otra que la declaración prestada en el acto del juicio oral por quien se presenta como víctima de los hechos objeto de acusación.

Y es que la carga violenta e intimidatoria que sustentan las acusaciones, tomando como referencia fundamental, aunque no única, lo declarado por la denunciante en las dependencias de la Policía Municipal el mismo día en que ocurrieron los hechos y al día siguiente ante el Juzgado de Instrucción, en el plenario se ha debilitado hasta desaparecer por completo; hasta acabar totalmente diluida y transformada en otra figura penal distinta, en otra " cosa " distinta a la que ha sido objeto de acusación; reconstruida por la mayoría de la Sala al condenar a los cinco acusados, absueltos por el delito de agresión sexual, por un delito de abuso sexual con prevalimiento previsto en el art. 181.3 y 4 del Código Penal.

En segundo lugar, discrepo también de la motivación fáctica de la sentencia mayoritaria, aunque conduzca a la absolución por el delito de agresión sexual, pues aparece preordenada, no tanto a justificar tal absolución, como a tratar de justificar esa condena por el delito de abusos sexuales con prevalimiento de la que discrepo.

En este sentido, ha tratado las pruebas de cargo, especialmente la principal (la testifical de la denunciante), de una forma tan obsequiosa y complaciente que no puedo compartir, pues elude (insisto que fundamentalmente respecto de la principal prueba de cargo practicada, pero también respecto de otras) no solo la constatación de todas las contradicciones en que ha incurrido, minimizándolas, para salvar la credibilidad que le ha otorgado, con el fácil recurso de llamarlas puntualizaciones o matizaciones, como si la mera designación nominal de la realidad de las cosas obrare efectos taumatúrgicos cambiando su naturaleza y esencia, sino que, además, silencia aspectos relevantes, cuya consideración ha omitido por completo, al tiempo en que todas las dudas que suscita la prueba practicada las ha resuelto, invariablemente, contra reo, sea por esa falta de consideración, sea porque se detiene, excesivamente en mi opinión, en largos pasajes de la sentencia, a mi juicio, totalmente prescindibles en unas ocasiones, por resultar manifiestamente irrelevantes para resolver la cuestión nuclear debatida, o sumamente redundantes en otras, entrando en una especie de bucle argumental, como si la mera repetición de frases proporcionase una mayor dosis de racionalidad a su " justificación probatoria ", lo que, en mi opinión, hace que el tratamiento dado por la mayoría de la Sala al conjunto de dicha prueba resulte sumamente unidireccional y sesgado, magnificando el valor de todos aquellos datos que pueden servir a una justificación de la condena, en tanto que o no se consideran o se minimizan, incluso recurriendo al empleo de algún fácil sofisma en su argumentación (como el de atribuir a aquél de quien se disiente afirmaciones que no ha hecho, tergiversándolas o presentándolas fuera de su debido contexto), aquellos otros elementos de juicio que han servido para descartar, conmayor rotundidad que hace la mayoría la comisión por los cinco acusados de los delitos de agresión sexual imputados por las cuatro acusaciones, o bien para sustentar dudas más que razonables respecto de la comisión del delito de abusos sexuales con prevalimiento construido en la sentencia de la que discrepo y por el que finalmente se condena a los procesados.

Ese tratamiento discriminatorio en contra de los acusados se manifiesta como nunca al valorar las pruebas periciales proporcionadas por los Médicos Forenses y Psicólogas Forenses del INML y pericial psiquiátrica y psicológica de la defensa.

Y así, viniendo justificada la intervención de los médicos forenses, única y exclusivamente, por razón de los 4 informes emitidos durante la instrucción del sumario (nº 1670/2016), se consintió a las acusaciones que le(s) formulasen preguntas que nada tenían que ver con el objeto de su pericia, como todas aquellas relativas a los diferentes modos en que hipotéticamente puede reaccionar la víctima de una agresión sexual.

Y no solo eso, sino que, tomando de sus contestaciones lo que no eran más que respuestas a preguntas sugeridas sobre meras hipótesis (aunque en buena parte de ellas la premisa de que se partía por el interrogador era la existencia de una agresión sexual), esto es, respuestas puramente teóricas, sin atender al caso enjuiciado, como el Médico Forense Sr. Luis Pedro dejó bien claro en varios momentos de su intervención, la mayoría de la Sala ha construido todo un diagnóstico mental sobre el estado en que se encontraba la denunciante cuando tuvieron lugar los actos sexuales enjuiciados; diagnóstico clínico que en repetidas ocasiones (de nuevo vemos el efecto taumatúrgico que pretende atribuirse a las palabras) figura como " consideramos que la denunciante reaccionó de modo intuitivo, la situación en que se hallaba y los estímulos que percibió, provocaron un embotamiento de sus facultades de raciocinio y desencadenaron una reacción de desconexión y disociación de la realidad, que le hizo adoptar una actitud de sometimiento y pasividad, determinándole a hacer lo que los procesados le decían que hiciera ", y todo ello a pesar de que la psicóloga Sra. Margarita declaró bien a las claras que ellas no habían considerado que en la denunciante hubiera disociación y que así no lo habían puesto en el informe.

Paradójicamente, y manifiestamente en contra de los acusados, la única prueba pericial médica que tenía por objeto el análisis de los videos, obviamente no desde un punto meramente técnico para fijar las acciones realizadas por las personas que en ellos aparecen como sucede con la emitida por el Inspector de Policía Foral nº NUM036 y por el Subinspector nº NUM037 del mismo cuerpo policial, sino desde la perspectiva científica que es propia a su condición de Psiquiatra (Doctor en Medicina y Cirugía; Especialista y Máster en valoración del Daño Corporal y Peritaje Médico; Especialista en Psiquiatría; Perito en Psiquiatría Forense; Profesor titular del Máster en Psicopatología Legal y Forense de la Universidad Internacional de Cataluña; Especialista en Medicina del Trabajo y Mediador), es desdeñada por completo, tanto en lo que expuso por escrito como respecto de lo declarado en juicio, hasta el punto que uno debe preguntarse cuál fue la razón por la que consta unido a la causa el informe emitido por D. Nazario a este respecto y cuál la razón por la que se admitió íntegramente por mis dos compañeros de Sala.

En definitiva, es incomprensible para mí que la decisión mayoritaria apoye su convicción en opiniones puramente teóricas emitidas por peritos cuyos respectivos informes periciales no versaban sobre las imágenes grabadas en los teléfonos móviles de los acusados Aurelio y Gabriel, y por el contario, se desdeñe y se descarte por completo la pericial practicada sobre tal objeto.

Decía al principio de este fundamento que discrepaba de la valoración de la prueba realizada por la mayoría de la Sala porque no tenía en cuenta el contexto procesal que ha desembocado en la celebración del juicio oral y que, considero, resulta sumamente útil e ilustrativo para someter a escrutinio y testar, en definitiva, el valor y eficacia probatoria de los medios de prueba proporcionados (también de los omitidos) a este tribunal por las partes personadas.

Así, siquiera de un modo telegráfico, debemos tener presente que la denuncia presentada ante la Policía Municipal por quien ejerce la acusación particular, consiguiente atestado y declaración judicial de la misma, ratificando dicha denuncia, más la grabación extraída del móvil de Aurelio (de la que retóricamente se dice en la sentencia mayoritaria, al igual que respecto de la realizada con el móvil de Gabriel -cuya aportación a la causa es posterior a la fecha en tuvieron lugar, el 2 de septiembre de 2016, las indagatorias-, que son grabaciones paradójicamente " consideradas por las acusacionescomo elemento probatorio de cargo y por las defensas de los procesados como un medio de prueba de descargo ", pues resulta obvio que su tratamiento ha sido el de prueba de cargo para sostener la condena por el delito de abuso sexual con prevalimiento, aunque, ciertamente, siquiera de forma mínima y tangencial también haya sido considerada por la mayoría de la Sala para absolver a los acusados por el delito de agresión sexual) sirvió para decretar la prisión provisional de los cinco acusados el día 8 de julio de 2016; para encauzar las investigaciones judiciales; solicitar diligencias de investigación; rechazar las sucesivas peticiones de libertad provisional; justificar el procesamiento por delitos de agresiones sexuales; para decretar la apertura del juicio; para la presentación de las respectivas conclusiones provisionales; admitir y rechazar pruebas, y por último, tras la celebración del juicio oral, elevar a definitivas, en lo sustancial, aquellas conclusiones provisionales, solicitando las acusaciones una condena por delito de agresión sexual y la libre absolución las defensas de los acusados, siendo este, y no otro, el preciso y delimitado marco de enjuiciamiento en que cada una de las partes rindió sus informes finales tras la práctica de la prueba.

Cuanto se acaba de exponer constituye el ineludible escenario en el que se presenta la declaración de la denunciante; escenario del que la misma no puede desligarse pues de él trae su causa para, a su vez, darle sustento en el plenario y que así expuesto, constituye, a mi juicio, un verdadero aldabonazo sobre el esfuerzo de la sala mayoritaria por desconectar el testimonio de aquella de todo lo precedentemente ocurrido como recurso para salvar su credibilidad porque, después de escucharla, la agresión sexual denunciada, origen y causa de todo ese devenir del proceso, resulta categóricamente insostenible.

B).- Concluido el juicio oral, pueden considerarse como acreditados, por no resultar controvertidos, los siguientes hechos:

1.- Que sobre las 2:50 horas de la madrugada del día 6 al 7 de julio de 2016, la denunciante se sentó en un banco de la PLAZA000, entablando contacto con los cinco acusados, a quienes, hasta ese momento, no conocía.

2.- Que antes de abandonar el banco, la denunciante hizo una llamada telefónica a Luis Pablo, un joven al que había conocido esa misma noche y que, fruto de esa llamada, por la razón que fuere, se pospuso hasta la hora del encierro la cita que previamente habían acordado para después del concierto (es público y notorio que ese día la verbena en la PLAZA000 terminaba a las 02:30 horas).

3.- Que a las 3:00 horas, el grupo compuesto por seis personas (los 5 acusados y la denunciante) abandonó el banco dirigiéndose hacia los DIRECCION024 de la PLAZA000 para, después, iniciar un recorrido por diversas calles de Pamplona.

4.- Que, en el curso de ese recorrido, hicieron una parada en un hotel. No fue el Hotel DIRECCION015; sí puede tenerse por cierto que se trató del hotel DIRECCION026, donde alguno de los acusados pidió " una habitación para follar " mientras la denunciante se encontraba a escasa distancia.

5.- Que, respecto al trayecto que recorrieron, puede establecerse como probado que pasaron por la DIRECCION008 y CALLE000, procedentes de los DIRECCION008 de la PLAZA000 donde se encuentra el Bar DIRECCION007; que en dicha calle se detuvieron en el Hotel DIRECCION026; que transitaron por la CALLE001 (NUM019 manzana) en dirección perpendicular al DIRECCION005 (y a la que pudieron llegar desde la AVENIDA000 o desde la primera manzana de la CALLE001 a la que habrían accedido desde la CALLE007); que desde ahí giraron a su izquierda y tomaron la primera manzana de la CALLE002, y, atravesando el cruce con la AVENIDA001, llegaron a la NUM019 manzana de dicha CALLE002, donde se encuentra el portal nº NUM006.

6.- Que los hechos nucleares de la acusación sucedieron aproximadamente en un intervalo comprendido entre escasos minutos antes de las 3:11 horas (en que se graba el primero de los vídeos) y las 3:27 horas de la madrugada (en que las cámaras de vigilancia detectaron nuevamente al acusado Santiago en la AVENIDA001) del día 7 de julio de 2016, en un cubículo existente en el interior del portal de la C/ CALLE002 nº NUM006, cuyas dimensiones son 2.73 cm de largo y 1.63 cm de ancho en la parte del fondo y 1.02 cm en la más estrecha. Así resulta del informe técnico NUM060 del portal nº NUM006 de la C/ CALLE002 de Pamplona, así como la infografía en tres dimensiones del lugar de los hechos elaborados y ratificados en juicio por el Inspector de Policía Foral NIP NUM035 y el Agente de Policía Foral NIP NUM061.

7.- Que pueden tenerse por acreditadas al menos cinco felaciones, tres penetraciones vaginales y una anal.

8.- Que terminados los hechos Aurelio sustrajo el móvil de la denunciante, abandonando en el suelo la tarjeta SIM, tarjeta de memoria y la funda del mismo.

9.- Que dentro del portal se grabaron con los teléfonos móviles 6 vídeos y se sacaron 2 fotografías por Aurelio y se grabó un vídeo por Gabriel. El primer vídeo fue realizado a las 3:11 horas y la última fotografía a las 3:26.

10.- Que sobre las 3:27 las cámaras detectaron a los cinco acusados saliendo en grupo a la AVENIDA001, caminando y deteniéndose en el Monumento DIRECCION029, de donde se alejan tranquilamente a las 3:30 horas, tras haber charlado con unas chicas que, en ese momento, se encontraban allí.

11.- Que a las 3:29 la denunciante salió de la C/ CALLE002 y tomó caminando la AVENIDA001 en dirección hacia AVENIDA000 y se sentó en un banco, acercándose a ella muy poco tiempo después una pareja que dio aviso a la policía, que se personó en el lugar rápidamente.

12.- Que dos de los acusados se fueron a dormir (al rellano de un portal) y tres siguieron de fiesta, volviendo a reencontrarse los 5 para correr el encierro.

13.- Que a las 6:50 horas, Santiago envía mensajes de WhatsApp a dos grupos, en los que alude a lo que ha pasado esa noche y a los vídeos.

14.- Que Aurelio, Isidro, Santiago y Gabriel fueron identificados por la Policía Foral en la PLAZA002 durante la suelta de vaquillas, siendo comunicado a Aurelio por parte de uno de los Policías Forales que intervinieron en la identificación, que el motivo de esta era que se había iniciado una investigación por una denuncia de agresión sexual. Que durante la identificación se obtuvieron fotografías de los cuatro, en la que alguno de ellos llega a mostrar su torso, sin información alguna acerca de sus derechos y que concluida tal identificación los dejaron marchar.

15.- Que un rato después, en el BARRIO000, es identificado Samuel y se obtienen nuevas fotografías de todos ellos en la calle, en las que, incluso levantando sus camisetas, bajándose sus pantalones y parcialmente el calzoncillo uno de ellos, se deja constancia gráfica de sus tatuajes, en plena calle y sin información de los derechos que les asisten al respecto. Que son finalmente detenidos un rato después

por la Policía Municipal manifestando que han mantenido relaciones sexuales consentidas con una chica y que lo han grabado en vídeo con sus teléfonos móviles.

C).- Según se afirma en la sentencia mayoritaria " La denunciante", ha sostenido con firmeza la versión acerca del modo en que se desarrollaron los hechos, si bien la matizó en su declaración en el plenario, en determinados aspectos, respecto a la prestada en sede de la Policía Municipal a partir de las siete horas del día 7 de julio y a presencia Judicial en la tarde de día 8 de julio de 2016, siempre refiriéndose a cuatro personas, con relación : al modo en que le introdujeron en el portal, le condujeron al recinto donde se desarrollaron los hechos y como le obligaron una vez en el interior del habitáculo a realizar diversos actos de naturaleza sexual con cada uno de ellos, valiéndose de su superioridad física y numérica y de la imposibilidad de " la denunciante", de ejercer resistencia ante el temor a sufrir un daño mayor y la imposibilidad de huir del lugar.

Como desarrollaremos más ampliamente estas matizaciones, no comprometen la estructura racional de nuestro proceso valorativo, ni perjudica nuestra apreciación de que la declaración de " la denunciante", satisface los parámetros de credibilidad subjetiva, objetiva y persistencia; (...) (sic).

Estos dos primeros párrafos de la sentencia mayoritaria requieren ya de varias precisiones por mi parte.

En primer lugar, que, comparadas las declaraciones prestadas por la denunciante ante la Policía Municipal y el Magistrado-Juez instructor con su testimonio ofrecido en el acto del juicio oral, se podría predicar de este último cualquier cosa menos firmeza o matización, pues fue tal la falta de sintonía entre las unas y el otro que cabe afirmar, con rotundidad, como ya se ha venido a anticipar en este voto particular, que lo realmente acontecido en el plenario ha sido una verdadera rectificación o retractación de la denunciante respecto de lo manifestado en sus primeras declaraciones, y que motivaron, como ya se ha expuesto también, el curso del procedimiento.

En segundo lugar, que las rectificaciones de lo declarado respecto a lo denunciado no solo afectan a los hechos nucleares de la acción delictiva imputada a los acusados, sino también a otros aspectos, ciertamente más circunstanciales y accesorios, pero que encajaban mal con los datos que la investigación fue revelando a lo largo de la instrucción y que tras esas rectificaciones encuentran sin duda mejor acomodo con los datos objetivos que la investigación aportó al sumario; algo que, en razón a que ningún motivo se ha ofrecido para justificar un cambio de tal calidad entre lo que se denunció y lo que se declaró en juicio, abona la duda de cuál sea la verdadera razón de tan llamativa rectificación, tanto de lo esencial como de los aspectos accesorios de la misma.

En tercer lugar, que, aun cuando las acusaciones han sostenido que la denunciante fue " obligada " a realizar diversos actos de naturaleza sexual, una vez que, por razón de la declaración en el juicio de la propia denunciante, se ha descartado el empleo de la violencia e intimidación como medios comisivos para su realización, no han descrito, siquiera, en qué forma ni con qué fuerza fue impulsada o compelida a hacer lo que no quería, ni este extremo quedó tampoco aclarado por la denunciante pues en su declaración en juicio afirmó que denunció porque " me hicieron algo que yo no quería hacer ", y, a la misma pregunta, reformulada más adelante, contestó diciendo que " el motivo de la denuncia es que yo... fue, o sea, que yo hice una cosa que no quería hacer" y solo utilizó el verbo "obligar" cuando dijo: " es que no sé ni cuántos de ellos me obligaron a hacerles una felación ", pero tampoco expresó de qué modo la hubieran compelido a ello.

En cuarto lugar, que la " estructura racional de nuestro proceso valorativo ", no dependerá, en ningún caso, de cuáles fuesen las declaraciones y eventuales matizaciones o contradicciones de la denunciante, sino de la propia argumentación que se desarrolle, lo que, en definitiva, será lo que permita o no otorgar credibilidad a su testimonio.

En quinto lugar, que difícilmente se puede sostener, como se afirma en la sentencia mayoría, tomando la expresión del escrito de acusación del Ministerio Fiscal, que la denunciante se hubiera visto imposibilitada de ejercer resistencia " ante el temor de sufrir una daño mayor ", pues, tal expresión tendría sentido si la denunciante hubiese sufrido un daño previo, lo que se excluye por la Sala de forma unánime tras haber afirmado la denunciante, en repetidas ocasiones durante su declaración en juicio, que no sintió ni sufrió ninguno.

Nótese, por lo demás, lo que resulta ineludible resaltar, sin que pueda pasarse por alto, que tal expresión en el relato del Ministerio Fiscal venía precedida del empleo de violencia e intimidación contra la denunciante, y que ambos extremos no han sido probados, lo que priva del sentido que tenía a la referida expresión.

D).- Los hechos objeto de enjuiciamiento se suceden en la madrugada del 7 de julio de 2016, entre las 3 menos 10 y las 3 y media de la madrugada. El núcleo más grave de los hechos de la acusación, agresión sexual con violencia o intimidación, se habría cometido según sostienen las acusaciones en un cubículo existente al fondo del portal de CALLE002, oculto a la vista, y con la exclusiva presencia de 6 personas: los cinco acusados y la víctima, las únicas seis personas que pueden dar razón directa de lo ocurrido, circunstancia esta que eleva a la categoría de prueba de cargo esencial y determinante el testimonio de la víctima.

Todos los acusados han reconocido las relaciones sexuales mantenidas y que estas consistieron en, al menos, cinco felaciones, tres penetraciones vaginales y una anal.

Existen sin embargo dos versiones contradictorias respecto al hecho de que tales relaciones fueran consentidas o forzadas; la de la denunciante que afirma que las relaciones sexuales mantenidas fueron sin su consentimiento y que en todo momento fue ajena a las intenciones de los acusados de mantenerlas, y la versión de estos que afirman unánimemente que, ya en la conversación que mantuvieron en el banco de la PLAZA000, los seis convinieron mantener sexo en grupo. De este modo, la determinación acerca de la existencia de consentimiento o no por parte de la denunciante se erige en el thema decidendi de este proceso.

A falta de prueba objetiva que determine en este caso y más allá de toda duda razonable, la existencia o no de conocimiento y consentimiento por parte de la denunciante, tal circunstancia deberá inferirse de la valoración de los medios probatorios que se han facilitado al tribunal en relación a cuál fuera el verdadero desarrollo de los hechos y en este ámbito, resulta especialmente relevante la valoración de lo ocurrido y lo actuado por unos y por otra, también en los momentos previos y posteriores a la entrada y salida del portal, por lo que deberá valorarse con detenimiento cada uno de los pasajes del relato de hechos de los que pueda inferirse la concurrencia o no de conocimiento, consentimiento o intencionalidad de cada uno de los implicados.

Partiendo de la doctrina expuesta en el primer fundamento de derecho de este voto particular y teniendo presentes los conocidos parámetros reiteradamente señalados por el Tribunal Supremo sobre los criterios con que debe abordarse el análisis de la declaración de la supuesta víctima del delito cuando se erige en la única o esencial prueba de cargo apta para enervar el derecho fundamental a la presunción de inocencia, cuya ponderación debe ser especialmente rigurosa en casos como el presente (SSTS 305/2017, 789/2016, 263/2017 y 255/2017 antes citadas), examinaremos tal declaración, atendiendo a la posible existencia de algún móvil espurio u otros factores que puedan generar dudas sobre la veracidad de su testimonio (ausencia de incredibilidad subjetiva); su credibilidad objetiva que debe estar basada en la lógica de la declaración -coherencia interna- y en el suplementario apoyo de datos objetivos de corroboración de carácter periférico - coherencia externa- (verosimilitud deltestimonio); y, finalmente, a la persistencia en la incriminación, que, a su vez, requiere el examen de los siguientes factores: a) Ausencia de modificaciones esenciales en las sucesivas declaraciones prestadas por la víctima. Se trata de una persistencia material en la incriminación, valorable «no en un aspecto meramente formal de repetición de un disco o lección aprendida, sino en la constancia sustancial de las diversas declaraciones». b) Concreción en la declaración. La declaración ha de hacerse sin ambigüedades, generalidades o vaguedades. Es valorable que la víctima especifique y concrete con precisión los hechos narrándolos con las particularidades y detalles que cualquier persona en sus mismas circunstancias sería capaz de relatar.

c) Ausencia de contradicciones, manteniendo el relato la necesaria conexión lógica entre las diversas versiones narradas en momentos diferentes.

El análisis de tales parámetros no ha de hacerse siguiendo forzosamente el orden enumerado, sino que ello dependerá de las circunstancias que presente el caso, sin que, por lo demás, constituyan compartimentos estancos.

E).- La persistencia en la incriminación.

La sentencia mayoritaria concluye, en este aspecto, que la denunciante ha mantenido de modo sustancial la versión acerca de cómo se desarrollaron los hechos, y, si bien detecta, expone y reconoce que, " en algunos extremos " se ha apartado de su versión inicial expresada en el momento de presentar su denuncia y ratificarla posteriormente ante el juez instructor, minimiza y niega cualquier trascendencia a dichas modificaciones reduciéndolas a la categoría de simples "puntualizaciones" o "matizaciones", para terminar afirmando que su relato goza de plena persistencia en la incriminación.

Frente a ello, considero que la denunciante ha incurrido en tan abundantes, graves y llamativas contradicciones que las modificaciones introducidas en su relato durante el acto del juicio oral constituyen auténticas retractaciones y ello hasta el punto de considerar quebrada la persistencia de su relato de manera insalvable. Lo declarado en juicio por la denunciante ha dejado sin sustento alguno el eje sobre el que se inició y desarrolló todo el proceso, alumbrando ahora un relato que configura un desarrollo de los hechos radicalmente distinto al que ha sido objeto de investigación, consideración, acusación y defensa.

En cuanto a su denuncia, formulada a las 7 horas del día 7 de julio ante la Policía Municipal de Pamplona, fue recogida directamente por la agente de Policía Municipal nº NUM028 (quien no fue citada como testigo por las acusaciones, sino que declaró como testigo de descargo), que actuó de instructora, y por el Subinspector de Policía Municipalnº NUM030 , que actuó de secretario, siendo, además, el instructor del atestado.

El Subinspector nº NUM030 manifestó que fue una declaración muy larga y con mucho detalle. Que se ofreció a la denunciante asistencia letrada y psicológica y que esta la desechó. Que fue muy larga porque había detalles muy peliagudos que trataban de dejar claros y que la denunciante se encontraba más tranquila que en los momentos iniciales, pero " de bajón ". Explicó a preguntas de las defensas que él

estaba en otra sala pero que escuchaba su declaración (aunque no toda), que leía lo que se escribía y que al final, la leyeron y matizaron.

Manifestó que la denunciante declaraba bien y de forma clara y contundente.

Por su parte la Agente NUM028 manifestó que escuchó todo lo que dijo la denunciante. Que esta declaró a las 7:05 horas del 7 de julio, después de volver del hospital. Que estaba " como ida " pero que era consciente de lo que había pasado.

Preguntada sobre el ofrecimiento a la denunciante de asistencia letrada y psicológica declaró, al igual que el Subinspector, que tal ofrecimiento fue declinado por la interesada y que tampoco lo estimó necesario al ver que ella lo rehusaba.

A este respecto cabe destacar lo siguiente:

1º.- La denunciante rehusó asistencia letrada y psicológica y el hecho de que los agentes tomaran la denuncia sin reseñar que concurriera razón alguna para no hacerlo o posponerla, en atención al estado emocional en que pudiera encontrarse la denunciante, sin que nadie haya cuestionado este dato en el procedimiento, supone, de entrada, que la denuncia debe considerarse plenamente válida, libremente formulada y que responde en su contenido a lo que la denunciante manifestó, como así se entendió posteriormente por el Magistrado-Juez instructor cuando, a su presencia, se ratificó en ella y prestó nueva declaración.

El hecho de que su versión en juicio haya resultado radicalmente opuesta en muchos aspectos a lo que manifestó en aquel momento (y también en instrucción) no puede tratar de salvarse, como se pretende en la sentencia mayoritaria, so pretexto de " las circunstancias personales de abatimiento, confusión, tensión y agobio en que fueron prestadas, especialmente la primera, muy poco después de haber sido asistida en el Complejo Hospitalario de Navarra "; menos aún cuando en el plenario, a preguntas de su propio letrado, la denunciante manifestó expresamente que mantenía su denuncia sin añadir ninguna aclaración acerca de las evidentes contradicciones entre lo que allí consta y lo que estaba declarando en juicio.

2º.- Ninguna de las acusaciones citó a juicio a la Agente NUM028, ni formuló pregunta alguna al Subinspector NUM030 sobre los hechos denunciados que constan en ella, cuando una buena parte de dichos hechos ya habían sido rotundamente negados por la denunciante que prestó declaración antes que el Subinspector y la Agente. Ambos, NUM030 y NUM028, constituyen testigos de de primer nivel siquiera fuese, como señala la STS núm. 793/2017, de 11 de noviembre, citada en la sentencia mayoritaria, para constatar la validez y el contenido de la declaración policial prestada.

En cuanto a su declaración judicial, prestada ante el Magistrado-Juez instructor el día 8 de julio de 2017, tampoco se hace reseña alguna sobre ninguna incidencia que se hubiera podido producir en su desarrollo. En consecuencia, habrá de tenerse también por cierto que aquél no apreció motivo alguno para posponer la denuncia en atención al posible estado de afectación en que aún pudiera encontrarse la denunciante y que tampoco lo hicieron el Ministerio Fiscal o el Letrado del Servicio de Atención a la Mujer que estuvieron presentes en la misma.

Lamentablemente, al contrario de lo que se hizo con las indagatorias de los acusados, la declaración judicial de la denunciante no fue grabada; fue parcamente recogida tal y como consta al folio 119 de los autos. Con ello se ha privado a la Sala de un mayor conocimiento sobre su contenido, limitado a la forma en que quedó documentada, dificultándose, de esta manera, el análisis sobre su persistencia y posibles variaciones en el plenario, lo que no obsta a que deba entenderse realizada con todas las garantías legales y asumido su contenido por todos los que la suscribieron.

En consecuencia, tal declaración resulta plenamente apta y hábil para analizar la persistencia en el testimonio de la denunciante y a cuanto consta en el acta documentada habrá de atenerse el tribunal para su valoración, sin que pueda presuponerse, en perjuicio de los acusados, que no fue prestada en debidas condiciones por aquélla; de ahí que recurrir, como se hace en la sentencia mayoritaria, a un supuesto estado emocional limitativo de sus plenas facultades para salvar las contradicciones en que ha incurrido, cuando, a un mismo tiempo, ha servido para tramitar una causa por el delito de agresión sexual y fundamentar la adopción de medidas cautelares contra aquéllos de tanta gravedad como la prisión provisional en que se mantienen desde el día 8 de julio de 2016, no me parezca un argumento mínimamente convincente ni compartible.

En cuanto a su declaración prestada en el acto del juicio oral, debo mostrar mi discrepancia respecto a la complacencia con que la sentencia mayoritaria acoge las contradicciones que voy a exponer a continuación con el pretexto antes señalado; máxime si consideramos que meses después sigue manteniendo, en su condición de acusadora particular, su versión inicial de los hechos en su escrito de conclusiones provisionales en el que continúa afirmando que fue víctima de una agresión sexual con violencia e intimidación por la que solicitó la condena de cada uno de los acusados a las penas de 18 años y 9 meses de prisión, amén de un delito de robo con violencia o intimidación por el que interesa para cada uno de ellos la pena de 3 años y 3 meses de prisión y que, pese a lo declarado por ella misma en juicio, siguió manteniendo cuando las elevó a definitivas.

No puedo ser tan obsequioso. Me lo impiden los principios expuestos en el primer fundamento de derecho de esta sentencia discrepante.

En efecto, no puedo compartir el modo en que la sentencia mayoritaria desdeña todas aquellas manifestaciones de la denunciante que entorpecen el argumentario sobre el que fundamenta el juicio sobre su credibilidad, pretextando, reitero, aquella situación de " abatimiento, confusión, tensión y agobio " de sus primeras declaraciones, al tiempo en que, sin embargo, da por buenas aquellas manifestaciones suyas que sí lo favorecen, obviando que aquellas y estas, necesariamente, se habrían prestado bajo el mismo estado emocional, sin que, por lo demás, se trate de justificar siquiera por qué se desechan las unas y se aceptan las otras.

Entrando ya en la concreta valoración de dicho testimonio, ciertamente, no hay variaciones en el relato en cuanto a que llegó a Pamplona con su amigo Jorge hacia las 18:30 horas del día 6 de julio; que aparcaron el coche en el DIRECCION005 para dirigirse después al centro de la ciudad a disfrutar de la fiesta, comenzando a beber sangría ya desde su llegada y que estuvieron juntos en el concierto hasta que aproximadamente sobre la 1:00 Jorge se marchó al coche a dormir.

Inicialmente la testigo manifestó que, al marcharse Jorge, se había quedado con unos amigos de la Universidad, aclarando en juicio que, en realidad (esto sí es una matización), se trataba del grupo de amigos " del novio de una chica de su universidad " y que también se había relacionado con un grupo de chicos de Palencia y otro grupo de chicas de Castellón, despistándose de todos ellos hacia las tres menos cuarto de la mañana. Aunque en su denuncia empleó la palabra " amigos " para referirse a todos ellos, quedó patente en juicio que, en todos los casos, se trataba de personas a las que, excepción hecha del novio de esa chica de su universidad, había conocido esa misma noche.

Señaló que despistarse de todos ellos fue la razón por la que se sentó en el banco donde se encontraba también sentado Isidro con el que entabló una amigable conversación acerca de las fiestas, sus ciudades de origen, fútbol y tatuajes y así lo mantuvo en juicio.

Las cámaras de la empresa DIRECCION037 situadas en la segunda planta del DIRECCION036 recogieron el encuentro de la denunciante con los acusados alrededor de las 02:50 horas de la madrugada del 7 de julio y el desplazamiento de los seis hasta los DIRECCION024 de la PLAZA000, a la altura del Bar DIRECCION007 inmediatamente después de que todo el grupo se puso en marcha y abandonó el banco. Así queda acreditado en los folios 968 y siguientes de autos y especialmente en el "Informe fotográfico sobre los fotogramas" capturados por dichas cámaras y que ratificó en juicio el Policía Foral NIP NUM062. En dicho informe se reseña:

1.- Que (fotograma 13) " a las 02:52:42 horas del día 7 de julio de 2016, se produce un acercamiento físico, (pudiera tratarse de un abrazo), entre la chica que se encontraba sentada en el banco y el varón que permanecía de pie frente a ella. "

Más allá de la trascendencia que se le deba dar a esta reseña lo cierto es que resulta concordante con lo que los acusados afirmaron y la denunciante negó en juicio, acerca de que se hubiera producido algún tipo de presentación entre ellos.

2.- Que (fotograma 19) " A las 02:59:44 horas del día 7 de julio de 2016, es el varón que porta el sombrero, el que con su brazo izquierdo indicando una dirección (sic). Los cinco varones y la chica se encaminan para cruzar un pequeño montículo cubierto de césped natural" y asimismo que (fotograma 20) " otro de los varones que camina detrás del varón del sombrero, afirma con su brazo la dirección a tomar".

Y en este aspecto, resulta muy llamativo que si el motivo de levantarse del banco hubiese obedecido al deseo de la denunciante de dirigirse al coche porque quería descansar, según declaró en el juicio, siendo los acusados (que, obviamente, desconocían tanto el lugar donde lo tenía aparcado, como la ubicación del DIRECCION005) quienes se ofrecieron a acompañarla, sean precisamente ellos los que realizaran un gesto con el brazo indicando la dirección que acto seguido tomó todo el grupo (y con él, sin reparos, la denunciante), cuando lo lógico hubiera sido que, siendo aquel su propósito, quien diera las indicaciones acerca de la dirección que debían seguir fuera la denunciante; única persona que podía dar razón tanto del lugar en que se encontraba el coche, como del camino a seguir.

En este punto, la sentencia mayoritaria destaca como elemento que avala la credibilidad de la denunciante lo manifestado por la agente de la Policía Municipal nº NUM024 cuando afirmó: " Entonces ellos se ofrecieron a acompañarla, ella debió decir por aquí y ellos le corrigieron la trayectoria diciéndole:... no por aquí ".

A mi juicio no resulta creíble, por incoherente e ilógico que, si ellos le ofrecieron acompañarla al coche, se hubiesen desentendido de ese acompañamiento antes de iniciarse siquiera, proponiendo ya de inicio una dirección distinta y que ella la aceptase sin el más mínimo reparo, tratando, por lo demás, de llamar especialmente la atención sobre ello, también en juicio cuando a pregunta del Ministerio Fiscal acerca del momento en que dijo que se iba al coche y se ofrecieron a acompañarla le dijeran: " ah! Pues vamos por ahí ", y lo explique como si no hubiera tenido otra alternativa que acceder a los deseos de aquellos y seguirlos en su trayectoria.

Resulta muy llamativo que, considerando la posición del banco, la vía directa, razonable y más a mano para iniciar el trayecto hacia el DIRECCION005, además de ser, de entre todas las posibles, la mejor iluminada y la más transitada -por más que algunos Policías

Municipales se mostraran tan reticentes a la hora de reconocerlo, aun siendo un hecho más que notorio para quienes residimos en Pamplona- sea sin duda la AVENIDA000 y que tenían a escasos metros a su derecha, el grupo se desplace hacia su izquierda, siguiendo precisamente la dirección que los dos varones han marcado previamente con su brazo, no obstante haber declarado que sabía dónde tenía el coche porque lo aparcó allí e hizo el mismo recorrido tres veces ese día.

Finalmente, se concluye en dicho informe, y resulta probado por las grabaciones aportadas, que el grupo formado por los cinco acusados y la denunciante habría realizado un desplazamiento desde el banco donde se produce el encuentro hasta la terraza del Bar DIRECCION007, último punto en que los mismos fueron captados por las cámaras de vigilancia de la empresa DIRECCION037. (f. 974).

Respecto de este desplazamiento, plenamente acreditado en los términos que se han expuesto, nada consta en la denuncia y la denunciante declara en juicio que " no lo recuerda ". Sobre este extremo concreto, fue el Ministerio Fiscal quien preguntó a la denunciante si recordaba que entraron en los DIRECCION024 de la PLAZA000 y su respuesta fue que no lo recordaba; que recordaba estar en el banco, " levantarnos e irnos por una calle muy grande y luego girar, pero no me acuerdo ".

Es evidente que sus recuerdos contradicen la objetividad de las imágenes recogidas por las cámaras de seguridad pues lo cierto es que se levantaron del banco para inmediatamente después entrar en los DIRECCION024 de la PLAZA000 y, a continuación, tomar no " una calle muy grande " sino una calle especialmente corta y estrecha, la DIRECCION008 y CALLE000 donde está ubicado el Hotel DIRECCION026.

Por su parte, los acusados afirmarán que, habiendo convenido mantener sexo en grupo, decidieron a tal fin buscar un lugar donde pudieran hacerlo tranquilos y que su primera opción fue probar suerte en los baños de un "bar o discoteca" que había en los DIRECCION024 de la PLAZA000 y que desecharon la idea inmediatamente al comprobar que dichos baños a los que se accedía bajando una escalera, se encontraban llenos de gente.

Resulta incontable el número de veces en que, a lo largo de su declaración, la denunciante recurrió como fórmula de contestar a las preguntas que se iban formulando a un socorrido " no recuerdo ", en lugar de contestar afirmativa o negativamente; lo que, inevitablemente, redunda en una menor expresividad de su declaración, que, de este modo, resulta mucho más imprecisa y menos concluyente, debilitándola como prueba de cargo.

En este punto, aun cuando no lo recuerde, el visionado de las imágenes no deja lugar a dudas respecto al desplazamiento de todo el grupo hasta ese punto de los DIRECCION024 de la PLAZA000; su afirmación de que buscaron un baño público para mantener una relación sexual resulta repugnante; sin embargo, no resulta extravagante en ellos si consideramos que la instrucción reveló que, al menos uno de ellos, ya había mantenido una relación sexual (consentida) esa misma mañana en el baño de un céntrico bar de Pamplona (así resulta de la declaración testifical obrante a los folios 940 y 941 de los autos).

Lo que sí resulta extremadamente llamativo es que las acusaciones mantengan que ya, en ese momento, la intención de los acusados era practicar sexo con la denunciante y que esta fuera ajena a tales intenciones, dando a entender la disposición de ellos a mantenerlas aun sin su consentimiento, y no resulta creíble que acudieran a un lugar como un baño público en plena PLAZA000, nada menos que una noche de San Fermín y recién terminado el concierto, para obligarla a hacerlo en contra de su voluntad. Menos aún, como harían inmediatamente después, en un hotel donde preguntarían si tenían una habitación para "follar".

Acerca de la conversación que mantuvieran en el banco, según la denunciante versó únicamente sobre las fiestas, sus lugares de origen, el fútbol...; según los acusados, prácticamente desde su inicio devino " picante " para concluir con el acuerdo de practicar sexo los seis.

A este respecto, cabe destacar que la denunciante también recurre, en ocasiones, a la fórmula del " no recuerdo " y ese no recordar resulta muy llamativo en algunos aspectos. Así, cuando se le pregunta si era cierta la afirmación de que, en un determinado momento de esa conversación, Isidro le dijo " yo no soy un sevillano normal, yo soy cinturón negro comiendo coños ", llama la atención que su respuesta no hubiese sido un "si" o un "no", sino un " No, no lo recuerdo, lo siento ", dado el carácter tan soez y grosero de la expresión, siendo difícilmente creíble que, de haber sido escuchada, no se recuerde o, en caso negativo, se tengan dudas al respecto.

Frente a la sentencia mayoritaria que afirma que "De la evaluación de este medio probatorio (cámaras de seguridad del DIRECCION028 de Navarra), no inferimos ningún elemento que permita avalar la versión de los procesados" , sin mayor concreción ni razonamiento, entiendo que la coherencia, la lógica y la firmeza del relato de la denunciante en este punto resultan muy endebles y que, por contra, los datos objetivos que se han analizado otorgan suficiente razonabilidad (al menos en esta parte del relato) a la explicación ofrecida por los acusados, ya que las dudas que sobre este extremo se suscitan no pueden tenerse, sin más, ni por absurdas, ni por irrazonables o ilógicas y la consecuencia no es otra que debilitar la credibilidad del testimonio de la testigo de cargo.

Igualmente, consta acreditado, por la información facilitada por "Orange España SAU" (folio 1447), que a las 02:57:09 desde el móvil de

la denunciante se realizó una llamada a un teléfono móvil que resultó ser el de Luis Pablo.

Esta llamada, acerca de la cual la denunciante no proporcionó mayor detalle en su denuncia, fue traída a colación por esta cuando al denunciar el robo de su teléfono móvil afirmó que estaba segura de que lo llevaba el día de autos porque cinco minutos antes de los hechos había realizado una llamada con él.

Ante esa mención, las defensas solicitaron del Magistrado-Juez instructor que se investigara acerca de la misma. La petición fue denegada por auto de 24 de agosto de 2016; contra el mismo se interpuso recurso de reforma y a su estimación se opusieron tanto el Ministerio Fiscal como la acusación particular y las populares. Desestimada la reforma, se tramitó el correspondiente recurso de apelación. Todas las acusaciones interesaron la desestimación del recurso que, no obstante, finalmente fue estimado, en ese punto, por auto de fecha 7 de diciembre de 2016 dictado por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Navarra.

No se entiende tan persistente oposición a sacar a la luz la llamada a la que se hace referencia si, como mantienen ahora las acusaciones y acepta la Sala mayoritaria, el contenido de la misma resulta absolutamente inocuo y ninguna conclusión puede extraerse de la misma. No puedo compartir esta opinión.

Acerca del exacto contenido de la conversación que mantuvieron nada puede afirmarse con exactitud, más allá de que Luis Pablo declaró que había intercambiado los números de teléfono con la denunciante, conviniendo que se llamarían para seguir la fiesta en los bares después del concierto y que, al momento de recibirla, se encontraba en la PLAZA000 y había mucho ruido, no recordando más sobre su contenido. La denunciante indicó en juicio que tal llamada tuvo por objeto poder reencontrarse con Luis Pablo para seguir la fiesta, lo que finalmente no fue posible porque, debido al ruido, no pudieron entenderse y quedaron en verse a la hora del encierro. Señaló que esa fue la circunstancia que la decidió irse al coche a dormir dado que " no tenía a nadie que conociera que fuera a seguir la fiesta y entonces, para seguirla sola, me iba a ir a casa, o sea, al coche ".

Si su deseo era continuar la fiesta y lo que frenó ese deseo y motivó su decisión de irse a descansar al coche fue no tener " amigos " con los que seguirla, el argumento pierde fuerza si consideramos que las personas de Castellón, Palencia o Madrid eran para ella prácticamente tan desconocidos como los de Sevilla que acababa de conocer y con los que, al menos en ese momento, había entablado una conversación igualmente amigable y respecto a los que no manifestó que, en esos primeros momentos, le suscitaran el más mínimo reparo.

Y sorprende que, al ver que el ruido impedía la comunicación telefónica con Luis Pablo, no hiciera uso del WhatsApp para reencontrarse. De haber recurrido al WhatsApp, considerando que ambos en ese momento, según manifestaron, se encontraban en la PLAZA000, hubieran podido volver a verse de inmediato.

