

## SENTENCIA Nº 167/22.

---

**ILMOS. SRES.**

**PRESIDENTE**

DÑA. TÁRSILA MARTÍNEZ RUIZ

**MAGISTRADOS**

D. IGNACIO F. ANGULO GONZÁLEZ DE LARA

DÑA. MARÍA SOLEDAD BALAGUER GUTIÉRREZ

---

**JUZGADO:** PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCIÓN Nº 1 DE VERA

**SUMARIO:** 6/2019

**ROLLO DE SALA:** 29/2019

En la Ciudad de Almería, a 26 de Abril de 2022.

Vista en Juicio Oral y Público por la Sección Tercera de esta Audiencia Provincial la causa procedente del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Vera, seguida por delito de agresión sexual contra los acusados **D. SANTIAGO M. L.**, con DNI Nº xxxxxxxx nacido en Vigo (Pontevedra) el 07/12/1996, hijo de xxxxxxxx y xxxxxxxxxxxx, sin antecedentes penales, en libertad provisional por esta causa, cuya solvencia consta en auto de 22/12/2020, representado por la Procuradora DÑA. M<sup>a</sup> NIEVES PEREZ TEMPLADO y defendido por la Letrada DÑA. FÁTIMA RODRIGUEZ GONZALEZ y **D. DAVID G. G.**, con DNI Nº xxxxxxxx, nacido en Romai Portas (Pontevedra) el 15/09/1994, hijo de xxxxxxxx y xxxxxxxxxxxx, sin antecedentes penales, en libertad provisional por esta causa, cuya solvencia consta en en auto de 22/12/2020, representado por la Procuradora DÑA. M<sup>a</sup> NIEVES PEREZ TEMPLADO y defendido por el Letrado D. MANUEL OLLÉ SESÉ.

Interviene como Acusación Particular **DÑA. N.** representada por la Procuradora DÑA. FRANCISCA CERVANTES ALARCÓN y asistida por el letrado D. IVÁN BOLAÑO PIÑA, y el **Ministerio Fiscal** en el ejercicio de la acción pública.

Es Ponente la Ilma. Sra. Magistrada Dña. María Soledad Balaguer Gutiérrez.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** La presente causa tiene su origen en el Sumario tramitado en el

Juzgado con el número del margen, en virtud de atestado N° 227/2017, en el que con fecha 11/04/2020, fue dictado por el Instructor auto de procesamiento frente a D. SANTIAGO M. L. y D. DAVID G. G., como presuntos autores de un delito de AGRESIÓN SEXUAL; seguido por todos sus trámites fue dictado auto de conclusión en fecha 14/07/2020, siendo emplazados los referidos procesados por término legal para su comparecencia ante esta Sala por medio de Procurador.

**SEGUNDO.-** Formado el correspondiente Rollo y recibidas las actuaciones en esta Sala, cumplidos los trámites de instrucción y de calificación provisional por las partes, se señaló para juicio, acto que tuvo lugar los días 28, 30 y 31 de Marzo de 2.022 y 1 de Abril de 2.022, en forma oral y pública con la asistencia del Ministerio Fiscal, la acusación particular, de los procesados, y de sus defensores, practicándose las pruebas propuestas, con excepción de las que fueron renunciadas, y dándose cumplimiento a todas las formalidades legales.

**TERCERO.-** El Ministerio Fiscal en sus conclusiones definitivas calificó los hechos como constitutivos de un delito de AGRESIÓN SEXUAL de los artículos 178 y 179 del Código Penal, siendo responsable en concepto de autor el procesado D. SANTIAGO M. L., sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad Criminal y solicitó se impusiera al mismo las siguientes penas; 8 años de prisión con accesorias de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena. De conformidad con los artículos 48 y 57 del Código Penal, la prohibición de aproximación a una distancia inferior a 500 metros de la persona de DÑA. N., domicilio , residencia y lugar de trabajo y prohibición de comunicación por cualquier medio o procedimiento con ella durante el período de 10 años. De conformidad con el artículo 192 del código Penal la mediada de libertad vigilada durante la medida que se concrete en el momento procesal oportuno.

De conformidad con el artículo 36.2 del Código Penal no procederá la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta. Y costas.

En concepto de responsabilidad civil solicitó que se condenara al acusado a indemnizar a DÑA. N. en la cantidad de 50.000 euros por el daño moral ocasionado.

La Acusación Particular en sus conclusiones definitivas calificó los hechos procesales como constitutivos de un delito de AGRESIÓN SEXUAL del art. 179 del Código Penal, siendo responsables en concepto de autor el D. SANTIAGO M. L. y cooperador necesario, o subsidiariamente cómplice, D. DAVID G. G., con la concurrencia de la circunstancia agravante de abuso de superioridad del art. 22.2º del Código Penal, y solicitó se impusiera a los mismos las siguientes penas; a D. SANTIAGO M. L. la pena de 9 años y 6 meses de prisión con la pena accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, prohibición de residir en el mismo municipio que la víctima durante en periodo de 10 años tras el cumplimiento de la pena de prisión (art. 57 y 48 CP), prohibición de aproximarse a la víctima a una

distancia inferior a 500 metros de la víctima, su domicilio, residencia y lugar de trabajo durante 10 años a iniciar tras la pena privativa de libertad (art. 57 y 48 CP), prohibición de comunicarse con la víctima o sus familiares de hasta segundo grado de consanguinidad por cualquier medio por un periodo de 10 años tras el cumplimiento de la pena de prisión (art. 57 y 48CP), la imposición de la medida de libertad vigilada por un periodo de 10 años que se iniciará tras el cumplimiento de la pena de prisión de conformidad con lo dispuesto en el art. 192 CP, en las formas dispuestas por el art. 106 CP, la imposibilidad de acceder al tercer grado penitenciario hasta completar la mitad de la pena impuesta (art. 36,2 CP) y la imposición de las costas procesales causadas; a D. DAVID G. G. la pena de 4 años, 6 meses y 1 día de prisión con la pena accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, prohibición de residir en el mismo municipio que la víctima durante en periodo de 5 años tras el cumplimiento de la pena de prisión (art. 57 y 48 CP), prohibición de aproximarse a la víctima a una distancia inferior a 500 metros de la víctima, su domicilio, residencia y lugar de trabajo durante 5 años a iniciar tras la pena privativa de libertad (art. 57 y 48 CP), prohibición de comunicarse con la víctima o sus familiares de hasta segundo grado de consanguinidad por cualquier medio por un periodo de 5 años tras el cumplimiento de la pena de prisión (art. 57 y 48CP), la imposición de la medida de libertad vigilada por un periodo de 5 años que se iniciará tras el cumplimiento de la pena de prisión de conformidad con lo dispuesto en el art. 192 CP, en las formas dispuestas por el art. 106 CP, y la imposición de las costas procesales causadas.

En concepto de responsabilidad civil solicitó que se condenara a los acusados de forma solidaria a indemnizar a DÑA. N. en la cantidad de 172.632,64 euros por el daño ocasionado.

