

Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: https://sedejudicial.navarra.es/	Fecha y hora: 26/04/2018 12:38
Código Seguro de Verificación 3120137002-399f8ae64c967fdf78ce6cd6cfe846a9uqwcAA==	Firmado por: Varios

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 Europa 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 escuchan 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

Fecha y hora: 26/04/2018 12:38	Firmado por: Varios
Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: https://sedejudicial.navarra.es/	Código Seguro de Verificación 3120137002-399f8ae64c967fdf78ce6cd6cfe846a9uqcAA==

Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: https://sedejudicial.navarra.es/	Fecha y hora: 26/04/2018 12:38
Código Seguro de Verificación 3120137002-399f8ae64c967fdf78ce6cd6cfe846a9uqwcAA==	Firmado por: Varios

sexualmente a una mujer con conciencia de hacerlo o prevaleciéndose 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 IMG7408 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 IMG7409 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 IMG7410 resulta de igual modo evidente. La imagen, coincidente en ambas, que recogen las fotografías IMG7413 e IMG7414, 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

Fecha y hora: 26/04/2018 12:38	Firmado por: Varios
Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: https://sedejudicial.navarra.es/	Código Seguro de Verificación 3120137002-399f8ae64c967fdf78ce6cd6cfe846a9uqwcAA==

Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: https://sedejudicial.navarra.es/	Fecha y hora: 26/04/2018 12:38
Código Seguro de Verificación 3120137002-399f8ae4c967fdf78ce6cd6cfe846a9uqwAA==	Firmado por: Varios

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 IMG7411 e IMG7412, 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 (José Ángel Prenda) 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

Fecha y hora: 26/04/2018 12:38	Firmado por: Varios
Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación:https://sedejudicial.navarra.es/	Código Seguro de Verificación 3120137002-399f8ae64c967fdf78ce6cd6cfe846a9uqwCAA==

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 Sanz Cid, que a la desconsideración. Del informe elaborado por los Policías Nacionales nº 77255 y 79432 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

Fecha y hora: 26/04/2018 12:38	Firmado por: Varios
Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: https://sedejudicial.navarra.es/	Código Seguro de Verificación 3120137002-399f8ae64c967fdf78ce6cd6cfe846a9uqwcAA==

Fecha y hora: 26/04/2018 12:38	Firmado por: Varios
Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación:https://sedejudicial.navarra.es/	Código Seguro de Verificación 3120137002-399f8ae64c967fdf78ce6cd6cfe846a9uqwcAA==

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 prevaleciéndose (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 (José Ángel Prenda Martínez) 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 concurren 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

Fecha y hora: 26/04/2018 12:38	Firmado por: Varios
Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: https://sedejudicial.navarra.es/	Código Seguro de Verificación 3120137002-399f8ae64c967fdf78ce6cd6cfe846a9uqwcAA==

Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: https://sedejudicial.navarra.es/	Fecha y hora: 26/04/2018 12:38
Código Seguro de Verificación 3120137002-399f8ae64c967fdf78ce6cd6cfe846a9uqwcAA==	Firmado por: Varios

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. Sanz Cid 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

Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: https://sedejudicial.navarra.es/	Fecha y hora: 26/04/2018 12:38
Código Seguro de Verificación 3120137002-399f8ae64c967fdf78ce6cd6cfe846a9uqwcAA==	Firmado por: Varios

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. Rafael Teijeira Álvarez y Dña. Nahia Mendoza Ucar. (sesión del día 20 de noviembre)