Ambos declararon de manera coincidente que habían intercambiado sus teléfonos para seguir la fiesta después de la verbena (siendo público y notorio que esta terminaba aquella noche a las 2:30 horas) y si atendemos a lo que la denunciante declaró en juicio, finalmente esa llamada concluyó posponiendo la cita hasta la hora " de los encierros ", volviendo ella, después de colgar, a la charla que mantenía con los acusados para, escasos momentos después, abandonar el banco los seis en grupo en el modo que, anteriormente, se ha expuesto. Tal y como ella misma reveló en el juicio, Luis Pablo sí recurrió al WhatsApp, pues afirmó que cuando volvió a disponer de teléfono móvil tenía un mensaje de Luis Pablo, de aquel día, en el que este le decía: " dónde estás? ", pero no llegó a tener respuesta de la denunciante en esa noche y cuando el Letrado Sr. Martínez Becerra, indagando sobre cuál fue la razón por la que esta, habiendo quedado con Luis Pablo en llamarse y sintiendo ganas de continuar la fiesta, no recurriera al WhatsApp para obviar el ruido que les impedía entenderse por teléfono, le preguntó: "¿No pudo mandarle en su momento usted un mensaje diciéndole dónde están?" la denunciante, como en otros muchos pasajes de su declaración, respondió con evasivas manifestando: " Si, claro, la cosa es que estábamos todos en la verbena y yo me fui a saludar al novio de la chica de mi universidad y cuando yo me di cuenta, me había despistado y se habían alejado y cuando fui a ir con el novio de la chica de mi universidad, tampoco estaba; entonces, como que perdí a todo el mundo; entonces fue por lo que me senté y yo le llamé para ver dónde estaban, pero no fue en plan de "bueno, me voy, luego te veo", sino que nos perdimos, nos separamos", eludiendo de este modo responder a la clara y concreta pregunta que le habían formulado, cuando anteriormente el mismo letrado le había preguntado: " ¿se intercambiaron mensajes de WhatsApp?" y respondió que " Si " para, en la siguiente pregunta: "¿y en los mensajes de WhatsApp no se podían entender? ¿no podían quedar? " responder: "en ese momento yo no recuerdo intercambiar con él mensajes de WhatsApp, que puede que sí, no se lo discuto, pero no recuerdo o sea, recuerdo ya cuando yo recuperé un teléfono y pude poner mi tarjeta SIM un mensaje en el que me puso "¿dónde estás?", y a preguntas del Ministerio Fiscal ya había manifestado que " estaba esperando a ver si les veía o me contestaban al WhatsApp, cualquier cosa; si podía llamarles o podía contactar con alguien para saber dónde estaban. Entonces me senté en el banco para esperar y también porque estaba cansada de estar todo el día subiendo y bajando. "

Todo ello revela que no utilizó el WhatsApp para localizar a Luis Pablo, que eludió la explicación que al respecto se le solicitó, que además

respondió de forma contradictoria y ello da cuerpo y abrigo a la duda sugerida por las defensas acerca de si el origen y objeto de la llamada no fuera el que finalmente resultó de ella: posponer para más tarde el encuentro con Luis Pablo y obviamente, continuar disfrutando de la fiesta con el grupo de sevillanos.

Por otro lado, aunque en lo esencial las declaraciones de la denunciante y Luis Pablo coinciden, ambos entraron en contradicción cuando este afirmó en el juicio que ya no ha tenido más comunicación con ella y que tampoco le ha llamado en estos últimos meses, mientras que aquella, a la pregunta de si "¿ha vuelto a tener contacto con ese chico?" respondió " Si, volví a hablar con él varias veces "; lo que indefectiblemente supone que, en este concreto extremo, el testimonio de uno de los dos no puede tenerse como elemento probatorio de cargo.

En definitiva, de aquello en lo que objetivamente ambos han declarado sin contradecirse, podemos concluir que el deseo de Paula aquella noche no era irse al coche, tal y como ella misma reiteradamente afirmó en juicio, sino continuar la fiesta; que pudiendo haber localizado a Luis Pablo a través de WhatsApp no llegó siquiera a intentarlo y que el resultado de la llamada de teléfono fue retrasar la cita que habían convenido para después del concierto posponiéndola hasta la hora del encierro, como por otro lado, ella misma manifestó: "(...) entonces, estábamos en el banco y ya cuando... yo hago la llamada, les digo que me voy a ir porque el chico al que había llamadohabíamos quedado en vernos después (...)".

En base a todo ello, la sugerencia de las defensas de que esa fuera la verdadera intención de ella cuando llamó, posponer la cita porque quería continuar con los sevillanos, no puede ser tachada como irrazonable, ni descabellada, y cuanto se ha razonado, debilita la lógica y la coherencia de su declaración. Máxime cuando a la pregunta directa de "¿no es más cierto que el objeto de la llamada era para decirle nos vemos después porque ahora me voy?" responde " No, o sea, yo le llamé para saber dónde estaba él, para seguir con él de fiesta; con él y con sus amigos y con las chicas de Castellón, pero... y a raíz de que no nos encontramos, no nos oíamos, ni nos poníamos de acuerdo fue el momento en el que yo decidí irme al coche a dormir ", lo que no resulta convincente en absoluto desde el momento en que desecha el medio más eficaz para encontrarse que no es otro que el WhatsApp.

Siguió explicando la denunciante, sin variaciones en este extremo de su relato, que a su mención de que se marchaba al coche a dormir los acusados, indicándole que también dormían en su propio coche, se ofrecieron a acompañarla y que, a tal fin, se pusieron en marcha. Sin embargo, como ya se ha expuesto, el camino que los seis toman al abandonar el banco no es el que directamente la llevaría al coche.

Resulta llamativo, también, lo que relató acerca de la parada en el hotel DIRECCION026. En su denuncia inicial expresó que los tres chicos que iban por delante de ella se han dirigido al hotel DIRECCION015, lugar donde no les han dejado entrar " puesto que el vigilante de seguridad les ha manifestado que había una lista de clientes y ellos no estaban en la misma "; que no le han dicho por qué iban al hotel; que no escuchó el nombre o apellidos de ninguno de los chicos porque " ellos cuatro han entrado dentro del hall del hotel y ella, que estaba fumando, se ha quedado fuera " y que aunque los chicos le habían dicho que dormían en el coche, no le dio ninguna importancia al hecho de que entraran en el hotel. Afirmó en definitiva que mientras los chicos entraban dentro del hotel, ella se quedó fuera esperando y ajena a la conversación .

E igualmente resulta llamativo que después de situar a los chicos dentro del hotel, en tanto que ella se sitúa fuera, espontáneamente y a renglón seguido sepa dar razón de al menos una parte de la conversación que aquellos mantienen, como demuestra el hecho de que, también espontáneamente, explique en su denuncia que el vigilante de seguridad les ha manifestado que había una lista de clientes y que ellos no estaban en la misma; expresión absolutamente coincidente con lo que el portero del referido hotel vino a manifestar ante el Magistrado-Juez instructor y ratificó en juicio.

Como también lo es que, habiendo señalado que mientras la conversación tenía lugar " dentro " y ella permanecía " fuera ", ya en el acto de juicio oral revele que, al menos, conocía otro fragmento de aquella conversación, cuando dijo que oyó a uno de los chicos decirle al portero del hotel " un nombre y un número " que ya no recordaba, pero que coincide con lo que Isidro manifestó ante el Magistrado-Juez instructor cuando afirmó que se acercó al portero y le dio un nombre falso y un número ficticio de habitación para ver si así les dejaba pasar, pero el portero no se lo permitió; y coincide igualmente con lo que D. Marco Antonio, portero del DIRECCION026 aquella noche, declaró en el juicio en concordancia con lo que ya tenía manifestado en la fase de instrucción.

Y llamativo resulta igualmente que, apartándose de lo que inicialmente indicó, rectifique en el juicio para situar al portero ora en la misma calle, ora a mitad de un tramo de escaleras cuando manifiesta: " La cosa es que, vamos a ver, o sea, no sé cómo explicar, eran unas escaleras, no es el hall, la recepción y tal; o sea, yo lo que recuerdo es que ellos, como que subieron unas escaleras hacia un portal y ahí había alguien del hotel que no sé si es seguridad, recepcionista o lo que fuera, y ahí fue donde yo iba más atrás que los que estaban en el hotel, yo iba hablando con otro chico, con otros dos, no lo sé, no le sé decir si eran uno o dos, pero los que iban delante estaban como, o sea, estaban ya cuando yo llegué, no sé ." Y más adelante: " Si, pero no es que ellos entren al hotel, pasen por unas puertas de cristal y busquenen la recepción, sino que es en la misma puerta del hotel donde hay un hombre y dice... y le preguntan habitación, o sea, no sé

qué le preguntaron, yo no lo oí, yo estaba más hacia atrás, yo cuando llegué, uno de ellos, no sé quién, estaba diciendo ya un número y un nombre ."

Pues bien, lo cierto es que D. Marco Antonio ha manifestado en todo momento que esa noche realizaba su trabajo en la calle, a la altura de la puerta del hotel, no en las escaleras, no dentro, no en la recepción, sino en la calle a la altura de la entrada del hotel. Ciertamente, de haber estado el portero dentro del portal y a medio tramo de la escalera no se acierta a comprender que la denunciante lo pudiera escuchar con tanta claridad cuando pasa por la calle, mucho menos si consideramos el ruido ambiental que en ese momento y lugar debía haber.

El Sr. Marco Antonio declaró en juicio el día 16 de noviembre. Manifestó que la recepción del Hotel está en la planta primera subiendo las escaleras y que él estaba abajo. En consonancia con la declaración que ya tenía prestada en instrucción, manifestó que recordaba al grupo de andaluces que, acompañado de una chica, se acercó al hotel la noche de autos. Dijo que la chica venía con ellos y se quedó a 3 ó 4 metros de él. Indicó que, aunque cuando le fueron exhibidas las fotografías en el juzgado " alguno le sonaba " no se atrevió a señalarlo porque no estaba seguro, pero afirmó con firmeza que fue el único grupo numeroso que se acercó a él y pretendió entrar en el hotel.

La conversación que mantuvieron, de acuerdo con lo que testificó, puede concretarse en los siguientes puntos:

1º.- Uno de los jóvenes intentó entrar facilitando un nombre y número de habitación supuestos.

2º.- El Sr. Marco Antonio les negó el paso explicando que no figuraban en su lista de clientes.

3º.- Ante su negativa, los jóvenes le preguntaron si disponía de una habitación, para toda la noche o por horas refiriendo " que la querían para follar. "

4º.- Finalmente el Sr. Marco Antonio tras decirles que no había habitaciones les sugirió que preguntasen en el Hotel DIRECCION009 o en el Hotel DIRECCION015.

Pues bien, pese al empeño de la denunciante por sostener que se mantuvo ajena a dicha conversación, lo cierto es que en este punto su relato resulta, además de sumamente confuso, incoherente y contradictorio.

De entrada, atendiendo a lo que declaró resulta imposible poder precisar si ella no escuchó la referida conversación porque estaba fuera mientras ésta tenía lugar en el interior del hotel, o porque ella estaba en la calle y el portero a mitad de la escalera, o porque los acusados llegaron antes y ella llegó después o sencillamente porque la distancia a la que ella se quedó respecto a ellos era tal que no pudo oír lo que hablaban. Pero lo cierto es que puede tenerse por probado que el Sr. Marco Antonio se encontraba donde dijo que estaba, en la calle; que nadie entró dentro, sino que todos estuvieron fuera; que, habida cuenta de la anchura y dimensiones de la DIRECCION008 y CALLE000, lo razonable es pensar que, aunque la denunciante se mantuviera retirada del grupo, debía encontrarse a una escasa distancia, y en definitiva, que no se puede tener por cierto en términos absolutos que no escuchara la conversación porque ya en la mañana del 7 de julio, al formular su denuncia, demostró conocer el fragmento de la conversación entre los acusados y el portero que antes he numerado como 2º (que no estaban en la lista de clientes); en el plenario reconoció que también conocía el fragmento 1º (que uno de los chicos dio un nombre y un número), sin que tampoco resulte irrazonable pensar que también conoció el fragmento 4º (recomendación del portero de que acudieran a preguntar al Hotel DIRECCION009 o al DIRECCION015).

A preguntas del Ministerio Fiscal, manifestó: " Llegamos a un hotel en el que, los que iban delante, como que se pusieron a hablar con el de seguridad o el recepcionista, no sé lo que era, pero se pusieron a hablar con él y yo cuando llegué a la altura en la que estaban ellos solamente oí como uno de ellos, no sé cuál, dijo un número y un nombre y entonces el del hotel dijo: "no tenéis habitación ". Si cuando llegó a su altura escuchó esto último, la lógica invita a pensar que la petición de " una habitación para follar ", que fue inmediatamente posterior, debió oírla también pues es imposible que se hubiera alejado lo suficiente como para no escucharla.

Y que confundiera en su denuncia el hotel DIRECCION026 con el DIRECCION015 tiene igualmente sentido si consideramos que el portero del DIRECCION026 se lo mencionó. Explicación que también fue considerada como razonable al recogerse así esta posibilidad en las conclusiones policiales obrantes al folio 978 de los autos, cuando en el " informe sobre posibles recorridos que pudieron realizar el grupo de investigados y la denunciante ", señala:

" 4. Sería coincidente lo relatado por la denunciante con lo manifestado por el empleado del HOTEL DIRECCION026, D. Marco Antonio, en cuanto al hecho de que el vigilante de seguridad tenía un listado de clientes y que no les dejaron acceder al hotel ya que no figuraban en la misma, con la salvedad de que el HOTEL es el DIRECCION026 y no el DIRECCION015 como afirmó la denunciante.

5.- Se entiende como hecho más probable que Doña (...), se equivocara al nombrar el HOTEL donde los investigados pararon en su

desplazamiento, sobre todo considerando que la citada no es originaria de Pamplona, al igual que tampoco lo son los investigados. Además, si nos atenemos a las declaraciones del empleado del HOTEL DIRECCION026, éste les dio como referencia dos hoteles próximos, siendo uno de ellos precisamente el hotel DIRECCION015."

Tales conclusiones se reiteran en el folio 1020 de las actuaciones al final del estudio de posibles recorridos que ratificó en juicio el Agente de Policía Foral NIP NUM063.

Todo parece indicar, por tanto, que la única parte de la conversación que, según su declaración en juicio, no llegó a escuchar la denunciante sería la correspondiente al fragmento 3º, esto es, que los acusados, pidieran una habitación para " follar "; lo que resulta ciertamente más que dudoso y cuestionable.

Como inadmisible me resulta la explicación con que la sentencia mayoritaria pretende justificar la mención del Hotel DIRECCION015 en la denuncia y la afirmación de la denunciante en juicio de que dicho hotel le sonaba sin explicar por qué pudiera sonarle cuando tan solo llevaba unas horas en Pamplona y era la primera vez que visitaba la ciudad. La sentencia mayoritaria acude en su auxilio y complemento afirmando: "Se explica la confusión padecida por "la denunciante", quien visitaba por primera vez esta ciudad, había subido dos veces desde el DIRECCION005 y una de las vías de acceso a este lugar -no la única pero sí en el mismo sentido-, es a través de la CALLE005 donde esta situado el Hotel DIRECCION015 "

Esta explicación, construida sobre el vacío, pues nada al respecto manifestó la denunciante en ningún momento, constituye una mera suposición o conjetura "contra reo" absolutamente inadmisible, pues no es más que un vano intento de justificar, sin el menor apoyo probatorio, el escaso conocimiento que de la conversación que tuvo lugar a la altura del Hotel DIRECCION026 habría tenido la denunciante según le atribuye y asume la sentencia mayoritaria.

Con ella se trata de contrarrestar de raíz la versión de los acusados mediante el juego de suposiciones y conjeturas contra reo que no respetan la esencia del derecho constitucional a la presunción de inocencia, pues persiguen desactivar (no puedo apreciar otro sentido) como posible que la denunciante hubiese escuchado que pedían una habitación para " follar " y justificar, por tanto, que fuese ajena al acuerdo que aquéllos sostienen que alcanzaron con ella en la PLAZA000 de mantener sexo en grupo.

Frente a ese intento debemos oponer, partiendo de lo anteriormente razonado, que no se acaba de entender si, como sostiene la denunciante y asume la mayoría de la Sala, su deseo era el de irse al coche a descansar qué hacía en la calle esperando mientras los acusados trataban de conseguir una habitación en el hotel.

Lo cierto es que, en relación con esta parte del recorrido su declaración resultó ser sumamente confusa pues la denunciante llegó a afirmar también que, después de parar en el hotel, volvieron a retroceder sobre sus pasos para después tomar una avenida ancha. Preguntada por lo sorprendente que resulta ese retroceso sobre sus pasos si lo que ella quería era ir a su coche respondió con el siguiente circunloquio: " Si... en plan, vamos a ver... estábamos... yo le vuelvo a repetir que lo explico según lo que yo creo que fue el recorrido; entonces, estábamos en el banco y ya cuando... yo hago la llamada, les digo que me voy a ir porque el chico al que había llamado habíamos quedado en vernos después, pues, eh... comenzamos a andar y vamos hacia el hotel que iban delante dos o tres chicos, no me acuerdo muy bien, no sé si yo iba con uno o con dos hablando, eh, y... cuando llegamos a la altura del hotel volvemos a ir para atrás, hacia la calle grande que yo piense que es la... o sea, como que el recorrido fue, recto hacia la izquierda pero volvimos, recto, volver a ir recto e izquierda hacia el portal."

Si su objetivo era dirigirse al coche no tiene la más mínima lógica que, avanzado un trecho, vuelva sobre sus pasos, y si lo hizo, lo que no tiene lógica es que diga que se dirigía al coche cuando tenía la CALLE005 (camino directo a DIRECCION005) escasísimos metros a continuación del Hotel DIRECCION026 y en línea recta, suponiendo (y en este caso se trataría de una suposición "pro reo") que ella conociera ese trayecto.

En cuanto al recorrido que seguidamente hicieron hasta acabar en el portal Nº NUM006 de la CALLE002 no cabe dar por plenamente probado ninguno de los barajados como hipótesis posibles en el informe policial anteriormente citado.

No está probado en su totalidad cuál fuera el completo recorrido que acusados y denunciante hicieron aquella noche, pero sí puede afirmarse (con apoyo en las imágenes grabadas por las cámaras de seguridad que se visionaron en el plenario) que al nº NUM006 de la CALLE002 llegaron -cruzando la AVENIDA001 - desde la C/ CALLE001, ya fuera subiendo por AVENIDA000 y girando a la derecha, ya fuera tomando CALLE001 desde la CALLE007 y, en tal caso, no subiendo, sino atravesando la AVENIDA000 (recorridos ambos establecidos como posibles en el informe policial sobre recorridos que obra en los folios 1011 de autos y que fue ratificado y explicado en julio por el agente de Policía Foral NIP NUM063).

Resultó erróneo el recorrido consignado en la denuncia, respecto al que quedó aclarado que se debió a un error de interpretación por la

agente nº NUM028 de lo que la denunciante le iba narrando.

Subsanado ese extremo, lo que ocurre es que la descripción que de su recorrido hizo la denunciante en juicio (" para mí, el recorrido fue recto y a la izquierda"; "o sea, el recorrido que yo recuerdo es una calle muy ancha, recta y luego a la izquierda " Se le preguntó: "¿Usted siempre recuerda haber ido por una calle muy ancha? Y respondió: Si, menos en el momento en el que giramos." Y en otro momento dijo: " O sea, para mí el recorrido era recto, hacia la izquierda hacia el hotel DIRECCION015 (sic), volver para atrás, para la calle grande, recto, girar hacia la izquierda porque giro hacia la izquierda porque yo empiezo a sentirme incómoda, entonces decido girar") tampoco se ajusta a los recorridos que la investigación reveló como probables pues, si caminaron por una avenida muy grande, esta no puede ser otra que AVENIDA000 y el giro para tomar CALLE001 necesariamente debió ser a la derecha y si el giro fue a la izquierda, es imposible que la calle por la que transitaban fuera una avenida muy grande.

No sorprende, sin embargo, que la testigo, que no conoce Pamplona, pueda desconocer o confundir nombres de calles o de hoteles o no recordar con exactitud qué calles recorrió; lo que sí sorprende son otros detalles que manifestó a este respecto en el plenario, rectificando también lo que anteriormente tenía declarado y con dudosa coherencia si se pone en relación con el conjunto de su declaración.

Al respecto cabe destacar que, si su firme intención era dirigirse al coche como reiteradamente afirma, no se entiende que desechara la CALLE005 que tenía a escasos pasos y en línea recta desde el Hotel DIRECCION026 o que no subiera por AVENIDA000 que sin duda es el camino natural al DIRECCION005 (y de todas las posibles, la calle más iluminada y más segura y, por más que se pretenda negar, la más transitada, considerando obviamente que son las 3 de la mañana), y, por el contrario, que tomara una dirección que jamás le habría llevado al DIRECCION005, como ocurre con la CALLE001 (perpendicular y no paralela a AVENIDA000), lo que no puede imputarse a error, pues ella misma afirmó que, pese a no conocer Pamplona, sí se orientaba con el camino para ir a su coche dado que, además de haberlo recorrido el día 6 de julio por la tarde, cuando dejaron el coche aparcado para acercarse al centro de la ciudad, lo volvieron a recorrer dos veces más aquella noche (de ida y de vuelta y sin concretar la ruta concreta que siguieron) cuando sobre las nueve de la noche se acercaron hasta el coche a cenar y coger alcohol que habían traído. Por si no fuera suficiente, reforzó este extremo indicando que además tenía su móvil para orientarse.

Pues bien, la CALLE001 jamás le hubiera conducido al DIRECCION005 de no haberse producido el giro de 90 grados que los llevó a tomar la CALLE002. Lo que sucede es que la denunciante, al manifestar que " Pues, o sea, pues vuelvo a decirlo, o sea, antes de... yo en mi cabeza decido girar hacia la izquierda para desviarme de ellos porque me han empezado a molestar sus actitudes (...)" y en otro momento " y entonces el chico con el que yo había estado todo el rato andando, pues como que me empezó a coger del hombro, de la cadera y tal y entonces como que yo me empecé a sentir un poco incómoda, la verdad. Entonces seguimos andando y ya hubo un momento en el que yo dije " girando hacia la izquierda se llega antes al coche " , revela que ese giro de 90 grados va asociado a su deseo de perder de vista a los acusados que, no sabemos si todos en grupo (como afirmó en la denuncia que al día siguiente ratificó en el Juzgado y en alguna ocasión en el juicio) o solo uno de ellos (como señala en otro momento de su declaración en juicio), la estaban incomodando con su actitud y sobre todo, indica que era plenamente consciente de que la dirección que seguía antes de girar no la llevaba a su coche, de tal modo que, de no ser por esas molestias que refiere, nada indica que hubiera girado para subir por CALLE002, lo que debilita la credibilidad de su afirmación de que no quería seguir la fiesta con los acusados sino solo ir al coche a dormir.

Por lo demás, sorprendió en el juicio la reticencia que mostraron algunos de los policías municipales que testificaron cuando se les preguntó acerca de la iluminación de la CALLE002 en comparación con AVENIDA001 y AVENIDA000, cuando es público y notorio para cualquiera que viva en Pamplona que, de todas ellas, CALLE002 es, con diferencia, la más oscura y menos transitada de las tres, extremo que razonadamente fue destacado por las defensas; y habrá que convenir también con ellas en que no resulta coherente que si la denunciante tomó CALLE002 para perder de vista a los acusados, porque entendió " que era el camino más rápido al coche ", a los pocos pasos cambie de propósito y pase de sentirse molesta por el chico que la acompañó durante todo el camino recorrido a pararse y se detenga para besarse con él; acción sobre la que, aunque llame la atención pues no ofreció ninguna explicación sobre tal cambio actitud, huelga realizar cualquier juicio de valor pues solo a ella le incumbe, pero sobre la que sí conviene destacar que, a tenor de lo que la propia denunciante manifestó, el beso se inició cuando la vecina está timbrando y aún continuaba cuando Isidro, después de estar hablando con la vecina del portal, entrar solo y subir en uno de los ascensores hasta el NUM019 piso, esperar a no escuchar ningún ruido, y bajar por las escaleras, abrió la puerta de portal a todo el grupo diciéndoles "vamos, vamos", lo que hace razonable la sugerencia de las defensas de que no pretendían dirigirse al coche y que tampoco la hicieron sentir molesta en ninguna parte del trayecto.

El relato que, en el inicio del procedimiento hace la denunciante, dando a entender que fueron los acusados quienes ya desde el banco de la PLAZA000 marcaron el camino; que tres de ellos iban delante mientras ella iba detrás con otro, como si con ello se viera obligada a seguirlos y sin otra opción posible de actuación; que en grupo la acosaban e incomodaban; o, simplemente, el recorrido imposible que refiere recordar, se desbaratan cuando las imágenes de las cámaras de seguridad y el resultado de las investigaciones van incorporándose

a la causa. Tanto las acusaciones como ahora la sentencia mayoritaria destacan como apoyo a la credibilidad de la denunciante el hecho de que se mantenga en que eran 4 los sevillanos que recuerda pese a la certeza de que son cinco. Pues bien, con tal argumento lo que no se entiende es que no den la relevancia contraria a que antes dijera que iban todos en grupo para sostener ahora que jamás caminaron agrupados o que dijera que ellos iban delante para sostener ahora lo contrario o sostuviera que los "cuatro" a la vez la incomodaron para rectificar ahora y decir que solo uno de ellos lo hizo.

Como tampoco cabe sostener como se hace en la sentencia mayoritaria, de nuevo mediante una suposición "contra reo", que esa falta de recuerdo sobre que eran cinco y no cuatro el grupo de sevillanos con los que se juntó esa noche, refuerce " la consideración de la intensidad del impacto emocional producido por la actuación de los procesados "; argumento meramente voluntarista y falto de toda lógica salvo que se sostenga, lo que obviamente no se hace, que ese "impacto emocional" que la llevó a no recordar cuántos chicos formaban parte de ese grupo lo hubiese sufrido ya desde un inicio al juntarse con ellos en la PLAZA000. Mucho más razonable es entender, en mi opinión, que ese error carece de la menor relevancia y puede obedecer, simplemente, a que durante esa noche la denunciante estuvo con distintos grupos, a la forma en que fueron caminando por las distintas calles que recorrieron (yendo y viniendo unos y otros, salvo el que parece que la acompañó durante todo el recorrido, lo que hace razonable que en algún momento pudiera confundir entre sí a algunos de aquéllos), o, en fin, al efecto perturbador que en su memoria la ingesta de alcohol pudo provocar, y a la que en la sentencia de la que discrepo, como más adelante se analizará, se recurre para reforzar su convicción condenatoria respecto de la comisión de un delito de abusos sexuales con prevalimiento por el que condena a los cinco acusados.

Los que se acaban de reseñar solo son aspectos circunstanciales de su relato y que quizás, aisladamente considerados, carecerían de especial relevancia a la hora de valorar la persistencia, lógica y coherencia de la declaración que se analiza; sin embargo, considerados en su conjunto, suponen que, en todo aquello que ha podido constatarse a través de la prueba practicada, lo relatado en la denuncia judicialmente ratificada por la denunciante en cuanto a lo sucedido hasta llegar el portal nº NUM006 de la CALLE002 resultó erróneo y ha sido objeto de rectificación en juicio y nuevamente encuentro fundado motivo para apartarme de lo que se mantiene en la sentencia mayoritaria pues no puedo compartir -como se dice en ella- que "Estas manifestaciones de la denunciante, sobre la dirección que tomaron a su iniciativa se muestran a nuestro entender creíbles y verosímiles, es acorde con las reglas de la lógica y razonable, que una persona desconocedora de esta ciudad pero que había subido en dos ocasiones a la PLAZA000 procedente del DIRECCION005 y bajado en una, después de desviarse a la derecha para acceder desde la AVENIDA000 hasta la CALLE001, tomara la dirección hacia la izquierda, accediendo de este modo a la CALLE002, que conduce al expresado DIRECCION005." Y mucho menos que haya " mantenido una versión precisa y coherente a lo largo de este proceso, con la rotundidad que apreciamos, en el acto juicio oral, en sentido de que fue la actitud de uno de los procesados lo que le molestó y por eso decidió tomar esa dirección al estimar que por ahí se llegaba al lugar donde estaba estacionado su vehículo".

Pero sin duda, donde se produce la más grave quiebra de la persistencia es en lo relativo a la entrada en el portal y lo sucedido dentro de él, algo que por otro lado constituye el contenido nuclear de la acción delictiva objeto de acusación y enjuiciamiento.

Habiendo manifestado en su denuncia que, al llegar a la altura del portal nº NUM006, " una chica estaba tocando el timbre para que le abrieran la puerta del portal "; " que cuando a la chica le han abierto lapuerta del portal, el chico que acompañaba a Paula, el del reloj de esfera grande le ha cogido de un brazo y el chico con el que ha estado en el banco, del otro y la han introducido en el interior del portal ", añadió al día siguiente en su declaración ante el Magistrado-Juez instructor "que para introducirla en el portal, dos chicos se quedaron con ella mientras los demás se acercaban a otra chica a la que habían abierto el portal ". Que uno de estos chicos sujetaba la puerta abierta y les dijo a los otros dos: " vamos, vamos "; y " que en ese momento los otros dos la sujetaron y la introdujeron en el portal "

Frente a esta exposición de los hechos, en su declaración en el plenario, a preguntas del Ministerio Fiscal manifestó que uno de los chicos " como que me adelantó y se puso a la altura de un portal porque había una chica timbrando y mientras yo iba andando en plan por esa calle pues, eh, si yo iba por el centro, ellos como que se fueron escorando hacia la izquierda, hacia donde había un portal y entonces, bueno, pues no sé, el chico que estaba sentado a mi lado en el banco al principio, se puso a hablar con la chica que estaba timbrando y yo seguí andando como en plan... como me adelantó, yo tarde más en llegar y ya cuando una vez que llegué ahí pues, el chico con el que estuve andando todo el camino me acercó hacia él..." y más adelante refirió que " que se pararon como un poquito antes, que no llegaron a estar a la altura de la chica que estaba timbrando y del chico que le adelantó a ella." A la pregunta sobre si vio a la chica respondió con firmeza " sí, sí, yo la ví " y preguntada acerca de cómo la vio, dijo: " yo la ví ya parada en el portal porque como yo fui la que fue hacia esa calle, la ví directamente, o sea, no sé... estaría como de aquí a la televisión " (tomando como referencia la empleada para las videoconferencias de la Sala de Vistas, lo que supone una distancia aproximada de unos 5 ó 6 metros).

Tal y como lo relató el día de autos, pareciera que todo el grupo había coincidido en la entrada con la vecina, sin embargo, este extremo ya quedó debidamente aclarado por la declaración sumarial de Dña. Emma y posteriormente por la prestada en juicio, donde testificó de forma coincidente a como ya lo había hecho antes, manifestando que llegó a su casa desde la AVENIDA001 y no vio a nadie en la calle;

que, cuando se disponía a entrar en el portal, llegó un chico que con su brazo abrió la puerta; que la desconfianza que le inspiró hizo que se quedara en la calle mientras este subía en uno de los ascensores al NUM007 piso y que finalmente ella tomó el otro ascensor llegando a su casa y no escuchando nada a partir de ese momento.

Y a este respecto, existe un detalle que sorprende por imposible. La denunciante afirmó en Sala que cuando el chico entró al portal para franquear luego la entrada a los demás, ella se encontraba junto a la pared de fachada, en el mismo lado (izquierdo) en que se encuentra el portal y antes de llegar al hueco de entrada de garajes que precede al portal nº NUM006, portal cuya entrada se encuentra retranqueada unos 3 metros respecto a la línea de fachada del edificio, siendo sus laterales paredes sólidas y completamente opacas que tanto impiden la visibilidad de la calle a quien se encuentre junto a la puerta de acceso al portal (salvo vista recta), como la del portal de quien se encuentre en la calle en la posición que la testigo de cargo aseguró que se encontraba. De hecho, la visibilidad de la puerta de acceso al portal solo sería posible, desde la calle, a quien se encontrara frente al referido portal, lugar donde la denunciante afirmó rotundamente que en ningún momento estuvo. Así las cosas, es de todo punto imposible que la testigo, desde la posición en la que afirma encontrarse en ese momento, viera timbrar a la vecina o que la viera hablando con el chico que entró con ella en el portal como reiteradamente afirmó. No olvidemos, además, que Isidro se había adelantado al objeto de alcanzar a la vecina y entrar con ella. Y no podemos pensar que se trate de un error, pues, para reforzar su afirmación, la denunciante se explayó explicando que no le extrañó en absoluto ver a uno de los acusados hablando con ella ya que, si un rato antes había estado hablando con ella en el banco, era natural que ahora pudiera conversar con otra chica. Que esta explicación pueda resultar irrazonable, no es lo más relevante; lo que resulta extraordinariamente relevante es que se ofrezca para sostener algo que resulta absolutamente imposible dada la conformación física y diseño del portal de autos, y es que hubiera podido llegar a ver a la vecina timbrando primero y momentos después, hablando con Isidro.

Una de dos, o la testigo no se encontraba en la pared de fachada donde dice que estaba o no pudo ver a la vecina de ninguna manera.

Y no se entiende en modo alguno tampoco que la imagen de Dña. Emma no fuera recogida por las cámaras que grabaron al grupo cruzando la AVENIDA001 pues la Sra. Emma dejó claro que ella venía por dicha avenida en dirección a su casa; si Isidro la siguió para alcanzarla, necesariamente debía caminar por delante de ellos y, habida cuenta de la escasa distancia que existe entre el portal nº NUM006 de CALLE002 y la AVENIDA001, para que esto sucediera antes de que Dña. Emma entrara en su casa debió haber girado hacia ese tramo de CALLE002 en algún momento en que las grabaciones ya presentan al grupo atravesando AVENIDA001, y en esas imágenes, la Sra. Emma no aparece, lo que induce a pensar que tomaría la calle de su casa una vez que concluye la grabación que obra en autos por haber cruzado todos los acusados la reiterada avenida. Y de ser así, todos ellos debían encontrarse en un lugar donde la Sra. Emma no pudo verlos y que bien pudiera ser el oscuro hueco de garajes contiguo al portal.

Los acusados tienen declarado que utilizaron ese hueco para evitar que la vecina los viera mientras Isidro entraba para franquearles luego el paso. En consonancia con esto, al folio 6 del atestado se recoge la comparecencia de los agentes NUM024 y NUM025 en la que se indica como manifestación de los agentes que la denunciante les dijo " Que han ido hacia la CALLE002, siendo que al llegar a la altura del número NUM006 los jóvenes le han dicho que se sentara en el portal para tomar algo "; asimismo, al folio 929 de autos consta como manifestación ante el Magistrado-Juez instructor del Agente de Policía Municipal nº NUM024 que " la chica dijo que se habían sentado en la parte exterior del portal como a tomar algo " y al folio 952, como manifestación del Agente nº NUM026 ante aquél que " en ese momento les dijo también que habían estado sentados bebiendo en una zona de garajes que hay junto al portal y que en ese momento uno de ellos aprovechó la entrada de una chica para sujetar la puerta ". Tanto el atestado como las declaraciones reseñadas fueron ratificadas en juicio por los agentes que las suscribieron y, en concreto, el agente nº NUM024 no solo ratificó su declaración anterior sino que volvió a manifestar en Sala expresamente que la denunciante le refirió que se sentaron a tomar una copa en un rellano o recoveco junto a CALLE002 nº NUM006, extremo sobre el que fue preguntada también la denunciante en el juicio por una de las defensas y a la pregunta: " Cuando llegaron al portal... ¿le dijeron que se sentara a tomar algo en el portal? ", respondió: " No, no recuerdo beber de sus vasos."

Valorando en su conjunto todo lo que se acaba de exponer y considerando que no hay razón alguna para dudar de lo testificado por Dña. Emma, que además lo hizo en juicio de forma clara, firme y sin sombra de mendacidad, entiendo que no puede darse ningún crédito a la denunciante cuando afirma que, desde el lugar en que ella misma se sitúa cuando se produce la entrada de Isidro y la vecina al portal, ella viera a esta timbrar y hablar con aquel y si realmente llegó a ver cuanto afirma, solo cabe concluir que se encontraba en otro lugar que no puede ser otro que el que los acusados afirman, porque de hallarse frente al portal, lo normal y razonable es que la vecina la hubiera visto y no fue así, tal y como declaró dicha vecina.

Especial atención y desarrollo merecen los hechos que la denunciante relata se produjeron en los instantes previos a entrar al portal.

El 7 de julio de 2016 en dependencias de la Policía Municipal la denunciante afirmó que dos de los acusados la habían agarrado por los brazos. Afirmó también que intentó zafarse de ambos, pero no pudo; que además no podía gritar puesto el chico del reloj le había tapado la boca continuamente; que cuando han entrado l a han rodeado los cuatro y la han tirado al suelo; que le han soltado el sujetador y mientras le sujetaban la boca para que les hiciera una felación, a la vez, le soltaban los botones del "pantalón". Que no la

agredieron; que le ha hecho una felación a cada uno y que luego la penetran los cuatro; que no recuerda si la penetración ha sido anal o vaginal porque mientras uno le agarraba de la cadera, otro le cogía el cuello y ella estaba bloqueada debido a la situación. Que seguidamente los cuatro chicos se han marchado corriendo del lugar; que ella se ha levantado del suelo, se ha puesto la ropa bien y ha salido a la calle.

En su declaración ante el Magistrado-Juez instructor, el día 8 de julio de 2016 (folio 119 de autos) ratificó su denuncia y declaró que, para introducirla en el portal, dos chicos se quedaron con ella mientras los demás se acercaban a otra chica a la que habían abierto la puerta del portal. Que uno de estos chicos sujetaba la puerta abierta y les dijo a los otros "vamos, vamos"; que en ese momento los otros dos lasujetaron y la introdujeron en el portal; que ella iba hablando normal y le dijeron que se callara y no gritara; que ellos dejaron los vasos de cubata y la llevaron hacia la parte de atrás del portal; que le arrancaron la riñonera y un jersey y los tiraron al suelo; que la rodearon entre todos y uno de ellos la cogió de la cara y le obligó en ese momento a hacerle una felación; que en ese momento no sabe cuántos chicos estaban ya que estaba todo encima de ella y no podía ver bien; que otro la cogió por detrás bajándole los leggins y el tanga y la penetró; no sabe si anal o vaginalmente; no recuerda cuántos le obligaron a hacer felaciones, ni cuantos la penetraron; no recuerda si reían o decían algo; que de repente, los chicos se fueron corriendo y la declarante se quedó recogiendo sus cosas. A preguntas del Fiscal recuerda a uno de ellos que decía " quillo, me toca a mí ".

No cabe la más mínima duda de que lo que está describiendo en ambas comparecencias es el expreso ejercicio de violencia sobre ella. Otra interpretación no cabe. Es más, la afirmación de que " intentó zafarse de ambos, pero no pudo ", sugiere inequívocamente que, además, opuso resistencia a la violencia que se estaba ejerciendo sobre ella y haciendo patente su negativa a las relaciones sexuales que luego tuvieron lugar.

Sorprendentemente, en la declaración prestada en el acto del juicio oral, niega y se retracta por completo de este relato (ni matiza ni puntualiza, como se sostiene en la sentencia mayoritaria), al referir que no le sujetaron por los brazos sino que el chico con el que se había besado fuera del portal, desde ese momento la tenía cogida de la mano y que otro la tomó por la muñeca, " no fue con mucha fuerza, fue como para meter a alguien, pero tampoco fue fuerte para dejar marca, por ejemplo, o de hacer daño."; que le " sorprendió mucho la forma en que me cogieron, pero lo que he dicho antes, yo no me imaginaba que iba a suceder lo que pasó, yo sé que... yo sinceramentelo que pensaba es que íbamos a entrar al portal porque querían fumarse un porro, así hablando un poco mal, pero es lo que pensaba que iba a pasar; entonces no me... o sea, me sorprendió la brusquedad, pero no pensé que iba a ocurrir lo que ocurrió".

Se le preguntó expresamente si al traspasar la puerta del portal, lo hizo con dos personas tirando de ella y respondió: " O sea, la cosa es que no... como usted ha dicho es una entrada muy estrecha, entonces yo no recuerdo que tiraran de mí en ese momento; sí que recuerdo cómo tiraron de mí para entrar pero no en esa zona " Se le preguntó si al entrar le habían tapado la boca y respondió: " O sea, me... me... es cuando me dicen "silencio" y me hacen así y así " (y hace el gesto de apoyar sobre los labios el dedo índice y de llevarse la mano abierta a la boca).

Afirma sin reticencias que no se resistió, ni intentó huir de ninguna manera; que no gritó; que no le taparon continuamente la boca, sino que le acercaron la mano abierta a la boca en simple gesto de silencio cuando entraban al portal (algo por otro lado perfectamente lógico si consideramos que los seis estaban entrando de madrugada en un edificio privado que les resultaba absolutamente ajeno a todos ellos, al margen de cuales fueran las intenciones que llevaran).

Ha de considerarse, asimismo, que cuando fue interrogada por la defensa (Letrado Sr. Martínez Becerra) acerca del modo en que se produjo esa entrada al portal, la testigo explicó que, en el momento en que el chico que fue a introducirse en el portal dijo " vamos vamos ", ella se encontraba pegada a la pared de la fachada del edificio, en el mismo lado que se encuentra el portal y antes de llegar al hueco de entrada a garajes que precede a aquel, lo que supone una nada despreciable distancia a efectos de ser conducida por la fuerza, agarrada ya sea de los brazos, las manos o de las muñecas, pues supone que debió ser obligada ya desde la calle y a una no despreciable, a estos efectos, distancia del portal.

La manifestación de que su pensamiento fuera que iban a fumar un porro, aparte de no tener mayor sentido ni apoyo probatorio, sugiere que, por más que insista en decir que le daban la mano o la cogían de las muñecas, nada en la actitud de ellos le hizo percibir siquiera una mínima hostilidad que la hubiera podido poner en alerta y que asumió con naturalidad entrar en el portal. Ha de resaltarse que cuando el letrado trató de indagar si durante todo el recorrido que separa el portal del cubículo donde ocurrieron los hechos, siguieron manteniéndola agarrada y arrastrándola o forzándola a seguir avanzando, respondió con evasivas y titubeos para terminar afirmando que sí recuerda que tiraran de ella para entrar, pero no que siguieran tirando después y refiere que "(...) no me agarraron con fuerza, que por ejemplo, el chico con el que yo me estaba dando un beso me tenía la mano agarrada y llevábamos todo el rato, o sea, estuvo dándome la mano, entonces tampoco me hizo daño por decirlo así; tiraron de mí para entrar pero no con violencia " y reconoce que subió la escalera sin que nadie tirara de ella, ni la agarrara, así como que " Cuando me meten en el portal con esa brusquedad, siento en plan de ¿cómo decirlo? no miedo, ni intimidación, pero... me sorprende ".

Negó rotundamente que la hubieran tirado al suelo y su afirmación de que le habían arrancado la riñonera y un jersey y los tiraron al suelo quedó negada y modificada del siguiente modo: " noté como me desabrochaban la riñonera porque yo la llevaba así cruzada; noté cómo me desabrochaban la riñonera, cómo me quitaban el sujetador porque, al ser sin tirantes simplemente había que quitar el clip y ya está, y me desabrochaban el jersey que yo llevaba atado a la cintura ".

El Letrado del Ayuntamiento de Pamplona le preguntó expresamente : "Vamos a ver, volviendo a todo el tema del portal, una vez que... una única cuestión... usted... ¿le arrancaron la riñonera?" y su respuesta fue: "Yo la llevaba cruzada, entonces cuando me la pongo, me la pongo, así como por encima, como un jersey, y el clip está atrás, me lo pongo atrás; pues me lo desabrocharon y la tiraron", quedando así eliminada la violencia o fuerza ínsita en el significado del verbo "arrancar".