**CUARTO.-** Las defensas de los procesados en sus conclusiones, también definitivas, solicitaron la libre absolución de sus patrocinados.

**QUINTO.-** Oídos los informes de las partes y concedida la última palabra al acusado, quedó el juicio visto para sentencia.

## **HECHOS PROBADOS**

**ÚNICO.-** Probado y así se declara que: D. SANTIAGO M. L., sobre las 4:30 horas del día 16/06/2017, entró en la furgoneta que estaba estacionada en las proximidades de la discoteca Mandala de la localidad de Mojácar, donde pernoctaban y viajaban los dos acusados con otros dos amigos, vistiendo únicamente calzoncillos, sorprendiendo a su amigo D. DAVID G. G., que se había ido previamente a la furgoneta en compañía de D<sup>a</sup>. N., mientras ambos estaban manteniendo relaciones sexuales. Momento en que D<sup>a</sup> N., al verse sorprendida en tal situación, se sentó en la cama llevando puesto únicamente el sujetador,

tapándose los senos, esperando que éste se fuera. El procesado, D. SANTIAGO M. L., con ánimo libidinoso y para satisfacer su apetito sexual, se dirigió a D<sup>a</sup>. N. diciéndole “mira chica tú me gustas mucho y creo que deberíamos hacer algo”, a lo que ella contestó que había ido con David, girándose para preguntarle a D. David si lo habían planeado, y al volverse D. SANTIAGO M. L., de forma sorpresiva, aprovechando la superioridad que le proporcionaba el espacio angosto y extraño para D<sup>a</sup> N., que él tapaba la única salida y ella se encontraba en estado de shock, directamente introdujo su pene desnudo y erecto en su boca sin preguntar. D<sup>a</sup> N. le empujó, consiguiendo sacar su pene de la boca. A continuación, el procesado D. SANTIAGO M. L., a pesar de la ausencia de consentimiento de la víctima, la echó hacia atrás en la cama, introduciéndole los dedos de la mano derecha en la vagina. Tras ello, al observar el acusado, D. SANTIAGO M. L., que debía acudir a la fuerza para continuar con la relación sexual, pese a ser claramente éste su objetivo, cesó en su actuación, se disculpó y D<sup>a</sup>. N. se marchó del lugar en gran estado de ansiedad.

D<sup>a</sup> N. presentó lesiones extragenitales consistentes en equimosis de 2 cm x 2,5 cm, localizada en la cara interna del tercio inferior del antebrazo derecho y equimosis en número de 3 de 0,5 x 0,5 y 1 x 1,5 y 2,5 x 2,5 cm a nivel de la cara lateral de la unión del tercio medio distal de la pierna izquierda, a nivel de la membrana himeneal, a las 11:55 horas de la esfera horaria, se aprecia lesión puntiforme (no desgarró) consistente en ligera erosión, con leve tumefacción e infiltración hemática, sin sangrado activo y sin fenómenos de reparación, por lo que reclama la perjudicada, sin que se haya podido determinar el momento exacto durante la relación sexual en el que se produjeron.

Como consecuencia de estos hechos, D<sup>a</sup>. N. presenta sintomatología ansiosa y depresiva grave relacionada con los hechos, habiendo resultado muy afectada su vida cotidiana, sufriendo trastorno de estrés postraumático crónico directamente relacionado con los hechos, por lo que reclama la perjudicada.

No ha quedado acreditado que existiera concierto o acuerdo alguno entre los acusados ni que D. DAVID G. G. participara en modo alguno en la conducta de D. SANTIAGO M. L..

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Con carácter previo al acto de la vista la Acusación particular planteó la nulidad de la prueba consistente en el informe de detectives privados, sobre la base de que dicha prueba intenta dar respuesta a si la víctima tenía secuelas físicas o psíquicas para lo que se carecía de facultades. Alega que se vulnera con dicha prueba el art. 18 de la CE, concretamente el derecho a la intimidad de la víctima captando y reproduciendo momentos de la vida de la ésta a los que tenía derecho, acudiendo al cine, en el portal de su propio domicilio, no solo identificando

cual era su domicilio si no comunicándolo a los propios agresores, no resultando una prueba ni proporcionada ni idónea que incide en el derecho fundamental y debe declararse su nulidad.

Conferido el oportuno traslado tanto el Ministerio Fiscal como las defensas de los acusados se opusieron a la solicitud de nulidad por los motivos que obran en la grabación del acto de la vista.

El art.11.1 de la LOPJ dispone que no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales. Antes incluso de la entrada en vigor de la LOPJ, la STC 114/1984, de 29 de noviembre se pronunció por primera vez sobre las pruebas ilícitamente obtenidas y explicaba que, aunque la prohibición de valorar en juicio pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales sustantivos no se halla proclamada en un precepto constitucional, tal valoración implica una ignorancia de las garantías propias del proceso (art. 24.2 CE) y una inaceptable confirmación institucional de la desigualdad entre las partes en el juicio, y en virtud de su contradicción con ese derecho fundamental y, en definitiva, con la idea de "proceso justo", debe considerarse prohibida por la Constitución.

Tratándose de la captación de las imágenes de unas personas, los derechos fundamentales que podrían verse afectados serían el derecho a la intimidad personal y familiar, a la propia imagen, al honor o al secreto de las comunicaciones, reconocidos todos ellos en el art. 18.1 y 3 CE. La Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada en su art. 48.3 dispone que en ningún caso se podrá investigar la vida íntima de las personas que transcurra en sus domicilios u otros lugares reservados, ni podrán utilizarse en este tipo de servicios medios personales, materiales o técnicos de tal forma que atenten contra el derecho al honor, a la intimidad personal o familiar o a la propia imagen o al secreto de las comunicaciones o a la protección de datos, disponiendo el citado artículo en su punto 6 que los servicios de investigación privada se ejecutarán con respeto a los principios de razonabilidad, necesidad, idoneidad y proporcionalidad.

En este sentido cabe referir por ejemplo lo mencionado en la STS de 239/2014 de 1 de Abril que señala que el derecho a la intimidad, derivado de la dignidad de la persona, implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana (STC nº 173/2011; STC nº 170/2013, entre otras muchas). También ha señalado el Tribunal Constitucional que *"el derecho a la intimidad no es absoluto, como no lo es ninguno de los derechos fundamentales, pudiendo ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que aquél haya de experimentar se revele como necesario para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho"*. (STC 143/1994, entre otras). Y ha precisado que *"... el ámbito de cobertura de este derecho fundamental viene determinado por la existencia en el caso de una*

*expectativa razonable de privacidad o confidencialidad” (STC nº 170/2013).*

En cuanto a la proporcionalidad, la STC nº 170/2013, recordaba que *“para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres siguientes requisitos o condiciones: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)”*.