Del contraste entre la versión mantenida en su denuncia y en su comparecencia ante el Magistrado-Juez instructor y la que se desprende de su declaración en el plenario resulta obvia y extraordinaria la diferencia cualitativa y sustancial entre unas y otra, y que no afecta solo a meras variaciones de detalle o aspectos puramente accesorios, como viene a sostenerse en la sentencia de la que discrepo. En la primera, como ya se ha dicho, inequívocamente se describe el empleo de la violencia ya desde los momentos previos al desenlace de los hechos enjuiciados, desde incluso una no desdeñable distancia antes de llegar al portal en el que tales hechos sucedieron, llegando incluso la testigo a afirmar que opuso resistencia. Todo ello daba pleno sentido a su manifestación (en la denuncia) de que " estaba bloqueada debido a la situación ", pues tal bloqueo se expresa como consecuencia inmediata y directa al previo empleo de la violencia contra ella, aunque es extraordinariamente llamativo que ni en su denuncia, ni en la posterior declaración judicial refiera haber sentido miedo o temor de ninguna clase, como si hará en juicio (aunque sin demasiado énfasis tampoco). Tampoco fue preguntada a este respecto, si bien es cierto que la violencia con la que relató que sucedió todo hacía innecesaria cualquier indagación en ese sentido, pues sería natural que lo sintiese una joven que es arrastrada desde la calle y por la fuerza dentro de un portal mientras se resiste a ello; a la que se le tapa la boca continuamente para que no grite; y que es lanzada al suelo y sujetada por cinco varones que de tal modo la fuerzan a plegarse a las sucesivas demandas sexuales de todos ellos; todo lo cual, conforme a su inicial versión haría plenamente comprensible el bloqueo emocional que refiere haber sufrido como consecuencia de la situación que relató, así como la afirmación de que la única reacción de la que fue capaz fue la de someterse, plegarse a lo que allí estaba sucediendo y esperar a que todo pasara, pues el temor a que quien ya había usado de tal modo la fuerza contra ella la repitiera o intensificara resultaría ineludible.

Sin embargo, nada de esto fue escuchado en la sala de vistas durante su declaración en el plenario. Por el contrario, su afirmación fue que no la forzaron; que no intentó zafarse, ni huir; que no gritó; que no le taparon continuamente la boca, ni la tiraron al suelo; su novedosa versión, en definitiva, contradice frontalmente su denuncia inicial, ratificada al día siguiente a presencia judicial. Que indicara que entró al portal, más dirigida que forzada, y que lo que pensó es que lo hacían para fumar un porro, da por otro lado idea de que, al margen de cuales fueran las motivaciones o las intenciones de los demás, el ambiente que había entre ellos era en apariencia cuando menos amigable y sin asomo de hostilidad o conminación por parte de los cinco acusados, pues de otro modo no se explica que ella voluntaria y confiadamente llegara hasta el cubículo. Pero esto a su vez hace difícil la explicación de que ante los primeros intentos de acercamiento sexual sintiera una intimidación o temor de tal intensidad que la paralizase por completo y no fuese capaz de expresar la más mínima palabra, el más mínimo gesto, ni realizar siquiera un mínimo movimiento que denotase, al menos, su perplejidad ante lo que estaba aconteciendo; que sea incapaz incluso de hasta hacer el gesto instintivo de sujetarse la ropa que le están quitando; explicación que pese a que le fue requerida en juicio no supo dar, como tampoco fue capaz de explicar cuál fuera el mal al que temiera si de cualquier modo, por leve que fuera, mostraba su negativa a participar en lo que allí sucedió.

Quizás parezca un detalle irrelevante, pero sorprende que ante el Magistrado-Juez instructor manifestara que tras cruzar la puerta del portal " ellos dejaron los vasos de cubata y la llevaron hacia la parte de atrás del portal ", lo que dejaría las manos de los acusados libres para "seguir" agarrándola, como se viene a afirmar en los escritos de acusación. Pero la investigación ha revelado que los vasos fueron abandonados y que se recogieron por la Policía Nacional cuando los encontraron, no en el portal, sino al fondo del cubículo donde sucedieron los hechos y así llegó a manifestarlo también la denunciante en su declaración ante el tribunal cuando el Ministerio Fiscal le preguntó dónde estaba su riñonera cuando, después de marcharse los acusados, ella la recogió, al decir que " la riñonera estaba al lado de unos vasos de cubata ".

En definitiva, todos sus recuerdos están confusos y en lo que se puede constatar resultan, además, muchas veces equivocados.

En cuanto a las concretas felaciones o penetraciones, tanto anales como vaginales, tampoco pudo precisar cuántas ni quiénes la realizaron, ni cabría esperar que pudiera hacerlo, ni que fuera capaz de hacer un relato minucioso y detallado. Constan en cualquier caso reconocidas y acreditadas las que tanto en la sentencia mayoritaria como en este voto particular se declaran probadas.

Mantiene que no consintió, o, por mejor decir, que actuó sometida, pero ya no como consecuencia de la violencia o intimidación que se hubiera ejercido sobre ella y que desmiente, sino que fue consecuencia de un estado de "shock" sobrevenido que le impidió no solo

reaccionar, sino exteriorizar cualquier clase de negativa que permaneció en su fuero interno, tratando de reforzarla diciendo que estuvo todo el tiempo con los ojos cerrados salvo en tres ocasiones. No acierto a ver la relevancia que las acusaciones y la sentencia mayoritaria quieren dar a este hecho, ni el interés de la denunciante en remarcarlo. Resulta obvio que supo dar razón de los tatuajes de los acusados y supo igualmente dar respuesta a preguntas como si había o no había luz en el portal. Su consentimiento no sería mayor, ni menos creíble la falta de consentimiento, de haber afirmado que no cerró los ojos. Se pretende sostener que durante todo el intervalo de tiempo que duraron los hechos, 15/20 minutos, permaneció con los ojos cerrados y se afirma que, al menos en los 96 segundos que duran los videos grabados por los acusados, aparece con los ojos cerrados; pero lo cierto es que, por lo que hace a los mismos y considerando que las imágenes de la denunciante se obtienen desde un plano superior a ella, tanto puede afirmarse que está con los ojos cerrados, como que los tenga entornados y lo relevante a mi juicio no es esto, sino la innegable expresión relajada, sin asomo de rigidez o tensión, de su rostro que impide sostener cualquier sentimiento de temor, asco, repugnancia, rechazo, negativa, desazón, incomodidad..., y que resulta incompatible con la situación que dice estar viviendo y que según afirma la dejó paralizada.

Mantiene igualmente que no hizo nada, que no dijo nada, que no participó activamente de ninguna manera. Cuando se le puso de manifiesto, como actitud proactiva por su parte, que había realizado movimientos masturbatorios en el pene de uno de los acusados, sorprendentemente respondió que pudo haberlo hecho " por instinto " (expresión exactamente coincidente con la sugerencia que los policías NUM064 y NUM065 realizan en su informe pericial para tratar de justificar esa acción por parte de ella) y reconoció que su abogado le había informado del dictamen pericial que obra en los Anexos A y B, provocando nuevamente con ello la sensación de acomodar su relato al contenido previamente conocido de la causa.

Y enlazando con ello, la denunciante negó en juicio que los acusados se fueran del portal corriendo, asegurando, por el contrario, que salieron rápida y escalonadamente, dejando ver que también en ese extremo había tomado conocimiento de la causa y acomodaba su relato a su contenido (orden de aparición de los acusados en la AVENIDA001 según las cámaras de vigilancia y seguridad); pues si su percepción fue, como consta en su denuncia, que salieron corriendo del portal, no se acaba de entender por qué ha cambiado su versión inicial en el acto del juicio oral.

En cualquier caso, aun cuando prescindiéramos de todas las dudas que suscita el testimonio de la denunciante y aceptáramos su declaración sin cuestionarla, lo que sin duda resulta de ella en cuanto al hecho nuclear de la acusación es que su voluntad de no mantener las relaciones sexuales que tuvieron lugar en el portal quedó completamente silenciada en su fuero interno y no fue transmitida, insinuada, ni comunicada de ninguna manera, en absoluto. Ni siquiera tácitamente, porque su sometimiento, si fue tal, se tradujo en tal apariencia de aceptación que no permite establecer que pudiera siquiera ser percibido o intuido por los acusados; máxime si, como luego se expondrá con detalle al analizar la prueba pericial, un acreditado Médico Psiquiatra, experto en valorar la mente y la conducta humana, ha afirmado bajo juramento que no ve en las imágenes ni el bloqueo, ni la pasividad que se alega.

Consecuencia de cuanto acabo de exponer resulta que la persistencia en la declaración de la denunciante resulta, a mi juicio, quebrada de forma insalvable.

F).- Verosimilitud del testimonio.

Corresponde ahora analizar la verosimilitud de la declaración de la denunciante (su credibilidad objetiva que debe estar basada en la lógica de la declaración - coherencia interna- y en el suplementario apoyo de datos objetivos de corroboración de carácter periférico - coherencia externa-), si bien, como ya se ha señalado, al no tratarse (los parámetros de valoración de su testimonio) de compartimentos estancos, muchos de los aspectos de este criterio (especialmente en lo que concierne a su coherencia interna) ya han sido examinados con anterioridad, por lo que centraré mi atención en el análisis de su coherencia externa conforme a los posibles datos objetivos de corroboración de carácter periférico que de las pruebas practicadas se desprendan.

F.1- Declaraciones testificales

A estos efectos, la sentencia mayoritaria, invocando el criterio expuesto en la STS 2ª 793/2017 de 11 de diciembre, da cuenta de las declaraciones testificales prestadas en el acto del juicio por las primeras personas que atendieron a la denunciante cuando se encontraba en un banco de la AVENIDA001 y por los primeros agentes de la Policía Municipal que acudieron al lugar, infiriendo de ellas que desde el primer momento, " la denunciante" refirió a las personas que le atendieron y los agentes que intervinieron que había sufrido una actuación atentatoria a su libertad sexual a la que ella no había prestado aquiescencia, por parte de cuatro varones - resaltamos que a lo largo de todas sus declaraciones en sede policial, judicial y en el acto del juicio oral, con la natural precisión de que a esas alturas del proceso, sabía que eran cinco los procesados -, mantuvo que dicha actuación atentatoria se había llevado a efecto por cuatro personas, lo que refuerza la consideración de la intensidad del impacto emocional producido por la actuación de los procesados.

Sin embargo, creo importante subrayar que la Sentencia del Tribunal Supremo citada, en relación a los testimonios de referencia a que se refiere hace especial hincapié en el carácter "espontáneo" del relato de la víctima, algo que, en el caso que nos ocupa, no se ha producido,

pues ya desde un principio se echa en falta tal relato libre y espontáneo por parte de ella en lo que al núcleo del hecho delictivo imputado se refiere, ya que, salvo algún retazo que los testigos pudieron oír, se limitó a ir asintiendo a las preguntas que los propios testigos le iban formulando. Y esos retazos a los que me refiero, también fueron negados en el plenario.

-Así, en primer lugar, Dña. Regina y D. Moises (sesión del 14 de noviembre), quienes mantuvieron lo declarado en instrucción (folios 926 y 936 de los autos) y declararon en forma coincidente que se acercaron al banco de la AVENIDA001 alarmados por la amargura con la que escucharon llorar a la denunciante; que no les pareció un llanto fingido, que lo primero que la chica les manifestó fue que le habían robado el móvil y que posteriormente la oyeron decir que cuatro chicos y pensaron que había algo más grave; que les dio a entender que había algo más; que balbuceaba y solo decía palabras sueltas; que les dijo que habían abusado de ella 4 chicos o algo parecido; y que no le vieron marcas ni se quejaba de ningún dolor.

-Seguidamente, llegó al lugar de los hechos la Agente de la Policía Municipal nº NUM024 (sesión del día 15 de noviembre), declarando que acudió andando a la AVENIDA001 en la noche de autos. Afirmó que lleva 17 años en el cuerpo y debido a que tiene mucha experiencia en casos como estos creyó a la denunciante en cuanto le decía, que no hablaba de forma fluida, que le afirmó que la obligaron a entrar en el portal, que ella empezó a gritar y que le taparon la boca, que se despertó desnuda y que se sentaron a tomar una copa en un rellano o recoveco junto a CALLE002 nº NUM006, y luego uno de ellos consiguió entrar al portal . Añadió que respondía de forma contundente cuando decía que la obligaron, que le taparon la boca y que gritaba. Señaló también que, en algún momento, le dijo que le habían robado el móvil aunque no era lo que más le preocupaba y tampoco le manifestó que quisiera comunicar con nadie; si indicó que la chica estaba preocupada y le dijo: "¿ Cómo se lo voy a decir a mi madre ?".

-El Agente de la Policía Municipal nº NUM025 (sesión del día 15 de noviembre), declaró que acudió al lugar de autos junto con la agente anterior, minutos después de haberse producido los hechos. Afirmó que la chica dijo que la habían metido por la fuerza en el portal, que la sujetaron entre los cuatro y que, después de los hechos se había despertado desnuda y sola. Igualmente afirmó que la denunciante no le pidió que llamara a nadie. Como su compañera, afirmó que apreció unas ligeras marcas en la cara a la altura de la mandíbula, marcas de presión que, al igual que su compañera, no hizo constar en su comparecencia sin que diera explicación a la omisión más allá de reconocer que debería haberlo hecho constar porque, al menos en juicio, lo consideró un dato importante; marcas que, por lo demás, no se apreciaron en el reconocimiento médico.

-El Cabo de Policía Municipal número NUM066 que compareció el día 16 de noviembre declaró que fue el encargado de tomar las comparecencias a sus compañeros y afirmó que, cuando se trata de delitos graves tratan de hacerlo bien y recoger las comparecencias con el mayor detalle. En el informe médico correspondiente al reconocimiento médico al que fue sometida la denunciante dos horas después de los hechos no se apreciaron marcas de ninguna clase en la cara. En el mismo sentido se pronunció el Jefe de Policía Municipal quien afirmó el día 17 de noviembre que las comparecencias de los agentes en San Fermín deben hacerse como el resto del año.

-El Agente de la Policía Municipal nº NUM026 (sesión del 15 de noviembre), acudió junto con el subinspector nº NUM027 a la AVENIDA001 la noche de autos casi inmediatamente después de suceder los hechos. Señaló que la denunciante afirmó que la habían obligado a entrar por la fuerza en el portal, sin explicar nada de lo ocurrido en el interior. No apreció marcas en la cara, ni ningún otro signo de violencia y tampoco escuchó que la denunciante se quejase de dolor.

- El Subinspector de la Policía Municipal nº NUM027 (sesión del 15 de noviembre), acudió al lugar de autos junto con el agente anterior, minutos después de haberse producido los hechos. Pese a que no habló con la chica, señaló que no le vio marcas en la cara. No habló con ella.

En definitiva, la pareja de jóvenes que se acercaron a auxiliar a la denunciante alarmados por su llanto, así como los cuatro experimentados agentes de la autoridad que asistieron a la denunciante a los pocos minutos de ocurrir los hechos, (y lo mismo vinieron a declarar las dos Trabajadoras Sociales que acompañaron a la denunciante), afirmaron con firmeza que no dudaron en creer a la denunciante cuando les transmitió, no que " había sufrido una actuación atentatoria a su libertad sexual a la que ella no había prestado aquiescencia " como expresa la sentencia mayoritaria, sino que un grupo de jóvenes habían usado la fuerza contra ella para introducirla contra su voluntad en el portal y que dentro la habían agredido sexualmente. El hecho de que todos esos actos de fuerza como haber sido agarrada, su infructuosa resistencia, la introducción por la fuerza en el portal; otros, de menor relevancia, como el que bailara con ellos o se detuvieran a beber antes de entrar al portal o aquellos más llamativos como la afirmación de que se hubiera despertado desnuda y sola, fueron uno a uno negados con firmeza en juicio por la propia testigo de cargo que de ese modo, deja vacíos de eficacia corroboradora todos los testimonios que se acaban de analizar.

A este respecto, en su valoración de estos testimonios de referencia, la sentencia mayoritaria, que detecta las contradicciones -a mi juicio evidentes- trata de justificarlas recurriendo, de un lado, como ya se ha señalado, a las circunstancias personales de abatimiento, confusión, tensión y agobio de la denunciante (sin explicar por qué en virtud de las mismas se desechan únicamente las manifestaciones

que favorecerían a los acusados y se dan por buenas solo aquellas otras que redundan en su perjuicio), y de otro, a la genérica mención que el Médico Forense D. Luis Pedro hizo de la "literatura científica" para explicar que " ocurre con cierta frecuencia " que " la víctima relate hechos aislados, pero no tenga digamos relato continuado en estos primeros momentos lo que realmente ocurrió y puede haber fases digamos de ciertas lagunas "; pero no se cuestiona esto, sino que aquellos hechos aislados que efectivamente explica, por más que su relato sea discontinuo o con lagunas, resulte radicalmente opuesto y distinto a lo que finalmente vino a mantener en juicio. Y cuando en la sentencia mayoritaria se enfatiza y reitera cómo todos esos testigos que inicialmente atendieron a la denunciante, incluidas las trabajadoras sociales que le dieron apoyo los días 7 y 8 de julio, explicaron que se encontraba muy afectada emocionalmente (algo que también considero acreditado sin necesidad de mayor esfuerzo argumental), tampoco explica por qué solo se valora como posible la hipótesis contra reo de que hubiera sufrido un abuso sexual, sin llegar a expresar cuáles sean las razones por las que no se ha planteado, siquiera, como posible que todo ese estado emocional que se refiere hubiere podido tener su origen en otra posible causa.

-El Subinspector de la Policía Municipal nº NUM030 (sesión del día 16 de noviembre) y la Agente de la Policía Municipal nº NUM028 (sesión del día 23 de noviembre).

La agente NUM028 recibió y redactó la denuncia, mientras el agente NUM030 permanecía como manifestó "en la sombra". Ambos afirmaron que cuanto consta en la denuncia fue aceptado y firmado por la declarante después de leer y matizar bien su contenido. El contenido de la denuncia y las apreciaciones sobre ello ya se han hecho constar.

Como ya se ha ido destacando la extraordinaria diferencia de calidad entre la agresión violenta que se transmitió en la denuncia y lo que describió la denunciante en el juicio, negando el uso de la fuerza para transformarlo en supuesto "shock", resultan versiones indiscutiblemente contradictorias, máxime si consideramos que no se aportó ninguna razón, ni la menor explicación que de algún modo pudiera dar sentido a un cambio de versión de tal magnitud y nuevamente cercena cualquier eficacia corroboradora del testimonio de los agentes NUM030 y NUM028 a los efectos que estamos examinando.

- El Agente de la Policía Municipal Nº NUM029 (sesión del día 16de noviembre), declaró que acompañó a la denunciante a encontrarse con su amigo Jorge en el coche. Más tarde volvió a buscarla para llevarla a Servicios Sociales y de nuevo al Hospital, para finalmente y en compañía de la trabajadora social Dña. Caridad trasladarla al piso de acogida.

Este testimonio resultó irrelevante al objeto de arrojar luz acerca de la acreditación o no de la concurrencia o falta de consentimiento válido por parte de la denunciante, aunque sí arrojó luz respecto a otros extremos que se valorarán más adelante.

-El Agente de la Policía Municipal Nº NUM032 (sesión del 17 denoviembre) fue el encargado de estudiar los posibles recorridos que acusados y denunciante pudieron haber hecho aquella noche. Indicó que el recorrido que se hizo constar en la denuncia fue descartado como imposible y que el camino lógico para dirigirse al DIRECCION005 es la C/ CALLE005. Consideró que CALLE001 no es un camino lógico si uno quiere ir al DIRECCION005 y que la C/ AVENIDA000 está más iluminada y es más segura que CALLE002.

Este agente corrobora que el recorrido que la denunciante indicó en su denuncia (AVENIDA000 DIRECCION039, desvío a la izquierda hasta el Hotel DIRECCION015, regreso a AVENIDA000 continuando hacia DIRECCION018 y giro a la izquierda para tomar la C/ CALLE004) y que, abstracción hecha de los nombres de las calles u hoteles, es coincidente con el que dijo que recordaba en juicio (al afirmar: " O sea, para mí el recorrido era recto, hacia la izquierda hacia el hotel DIRECCION015, volver para atrás, para la calle grande, recto, girar hacia la izquierda porque giro hacia la izquierda porque yo empiezo a sentirme incómoda, entonces decido girar "), no responde a la realidad del itinerario que siguieron aquella noche, manifestando que si la intención era dirigirse al coche aparcado en el DIRECCION005, tomar la CALLE001 no resulta razonable, ni la dirección correcta. Puesto ello en relación con la afirmación hecha en juicio cuando manifestó: " Entonces seguimos andando y ya hubo un momento en el que yo dije: girando hacia la izquierda se llega antes al coche " y a continuación hace un giro de 90 grados a la izquierda para tomar la C/ CALLE002, permite concluir que la denunciante era consciente de que no se dirigían al coche antes de tomar esa calle y que lo que motivó tal giro, ya no sería su voluntad de llegar al coche como afirma, sino, como también declaró, deshacerse de la compañía del acusado que la incomodaba. Sorprendentemente, solo unos pasos más adelante, la incomodidad desapareció de modo inexplicable e inexplicado.

Nuevamente debemos concluir la ausencia de efecto corroborador del testimonio del agente NUM032 respecto a lo declarado en juicio por la denunciante.

- Dña. Caridad (Trabajadora social delAyuntamiento de Pamplona), prestó declaración en la sesión del 17de noviembre) .

La testigo comenzó su declaración explicando que fue avisada sobre las 10 de la mañana del día 7 de julio de 2016; que acudió a dependencias de Policía Municipal sobre las diez y media o las 11 de la mañana y que allí le hicieron saber que se había producido una violación.

Resultó evidente a lo largo de toda su declaración que asumió la violación así comunicada por la policía como una certeza y en base a ello interpretó cuanto percibió o le comunicó la denunciante. Con una experiencia profesional de 32 años, afirmó que su impresión fue que la denunciante no fingía y que ha seguido manteniendo contacto con la misma y con su familia.

La posible eficacia corroboradora de su testimonio respecto de la declaración prestada por la denunciante adolece de los mismos defectos ya señalados anteriormente respecto de los primeros testigos que acudieron al lugar en que se encontraba la denunciante.

Por otro lado, su testimonio tampoco coincide con lo declarado por la denunciante en juicio, pues mientras la Trabajadora Social dijo que la denunciante le contó a Jorge lo sucedido en cuanto se encontró con él en el DIRECCION005, y que el chico se quedó paralizado, lo que aquella explicó al Tribunal fue que al llegar al coche se limitó a decir a Jorge : nada, Jorge, me han robado el móvil" y me dice "pero, ¿todo bien?" y le digo, "si, si, no te ralles y no fue hasta un buen rato después, ya en el piso, cuando le explicó lo ocurrido; y respecto a la llamada a sus padres, frente a la manifestación de la Trabajadora Social de que " Sí, ella me dice que va a ser ella la que va a comunicar a los padres, les llama, pero no es capaz de... tiene una crisis de ansiedad muy grande; entonces yo termino hablando con los padres y diciéndoles un poco lo que ha pasado y diciéndoles que vengan a Pamplona porque es importante que acompañen a su hija ", lo que explicó la denunciante fue: " Y entonces cojo su móvil, llamo ami madre y le digo "mamá, ehhh..., que me han robado el móvil pero que está todo bien, no te preocupes y ya después, cuando eh... me dice la policía que nos van a llevar a un piso, yo le digo a Jorge : "luego te cuento" en plan, no te lo voy a contar ahora, quiero contártelo un poco más relajado todo; pero hasta... pero yo no se lo cuento bien hasta que yo me... después de ducharme." Así como que: " a mis padres no les digo eh... es que no sé exactamente lo que les dije, pero no les dije... les dije: mamá y papá, aparte de que me han robado el móvil... y me dijo mi padre algo y le dije "pues han venido cuatro chicos y me ha pasado esto ". A la pregunta de si la trabajadora social había hablado con sus padres, dijo no recordarlo y en ningún momento mencionó que hubiera tenido que ceder el teléfono a esta o al Policía que las acompañaba al verse impedida por la ansiedad de la posibilidad de continuar la conversación que mantuvo con sus padres.

Por lo demás, la manifestación de la Sra. Caridad de que " sabe que ha tenido que dejar los estudios, ha recibido y continúa recibiendo tratamiento psicológico desde el mes de septiembre de 2016 " contrasta con el hecho de que nada al respecto se haya acreditado en el juicio.

En consecuencia, nada puede obtenerse de este testimonio en apoyo de los hechos que mediante el mismo se pretendió acreditar por las acusaciones.

-Dña. Marta (Trabajadora social delAyuntamiento de Pamplona) , prestó declaración en la sesión del 17de noviembre.

Estuvo acompañando a la denunciante el día 8 de julio de 2016. Manifestó que encontró a la denunciante tranquila y en compañía de sus padres pero que entró en crisis, a llorar y temblar, cuando el Policía Municipal le comunicó que tenía que acudir al Juzgado de Guardia a declarar esa tarde.

Sobre esta reacción, que no puede tomarse como elemento corrroborador de los hechos ya denunciados ante la Policía Municipal, llama la atención que, si ya fue informada la denunciante por la otra Trabajadora Social el día anterior de que no se fuera de Pamplona hasta hablar con el juez, la confirmación de esa noticia le ocasionase semejante crisis, aunque se produjera.

Lo que sucede es que no cabe extraer de ello valor probatorio reseñable, pues no sirve para reforzar aquella primera declaración en cuanto al hecho de haber sufrido una agresión sexual, amén de que tampoco resulta irrazonable pensar que afrontar una declaración judicial en estas circunstancias también podría provocar una reacción similar, especialmente cuando iba a ratificar una agresión sexual que, a la postre, a juicio de este Tribunal, no ha sido acreditada, por más que así lo hubiere percibido la denunciante inicialmente.

Finalmente, declaró que la denunciante fue informada por la Policía Municipal de la posibilidad de contar con asistencia letrada para la declaración, cosa que aceptó y dijo desconocer que la testigo hubiera renunciado a la asistencia psicológica.

-D. Marco Antonio, Portero del Hotel DIRECCION026, (sesión del 16 de noviembre).

Además de lo que anteriormente ya se ha reseñado acerca de este testigo, manifestó que la noche de autos, el grupo de chicos con acento andaluz fue el único que se acercó en toda la noche y nadie más pidió una habitación por horas. Que, al momento de prestar declaración judicial, alguno le sonaba, aunque no estaba seguro y que la chica iba con ellos y permaneció a unos 3 ó 4 metros de donde él se encontraba, aunque no pudo afirmar si escuchó o no la conversación; que todos iban " medio ciegos y contentos " y que no hablaban bajo. Explicó que la recepción del hotel DIRECCION026 está en la planta 1ª, subiendo las escaleras y que él se encontraba abajo.

No se aprecia en el testigo razón alguna para dudar de la veracidad de su testimonio, por lo demás concordante con lo que en su momento declaró en la instrucción. La manifestación de la denunciante en su denuncia de que el portero del hotel no les permitió el paso por no estar en su lista de clientes coincide plenamente con lo que el Sr. Marco Antonio explicó en su declaración obrante al folio 1068 del

Tomo III de autos y lo que dijo en juicio, lo que lleva a pensar que, efectivamente, la denunciante y los acusados se detuvieron en la puerta del Hotel DIRECCION026 aquella noche; la declaración de la denunciante sobre este extremo, por el contrario, no puede tenerse por firme y persistente, sino por contradictoria, como ya ha sido analizado anteriormente .

La descripción que el Sr. Marco Antonio dio de la chica que iba con los acusados no coincide con la denunciante, pero carece de relevancia alguna a la hora de afirmar como probado que estuvieron en la puerta del hotel; en tal sentido se mostró firme al afirmar que ningún otro grupo de personas se acercó esa noche al hotel; que los rasgos que proporcionó sobre la denunciante (DIRECCION032) no coincidan con su apariencia física, transcurrido casi un año y medio desde que la vio, no desmerecen su testimonio como parece pretender la sentencia mayoritaria al desvincular, por omisión, que ella también iba con el grupo de sevillanos, algo que por lo demás ella misma reconoció.

-Dña. Emma, vecina de CALLE002 nº NUM006. (sesión del 16 de noviembre).

Su declración ya ha sido anteriormente analizada con ocasión de otros testimonios; baste destacar que aun cuando esta testigo dijo que no vio a nadie en la calle, todo parece indicar que al menos había un grupo de personas pendientes de su entrada al portal, por más que no reparara en ellas por el motivo que fuera y que bien pudo deberse a la precaución de aquellas para no ser descubiertas.

Las testificales que se acaban de reseñar, lejos de servir como prueba que corrrobore la declaración de la denunciante prestada en el acto del juicio oral, la cuestiona seriamente en cuanto ponen de manifiesto las verdaderas contradicciones en que ha incurrido.

Así, todos los testimonios que otorgaron plena credibilidad a cuanto la denunciante les transmitió inicialmente hubieran podido tomarse, ciertamente, como elementos de corroboración periférica o refuerzo de aquélla en el caso en que dicha denunciante hubiese mantenido en juicio la misma versión de los hechos que expuso en su denuncia inicial y ante el Magistrado-Juez instructor.

Sin embargo, tal eventual virtualidad probatoria ha quedado desbaratada por completo en el plenario por la propia declaración prestada por la denunciante.

A este respecto, como recuerda la STS núm. 366/2016 , de 28 deabril (RJ 2016/2031), con cita de la STC 57/2013 (fundamento sexto), la declaración del testigo de referencia puede ser legítimamente valorado, aunque solo tenga como función argumental reforzar o restar credibilidad a dicha incriminación, pero no sustituirla", añadiendo que dicho testimonio de referencia "sobre lo que el testigo directo manifestó no cumple otra función probatoria que conformar el debate y formar convicción sobre la credibilidad del testimonio directo, que - como dijimos- es la verdadera prueba de cargo".

Y, prosigue, Nuestra jurisprudencia (últimamente SSTS 144/2014, 157/2015 o 229/2016) "aun reconociendo efectos probatorios al testimonio de referencia, viene señalándole unos límites, entre los cuales se encuentra la imposibilidad de suplir un testimonio directo por el de mera referencia cuando ambos comparecen en juicio y declaran de forma discrepante ante el Tribunal. Sólo faltando el testimonio presencial o directo por causas debidamente acreditadas podrá someterse su declaración sumarial a contradicción, al menos parcial, mediante el testimonio de referencia (STS núm. 1031/2013, de 12 de diciembre). Aunque no existe una regla de prueba tasada por la que en esos casos haya de otorgarse necesariamente mayor valor a la declaración del testigo directo, sí venimos sosteniendo que, si bien la declaración del testigo de referencia puede resultar útil para establecer el grado de credibilidad del testigo directo, un testigo de referencia no puede aportar sobre el hecho sucedido mayor demostración que la que se obtendría del propio testimonio referenciado, porque lo que conoce solamente son las afirmaciones oídas de éste (STS núm. 854/2013, de 30 de octubre, por remisión a la STC núm. 155/2002). Quiere ello decir que la certeza de que el testigo directo hizo ciertas afirmaciones ante el testigo de referencia es lo que, a lo sumo, puede tenerse por completamente veraz de lo declarado por éste. Subsiste, sin embargo, la necesidad de ponderar y valorar el testimonio directo para determinar aquel hecho que se pretende averiguar. Los testimonios de referencia, aun admitidos en el art. 710 LECrim, tienen así una limitada eficacia demostrativa respecto al hecho delictivo en sí, pues pasar directamente de lo declarado por el testigo de oídas a tener por probado sin más lo afirmado por aquél a quien se oyó equivaldría a atribuir a aquél todo crédito probatorio privilegiando una narración extraprocesal sustraída a la inmediación y a la contradicción. Por tal motivo se dice que el valor del testimonio de referencia es el de prueba «complementaria», que refuerza lo acreditado por otros elementos probatorios, o bien el de prueba «subsidiaria» a considerar solamente cuando es imposible acudir al testigo directo por desconocerse su identidad, haber fallecido o cualquier otra circunstancia análoga que haga imposible su declaración testifical (STS núm. 129/2009, de 10 de febrero). Incluso en este caso resulta evidente la debilidad demostrativa del testigo de referencia para sustentar por sí solo un pronunciamiento de condena, por la misma naturaleza indirecta o mediata de la fuente de su conocimiento respecto al hecho delictivo, y siempre condicionada en cuanto a su credibilidad a la que hubiera de merecer el testigo directo que no puede ser interrogado y oído a presencia del Tribunal.

En el caso enjuiciado, no cabe, por tanto, acudir a los testimonios de referencia para tratar de salvar la falta de persistencia, las contradicciones, ambigüedades, falta de recuerdos o falta de lógica en las declaraciones prestadas en juicio por la denunciante.

Por lo demás, durante el interrogatorio de los testigos cuyo testimonio se acaba de analizar, excepción hecha de la pareja que primeramente asistió a la denunciante, fue perceptible claramente cierta predisposición contra los acusados, que se manifestó no tanto cuando declararon exclusivamente respecto a los hechos de los que tuvieron conocimiento propio, como cuando contestaron a aquellos aspectos respecto de los que se permitieron en juicio preguntas dirigidas a conocer su opinión sobre la credibilidad de lo transmitido por la denunciante; transmitiendo, a su vez al tribunal, so pretexto de su respectiva experiencia profesional, que no albergaban ninguna duda de que lo que la denunciante les relató fue que había sido víctima de una agresión sexual; amén de resultar también patentes las reticencias con que contestaban a las preguntas formuladas por las defensas. Paradójicamente, todas aquellas manifestaciones de la denunciante que no dudaron en creer fueron desmentidas por esta ante el Tribunal.

Por todo ello, no puedo compartir el criterio mayoritario cuando afirma: " estas especificaciones, no nos impide apreciar la persistencia material en la incriminación, en el sentido antes señalado de su constancia sustancial; son coincidentes en el aspecto esencial que en todo momento y desde sus primeras manifestaciones, ante las personas y agentes que le atendieron ha mantenido, relativo a que las relaciones de contenido sexual se tuvieron en un contexto subjetivo y objetivo de superioridad, configurado voluntariamente por losprocesados, del que se prevalieron, de modo que las prácticas sexuales se realizaron, sin la aquiescencia de la denunciante en el ejercicio de su libre voluntad autodeterminada, quien se vió así sometida a la actuación de aquellos. " Y ello, por lo extraordinariamente forzado que resulta el intento de rescatar de dichos testimonios siquiera un hilo común que les dé sentido. Hasta tal punto, en su conjunto, quedaron desmentidos por la denunciante en el plenario que ese mínimo denominador común que extrae la sentencia mayoritaria, no puede siquiera ser expresado con palabras o expresiones que los propios testigos hayan aportado y se ha de recurrir a la elaborada afirmación de que todo sucedió " sin la aquiescencia de la denunciante en el ejercicio de su libre voluntad autodeterminada" para suplir el vacío informativo que resulta al quedar desprovisto el testimonio de los testigos de todo aquello que declararon y que la propia denunciante no suscribió.

Como tampoco puedo compartir la sentencia mayoritaria cuando insiste en que " Es inocultable que la denunciante, se encontró repentinamente en el lugar recóndito y angosto descrito, con una sola salida, rodeada por cinco varones, de edades muy superiores y fuerte complexión; al percibir esta atmósfera se sintió impresionada y sin capacidad de reacción", pues se omite el necesario razonamiento probatorio que sustente dicha afirmación.

O este otro pasaje de la sentencia mayoritaria, cuando afirma que la denunciante " experimentó la sensación de angustia " y que " Sintió un intenso agobio y desasosiego, que le produjo estupor y le hizo adoptar una actitud de sometimiento y pasividad, determinándole a hacer lo que los procesados le decían que hiciera, manteniendo la mayor parte del tiempo los ojos cerrados.", pues, en mi opinión, resulta imposible identificar cuál es la fuente de conocimiento concreta de la que se obtiene tal inferencia, ya que la denunciante solo refirió angustia cuando afirmó que " me generaba mucha angustia pensar que los vídeos esos podían salir, podrían habérselos mandado a alguien y que esas personas podrían venir a mi casa a decirme algo o a cualquier lado en que yo estuviera tomándome algo con mis amigos " y las palabras " agobio ", " desasosiego " o " estupor " en ningún momento fueron pronunciadas por ella.

F.2 Los videos y fotografías obtenidos por los teléfonosmóviles de dos de los acusados y la prueba pericial practicadasobre ellos.

La práctica de prueba pericial sobre los vídeos que obran en la causa en relación a los hechos ocurridos en el portal nº NUM006 de la C/ CALLE002 fue acordada por auto del Magistrado Juez instructor de fecha 8 de agosto de 2016 y ampliada por autos de 16 de agosto y de 1 de septiembre de 2016 (f.811) para incluir en ella, respectivamente, el análisis sobre las dos fotografías, nominadas NUM067 e NUM068 así como el vídeo nominado como archivo NUM059 y respecto a todos ellos, al objeto de que " mediante el cotejo de los mismos con el resto del material probatorio obrante en autos o en dependencias policiales singularmente el resto del material videográfico y fotográfico obtenido en la investigación " se informara sobre " la coincidencia que pudiera existir sobre las personas grabadas en tales vídeos y los investigados " proporcionando " detalle sobre las acciones concretas sobre la víctima (...) que pudieran individualizarse mediante los referidos vídeos "

Fue practicada por el Inspector de Policía Foral nº NUM036 y por el Subinspector nº NUM037 del mismo Cuerpo policial. Ambos, el primero con fecha 10 de agosto de 2016 y el segundo con fecha 29 de septiembre de 2016, comparecieron ante el Juzgado de Instrucción y aceptaron el cargo " bajo promesa de decir verdad ", añadiendo que actuarían " con la mayor objetividad posible, tomando en consideracióntanto lo que pueda favorecer como lo que sea susceptible de causar perjuicio a cualquiera de las partes ". Ambos manifestaron igualmente conocer las sanciones en que pudieran incurrir si incumplieran su deber de peritos. Su pericia finalmente quedó documentada en el Informe Pericial NUM023 (Anexo A de autos). Igualmente, ambos hacen constar al inicio de su informe (página 11 del Anexo A) que elaboran el mismo " sin realizar interpretaciones o elucubraciones subjetivas, basadas en opiniones o conjeturas personales. " (La negrita es mía).

El análisis y transcripción del sonido de los vídeos fue encomendado al Agente NIP nº NUM045 y se contó con la colaboración técnica del Agente NIP NUM069 que se encargó de aislar las pistas de audio y mejorar la calidad de los registros de voces y sonidos que se

escuchan. A este respecto debe reseñarse que dichas pistas de sonido no se han aportado ni han podido por ello ser escuchadas por el Tribunal.

El día de autos, en el lugar de los hechos, Aurelio grabó seis archivos de vídeo (NUM039 de 00:06 segundos de duración y creado a las 03:11:51 horas, NUM040 de 00:22 segundos de duración y creado a las 03:12:06 horas, NUM041 de 00:10 segundos de duración y creado a las 03:12:54 horas, IMG NUM042 de 00:14 segundos de duración y creado a las 03:13:34 horas, IMG NUM043 de 00:03 segundos de duración y creado a las 03:20:55 horas e IMG NUM044, de 00:02 segundos de duración y creado a las 03:21:01) y obtuvo dos fotografías (NUM057 e NUM058, obtenidas a las 03:26:03 horas), en tanto que Gabriel grabó un archivo de vídeo (archivo NUM059 de 00:39 segundos de duración y creado a las 03:15:32), ambos con sus respectivos teléfonos móviles. La duración total del espacio temporal grabado son 96 segundos y los diferentes archivos se obtienen en diferentes momentos del desarrollo de los hechos que tuvieron lugar en el portal de CALLE002 nº NUM006, obteniéndose el primero a las 03:11 horas y la última fotografía a las 03:26 horas, como se ha reseñado.

Tal elemento probatorio ha sido sostenido por las acusaciones como firme prueba de cargo, mientras que las defensas lo consideran elemento esencial en su descargo, y sobre el mismo se realizó en su momento el extensísimo informe NUM023 que obra en los Anexos A y B de autos, firmado por el Inspector de Policía Foral número NIP NUM036 y el Subinspector NIP NUM037 en cuanto al análisis, por fotogramas, de las imágenes obtenidas de los referidos vídeos y por el Agente de Policía Foral NIP NUM070, en relación con el informe sobre estudio y transcripción de los audios de los siete archivos de video analizados, con la colaboración técnica del Agente NIP NUM069 que se encargó de aislar las pistas de sonido y mejorar en lo posible los registros de voces y sonidos recogidos en las mismas. Todos ellos comparecieron a juicio en calidad de peritos los tres primeros y depusieron ante el Tribunal durante una sesión que se alargó durante toda la mañana del día 21 de noviembre.

Al respecto de dichos informes deben hacerse las siguientes consideraciones:

La valoración del contenido los referidos vídeos y fotografías compete con absoluta exclusividad al Tribunal y la prueba pericial practicada respecto a los mismos solo puede constituir una herramienta de auxilio en la función jurisdiccional.

El análisis que de las imágenes realizan el Inspector de Policía Foral número NIP NUM036 y el Subinspector NIP NUM037 adolece, en mi opinión, de una falta de imparcialidad que resulta imposible no apreciar, pues no solo queda patente en las valoraciones subjetivas, opiniones y conjeturas personales que los mismos dejaron expuestas por escrito en su informe, sino que igualmente quedó patente en Sala el día de su comparecencia a juicio. Y lo mismo puede predicarse de lo informado por el Agente de Policía Foral NIP NUM070. En todos ellos resultó perceptible que actuaron partiendo del prejuicio de culpabilidad de los acusados y han plagado sus informes y declaraciones ante el Tribunal no solo de las elucubraciones subjetivas que afirman evitar, sino de suposiciones sin sustento que dejaron evidente su esfuerzo por favorecer a las acusaciones en perjuicio de los acusados, recurriendo incluso a explicaciones e hipótesis que, por absurdas, resultan grotescas y ofensivas para la lógica y la recta razón. El Agente NIP NUM070 además y pese a afirmar que dispuso de pistas de sonido que le permitieron analizar los sonidos y conversaciones que señaló en el informe, no ha aportado dichas pistas a fin de que puedan ser contrastadas y valoradas por el Tribunal por lo que debe prescindirse de cualquier valoración de sonidos que no haya sido percibida por quien debe emitir juicio sobre ellas.

A pesar de que según afirmaron en juicio los peritos visualizaron las imágenes " cientos de veces ", en la sesión del plenario en la que comparecieron, las defensas pusieron de manifiesto un nada desdeñable cúmulo de acciones que los peritos no reseñan en su informe y que, sin embargo, reconocieron apreciar cuando en la sala se las pusieron de manifiesto con un solo visionado; resultó evidente además que su informe aparece plagado de valoraciones subjetivas en las que la hipótesis por la que se opta para tratar de justificar, esencialmente las acciones que se observan en la denunciante, es la que resulta más perjudicial para los acusados, llegando a reconocer en juicio que sus interpretaciones son susceptibles también de otra lectura sin que supieran explicar por qué en tal caso no la hicieron constar en su informe. Asimismo, resulta patente el modo en que se afanan por describir cada pequeño movimiento que perciben en los acusados, en tanto que se muestran mucho más laxos al describir las acciones de la denunciante aprestándose a buscarles justificación en cuanto perciben que pueden poner en duda la inactividad o pasividad de la misma que pretenden transmitir y recurren a verbos sugerentes de fuerza o dominio tales como agarrar, tirar, sujetar... cuando describen acciones de los acusados a pesar de que su conclusión final es la de ausencia de cualquier fuerza o violencia; de modo que se vieron obligados en juicio a tal cúmulo de matizaciones y rectificaciones que su informe no puede sino ser desechado. Que afirmen que, cuando la denunciante toma el pene de uno de los acusados y realiza movimientos masturbatorios sobre el mismo, quizá ocurrió que lo hiciera para no perder el equilibrio y evitar caerse es tan grotesco que hace innecesario abundar en su consideración; todo ello me lleva a prescindir de lo informado, más allá de los datos técnicos relativos a la identificación de los 7 vídeos y dos fotografías objeto de la prueba, su duración y el momento en que fue generado cada uno de los archivos.