Teniendo en cuenta los citados criterios y analizando el presente supuesto concreto no se observa que se haya vulnerado ningún derecho fundamental de Dña. N. en el informe de investigación privada realizado y que obra a los folios 316 a 417 de la causa. En el citado informe se captan una serie de imágenes de la víctima en determinadas situaciones, pero todas ellas en espacios públicos, en la calle, la playa o su centro de trabajo pero sin que esta captación pueda considerarse invasiva en ningún caso, tratándose de un medio de prueba con el que la defensa trata de combatir el informe psicológico forense realizado por el Instituto de Medicina Legal de Almería (IMLA) en cuya elaboración no ha tenido participación. Recurre por ello a la investigación de los hábitos de vida de la víctima a fin de contrastar la veracidad de las afirmaciones realizadas por ella para la confección del citado informe por lo que se considera un medio proporcionado al fin pretendido, sin que las imágenes aportadas junto con el informe de los detectives privados fueran obtenidas con vulneración de los derechos reconocidos en los arts.18.1 y 3 CE, por lo que no procede declarar su nulidad.

## **SEGUNDO.- Respecto del acusado D. SANTIAGO M. L.. Calificación jurídica de los hechos.**

Los hechos declarados probados respecto del acusado D. SANTIAGO M. L. son constitutivos de un delito de abuso sexual del artículo 181.1, 3 y 4 del Código Penal, que castigan como reo de abuso sexual al que *“sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona, (...) cuando el consentimiento se obtenga prevaliéndose el responsable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima.”* Dispone el apartado cuarto del citado artículo que *“cuando el abuso sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado con la pena de prisión de cuatro a diez años.”*

Respecto de la distinción entre el delito de abuso sexual y el de agresión sexual señala la STS núm. 344/2019 de 4 julio que: *“La evolución de las reformas en los*

*delitos contra la libertad sexual que desde la instauración del régimen democrático constitucional, hasta la actualidad, han tenido lugar, se ha venido ejecutando paulatinamente la idea de la tutela de la libertad sexual como parcela básica de la libertad del individuo a la luz de los valores de la Constitución, y ello con el consiguiente abandono del concepto de moral sexual dominante y de la protección de intereses familiares o matrimoniales, ya que se trata de delitos susceptibles de verse afectados por la evolución del pensamiento social como ocurre con los delitos sexuales.*

*Tal y como ha afirmado la doctrina más destacada los llamados delitos sexuales han sido un exponente claro de la función de las normas jurídicas en la recreación de los estereotipos y roles sociales que han definido durante siglos la distribución desigual de derechos y obligaciones, discriminando las posibilidades de las mujeres.*

*La nueva catalogación jurídico-penal de los delitos contra la libertad sexual que se diseña en el Código Penal de 1995, ha producido cierta confusión que ha sido recogida en varias sentencias de esta Sala, y en palabras de la STS 355/2015, de 28 mayo, debe ponerse de manifiesto en que "el error procede de la confusión de identificar la agresión sexual con el antiguo delito de violación, es decir con la concurrencia de penetración, y no como sucede en el modelo de tipificación actual, con la concurrencia de violencia o intimidación. Por ello es procedente recalcar, para evitar la reiteración de estos errores, que en el modelo actual de tipificación penal de los delitos contra la libertad sexual, la diferencia entre los tipos de abuso sexual y los más graves de agresión sexual, no consiste en la concurrencia de acceso carnal, sino en la utilización de violencia o intimidación".*

*Conforme a la citada Sentencia el delito de abuso sexual "es aquel en el que el sujeto pasivo atenta igualmente contra la libertad sexual de la víctima, pero sin violencia e intimidación y sin que medie consentimiento ( art. 181). Pero esa falta de consentimiento, a salvo de tocamientos episódicos o fugaces, lo deduce la ley penal cuando el consentimiento esté viciado, y en consecuencia, sea éste bien inválido, bien inexistente. Por eso el Código Penal señala que, a los efectos de tipificar este delito, "se consideran abusos sexuales no consentidos" aquellos a los que se refiere el precepto, porque en tales casos el consentimiento se ha obtenido inválida o viciadamente; y así: a) los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido; b) sobre personas de cuyo trastorno mental se abusare; c) los que se cometan anulando la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto; d) cuando se obtenga un consentimiento viciado por prevalerse el responsable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima."*

*Como recuerda la STS núm. 216/2019 de 24 abril, citando la STS 749/2010, de 23 de junio, que "la violencia a que se refiere el artículo 178CP , ha de estar orientada a conseguir la ejecución de actos de contenido sexual y equivale a acometimiento, coacción o imposición material, al empleo de cualquier medio físico para doblegar la voluntad de la víctima y debe ser apreciada cuando sea idónea y adecuada para impedir a la víctima desenvolverse en su libre determinación, atendiendo a las circunstancias personales y fácticas concurrentes en el caso concreto."*

Continúa la resolución citada analizando las características que ha de tener la violencia o intimidación ejercidas razonando que *“esa fuerza adquiere múltiples formas y aparece con variados matices, una veces a causa del espacio físico en donde se desenvuelven los acontecimientos, en otras ocasiones por la soledad del paraje en el que se desarrolla el ataque, y en otras, por la concurrencia de varios autores. Cada caso debe ser analizado conforme a sus parámetros individuales, en conjunción con todos los datos objetivos que resulten acreditados y en combinación con la declaración de la víctima. Con todos esos datos se podrán llegar a la conclusión de que ha sido atacada la libertad sexual de la persona ofendida por el delito mediante el uso de la violencia o el empleo de la intimidación.”*

En cambio en el delito de abuso sexual el consentimiento se encuentra viciado como consecuencia de las causas legales diseñadas por el legislador, supone un consentimiento viciado por las causas tasadas en la ley, y por eso el Código Penal se expresa disponiendo que "se consideran abusos sexuales no consentidos" los que hemos reseñado con anterioridad. En todos ellos, la víctima o era incapaz de negarse a mantener cualquier tipo de relación sexual o se encontraba en una posición que le coartaba su libertad.

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

Recuerda la STS núm. 344/2019 de 4 julio, tras realizar un resumen de su doctrina en torno al concepto de intimidación del art. 178 CP., y particularmente al concepto de intimidación ambiental que configura el delito de agresión sexual, y la diferencia con el consentimiento viciado que caracteriza el delito de abuso sexual, su Sentencia 1169/2004, de 18 de octubre, que señalaba que: *“El elemento diferenciador entre la intimidación y el consentimiento meramente viciado correspondiente a una situación de abuso sexual, es el siguiente: el tipo más leve del abuso sexual del artículo 181 del Código Penal , exige la ausencia de violencia o intimidación y fija su atención en los supuestos de falta de consentimiento de la víctima, lo que generalmente nos lleva a incluir en esta modalidad delictiva, aquellas situaciones en que de manera súbita se aprovecha el autor para realizar unos abusos sexuales en los que no se produce la aceptación por la otra parte o ésta no se encuentra en situación de prestar el consentimiento. En cambio, los supuestos del artículo 178 del Código Penal , se refieren a aquellos comportamientos de agresión sexual, que tienen un componente agresivo a través de la utilización de violencia o intimidación. Ambos conceptos son, en algunos casos, compatibles en cuanto que la violencia produce un efecto intimidativo o paralizante, que hace innecesaria la reiteración de la fuerza física para conseguir los propósitos pretendidos.*

*Es conveniente, para sentar mejor las bases de la concurrencia de violencia o intimidación, que la sentencia contenga una descripción suficiente de los factores concurrentes en el momento de consumarse el hecho delictivo. Es importante hacer una*

*referencia a la edad y constitución física del agresor y la víctima, las circunstancias del lugar y tiempo y los demás elementos que deban ser valorados por el órgano juzgador. También tiene relevancia la descripción del contexto o ambiente en que se produce la agresión (véase, en este sentido, la STS 226/2003, de 19 de febrero ).”*

*Como señala la sentencia 305/2013, de 12 Abril en el prealimientio, “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. 181.3 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.”*

*Más recientemente la STS 188/2019, de 9 de abril ha afirmando que el actual Código Penal “define el prealimientio en el art. 181.3 con una nota positiva como aquella situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima, con lo que se está expresando la doble exigencia de que prácticamente exista una situación de superioridad y que esta sea evidente y por tanto eficaz porque debe coartar efectivamente la libertad de la víctima, y como nota negativa, que lo separa de la intimidación no tiene que haber un comportamiento coactivo que anule el consentimiento (ni mucho menos violento).”*

*Recuerda también la STS 166/2019, de 18 de marzo que “el prealimientio no 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 las que una de ellas se encuentra en una manifiesta situación de inferioridad que restringe de modo relevante su capacidad de decidir libremente (consentimiento viciado), y la otra se aprovecha deliberadamente de su posición de superioridad, bien sea laboral, docente, familiar, económica, de edad o de otra índole, consciente de que la víctima no cuenta con libertad para decidir sobre una actividad sexual súbitamente impuesta.”*

*Por otra parte, en un supuesto que guarda algunas similitudes con el presente, la STS núm. 935/2006 de 2 octubre argumenta que “en principio, es concebible que una persona mayor de edad, válida física y psíquicamente se encuentre en una situación que le obligue a mantener una relación que no desea, aún sin la concurrencia de fuerza física o amenaza alguna”*

*(...)*

*Sin embargo es criterio dominante que cuando falta la violencia y la intimidación, el supuesto del art. 181.1 CP –ausencia de consentimiento– queda reducido a los supuestos previstos en el apartado 2º –víctima menor de 13 años, privada de sentido de cuyo trastorno mental se abusa– y a otros residuales perpetrados furtivamente aprovechando el descuido o la confianza del sujeto pasivo –sueño profundo, suplantación de la pareja, reconocimiento ginecológico abusivo–.*

*Por ello, parece más adecuado incardinar la conducta descrita en la narración fáctica de la sentencia en el apartado 3º del citado art. 181 –cuando el consentimiento se obtiene prevaleciéndose de una situación de superioridad manifiesta que coarta la libertad de la víctima–, que en este caso deriva de las concretas circunstancias físicas y ambientales de las que valieron Fernando y Jesús para conseguir su propósito.*

(...)

*El abuso sexual con prevalimiento, dice la STS 937/2000 de 26.5, supone un consentimiento de la víctima, al acto de contenido sexual, viciado por unas especiales circunstancias que reducen su libertad de decisión, lo que es aprovechado por el autor. En el caso presente la presencia de un consentimiento viciado se reduce de las circunstancias que concurrieron en el suceso –el espacio físico y geográfico en el que se desarrolló el evento, el número de los sujetos activos y la dificultad de comunicación de la víctima por no hablar el castellano, lo que dificultó la comprensión de su oposición al acto sexual–.*

*Todo ello permite alcanzar que el consentimiento se obtuvo prevaleciéndose los agresores de su situación de superioridad manifiesta y, en consecuencia, los arts. 181.3 y 182 han sido correctamente aplicados.”*

Por ello, recuerda la última sentencia citada, lo esencial será constatar la ausencia de consentimiento validamente prestado por el sujeto pasivo de elegir y practicar la opción sexual que prefiera en cada momento, sin más limitación que el obligado respeto a la libertad ajena, así como la de escoger con quien ha de realizar los actos relativos a su opción sexual y de rechazar las proposiciones no deseadas y repeler los eventuales ataques.

Por último, entre los delitos de agresión sexual y de abuso sexual, se da una clara y patente "homogeneidad descendente" (SSTS 1484/2005, de 1 diciembre y 578/2014, de 10 julio) en cuanto tutelan un mismo bien jurídico, se hallan comprendidos en el mismo título del Código Penal y la calificación del segundo comprende las mismas premisas fácticas del primero, salvo el empleo de la violencia o intimidación, propias del más grave delito imputado (STS 573/2008, de 3 octubre). No obstante, en lo que se refiere a este caso se solicita (en su informe) por la Acusación Particular la condena por este delito de forma subsidiaria.

Tales elementos, los que definen el delito de abuso sexual con prevalimiento, como a continuación se analizará, concurren el caso enjuiciado puesto que, como consta en el relato fáctico, el acusado D. SANTIAGO M. L. guiado por un ánimo lascivo, actuando por la vía de hecho, aprovechó las circunstancias en las que se encontraba Dña. N., e introdujo su pene en la boca de la misma, que se hallaba en el interior de una furgoneta de escasas dimensiones junto con el también acusado D. DAVID G. G. con el que había tenido voluntariamente relaciones sexuales. El hecho de que estuviera con ambos, a los que acababa de conocer, en un espacio pequeño

de reducidas dimensiones, desnuda, y con D. SANTIAGO M. L. bloqueando la puerta, hizo que la misma se bloqueara y no reaccionara cuando éste le introdujo el pene en la boca, si bien en escasos segundos reaccionó y le empujó sacando el pene de su boca, dejando con ello clara su falta de consentimiento. Pese a ello, el acusado D. SANTIAGO M. L. aprovechando idéntica situación de estupor la echó hacia atrás en la cama y le introdujo los dedos en la vagina. Tras decirle la víctima que la dejaran marchar y observar su cara de miedo, el citado acusado se disculpó, rechazando el uso de la violencia o la intimidación para continuar con la relación sexual, como claramente era su objetivo, al ver que era ya ésta la única alternativa posible, marchándose de la furgoneta Dña. N. a buscar a sus amigas en gran estado de ansiedad.

### **TERCERO.- Valoración de la prueba.**

El Tribunal considera acreditados los hechos tras la conjunta valoración de la prueba practicada, conforme a lo previsto en el art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la cual permite tener por desvirtuada la presunción de inocencia del acusado D. SANTIAGO M. L..

La declaración de la víctima, según tiene pacíficamente reconocido la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, puede ser considerada prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia, incluso aunque fuese la única prueba disponible, lo que es frecuente que suceda en casos de delitos contra la libertad sexual, porque al producirse generalmente los hechos delictivos en un lugar oculto, se dificulta la concurrencia de otra prueba diferenciada (por todas, SSTC. 229/1.991, de 28 de noviembre, 64/1.994, de 28 de febrero y 195/2.002, de 28 de octubre y SSTS núm. 339/2007, de 30 de abril, núm. 187/2012, de 20 de marzo, núm. 688/2012, de 27 de septiembre, núm. 788/2012, de 24 de octubre, núm. 469/2013, de 5 de junio, núm. 553/2014, de 30 de junio).