Valorando pues en conciencia el contenido de los archivos de vídeo grabados el día de autos en el portal y las dos fotografías que obran

en la causa resulta imposible al contemplarlos sustraerse al hecho de saber que las personas que aparecen en el mismo se habían conocido diez minutos antes de sucederse los hechos que se observan, lo que aumenta la sensación de crudeza y desazón que suscitan sus imágenes, ciertamente de contenido perturbador. Lo que documentan las imágenes es sexo entre desconocidos, en el entorno clandestino y desapacible del rellano de un portal. Está acreditado que la denunciante en ese momento presentaba una tasa de alcoholemia superior a 1g/l y, aun cuando al respecto no se ha practicado prueba alguna, parece obvio que los cinco varones, en el grado que fuere, también estaban influidos por la ingesta de alcohol. Todos han afirmado que habían bebido, llevaban de fiesta desde el día anterior y el portero del hotel DIRECCION026 también manifestó que, según su apreciación, iban " medio ciegos " y en el portal fueron recogidos, por los agentes de la Policía Nacional que se ocuparon de su inspección, los grandes vasos con alcohol que portaban consigo al entrar en él esa noche.

No aprecio en los vídeos cosa distinta a una cruda y desinhibida relación sexual, mantenida entre cinco varones y una mujer, en un entorno sórdido, cutre e inhóspito y en la que ninguno de ellos (tampoco la mujer) muestra el más mínimo signo de pudor, ni ante la exhibición de su cuerpo o sus genitales, ni ante los movimientos, posturas y actitudes que van adoptando. No aprecio en ninguno de los vídeos y fotografías signo alguno de violencia, fuerza, o brusquedad ejercida por parte de los varones sobre la mujer. No puedo interpretar en sus gestos, ni en sus palabras (en lo que me han resultado audibles) intención de burla, desprecio, humillación, mofa o jactancia de ninguna clase. Sí de una desinhibición total y explícitos actos sexuales en un ambiente de jolgorio y regocijo en todos ellos, y, ciertamente, menor actividad y expresividad en la denunciante. Y tampoco llego a adivinar en ninguna de las imágenes el deleite que describe la sentencia mayoritaria salvo que con el término se esté describiendo la pura y cruda excitación sexual. Nada, en ninguna de las imágenes que he visto me permite afirmar que las acciones o palabras que se observan o se escuchen tengan el más mínimo carácter imperativo; nada, en ninguno de los sonidos que se perciben, que resulte extraño en el contexto de las relaciones sexuales que se mantienen. Todas ellas son imágenes de sexo explícito en las que no tiene cabida la afectividad, pero también, sin visos de fuerza, imposición, conminación o violencia.

Reitero que hay una absoluta y despreocupada desinhibición en todos los varones que se hace especialmente patente en el hecho de que puede observarse, incluso, en alguna de las imágenes, que alguno de ellos se ha despojado completamente de sus pantalones, ropa interior y zapatos, que se aprecian en desinteresado abandono en el suelo, gesto que me sugiere una despreocupación impropia de quien está agrediendo sexualmente a una mujer con conciencia de hacerlo o prevaliéndose de la situación para abusar de ella con conciencia de estar sometiendo su voluntad en un lugar como el de autos. Interactúan y el modo en que se dirigen a ella a mí me sugiere que todos creen que ella participa con ellos en lo que están haciendo.

Por lo que se refiere a la mujer tampoco percibo signo alguno de pudor en ella; no puedo en absoluto afirmar que permanezca en todas las imágenes con los ojos cerrados pues entiendo imposible descartar que, en muchas de ellas, tenga los ojos entornados y, sea como fuere, no se observa en ningún momento la más mínima contracción en sus párpados o en su rostro. Considero en cualquier caso que se trata de un detalle absolutamente irrelevante. Ni unos ojos relajadamente cerrados alimentan la tesis de falta de consentimiento, ni imaginarlos abiertos abona, a mi juicio, la tesis contraria.

De mayor relevancia me parece el hecho de que, en ninguna de las imágenes percibo en su expresión, ni en sus movimientos, atisbo alguno de oposición, rechazo, disgusto, asco, repugnancia, negativa, incomodidad, sufrimiento, dolor, miedo, descontento, desconcierto o cualquier otro sentimiento similar. La expresión de su rostro es en todo momento relajada y distendida y, precisamente por eso, incompatible a mi juicio con cualquier sentimiento de miedo, temor, rechazo o negativa. Tampoco aprecio en ella esa " ausencia y embotamiento de sus facultades superiores " que se afirma por la mayoría de la Sala; por el contrario, lo que me sugieren sus gestos, expresiones y los sonidos que emite es excitación sexual. No concluyo que esta apreciación haya de suponer necesariamente una relación sexual consentida, pues no es descartable que durante una relación sexual no consentida pueda llegar a sentirse y expresarse una excitación sexual meramente física en algún momento, pero sí que la falta de consentimiento no está patente ni en las expresiones, ni en los sonidos, ni en las actitudes que observo en los vídeos por lo que a la mujer respecta.

No puedo afirmar, sin embargo, pues no la observo, una especial iniciativa por su parte en las acciones sexuales que se suceden, pero tampoco puedo compartir la afirmación de absoluta pasividad y sometimiento que se afirma por las acusaciones y por la sala mayoritaria. Por el contrario, a mi juicio, en las imágenes quedan evidenciados movimientos proactivos incompatibles con la " no reacción " que se afirma y que sugieren una participación voluntaria por su parte. Ello resulta especialmente gráfico en el vídeo NUM040 que recoge claramente el gesto de la mujer tomando en su mano el pene de uno de los varones y realizando movimientos masturbatorios sobre el mismo y esto, no durante los dos segundos que se afirman por la sala mayoritaria, sino durante toda la secuencia que recoge el vídeo y prácticamente desde el inicio de la grabación; en el vídeo NUM041 es claramente perceptible el movimiento de ella al acomodar su postura cuando uno de los varones se acerca por detrás en lo que parece el inicio de una posible penetración; el movimiento sincrónico entre varón y mujer en el vídeo NUM042 resulta de igual modo evidente. La imagen, coincidente en ambas, que recogen las fotografías NUM057 e NUM058, es inconcebible sin una aceptación y "proacción" de la mujer. En varios momentos, además, se escuchan sonidos de voz

femenina que pueden describirse como gemidos o jadeos de carácter sexual. A este respecto y considerando que, de forma reiterada, firme y persistente a lo largo de todo su relato, tanto en comisaría, como en su declaración judicial y repetidamente en su declaración en juicio, se ha mantenido por la denunciante que no sintió ningún dolor en ningún momento, han de atribuirse a los sonidos propios de la relación sexual que se mantenía cuando se escuchan, y que, por otro lado, es lo que sugieren cuando se oyen. Sostener, como se hace en la sentencia mayoritaria, que el vídeo ha recogido quejidos de dolor provenientes de la mujer contradice una de las pocas manifestaciones que la denunciante ha mantenido firme e invariable durante todo el procedimiento: que en ningún momento sintió dolor; aprecio en ello, y lo digo con respeto para mis dos compañeros de Sala, cierto sesgo voluntarista para poder justificar mejor su decisión de condenar a los acusados por un delito de abusos sexuales con prevalimiento; sesgo que se acrecienta cuando, respecto de los vídeos NUM043 e NUM044, además de afirmar que son audibles " gritos que reflejan dolor " proferidos por la denunciante, se hace la sugerencia de que el autor de la grabación cesó en la misma ante " lo delicado de la situación ", o que " está agazapada, acorralada contra la pared por dos de los procesados, expresó gritos que reflejan dolor y no apreciamos ninguna actividad de ella; estas imágenes evidencian que la denunciante estaba atemorizada y sometida de esta forma a la voluntad de los procesados ". Se trata de una más de las suposiciones que están presentes en la sentencia mayoritaria en contra de los acusados y que, en este caso, además, toma cuerpo en forma de presunción de un juicio de intenciones sin sustento alguno; máxime cuando los vídeos en cuestión no superan, en un caso los tres segundos de duración y en el otro dos segundos, y que la espalda de uno de los acusados (Isidro) ocupa la práctica totalidad de la escena, pudiendo ser esta circunstancia la causa por la que razonablemente, o al menos en igualdad de condiciones que la señalada en la sentencia mayoritaria, no se continuó grabando. En cualquier caso y pese a su escasa duración, no pasa desapercibido el movimiento de vaivén que nuevamente sugiere una penetración sincrónica y gemidos de naturaleza sexual.

Tampoco aprecio "agarrones", ni "tirones" del pelo de la denunciante en ningún momento; creo que las posiciones de manos y brazos, por parte de todos (de los seis) son acordes con las acciones de índole sexual que se realizan, y más cercanas, si es que en este contexto es posible, a la delicadeza, como diría el perito Nazario, que a la desconsideración. Del informe elaborado por los Policías Nacionales nº NUM047 y NUM071 que además declararon en calidad de peritos el día 20 de noviembre de 2017, se infiere que ninguna muestra de cabello fue recogida en el portal durante la exhaustiva inspección que realizaron del mismo, algo que resulta llamativo a la vista de la cantidad de agarrones de pelo que refiere la sentencia mayoritaria.

Cierto es que tales vídeos únicamente documentan 96 segundos (discontinuos) de los más de 15 minutos que duraron las relaciones mantenidas en el interior del portal, pero, por lo que hace a esos 96 segundos, los vídeos y las dos fotografías de la causa operan en descargo de los acusados respecto de las tesis de las acusaciones, pues nada de lo que se ve o se escucha en ellos 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 o con un consentimiento viciado. La ausencia de violencia, fuerza o coacción es, además, absoluta. Cuando alguno de los acusados apoya las manos en las caderas de ella, o le sostiene la cabeza o apoya el brazo sobre sus hombros o la mano en su cabeza, no puedo interpretar que la estén " sujetando " de las caderas, " rodeándole " la cabeza o el cuello o " agarrándola " del pelo, porque lo único que me sugieren las imágenes son gestos acordes con la práctica sexual en la que se integran y sin pretensión coactiva alguna, no apreciándose tensión ni en los brazos, ni en las manos de los acusados que permita suponer cualquier otra intención en esos movimientos.

Comparto con mis compañeros de Sala la apreciación de enrojecimiento en el rostro de la denunciante; lo que no acierto a comprender es por qué omiten que el mismo enrojecimiento se puede observar con igual evidencia en los acusados.

Dentro de la escasa duración de las grabaciones, he considerado también que las mismas responden a diferentes momentos de la secuencia temporal completa que se desarrolló en el portal. De hecho, en los vídeos grabados en los momentos iniciales de dicha secuencia, se percibe que las acciones sexuales desarrolladas son de menor intensidad que las que responden a momentos más cercanos a la salida del portal, en consonancia con el nivel de excitación que cabe presuponer en los actores, pero la calidad de sus gestos o su actitud no varía esencialmente.

No puedo dar mayor relevancia a la insistente afirmación de las acusaciones de que la mujer permanece en un plano inferior y rodeada por los varones, pues resulta inconcebible la práctica de felaciones a los mismos, en un entorno como el del cubículo de autos, de otro modo que no sea situándose la mujer en un plano inferior que le permita el acercamiento a la zona genital de los varones y, siendo estos cinco y ella solo una, que se sitúen en torno a ella es lo que cabe esperar de una relación de esa naturaleza, sin que de ninguno de esos elementos pueda concluirse no ya el empleo de violencia o intimación como sostienen aquéllas, sino tampoco la falta de consentimiento, ni que éste se hubiese prestado de forma viciada como deduce la sentencia mayoritaria, pues, en todo caso, de haber sido consentidas las relaciones, no cabe suponer que el modo de desarrollarse hubiera diferido del que se ve en las imágenes.

La escena que revelan las imágenes es de una innegable crudeza, tanto por el lugar en el que se desarrollan las relaciones como por la desigual suma de participantes (cinco hombres y una mujer) y el sexo que se expone en ellas es de una impudicia más que notable; pero,

con todo y eso, me resulta en conciencia imposible afirmar que lo que se está viendo sea una agresión sexual violenta, o que la mujer actúe bajo la influencia de una intimidación que, por más que se pretenda por las acusaciones, no se manifiesta en modo alguno; como también que se encuentre en un estado de "shock" de tal intensidad que la tenga paralizada o sometida. Tampoco puedo apreciar en los acusados actuación alguna que permita, ni siquiera indiciariamente, inferir que obrasen con la consciencia de que su sola presencia en el cubículo en el que se desarrollaron los hechos coartaba la libre voluntad de la denunciante, ni que estuvieren prevaliéndose (en los términos que exige el art. 181.3 CP como más adelante se analizará) de tal circunstancia para obtener su satisfacción sexual. Tal conclusión, a mi juicio, no se puede inferir de los vídeos, como tampoco de ningún otro elemento probatorio que se haya facilitado al Tribunal.

Merecen especial mención a mi juicio las dos fotografías que se obtienen en el portal a las 03:26 horas y que recogen la misma imagen. Afirmar, como se hace en la sentencia mayoritaria, tomando esta descripción casi de forma literal del folio 92 del Anexo B, que " el procesado (Isidro) tiene apoyados sus glúteos sobre la cara de la denunciante, situada en un plano inferior y tiene su brazo derecho extendido apoyado en la parte superior de la pierna derecha del procesado; los ojos de la denunciante quedan ocultos por los glúteos de aquel...", en mi opinión no se ajusta a lo que se observa en las fotografías, y que no es otra cosa, y ello se observa bien a las claras en la fotografía del folio 91, que a la denunciante introduciendo sus labios/boca entre las nalgas del varón, en una más que evidente acción de acercamiento y búsqueda del lugar recóndito que define el "beso negro"; acercamiento que se refuerza, precisamente, por la posición de su mano derecha tensionada, sujetándose en la parte delantera del muslo derecho de aquel, en tanto que este, no está claro si inclinado, en cuclillas o arrodillado, mantiene el equilibrio y la posición para permitir el libre acceso de la mujer.

La continua reiteración por la sala mayoritaria de su no apreciación de " ningún signo en la denunciante que nos permita valorar, bienestar, sosiego, comodidad, goce o disfrute en la situación " no es sino un intento más de justificar aquello para lo que no se encuentra otra razón válida pues no es la mayor o menor satisfacción sexual de la mujer lo que determina el delito o la presencia, ausencia o calidad de su consentimiento, ni la ausencia de goce ha de traducirse necesariamente en presencia de sufrimiento imputable a otro. Una relación sexual no puede calificarse como agresión o abuso en función de si la mujer (o el hombre) la disfruta o no físicamente. Es más, en función de las circunstancias que concurran puede llegar a darse una verdadera agresión sexual en la que, pese a todo, la mujer llegue a experimentar "excitación" o "placer" meramente físico en algún momento. No puedo entender qué se pretende poniendo tanto énfasis en esa falta de goce o disfrute que dicen apreciar en la mujer cuando ello no va acompañado de otros signos más relevantes que pudieran revelar malestar.

La ausencia de fuerza o vigor es una idea que puedo compartir; la aprecio en todos. Especialmente en los varones por la flacidez de sus penes en muchas de las imágenes y la necesidad de una masturbación constante para alcanzar o sostener la erección cuando, en mayor o menor grado, la consiguen.

Por lo demás, considero que la recreación que realiza la sentencia mayoritaria en la descripción tan pormenorizada y detallada de las imágenes valoradas es excesiva, por tendenciosa e innecesaria, en la mayor parte de sus pasajes.

Es evidente, porque así lo refieren y lo describen, que los magistrados con los que discrepo han apreciado sin duda los movimientos proactivos que destaco en la mujer y es evidente que, al igual que los peritos policías, han tratado de buscarles una justificación que pudiera neutralizarlos y convertirlos en irrelevantes, si bien en este caso recurriendo a esa especie de " parálisis " que la sentencia mayoritaria viene a significar para poder dar sentido a la hipótesis condenatoria que tiene por probada.

En cualquier caso, trascendiendo la particular interpretación que cada uno pueda hacer de los vídeos, si consideramos que los mismos han sido esgrimidos, con igual convicción, por las acusaciones como prueba de cargo y por las defensas como prueba de descargo; que la sesión dedicada a la valoración de los escasos 96 segundos que recogen se prolongó durante prácticamente cinco horas, y si valoramos las discrepancias que se han dado, en cuanto a la interpretación de las imágenes, no solo entre los miembros de la Sala que ahora ha de sentenciar el caso, sino también entre los peritos que declararon sobre ello en juicio (si bien, y ello debe ser remarcado, teniendo presente que, como también señala la sentencia mayoritaria y en ello estoy conforme, que los miembros de la Policía Foral que realizaron el estudio sobre los referidos videos y fotografías se excedieron en su informe respecto de lo que constituía el objeto de su pericia al haber incorporado " valoraciones subjetivas sobre las conductas de índole sexual realizadas por procesados y denunciante ", mientras que el objeto de la pericia encomendada al Médico Psiquiatra Sr. Nazario venía determinado por su análisis desde la ciencia y el conocimiento profesional que le es propio, lo que dota a sus opiniones de una mayor solidez y consistencia), no podemos sino admitir que tales imágenes resultan, al menos, "interpretables", por no tener un sentido inequívoco en los términos en que tan contundentemente se ha apreciado en la sentencia mayoritaria para tratar de fundamentar su pronunciamiento condenatorio respecto del delito del artículo 181.3 del Código Penal; al menos interpretables y no de sentido inequívoco, digo, y por tanto, no son determinantes para sustentar tal condena, y no siéndolo, es irrefutable en mi opinión que tal indeterminación configura una duda razonable que debe solventarse con algo más que la subjetiva y personal interpretación de gestos e intenciones y en el sentido que impone el principio "in

dubio pro reo ".

Finalmente, a mi juicio, no puede establecerse como "a priori" que una joven con edad más cercana a los 19 que a los 18 años e iniciada en las relaciones sexuales a los 16, no esté dotada de suficiente madurez personal como para decidir, con la necesaria autonomía, las relaciones sexuales que quiera mantener, por personalísimas razones que solo le incumben a ella, mucho menos en una sociedad como la actual en la que los individuos, con independencia de su sexo, han alcanzado de hecho un considerable grado de libertad para autodeterminarse sexualmente (En este sentido, STS núm. 1469/2005,de 24 de noviembre, que, precisamente, revoca una condena por un delito del art. 181.3 CP, y STS núm. 1004/2010, de 8 de noviembre que sigue el mismo criterio). Y ello tanto si las referidas relaciones se ajustan a lo convencional como si no. Lo que determina el delito no es la naturaleza de la relación, el modo o lugar en que esta se desarrolle, ni quiénes participen en ella; lo penalmente relevante es la falta de consentimiento o el consentimiento viciado de quien la denuncia, debida y suficientemente acreditado en juicio a través de los medios de prueba regulados en nuestro Derecho y con la certeza que exige una sentencia condenatoria previo el justo juicio que cumpla con todos los parámetros constitucionalmente establecidos.

F.3 Prueba pericial médica realizada por los Médicos Forenses D. Luis Pedro y Dña. Mercedes. (sesión del día 20 de noviembre)

Según informe de fecha 11 de julio que obra al folio 182 de autos, examinaron a la denunciante sobre las 5:20 horas del día 7 de julio de 2016 en Urgencias del Servicio de Ginecología del HOSPITAL000.

Dicha exploración, según relató en su comparecencia ante el Tribunal en el Juicio Oral, se acomodó a los protocolos establecidos para estos casos y consistió en una " exploración física general, física de zona genital y recogida de muestras ".

Afirmaron que no indagaron sobre los hechos; señalando que en esas exploraciones se pregunta " por datos como antecedentes médicos, antecedentes de relaciones consentidas, consumo de tóxicos..." y dado que en esos momentos, son conscientes de que tras la exploración física que les incumbe, la mujer deberá formalizar su denuncia y declarar ante el juez, solo procuran obtener la " información suficiente para la exploración, realizar la exploración y algunos datos relevantes que puedan luego servir al cuerpo policial ".

Sobre el estado emocional de la denunciante, en su informe se limitaron a realizar dos escuetas y lacónicas menciones del siguiente tenor literal: " Tiene recuerdos confusos " y "(...) se encuentra consciente y bien orientada en tiempo y espacio ". Preguntados al respecto en el juicio afirmaron que no fueron más explícitos porque no lo consideraron necesario, explicando que cuando acuden al reconocimiento de una presunta víctima de agresión sexual no indagan acerca del estado emocional porque entienden que esto " procede en la valoración posterior que se puede hacer desde el punto de vista psiquiátrico o psicológico de la víctima ". Sí que indicaron, a preguntas del Ministerio Fiscal, que esa confusión que han referido es distinta a la que cabe imputar al alcohol.

Ratificaron los cuatro informes que obran en la causa, a los folios 182, 1263, 1265 y 1267 de autos respectivamente, reiterando que " lapresencia de un eritema vulvar como el descrito es un dato morfológico compatible con rozamiento en la zona descrita no siendo en sí mismo un hallazgo que indique violencia "; y, asimismo que, considerando que los análisis de alcohol en sangre realizados a la denunciante sobre las muestras obtenidas en su reconocimiento el día de autos indican que presentaba 0,91+/-0,05 g/l de alcohol en sangre y 1,46+/-0.06 g/l de alcohol en orina, el cálculo retrospectivo de alcoholemia, para determinar el que efectivamente tuviera en el momento de los hechos daría, aplicando el método de cálculo más sencillo, una tasa de 1.3265 g/l de alcoholemia en la denunciante a las 3:15 horas, con las variaciones en cuanto a los parámetros de cálculo que detallan en los folios 1265 y 1266 de autos y, en todo caso, superior a 1 g/l; e, igualmente, lo indicado en su informe acerca de que, en personas no habituadas, con cifras de alcoholemia superiores a 1 g/l " se puede presentar fetor enólico, desinhibición, agitación, trastornos de la conducta, labilidad emocional, ataxia, disartria (habla farfullante), sensación de mareo, náuseas y vómitos ", aclarando que la labilidad emocional se puede definir como un descontrol de las emociones; que la ataxia es una torpeza o falta de coordinación que puede afectar a partes del cuerpo; a la pregunta de si la dificultad en el habla que puede provocar el alcohol, puede implicar dificultad a la hora de expresar un relato respondió que " Si " y que " la disartria significa que la expresión está afectada, es más farfullante, más pastosa ".

A preguntas sobre la desinhibición que puede provocar la tasa de alcohol determinada el Sr. Luis Pedro señaló que " La desinhibición yo la definiría como una alteración del comportamiento en que la persona se muestra más locuaz, más abierta, más expansiva " y a la pregunta sobre si " esa actitud más expansiva podría manifestarse en una conducta sexual " respondió que " podría manifestarse en una conducta sexual " y asimismo indicó que " cuando el nivel de alcoholemia afecta al sistemanervioso central, sí que puede haber alteraciones del comportamiento ".

A la hora de valorar esta pericial médico-forense, amén de reseñar que fue el Sr. Luis Pedro el que dio respuesta a la práctica totalidad de las preguntas que formularon las partes, mostrando su asentimiento en alguna ocasión Dña. Mercedes (lo que no tiene mayor relevancia a estos efectos), considero importante destacar desde un inicio que una considerable parte de las preguntas que se le formularon, admitieron y respondieron tenía por objeto cuestiones relativas al estado emocional que podía presentar una persona víctima de una agresión sexual o sometida a una situación de gran estrés, esto es, cuestiones ajenas al contenido de sus distintos informes periciales,

pues, como hemos señalado anteriormente, entienden los peritos que esto " procede en la valoración posterior que se puede hacer desde el punto de vista psiquiátrico o psicológico de la víctima "; de ahí que, en este particular extremo, escaso será el rendimiento probatorio que pueda obtenerse de esta pericial, pues, en definitiva, su declaración en juicio consistió en una exposición o ejercicio meramente teórico, con genérica alusión a literatura médica, precisando que " hasta donde nosotros hemos repasado ", sobre las posibles y diversas reacciones que pueden provocar las situaciones antes mencionadas, pero sin especial consideración del caso enjuiciado, como quedó aclarado a pregunta de una de las defensas de los acusados, cuando le dijo: " Con lo cual, todas las valoraciones que usted ha realizado y todas las teorías, no necesariamente tienen que encajar en este caso ", a lo que respondió: " No, yo ahí se ha preguntado hipotéticamente si una situación del tipo que ha descrito el Ministerio Fiscal es posible y yo he dicho que, en base a la literatura de las posibles reacciones que tienen que ver con el cerebro primitivo y no con el cerebro de la corteza digamos que se toman decisiones racionales, es posible ".

Y preguntado a continuación acerca de si " también es posible que suceda de otra manera " respondió: " También es posible que suceda de otra manera ". E, inmediatamente después, a la pregunta "¿Entiende usted que, si las relaciones que mantuviesen, que mantuvieron las personas implicadas con la denunciante, se hubiesen mantenido con su consentimiento, el resultado de la práctica de su informe sería exactamente igual?" su respuesta fue: " podría ser igual, sí ".

De la práctica de esta prueba pericial puede inferirse: 1.- La ausencia de lesiones en la denunciante.

Este dato corrobora la inexistencia de la fuerza que se describió en la denuncia, pues de haberse producido los hechos tal y como la denunciante narró, de haber sido agarrada por parte de dos varones e introducida desde la calle y por la fuerza dentro del portal mientras ella trataba de zafarse, que le hubieran tapado continuamente la boca para evitar que gritara, la hubieran llevado contra su voluntad hasta el recodo de la escalera donde se sucedieron las relaciones sexuales y allí hubiera sido lanzada al suelo, y mientras la sujetaban, sucesivamente la penetraban todos y en algún momento incluso dos de ellos de modo simultáneo razonablemente cabría esperar que algún tipo de lesión o de marca se hubiera producido necesariamente.

Con respecto a las penetraciones vaginales la inexistencia de lesiones puede resultar inespecífica, sin embargo, por lo que se refiere a la penetración anal acreditada, salvo que se acepte lo manifestado por los acusados respecto a la práctica de sexo oral por parte de Isidro a la denunciante y que, tal y como los forenses expresaron, puede resultar una lubricación eficaz a estos efectos, acogiendo su dictamen resulta poco razonable la ausencia de lesiones anales, dato que no solo excluye la existencia de violencia sino que siembra una duda razonable también acerca de la falta de consentimiento que se mantiene por las acusaciones Y por la misma razón, dudosamente compatible con el abuso que sostiene la sentencia mayoritaria que, aceptando la manifestación de la denunciante de que lo afirmado por Isidro en cuanto a que le practicara sexo oral es falso, no ofrece ninguna razón argumentada que justifique - supuesto el abuso- la ausencia de lesión anal, considerando además la situación de angustia e intenso agobio que atribuye a la denunciante, ni tampoco explica por qué se aparta en este punto del dictamen pericial.

Sobre esta cuestión, por el Letrado Sr. Martínez Becerra se le preguntó si " ¿Es habitual que cuando una mujer es penetrada analmente sin su consentimiento, el estado del ano minutos después esté en una situación normal?", a lo que el Sr. Luis Pedro respondió diciendo que "¿Qué no presente ningún tipo de lesiones? Dependerá, lógicamente, del tipo de objeto que penetra y del estado de, entre comillas, de lubricación de la zona anal."

Vuelto a preguntar: " es decir, que si se hubiera lubricado previamente ¿resultaría más fácil entender esa ausencia de lesiones?", respondió que "¿Si se hubiera lubricado el ano? Pero el ano no se lubrica, salvo que se lubrique artificialmente o por algún fluido externo."

Insistió el Letrado: "A eso me refiero, obviamente, si se hubiera lubricado artificialmente ¿es posible que se hubieran limitado esas lesiones anales?", a lo que respondió, a su vez : "Lubricado artificialmente ¿cómo?", contestando el Letrado: "Pues a través de maniobras bucales, con saliva, con algún líquido, natural o no natural, que se hubiese aportado...", respondiendo finalmente el Médico Forense: " Podría ser, sí."

La respuesta a la pregunta inicial, que recordemos, era : "¿Es habitual que cuando una mujer es penetrada analmente sin su consentimiento, el estado del ano minutos después esté en una situación normal?" no se obtuvo hasta que, en el turno de preguntas del letrado Sr. Pérez Pérez se volvió a incidir sobre la cuestión preguntando: " Una mujer que nunca haya tenido relaciones sexuales con penetración anal, bajo su opinión, y objeto de una violación múltiple con 5 personas, con penetración anal, ¿es habitual que presente algún tipo de lesión en esa zona? Estamos hablando de una mujer que nunca ha tenido ningún tipo de relación sexual con penetración anal. ", a lo que se respondió diciendo " Salvo que haya una lubricación que favorezca la penetración es más razonable que hubiera lesiones."

A preguntas del mismo letrado, también se pidió aclaración acerca de si esa literatura a la que se refirió tan ampliamente el perito, y según la cual en un 40 ó 50% de las violaciones no hay lesiones, en concreto, distingue si la penetración en esas violaciones es vaginal, anal, u

oral a lo que el perito precisó que él se había referido " específica y concretamente a la penetración vaginal. " Y preguntado entonces acerca de si hay literatura relativa al porcentaje de agresiones con penetración anal que provoquen lesiones, respondió: " Pues puede ser que la haya, pero sinceramente yo no la conozco en profundidad."

2.- Ninguno de los médicos forenses realizó valoración alguna relativa al estado emocional de la víctima, ni ello constituyó el objeto de ninguno de los informes que realizaron en el sumario. Sus alusiones acerca de las posibles reacciones que pueden producirse cuando una persona siente que su vida corre peligro fueron realizadas con carácter general y sin considerar ni a la denunciante, ni las circunstancias del caso. Que de una mención tan general e inespecífica de la "literatura científica" en este punto pueda extraerse la conclusión a la que llega la sentencia mayoritaria al afirmar que " reaccionó de modo intuitivo, la situación en que se hallaba y los estímulos que percibió, provocaron un embotamiento de sus facultades de raciocinio y desencadenaronuna reacción de desconexión y disociación de la realidad, que le hizo adoptar una actitud de sometimiento y pasividad, determinándole a hacer lo que los procesados le decían que hiciera, manteniendo, como hemos comprobado los ojos cerrados en todas las grabaciones; quedando ocultos por los glúteos del procesado en las dos fotos. " es algo que, en modo alguno, por falta del debido soporte probatorio, puedo compartir.

En ninguno de sus informes y tampoco en su comparecencia en el plenario los Médicos-Forenses hicieron alusión alguna a un posible " embotamiento de sus facultades de raciocinio" y tampoco llegaron a mencionar siquiera " una reacción de desconexión y disociación de la realidad"; se trata por lo tanto de un "diagnóstico" construido por la sala mayoritaria que no encuentra ningún refrendo en la pericial que afirma que le sirve de sustento.

Por lo demás, acerca de cómo deban interpretarse los ojos cerrados (en los vídeos), si efectivamente hubiera sido así y la denunciante no los tuviera entornados, o qué conclusión deba extraerse de que, al decir de la sentencia mayoritaria, estuvieran ocultos por los glúteos de Isidro " (en las dos fotografías), ninguna relación guarda con la pericial médico-forense en cuya valoración aparece esta referencia; nada se preguntó a los médicos forenses y en cualquier caso, nada hubieran podido decir pues ni fue objeto de su informe, ni han tenido un conocimiento de la causa que les permita dar opinión fundada.

3.- El nivel de alcoholemia que razonablemente puede afirmarse que la denunciante presentaba en el momento de los hechos se situaría en una franja entre 1,22 y 1,32 g/l de alcohol en sangre, tasa con relevancia suficiente como para inferir una desinhibición, alteración en la conducta o labilidad emocional que podrían dar sentido a un desarrollo de los hechos alternativo tanto al violento que describió en su denuncia como al que después, ya sin sombra de violencia, mantuvo en juicio.

El nivel de afectación etílica que la misma presentara en el momento de los hechos no pudo ser comprobado por los Médicos- Forenses pues, como afirmaron en juicio, no apreciaron que estuviera influenciada por el alcohol y por ello señalaron en su informe que " no impresiona impregnación de tóxicos " pero igualmente explicaron que " es posible que una situación de estrés provoque la liberación de sustancias estimulantes " y por ello compensar el efecto que teóricamente podría provocar el alcohol y " la desaparición de una clínica que igual inicialmente podría tener." Y ratificaron que de acuerdo con los resultados que arrojó el análisis de alcohol en sangre realizado, lo razonable es sostener que al momento de los hechos la denunciante presentara la tasa de alcohol que se ha referido y que ello le provocara los efectos que se han descrito. Y de ello no infiero como hace la sentencia mayoritaria que " las posibilidades de reacción de la denunciante conforme a un pensamiento racional... " se hallaran comprometidas por el alcohol, pues aun cuando el alcohol hubiera favorecido la desinhibición o la relajación del autocontrol, no puedo anudar a eso automáticamente ni la ausencia del consentimiento, ni la existencia de un consentimiento viciado, ni tal cosa fue afirmada por ninguno de los dos peritos forenses.

F.4 Prueba pericial psicológica realizada por las Psicólogas del INML Dña. Herminia y Dña. Margarita, propuestas por las acusaciones, y por D. Nazario y Dña. Carmen propuestos por las defensas de Aurelio y de Gabriel (sesión del día 21 de noviembre).

Concurren en la causa dos informes periciales que fueron ratificados en la sesión de juicio oral del día 21 de noviembre de 2017.

De un lado, el informe emitido por las peritos del INML Dña. Herminia y Dña. Margarita y de otro lado el realizado, a propuesta de las defensas de Aurelio y de Gabriel, emitido por los peritos D. Nazario y Dña. Carmen. Ambos han tenido el mismo objeto, que fue determinado por el Magistrado- Juez instructor mediante resoluciones de fecha 23 y 24 de agosto de 2016 y que quedó concretado con el siguiente enunciado: " determinar si los hechos ocurridos han supuesto un daño psicológico y valorar la existencia de posibles secuelas de los mismos, bajo la dirección y dentro de los términos que determinen los Médicos Forenses designados ".

Ambos informes llegan a conclusiones radicalmente opuestas; mientras las peritos de INML concluyen con la rotunda afirmación de que " como consecuencia de los hechos vividos, se detecta un trastorno de estrés postraumático. Se recomienda tratamiento psicológico para evitar la cronificación de síntomas ", los peritos nombrados a instancia de las defensas concluyen con igual contundencia que " no se cumplen los criterios necesarios para el diagnóstico de un Trastorno de Estrés Postraumático ".

La radical contradicción entre ambos informes impone una valoración comparativa y razonada de ambos dictámenes.

No consta, ni se ha alegado por las partes motivo de tacha de ninguno de los peritos de la defensa, salvo la mención de que el Sr. Nazario no estuvo presente el día 8 de septiembre de 2016, en tanto que por el Letrado Sr. Pérez Pérez se denunció en su informe final la parcialidad de las peritos de INML por haberse asentado en todo momento sobre la hipótesis de una agresión sexual.

En cuanto a su cualificación, Dña. Herminia y Dña. Margarita son psicólogas adscritas al Instituto Navarro de Medicina Legal; de D. Nazario consta, sin que ninguna de las partes haya formulado reparo alguno al respecto, que es Doctor en Medicina y Cirugía por la UB; Especialista y Máster en valoración del Daño Corporal y Peritaje Médico por la UB; Especialista en Psiquiatría por la UB; Perito en Psiquiatría Forense por la URV; Profesor titular del Máster en Psicopatología Legal y Forense de la Universidad Internacional de Cataluña; Especialista en Medicina del Trabajo por la UB y Mediador por la UB y Dña. Carmen , es Máster en Psicopatología Legal y Forense; psicóloga colegiada nº NUM072 y que desarrolla su actividad laboral en el Instituto del Daño Cerebral y Psíquico de Barcelona.

En consecuencia, puede predicarse de todos los peritos formación profesional y especialización suficiente para la emisión del informe que ha sido admitido como prueba por este Tribunal.

La intervención en la causa de los peritos D. Nazario y Dña. Carmen se produce a instancia de las defensas de dos de los acusados, pero tal circunstancia no puede constituir "per se" un pretexto que reste valor y credibilidad al informe técnico que verifican según su leal saber y entender profesional y vinculado al juramento solemnemente prestado al momento de aceptación de su cargo y ratificado en presencia del Tribunal en su comparecencia a juicio, sin tacha, ni reproche de parcialidad algunos.

Mediante resoluciones de fechas 23 y 24 de agosto de 2016, se encomendó por parte del Magistrado-Juez Instructor a las peritos del INML la dirección de la práctica del examen de la denunciante que tuvo lugar el día 8 de septiembre. En virtud de dicha atribución, fueron las peritos del INML las que decidieron, unilateralmente, la metodología que debía seguirse en la valoración pericial y las concretas pruebas psicológicas que se realizarían a la denunciante. El día 8 de septiembre, fecha fijada por el Juzgado para la práctica del examen psicológico de la denunciante, se permitió cierto consenso con los peritos de las defensas en torno al modo en que hubiera de desarrollarse la entrevista individual semiestructurada que se realizó a la misma y los concretos extremos sobre los que hubiera de hacerse especial hincapié en las preguntas que se le formularon. Con relación a las pruebas o test psicológicos que fueron administradas y que ya habían sido unilateralmente predeterminadas por las peritos forenses, se solicitó por las peritos de la defensa la práctica en concreto de dos pruebas psicológicas: el "Cuestionario Salamanca" que fue admitido y practicado y la aplicación de una prueba proyectiva ("Persona, Casa, Arbol") que fue denegada y no practicada.

Es difícil comprender y entender justificada la negativa, por parte de unas peritos frente a las otras, para utilizar herramientas de diagnóstico que se afirman, ya de inicio, como necesarias o convenientes para la correcta y fundada emisión o reforzamiento de su análisis y de difícil comprensión y encaje en el "principio de igualdad de armas" que por parte del Magistrado-Juez instructor se confiera plena libertad de criterio en la elección de esas herramientas a las peritos forenses y, por el contrario, sean estas mismas las que limiten esa facultad a los peritos de la defensa. Aún más difícil de comprender resulta que, admitido y practicado el "Cuestionario Salamanca" y formando parte sus resultados del conjunto de la prueba pericial no solo practicada, sino previamente admitida por las peritos forenses, y, por lo tanto, amparada por resolución judicial, las peritos judiciales la hayan desdeñado por completo hasta el punto de no entrar siquiera a valorarla y ofrecer al Tribunal una visión global y fundada de lo actuado, como si la denunciante no hubiera respondido a los ítems que integran el "Cuestionario Salamanca".

Se ofreció como explicación en juicio por las psicólogas forenses que dicho cuestionario es una prueba proyectiva y que, como tal, tiene un alto valor subjetivo a la hora de evaluarlo, afirmando que " entonces creíamos que, en este caso, había que, eh... eh... a ver... que la subjetividad fuera lo menos posible, entonces se decide por pruebas psicométricas que tienen una validación y una fiabilidad constatada y entonces era evitar errores de todo tipo ". Lo que no se entiende es que, si tan firmes y fundados eran sus motivos, no rechazaran dicho cuestionario como hicieron con el de "Casa, árbol, persona".

A lo largo de su comparecencia en el juicio oral, reiteradamente y con firmeza se afirmó por las peritos forenses que los resultados de los test -reitero que previamente elegidos según su exclusivo criterio- " son resultados objetivos " " que tienen una validación y una fiabilidad constatada". Ha de valorarse a este respecto una cuestión, a mi juicio de especial trascendencia, cual es que, en tanto D. Nazario y Dña. Carmen han incluido en su informe, de forma completa y pormenorizada, todos los resultados objetivados para su valoración, resultados que fueron trasladados a las acusaciones con suficiente antelación junto con las conclusiones periciales y además, resultados de los que también dispusieron, como reconocieron en juicio, y ya habían analizado previamente tanto la Sra. Herminia como la Sra. Margarita, lo que posibilitó a las acusaciones la efectiva contradicción del informe pericial de las defensas y ahora permite también al Tribunal una completa valoración de su pericia.

Por contra, las peritos forenses no acompañaron con su informe pericial los resultados objetivos obtenidos, señalando, a este respecto, que a alguno de ellos sí se había aludido en su informe; así en la página 6 donde refieren una puntuación máxima de "10" en las escalas

de Vigilancia y Tensión que, a continuación, valoran según su criterio y en la página 7 cuando señalan que la puntuación obtenida por la denunciante en el "Cuestionario de Simulación de Síntomas" fue de "11", extremo sobre el que más adelante volveré.

Considerando que a la denunciante le fueron aplicados el "Cuestionario Factorial de Personalidad de Cattel 16 PF-5", el "Inventario Multifásico de Personalidad de Minnesota 2 Reestructurado, de Y.S. Ben-Porath y A. Tellegen, MMPI 2 RF" ", el "Cuestionario de los 90 síntomas de Derogatis SCL 90 R", el "Inventario Estructurado de Simulación de Síntomas de MR Widows y GP Smith SIMS" además del "Cuestionario Salamanca" y considerando que, tal y como ilustraron las propias psicólogas forenses, dos de los mencionados eran " pruebas muy largas que eran de 385 y185 ítems respectivamente ", la parquedad de los datos que se han aportado y que se reducen a los dos que se han reseñado, permite afirmar que con ello las posibilidades de las defensas de una efectiva o cuando menos completa contradicción en igualdad de armas se vio mermada, a diferencia de lo que ocurrió con las acusaciones que sí dispusieron de información respecto de los ya mencionados resultados objetivados integrados en la pericial de las defensas de los acusados.

No solo las partes se han visto imposibilitadas para una eficaz o cuando menos completa contradicción, sino también, y antes que nada, de una eficaz comprensión del dictamen forense; y al igual que ellas, el propio Tribunal dispone de menos elementos de juicio para el control y el razonado análisis que en su valoración nos corresponde.

No puedo compartir, por todo ello, el silencio que la sentencia mayoritaria guarda sobre los déficits señalados, ni por lo dicho, que su práctica se hubiere llevado a cabo en " condiciones de efectiva contradicción ", por más que se repita esta expresión, como si tal afirmación sirviera, por sí sola, para aceptarla sin reparos; lo que no significa que de ello deduzca su nulidad, ni falta de validez o de la eficacia probatoria que merezca.

Finalmente y antes de entrar con detalle en la valoración del contenido de los informes periciales debe reseñarse que, especialmente por la acusación particular, se puso de manifiesto, para desmerecer el dictamen de las defensas, algo que por otro lado ya constaba en la causa y es el hecho de que D. Nazario, debido a motivos profesionales que previamente había puesto de manifiesto al Juzgado de Instrucción, no pudo estar presente en el día señalado para la práctica en Tudela de la prueba pericial. Las suspicacias que con esta alegación se trató de alimentar por las acusaciones (también el Ministerio Fiscal) han de ser rechazadas de plano. Para la valoración de los resultados "objetivos" que arrojaron los test que realizó la denunciante y que fueron facilitados ese mismo día mediante entrega de copia por las peritos forenses, nada hubiera añadido la presencia del Sr. Nazario en la sede donde se realizó la prueba.

De los datos que por su colega Sra. Carmen se le facilitaron en relación con las manifestaciones vertidas por la denunciante en la entrevista que realizaron las forenses, solo puede afirmarse que son absolutamente coincidentes con los que han reseñado las peritos del INML. Los peritos que presenciaron la entrevista, refirieron lo mismo en juicio cuando se les preguntó acerca de manifestaciones que hiciera la denunciante y si se observan sus informes se constata que todos ellos reseñan los mismos datos al recoger lo que en la entrevista manifestó la denunciante y han considerado los mismos síntomas a la hora de interpretar el DSM-V es decir, que los datos que ha valorado D. Nazario han de tenerse por correctos y correctamente recogidos y transmitidos por la colega con la que ha elaborado su informe, por lo que su no comparecencia el 8 de septiembre de 2016 no invalida, ni desmerece en modo alguno su dictamen. Cosa distinta es que, a la hora de interpretar o cuestionar esos datos coincidentes, unos y otros peritos lleguen a conclusiones diferentes.

Hechas estas precisiones, pasaré ya a la valoración del estricto contenido de los informes, reseñando que el informe del INML resulta en su desarrollo parco y escueto en sus explicaciones, casi telegráfico en alguno de sus pasajes, en tanto que los peritos de la defensa aportan explicaciones mucho más extensas y razonadas, algo que sin duda redunda en una mejor comprensión de su dictamen.

Todos los peritos coinciden en afirmar que, durante la valoración, la denunciante se mostró colaboradora, con un adecuado nivel de comprensión y de expresión, que apreciaron algunos momentos de cierta afectación emocional que no interfirió en el desarrollo de la prueba y a continuación, explican cómo la denunciante describió la vivencia de los hechos en el momento en que estos ocurrieron, inmediatamente después de suceder, durante la denuncia y en los días posteriores, coincidiendo ambos informes, como ya he dicho, en la información que proporcionan acerca del contenido de la entrevista realizada.

Como datos derivados del "Cuestionario de Personalidad" las peritos del INML describen a la denunciante como " animada, espontánea y atrevida ", indican que " le suele agradar iniciar contactos personales " y que " tiende a ser menos controladora y por ello, a incurrir en más fallos y errores ". Los peritos de la defensa afirman (entiendo que en consonancia) que se trata de una persona entusiasta y animosa, que " suele ser impulsiva y expresiva " " una personalidad con preferencia a los proyectos grupales " y que " evidencia un escaso control de impulsos, prioriza sus necesidades actuando a fin de cubrirlas y sin tener en cuenta las reglas sociales establecidas ".

Los dos informes coinciden en señalar que, si bien las puntuaciones en la mayoría de las escalas se encuentran dentro de la normalidad hay tres escalas con puntuación máxima y que son las escalas de Vigilancia, Tensión e Independencia y dos escalas con una alta puntuación que corresponden a las escalas de Ansiedad y Dureza. La interpretación de los peritos a este dato es diferente: las forenses entienden que han de justificarse en base a una " posible experiencia vital negativa " en razón a que la escala C (Estabilidad) puntúa

dentro de la normalidad y asimismo que " no es indicativo de paranoide (descartado en resultados de MMPI-2RF) " -sic-. Por su parte, los peritos de la defensa ven en esas altas puntuaciones rasgos propios de la personalidad de base de la denunciante descartando también la existencia de cualquier psicopatía activa, pero reforzando con los resultados del "Cuestionario de Salamanca" su conclusión de que en la denunciante se detectan "rasgos histriónicos y límites (Cluster B) y dependientes y ansiosos (Cluster C) de personalidad ", conclusión que, por otra parte, no han rebatido las peritos forenses pues han desdeñado la valoración de este cuestionario.

En este punto, la sentencia mayoritaria suscribe sin reservas el informe de las Sras. Herminia y Margarita reproduciéndolo en alguno de sus pasajes, pero sin aportar, más allá de eso, el más mínimo razonamiento acerca de por qué asume un informe y desecha el otro.

No encuentro razones suficientes para decantarme con rotundidad en favor de uno o de otro en este extremo, pero sí para afirmar que ninguna de las dos conclusiones es determinante a la hora de pronunciarse sobre lo que constituía el objeto de la pericia en los términos anteriormente expresados, ni, en consecuencia, para tener por probada o no la existencia de estrés postraumático, cuya apreciación depende, como explicaron todos los peritos, de los resultados del test conocido como DSM-5.

Asimismo, frente a la mera afirmación de la sentencia mayoritaria de que " no se ha determinado que (la denunciante) presente un escaso control de los impulsos ", no puedo evitar las dudas que suscita el hecho de que la escala de Autocontrol sea, de entre todas las valoradas, la que llamativamente ha obtenido la puntuación más baja, dato este del que la Sala ha podido tomar conocimiento gracias a que los peritos de la defensa han aportado los resultados de su análisis y así constan (en lo relativo al Cuestionario de Personalidad que analizo) en la página 16 de su informe (lo que se traduce, según se expone en la página 18 -folio 426 vto. del rollo de Sala-, en " Evidencia un bajo control por su superego. Se rige por un sistema alterno y personalizado, dándole énfasis a sus impulsos y necesidades; no se deja llevar por las reglas establecidas por la sociedad. ") pues el informe de las peritos del INML, en este punto, guarda absoluto silencio.

En la valoración del "Inventario de la Personalidad MMPI-2-RF" todos los peritos coinciden en descartar cualquier trastorno de personalidad e igualmente coinciden en concluir que la denunciante evidencia facilidad para molestarse y perder la paciencia con los demás, así como para irritarse con pequeñas cosas, por lo que entiendo que es una conclusión que puede aceptarse sin reparos.

Se detecta contradicción entre los peritos al valorar el llamado "Cuestionario de los 90 síntomas" pues la afirmación de las psicólogas del INML de que la denunciante " puntúa de manera significativa " en la escala de Depresión, no se constata en el cuadro de resultados que los peritos de la defensa aportan en la página 13 de su informe. Puesto que las peritos forenses no han ofrecido sus resultados, resulta imposible el contraste y comoquiera que tampoco desarrollan, ni fundamentan nada al respecto, no puedo suscribir su afirmación. Por lo demás, los peritos de la defensa reprochan a la elección de esta prueba que " carece de escalas específicas de validación para detectar posible falsificación y sesgos de autoengaño " por lo que valoro como razonable que su uso, como dicen, no es aconsejable, ni apropiado en el ámbito forense donde obviamente han de extremarse las cautelas pues, como el Sr. Nazario explicó en su comparecencia en el plenario " en medicina clínica, el paciente va al clínico para que le ayude a resolver la situación; enmedicina pericial -no lo digo por el caso que nos ocupa sino en general- en medicina pericial hemos de recurrir a pruebas de objetivación porque muchas veces los pacientes, los sujetos vienen preparados e instruidos para puntuar y darnos una serie de síntomas; entonces hemos de ir más a las escalas de evaluación, de objetivación que no a los síntomas concretos que nos ocupan ", reflexión que estimo plenamente razonable.

Finalmente, por lo que se refiere a la valoración pericial de la personalidad de la denunciante llama poderosamente la atención lo que se informa por unas peritos y otros en relación con el "Inventario de simulación de síntomas" Las forenses señalan que la denunciante obtiene una puntuación total (11) que, al resultar inferior a la recomendada como punto de corte (16) para determinar sospecha de simulación, excluye a su juicio la simulación y como es tónica en todo su informe, no expresan de dónde derivan esos 11 puntos que se obtienen en la prueba. Sí lo hacen los peritos de la defensa, que pormenorizan al respecto en la página 20 de su informe y ponen en evidencia que 9 de esos 11 puntos totales los aporta la escala de los " trastornos de la efectividad " que evidencia sin lugar a dudas " que la evaluada informa síntomas atípicos de depresión y ansiedad que sugiere la magnificación de este tipo de sintomatología ", considerando además que, según explicó la Sra. Carmen en juicio, " la escala de alteraciones emocionales de la prueba MMPI se encuentra dentro de la normalidad (Pág. 14 y 15 del informe), esta escala mide el malestar emocional de la persona, y la puntuación obtenida indicaría un nivel de ajuste emocional en la denunciante dentro del promedio, el malestar emocional estaría dentro del promedio por lo que se puede concluir que esta escala no denota malestar emocional". Entiendo que esta conclusión se presenta como absolutamente razonable y no desvirtuada por el informe de las psicólogas forenses sino reforzada por la omisión de resultados de la que adolece el mismo.

Concluyo, a la vista de cuanto acabo de exponer, que el informe pericial de las defensas resulta, en sus conclusiones respecto a la personalidad de la evaluada, firme, razonado, fundado y conforme con los resultados en los que el mismo se apoya. Por el contrario, el informe de las peritos forenses resulta parco en todo su desarrollo, poco argumentado en muchos aspectos como se ha resaltado, sin apoyo objetivo pues la omisión de los resultados impide el debido contraste y razonada valoración y no desvirtúa ninguna de las afirmaciones en las que los peritos de las defensas se apartan de lo que manifiestan las Sras. Herminia y Margarita. Y encuentro una

razón más para apartarme de la valoración que realiza la sentencia mayoritaria pues, en lo relativo al "Cuestionario de los 90 Síntomas" y el "Inventario de simulación de Síntomas", no es ya que no razone por qué suscribe sin reservas el informe forense y desecha el de las defensas, sino que ni siquiera llega a mencionar estos cuestionarios pese a las discrepancias en que los peritos incurren a la hora de interpretarlos.

Pero sin duda, la parte más relevante de la prueba pericial que estoy analizando es la relativa al diagnóstico de un trastorno de estrés postraumático (en adelante TEPT) en la denunciante, y lo primero que concluyo del contraste de ambos informes periciales es que, pese a la formal contradicción en la conclusión a la que llegan ambos, afirmando uno la existencia de TEPT y negándola categóricamente el otro, los dos informes conducen, en mi opinión, como conclusión más razonable, a estimar que la denunciante no ha padecido TEPT alguno (o, al menos, no se ha probado más allá de toda duda razonable) y ello por las razones que paso a exponer.

El instrumento de análisis que se utilizó a estos fines fue el llamado DSM-5 que recoge los criterios para el diagnóstico del trastorno por estrés postraumático.

Los cuatro peritos que informaron en el plenario explicaron de forma absolutamente coincidente que para que pueda afirmarse la existencia de TEPT es necesario que se den todos y cada uno de los requisitos (Criterios) del DSM-5 y que se concretan en la vivencia de un suceso traumático (Criterio A); la objetivación de una serie de síntomas susceptibles de ser incardinados en cuatro categorías, a saber: síntomas de intrusión (Criterio B), síntomas de evitación (Criterio C); alteraciones cognitivas negativas y del estado de ánimo (Criterio D del informe forense y que los peritos de parte incluyen en el Criterio C) y finalmente, alteración de la alerta y reactividad asociada (Criterio E del informe forense y Criterio D en el informe de parte), y además, es criterio necesario para el diagnóstico del TEPT la constatación de que estas alteraciones provocan un malestar clínico significativo o deterioro social, laboral o de otras áreas importantes de la actividad del individuo (Criterio F de los peritos de parte y que ni siquiera se menciona en el informe de las peritos forenses). Es necesario igualmente que estos síntomas se prolonguen durante más de un mes (Criterio E del informe de parte), algo que resultaría, en su caso, perfectamente constatable dado que el examen de la denunciante se produce cuando ya han trascurrido dos meses desde la denuncia. La enumeración y explicación exhaustiva de todos los Criterios que exige el DSM-5 para afirmar el TEPT se encuentra pormenorizada en las páginas 20-21 y 22 del informe del Sr. Nazario y la Sra. Carmen en tanto que no aparece referencia alguna a los mismos en el informe de las peritos forenses que se han limitado a expresar lacónicamente en 12 líneas los criterios que a su juicio concurren en este caso (página 6) pero que, en el plenario, corroboraron que a la vivencia traumática y a la sintomatología debe sumarse la constatación de un malestar clínico significativo o un deterioro social, laboral o de otras áreas importantes de la actividad del individuo para que pueda afirmarse que una persona padece un TEPT.

Analicemos las conclusiones a que al respecto llegan los informes periciales.

1.- Acerca de la vivencia de un suceso traumático (Criterio A), las peritos forenses afirman que concurre y lo expresan literal y lacónicamente así: " A. Experiencia directa de un suceso traumático " (a lo que la sentencia mayoritaria añade: " sobre cuya credibilidad y verosimilitud, como es propio de su intervención pericial, las peritos forenses no se pronuncian "); y también en su conclusión cuando afirman que " Como consecuencia de los hechos vividos, se detecta un trastorno de estrés postraumático ". Por su parte, los peritos de la defensa expresan con cautela que " el criterio A está condicionado al resultado del presente proceso judicial " . Tal cautela denota, cuando menos formalmente y no hay razón para pensar que se trate de una mera fórmula de estilo que pretenda encubrir una determinada toma de posición, una mayor conciencia del ámbito propio de su pericia (distinguiendo claramente el ámbito clínico del forense) con absoluto respeto de aquel que solo compete al Tribunal. La sentencia mayoritaria trata de matizar aquella conclusión, en la que se toma como premisa lo que, en su caso, debe ser una conclusión tras la celebración del juicio, con el añadido que he reproducido literalmente. Tal conclusión, la expuesta por las psicólogas del INMF durante su intervención en el plenario, con la salvedad que luego señalaré, claramente identificaba ese suceso traumático con los " hechos denunciados " que, desde el punto de vista tanto jurídico como lego, no admiten otra calificación que no sea la de una agresión sexual.

En este sentido, resultó manifiesto que durante su declaración en juicio vinculaban el estrés postraumático con el presupuesto de una agresión sexual a lo largo de casi toda su intervención en el plenario y, especialmente, a lo largo del interrogatorio por parte de las acusaciones. Así, por ejemplo, se explicó por las psicólogas que la denunciante describió su vivencia de los hechos como un " bloqueo ", " no entendía, que no sabía lo que estaba pasando, no entendía la situación, no podía reaccionar " Ante esto, por el Ministerio Fiscal se les preguntó: "dentro de todas las posibilidades que se pueden dar en la situación de una posible agresión sexual ¿esa es una de las posibles, esa falta de reacción?", a lo que, sin cuestionarse la premisa, se respondió por las peritos: " si, en un acto de agresión sexual o de abuso sexual lo que puede ocurrir es que la víctima reaccione defendiéndose, gritando y también puede ocurrir que reaccione con un bloqueo"; más adelante el Ministerio Fiscal indica que " va a preguntar sobre alguna apreciación que hacen las peritos como que ella se manifestaba en relación a los hechos vividos que se sentía sucia, que tenía sentimientos de culpabilidad respecto a sus padres e incluso respecto a los agresores por denunciarles", y antes de que llegue a concretar ninguna pregunta, se apresuró a contestar

espontáneamente la Sra. Herminia diciendo: " es normal lo de la suciedad, aparece en todas las víctimas de agresión sexual (...)" "(...)El sentimiento de culpabilidad también es característico de las víctimas, esa culpabilidad, si no hubiera, si no hubiera hecho..." Y resultó extraordinariamente evidente, esa asociación del trastorno por estrés postraumático de la denunciante con una previa agresión sexual en el turno de preguntas que su Letrado, Sr. Bacaicoa, realizó a las peritos cuando éstas, en mi opinión, traspasaron, con toda seguridad de una forma inconsciente, la línea de la imparcialidad exigible de un perito.

En tal sentido, considero relevante destacar los siguientes pasajes de su interrogatorio.

Se preguntó por el Letrado Sr. Bacaicoa si les pareció raro lo que la denunciante les expresó, según señalan en su informe, acerca de que se trasladó a DIRECCION027 unos días después de los hechos, que no tenía apetito ni ganas de salir, pero que salía con sus amigos..., a lo que respondieron que la denunciante tenía un círculo social y familiar que la protegía mucho y que ha intentado normalizar su vida " y después del hecho que ha vivido ", facilitarle las cosas. " Y también, los casos que tenemos aquí, de otros casos de agresiones " , lo que ocurre es que pues las... los padres, las madres, lo que intentan es después llevar de vacaciones o facilitar las cosas a esa persona ". Indicaron que la recomendación de los terapeutas suele ser pedirles que hagan vida normal y continua el Letrado diciendo " Entonces, evidentemente, está claro que lo que no se le puede exigir a una chica que ha sido agredida sexualmente es que se quede en casa y que no salga ¿no?", respondiendo las peritos, de nuevo sin cuestionarse ni precisar la premisa, que " No, al revés, hay que animarle a que salga." Y por si alguna duda pudiera suscitarse acerca lo que se está analizando, en el minuto 18:13 de la grabación que documenta el acta de juicio correspondiente a la sesión del día 21 de noviembre de 2016 consta la siguiente pregunta: "¿Ustedes detectaron en la chica cuando la examinaron la posibilidad de que el estrés postraumático se hubiese producido o se haya producido por alguna causa no relacionada con la agresión sexual?"; a lo que por la Sra. Herminia se responde: "i Es que no tenía ningún otro hecho en su vida que fuera...!", y, reforzándola, interrumpe y se expresa por la Sra. Margarita : "relevante", continuando la Sra. Herminia diciendo: "un acontecimiento traumático en ese momento" y vuelve a asentir la Sra. Margarita : " Aha !"

Aunque teórica y formalmente las peritos afirmaron que "nosotras trabajamos siempre con hipótesis y desde luego, siempre la hipótesis puede ser eh... lo mismo y lo contrario" o su manifestación de que "bueno, es que nosotras cuando hacemos la valoración, no partimos de que ha habido agresión sexual", ambas reconocieron a preguntas de este magistrado que, ciertamente, en su comparecencia a juicio, habían estado vinculando el estrés con una agresión sexual y finalmente, aceptaron expresamente que, una experiencia sexual traumática e insatisfactoria pero desnuda de ese matiz de agresión que le habían estado aplicando, podría producir también un trastorno como el que ellas han afirmado, pero la impresión que causaron es que esta posibilidad no habían llegado a planteársela como hipótesis nunca.

2.- Continuando con los Criterios para el diagnóstico del TEPH y respecto a los que hemos llamado " síntomas de intrusión " (Criterio B) el informe forense afirma que concurren y lo expresa literalmente así:

" B. Síntomas de intrusión: Malestar psicológico intenso al exponerse a factores externos que se parecen a un aspecto del suceso: escuchar música de San Fermín, olor a colonia, ver personas con rasgos físicos parecidos a los supuestos agresores."

Por su parte, los peritos de la defensa explicaron que estos síntomas de intrusión suponen que " el acontecimiento traumático es reexperimentado persistentemente a través de una (o más) de las siguientes formas " y menciona cinco, entre las cuales, la que mencionan las peritos forenses aparece reseñada con el número 4; y lo cuestionan porque entienden que está sujeto a incoherencias, dado que estiman que ese malestar psicológico intenso al exponerse a estímulos que le recuerdan el acontecimiento traumático y que las peritos del INML asocian con la música de San Fermín, la colonia o los rasgos parecidos a los de los agresores "es incompatible con el hecho de que cuando no puede dormir, necesite leer las noticias al respecto y acontinuación, conciliar el sueño ". En juicio, la Sra. Carmen señaló que " el malestar asociado a exponerse ella a determinados estímulos muy puntuales como eran olores, personas similares o canciones que le hacían recordar lo sucedido, podría ser, no obstante, contrasta con el hecho de que, en otras situaciones en las que claramente hay un factor externo que le hace recordar lo sucedido, no solo no haya esta evitación, sino que sea ella misma la que voluntaria y conscientemente lo busque ".

Este cuestionamiento no me resulta ni ilógico, ni irrazonable, y no encuentro suficiente justificación en la sentencia mayoritaria cuando en relación con este Criterio B afirma, para -tal y como expresa- " avalar " el informe forense que " En relación al B, se incide sobre uno de los ítems, que no desvirtúa la eficiencia significativa de los restantes " cuando lo cierto es que las peritos han afirmado que concurre este Criterio B en base a la constatación de uno solo de los cinco "ítems" posibles que es justamente el que se cuestiona de contrario en el modo que acabo de exponer y no han dado a los demás la más mínima " eficiencia significativa ", pues al no mencionarlos siquiera solo puede concluirse que no los han constatado. Y esto hace decaer la afirmada concurrencia del Criterio B y con él cualquier posible diagnóstico de TEPT.

3.- El diagnóstico del TEPT exige asimismo la constatación de " síntomas de evitación " e igualmente, la constatación de " alteraciones cognitivas negativas y del estado de ánimo ". Las peritos forenses se refieren a ello nominando estos síntomas cono Criterio C y Criterio

D respectivamente, en tanto que los peritos de parte se refieren a ambos tipos de síntomas bajo el epígrafe Criterio C. Las Sras. Herminia y Margarita afirman su concurrencia en los siguientes y telegráficos términos:

" C. Evitación: evitación de recuerdos y pensamientos.

D. Alteraciones cognitivas negativas y del estado de ánimo: estado emocional negativo persistente (culpa, vergüenza, enfado) y disminución del interés en actividades significativas."

Los peritos de las defensas engloban ambos criterios en uno solo (C) y, en su opinión, el mismo no se cumple. Razonan que afirmar una evitación de recuerdos y pensamientos se contradice con el relato de su actividad después de los hechos y que no han evidenciado una restricción de la vida afectiva y tampoco una reducción acusada del interés en actividades que resulten significativas para ella.

La sentencia mayoritaria admite sin dudas la concurrencia de estos criterios que se acaban de mencionar, " tomando de modo singular en consideración que durante su declaración en el acto de juicio oral, la denunciante expresó, las razones por las que después de los hechos trató de mantener una apariencia de vida normal, en todos sus ámbitos ". El hecho de que tras una experiencia traumática la persona se esfuerce, siempre que le resulte posible, por recuperar la normalidad de su vida es algo que se entiende sin necesidad de argumentación alguna, pero también considero que a efectos del diagnóstico de un TEPT lo que debe valorarse es si lo consigue o no, o hasta qué punto lo hace y desde este punto de vista valoro los reparos que apuntan los peritos de parte. Por lo demás, traer a colación " la dimensión conferida a nivel institucional y mediático" a este caso o una supuesta agudización de los síntomas a consecuencia de la toma de conocimiento de que había sido objeto de seguimiento por detectives privados (algo que sucede casi un mes después de que las peritos emitieran su informe y que obviamente estas no pudieron tomar en consideración) para dotar de credibilidad a las afirmaciones de las peritos es inasumible; como inasumible y jurídicamente infundado es que se califique el trabajo de los detectives privados como de " conductas difícilmente justificables " cuando, con indiscutible amparo en nuestro Derecho, tanto durante la instrucción de la causa, como por esta misma Sala se admitió el informe de aquellos como prueba legítima, pertinente, relevante y necesaria para el adecuado ejercicio del derecho de defensa de los acusados.

Por lo demás, que la denunciante fuera capaz de mantener su actividad en las redes sociales, de salir con sus amigos y de disfrutar de vacaciones durante todo el verano de 2016 y no se viera en la necesidad de solicitar ni seguir ningún tratamiento, ni psicológico, ni farmacológico, es un hecho que puede tenerse como absolutamente probado y sugiere, sean cuales fueran los síntomas que presentara, que la intensidad de los mismos, fuere la que fuere, le permitió cuando menos prescindir de cualquier tratamiento, lo que también da idea de la gravedad con que se le hubieran presentado; dato, en cualquier caso, no decisivo a efectos de valorar la ausencia o la eficacia de su consentimiento en la noche de autos, pero que no resulta baladí a la hora de determinar la procedencia de una eventual indemnización que, no se olvide, se solicita por cuantía de 250.000 €.

Finalmente, y en cuanto al análisis de los síntomas del TEPT, tal y como ya se ha indicado y junto a los que se acaban de valorar, es de necesaria concurrencia " la alteración de la alerta y reactividadasociada".

Las peritos forenses afirman su concurrencia en su informe expresando literalmente al respecto:

"E . Alteración de la alerta y reactividad asociada: comportamiento irritable, problemas de concentración y alteraciones de sueño."

Los peritos de las defensas se refieren a estos síntomas bajo la denominación de "Criterio D" y concluyen que no concurre en razón a que consideran la irritabilidad como algo inherente a la propia personalidad de la evaluada (algo que las peritos forenses también tienen afirmado en la página 7 de su informe) y que las dificultades de concentración no se han podido objetivar durante la entrevista que se le hizo. A este respecto resulta ciertamente llamativo, a mi juicio, que se refieran esos problemas de concentración y por el contrario se sea capaz de responder satisfactoriamente a todos los innumerables ítems que se propusieron a la denunciante.

Y no puedo suscribir la afirmación contenida en la sentencia mayoritaria de que el " criterio E quedó justificado mediante la declaración de la denunciante en el acto del juicio oral, en el concreto extremo en el que mantuvo que, a partir del mes de septiembre de 2017 - (sic) y por las razones que con detalle expuso-, comenzó a recibir tratamiento psicológico ", en primer lugar, porque más allá de que así lo manifestara la denunciante, no existe la más mínima acreditación en autos sobre el supuesto tratamiento y mucho menos acerca de cuáles fueran los concretos síntomas o padecimientos (ni sus posibles causas) que se estén intentando paliar con él; además, la denunciante refiere que no lo inició sino después de haberse practicado su valoración psicológica, por lo que el mismo nunca pudo ser valorado por las psicólogas forenses para afirmar la concurrencia del Criterio E.

Tampoco me parece razonable que en la sentencia mayoritaria se tome en consideración la declaración de la denunciante, única testigo directa de cargo y constituida además en acusación particular, como única fuente de conocimiento para " avalar " el resultado de una pericial que, por lo demás, fue propuesta por ella, junto con las demás acusaciones, como prueba de cargo.

Pero más allá de lo razonables o no que puedan considerarse los reparos que se han formulado por los peritos de las defensas respecto a los síntomas cuya presencia se afirma por las peritos forenses, su conclusión de que la denunciante padece un TEPT no puede ser aceptada, pues, como ya se ha explicado y así fue afirmado por todos los peritos que comparecieron en el plenario, no es suficiente para el diagnóstico del trastorno de estrés postraumático la sola concurrencia del suceso traumático y de los síntomas que se describen, sino que, además e inexcusablemente, es necesario que la alteración constatada cause un malestar clínicamente significativo o un deterioro en lo social, laboral u otras áreas importantes del funcionamiento de quien lo padece, y a este respecto, el informe de las Sras. Herminia y Margarita no contiene la más mínima mención, ni la sentencia mayoritaria da la más mínima relevancia a este déficit esencial en el que ni siquiera parece haber reparado, pero lo cierto es que las peritos forenses no constatan, mucho menos describen en su informe, ni un malestar clínicamente significativo en la denunciante, ni tampoco qué deterioro consideran producido, ni a qué área de la vida personal de la denunciante ha de entenderse referido el mismo. La única mención que al respecto realizaron en juicio se limitó, cuando fueron preguntadas por el Ministerio Fiscal en qué se basaron para valorar que tenía estrés postraumático, a reseñar lo que ya consta en su informe al inicio de la pág. 6 y simplemente añadieron: "(...) que la duración sea más de un mes, ya estábamos con dos meses cuando nosotros le valoramos, y que haya un malestar significativo, una clínica significativa con lo cual concluimos que sí existía este trastorno ", sin argumentación al respecto de ninguna clase. Cuando se les preguntó cuáles eran los rasgos de personalidad de la denunciante, respondieron: " podríamos decir que es una persona animada, extrovertida, sociable, que no le cuesta nada iniciar los contactos sociales con otras personas, ella también se define como una persona feliz; una persona sin ningún problema significativo". En otro momento de su declaración, expresa y firmemente, afirmaron que " L a denunciante tiene una vida muy normal sin nada especial que reseñar, una vida muy normal en todos los aspectos". Y no se ofreció durante su comparecencia ninguna descripción, ni razonamiento acerca de cuál fuera o en qué basaran el malestar clínicamente significativo o deterioro en lo social, laboral u otras áreas importantes del funcionamiento que supuestamente detectaron y valoraron para afirmar la existencia de estrés postraumático.

No puede obviarse que dichas psicólogas reforzaban su conclusión (en el juicio) con la consideración de que la denunciante ha venido recibiendo tratamiento psicológico ininterrumpido desde el mes de septiembre de 2016 y continúa recibiéndolo en la actualidad; hasta el punto de manifestar, cuando el Letrado Sr. Martínez Becerra les planteó como hipótesis que la denunciante no se hubiera sometido a ningún tipo de terapia, que les resultaría llamativo que no hubiera recibido tratamiento. Y que la denunciante haya estado sometida a dicho tratamiento es algo que no puede tenerse por acreditado en absoluto en esta causa, pues, más allá de afirmarlo así, ninguna prueba documental se ha aportado a este respecto -siendo como era de una extraordinaria facilidad su obtención- ni a la causa se ha traído a testificar a ninguna de las personas que pudieran haber procurado a la denunciante el tratamiento que dice estar recibiendo.

En esta misma línea, debo resaltar que la sentencia mayoritaria, que proclama " Avalamos el criterio de las peritos forenses y declaramos probado, que como consecuencia de los hechos sufre un trastorno de estrés postraumático; más en concreto el cumplimiento de todos estos criterios, quedó suficientemente justificado frente a las objeciones planteadas por los peritos de la defensa ", tampoco menciona ni razona en qué consiste o se concreta el malestar clínico significativo (si esto fuera lo que estiman concurrente) o el deterioro en alguna (¿cuál?) de las áreas importantes de la actividad de la denunciante (si fuera esto lo que estuvieran dando por probado). Y mucho menos explica en razón a qué argumentos deba rechazarse la categórica afirmación explicitada en su informe y rotundamente ratificada por D. Nazario y Dª Carmen de la absoluta falta de constatación de lo que ellos han denominado Criterio F (malestar clínicamente significativo o deterioro en lo social, laboral u otras áreas importantes del funcionamiento), criterio ineludiblemente necesario para el diagnóstico del TEPT según sus detalladas explicaciones.

Por mi parte, no puedo sino apartarme del criterio mayoritario que nuevamente me resulta inasumible y del examen y valoración de la prueba pericial practicada concluyo que no se ha probado por las acusaciones que la denunciante padezca ni haya padecido trastorno por estrés postraumático alguno y refuerzo mi conclusión en el hecho de que nada se afirmó por esta en el juicio que corrobore la realidad de todos los síntomas y padecimientos que se han referido y, como ya se ha indicado, tampoco existe, más allá de lo que ella ha afirmado, prueba objetiva alguna de que haya necesitado, ni se le haya pautado tratamiento farmacológico alguno, ni de que haya seguido tratamiento terapéutico, ni de su evolución, ni resultado y no consta que se haya intentado siquiera, un diagnóstico clínico que avale su afirmación. Por no constar, no consta ni la identificación de su terapeuta que tampoco ha sido llamada al juicio por las acusaciones.

- Mención especial y capítulo aparte merece la valoración delas pruebas periciales practicadas sobre la posible reacción de ladenunciante mientras sucedieron los hechos que tuvieron lugar enel portal del nº NUM006 de la CALLE002.

Dictado auto de 8 de agosto de 2016 (folio 449) acordando la pericial psicológica de la denunciante en los términos anteriormente expuestos, por la representación procesal de Santiago y Samuel se presentó escrito fechado el 22 de agosto de 2016 en el que se solicitaba, entre otros extremos, la ampliación de dicha pericial a los " aspectos relativos a los hechos de interés jurídico que dieron lugar a la demanda penal de cara a evaluar el hecho traumático y la forma como la víctima reaccionó al mismo ", lo que fue denegado por providencia de 23 de agosto de 2016 (folios 685 y 686 de los autos); resolución que adquirió firmeza tras desestimarse los recursos de reforma (auto de 8 de septiembre de 2016, obrante al folio 854) y apelación (auto de la Sección 1ª de esta Audiencia Provincial obrante a

los folios 1233,1234 y 1235 de la causa).

En consecuencia, tal cuestión no ha llegado a constituir el objeto de ninguna de las periciales practicadas.

Ninguno de los peritos intervinientes ha realizado en sus informes alusión alguna a este extremo.

Sin embargo, una buena parte de las preguntas que se formularon a todos los peritos en su comparecencia en juicio versó acerca de esta concreta cuestión.

Y a tal respecto, no puede obviarse a mi juicio que "A diferencia de los testigos, los peritos no son personas que declaran sobre algo que han presenciado en relación al objeto del proceso o de lo que han tenido directo y verdadero conocimiento, en todo caso extra proceso. Los peritos emiten pareceres técnicos al gozar de una especial preparación para ello, sobre datos obtenidos precisamente a través del proceso y analizados a partir de sus propios conocimientos empíricos y el auxilio de las técnicas propias de su disciplina. Dado su objeto, constituyen una herramienta que auxilia al Tribunal en la función valorativa que le corresponde en exclusividad.

Ello comporta que si las preguntas dirigidas a los peritos pretenden que el mismo afirme si determinado dato acredita o no una hipótesis, rebasen el ámbito de las conclusiones periciales, para adentrarse en el de la inferencia que solo el Tribunal está facultado para realizar, a la vista de todo el conjunto probatorio, por lo que la pregunta en cuestión solo puede considerarse de impertinente y su denegación por la Sala procedente." (STS núm. 28/2018 de 18 enero . RJ2018\240.)

No obstante, y comoquiera que todas las preguntas a este respecto fueron admitidas en el juicio, y no solo esto, sino que las respuestas proporcionadas tanto por los médicos forenses como por las psicólogas del INML sirven ahora de sustento al fallo condenatorio, entiendo necesario exponer mi valoración al respecto.

Por D. Luis Pedro (pues Dña. Mercedes permaneció en silencio durante toda su comparecencia), como ya se ha dicho, se vertieron disquisiciones doctrinales de las que, con carácter general, se puede extraer la conclusión de que ocurre con cierta frecuencia, en casos de agresiones sexuales, que la víctima tenga recuerdos confusos. Igualmente, el Ministerio Fiscal le explicó que la víctima dijo que al ocurrir los hechos estaba en estado de shock y que lo único que mostró fue pasividad y sumisión y les preguntó si tenían conocimiento de que esa puede ser una reacción más o menos habitual en víctimas de una agresión sexual a lo que se respondió: "Cuando la víctima entiende que está en una situación de riesgo, la actuación o la reacción normalmente no se sitúa en una actuación digamos racional, entre comillas, sino en una actuación instintiva y dentro de las actuaciones instintivas los expertos describen y publican distintas posibilidades, desde la situación de rebelión, lucha, gritar, intentar evitar... esto en inglés está como con 5 acrónimos que empiezan por F todos; la otra opción es la de pasividad; dentro de pasividad hay como dos posibilidades, una pasividad que lleva a una situación de rigidez y una pasividad que lleva a una situación, digamos entre comillas de relajación e incluso está descrita la posibilidad de que la víctima tome una cierta actitud amistosa con el agresor buscando que el asunto digamos termine cuanto antes. Si usted me pregunta que una actitud de pasividad como la que usted describe es posible, pues entraría dentro de una de esas 4 ó 5 actitudes descritas por los expertos ".

De ello se puede inferir en principio que, de reputarse probado el "bloqueo emocional y la pasividad en la reacción" que ha referido la denunciante, dicha reacción estaría dentro de las 4 ó 5 actitudes que describen los expertos. La cuestión es que el juicio previo de dar o no por probado que la denunciante reaccionó como afirma que lo hizo no puede obtenerse por este camino y nada de lo manifestado por los médicos forenses ayuda en ese sentido, pues carecían de cualquier dato que les permitiera emitir una opinión concreta y fundada sobre ese extremo ya que no indagaron sobre él, no percibieron nada al respecto en su exploración, no han visto los vídeos, ni analizado la causa y no fue objeto de análisis en ninguno de sus informes.

De hecho, por el Sr. Luis Pedro, expresamente se manifestó: " nosotros procuramos en la exploración de víctimas de este tipo no forzar lo que llamamos la revictimización, quiero decir, cuando una persona acude a un servicio de urgencias e inmediatamente se traslada el forense para hacer el examen, sabemos que, posteriormente a ese examen, hay luego la declaración policial, la declaración judicial, etc, nosotros procuramos recoger información suficiente para la exploración, realizar la exploración y algunos datos relevantes que puedan luego servir al cuerpo policial que le acompaña para iniciar la investigación. No procuramos profundizar más porque entendemos que está viviendo la víctima una situación, así, de forma genérica, que es muy complicada y entonces, y en ese sentido, nuestra forma habitual de trabajar es esa ¿no?; entonces eso entendemos que procede en la valoración posterior que se puede hacer desde el punto de vistapsiquiátrico o psicológico de la víctima." Y a la afirmación de uno de los Letrados de la defensa de que: " Con lo cual, todas las valoraciones que usted ha realizado y todas las teorías, no necesariamente tienen que encajar en este caso...", respondió, según consta en el minuto 10:33:26 del acta que documenta su comparecencia en juicio: " No, yo ahí se ha preguntado hipotéticamente si una situación del tipo que ha descrito el Ministerio Fiscal es posible y yo he dicho que, en base a la literatura de las posibles reacciones que tienen que ver con el cerebro primitivo y no con el cerebro de la corteza, digamos que se toman decisiones racionales". Insistió el letrado señalando: " Y también es posible que suceda de otra manera ", a lo que respondió: " También es posible que suceda de otra manera." Finalmente, preguntado: "¿ Entiende usted que, si las relaciones que mantuviesen, que mantuvieron las personas implicadas con la

denunciante, se hubiesen mantenido con su consentimiento, el resultado de la práctica de su informe sería exactamente igual?" concluyó: " podría ser igual, sí."

En consecuencia, no podemos atribuir a los médicos forenses ninguna opinión atinente al caso enjuiciado acerca de la valoración de la concreta reacción que pudiera haber experimentado la denunciante en el día de autos, y visto lo que se expone en el párrafo anterior, la duda no puede ser resuelta sino con arreglo a las conocidas reglas que impone nuestro Derecho Penal.

Por lo que se refiere a las psicólogas adscritas al INML, Dña. Herminia y Dña. Margarita, también fueron interrogadas sobre estos extremos y también respondieron con carácter general. Basaron su respuesta en lo que la denunciante había respondido con relación a cómo se había sentido antes, durante y después de los hechos e igualmente afirmaron que habían visto los vídeos, aunque no hicieron ninguna referencia expresa a los mismos en toda su comparecencia ante el Tribunal.

Señalaron que lo que la denunciante reseñó de su vivencia de los hechos fue un " bloqueo " y que lo definió literalmente con estas palabras: " que no entendía, que no sabía lo que estaba pasando, no entendía la situación, no podía reaccionar " . Con evidente " contaminación " en la respuesta a la pregunta del Ministerio Fiscal sobre si "Esa puede ser, dentro de todas las posibilidades que se pueden dar en la situación de una posible agresión sexual ¿esa es una de las posibles, esa falta de reacción?", Dña. Herminia respondió: " si, en un acto de agresión sexual o de abuso sexual (sic) lo que puede ocurrir es que la víctima reaccione defendiéndose, gritando y también puede ocurrir que reaccione con un bloqueo, entonces ella no reacciona, queda aturdida y no sale de esa situación y cuando quiere reaccionar ya han terminado los hechos." En este punto intervino Dña. Margarita señalando que: "está descrito en la literatura científica, cualquier libro sobre trauma que se lea, aparece esta forma ¿eh?, en el sentido de... ponen muchos nombres ¿no?, le llaman bloqueo, paralización, disociación, desconexión, pero es una "no reacción" que está reconocida como posible", ante lo cual se manifestó por el Ministerio Fiscal: "que puede generar una cierta pasividad o..." respondiendo: " no reacciona, inacción, parálisis, noreacción. Se suele llamar parálisis, no sabe reaccionar, no se defiende, no grita... y es que ella lo define "no entendía lo que me estaba pasando, no sabía dónde estaba, no podía pensar, no podía reaccionar ". Es que no hay un pensamiento racional, es incapaz en ese momento de llevar a cabo un pensamiento racional, con ese pensamiento racional elaborar una estrategia para actuar y salir de esa situación o reaccionar a esa situación".

En definitiva y al igual que los médicos forenses, constataron que, con carácter general, una respuesta de pasividad ante una agresión sexual está reconocida en la literatura científica como una de las posibles que cabría considerar. Además, enlazaron sus explicaciones con lo que la propia denunciante había relatado, pero no hicieron ningún esfuerzo de contraste con ningún otro dato objetivo de los que disponían, ni se cuestionaron, en absoluto, la razonabilidad de dichas manifestaciones en relación, por ejemplo, con las imágenes de los vídeos que habían visto, ni con las actuaciones que habían examinado, ni con las declaraciones de los acusados que también habían conocido según afirmaron y que ofrecían una versión radicalmente diferente de los hechos que permitía siquiera plantearse diferentes hipótesis; mucho menos valoraron si lo que la denunciante describe que hizo encaja en lo que han definido como inacción, parálisis o no reacción. En consecuencia y al igual que lo que se ha indicado respecto a los médicos forenses, este testimonio, que no se ha sustentado en ningún análisis pericial concreto pues no era objeto de la pericial que se les encomendó, solo apuntaría a que la reacción que la denunciante relata, de llegar a probarse, resultaría ser una entre las varias posibles que se recogen en la literatura científica.

El único perito que ha trascendido el plano teórico general y ha emitido su opinión profesional acerca de la concreta reacción que la denunciante afirma que experimentó en el portal de autos ha sido D. Nazario, quien, desde su condición de Doctor en Medicina y Cirugía; Especialista y Máster en valoración del Daño Corporal y Peritaje Médico; Especialista en Psiquiatría; Perito en Psiquiatría Forense y Profesor titular del Máster en Psicopatología Legal y Forense de la Universidad Internacional de Cataluña, sobre el que ninguna tacha se ha formulado, ni insinuado argumento alguno que permita dudar de su pericia, manifestó que, aun corroborando lo que el resto de los peritos manifestaron a la hora de ilustrar sobre las posibles reacciones que puede desplegar quien se enfrenta a un suceso traumático o muy estresante, descartaba dicha reacción en el concreto caso queenjuiciamos en razón a que las imágenes son incompatibles con una sumisión provocada por estrés agudo porque hay más actividad que pasividad; para el Sr. Nazario en el vídeo NUM040 se aprecia a la denunciante acercándose a la zona genital de uno de los varones, camino de una felación; tampoco lo entiende compatible con un gesto instintivo, " están más cerca de saber que de no saber y que al principio es claramente activa "; en la NUM042 no ve ninguna fuerza y sí movimientos sincronizados en varón y mujer, movimientos que no son de empuje del varón sobre ella, sino sincronizados y que requieren de una participación activa en la mujer; para el perito esta es una de las imágenes más reveladoras. Destaca, en general, respecto a las imágenes que ha analizado que la cara de la mujer tiene una expresión distendida y no se ve fuerza, ni resistencia; que no ha visto ninguna imagen de una mujer sufriendo, ni ninguna que denote asco, " de que se lo esté pasando muy bien tampoco "; y aunque las describe como unas imágenes patéticas afirma que percibe delicadeza en los varones y no percibe miedo, ni horror, ni defensa, ni actitudes de evitación en la mujer. Se le pregunta sobre si es posible que la mujer se dejara hacer y responde que no, que no se concibe una respuesta amigable con cinco atacantes; y afirmó y reiteró con firmeza que lo que revelan a su juicio las imágenes no es una reacción de pasividad, " con cinco atacantes lo menos que se puede esperar es que se muestre rechazo ", " para contemporizar con cinco

atacantes debería haber actuado bajo un miedo atroz y no ve un miedo así en los vídeos ", " tendría que haber, al menos, una resistencia mínima ". Destacó los efectos del alcohol en todos los participantes y señaló que, a su juicio, bajo una imagen de aparente diversión cree que allí no se divertía nadie. A la pregunta de si veía en las imágenes algo como "shock" o bloqueo emocional respondió que la palabra "shock" no existe en psiquiatría, que quizá se debería referir una reacción de adaptación o de una reacción a estrés, pero la descarta porque cabría esperar defensa y evitación y no la hay.

No puedo compartir el tratamiento que la sentencia mayoritaria da a su intervención pericial sobre el contenido de los videos que visionó, tratando de equiparar su función a este respecto con la de los agentes de la Policía Foral que realizaron una pericial técnica sobre su contenido, cuando la desdeña diciendo que " no tomamos en consideración, las partes de dicho informe y ratificación en las que se incluyen exclusivamente valoraciones subjetivas sobre las prácticas de índole sexual realizadas por denunciante y procesados ", pues, precisamente, estos aspectos también formaban parte del objeto de su pericia, esta sí, propuesta y admitida por la Sala, siendo connatural a toda prueba pericial, y su propia razón de ser, la emisión de opiniones fundadas en los conocimientos técnicos o científicos sobre los que verse; tal y como sucede con las emitidas, desde su condición de profesional cualificado para la valoración de la conducta humana, por D. Nazario en cumplimiento de su función auxiliar del órgano judicial.

Al igual que este perito, tampoco aprecio, ni en los videos ni en las fotografías examinadas, ese miedo atroz que ha indicado como presupuesto para valorar una posible reacción de pasividad, y desde luego, en ningún caso ha sido siquiera insinuado por la denunciante la existencia de ese sentimiento de miedo que pueda ser calificado como de atroz, ni se infiere del resto de la prueba practicada. A lo largo de toda su larga declaración solo hay dos escuetas referencias de la denunciante que aludan al miedo, una referida al momento en que llegan al cubículo "pues ya cuando llegamos al cubículo ese pues ya fue cuando yo empecé a sentir más miedo porque me vi rodeada por ellos cuatro (sic) y entonces noté como me desabrochaban la riñoneraporque yo la llevaba así cruzada; noté cómo me desabrochaban la riñonera, cómo me quitaban el sujetador porque, al ser sin tirantes simplemente había que quitar el clip y ya está, y me desabrochaban el jersey que yo llevaba atado a la cintura y ya fue cuando empecé a tener más miedo" y la otra a un momento posterior a haber ocurrido los hechos " Entonces fue cuando me entró toda la impotencia y todo el miedo... es que no tengo ni el móvil." Este último parece incluso que lo describe como más intenso, pero en ningún momento llegó a explicar qué fuera lo que temiera.