Para verificar la estructura racional del proceso valorativo de la declaración testifical de la víctima, el Tribunal Supremo viene estableciendo ciertas notas o parámetros que, sin constituir cada una de ellas un requisito o exigencia necesaria para la validez del testimonio, coadyuvan a su valoración, pues la lógica, la ciencia y la experiencia nos indican que la ausencia de estos requisitos determina la insuficiencia probatoria del testimonio, privándole de la aptitud necesaria para generar certidumbre. Estos parámetros consisten en el análisis del testimonio desde la perspectiva de su credibilidad subjetiva, de su credibilidad objetiva y de la persistencia en la incriminación.

Es claro que estos parámetros de valoración constituyen una garantía del derecho constitucional a la presunción de inocencia, en el sentido de que frente a una prueba única, que procede además de la parte denunciante, dicha presunción esencial solo puede quedar desvirtuada cuando la referida declaración supera los

criterios racionales de valoración que le otorguen la consistencia necesaria para proporcionar, desde el punto de vista objetivo, una convicción ausente de toda duda racional sobre la responsabilidad del acusado.

Así, la STS núm. 886/2021 de 17 noviembre, recuerda la STS 467/2020, de 21 de septiembre, con cita de otros precedentes, afirmando que “la idoneidad probatoria de la declaración de la víctima ha de pasar el filtro, en cada caso concreto, de la valoración del Tribunal sentenciador. Y concretábamos *“su alto valor incriminatorio”*... no significa, desde luego, que con dicha declaración quede automáticamente desvirtuada la presunción de inocencia, en el sentido de que se invierta la carga de la prueba, dándose ya por probada la acusación e incumbiendo al acusado desvirtuar su presunta presunción de certeza de la acusación formulada, sino únicamente que dicha prueba no es inhábil a los efectos de su valoración como una prueba más, por el tribunal sentenciador, el cual debe aplicar obviamente, en esta valoración, criterios de razonabilidad que tengan en cuenta la especial naturaleza de la referida prueba” (cfr. SSTS 648/2020, 20 de diciembre; 589/2019, 28 de noviembre; 305/2017, 27 de abril; 789/2016, 20 de octubre y 636/2015, 27 de octubre, por citar algunos de los numerosos precedentes en este sentido).

La deficiencia en uno de los parámetros no invalida la declaración, y puede compensarse con un reforzamiento en otro, pero cuando la declaración constituye la única prueba de cargo, una deficiente superación de los tres parámetros de contraste impide que la declaración inculpatória pueda ser apta por sí misma para desvirtuar la presunción de inocencia, como sucede con la declaración de un coimputado sin elementos de corroboración, pues carece de la aptitud necesaria para generar certidumbre (STS 480/2016 de 02/06/2016).

En el mismo sentido se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 119/2019 de 6 Mar. 2019, Rec. 779/2018 sobre los criterios o parámetros a apreciar por el Tribunal de enjuiciamiento a la hora de tener en cuenta la percepción de cómo declara la víctima para llevar a cabo la valoración sobre su credibilidad.

En lo que se refiere al presente asunto, la perjudicada Dña. N., facilitó un testimonio rotundo, abundante en detalles y coincidente en lo sustancial y esencial con lo que previamente había manifestado en sede policial (folios 10 y 11) y en sede de instrucción, (folios 58 a 61). Además, el testimonio de cargo vino a quedar corroborado por distintos y definitivos elementos probatorios a los que seguidamente nos referiremos, circunstancia ésta que refuerza su credibilidad. Es decir, supera sobradamente el filtro que representan los parámetros jurisprudenciales reseñados y llevan a este Tribunal a la convicción de que el acusado D. SANTIAGO M. L. desplegó los hechos descritos en el factum, erigiéndose como prueba de cargo suficiente para enervar la presunción constitucional de inocencia.

I. El primer parámetro de valoración es la credibilidad subjetiva del testimonio (o ausencia de incredibilidad subjetiva, en la terminología tradicional del Tribunal Supremo). La falta de credibilidad subjetiva de la víctima puede derivar de las características físicas o psíquicas del testigo (minusvalías sensoriales o psíquicas, ceguera, sordera, trastorno o debilidad mental, edad infantil) que, sin anular el testimonio, lo debilitan. O de la concurrencia de móviles espurios, en función de las relaciones anteriores con el sujeto activo (odio, resentimiento, venganza o enemistad), o de otras razones (ánimo de proteger a un tercero o interés de cualquier índole que limite la aptitud de la declaración para generar certidumbre).

La perjudicada no presenta ninguna anomalía psíquica que pueda afectar a su declaración, no se aprecia déficit cognitivo y tiene buena comunicación verbal, tal y como se aprecia también en el informe psicológico forense del Instituto de Medicina Legal de Almería (IMLA) al folio 281 de la causa.

Tampoco se observan en este caso móviles o motivaciones espurias en su declaración. En primer lugar, ninguna relación previa le unía a los acusados. No se conocían hasta la noche de los hechos con lo que queda descartado cualquier móvil de resentimiento, venganza o enemistad previas. Además, como puede verse en su primera declaración en sede de instrucción (folio 59 de la causa) en un primer momento, cuando suceden los hechos y ofrece su relato ante el Juez instructor, sin asistencia jurídica alguna, de forma espontánea manifiesta que quiere que ejercite las acciones el Ministerio Fiscal si lo estima oportuno, que ratifica la denuncia pero que no reclama ningún tipo de indemnización y quiere que se acabe todo. Y es que, pese a que posteriormente ha ejercido la Acusación particular y reclama una indemnización, lo cierto es que en un primer momento ni siquiera quería denunciar. Así lo ponen de manifiesto también la testigo, Dña. María de las Nieves G. V., amiga de la perjudicada, que afirmó en el acto del juicio que Dña. N. tras contarle brevemente lo que le había pasado se quería ir muy nerviosa y que fue Dña. María de las Nieves la que le dijo que *“si le había pasado eso no podía quedar así, que iba a llamar a la policía”*, siendo las amigas de la presunta víctima las que llaman a la policía finalmente, marchándose Dña. N. del lugar. En el mismo sentido, parece percibirlo el acusado D. Santiago M. L., pues en su primera declaración en sede de instrucción, ya que en sede policial se acogió a su derecho a no declarar, manifestó creer *“que N. ha denunciado porque las amigas han metido cizaña.”* Cabe concluir de todo ello que, al margen de que pueda pedir una indemnización económica como cualquier presunta víctima de un ilícito penal, consta acreditado que la perjudicada en un primer momento no quería denunciar, relatando lo sucedido en sede de instrucción cuando mantenía que ninguna indemnización quería pedir, pese a conocer, en ese momento ya sí, pues reconoció que tras la denuncia policial pudo leer en la prensa lo sucedido, la actividad laboral de los acusados y su presunta solvencia económica.