Por lo tanto, no puede extraerse de la prueba pericial practicada en el acto de juicio oral, en relación a la concreta reacción que la denunciante manifiesta que experimentó, que este extremo resulte corroborado sino que, por el contrario, se han aportado por el perito de las defensas argumentos que razonablemente permiten establecer una duda que no se desvirtúa por lo que afirman el resto de los peritos que han depuesto, pues se han limitado a dar cuenta de lo que la literatura científica refiere, sin realizar una valoración y subsunción al caso de las teorías generales que expusieron. La duda no solo es razonable sino consistente y no puede ser despejada en perjuicio de los acusados.

A este respecto, la conclusión a que llega la sentencia mayoritaria cuando afirma " apreciamos que la denunciante reaccionó de modo intuitivo; la situación en que se hallaba producida por la actuación dolosa de los procesados y los estímulos que percibió, provocaron un embotamiento de sus facultades de raciocinio y desencadenaron una reacción de desconexión y disociación de la realidad, que le hizo adoptar una actitud de sometimiento y pasividad, determinándole a hacer lo que los procesados le decían que hiciera " no puede estimarse avalada por ninguno de los peritos que depusieron en el plenario; ninguno mencionó siquiera ese supuesto " embotamiento de las facultades de raciocinio "; los peritos de las defensas explicaron que cuando preguntaron a la denunciante cómo se sentía cuando los hechos estaban sucediendo, respondió " es que no, estaba tan bloqueada, no puedo decir cómo me sentí porque es que ni lo sé " y cuando le pidieron que describiera ese bloqueo, no fue capaz de hacerlo limitándose a manifestar que " de no poder pensar qué estaba pasando", "como de pelis de miedo, el protagonista lleva la cámara y te agobia", "no era consciente", "esto no ha podido pasar" " Estaba bloqueada; no sé ni cómo me sentí porque ni lo sé; de que esto no ha podido pasar porque no ha podido pasar nunca; es algo que pasa; a mí nunca " y no refería cómo era ese bloqueo. En iguales términos informaron las psicólogas forenses que señalaron que a la pregunta de cómo se sintió y qué entendía por bloqueo, la denunciante respondió " que no entendía, que no sabía lo que estaba pasando, no entendía la situación, no podía reaccionar". La señora Margarita manifestó que " está descrito en la literatura científica, cualquier libro sobre trauma que se lea, aparece esta forma ¿eh?, en el sentido de... ponen muchos nombres ¿no?, le llaman bloqueo, paralización, disociación, desconexión, pero es una "no reacción" que está reconocida como posible" y cuando se le pide que aclare si lo que describió la denunciante lo identifica con una disociación, respondió: " He explicado que, en la literatura científica, se le llama de muchas maneras a la no reacción a un acontecimiento. Entonces uno de los nombres es ese, pero ese no usó (la denunciante), el que ella usó fue el de "bloqueo" y lo explicó en dos veces, al principio cuando le preguntamos nosotras y lo explicó después ante una pregunta de la perito. O sea, en ella no consideramos que hubo disociación y así no lo hemos puesto en el informe, ¿eh? " por lo que el " diagnóstico " que se realiza en la sentencia, con un contenido innegablemente médico o psicológico no puede entenderse sustentado por ninguno de los peritos que comparecieron en el plenario.

Concluyo con todo lo anterior que la verosimilitud del testimonio de la víctima carece de la fuerza y virtualidad necesarias como para

validar su declaración en este aspecto, sin que la escasez de datos informativos relevantes proporcionados por su parte pueda redundar en perjuicio de los acusados.

G).- Ausencia de incredibilidad subjetiva.

Descartada la existencia de cualquier otro posible factor que pudiera generar dudas sobre la credibilidad subjetiva de la declaración prestada en juicio por la denunciante, procede examinar si en el caso concurre algún posible móvil espurio que debilite su veracidad.

La denunciante conoció a los acusados en la madrugada del día 7 de julio de 2016, por lo que resulta impensable la existencia de enemistad, animadversión o resentimiento anterior que pudiera enturbiar la veracidad de su relato. No obstante, las defensas han introducido la hipótesis de que el modo en que los acusados abandonaron el portal, dejándola medio desnuda y sola y sustrayendo uno de ellos su teléfono móvil, unido al hecho de que las relaciones mantenidas, sin duda de enorme sordidez y crudeza, le hubieran resultado insatisfactorias y emocionalmente traumáticas, podrían haber provocado en ella remordimientos una vez concluidas, así como el llanto de amargura y el enorme abatimiento emocional que percibieron todos los testigos que se acercaron a ella en aquellos momentos. Añaden que, tal y como declaró en juicio la agente de Policía Municipal nº NUM028, la denunciante era conocedora de que le habían grabado en vídeo y que la afirmación de que había sido víctima de una agresión sexual no surgió espontáneamente de ella, sino que, simplemente, fue asintiendo a las preguntas sugestivas que tanto la pareja que se acercó a ella en el banco, como de los policías que acudieron a los pocos minutos al lugar, le fueren formulando después de que ella espontáneamente se hubiera limitado a decir que le habían robado el móvil, desencadenándose un movimiento institucional (y también social) que, partiendo de un a priori no cuestionado, han considerado inconcebibles las prácticas sexuales en grupo mantenidas el día de autos, y que le ha proporcionado amparo y refuerzo durante el desarrollo de todo el procedimiento. Estiman también que pudo ser el temor de que las imágenes grabadas pudieran ser difundidas lo que, tal vez, alentó de algún modo su denuncia.

Que la relación resultara insatisfactoria y emocionalmente traumática es algo que puede admitirse sin mayores reparos si consideramos lo sórdido y crudo de esta y lo deplorable de las circunstancias en que se produjo.

La pareja formada por Regina y Moises que acudió en su ayuda cuando la vieron llorando en el banco, coincidieron en manifestar que lo primero que mencionó la denunciante fue que le habían robado el móvil.

A esto salió del paso la denunciante explicando en juicio que " yo cuando vi que no encontraba el teléfono móvil y no podía llamar a Jorge, pues me empecé a poner muy nerviosa y empecé ya a llorar y no me fijé en nada; simplemente cogí mi riñonera y me fui llorando porque lo que quería era el teléfono móvil y no lo tenía, me lo habían robado " así como que: "(...) quería llamar a Jorge, era la única persona que tenía, a la que quiero en Pamplona, entonces después de eso lo único que quería era llamarle y decirle que viniera a buscarme, que no sabía dónde estaba pero que viniera; y no podía. Entonces fuecuando me entró toda la impotencia y todo el miedo... es que no tengo ni el móvil. Pero no era por el teléfono móvil, me da igual el móvil, simplemente era por poder localizarle. " Asimismo, a preguntas del Letrado Sr. Martínez Becerra, manifestó: " yo cojo la riñonera y veo que no tengo el móvil, entonces es cuando me pongo más nerviosa porque yo quería el móvil para llamar a mi amigo y no.... entoncessalgo del portal hacia la calle y, pretendiendo ir hacia el coche, antes de llegar decidí sentarme en un bancopara tranquilizarme por lo que me había ocurrido." Igualmente, a la pregunta de si le preocupó muchísimo la pérdida del móvil y cómo iba a explicar esa pérdida, respondió que: " No, o sea, yo me senté en el banco porque estaba... salí llorando del portal y decidí tranquilizarme para no hacer el camino por una ciudad que no conozco, eh... llorando; entonces mesenté y es cuando me doy cuenta de lo que ha ocurrido, en el banco, pero no me siento en el banco para pensar cómo explicar la pérdida del móvil, no ." El Letrado de la defensa continuó señalando si, como joven en formación universitaria no se planteó que lo primero que debía hacer era denunciar la agresión que había sufrido, a lo que la testigo respondió: " Por eso buscaba el móvil, para poder llamar a Jorge, para poder pedirle la ayuda, pero no lo tenía; entonces, al ver que no podía llamar a la persona que más confianza estaba conmigo en Pamplona en ese momento, eh..., ya, mi..., mi shock incrementó y me senté para tranquilizarme, ir al coche y ya ahí, hablar con Jorge y dio la casualidad de que justo unos chicos se sentaron también y me ayudaron a poder llamar; pero yo lo que quería era hablar con Jorge porque no había podido porque me habían robado el móvil ." Y preguntada acerca de cuál fue la razón por la que lo primero que mencionara a la pareja que la auxilió fue el robo de su móvil y no la agresión sexual que había sufrido, señaló: "(...) no le puedo dar una explicación.; simplemente yo salí, yo estaba muy nerviosa, quería coger mi móvil, no lo encontraba, entonces, quería coger el móvil para llamar a Jorge, para explicarle la situación y como no encontraba el móvil yo pensé: "no tengo el móvil, no puedo llamar a Jorge; no tengo el móvil, no puedo llamar a Jorge "; para explicarle la situación."

Resulta más que comprensible su explicación acerca de cómo la sustracción de su móvil pudo incrementar su zozobra emocional en aquellos momentos, al impedirle alcanzar -como dijo- el apoyo, la ayuda y el consuelo del único referente afectivo que tenía a su alcance aquella noche en Pamplona y entender hasta qué punto aquella circunstancia pudo aumentar su sensación de abandono y desvalimiento, sin embargo, no deja de resultar sorprendente que a preguntas de otra de las defensas, cuando se le pide que explique qué hizo hasta el día siguiente, una vez que la dejan en el piso, su respuesta fue: "¿Qué hice?¿Eh... vale... pues me duché, luego, bueno, Jorge no sabía

nada, lo único que sabía es que me habían robado el móvil, yo no le conté nada hasta que, en el piso, después de ducharme, estábamos los dos solos y ahí yo se lo conté y después yo me eché a dormir (...) " y poco más adelante, en respuesta a la misma Letrada, añade: " Jorge, o sea lo que ocurre es que, cuando yo llego al coche después de poner la denuncia, yo llego y le digo "nada, Jorge, me han robado el móvil" y me dice "pero, ¿todo bien?" y le digo, "sí, sí, no te ralles " Y es aquí donde quiebra la coherencia pues, si bien podría resultar comprensible que la sustracción de su móvil aflorara en primer lugar por la congoja de no poder contactar con su amigo, no se entiende que, en el momento en que finalmente y después de todas sus vivencias de aquella noche su reencuentro se produce, recurra nuevamente a la mención del móvil para, al menos, posponer lo que tanto la había angustiado y que era no poder contactar con su amigo para poder contarle a él lo verdaderamente dramático que había sufrido aquella noche y más llamativo resulta aún que, una vez ya producido el reencuentro entre los dos, reencuentro propiciado por la propia policía que, después de formular la denuncia, la lleva hasta el lugar donde tenía aparcado el coche, cuando surge la necesidad de que la denunciante tenga que volver según indicó " a la científica a poner las huellas " (en realidad a una toma de muestras que en su primera asistencia médica no se había realizado), Jorge se quede en el coche esperando su regreso y no la acompañe tal y como ella misma explica " No, Jorge se queda en todo momento, no me acompaña Jorge "; todo ello hace pensar que no era el anhelo por la compañía de Jorge " para explicarle la situación" la única razón por la que la sustracción del móvil, usando sus palabras, incrementó su shock; lo revela las primeras palabras que le dirigió: " sí, sí, no te ralles ".

Hay que tomar en consideración también que, preguntados al respecto, los policías que intervinieron en los primeros momentos en la AVENIDA001 y que la acompañaron, primero al hospital y después a dependencias policiales para denunciar, manifestaron que la testigo en ningún momento les pidió que llamaran a su amigo, ni explicaron que les dijera que lo avisaran de cualquier modo o la llevaran a encontrarse con él. Hasta tal punto esto hubiera resultado comprensible que lo que sorprende es que no lo hiciera.

Tampoco consta que hiciera ninguna manifestación en ese sentido a la trabajadora social que le dio apoyo en aquellos primeros momentos, Dña. Caridad. Es más, si atendemos a lo declarado en juicio por la misma, fue la propia Sra. Caridad quien sugirió a la denunciante que hablara con su amigo de lo ocurrido y que este le acompañara al piso que el Ayuntamiento le ofreció en aquel momento. Según la Sra. Caridad, la denunciante le hizo caso y cuando llegaron, después de la denuncia, al lugar donde tenía aparcado el coche, le contó lo sucedido a Jorge que se encontraba allí y describe su reacción con estas palabras: " Pues se queda completamente paralizado, muy paralizado e intenta un poco como de... muestras como de... no sé, de... pues de ayudarle un poco, y así, pero estaba completamente paralizado el chico ". Sin embargo, este testimonio entra en frontal contradicción no solo con lo declarado en juicio por la denunciante, sino también con lo que manifestó el Policía Municipal nº NUM029 que llevó a la denunciante al DIRECCION005 y posteriormente, volvió a buscarla para llevarla nuevamente al Hospital y que, a la pregunta de qué le contó la denunciante a Jorge cuando se encontró con él respondió: " Pues, en principio, yo creo que... yo creo que nada. Interpreto por la reacción de la segunda vez que bajé a buscar a la chica que nada. En principio yo creo que no le dijo nada."

Asimismo, y según resulta de las cámaras de seguridad ciudadana que la grabaron, al salir del portal se dirigió a la AVENIDA001 donde se sentó en un banco (adoptando, no la posición fetal que se ha referido en el atestado policial, sino la que podríamos definir como "posición buda" o "flor de loto" como claramente se observa en el fotograma que consta en el folio 550 de la causa). Y tampoco trató de buscar auxilio o pedir ayuda en modo alguno. Resulta patente por las grabaciones, por más que se quiera insistir en que la calle estaba poco transitada o que, en los escasos pasos que recorrió hasta llegar al banco, no se cruzara con nadie, que la avenida -pese a ser las 3:30 horas de la madrugada- se encontraba transitada por algunas personas y así resulta de las grabaciones reproducidas en juicio y, de haberlo pretendido, hubiera encontrado auxilio inmediato y desde luego, de haber intentado buscar ayuda, hubiera visto el coche de protección ciudadana que, en esos momentos, se ve circular a escasos metros de ella. Cierto es que quizá ella no reparara en su presencia, pero no menos cierto es que no hubiera podido dejar de reparar en él si hubiera estado pendiente de llamar la atención de alguien para ser auxiliada.

Resulta asimismo que, cuando sale del portal, no toma la dirección que llevaba antes de entrar al mismo y que trató de justificar afirmando que entendió que ese era el camino más rápido al coche (CALLE002), sino que toma justamente la dirección contraria, volviendo sobre sus pasos a la AVENIDA001; no pide ayuda, ni dentro del edificio, ni después en la calle; cuando la auxilian no denuncia la agresión sino la sustracción del móvil; son los testigos (pareja y policía) los que, sobre su disgusto, construyen la supuesta agresión y ella se limita a asentir a sus preguntas; en ningún momento reclama que la lleven con Jorge o que traten de avisarlo de alguna manera. Afirma que no sabía de memoria su teléfono, pero sí sabía dónde estaba y es de suponer que sabría dar razón de cuál era su coche, siquiera para que alguien lo fuera a buscar, sin embargo, no lo hace y cuando finalmente se encuentra con él, tampoco le dice nada. Ciertamente, los hechos casan mal con lo que declara para justificar su sorprendente mención de la desaparición del móvil y su inicial silencio sobre la gravísima agresión que después denunciará.

Por otro lado, sin entrar en consideraciones ahora acerca de si existió o no consentimiento para la práctica de las relaciones sexuales enjuiciadas, la forma en que los cinco acusados abandonaron el portal, dejando sola a la denunciante del modo en que lo hicieron, constituye un acto que puede provocar, sin necesidad de mayor exigencia argumental, todo un torrente de sentimientos, y también

resentimiento, en quien lo sufra, lo que unido al resto de las circunstancias que se han expuesto, alimenta sin esfuerzo la duda acerca de si una relación sexual insatisfactoria y emocionalmente traumática, mantenida por una sola mujer con cinco desconocidos en un portal, con una tasa de alcohol en ese momento superior a 1g/l en sangre y que concluye con el abandono de la mujer en el portal, dejándola sola y medio desnuda, así como la sustracción de su móvil, aun cuando ella no se hubiera negado a mantenerla, podría ser una explicación razonable a su estado emocional después de los hechos y, en su caso, el supuesto estrés post traumático sobre el ya me he pronunciado, y respecto del que las psicólogas Dña. Herminia y Dña. Margarita, después de haber quedado patente que solo habían barajado una única hipótesis, la de una agresión sexual (que ahora la sentencia unánimemente considera como no probada), y cuando así se les puso de manifiesto, reconocieron también que una relación sexual insatisfactoria y emocionalmente traumática (despojada de toda connotación de agresión) hubiera podido provocar también los efectos que ellas expresan en su informe.

Este cúmulo de circunstancias y su consiguiente estado emocional, teniendo en cuenta que, en aquellos primeros momentos, no consta que la denunciante hiciera un relato libre de lo que le hubiera podido ocurrir, sino que se limita a ir respondiendo parcamente a las preguntas de terceros (testigos y policías), que le van sugiriendo (acertadamente o no) la existencia de la agresión sexual que dio origen a esta causa, impiden afirmar más allá de toda duda razonable que el testimonio de cargo se halle libre de toda sombra en cuanto a su credibilidad subjetiva se refiere.

Finalmente, sobre el temor de la denunciante a que los vídeos que fueron grabados en el lugar de los hechos fueran objeto de difusión, que también ha sido apuntado por las defensas como posible componente de un móvil espurio, dando por supuesto que la misma era conocedora de dicha grabación, debe traerse a colación lo declarado tanto por el Subinspector de Policía Municipal nº NUM030 como por su compañera, la cuestionada (por las acusaciones y ahora también por la sentencia mayoritaria) Agente nº NUM028.

Las dudas a este respecto han surgido a la vista de los dos últimos párrafos que obran en la denuncia al folio 20 de autos y que, sin relación alguna con lo que se recoge en los párrafos que los preceden y les siguen, literalmente expresan:

" Que Paula manifiesta que tiene el teléfono móvil programado, de tal manera, que en cuanto hace fotos, estas suben directamente a su cuenta de golee (sic).

Que la dirección de golee (sic) es: (...) y la contraseña (...)".

Preguntado a este respecto el Subinspector de Policía Municipal nº NUM030 indicó que realizar averiguaciones sobre las imágenes de la tarjeta SIM de la denunciante recuperada en el portal fue decisión de la policía, manifestando que: "a ver... la idea nuestra era poder... a veces la línea de investigación cuando tomamos una declaración es muy amplia, hay que intentar buscar cualquiera que sea posible. Entonces, quizás, durante la noche, mientras conoció a estos chicos en una situación de conversación pues pudo hacerse una foto con alguien en la calle y que, en esa foto, casualmente estuviese uno de ellos ". La explicación resulta inconsistente; bastaba haber preguntado a la denunciante si sacó alguna fotografía mientras estuvo conversando con los acusados y, en todo caso, sorprende el modo inconexo en que este dato fue introducido en la denuncia que, según el Subinspector fue larga, meticulosa y cuidadosamente matizada, y sorprende más todavía que en el informe de extracción y clonado del contenido de la referida tarjeta que posteriormente fue incorporado a la causa y que obra al folio 646 de autos tampoco se hiciera constar razón alguna que le dé sentido. Por otro lado, en el curso de su comparecencia en el plenario, sobre este extremo el Subinspector de Policía Municipal nº NUM027 dio otra nueva y distinta razón para el examen de la referida tarjeta de la denunciante cuando se le preguntó por una de las defensas por qué la habían examinado: " primero, porque la tarjeta no sabíamos exactamente de quien era, apareció en el portal; podía haber sido de la víctima o podía haber sido de uno de los autores (...) "; explicación que tampoco parece muy consistente pues hubiese bastado con preguntar a la denunciante si era la suya.

Sin embargo, la agente nº NUM028, quien fue la encargada de tomar personal y directamente declaración a la denunciante, manifestó que esta reconoció su tarjeta SIM, que espontáneamente relató que tiene su móvil programado para subir automáticamente las imágenes a su cuenta de Google y refirió cuál era su cuenta y la clave de acceso a la misma. Y preguntada sobre si "¿En algún momento le dijo algo sobre unas posibles fotografías o fotos que le hubieran hecho? ¿De forma espontánea? ", afirmó por dos veces y con absoluta firmeza que la denunciante le dijo que " la grabaron con el teléfono ".

Todas las acusaciones coincidieron en tachar como "no creíble" a la agente NUM028 bajo el argumento de que, si efectivamente la denunciante hubiera reconocido que la habían grabado con su móvil, tal grabación en tanto que constitutiva de un delito, no se hubiera omitido jamás en la denuncia. No contemplaron como hipótesis que, de no haberse presumido como no consentida la toma de imágenes, no había delito alguno que reseñar, como tampoco que no se trata de un delito perseguible de oficio (art. 201.1 CP).

El hecho de que lo manifestado por la agente NUM028 no convenga a la tesis acusatoria no es razón para desechar como no creíble su testimonio y suponer, como se hace en la sentencia mayoritaria, que " Posiblemente y dado que ese mismo día se encontraron videos en los teléfonos móviles de los procesados ello le llevó a error ", constituye una presunción contra reo que no puedo suscribir.

Las explicaciones del Subinspector nº NUM030 en este punto no resultan convincentes, las del Subinspector de Policía Municipal nº NUM027 tampoco lo son, ambas además se contradicen. Finalmente, no tiene sentido que la denunciante de forma espontánea y en el curso de una denuncia por una agresión sexual de semejantes características, comience a dar razón, de pronto, y sin más, acerca del modo en que tenga o no programada su cuenta de Google si para ello no hay una razón que lo justifique. Tal razón no se ha dado en el juicio, la agente NUM028 declaró bajo juramento lo que declaró y el contenido de la denuncia es el que consta en autos.

A ello puede añadirse que, si como recoge la denuncia, la denunciante la reconoció como suya, no se entiende qué motivos pudiera tener la Policía Municipal para investigar el contenido de la tarjeta SIM de la denunciante y tampoco para dudar de que no se hicieron fotos si esto fue lo que ella les hubiera dicho. Y si al referirse a la grabación que menciona la agente NUM028, nada se afirmara que hiciera pensar que fuera inconsentida, resulta perfectamente razonable que no quedara referido en la denuncia. Y en relación con este último aspecto no puede obviarse que la grabación de los vídeos no fue denunciada en ningún momento y que la primera alusión que la denunciante hace a ella es en su escrito de acusación en el cual y en este concreto aspecto, reproduce el presentado previamente por el Ministerio Fiscal, que tampoco, hasta ese momento, había mencionado nada al respecto.

En todo caso, lo que no cabe es descartar su testimonio como hace la sentencia mayoritaria, invocando la STS 793/2017, de 11 de febrero, que tiene por objeto analizar el valor probatorio de los testimonios de referencia como prueba de cargo, y frente a ello debe oponerse, sin que haya contradicción entre ambas, lo razonado en la STS núm. 366/2016, de 28 de abril (RJ 2016/2031), ya citada, en cuanto permite la valoración de la declaración de un testigo de referencia, incluido el instructor del atestado, para reforzar o restar credibilidad a lo declarado por el testigo directo, aunque no para sustituir su fuerza incriminadora.

Ciertamente, como señala la sentencia mayoritaria, " en ninguna otra de las manifestaciones hechas por la denunciante a terceras personas inmediatamente después de los hechos, como hemos visto, se refirió a la existencia de posibles grabaciones" pero no es menos cierto que, de haber sido consentidas las grabaciones, no había razón alguna tampoco para que se refiriera a tal extremo.

No puede ser calificada como " desganada " la declaración de la Agente NUM028 sino que, por el contrario, la misma constituye sin duda un valioso testigo de referencia, pues fue la primera persona que escuchó de boca de la denunciante el primer relato completo que esta realizó de lo ocurrido pues, hasta entonces, se había limitado a responder prácticamente con monosílabos a las preguntas que quienes estuvieron con ella los primeros momentos le iban haciendo; ni cabe restar valor a su testimonio por el hecho de que con anterioridad a ella ya hubiese declarado como testigo el "subinspector NUM030, en la sesión de acto del juicio oral celebrada el 16 de noviembre", pues como él mismo reconoció, aunque siguiera la declaración desde otra Sala, su conocimiento de la misma es menor que el adquirido por la agente que directamente la estaba tomando.

En consecuencia, las alegaciones de las defensas sobre la concurrencia de un posible móvil espurio no puede considerarse como descabellada, absurda o irrazonable, como tampoco puede ser fácilmente entendido que todas las acusaciones hayan desechado traer a juicio a las dos personas que, al menos en consideración a su intervención directa en la recepción de la denuncia, por lo que respecta a la agente NUM028, y por la vinculación afectiva y de confianza que cabe presuponer a la única persona de su ámbito personal presente en Pamplona el día de autos y con la que viajó a Pamplona, en lo que se refiere a Jorge, podrían haber prestado declaración como testigos de referencia refrendando el testimonio de la denunciante.

A título meramente ilustrativo, puesto que las circunstancias del caso casi nunca son equiparables, véase la STS núm. 1030/2006, de 25 de octubre, que considera como un posible móvil de resentimiento la negativa del acusado de llevar a la denunciante a casa en su vehículo, dejándola en una parada de autobús, sin acompañarla incluso en la espera, estimando ello suficiente como para minimizar la eficacia probatoria de su declaración incriminatoria; aunque ello no quiera decir que la declaración no responda, sin más a la realidad, sino que dicha circunstancia impone que las otras dos notas esenciales de la declaración (corroboraron objetiva y persistencia, sin ambigüedades ni contradicciones), deban analizarse más cuidadosamente.

La misma idea encontramos en la STS núm. 815/2013, de 5 de noviembre : En la credibilidad subjetiva puede influir también la posible existencia de alguna motivación que explique que se pueda haber formulado la acusación, aun cuando no responda a la verdad. Esta motivación no es necesario que se encuentre plenamente acreditada, pues en el ámbito de la presunción de inocencia no cabe la inversión de la carga de la prueba. Recuérdese que nos estamos refiriendo a parámetros racionales de la valoración de un testimonio único y de parte que pueden contribuir a dotar dicho testimonio de fuerza suficiente para desvirtuar por si solo una presunción constitucional.

Es claro que cuando se formula una acusación, y no cabe atisbar racionalmente motivo alguno que pueda justificarla, un simple razonamiento de sentido común puede llevarnos a la conclusión de que la acusación se formula simplemente porque es verdad. Cuando pueda atisbarse otra motivación, aun cuando no se acredite, esta conclusión no puede aplicarse, lo que no significa que el testimonio quede desvirtuado, pero sí que precisará otros elementos de corroboración.

Y no se está aquí valorando lo que toma en consideración la sentencia mayoritaria, a mi juicio de forma un tanto simplista, al referirse a " la situación de una persona, que o bien se siente despechada porque después de haber finalizado una relación sexual consentida, los varones que la mantuvieron no le ofrecieron"continuar la fiesta juntos", o que éstos se hubieran marchado de habitáculo sin despedirse, o porque tenía la intuición de que se hubieran grabado imágenes y estas pudieran difundirse a través las redes sociales ", sino que lo que se considera es la enorme zozobra emocional que razonablemente puede estimarse que llegue a generar el hecho de tomar conciencia de que se han mantenido relaciones sexuales de una crudeza y vulgaridad inusitadas con cinco varones desconocidos, sin utilizar preservativo y que se han grabado imágenes sobre las que se ha perdido el control, máxime si consideramos que la atención médica y el tratamiento que recibió para prevenir posibles infecciones o un embarazo indeseado tuvo un coste que superó los 1.500€. Lo que se está considerando es el sentimiento que puede provocar el verse tirada medio desnuda en el suelo de aquel portal, después de tan sórdida experiencia, considerando además el grado de alcoholemia que en ese momento padecía la denunciante por más que sobre este extremo las acusaciones hayan tratado de pasar de puntillas o pretendiendo, al igual que la sentencia mayoritaria en alguno de sus pasajes, que no en otros, que la apreciación subjetiva de algunos testigos de que no parecía influenciada por el alcohol, pueda en este punto neutralizar la objetividad y contundencia del análisis clínico realizado en relación con el nivel de alcohol de la denunciante presentaba en el momento de los hechos o que fuera inmune a sus efectos. Todo ello incrementado por la pérdida de uno de los bienes más preciados que puede tener una joven de la edad de la denunciante: su teléfono móvil.

Y existe otro detalle que hace dudar de la credibilidad de la denunciante y que no es otro que, por un lado, su preocupación sobre el perjuicio que su denuncia pudiera causar a quienes del modo brutal que describe en ella la habían agredido y que solo se entiende en supuestos en que existe un previo conocimiento entre la víctima y el agresor (o su familia) y por otro lado, la incomprensible empatía de la que hace gala respecto a los acusados. Aparece en varias ocasiones mencionado en la causa el pesar que producía a la denunciante el perjuicio que su denuncia pudiera causar a los denunciados...; en juicio lo ratificó y afirmó que no sentía nada especial por ellos, " no les conocía de nada, no puedo tener ninguna... ningún sentimiento hacia ellos pero ni bueno, ni malo porque no les conozco, o sea, es como una persona de la calle para mí ". Ciertamente, frente a cinco absolutos desconocidos a los que se está acusando por hechos de tal gravedad y que tan grave daño se afirma que han producido, señalar que " es como una persona de la calle para mí " como poco, resulta sorprendente.

H). - En cuanto al resto de la prueba ofrecida por las partes, al margen de la declaración prestada por los acusados, poco queda por reseñar.

Así, la pericial de Dña. Encarna y Dña. Rebeca, del Laboratorio DIRECCION035 , en relación con el Dictamen NUM073 de comparación de perfiles genéticos que ratificaron, y acreditan las penetraciones que en el mismo se constatan y que, en cualquier caso, siempre han sido reconocidas por los acusados.

La pericial prestada por miembros de Policía Nacionalnúmeros NUM047 y NUM071 pertenecientes a la Brigada Provincial dePolicía Científica de Pamplona , en relación con el acta de Inspección ocular que elaboraron en el portal de CALLE002 nº NUM006 y huellas y vestigios recogidos en el mismo (f. 161 a 181); el Informe NUM077 acerca de revelado de huellas latentes (f. 324) y el informe de identificación lofoscópico (f 329 y siguientes) fue ratificada en juicio y ya se ha mencionado a lo largo de esta valoración de la prueba.

En relación con este informe no puedo pasar por alto la mención que la sentencia mayoritaria hace en relación con las manchas de semen que en el mismo se refieren encontradas prácticamente por todo el rellano en el que se desarrollan los hechos en el portal y que lleva a mis compañeros de sala a concluir que " Todo ello ilustra acerca del modo en que se hicieron las prácticas sexuales por los procesados, además de sin preservativo, como todos ellos reconocen, de forma desaforada, con perceptible exceso y omisión de toda consideración para con la denunciante ". Ciertamente resulta repugnante y digno de rechazo el modo en que quedó el habitáculo después de que los acusados lo abandonaron, si bien tampoco cabría esperar mayor consideración de cinco varones que simultáneamente se masturban hasta eyacular, pero recrearse en tan hipertrófica descripción de hechos y sobreabundancia de datos irrelevantes para resolver si el consentimiento prestado por la denunciante fue o no válido y eficaz que es lo que se está analizando para determinar si hubo o no abuso sexual con prevalimiento realmente es algo a lo que no encuentro ningún sentido.

Como prueba de descargo comparecieron las Detectives Dña. Carmela y Dña. Elvira en relación con el informe que fue aportado en la primera sesión del Juicio Oral y en el que consta la fotografía de una camiseta publicada en el mes de septiembre de 2017 por la denunciante en "Instagram" y en la que se lee la siguiente leyenda: " Hagas lo que hagas, quítate las bragas " comparecieron en el plenario el día 23 de noviembre, ratificaron su informe y aclararon que la fotografía reseñada fue obtenida de redes sociales abiertas y por tanto públicamente compartidas y en ningún caso violentando la privacidad de las redes sociales de la denunciante.

Al respecto dice la sentencia mayoritaria (fundamento de derecho octavo): " Dicha prueba de descargo, parece ignorar deliberadamente que se trata de una persona joven -los hechos sucedieron muy poco después de alcanzar la mayoría de edad-, quedebe superar este trance. El mundo no se paró para la denunciante, la madrugada del 7 de julio. Las psicólogas forenses, han informado sobre la

conveniencia de que retome su vida en todos los ámbitos - familiar, social, educativo...-, Siendo complejo el proceso de recuperación que está siguiendo. Tiene toda una vida por delante y no se observa que en modo alguno haya de llevar una vida de ermitaña."

A mi juicio, lo que parece ignorar la Sala mayoritaria es que la prueba que se valora (lo mismo que la que resultó renunciada) fue propuesta en tiempo y forma y admitida como válida, pertinente y procedente por el Tribunal y como legítima prueba de descargo fue practicada en el plenario. Entraña una falacia argumental, atribuyendo a la parte proponente una supuesta finalidad que no tiene la prueba, el intento de vincular la misma con algún afán de cuestionar, por parte de las defensas, el pleno derecho y la absoluta libertad de autodeterminación que la denunciante tiene respecto a su vida, ni mucho menos a la supuesta pretensión de dinamitar la recuperación y superación por la misma de los hechos enjuiciados. Con independencia de la valoración que se haga de la prueba practicada, no me parece admisible que se trate de enturbiar la legitimidad de la prueba mediante un juicio de intenciones sin fundamento, penalizando así el legítimo ejercicio del derecho de defensa con el prejuicio que gratuitamente se atribuye a las defensas de que haya por su parte alguna resistencia a que la denunciante pueda seguir desarrollando su vida en plenitud y del modo que estime más conveniente.

Y si la sala mayoritaria estima que sobre los informes de detectives aportados a la causa se cierne causa de ilicitud, de ilegítima inmisión en la intimidad de la denunciante como afirma o cualquier otro motivo de improcedencia o falta de justificación, lo que no se explica es que los mismos hayan sido admitidos tanto por el instructor como por la Sala y siendo así, que tal circunstancia se penalice ahora y se tenga en consideración como factor de ponderación para fijar la indemnización que concede a la denunciante y que supone una quinta parte de la reclamada.

Lo que no puede negarse es que, en el ejercicio -también legítimo- de la acusación particular, la propia denunciante está reclamando para sí la cantidad de 250.000€, suma absolutamente desorbitada, y que por ello resulta exigible la acreditación rigurosa del perjuicio que se pretende reparar con ella, en cuanto, aun tratándose de una indemnización por daños morales, se trae a primer plano para justificar esa cuantía el estrés postraumático que la mayoría de la Sala tiene por acreditado. Y a este respecto, que, a escasos días de la celebración de la vista, cuando se sostiene por las acusaciones que tal perspectiva ha supuesto un nuevo vuelco en la vida de la denunciante y la necesidad de intensificar el supuesto tratamiento que afirma sin mayor acreditación que continúa recibiendo, hacerse eco del lema " Hagas lo que hagas, quítate las bragas " no sugiere una persona traumatizada en absoluto. Por lo demás, es libre la denunciante de publicar en redes sociales lo que tenga por pertinente y frente a ello no puedo sino manifestar mi más absoluto respeto.

I).- Queda finalmente por valorar la declaración de losacusados y al hilo de esta, las declaraciones de los policías queintervinieron en su identificación en la PLAZA002 yposteriormente en su detención.

Los cinco acusados, tanto en su declaración indagatoria, prestada ante el juez instructor el día 2 de septiembre de 2016, como en el plenario, han mantenido en esencia la misma y concordante versión. Todos ellos han afirmado sin quiebra que conocieron a la denunciante en la PLAZA000. Aurelio afirmó incluso que fueron presentados y que él en concreto, la saludó con dos besos. Todos manifestaron que iniciaron una conversación con ella que se tornó " picante " ya desde los primeros momentos; que convinieron mantener sexo en grupo los seis y que al objeto de encontrar un lugar donde poder hacerlo con tranquilidad, todos de común acuerdo y a la vez, abandonaron el banco para dirigirse primero al bar DIRECCION007 y después al hotel DIRECCION026 donde se frustra su intento de conseguir habitación " para follar ", razón por la que continuaron deambulando, alejándose del centro de la fiesta entendiendo que eso facilitaría la localización del lugar que buscaban. Todos afirmaron que al percibir que la vecina de CALLE002 nº NUM006 iba a entrar en el edificio, Isidro se " cuela " dentro del mismo y luego franquea la entrada a los demás. Todos coinciden en afirmar que los seis entraron voluntariamente en el portal y que todos lo hicieron con la misma intención que no fue sino mantener una relación sexual con la que todos estaban conformes. Con absoluta firmeza y de forma coincidente los cinco, han manifestado sin fisuras que en ningún momento utilizaron la violencia contra la denunciante, que en ningún momento la amenazaron de ninguna manera, que no la obligaron, ni forzaron a hacer absolutamente nada que no quisiera y no solo esto, todos además han coincidido en manifestar con igual firmeza no solo que la denunciante consintió las relaciones, sino que todos ellos actuaron bajo el convencimiento de que quería mantenerlas y además, de que disfrutó de las mismas, convencimiento que se reforzaba al escuchar sus gemidos, al ver la expresión de su rostro durante las prácticas sexuales que compartieron y por el hecho de que todo parecía indicarles que ella las aceptaba de buen grado pues en ningún momento mostró oposición, malestar, negativa o incomodidad alguna. Todos coincidieron también en reconocer que, concluida la relación sexual, perdieron todo interés por la denunciante y abandonaron groseramente el lugar dejándola desnuda y sola, para continuar tranquilamente la fiesta los cinco.

Declararon también que, durante su recorrido hasta detenerse en el portal, sus conversaciones giraron en torno a sus preferencias sexuales y a las relaciones que habían convenido practicar, lo que alimentó también su convencimiento de que ella las aceptaba tal y como habían convenido en el banco. Sobre este extremo, al igual que ha sucedido con otros, la denunciante no ha aportado luz, pues cada vez que fue preguntada acerca de la conversación que llevaran en diferentes puntos del trayecto, respondió invariablemente que no lo recordaba. Paradójicamente sí afirmó que no hablaron de sexo.

Al contrario de lo que sucede con la declaración de la denunciante, la prueba practicada corrobora lo declarado por los acusados. Las cámaras de seguridad del DIRECCION036 recogieron el encuentro en el banco de la PLAZA000, así como el momento en el que se produce el acercamiento entre la denunciante y uno de los acusados, en lo que el agente que elaboró el correspondiente informe reseña como compatible con un abrazo de saludo. Las mismas cámaras evidencian que se adentraron en los DIRECCION024 de la PLAZA000 a la altura del bar DIRECCION007 y de la parada en el Hotel DIRECCION026 no existe duda a la hora de afirmarla como probada como ya se ha valorado. Se mantiene por las acusaciones que, ya desde que abandonan el banco, la intención de los acusados era mantener relaciones en grupo con la denunciante, y mantienen también que ella desconocía que tal fuera la intención de los varones. Lo que no explican las acusaciones, ni yo puedo acertar a dar alguna explicación, es de qué modo hubieran podido mantener tales relaciones en el bar DIRECCION007 o en el Hotel DIRECCION026 caso de haber encontrado una habitación para " follar ", sin el conocimiento y consentimiento de la denunciante, pues para hacerlo por la fuerza entre los cinco, hay que considerar la cantidad de gente que en ese momento había en la PLAZA000 y que entrar en el Hotel DIRECCION026 obligándole a ella a acompañarlos, les hubiera exigido subir todo un tramo de escaleras hasta alcanzar la recepción, más el tramo que reste hasta llegar a la correspondiente habitación, sin olvidar al portero que se encontraba en la puerta del establecimiento. Verdaderamente y aunque diéramos por buena la pericia que a Aurelio y a Gabriel les atribuye el Ayuntamiento de Pamplona en lo que a la inmovilización de personas se refiere, la escena se representa como tan absurda que es inaceptable la hipótesis de que alguien siquiera pensara en intentarlo. Todos ellos afirman que esperaron a que Isidro les franqueara la entrada parados en el hueco de la entrada de garajes contiguo al portal. Así lo afirmaron también, como ya se ha referido, los agentes de Policía Municipal números NUM074 y NUM075 (que declararon que la propia denunciante les dijo que se detuvieron allí a beber) y sea como fuere, no cabe duda de que, al bajar Isidro, todos los demás estaban esperándole al lado del portal pues todos afirmaron haber escuchado nítidamente a este decir "vamos, vamos" antes de que todos ellos se introdujeran en el portal. Que ninguno de ellos usó violencia o intimidación contra la denunciante resulta conclusión unánime del Tribunal tras la valoración de la prueba practicada.

Respecto a las relaciones que se mantuvieron dentro del portal, todos ellos las reconocieron. Todos asumieron las felaciones y las penetraciones tanto anal (una) como vaginales que se produjeron. En lo que recordaban, ninguno de ellos mostró reparo en explicar tanto las acciones sexuales que individualmente habían llevado a cabo como las que recordaban que hubieran realizado los demás. Afirmaron que Isidro había practicado sexo oral a la denunciante y tal circunstancia se ha alegado por sus defensas para justificar -en consonancia con lo informado por el médico forense Sr. Luis Pedro - que no se hubieran objetivado lesiones anales en la denunciante.

Que interpretaran que la denunciante consentía las relaciones que mantuvieron es algo que también puede admitirse como razonable, valorando la propia declaración de aquella y lo que resulta de los vídeos y fotografías que ya se han valorado. Si un experto en psiquiatría como el Sr. Nazario, además, ha manifestado con firmeza y bajo juramento que no ve, en lo que de los vídeos resulta, indicio alguno del "shock" o del "bloqueo" emocional que la denunciante refiere, no parece razonable exigir que los cinco acusados lo percibieran o pretender que necesariamente debieran haber sido conscientes de lo que ella albergaba en su fuero interno; por el contrario, que interpretaran su expresión o sus gemidos y jadeos como signo de aceptación, por más que esta internamente pudiera estar repudiando lo que sucedía, es algo que puede admitirse como razonable en ausencia de prueba que acredite lo contrario y que, a mi juicio, no se ha ofrecido por las acusaciones; muy al contrario, la propia denunciante en su declaración en el plenario afirmó que, a su juicio, es posible que los acusados hubieran interpretado que ella no se estaba sometiendo.

Pero no solo lo que hasta aquí se ha expresado corrobora la versión de los acusados en el sentido al menos de dotarla de razonabilidad. Sus movimientos y comportamiento a partir del momento en que abandonan el portal, también la refuerzan.

Por más que se insinúe que salieron corriendo o apresuradamente, lo cierto es que las cámaras que los grabaron cuando después de los hechos vuelven a la AVENIDA001, recogen absoluta tranquilidad; los cinco caminan sin el más mínimo signo de apresuramiento, nerviosismo o cautela, con absoluta naturalidad incluso se detienen durante unos minutos en el monumento DIRECCION029 que se encuentra en la confluencia con la AVENIDA000. Se da incluso la circunstancia de que, cuando la denunciante abandona finalmente el portal y se sienta en el banco de la AVENIDA001, los acusados aún se encuentran en la misma calle y a escasos metros en línea recta del banco donde ella se sienta.

Cuando al día siguiente, a excepción de Samuel, son identificados en el DIRECCION020 por agentes de Policía Foral (NIP NUM051, NUM052 y Comisario NIP NUM076), sin excepción se muestran tranquilos y colaboradores y no ponen reparos en dejarse fotografiar, mostrando incluso su torso desnudo, sin haber sido en absoluto informados de sus derechos (cuando menos el de oponerse a la toma de fotografías) y responden a cuanto los policías les preguntan facilitando además la matrícula y -hasta donde son capaces de precisar considerando que no conocen Pamplona- el lugar donde tienen aparcado el coche, señalando además que al mismo pensaban dirigirse después de las vaquillas y que allí podrían ser localizados si hiciera falta como efectivamente ocurrió.

Lo mismo sucede cuando un rato más tarde, en el BARRIO000 los agentes de Policía Foral NUM056 y NUM052 proceden a la identificación

de Samuel, sacan nuevas fotografías de los tatuajes de todos en plena calle y realizan la inspección del vehículo o les hacen preguntas sin informarles de su derecho a negarse, a no responder o de la trascendencia o sus derechos respecto al registro del coche.

Acerca de los hechos que se suceden en el DIRECCION020, el juicio confirmó lo que ya había revelado la instrucción. En la diligencia de identificación de cuatro de los acusados en el DIRECCION020 de la PLAZA002 participó un policía foral que hizo saber a Aurelio que la razón de tal identificación era una denuncia por agresión sexual. Se trata de un Policía Foral cuyo NIP se desconoce por el Tribunal, un policía que pese a haber intervenido en la diligencia de identificación, no fue reseñado en el atestado por razones que nadie ha explicado. Policía Foral respecto del que las defensas, una vez que sus compañeros (Agentes números NUM051 y NUM052 y Comisario nº NUM076) declararon en juicio que lo conocían aunque no su número de placa, solicitaron su citación para declarar, a lo que se opusieron todas las acusaciones, sin que, finalmente el tribunal acordase su comparecencia. Teniendo en consideración cuanto manifestó Aurelio acerca de lo sucedido aquella mañana en el DIRECCION020 y que ya en ese momento y a ese policía foral le hizo saber que habían grabado vídeos, en recta aplicación del principio in dubio pro reo, me inclino por otorgar credibilidad a su declaración a este respecto, máxime cuando la declaración testifical de dicho policía podía haber servido tanto de corroboración de lo afirmado como de refutación.

En cualquier caso, sabiendo ya de la existencia de una investigación en marcha por una presunta agresión sexual cometida por un grupo de andaluces, los cinco acusados, entre los que se encuentra un Guardia Civil que, en razón a su profesión, es perfectamente conocedor no solo de la gravedad de los hechos sino también de las actuaciones a que la investigación puede dar lugar, conscientes todos ellos de que portaban en dos de sus teléfonos móviles las grabaciones de parte de lo ocurrido, habiendo dispuesto del tiempo necesario y la ocasión favorable, conservaron intactas dichas grabaciones y de su existencia darán nueva cuenta, probablemente ya antes de su efectiva detención como analizaremos y, con toda seguridad y espontáneamente, en el momento en que entran en dependencias policiales con motivo de su detención. Y a mi juicio, este es un dato que opera sin duda a su favor pues dota de razonabilidad a su afirmación de que tal y como persistentemente han mantenido todos ellos, jamás entendieron que la denunciante no obrara libre y voluntariamente y jamás se les representó la idea de que su consentimiento no hubiera sido libre y válidamente prestado. Y el argumento se refuerza si consideramos la declaración de Aurelio al afirmar que fue tras su identificación cuando se desprendió del teléfono móvil hurtado, hecho respecto del cual, obviamente, sí debía tener conciencia de delito. Tal teléfono fue recuperado, casi dos meses después, en poder de Frida cuya declaración ante el juez de instructor en la que dijo haberlo encontrado aquel 7 de julio en las inmediaciones del DIRECCION013 fue traída al plenario por lectura ante la incomparecencia de la testigo.

La tajante afirmación en la sentencia mayoritaria de que " los procesados hubieron de representarse que del modo señalado, configuraron una situación de superioridad, objetivamente apreciable, de la que se prevalieron, abusando de esta preeminencia para realizar las prácticas sexuales" así como de que " no podían pasar desapercibidas para los procesados, el estado, la situación en que se encontraba la denunciante que evidenciaban su disociación y desconexión de la realidad; así como la adopción de una actitud de sumisión y sometimiento, que determinó que no prestara su consentimiento libremente, sino viciado, coaccionado o presionado por la situación de abuso de superioridad, configurada voluntariamente por los procesados, de la que se prevalieron.", constituye a mi juicio una suposición que solo puede sostenerse eludiendo el análisis de la prueba pericial practicada, y eludiendo igualmente cualquier argumento que permita desechar, con lógica, razón y coherencia, la veracidad de lo que al respecto todos ellos declararon; incorporando " ex novo " en la sentencia un diagnóstico clínico acerca del estado emocional de la denunciante que ningún perito y tampoco siquiera la denunciante han expresado en tales términos; y en definitiva, asentando la condena sobre la premisa de que los acusados debieron percibirlo porque así debió ser. Frente a esto, no puedo sino mostrar mi absoluto y frontal desacuerdo.

Y desde luego ninguna explicación ni sustento probatorio se expresa en la sentencia para justificar, como reiteradamente se afirma en la misma, que " los procesados abusaron de la superioridad generada por la situación que voluntariamente habían configurado " " que le prepararon una encerrona " o que la situación que se dio en el cubículo fuera " conseguida conforme a lo pretendido y deseado por los procesados y querido por estos " pues de ninguna manera se explica en qué momento ni de qué manera se hubiera podido orquestar ese concierto entre ellos que precisamente por ello, no deja de ser una mera suposición, nuevamente contra reo.

Tras ser identificados en el DIRECCION020 y una vez se unió a ellos Samuel, tal y como habían indicado que harían, los cinco se dirigieron al coche que habían dejado aparcado en el BARRIO000, hasta donde se dirigieron también los Agentes de Policía Foral números NUM056 y NUM052. Ambos declararon con seguridad en juicio que ya en ese momento los acusados afirmaron que habían mantenido relaciones consentidas; el agente nº NUM052 llegó a afirmar que su compañero, el agente NUM056, le comentó que ya lo habían dicho así en el DIRECCION020.

El agente NIP NUM051 declaró en juicio que en todo momento se mostraron colaboradores; que comprobaron todos los datos que facilitaron en el DIRECCION020 sobre el lugar donde tenían el coche, sobre la quinta persona que los acompañaba o acerca de lo que explicaron que habían hecho esa noche o cómo habían venido a Pamplona y constataron que no habían mentido en nada de lo que manifestaron e igualmente afirmó que " para el hecho que estamos mirando yo considero que estaban tranquilos ".

Se trata de hacer cuestión de que Gabriel no dijera expresamente que él había grabado un vídeo, desmereciendo además con eso la conducta de los cinco, lo que no se hace a la inversa con el reconocimiento de que Aurelio sí lo manifestó. Se pasa por alto que era Aurelio el que hablaba por todos y que esto es más que razonable pues por su condición de guardia civil era lo natural que fuera él quien con mayor protagonismo hablara con los policías. El hallazgo tardío del vídeo que grabó con su móvil Gabriel no creo que deba imputarse a este. Los detenidos reseñaron la existencia de vídeos sobre lo ocurrido dentro del portal y facilitaron las contraseñas de acceso a sus teléfonos móviles para que fueran examinados por la policía; acceder a ello era tan sencillo como abrir los archivos generados ese día y no vemos de qué modo Gabriel podría haber aclarado esta cuestión si se encontraba preso (lejos de Pamplona, además) y no fue llamado a declarar hasta el día 2 se septiembre.

Y tampoco entiendo de relevancia que mencionaran los vídeos antes o después de su llegada como detenidos a dependencias judiciales. Cierto que la primera actuación policial con cualquier persona detenida es proceder a su identificación y a la requisa de todos los efectos personales que lleve en ese momento. Se quiere hacer ver por las acusaciones que los vídeos hubieran sido irremediablemente descubiertos al haber quedado los teléfonos móviles bajo custodia policial. Omiten referir que la requisa no conlleva en ningún caso el volcado y clonado de los móviles requisados y el completo, exhaustivo e indiscriminado examen de todo su contenido, por más que tales teléfonos se pongan a disposición del instructor del atestado y si ello sucedió en este caso, fue exclusivamente debido a lo que al respecto se manifestó por los acusados a través de Aurelio, como palmariamente quedó demostrado por las explicaciones que al efecto facilitó en juicio el propio instructor del atestado, el Subinspector de Policía nº NUM030 que afirmó en el plenario lo siguiente:

" Los detenidos, cuando llegaron a dependencias lo primero que se hizo fue el registro personal de sus pertenencias, se les ocuparon los teléfonos, que es lo básico, toma de datos en el retén y demás, y ahí sí que estuve yo presente, estuve con ellos y bueno pues iban contando que no entendían, ponían sus pegas, iban contando que había sido un tema consentido y llegaron a hablar de que incluso lo tenían grabado, que había una grabación sobre este asunto. Lo dijeron de manera espontánea y lo que se dijo fue, bueno, pues para que tenga validez vamos a hacer una cosa, cuando se os asista os voy a solicitar que me autoricéis para el visionado de estos dispositivos móviles y ver este vídeo que decís que demuestra que sois inocentes."

Y cuando se le preguntó acerca de cuántos de ellos manifestaron que había una grabación, su respuesta tampoco deja lugar a dudas: " Por manifestarlo, yo oía que había murmullos, que todos decían más o menos cosas parecidas, pero con quien hablé directamente fue con Aurelio que fue el que tenía las cosas más claras, que parecía que llevaba un poco el liderazgo del grupo, que es el que me dijo que tenía grabado, que había un vídeo en concreto de lo que había pasado esa noche."

Mantener, como hace la sentencia mayoritaria, que " no es cierto que desde el principio dijeran que tenían grabaciones " porque " Gabriel no manifestó que tuviera un vídeo " o reprochar que no se afirmara así en el momento de su primera identificación en el DIRECCION020 e inferir que " Aurelio, dada su condición profesional, sabía perfectamente que en el momento de la detención los videos iban a ser aprehendidos " exigiría razonar sobre la posible irrelevancia del hecho de que hubieran conservado las grabaciones pudiendo destruirlas o explicar por qué se presupone que el contenido de tales teléfonos móviles hubiera sido objeto de registro y análisis irremediablemente; y en cualquier caso, lo que es innegable es que, sea cual fuera el exacto momento en que mencionaron los vídeos, lo cierto es que los mencionaron y apelaron a ellos en su descargo como evidencia que demostraba que las relaciones sexuales que habían mantenido -y cuya existencia también reconocieron desde los primeros momentos-, habían sido consentidas. Así lo declaró en juicio el Policía Municipal nº NUM053 que practicó la detención: " hubo un comentario al respecto, tiene razón, sí, sí, hubo un comentario al respecto diciendo que, creo recodar que hizo un comentario uno de ellos no recuerdo quien, que hay grabaciones que demostraran o que demuestran que fue consentido " Y preguntado para que indicara si esa manifestación se hizo antes o después de proceder a la detención respondió: " yo juraría que fue antes ".

Y todo ello supone, además, desdeñar -en perjuicio de los acusados y sin justificar la razón por la que se hace- lo declarado por el Subinspector NUM030 que afirmó que Aurelio hablaba por boca de todos cuando le comunicó la existencia de los vídeos y que esa fue -y ninguna otra- la razón por la que se examinaron en este caso los teléfonos móviles y el motivo por el que se les requirió la autorización para ello; supone desdeñar, sin dar razón para ello, lo afirmado por el agente de Policía Municipal NIP NUM053 en el sentido de que " juraría " que antes de su detención, uno de ellos ya había afirmado que había grabaciones; supone pasar por alto, lo testificado por el Policía Municipal nº NUM054 que declaró que cuando estaba realizando la reseña uno de ellos ya le dijo que había grabaciones y supone en definitiva desdeñar, sin explicar por qué se hace, la duda que todas esas declaraciones, en su conjunto, configuran.

Finalmente estimo mi obligación corregir a la sentencia mayoritaria cuando afirma que el agente de Policía Municipal NIP NUM053 en su declaración en la sesión de juicio oral celebrada el 16 de noviembre, manifestó que, cuando llegaron los sospechosos, losAgentes de Policía Foral les indicaron que ya sabían por qué ellos estaban ahí, según lo informado por la Policía Foral, haciendo comentarios en el sentido de que : "... todo había sido todo consentido y si no que demostraran lo contrario" pues tal expresión " y si no que demostraran lo contrario " no fue pronunciada por ninguno de los agentes que declararon en juicio a este respecto, y lo que consta como

manifestación del agente NIP NUM053 en el DVD que documenta la vista del día 16 de noviembre es que acudió al barrio BARRIO000 cuando ya estaban allí los acusados con la patrulla de Policía Foral (NIP NUM051 y NUM052); que uno de esos policías forales le trasladó una serie de comentarios que había escuchado hacer a los acusados en aquellos momentos: " que ya saben por qué estamos aquí " " es por lo de la chica ", " que están muy tranquilos " " que no tienen nada que ocultar, que ha sido consentido " y que ya no van a hablar más porque " la vamos a liar o la van a liar ". El agente NIP NUM051 declaró que su compañero (NIP NUM052) escuchó a Isidro decir que él estaba tranquilo, que Aurelio le dijo entonces que el hecho de que llegara a casa una carta en esos términos no era de mucho agrado y Isidro le contestó que sí, que tampoco a él le hacía gracia porque vivía con su madre que es mayor y por último, dicho agente declaró que " su compañero debió escuchar que habían estado con una chica pero que todo lo que había sucedido había sido de manera voluntaria ". Finalmente, el agente de Policía Foral NIP NUM052, que fue quien de primera mano escuchó lo que los acusados dijeron en aquellos momentos previos a su detención, declaró al respecto que tres de los acusados entablaron una conversación; " Primeramente Aurelio se dirigió hacia mí para preguntarme si estábamos esperando a la detención; yo le dije lo que le he comentado, que estábamos esperando a la Policía Municipal y luego Santiago dijo que ya todos sabíamos por qué estábamos allá, incluido la policía y que élestaba muy tranquilo y que sabía lo que había hecho. Entonces Aurelio dijo que era muy fuerte que llegara a casa una carta en esos términos y Isidro dijo que sí, que era muy fuerte que llegara una carta, que para él que vivía con sus padres que era fuerte que llegara una carta con el término violación y luego posteriormente admitió haber estado con una chica, admitió que ellos habían estado con una chica, dijo que en todo momento había sido consentido y que no había habido forzamiento alguno " Y ninguno de estos testigos transmitió en ningún momento que alguno de los acusados manifestara nada con la arrogancia o el desafío que puede sugerir la frase que utiliza la sentencia mayoritaria: " y si no que demostraran lo contrario ".

No cabe duda, además, pues así lo manifestaron los dos agentes de policía foral que estuvieron con ellos en el BARRIO000 donde fue identificado Samuel y donde se sacaron nuevas fotografías para reseñar los tatuajes que, una vez terminada la intervención, aún transcurrió una media hora o cuarenta minutos hasta que llegaron los agentes de Policía Municipal que los detuvieron, y que los cinco esperaron sin protesta y en actitud respetuosa, tranquila y colaboradora.

Como conclusión a cuanto acabo de exponer, considero que los acusados han ofrecido una versión alternativa de los hechos que, abstracción hecha de los juicios morales que pueda suscitar y que no pueden tener cabida en este voto particular, resulta persistente, coherente, lógica y razonable en su exposición, corroborada en la parte que se ha resaltado por la prueba objetiva practicada en juicio y no desmentida por la prueba de cargo que ha sido aportada por las acusaciones, de modo que ha configurado por sí sola la duda razonable que junto a todo lo argumentado en la valoración del resto de la prueba practicada y considerando ésta en su conjunto impide, a mi juicio, la quiebra de la presunción de inocencia.

Y no se trata de que la existencia de versiones contradictorias deba conducir al automatismo de un resultado absolutorio sino que, constatada la fragilidad de la prueba de cargo aportada, básicamente asentada sobre una declaración, la de la víctima, que se ha presentado con la debilidad que ha quedado expuesta, enfrentada a una versión alternativa sobre devenir de los hechos enjuiciados que resulta persistente, coherente, lógica y razonable, no puede llevar a otro pronunciamiento que a aquel que acoge, entre las dos versiones, la más beneficiosa para los acusados.

En conclusión, conforme a la valoración de la prueba expuesta, no aprecio elementos de juicio suficientes para concluir más allá de una duda razonable que los cinco acusados hubiesen cometido los hechos que las cuatro acusaciones les imputan, como tampoco los que se declaran probados en la sentencia mayoritaria como constitutivos de cinco delitos continuados de abuso sexual con prevalimiento, debiendo prevalecer, en consecuencia, su derecho fundamental a la presunción de inocencia.

TERCERO.- .- CALIFICACIÓN JURÍDICA.

De conformidad con lo razonado en la sentencia mayoritaria que, a este respecto comparto, no cabe considerar los hechos declarados probados en dicha resolución ni en este voto particular como constitutivos de cinco delitos continuados de agresión sexual de los Arts. 178, 179, 180.1. 1 ª, 2 ª y 3ª del Código Penal, por lo que procede la libre absolución de todos los procesados respecto del mismo.

Asimismo, y por las mismas razones expuestas en la sentencia mayoritaria, estimo que procede la libre absolución de los cinco procesados respecto del delito de robo con violencia o intimidación previsto y penado en el Art. 242.1 del Código Penal, si bien, en relación al mismo, cabría añadir que no es ya que no concurra violencia o intimidación en los términos que en ella se razonan, por no concurrir como elementos típicos que hubieran configurado el delito de agresión sexual, sino tampoco como elementos comisivos propios de este delito de robo desde el momento en que su autor, Aurelio, para apoderarse de teléfono móvil de la denunciante, no hubo de desplegar ni la violencia ni la intimidación para vencer su resistencia toda vez que dicha denunciante solo fue consciente de su sustracción después de que los procesados abandonaran el portal. Estimo, igualmente que la mayoría, que tal sustracción debe ser calificada como un delito leve de hurto previsto y penado en el art.

234.2 del Código Penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, mostrando también mi conformidad con la pena impuesta.

Igualmente, y por las misma razones que se exponen en la sentencia mayoritaria, que también asumo, entiendo procede la libre absolución de los cinco procesados respecto del delito contra la intimidad previsto y penado en el art. 197.1 y 5 del Código Penal que era objeto de acusación.

Con tales pronunciamientos, estimo, se resuelven, de forma clara, precisa y congruente todas las cuestiones que han sido objeto del juicio en los términos exigidos por el artículo 742 LECrim. en relación con el artículo 218 de la LEC, de aplicación supletoria, dándose una respuesta congruente con las pretensiones punitivas, aun cuando no las haya estimado, salvo parcialmente en cuanto a la condena ya referida por un delito leve de hurto, con plena satisfacción al derecho a la tutela judicial efectiva de todas las partes (art. 24.1 CE).

De este modo, se cumple con el "deber de atendimiento y resolución de cuantas pretensiones se hayan traído al proceso oportuna y temporáneamente" (SSTS núm. 783/2017, de 30 de noviembre y núm. 7/2018, de 11 de enero); de tal manera que la Sala porunanimidad ha rechazado todas y cada una de las concretaspretensiones condenatorias formuladas por las cuatro acusacionespersonadas.

Y ello sin necesidad de adentrarse y explorar, como hace la sentencia mayoritaria, otras posibilidades condenatorias que, como se razonará en el siguiente fundamento de derecho, considero que desbordan, en este caso concreto, los límites del principio acusatorio; posibilidades que se han traducido en la condena a los cinco acusados por la comisión de un delito continuado de abusos sexuales con prevalimiento del artículo 181.3 y 4 del Código Penal, y que, contra lo que pudiera parecer a la vista de la mayor parte de su fundamentación jurídica, también podría haberse materializado en la condena, que, en mi opinión también sería contraria al principio acusatorio, por un delito de abusos sexuales del artículo 181.2 y 4 del Código Penal atendiendo a que, aunque resulte difícil de desentrañar su sentido, también se hace mención en dicha sentencia a que " La denunciante durante todo el desarrollo de la secuencia muestra un rictus ausente, mantiene durante todo el tiempo los ojos cerrados, no realiza ningún gesto ni muestra ninguna actitud que impresione de toma de iniciativa respecto de actos de índole sexual, ni de interacción con los realizados por los procesados; apreciamos que los soporta en un estado de que nos sugiere, ausencia y embotamiento de sus facultades superiores"; lo que es tanto como afirmar que se hallaba privada de sus facultades de entendimiento y voluntad (privada, por tanto, de sentido), y, a un mismo tiempo, de forma contradictoria, que tales facultades las tenía mermadas o debilitadas.

En consecuencia, debo mostrar mi disconformidad con la condena impuesta a cada uno de los cinco procesados por el delito continuado de abuso sexual con prevalimiento, previsto y penado en el art. 181.3 y 4 del Código Penal, en relación con los arts. 192 y 74 del mismo texto legal, por las razones expuestas en el anterior fundamento de derecho y las que expondré a continuación.

CUARTO.- .- PRINCIPIO ACUSATORIO.

A).- Doctrina jurisprudencial.

El principio acusatorio ha dado lugar a diversos pronunciamientos del Tribunal Constitucional que no siempre han respondido a unos mismos criterios, de ahí que resulte especialmente relevante en esta materia la Sentencia del Pleno del TribunalConstitucional núm. 155/2009, de 25 de junio (RTC 2009/155), que justifica la intervención del Pleno diciendo que Precisamente la razón de la avocación del recurso de amparo al Pleno del Tribunal, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 10.1 n) y 13 LOTC, ha radicado en la conveniencia de aclarar y perfilar la doctrina constitucional sobre tan compleja cuestión, despejando las posibles dudas que pudiera suscitar y reflexionando de nuevo sobre ella, cuyo debate, además, en el seno del propio Tribunal ha dado lugar en ocasiones anteriores a posiciones contrapuestas entre sus miembros (...). (F. J. 3).

Analiza esta cuestión en los siguientes términos:

El Pleno de este Tribunal recordaba, una vez más, en la STC 123/2005, de 12 de mayo, reiterando precedente doctrina constitucional, que, aun cuando el principio acusatorio no aparece expresamente mencionado entre los derechos constitucionales que disciplinan el proceso penal, ello no es óbice para reconocer como protegidos en el art. 24.2 CE ciertos derechos fundamentales que configuran los elementos estructurales de dicho principio, que trasciende el derecho a ser informado de la acusación y comprende un haz de garantías adicionales. En este sentido se resaltaba tanto la vinculación del principio acusatorio con los derechos constitucionales de defensa y a conocer la acusación como con la garantía constitucional de la imparcialidad judicial (F. 3 y doctrina constitucional allí citada).

Descendiendo de lo general a lo particular, por lo que se refiere, en concreto, al fundamento del deber de congruencia entre la acusación y fallo, que constituye una de las manifestaciones del principio acusatorio contenidas en el derecho a un proceso con todas las garantías, en la citada Sentencia lo poníamos en relación directa, principalmente, con los derechos a la defensa y a estar informado de la acusación,

pues si se extralimitara el juzgador en el fallo, apreciando unos hechos o una calificación jurídica diferente a las pretendidas por las acusaciones, se privaría a la defensa de la necesaria contradicción. Pero también subrayábamos que este deber de congruencia encuentra su fundamento en el derecho a un proceso con todas las garantías, en el sentido de que el enjuiciamiento penal se ha de desarrollar con respeto a la delimitación de funciones entre la parte acusadora y el órgano de enjuiciamiento, puesto que, en última instancia, un pronunciamiento judicial más allá de la concreta pretensión punitiva de la acusación supone que el órgano judicial invada y asuma competencias reservadas constitucionalmente a las acusaciones, ya que estaría condenando al margen de lo solicitado por los legitimados para delimitar la pretensión punitiva, lo que llevaría a una pérdida de su posición de imparcialidad y a la lesión del derecho a un proceso con todas las garantías (STC 123/2005, de 12 de mayo, F. 4; doctrina reiterada, entre otras, en las SSTC 247/2005, de 10 de octubre, F. 2; 170/2006, de 5 de junio, F. 2).

Como declaramos en la mencionada STC 123/2005, de 12 de mayo, «la vinculación entre la pretensión punitiva de las partes acusadoras y el fallo de la sentencia judicial, como contenido propio del principio acusatorio, implica que el órgano de enjuiciamiento debe dictar una resolución congruente con dicha pretensión, lo que responde a la necesidad, no sólo de garantizar las posibilidades de contradicción y defensa, sino también de respetar la distribución de funciones entre los diferentes participantes en el proceso penal, y, más concretamente, entre el órgano de enjuiciamiento y el Ministerio Fiscal, en los términos señalados en los arts. 117 y 124 CE. De este modo, el análisis del respeto a la garantía del deber de congruencia entre la acusación y fallo por parte de una resolución judicial debe venir dado, no sólo por la comprobación de que el condenado ha tenido la oportunidad de debatir los elementos de la acusación contradictoriamente, sino también por la comprobación de que el órgano de enjuiciamiento no ha comprometido su imparcialidad asumiendo funciones acusatorias que constitucionalmente no le corresponden» (F. 4).

De otra parte, en cuanto al alcance del deber de congruencia respecto a la pretensión punitiva, es también doctrina constitucional reiterada que el Juzgador está sometido constitucionalmente en su pronunciamiento a un doble condicionamiento, fáctico y jurídico. El condicionamiento fáctico queda constituido por los hechos que han sido objeto de acusación, de modo que ningún hecho o acontecimiento que no haya sido delimitado por la acusación como objeto para el ejercicio de la pretensión punitiva podrá ser utilizado para ser subsumido como elemento constitutivo de la responsabilidad penal. El órgano judicial, en última instancia, no podrá incluir en el relato de hechos probados elementos fácticos que sustancialmente varíen la acusación, ni realizar, consecuentemente, la subsunción con ellos. El condicionamiento jurídico queda constituido, a su vez, por la calificación que de esos hechos realiza la acusación. Ahora bien, atendiendo a las propias facultades de pronunciamiento de oficio que tiene el Juzgador penal, por las cuestiones de orden público implicadas en el ejercicio del ius puniendi, el Juez podrá condenar por un delito distinto al solicitado por la acusación siempre que sea homogéneo con él y no implique una pena de superior gravedad, de manera que la sujeción de la condena a la acusación no puede ir tan lejos como para impedir que el órgano judicial modifique la calificación de los hechos enjuiciados en el ámbito de los elementos que han sido o han podido ser objeto de debate contradictorio (SSTC...). (Las negritas son mías).

En similares términos STC núm. 198/2009 , de 28 deseptiembre (RTC 2009/198) y STC núm. 143/2009, de 15 de junio, que destaca como exigencia constitucional que "el acusado tenga conocimiento previo de la acusación formulada contra él en términos suficientemente determinados para poder defenderse de ella de manera contradictoria" y precisa: "(...) es condición insoslayable para entender respetado el principio acusatorio que la pretensión punitiva se exteriorice, al objeto de ofrecer al imputado la posibilidad de contestarla, rechazarla o desvirtuarla." (La negrita es mía).

La STC núm. 266/2006, de 11 de septiembre (RTC 2006/266), nos ofrece la siguiente delimitación del objeto de la acusación y consiguiente respuesta congruente en sentencia:

2 Como tiene señalado este Tribunal en reiterada doctrina, «entre las exigencias derivadas del principio acusatorio se encuentra la de que nadie puede ser condenado por cosa distinta de la que se le ha acusado y de la que, por lo tanto, haya podido defenderse, habiendo precisado a este respecto que por "cosa" no puede entenderse únicamente un concreto devenir de acontecimientos, un factum, sino también la perspectiva jurídica que delimita de un cierto modo ese devenir y selecciona algunos de sus rasgos, pues el debate contradictorio recae no sólo sobre los hechos sino también sobre su calificación jurídica, tal como hemos sostenido en las SSTC (...).

Ello no obstante, también hemos afirmado que la sujeción de la condena a la acusación no puede ir tan lejos como para impedir que el órgano judicial modifique la calificación de los hechos enjuiciados en el ámbito de los elementos que han sido o han podido ser objeto de debate contradictorio, de manera que no existiría infracción constitucional alguna cuando el Juez valora los hechos y los calibra de modo distinto a como venían siéndolo, siempre y cuando ello no suponga la introducción de un elemento o dato nuevo al que, dado su lógico desconocimiento, no hubiera podido referirse el acusado para contradecirlo en su caso (por todas, SSTC...)." (Las negritas son mías).

Y respecto de la homogeneidad delictiva nos dice: "entendiéndose que son delitos o faltas homogéneos aquellos que constituyen modalidades distintas pero cercanas dentro de la tipicidad penal, de tal suerte que, estando contenidos todos los elementos del segundo tipo en el tipo delictivo objeto de la acusación, no haya en la condena ningún elemento nuevo del que el acusado no haya podido

defenderse (por todas, SSTC 12/1981, de 10 de abril, F. 5; 95/1995, de 19 de junio, F. 3.a; 225/1997, de 15 de diciembre, F. 3; 35/2004, de 8 de marzo, F. 2; y 71/2005, de 4 de abril, F. 3)." (La negrita es mía).

En parecidos términos se pronuncia la más reciente STC núm.172/2016, de 17 de octubre, que cita algunas Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y recuerda que " El artículo 6.3 a) del Convenio reconoce al acusado el derecho a ser informado no sólo de la causa de la acusación, es decir, de los hechos que se le imputan y sobre los que se basa la acusación, sino también la calificación jurídica dada a estos hechos, y esto, de forma detallada. El alcance de esta disposición debe apreciarse especialmente a laluz del derecho, más general, a un juicio justo, garantizado por el párrafo 1 del artículo 6 del Convenio." (La negrita es mía).

Y más adelante, tras la cita de numerosas Sentencias del Tribunal Supremo, añade: "Ahora bien, la valoración de la homogeneidad delictiva debe resolverse atendiendo a las particularidades del caso concreto, sin apriorismos o generalidades, pues es lo acontecido en el procedimiento lo que condicionara el juicio sobre la existencia de indefensión. En ocasiones la modificación del título de condena puede que no suponga la introducción de nuevos elementos, pero altere la perspectiva inicial, cambiando la clave interpretativa de lo acontecido, mermando las posibilidades de defensa al no haber podido combatir plenamente los hechos desde esa nueva óptica." (La negrita es mía).

Y la STC núm. 247/2005, de 10 de octubre (RTC 2005/247), precisa:

Cuando el hecho por el que se condena es diferente al hecho por el que se acusa puede producirse una vulneración del derecho a ser informado de la acusación. La razón estriba en que, aunque al acusado se le comunique tanto el escrito inicial de acusación como las conclusiones definitivas de los acusadores, aunque sea con ello ilustrado de que se le atribuyen ciertas conductas, no lo es de las esenciales que concretan la acusación «en el momento de emisión del fallo condenatorio » (STC 95/1995, de 19 de junio, F. 3). Dado que la información de la acusación es un presupuesto de la defensa, un fallo sustentado en hechos distintos a los que sostienen la acusación podrá suponer asimismo una vulneración del derecho de defensa, al hacer imposible el descargo de una imputación que se desconoce. Finalmente, la incongruencia respecto a los hechos es indicativa de una pérdida de la garantía de imparcialidad del órgano judicial, pues la innovación respecto a los hechos tiende a confundir «acusación y condena» (STC 95/1995, de 19 de junio, F. 3). (...)

Desde cualquiera de las perspectivas constitucionales convergentes en la variación de los hechos entre la acusación y el fallo, la relevancia constitucional exige que no se trate de cualquier alteración, sino de una alteración esencial, y que no se trate de una alteración meramente formal, sino que se trate de una verdadera novedad en el debate que constituye el proceso: «a este respecto este Tribunal ha señalado que no toda variación del relato de hechos probados en relación con el relato de hechos atribuidos a los acusados por parte de la acusación está vedada al órgano judicial de enjuiciamiento, de modo que éste resulte estrictamente constreñido a asumir o no el relato de la acusación en todo o en parte, pero sin posibilidad de matizar o precisar dicho relato. Los derechos a la defensa y a ser informado de la acusación exigen que no se alteren los aspectos esenciales de tal relato con la inclusión de datos nuevos que no hayan sido objeto de debate y de discusión en el juicio y de los que, por lo tanto, no quepa afirmar que se dio oportunidad plena de contradicción » (STC 145/2005, de 6 de junio, F. 3). (Las negritas son mías).

En cuanto a la doctrina de la homogeneidad descendente que se invoca en la sentencia mayoritaria para justificar la condena por un delito de abusos con prevalimiento del art. 181.3 y 4 CP, estimo precisas una serie de matizaciones, pues la mera circunstancia de que el delito por el que se condene sea de menor gravedad que aquél otro que hubiere sido objeto de acusación, no es, por sí sola, aun cuando responda a la protección del mismo bien jurídico, condición suficiente para eludir una posible vulneración del principio acusatorio; será ciertamente condición indispensable, pero no suficiente.

A este respecto, la STC núm. 35/2004, de 8 de marzo , recuerda que Esta última exigencia ha sido también perfilada por nuestra jurisprudencia que ha sostenido que son delitos o faltas homogéneos aquellos que constituyen «modalidades distintas pero cercanas dentro de la tipicidad penal, de tal suerte que, estando contenidos todos los elementos del segundo tipo en el tipo delictivo objeto de la acusación, no haya en la condena ningún elemento nuevo del que el acusado no haya podido defenderse» (ATC 244/1995, de 22 de septiembre, F.3), en el entendimiento de que « aquellos elementos no comprenden sólo el bien o interés protegido por la norma, sino también, obviamente, las formas de comportamiento respecto de las que se protegen » y que « podría no bastar que un elemento esencial constitutivo del tipo por el que se condena esté genéricamente contenido en el tipo por el que se acusa cuando esta genericidad sea tal que no posibilite un debate pleno y frontal acerca de su concurrencia » (SSTC 225/1997, de 15 de diciembre, F. 3; 4/2002, de 14 de enero, F. 3).

(...)

Pero, como ha quedado anteriormente expuesto, a los efectos del examen de la vulneración del principio acusatorio, lo relevante no es la calificación de homogéneas de dos figuras delictivas a partir del dato de que ambas protegen el mismo bien jurídico, sino si el acusado pudo defenderse de todos los elementos esenciales constitutivos del delito por el que fue finalmente condenado, su incidencia en el derecho a la defensa. (Las negritas son mías).

Sobre la homogeneidad o heterogeneidad de delitos en general, la STS núm. 577/2016, de 29 de junio (RJ 2016/2889), hace las siguientes consideraciones:

3.- En materia de homogeneidad o heterogeneidad de delitos no pueden darse criterios apriorísticos o generalizables. Se trata de una cuestión donde las circunstancias del caso concreto condicionan la solución. El criterio básico orientador será dilucidar si en el caso concreto la variación del titulus condemnationis supone causación de indefensión, es decir, implica haber privado a las partes de alguna posibilidad de defensa. Cuando en el supuesto concreto se puede afirmar con rotundidad que no existe disminución alguna ni del derecho a ser informado de la acusación ni de las posibilidades de haberse defendido, habrá que afirmar la legitimidad de esa modificación, lejos de fórmulas apriorísticas.

Ciertamente, el fundamento jurídico 18 de la STC 278/2000, de 27 de noviembre, indicaba: "el principio acusatorio trasciende al derecho contenido en el art. 24.2 CE y comprende un haz de garantías adicionales, entre las cuales se encuentra la de que el pronunciamiento del órgano judicial se efectúe precisamente sobre los términos del debate tal como han sido planteados en las pretensiones de la acusación y la defensa (por todas, STC 17/1988, FJ 5), lo que implica que el juzgador penal está vinculado por la pretensión penal acusatoria, compuesta tanto por los hechos considerados punibles, como por su calificación jurídica, de modo que el órgano judicial no puede pronunciarse sobre hechos no aportados al proceso -ni objeto por lo tanto de acusación-, ni puede calificar estos hechos de forma que integren un delito de mayor gravedad que el definido por la acusación. En definitiva, se trata de que el deber de congruencia exige la adecuada correlación entre la acusación y el fallo (SSTC...).

Pero a continuación precisaba: "Ahora bien, también hemos destacado el necesario carácter real y efectivo de la lesión al derecho fundamental de defensa para que pueda extraerse de ella relevancia constitucional, por lo que lo decisivo a la hora de enjuiciar la posible vulneración del principio acusatorio por esta razón no es la falta de homogeneidad formal entre objeto de acusación y objeto de condena, es decir el ajuste exacto y estricto entre los hechos constitutivos de la pretensión penal y los hechos declarados probados por el órgano judicial, sino la efectiva constancia de que hubo elementos de hecho que no fueron ni pudieron ser debatidos plenamente por la defensa, lo que exige ponderar las circunstancias concretas que concurren en cada caso para poder determinar lo que resulta esencial al principio acusatorio: que el acusado haya tenido oportunidad cierta de defenderse de una acusación en un debate contradictorio con la acusación (STC 225/1997, ya citada, F.J.4 y ATC 36/1996, de 12 de febrero, FJ 4)". (Las negritas son mías).

A su vez, la STS núm. 699/2016, de 9 de septiembre (RJ2016/5031), precisa: Ese derecho (el de defensa) impone que en la sentencia no puedan introducirse sorpresivamente valoraciones jurídicas nuevas que, por tal motivo, la defensa no haya tenido ocasión de rebatir. Juega ese derecho también cuando los puntos de vista jurídicos representan una atenuación frente a los esgrimidos por las acusaciones, (...). Si en la sentencia se cambia la calificación articulada por la acusación en términos que van más allá de un simple prescindir de algunos elementos de la acusación, y que introducen perspectivas nuevas, se frustraría el derecho a ser informado de la acusación: la defensa no habría tenido ocasión de combatir adecuadamente esa nueva valoración jurídica.

(...)

La pauta orientadora consiste en indagar si la variación del titulus condemnationis implica haber privado a las partes de alguna posibilidad de defensa (STC 189/2003, de 27 de octubre). (La negrita es mía).

Por ello, como antes se ha dicho, la mera circunstancia de que el delito por el que se condene sea de menor gravedad que aquel otro objeto de la acusación formulada no es por sí sola suficiente para estimar que no se vulnera el principio acusatorio.

En este sentido, STEDH (Sección 3ª), de 12 de abril de 2011 (Caso Adrian Constantin contra Rumania -JUR 2011\113695-), que estimó vulnerado el derecho del recurrente previsto en el art. 6.3) del Convenio, procesado por una falta intencional y finalmente fue condenado por un delito por negligencia, pues tal precepto (ap. 18) "concede al acusado el derecho a ser informado no sólo de la causa de la acusación, es decir, los hechos que se imputan a y en los que se basa la acusación, sino también de la calificación jurídica dada a estos hechos y de manera detallada (Pelissier y Sassi contra Francia (GS), núm. 25444/94, ap. 51, TEDH 1999-II)."

Y en su apartado 19 añade: "El ámbito de aplicación de esta disposición debe apreciarse, en particular, a la luz más general, del derecho a un proceso equitativo garantizado en el apartado 1 del artículo 6 del Convenio. En las causas penales, una información precisa y completa de los cargos contra un acusado, y por lo tanto la calificación jurídica que el tribunal podría tener en su contra es una condición esencial para la equidad del proceso. Las disposiciones del artículo 6.3 no imponen ninguna forma particular en cuanto a cómo el acusado debe ser informado de la naturaleza y causa de la acusación formulada contra él. Por último, existe una relación entre los apartados a) y b) del artículo 6.3, y el derecho a ser informado de la naturaleza y causa de la acusación debe ser considerado a la luz del derecho del acusado a preparar su defensa (Pélissier y Sassi, supra, apds. 52-54)."

Y prosigue:

22

En este caso, sólo durante las deliberaciones, por tanto después de la clausura de las audiencias, el Tribunal Supremo procedió a la recalificación de los hechos (véase, en el mismo sentido, Pélissier y Sassi ya citado, ap. 55). Era, obviamente, demasiado tarde para ejercer el derecho de defensa (...)

23

Además, el Tribunal considera que, en cuanto al elemento moral del delito de abuso de autoridad contra el interés público previsto en el artículo 248 del Código Penal originalmente interpuesto contra el demandante, difiere del delito de negligencia en el ejercicio de sus funciones previsto en el artículo 249 del Código Penal por el que ha sido finalmente condenado (véase también Drassich contra Italia, núm. 25575/04, ap. 39, 11 de diciembre de 2007). En efecto, si en el primer caso, el delito se comete sólo si hay dolo en el segundo caso, el error no intencional es suficiente. El Tribunal observa que el elemento moral del delito de negligencia en el ejercicio de sus funciones nunca ha sido debatido por las partes y que la recalificación hecha por el tribunal supremo de Justicia puede, por lo tanto haber sorprendido al demandante.

24

En efecto, el Tribunal aprecia que en ningún momento se ha reprochado al demandante, por parte de las autoridades judiciales una eventual negligencia en el ejercicio de sus funciones. La remisión a juicio y el examen realizado por todas las jurisdicciones sobre el fondo, califican el delito de abuso de autoridad contra el interés público; es más, antes del veredicto en primera instancia, se habían contemplado los cargos como una infracción grave, en razón del montante del perjuicio.

25

En estas circunstancias, el Tribunal de Justicia no se acoge a la argumentación del Gobierno según la cual cualquier posible vulneración de los derechos a la defensa del demandante se había reducido considerablemente por el hecho de que la recalificación antes mencionada tuvo un impacto sólo sobre el elemento moral del delito. Es cierto que la nueva interpretación de las pruebas en las que se basa el Tribunal Supremo se fundamenta en los hechos tal como fueron formuladas por los tribunales inferiores. Sin embargo, el Tribunal recuerda que el acusado tiene derecho a ser informado no sólo de hechos materiales por los que se le encausa y sobre los que se basa la acusación, sino también la calificación jurídica de estos hechos y ésta de una manera detallada (véase el apartado 19 supra y, mutatis mutandis, Penev contra Bulgaria, núm. 20494/04, ap. 42, 7 de enero de 2010). En este sentido, el Tribunal subraya que no se trata solamente de apreciar la fundamentación de las defensas que el demandante podría haber presentado si hubiera tenido la oportunidad de defenderse del delito por el cual ha sido finalmente condenado. Señala el Tribunal que es posible argumentar que los medios de defensa hubieran sido distintos de los elegidos para contestar a la acusación principal (Pélissier y Sassi, ya citado, apds. 60 y 62, Sadak y otros contra Turquía, núms. 29900/96, 29901/96, 29902/96 y 29903/96, ap. 55, TEDH 2001-VIII, Drassich, ya citado, ap. 40).

26

El Tribunal tampoco se acoge a la argumentación del Gobierno según la cual la recalificación realizada por el Tribunal supremo habría beneficiado al demandante por las condenas más leves previstas para el delito de negligencia en el ejercicio de sus funciones. En este sentido constata que fue la sentencia del tribunal supremo de justicia la que condenó al demandante por vez primera.

27

Vistos todos estos factores, el Tribunal considera que se ha cometido una vulneración sobre el derecho del demandante a ser informado detalladamente de la naturaleza y causa de la acusación formulada contra él, así como a su derecho a disponer tiempo y medios adecuados para preparar su defensa.

28

En consecuencia, ha existido una violación del apartado 3 a) y b) del artículo 6 del Convenio, en relación con el apartado 1 de ese artículo, que exige un procedimiento equitativo. (Las negritas son mías).

Como cabe apreciar, el criterio que sigue el TEDH se encuentra en consonancia con la doctrina del Tribunal Constitucional anteriormente expuesta en cuanto hace extensiva la necesidad de no traspasar las exigencias del principio no solo respecto de los elementos delictivos que se refieran al bien o interés protegido por la norma, sino también, como se ha destacado, en cuanto a las formas de comportamiento respecto de las que se protegen.