II. El segundo parámetro de valoración de la declaración de la víctima consiste en el análisis de su credibilidad objetiva, o verosimilitud del testimonio, que

según las pautas jurisprudenciales 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).

La Sala percibió el relato en el plenario de Dña. N. , como rico en detalles, completo, coherente y consistente. Es importante destacar que, lejos de dar meras respuestas afirmativas o negativas a posibles preguntas dirigidas, narró los hechos de forma abierta y espontánea.

Así, Dña. N. relató en el acto del juicio que el citado día 16 de junio de 2017, *“estaba de vacaciones en Mojácar con unas amigas, fueron a cenar al pueblo de Mojácar y luego a la discoteca Magui, se sentaron en una mesa y conocieron a los chicos que estaban en la mesa de al lado, no sabe si eran 5 ó 6, empezaron a charlar con ellos y llegó un momento que se sentaron con ellos en la mesa sus tres amigas y todos ellos, cerraron la discoteca y se dirigieron a la otra discoteca, se quedaron un poco mas hacia atrás ellas, se quedaron fumando un cigarro y ellos entraron, después entraron ellas y ya no los volvieron a ver salvo a David que vieron tres veces, le dijo de irse con él, y la ultima vez le dijo que sí, se dirigieron en dirección a la playa y cree que luego a una caravana, no sabe si furgoneta, que estaba allí”*. Aclaró que *“no vuelve a ver a Santiago en el Mandala, que ellos en el Magui les dijeron que eran fisioterapeutas no les dijeron la verdad absoluta de nada, ella no le preguntada nada y no vio que sus amigas preguntaran nada, había mucha gente alrededor y desconoce si le preguntaron, ella no era conocedora de que era famoso, ella se enteró cuando Nieves y sus amigas le dijeron porque había aparecido todo en el periódico, después de ir a la policía, ella no tenía ni idea”*. Siguió relatando que *“fueron a dar un paseo por la playa, su intención era dar un paseo por la playa y a unos 500 metros de andar por la playa estaba la caravana, ellos le explicaron antes que estaban viajando en caravana por toda la península”*. Afirmó que ella consiente en entrar a la caravana para mantener relaciones sexuales con el acusado D. David G., describió que la puerta de la caravana se abría hacia fuera, y que *“al abrir la puerta hay un colchón a la izquierda y empezaron a mantener la relación sexual, ella le quita la ropa y él a ella, se abre la puerta de pronto y aparece Santi, el espacio es muy reducido, ella estaba de frente hacia la puerta porque ella está a cuatro patas mirando de frente hacia la puerta cuando abre la puerta paran y ella se queda en posición con los brazos cruzados, la distancia es muy corta, se pegaron un sobresalto, paran de tener relaciones y se queda en esa posición, de rodillas con los brazos cruzados para cubrirse y Santi entra desnudo”*, en este punto aclara que en realidad entra *“en calzoncillos empalmado, la puerta se abre y se ve con la luz de la farola, entra empalmado, ella se quedó en shock del miedo, del susto, esperaba que David le dijera que se fuera.”*

Continúa su relato afirmando que D. Santiago entró diciendo *“David tío he perdido el reloj”* y que ella se dirigió a David y le dijo *“por favor ayúdame a buscarlo”* (pensando que le iba a decir que se fuera tras esto). Afirmó que ella en absoluto estaba cómoda, que *“creyó que (D. David) le iba a decir que se fuese, que David se dirige hacia delante empiezan a buscarlo (el reloj) no sabe si lo encuentran y David se queda a su derecha y Santi se queda en la puerta, no sabe si la ropa se quedó fuera o dentro, no le dijeron si lo habían encontrado. David se quedó a su derecha y él (D. Santiago) se quedó dentro en la*

*puerta taponado la puerta pero dentro de la caravana, muy cerca de ellos, se dirigió a ella le dijo que le había gustado, que deberían de hacer algo, ella le dice que no, que ha venido exclusivamente a estar con David, ella se quedó en la misma posición todo el tiempo, con los brazos cruzados tapándose el pecho, ella si no se va esta persona, no se va de esa posición, no volvió a reanudar la relación con David, que quería estar con David y le dice que no quería estar con él, ella se lo manifiesta expresamente que no quería estar con él. David está a su derecha y ella gira la cabeza y le dice ¿esto está planificado?, ella vuelve a girar la cabeza y ya tiene a Santiago enfrente que le mete el pene en la boca, en ningún momento ella lo toca con carácter previo, no es verdad que le masturbara, no existe ninguna relación de ella con Santiago, de una manera drástica y sorpresiva ella estaba en shock porque ella esperaba que David le dijera que se fuera, no le dio tiempo a reaccionar, estaba en shock, le empujó cuando le metió el pene en la boca, le empujó y él se puso frente a ella le agarró del antebrazo le empujó atrás del colchón y sus piernas se le suben, él le agarra con fuerza del gemelo, le metió la mano en la vagina y ella como fue muy fuertemente del dolor reaccionó y tiró hacia delante y se quedó sentada en la cama, y él se separa y le dice que qué le pasa, si es que no quiere hacer un trío, David no dijo nada, y ella le dijo que igual había varias personas en la discoteca que querían, pero justamente ella no, y Santiago le dijo -mira esto no fluye, y le dio la mano, ella le dijo que por favor la dejaran salir de allí que le dieran sus cosas y se iba, ella no sabía quiénes eran, veía que no tenía salida, que no podía salir de allí, que le estaban taponando la puerta, no sabía quiénes eran y si la podían matar, cogió su ropa y salió de allí a buscar a sus amigas, llegó a llorar porque pensó que la iban a matar”.*

Tras el referido episodio Dña. N. contó en el acto de juicio que *“se fue a buscar a su amiga a la discoteca Mandala, llegó a hablar con Nieves, le explicó que le había agredido y este chico le había metido el pene en la boca”* que *“estaba en shock y no era persona, echó a correr del miedo que tenía, fue a buscarla porque ella tenía las llaves del hotel y echó a correr como un galgo, y Nieves le dijo que no podía dejar que se fueran por toda España y se lo hicieran a otras chicas.”*