En lo que se refiere a la homogeneidad descendente aplicable a los delitos contra la libertad sexual, la STS núm. 1228/2011 , de 16 denoviembre (RJ 2012/1535), citada en la STS núm. 47/2013 , de 29 deenero en este extremo, aun admitiéndola, sin embargo precisa: No es descartable, desde luego, la existencia de algún supuesto en el que los términos en que fuera formulada la acusación y el desarrollo del plenario, contribuyan a un desenlace en el que la definitiva tipicidad de los hechos aparezca como una respuesta sobrevenida y sorpresiva, en la medida en que haya obligado al Tribunal a quo a un enriquecimiento fáctico que genere la inevitable indefensión. Cuando la jurisprudencia de esta Sala sostiene que existe homogeneidad entre el delito de agresión sexual con intimidación y el abuso sexual con prevalimiento, está ofreciendo una fórmula general que, desde luego, no puede ser interpretada con un automatismo que se imponga a todas y cada una de las situaciones que puede ofrecer la experiencia. Es indispensable, por tanto, analizar caso por caso para concluir si la sustitución de la propuesta acusatoria ofrecida por el Fiscal ha exigido de la Audiencia una adición fáctica que no sólo quebrante el estatuto de imparcialidad de los Jueces de instancia, sino lo que es igualmente relevante, que genere una indefensión proscrita constitucionalmente. (Las negritas son mías):

En idéntico sentido, la STS núm. 573/2017, de 18 de julio (JUR2017/216271), abundando en la ideas anteriores, recuerda:

Asimismo la Sala 2ª TS -STS 655/2010, de 13-7, 1278/2009, de 23- 12; 313/2007, de 19-6; tiene señalado que el principio acusatorio exige la exclusión de toda posible indefensión para el acusado, lo cual quiere decir " en primer término, que el hecho objeto de acusación y el que es base de la condena permanezcan inalterables, esto es, que exista identidad del hecho punible, de forma que el hecho debatido en juicio, señalado por la acusación y declarado probado, constituya supuesto fáctico de la calificación de la sentencia. La otra condición consiste en la homogeneidad de los delitos objeto de condena y objeto de acusación" (SS. T.C. 134/86 Y 43/97).

(...)

Debe así advertirse, en primer lugar, que aquellos elementos no comprenden sólo el bien o interés protegido por la norma, sino también, obviamente las formas de comportamiento respecto de los que se protegen; en segundo lugar, que podría no bastar que un elemento esencial constitutivo del tipo por el que se condena esté genéricamente contenido en el tipo por el que se acusa cuando esta generalidad sea tal que no posibilite un debate pleno y frontal acerca de su concurrencia.

(...)

En efecto la cuestión, por tanto, es si tal cambio en el relato histórico implica una mutación sustancial a los efectos del principio acusatorio y del correlativo derecho de defensa. Es sabido que las modificaciones de detalles o de aspectos meramente secundarios no conculcan tales principios y pueden ser introducidos por el Tribunal sentenciador en su resolución, con objeto de ser más respetuosos con la descripción de la verdad material de lo acontecido. Sobre este particular hemos de señalar: 1) Que lo que es objeto de contradicción en el debate del juicio oral es lo que se refleja en los respectivos escritos de acusación y de defensa, esto es, los elementos fácticos y jurídicos que enmarcan el objeto del proceso penal; 2) Que tal marco no es inflexible, sino que, por un lado, puede traspasarse con la introducción de elementos episódicos, periféricos o de mero detalle, no afectantes al derecho de defensa, y por otro, se ensancha o se acorta en el momento en que las partes elevan a definitivas sus conclusiones provisionales, dándose oportunidad de nuevos elementos probatorios posteriores que desvirtúen los introducidos en dicha fase procesal, para salvaguardar el derecho de defensa; 3) Que las modificaciones que se introduzcan no pueden modificar esencial o substancialmente los elementos fácticos del relato histórico que las acusaciones sometan a la consideración del Tribunal, si no se ha producido una petición condenatoria al menos alternativa por parte de las mismas; 4) Por último, tal modificación sustancial debe obviamente valorarse de acuerdo con las particulares del caso enjuiciado. (Las negritas son mías).

En igual sentido, STS núm. 545/2016, de 21 de junio (RJ2016/3520), conforme a la que se admite que el tribunal "puede introducir en el relato otros elementos, siempre que sean de carácter accesorio respecto del hecho imputado, que incrementen la claridad de lo que se relata y permitan una mejor comprensión de lo que el Tribunal entiende que ha sucedido. Igualmente es posible que el órgano jurisdiccional entienda que la prueba practicada solamente acredita una parte de los hechos imputados, aplicando a éstos las normas penales procedentes, siempre que se trate de delitos homogéneos y no más graves", pero precisando también que " Todo ello tiene un límite infranqueable, pues ha de verificarse siempre con respeto al hecho nuclear de la acusación, que no puede ser variado de oficio por el Tribunal en perjuicio del reo." (La negrita es mía).

La STS núm. 517/2016, de 14 de junio (RJ 2016/2795), insiste en que En consecuencia, el pronunciamiento del Tribunal debe efectuarse precisamente en los términos del debate, tal como han sido planteados en las pretensiones de la acusación, no pudiendo el Tribunal apreciar hechos o circunstancias que no hayan sido objeto de consideración en ésta y sobre las cuales, el acusado, por tanto, no haya tenido ocasión de defenderse en un debate contradictorio (SSTC 40/2004, de 22.3, 183/2005 de 4.7). Además, este Tribunal ha afirmado que con la prospectiva constitucional del derecho de defensa, lo que resulta relevante es que la condena no se produzca por hechos (o perspectivas jurídicas) que de facto no hayan podido ser plenamente debatidos (por todas STC 87/2001, de 2.4).

(...) Por ello no es conforme con la Constitución ni la acusación implícita, ni la tácita, sino que la acusación debe ser formulada de forma expresa y en términos que no sean absolutamente vagos e indeterminados (SSTC...). (La negrita es mía).

Por su parte, la STS 859/2013, de 21 de octubre, llama también la atención sobre las modificaciones que puede introducir el órgano enjuiciador remarcando que Que las modificaciones que se introduzcan no pueden modificar esencial o substancialmente los elementos fácticos del relato histórico que las acusaciones sometan a la consideración del Tribunal, si no se ha producido una petición condenatoria al menos alternativa por parte de las mismas ", concluyendo, como precisa la STS 977/2012, de 30.10, que "el Tribunal está facultado para, a la vista de su propia valoración de la prueba desplegada, introducir alteraciones, en el relato propuesto por la acusación, así como insertar elementos fácticos que hayan sido objeto de debate y enriquezcan la narración, siempre que no muten la esencia de lo que fue objeto de la controversia en el debate procesal. Lo irrenunciable es que se respete el hecho en lo nuclear, que no se mute su identidad básica, que no se introduzcan actos (conductas relevantes penalmente) distintos de los aportados por la acusación. Así, si bien es admisible que por el órgano enjuiciador se introduzcan dentro del relato de hechos probados, alteraciones respecto de las conclusiones definitivas éstas no pueden ser relevantes." (La negrita es mía). En este mismo sentido, STS núm. 745/2017 de 17 de noviembre (JUR 2017/2888225).

B).- Aplicación al caso enjuiciado.

Sostiene la sentencia mayoritaria que "El delito continuado de abuso sexual por el que condenamos no sólo es homogéneo, en cuanto que excluye alguno de dichos elementos que conforman el tipo de agresión - homogeneidad descendente-, sino que por ello es más beneficioso y correlativamente está sancionado con pena menor, en definitiva se trata de tipos homogéneos.

Por ello pese a que no se ha formulado acusación por el delito continuado de abuso sexual sobre el que proyectamos la condena, no se infringe el principio acusatorio, ni se causa indefensión a los acusados."

Este planteamiento me suscita como primera reflexión la siguiente: que lo real y verdaderamente beneficioso para los acusados es que las pruebas practicadas en el acto del juicio oral, al no poder sustentar la comisión de un delito de agresión sexual, han dado lugar a su libre absolución por este delito.

En segundo lugar, que la condena por el delito de abusos sexuales con prevalimiento no se fundamenta simplemente en que, suprimidos los elementos que caracterizan el tipo de agresión sexual, esto es la violencia y/o intimidación -para la realización de los actos sexuales- que sostienen las cuatro acusaciones, sus respectivos relatos, despojados de toda la carga violenta e intimidatoria que se les atribuye a los acusados para mantener las relaciones sexuales objeto de enjuiciamiento, subsistan aquellos otros que caracterizan el delito tipificado en el art. 181.3 y 4 del Código Penal.

Baste comparar las conclusiones definitivas de las acusaciones en las que se afirma el empleo de violencia y/o intimidación por los cinco acusados contra la denunciante, ejerciendo actos de fuerza contra ella desde la entrada al portal, y en las que se utilizan continuamente expresiones como " la obligaron a... " para referirse a los distintos actos sexuales realizados, esto es, un verbo de inequívoca connotación violenta, aunque no precisen, a su vez, en qué consistió ese " obligar a " pues se omite toda concreción de actos a este respecto, definiendo, por tanto, la realización de aquellos actos sexuales contra la voluntad de la denunciante, y en los que (acusación formulada por el Ayuntamiento de Pamplona) la actitud de sumisión total, terror y situación de shock en que estuvo la denunciante se vincula causalmente al empleo de esa violencia y/o intimidación, con los hechos declarados probados por la sentencia mayoritaria, en los que ya, sin mención alguna de la violencia o intimidación del delito de agresión sexual, se da un giro sustancial respecto de los hechos imputados durante todo el procedimiento a los acusados y se presentan, reformulando las acusaciones, con todas las características precisas para encajar en el tipo del art. 181.3 CP en los siguientes términos:

Al encontrarse en esta situación, en el lugar recóndito y angosto descrito, con una sola salida, rodeada por cinco varones, de edades muy superiores y fuerte complexión, conseguida conforme a lo pretendido y deseado por los procesados y querida por estos, " la denunciante" se sintió impresionada y sin capacidad de reacción. En ese momento notó como le desabrochaban la riñonera que la llevaba cruzada, como le quitaban el sujetador sin tirantes abriendo un clip y le desabrochaban el jersey que tenía atado a la cintura; desde lo que experimentó la sensación de angustia, incrementada cuando uno de los procesados acercó la mandíbula de la denunciante para que lehiciera una felación y en esa situación, notó como otro de los procesados le cogía de la cadera y le bajaba los leggins y el tanga.

" 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, manteniendo la mayor parte del tiempo los ojos cerrados.

Los procesados, conocieron y aprovecharon la situación de la denunciante en el cubículo al que la habían conducido, para realizar con ella diversos actos de naturaleza sexual, con ánimo libidinoso, actuando de común acuerdo."

Se trata de una descripción fáctica que, además de no contar con el debido respaldo probatorio como se desprende de la valoración de la prueba practicada realizada en el segundo fundamento de derecho de este voto discrepante, introduce de oficio elementos esenciales para la novedosa calificación jurídica que determina la condena de los acusados, sin que ni de unos ni de otra los acusados y sus defensores hayan tenido la menor oportunidad de combatirlos o contradecirlos.

Entiendo, por el contrario, que el relato de hechos probados de la sentencia mayoritaria se ha apartado de los escritos de conclusiones definitivas de las acusaciones, alterando de forma notable y sustancial los hechos objeto de acusación, de los que los acusados tuvieron pleno conocimiento, y respecto de los que pudieron desplegar de forma contradictoria y exitosa sus respectivas estrategias de defensa, primero en sus escritos de conclusiones provisionales y después durante todo el desarrollo del juicio oral.

No creo, sin embargo, que pueda afirmarse con rigor, como se hace en la sentencia de la que discrepo, que en dicho relato de hechos probados no se hayan introducido elementos de cargo perjudiciales para los acusados no incorporados por las acusaciones, a cuyo efecto baste contrastar sus respectivos escritos con lo afirmado como probado en la sentencia mayoritaria; tampoco puedo estar de acuerdo en que " sobre todos ellos se ha producido el debate contradictorio ", aunque el desarrollo del juicio, singularmente por lo ya razonado en los apartados F.3 y F.4 del fundamento de derecho segundo de esta sentencia discrepante respecto del objeto propio de las diferentes pruebas periciales, haya contribuido a distorsionar en gran medida el objeto de enjuiciamiento.

Y ello, por más que haya podido planear durante el juicio la hipótesis acusatoria del delito por el que han sido condenados, como trataré de razonar.

La amplitud de los hechos de que se les acusaba a que se refiere la sentencia mayoritaria, debo insistir en ello, ha quedado circunscrita, única y exclusivamente, a aquellos que las cuatro acusaciones personadas han incluido como demostrativos del ejercicio de violencia y/o intimidación contra la denunciante para poder realizar los actos sexuales objeto de enjuiciamiento; y sobre ello, y solo sobre ello, se han defendido; de los elementos fácticos que la Sala mayoritariamente ha tenido como probados y han servido para calificar su actuación como constitutiva de un delito de abusos sexuales con prevalimiento solo tendrán conocimiento los acusados y sus defensas con ocasión de la notificación de la sentencia.

Y es que no solo se han limitado a introducir algún elemento fáctico de carácter puramente accesorio, de detalle, accidental o circunstancial, sino que, yendo más allá de lo que el principio acusatorio consiente, se han apartado por completo del núcleo esencial mantenido en las acusaciones formuladas, y que de forma unánime hemos considerado como no probado, y lo han sustituido por otros bien distintos; sustancialmente distintos, que se trasladan, por lo demás, a la declaración de hechos probados mediante una completa reconstrucción, en cuanto a la esencia del hecho delictivo se refiere, fruto, no de afirmaciones mantenidas en dichas acusaciones, sino de una (permítaseme la expresión) " reinvención " del caso, que ha pasado a ser de un posible delito de agresión sexual a otro por abusos con prevalimiento, con la necesidad, para luego poder efectuar su correspondiente calificación jurídica, de afirmar, en los términos que exponen, la concurrencia de todos los elementos fácticos que el tipo aplicado exige.

En efecto, la Sala, valorando la prueba practicada sobre los hechos objeto de las acusaciones formuladas, en función de la calificación jurídica dada por las acusaciones, esto es, desde la perspectiva planteada por ellas y no otra (ya que, tomando prestadas las palabras del preámbulo de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, cuando expone cómo se aborda el objeto del veredicto diciendo que " el hecho no se estima concebible desde una reduccionista perspectiva naturalista, sino, precisa y exclusivamente, en cuanto jurídicamente relevante. Un hecho, en una concreta selección de su proteica accidentalidad, se declara probado (o puede ser objeto de acusación, cabe añadir) sólo en tanto en cuanto jurídicamente constituye un delito "), ha llegado de forma unánime a la conclusión de que los acusados no cometieron los actos constitutivos del delito de agresión sexual de que se les acusa.

En el caso que nos ocupa, como ya se ha razonado al valorar la prueba practicada, ha sido la propia declaración de la denunciante durante el plenario la que ha dejado sin sustento probatorio alguno las tesis mantenidas por las acusaciones quienes, tras la práctica de las pruebas, pudiendo haber modificado sus respectivos escritos de conclusiones provisionales e introducir otras como alternativas o subsidiarias conforme a lo previsto en el artículo 732 y 653 LECrim., no lo hicieron manteniendo su acusación por un delito de agresión sexual.

Se abstuvieron, por tanto, de ejercer una facultad que la ley procesal les confiere y mantuvieron su tesis inicial apostando, como dice la STS núm. 759/2012, de 16 de octubre, por "el todo o nada".

No ha habido, por tanto, debate real, pleno, franco, frontal y abierto y contradictorio entre las partes, pues las acusaciones no lo han introducido de forma explícita, sobre la posible comisión por los acusados del delito por el que se les ha condenado. Los acusados se han defendido de otra " cosa " distinta y solo respecto de ella.

Por ello, en el caso actual creo que la decisión mayoritaria de la Sala (incurriendo en el automatismo contra el que previenen las SSTS

núm. 1228/2011, de 16 de noviembre y 47/2013, de 29 de enero, ya citadas) no ha respetado el principio acusatorio y esa imparcialidad que se nos demanda desde el momento en que ha suplido la inactividad de las partes acusadoras respecto de la facultad de presentar unas conclusiones de modo alternativo o subsidiario, configurando un objeto de enjuiciamiento esencialmente distinto al delimitado por aquéllas en sus conclusiones definitivas, adentrándose en la exploración y plasmación de otros posibles hechos punibles, no debatidos entre las partes en los términos que exige el principio acusatorio como una de las vertientes de un juicio justo, y que sólo han aflorado en el curso de las deliberaciones del tribunal, cuando, obviamente, las defensas nada han podido aportar en descargo de los acusados.

El debate producido entre acusaciones y defensas ha girado en torno a si los actos sexuales realizados por los acusados se llevaron a cabo con el consentimiento de la denunciante, constituida en acusación particular, o sin él, por haberse anulado su libertad sexual al haber empleado contra ella la violencia y/o la intimidación para conseguir realizar aquellos actos, sin que ninguna de las acusaciones hiciera valer como posible un delito de abusos sexuales.

Delimitado así el marco de enjuiciamiento, se practicaron en el acto del juicio oral las pruebas de cargo y las de descargo, con arreglo a las que, tras analizar su resultado, las acusaciones renunciaron a hacer uso de la facultad de modificar sus conclusiones provisionales (art. 732 LECrim.) y las elevaron a definitivas, salvo la dirección letrada de la Administración de la Comunidad que introdujo alguna modificación de nula relevancia a los efectos que ahora se están examinando.

En este concreto marco, y en ningún otro, se produjo posteriormente el debate procesal a través de la argumentación desplegada por las partes en sus respectivos informes finales siguiendo el esquema propio de los principios acusatorio y de "efectiva" contradicción.

Iniciadas las deliberaciones en el seno del tribunal, una vez alcanzada de forma unánime la convicción de que debíamos absolver a los cinco acusados del delito de agresión sexual objeto de acusación, entiendo que ni siquiera debió examinarse la posibilidad de condenar por alguno de los supuestos de abusos sexuales contemplados en el artículo 181 del Código Penal pues, suprimidas de los hechos propuestos por las acusaciones la violencia e intimidación que definen el delito de agresión sexual, el resto de lo afirmado por aquellas en sus respectivos escritos de acusación no proporcionaba una base fáctica suficiente para entender cometido el delito de abuso sexual con prevalimiento del art. 181.3 CP por el que la mayoría de la Sala les ha condenado.

Estimo, por el contrario, que el pronunciamiento de la sentencia debió quedar limitado a esa absolución, lo que hubiese respondido a la exigencia de dictar una sentencia congruente con las pretensiones jurídicas oportunamente deducidas por las partes, sin traspasar, como creo que se ha hecho por la decisión mayoritaria, el umbral de los hechos afirmados por las acusaciones, reformulándolos en otros sustancialmente distintos para cobijar un hecho punible distinto, tanto en lo que se refiere a sus elementos fácticos como respecto de su perspectiva jurídica, que ni fue contemplado por las acusaciones ni respecto del que los acusados han tenido ocasión de defenderse, por más que, a lo sumo, de manera meramente incidental, alguno de los requisitos que exige este tipo penal hubiera podido intuirse como posible durante el desarrollo del juicio, pero, en todo caso, sin llegar a plasmarse debidamente una concreta acusación.

Se trata, por tanto, desde mi punto vista, de una condena "sorpresiva", que, en mi opinión, vulnera las exigencias de un juicio justo.

Y es que la defensa frente a una acusación por el delito de agresión sexual no permite "per se" la defensa por el delito de abusos sexuales con prevalimiento, pues no todos los elementos del tipo del art. 181.3 CP se encuentran contenidos en los del artículo 178 CP, sino que entre uno y otro existen, o al menos es lo que sucede en este caso concreto atendiendo a los hechos recogidos en los escritos de acusación, sustanciales diferencias, en particular en lo que a las formas de comportamiento prohibidas y alcance del dolo se refiere.

En definitiva, suprimidas la violencia y la intimidación de los escritos de acusación no surge el abuso sexual con prevalimiento.

Creo que cuanto se lleva razonado sobre las posibilidades de defensa de que se han visto privados los acusados se puede apreciar bien claramente tomando como referencia parte de las alegaciones que el Letrado del Ayuntamiento de Pamplona expuso en su informe final.

Así (14:26:41 de la sesión del día 27 Noviembre), tratando de hacer un ejercicio de anticipación sobre el que presumía podía ser uno de los argumentos de las defensas, exponía:

"También se ha adelantado por el Ministerio Fiscal, valga la redundancia, adelantándose a lo que posiblemente alguna de las defensas pueda plantear, un poco a la vista de una de las preguntas que hizo SSª a la víctima, bueno, la posibilidad del error de hecho. La posibilidad del error de hecho, que no se supiera, que no se hubiera manifestado nunca por parte de la víctima que no se querían mantener esas relaciones y que estas personas hubiesen creído que no había oposición por su parte. Bueno, hemos de decir en primer lugar que eso es incompatible con el desarrollo de los hechos, absolutamente incompatible, porque como manifestó la propia víctima, a preguntas de SSª decía: pues ¿yo que iba a decir? Yo tenía los ojos cerrados, ¡si no decía nada!, si hacía lo que me decían, pues claro, no hacía otra cosa, no llegué a decir nada, pero claro, cuando ese no decir nada, cuando esos ojos cerrados, cuando esa forma de dirigirla se produce cuando se ha introducido a una persona contra su voluntad, porque nunca quiso entrar en el cubil, huelga cualquier tipo de

manifestación por parte de la víctima sobre que no se quiere realizar ese tipo de prácticas. Pero es que, además, los acusados, algunos de ellos, tienen formación en esta materia; uno de ellos es guardia civil, y no me cabe la menor duda que cuando asistió a la academia le habrían explicado qué son los delitos contra la libertad sexual y le habrían explicado la importancia del consentimiento, y le habrían explicado cómo hay que atender a las víctimas y le habrían explicado cómo hay que investigarlos y por tanto, era perfecto conocedor de qué se puede y qué no se puede y el Sr. Gabriel pues seguramente también, porque es militar de profesión, porque ha participado creo que en campañas en el exterior y supongo que también se les formará a estas personas sobre este tipo de cuestiones y a mayor abundamiento creo que era estudiante de primero de psicología. Por tanto, ellos conocían perfectamente qué se podía hacer, qué no se podía hacer y sabían perfectamente que lo que estaban haciendo era un delito y lo sabían desde el minuto 0 hasta el minuto 18 que es cuando finaliza."

Tal alegación, como resulta de plena lógica, no mereció respuesta alguna por parte de las defensas por cuanto, formulada acusación por un delito de agresión sexual, cualquier intento de alegar, al amparo de lo previsto en el artículo 14.1 CP un error de tipo como excluyente del dolo como requisito de tipicidad (o de prohibición como excluyente de la culpabilidad o conciencia de la antijuridicidad del hecho), estaría irremediablemente abocado al fracaso por cuanto, obvio resulta, quien mediante el empleo de violencia o intimidación realiza actos sexuales forzando la voluntad del sujeto pasivo actúa necesariamente de forma dolosa (de ordinario y en general mediante dolo directo).

Similar reflexión cabe hacer respecto del dolo eventual o de la doctrina de la ignorancia deliberada a que hizo referencia el Ministerio Fiscal en su informe final y que no tiene cabida ante una imputación como la formulada por las cuatro acusaciones formuladas.

Baste recordar lo que a este respecto se razona en el fundamento de derecho tercero de la STS núm. 415/2016, de 17 de mayo (RJ2016/3681) :

... El Tribunal de instancia afirma tal conocimiento a través de lo que denomina ignorancia deliberada, cuyo contenido ha sido matizado en SSTS 346/2009 de 2.4, 68/2011 de 15.2 y 98/2012 de 24.2, en las que se recordó que en el derecho vigente ya no rige la presunción del dolo que existió con anterioridad a la modificación del Código penal de 1983 que instauró en el derecho penal el principio de culpabilidad.

Las reformas del Código Penal introducidas por la LO 8/1983 y la LO 10/1995 derogaron de manera clara la presunción de dolo que contenía el art. 1 del antiguo Código penal. Al introducir una expresa regulación del error sobre los elementos de la infracción penal y subrayar las exigencias del principio de culpabilidad, el Legislador dejó claro que el elemento cognitivo del dolo constituye un presupuesto de la responsabilidad penal que debe ser expresamente probado en el proceso.

En alguno de los precedentes de esta Sala, no obstante, se ha mencionado la "ignorancia deliberada", como criterio para tener por acreditado el elemento cognitivo del dolo, es decir, para tener por probado que el autor obró conociendo los elementos del tipo objetivo (hecho constitutivo de la infracción penal en la terminología del art.14.1 CP o de un hecho que cualifique la infracción penal, como es el caso de la cantidad de notoria importancia discutida en el recurso).

Este punto de vista ha sido fuertemente criticado en la doctrina porque se lo entendió como una transposición del "willful blindness" del derecho norteamericano y porque se considera que no resulta adecuado a las exigencias del principio de culpabilidad, cuyo rango constitucional ha puesto de manifiesto el Tribunal Constitucional. Asimismo se ha llamado la atención sobre el riesgo de que la fórmula de la "ignorancia deliberada" -cuya incorrección idiomática ya fue señalada en la STS de 20-7- 2006- pueda ser utilizada para eludir "la prueba del conocimiento en el que se basa la aplicación de la figura del dolo eventual", o, para invertir la carga de la prueba sobre este extremo.

Debemos, por lo tanto, aclarar que en el derecho vigente no cabe ni la presunción del dolo, ni eliminar sin más las exigencias probatorias del elemento cognitivo del dolo. Asimismo tampoco cabe impugnar la aplicación del principio "in dubio pro reo" realizada por los Tribunales de instancia sobre los hechos con apoyo en un supuesto "principio" de la ignorancia deliberada.

Nuestra jurisprudencia referente al concepto de dolo eventual ha establecido que en aquellos supuestos en los que se haya probado que el autor decide la realización de la acción, no obstante haber tenido consistentes y claras sospechas de que se dan en el hecho los elementos del tipo objetivo, manifestando indiferencia respecto de la concurrencia o no de estos, no cabe alegar un error o ignorancia relevantes para la exclusión del dolo en el sentido del art. 14.1 CP. Esta situación, como se ha dicho, es de apreciar en aquellos casos en los que el autor incumple conscientemente obligaciones legales o reglamentarias de cerciorarse sobre los elementos del hecho, como en el delito de blanqueo de capitales, o en los delitos de tenencia y tráfico de drogas, cuando el autor tuvo razones evidentes para comprobar los hechos y no lo hizo porque le daba igual que concurrieran o no los elementos del tipo; es decir: cuando está acreditado que estaba decidido a actuar cualquiera fuera la situación en la que lo hacía y que existían razones de peso para sospechar la realización del tipo. En todo caso, la prueba de estas circunstancias del caso estará a cargo de la acusación y sometida a las reglas generales que rigen sobre la prueba.

Cuestión distinta hubiera sido si las acusaciones, acogiéndose a la facultad de introducir como definitivas unas conclusiones alternativas que recogiesen todos los elementos fácticos requerido por el tipo del abuso sexual con prevalimiento, hubiesen modificado su relato para darles cabida, lo que, mediante la acusación expresa así formulada, hubiese posibilitado a las defensas argumentar en contra de la concurrencia de todos los requisitos exigidos por el tipo del art. CP; tales defensas, en caso de que su hubiere producido una acusación franca y frontal introducida por las acusaciones como conclusión definitiva alternativa a la del delito de agresión sexual arts. 732 y 653 LECRim.) hubiesen podido seguir otras estrategias jurídicas defensivas distintas, sea, por ejemplo en el ámbito de la prueba, insistiendo ante la Sala en su escrito de conclusiones provisionales (caso de figurar ya esa conclusión alternativa en los escritos de acusación provisional) en la ampliación de la prueba pericial sobre los " aspectos relativos a los hechos de interés jurídico que dieron lugar a la demanda penal de cara a evaluar el hecho traumático y la forma como la víctima reaccionó al mismo " (que en instrucción le fue denegada), sea en sus informes finales respecto de la ausencia del dolo como elemento subjetivo del tipo, incluida la posibilidad de alegar la concurrencia de un error de tipo con los efectos previstos en el art. 14.1 CP que, a diferencia de lo que ocurre con el delito de agresión sexual objeto de acusación sí resultaría plausible.

Si como señala la STS núm. 560/2017, de 13 de julio (RJ2017/3835), tras recordar la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo y hacerse eco de algunas SSTEDH, el principio acusatorio tiene su regla de oro en la exigencia de identidad fáctica entre los hechos imputados y los que fundamentan la calificación jurídica efectuada por el tribunal y homogeneidad endicha calificación respecto a la realizada por la acusación ", entendiendo que tal principio no se vulnera siempre que, entre otros requisitos, "el tribunal respete el apartado fáctico de la calificación acusatoria, que debe ser completo, con inclusión de todos los elementos que integran el tipo delictivo sancionado y las circunstancias que repercutan en la responsabilidad del acusado, y específico, en el sentido de que permita conocer con precisión cuáles son las acciones que se consideran delictivas. Pero estándole radicalmente vedado al tribunal valorar hechos con relevancia jurídico-penal no incluidos en el acta de acusación." (la negrita es mía), en el caso concreto enjuiciado, estimo, no se ha respetado.

C).- Inexistencia de prevalimiento.

Aun cuando en el caso concreto enjuiciado se estimase que una posible condena por el delito de abusos sexuales con prevalimiento del art. 181.3 y 4 del Código Penal no vulneraría el principio acusatorio, entiendo, conforme a la valoración de la prueba realizada en el segundo fundamento de derecho de este voto particular y consiguiente declaración de hechos que considero probados, que por las acusaciones (en realidad la mayoría de la Sala) no se ha justificado suficientemente, más allá de toda duda razonable, la concurrencia de todos los requisitos que, atendiendo a la propia jurisprudencia que se cita en la sentencia mayoritaria, exige el tipo aplicado, y que recordamos son los siguientes:

"1. Situación de superioridad manifiesta.

2. Influye en la libertad de la víctima, coartándola.

3. 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." (por todas, STS núm. 132/2016, de 23 de febrero

-RJ 2016/618 -)

Sentencia, en la que, en contraste con la intimidación típica del delito de agresión sexual del art. 178 CP, respecto del prevalimiento se razona:

... En el prevalimiento, la situación que coarta la libertad de decisión es una especie de intimidación pero de grado inferior, que no impide absolutamente tal libertad, pero que la disminuye considerablemente, o en otras palabras, que la situación de superioridad manifiesta a la que se refiere el art. 183.1 del Código Penal es aquella que suministra el sujeto activo del delito, como consecuencia de una posición privilegiada, y que produce una especie de abuso de superioridad sobre la víctima, que presiona al sujeto pasivo, impidiéndole tomar una decisión libre en materia sexual.

Es decir, aunque efectivamente el prevalimiento no exige un comportamiento coactivo, nada impide que la situación de superioridad haya sido generada por el propio sujeto activo a través de actos intimidatorios sin entidad para determinar la existencia de una agresión, pero que unidos a otras circunstancias concurrentes configuran una evidente situación de superioridad de la que se aprovecha el autor con insistencia, pues recibe varias negativas previas, para lograr que la víctima acceda a mantener relaciones sexuales, como es el caso de autos: (...)

El prevalimiento, como señala la STS núm. 542/2013 de 20 demayo (RJ 2013/6419), "debe entenderse como cualquier estado o situación que otorgue al sujeto activo una posición privilegiada respecto del sujeto pasivo de la que el primero no solamente seaprovecha, sino que

es consciente de que le confiere una situación de superioridad, para abusar sexualmente de la víctima, que de esta forma no presta su consentimiento libremente, sino viciado, coaccionado o presionado por tal situación.

Y tras citar la STS 568/2006, de 19 de mayo, respecto de la expresión «prevaliéndose el culpable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima», añade: Con ello se expresa la doble exigencia de que la situación de superioridad sea, al mismo tiempo, notoria y evidente («manifiesta»), es decir, objetivamente apreciable y no sólo percibida subjetivamente por una de las partes, y también sea «eficaz», es decir, que tenga relevancia suficiente en el caso concreto para coartar o condicionar la libertad de elección de la persona sobre quien se ejerce.

Esta delimitación más precisa de la circunstancia de prevalimiento es concordante con el hecho de que ya no se limita su aplicación a los abusos sobre personas menores de edad, sino que se configura genéricamente como un supuesto de desnivel notorio entre las posiciones de ambas partes, en el que una de ellas se encuentra en una manifiesta situación de inferioridad que restringe de modo relevante su capacidad de decidir libremente, y la otra se aprovecha deliberadamente de su posición de superioridad, bien sea ésta laboral, docente, familiar, económica, de edad o de otra índole, consciente de que la víctima tiene coartada su libertad de decidir sobre la actividad sexual impuesta.

(...)

En efecto, el abuso sexual con prevalimiento no exige la exteriorización de un comportamiento coactivo, pues es la propia situación de superioridad manifiesta por parte del agente y de inferioridad notoria de la víctima, la disposición o asimetría entre las posiciones de ambos, la que determina por sí misma la presión coactiva que condiciona la libertad para decidir de la víctima y es el conocimiento y aprovechamiento consciente por el agente de la situación de inferioridad de la víctima que restringe de modo relevante su capacidad de decidir libremente, lo que convierte su comportamiento en abusivo.

(...)Y por otro lado, tal situación debe estar orientada por el acusado a la consecución de su finalidad ilícita, conociendo y aprovechando la debilitación de la negativa de la víctima ante esa situación de prevalimiento. (Las negritas son mías).

Como es bien sabido para que resulte justificada una sentencia condenatoria el derecho fundamental a la presunción de inocencia, que tiene carácter absoluto, exige que cualquiera que sea la acusación que se formule resulte bien acreditada en todos sus elementos centrales, lo que, en mi opinión, no ha sucedido, conforme a la valoración de la prueba expuesta en el segundo fundamento de derecho de este voto particular, respecto de la concurrencia de todos los requisitos exigidos por el art. 181.3 CP.

La sentencia mayoritaria ha construido fáctica y jurídicamente su convicción condenatoria sobre la comisión por los cinco acusados de un delito de abusos sexuales con prevalimiento del art. 183.3 y 4 CP sobre una misma idea que repite una y otra vez, con parecidas formulaciones, casi idénticas muchas veces, que se pueden resumir, tomando como referencia cualquiera de ellas, en la siguiente afirmación:

"En el caso que nos ocupa, todos los procesados mediante su actuación grupal, conformaron con plena voluntad y conocimiento delo que hacían, un escenario de opresión, que les aportó una situación de manifiesta superioridad sobre la denunciante, de la que se prevalieron, provocando el sometimiento y sumisión de la denunciante, impidiendo que actuara en el libre ejercicio de su autodeterminación en materia sexual, quien de esta forma no prestó su consentimiento libremente, sino viciado, coaccionado o presionado por tal situación. "

No voy a insistir en la discrepante valoración de la prueba que me ha llevado a disentir de la motivación fáctica llevada a cabo por la mayoría de la Sala respecto de este delito.

Sí lo haré sobre la ausencia de prueba bastante acreditativa del dolo que forma del tipo como elemento subjetivo del mismo y que en la sentencia mayoritaria se expone mediante la trascripción de un pasaje de la STS. 2ª 60/2016 de 4 de febrero, dictada a propósito de un delito de agresión sexual y no de abuso, y que sirve para que por la mayoría de la Sala se afirme de forma rotunda que "... los procesados hubieron de representarse que del modo señalado, configuraron una situación de superioridad, objetivamente apreciable, de la que se prevalieron, abusando de esta preeminencia para realizar las prácticas sexuales."

Sobre el dolo requerido en el delito de abusos sexuales la STSnúm. 897/2014, de 15 de diciembre , en un caso de abusos sexuales sobre una menor razona (lo que sin dificultad alguna puede aplicarse, "mutatis mutandis" para el caso que estamos enjuiciando) en el segundo de sus fundamentos de derecho en los siguientes términos:

(...) Mantiene la parte recurrente y lo apoya el Ministerio Fiscal, que el delito no requiere un especial ánimo de satisfacerse sexualmente. Esto es cierto. Pero que no se exija tal ánimo tendencial, es decir, un elemento subjetivo del injusto, como en otros tipos penales, no quiere decir que no se requiera rigurosamente que la acción sea dolosa, ni por supuesto tampoco que el intérprete juegue con automatismos al respecto. Como consecuencia de los principios generales del Derecho penal (particularmente el establecido en el art. 5º

del Código Penal : no hay pena sin dolo o imprudencia), el delito de abusos sexuales ha de haber sido cometido mediante dolo, ordinariamente dolo directo. Ese dolo significa que la acción ejecutada va dirigida a atentar contra el bien jurídico protegido por la norma penal, y en el caso enjuiciado, el dolo de atentar contra la indemnidad sexual de un menor (de menos de trece años de edad), o lo que es lo mismo no someterle a situaciones que comprometan su dignidad y desarrollo sexual. Pero, de todas formas, no puede prescindirse en la actuación del agente del correspondiente dolo, es decir, obrar con conocimiento de que la acción compromete esos valores y con voluntad de atentar sobre los mismos, con independencia de la satisfacción sexual que reciba el sujeto activo del delito, o lo que se ha venido denominando ánimo lúbrico o libidinoso.

Y en el siguiente fundamento añade: (...) Desde el aspecto subjetivo, para afirmar el dolo basta con el conocimiento del peligro creado con la acción, de manera que sea suficiente que el autor conozca que su conducta, por su propia naturaleza, puede afectar negativamente a la libertad o indemnidad sexual de la víctima".

Si bien es cierto que, como se repite en el precedente citado, el dolo, en su significación más clásica, significa conocer y querer los elementos del tipo penal, o en el caso enjuiciado, conocer que el acto realizado atenta contra la libertad o indemnidad sexual de la víctima, porque constituye un acto de inequívoco contenido sexual ejecutado sin su consentimiento, y querer, pese a ello, realizarlo...

(...)

Y es que el tipo subjetivo de los delitos de agresión y abuso sexual lo que exige es el conocimiento de la naturaleza sexual del acto que voluntariamente se ejecuta, y la conciencia de afectación del bienjurídico. (las negritas son mías).

Esta conciencia, que en los delitos de agresión sexual, como ya hemos reseñado, vendrá determinada de ordinario por la concurrencia de dolo, en el abuso con prevalimineto debe proyectarse y abarcar sobre todos y cada uno de los elementos que integran el tipo, debiendo precisarse, frente a lo afirmado en la sentencia mayoritaria, que ni la diferencia de edad ni de complexión física entre los acusados y la denunciante, ni su diferente experiencia sexual, ni que ellos fuesen cinco y ella una sola, pueden tomarse, por sí solos y porque sí, como elementos decisivos para afirmar que " los procesados conformaron de modo voluntario una situación de preeminencia sobre la denunciante, objetivamente apreciable, que les generó una posición privilegiada sobre ella, aprovechando la superioridad así generada, para abusar sexualmente de la denunciante quien de esta forma no prestó su consentimiento libremente, sino viciado, coaccionado o presionado por tal situación.", pues ningún papel relevante tuvieron esas circunstancias en el desarrollo de los hechos, so pena de presumir "contra reo" que en el caso de haber percibido la menor señal de oposición por parte de la denunciante no hubiesen desistido de su propósito de mantener relaciones sexuales, sin que, por lo demás, se lleguen a precisar actos concretos siquiera indicativos de que su voluntad era la de crear ese ambiente tantas veces descrito en la sentencia mayoritaria.

En particular, se requiere, además, que "la doble exigencia de que la situación de superioridad sea, al mismo tiempo, notoria y evidente («manifiesta»), es decir, objetivamente apreciable y no sólo percibida subjetivamente por una de las partes, y también «eficaz», es decir que tenga relevancia suficiente en el caso concreto para coartar o condicionar la libertad de elección de la persona sobre quien se ejerce" (STS núm. 517/2016, de 14 de junio -RJ 2016/2795-). (Las negritas son mías).

Sobre este extremo concurren dos datos probatorios de inequívoco sentido de descargo omitidos en su consideración en la sentencia mayoritaria que sirven para cuestionar más que fundadamente que los acusados hubiesen actuado de forma dolosa.

Así, en primer lugar, el propio testimonio de la denunciante, quien al final de su declaración, tras reafirmar que durante el desarrollo de los hechos no sintió daño, no hubo fuerza física ni amenazas y que estaba en situación de shock, al ser preguntada si " ante esa situación, desde el punto de vista de los acusados, ¿qué manifestación hizo usted, de cara a ellos, para que supiesen que usted estaba en situación de shock y que estaban teniendo esa situación de relaciones sexuales sin consentimiento por su parte? ¿Cómo pudieron ellos; si usted hizo algo, manifestó algo, verbalizó algo? ", antes de terminar la pregunta, contestó " no, o sea, yo cerré los ojos, si... eh... no hablaba, no, no estaba haciendo nada, estaba sometida y con los ojos cerrados, si eso... o sea, estaba con los ojos cerrados y sin hacer nada, ni decir nada, ni nada, entonces sí... "; y a la siguiente pregunta " desde el punto de vista de los cinco procesados si usted en algún momento hizo algún gesto, alguna manifestación, alguna actuación suya dio a enten... ", la testigo, sin dar lugar de nuevo a que se cierre la pregunta, contesto diciendo " no, no hablé, no, no grité, no hice nada, entonces, eh... que yo cerrara los ojos y no hiciera nada lo pueden interpretar como... eh... como que estoy sometida o como que no."

Y, en segundo lugar, conforme a lo razonado en el fundamento de derecho segundo de este voto particular, el informe pericial realizado por el Médico Psiquiatra Sr. Nazario sobre el análisis de los videos que pudo visionar y las explicaciones que al respecto dio en el acto del juicio oral.

Elementos probatorios que, en mi opinión, sustentan una duda más que razonable respecto a que los acusados fueran conscientes, aun cuando se diera por acreditado, que tampoco lo está, que la denunciante se encontraba en la situación de bloqueo o shock que la mayoría

de la Sala ha dado por probado, lo que excluiría en ellos una actuación dolosa.

Aún más; como también he expuesto al valorar la prueba, esa situación, al menos, resultaba dada a equívocos y, por tanto, de forma razonable, al desconocimiento por parte de los acusados de que la conformidad que la denunciante mostró conforme se sucedieron los distintos actos sexuales se encontrase viciada, lo que comportaría la apreciación en su actuación de un error de tipo previsto en el artículo 14.1 CP, conforme al que "El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente", siendo, en ambos supuestos, la consecuencia la misma, la exclusión de responsabilidad penal por cuanto el delito de abusos sexuales no contempla su comisión de forma culposa. (En este sentido, SSTS de 6 de marzo de 2006; 320/2017, de 4 de mayo; 392/2013, de 16 de mayo y 709/1998, de 14 de mayo, entre otras).

QUINTO.- .- COSTAS.

En aplicación de lo previsto en los artículos 123 del Código Penal y 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, procede declarar de oficio las costas procesales causadas en este procedimiento, excepción hecha de las propias de un juicio por delito leve a cuyo pago se condena a Aurelio, excluidas las de la acusación popular.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación, entiendo que debería haberse dictado el siguiente

FALLO

A).-DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a D. Isidro, D. Santiago, D. Aurelio, D. Gabriel Y D. Samuel de los

siguientes delitos:

1º).- Un delito continuado de agresión sexual previsto y penado en los Arts. 178, 179, 180.1. 1 ª, 2 ª y 3ª del Código Penal del que han sido acusados, con toda clase de pronunciamientos favorables.

2º).- Un delito de robo con violencia o intimidación previsto y penado en el Art. 242.1 del Código Penal del que han sido acusados, con toda clase de pronunciamientos favorables.

3º).- Un delito contra la intimidad previsto y penado en el Art. 197 1.y 5 del Código Penal del que han sido acusados, con toda clase de pronunciamientos favorables.

B).-DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a D. Aurelio, como responsable en concepto de autor de un delito leve de hurto, previsto y penado en el artículo 234.2 del Código Penal, a la pena de dos meses de multa con una cuota diaria de quince euros (15 €); quedando sujeto a una responsabilidad personal subsidiaria para el caso de que no la satisficiere, voluntariamente o por vía de apremio, de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas, así como al pago de las costas procesales relacionadas con la condena por este delito leve, excluidas las de las acusaciones populares.

C).-DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS DEOFICIO LAS COSTAS PROCESALES devengadas en este procedimiento, excepción hecha de las impuestas a D. Aurelio por la comisión del delito leve por el que se le condena.

D). - DEBEMOS ACORDAR Y ACORDAMOS el cese inmediato, desde la fecha de esta sentencia, de todas las medidas cautelares adoptadas contra los procesados, quienes deberán ser puestos en libertad por razón de esta causa.

Pamplona, a 20 de abril de 2018.-RICARDO JAVIER GONZÁLEZ GONZÁLEZ.-Firmado y rubricado.