El relato es totalmente coherente y, como se ha dicho, resulta lógico que ante la entrada de una tercera persona en un ámbito tan personal e íntimo como es una relación sexual exista, como mínimo sorpresa, sin que sorprenda en modo alguno la estupefacción, o estado de shock que relata la víctima que sintió. De hecho el propio acusado, D. Santiago, reconoció en su declaración que Dña. N. se tapó con el brazo y que dejaron automáticamente de mantener relaciones sexuales. Más extraña parece la postura del acusado que ante la sorpresa y vergüenza mostrada por su entrada en escena en lugar de respetar este ámbito de privacidad se mantiene dentro de la furgoneta, pese al reducido espacio y darse cuenta que Dña. N. trataba de ocultar su desnudez, y manifieste haber perdido su reloj. Ante la forzada situación que se presenta no puede reprochársele a la víctima su reacción de no salir corriendo inmediatamente o de no decirle al acusado, D. Santiago, que se fuera de inmediato. Es necesario entender que se trataba de una situación, probablemente inusitada para ella, en la que se podía ver a si misma dentro de un espacio muy pequeño, en una situación claramente vulnerable, desnuda o casi desnuda, con dos hombres a los que apenas conocía, uno de los cuales, por la descripción que se da del habitáculo,

bloqueaba la única salida existente. Pese a haber decidido libre y espontáneamente entrar en el citado lugar para mantener relaciones sexuales con uno de ellos, la sorpresiva aparición del otro individuo es lógico pensar que no entraba en absoluto en sus planes, siendo también del todo punto lógica y creíble su estupefacción, que sintiera miedo y temor por lo que pudiera suceder a continuación y que, como relata, quedara en estado de shock. A partir de ahí no puede tildarse de ilógica su reacción de decirle a la persona con la que había accedido a ir al citado lugar y que, de facto, era la que gozaba de mayor confianza para ella en ese momento, que ayudara al acusado que había irrumpido sorpresivamente a encontrar lo que quiera que fuera que estaba buscando, pensando, como relata, que lo normal es que tras ello se marchara de allí. Como tampoco resulta extraño que su estupefacción y miedo fueran en aumento al ver que el que era su pareja sexual aquella noche no reaccionara echándolo de aquél espacio que ella no consideraba suyo, sino con total seguridad ajeno y extraño. A la vista de todo ello, también resulta totalmente creíble el hecho de que tras decirle D. Santiago que le gustaba y algo tenían que hacer, negarse ella y preguntarle a D. David que si esto lo habían planeado entre ambos, D. Santiago introdujera su pene erecto en la boca de Dña. N. sin permiso alguno previo de ésta. Se ha discutido mucho por la defensa del acusado sobre la imposibilidad de tal acto si no existe consentimiento para ello, alegando que anatómica y biológicamente es imposible la introducción de algo en la boca sin aquiescencia o consentimiento previo. Sin embargo, no podemos obviar el contexto en el que tal hecho se produce que antes hemos descrito. En dicho contexto resulta lógico pensar que por un momento y como describe Dña. N. quedara en estado de shock, que reinaran en su mente el miedo y la total confusión y que en semejante escenario abriera la boca ante la introducción del pene del acusado por escasos segundos, totalmente sorprendida por el devenir de los acontecimientos, y la utilización de D. Santiago de la vía de hecho, aprovechando claramente la situación vulnerable en la que se encontraba la víctima y la clara superioridad que le daban en ese momento las circunstancias concurrentes. Por ello, no puede tacharse de poco coherente, irracional o ilógico en modo alguno su relato de lo sucedido sino todo lo contrario, resulta claro ante su exposición tanto en el plenario como en sede de instrucción que, pese a tener exactamente la misma significación y calificación jurídica la penetración bucal que la vaginal realizada con los dedos, lo que causa mayor sorpresa, asombro y temor a Dña. N. es la primera penetración bucal relatada. Por esto es la primera que le cuenta a su amiga Dña. Nieves y a la policía pues es la que queda gravada en su mente y ante la que reacciona empujando al acusado, como ella misma relata.

Como se ha anticipado, el testimonio viene corroborado por múltiples y distintos datos de carácter objetivo:

1.- Los informes y la documentación médico y médico forense que obran en la causa, así como la pericial médico-forense practicada en el acto del juicio.

Tal y como puede verse en la causa, obra a los folios 50 a 52 el parte de

lesiones de la perjudicada del mismo día 16/06/2017 que se emite cuando acude al Centro de Salud de Mojácar. Ya en el citado informe la facultativo que la reconoce , (entre las 6:49 horas y las 7.08 de la mañana) hace constar que presenta “estado de ánimo alterado, ansiedad y preocupación, llanto.” Suministra Aprazolam sublingual (sin indicar la dosis concreta), y prescribe tratamiento con Aprazolam y control por MAP (medico de atención primaria).

Pese a que en este primer momento, pocas horas después de los hechos, no se realiza exploración física ni se evidencian lesiones, resulta llamativo que al detallar si conoce a la persona agresora afirme que “no conoce su nombre” refiriendo que es amigo del otro.

Se observa que en el parte de lesiones de fecha 20/06/2017, al folio 95 de la causa, tras acudir Dña. N. al Servicio Madrileño de Salud, para realizar el control del MAP prescrito, ya sí que aparecen las lesiones físicas que se habían observado también por el médico forense. Concretamente Dña. N. presentaba, según puede leerse, hematomas en resolución en; muñeca derecha cara cubital, tobillo izquierdo cara posterior-interno, tobillo derecho en cara posterior y muslo derecho en cara externa. Es de destacar que conforme al referido documento se prescribe a Dña. N. ansiolíticos, así como se remite a psiquiatra y psicólogo, tramitando baja laboral señalando su pronóstico como “grave”.

Por su parte el Informe forense 26 de junio de 2.017 (folios 98 a 100), detalla que la exploración médico-forense se produce el 17/06/2017, esto es, un día después de que sucedieran los hechos.

Se describe en el informe que en la exploración física de Dña. N. se observan las siguientes lesiones: Lesiones extragenitales: .- equimosis de 2cm x 2,5 cm, con data reciente y compatible con los hechos denunciados, localizada en la cara interna del tercio inferior del antebrazo derecho y .- equimosis en número de 3, de 0,5 x 0,5 y 1 x 1,5 y 2,5 x 2,5 cm, de data similar a la descrita en el punto anterior (reciente), a nivel de la cara lateral de la unión del tercio medio distal de la pierna izquierda.

Igualmente, en el informe forense se detalla que la exploración psíquica de Dña. N. es acorde con las circunstancias, con tendencia al llanto, preocupación por lo sucedido y nerviosismo, especialmente durante la exploración ginecológica realizada.

Por último, respecto de la exploración ginecológica señala el informe que a nivel de la membrana himeneal, a las 11:55 horas de la esfera horaria, se aprecia lesión puntiforme (no desgarro) consistente en ligera erosión, con leve tumefacción e infiltración hemática, sin sangrado activo y sin fenómenos de reparación, por lo que concluye su data es reciente también.

El médico forense que realizó la exploración y el informe, D. Manuel A. F., además de ratificar su informe íntegramente en el acto del juicio junto con su

compañera Dña. María Victoria U. M., explicó que el reconocimiento o exploración de Dña. N. lo hizo el día 17 de Junio de 2017, y los hechos se producen a las 5 de la mañana, la madrugada del 15 al 16 y él la explora el día 17 sobre la una de la tarde. Manifestó que *“en antecedentes de hecho del informe pericial hace un relato de hechos de los que le cuenta la víctima, que ella dice que le introduce el pene vía bucal y los dedos vía vaginal. En la exploración física hace referencia a lesiones extragenitales, y habla de cuatro lesiones, cara interna de brazo derecho que macroscópica y morfológicamente era de data reciente, (la denunciante presentaba lesiones extragenitales y una lesión genital), las extragenitales eran equimosis, una en cara interna y otras tres de pequeño tamaño, la mayor de 2 cm en la pierna izquierda, establece que son de data reciente, determinar el tiempo máximo es muy complejo pero las características macroscópicas, el color, no había cambiado el color de las equimosis, era compatible con una data de 12, 20 ó 24 horas, es compatible con que tenga una data similar al momento en el que ocurren los hechos (18 ó 24 horas), son de data reciente, compatibles con ocasión de los hechos.”*

Respecto de la exploración psíquica explicó el médico forense en el acto del juicio que *“en el momento se encuentra nerviosa, ansiosa, muestra rechazo a la exploración aunque se realiza la exploración ginecológica con espectro se muestra nerviosa, se recogió muestra de la región de conformidad con el protocolo de actuación, se garantizó la cadena de custodia y se entregó al equipo de Policía Judicial de Garrucha”*

Respecto de las lesiones ginecológicas, el médico forense dijo que *“la que presenta a nivel membrana himeal no es un desgarró, es una erosión a nivel de la membrana, un arañazo de escasas dimensiones y escasa gravedad clínica. Se produce en un plazo de 36 ó 48 horas, unas lesiones leves, se puede producir con la introducción del borde cortante de la uña a nivel de la cavidad vaginal.(...) El pene es una estructura anatómica roma, el pene no tiene borde cortante y no suele producir ese tipo de lesión.”*

Alude, por último, el médico forense a lo que constituye otro claro indicio probatorio que redundo en la verosimilitud del relato de Dña. N.. Nos referimos a los resultados de la prueba biológica, a los que en el apartado siguiente nos referiremos, que según relató el perito *“lo que viene a decir es que en la cavidad vaginal de la víctima se encuentra una halotipo que es compatible con el denunciado como con el otro chico”* (refiriéndose a los dos acusados).

2.- Efectivamente, el Informe del Departamento de Biología del Servicio de Criminalística de la Guardia Civil (folios 117 a 127 de la causa), no impugnado por ninguna de las partes, concluye que *“de los restos orgánicos en el hisopo aplicado a la cavidad vaginal de la víctima se ha obtenido una mezcla de haplotipos de Cromosoma Y en la que son compatibles como contribuyentes los haplotipos indubitados de Cromosoma Y de Santiago M. L. y David G. G..”*

El citado informe, no impugnado, constituye una evidencia clara de que existió acceso carnal por vía vaginal por parte de los dos acusados a la víctima. Con ello queda totalmente acreditado el relato de la perjudicada en lo que se refiere a

que D. Santiago le metió los dedos en la cavidad vaginal. La citada circunstancia alcanza mayor significación aún ante el hecho de que dicho acceso es negado explícitamente en todo momento por D. Santiago en su primera declaración en sede de instrucción, resultando solo admitido en su declaración indagatoria una vez que el mismo conoce el resultado analítico, pues ya consta en la causa.

Así, en su declaración en sede de instrucción, D. Santiago M. L., afirmó categóricamente que *“no le introdujo los dedos en la vagina”*, así como que *“él estaba de pie y no la tocaba que era ella quien le tocaba a él.”* (Folios 62 a 64 de la causa).

Negado en un primer momento el hecho de que le hubiese introducido sus dedos en la vagina, y más aún, que hubiera llegado siquiera a tocarla, afirmando que era ella la que en todo momento le tocaba a él, en su declaración indagatoria, sin embargo, una vez que se conoce que en la muestra extraída del interior de la cavidad vaginal de la víctima se ha hallado mezcla de haplotipos de Cromosoma Y en la que son compatibles como contribuyentes los haplotipos indubitados de Cromosoma Y de ambos acusados, cambia completamente su declaración y en la declaración indagatoria que consta grabada en soporte digital al folio 655 de la causa D. Santiago ahora relata que *“empezaron a magrarse y a tocarse cuando ella retomó las relaciones con David”*, explica entonces que *“hay restos de ADN en la vagina de N. porque estuvieron tocándose y besándose por todas las partes del cuerpo. Fue todo muy rápido pero en ningún momento le introdujo el pene en la boca.”*

En el acto del juicio el acusado, D. Santiago igualmente y ante la evidencia del hallazgo manifestó que *“él le tocó por todas las partes, hay un momento que está encima de ella y él le toca la vagina y la encontró lubricada, no le introdujo los dedos de forma agresiva pero si le tocó la vagina, le tocó e incluso varias veces llegó a introducir los dedos pero no de forma agresiva ni con violencia.”*

Frente a la coherencia del relato de la perjudicada Dña. N., el acusado D. Santiago en su primera declaración negó de forma categórica haber tocado siquiera a Dña. N., negó haberle introducido los dedos en la vagina pese a ser preguntado explícitamente por ello, siendo solo cuando al encontrar ADN suyo en la cavidad vaginal, se ve obligado a modificar su versión de los hechos y reconocer que existió penetración vaginal.

Su actitud contrasta con la de Dña. N. que pese a que en su primera declaración en sede policial no mencionó expresamente la penetración vaginal (que no es lo mismo que negarla explícitamente) ofreciendo un relato escueto y más impreciso en un primero momento, después lo completa en sede de instrucción aportando más detalles de todo lo sucedido. Como después se analizará con mayor de detalle no resta en absoluto esta primera omisión ni un ápice de credibilidad a su relato, pues no se observa en ella motivo alguno para dicha omisión, más allá del cansancio (no habían dormido en toda la noche), la medicación, o el estado de ansiedad sufrido.

3.- La declaración de los dos testigos que comparecieron en el acto del juicio, amigas de la perjudicada, que presenciaron los hechos que ocurrieron inmediatamente después de la agresión, siendo además importantes testigos de referencia, también vienen a corroborar el testimonio de la perjudicada siendo totalmente coherentes y compatibles con el mismo.

Así, Dña. María de las Nieves G. V., quien reconoció ser amiga de la víctima, afirmó en el acto del juicio que esa noche conocieron al grupo de chicos (entre los que estaban los acusados), que *“les dijeron que eran fisioterapeutas, fueron a hacerse una foto, y ella dijo que si eran de mujeres hombres y viceversa y los chicos dijeron no que juegan al fútbol y ellos dijeron que no y ellas pensaron que les estaban vacilando y solo fue cuando se lo dijo la policía cuando se enteraron”*. Relató como Dña. N., en la segunda discoteca, se fue con uno de los chicos, con D. David, y que a D. Santiago no volvieron a verlo en la segunda discoteca, y que *“cuando vuelve N. apreció la cara blanca desencajada y le dijo muy nerviosa que por favor se fueran y que la habían intentado violar, cuando la vio parecía que hubiese visto un fantasma o algo, la agarra muy fuerte el brazo y la ve temblando y ella le dijo que le contara qué le había pasado, no recuerda las palabras pero lo que se le quedó a ella es me han intentado violar, sale corriendo y ella les dice a los otras chicas lo que le había dicho, (...) N. le dice que se quería ir muy nerviosa y ella le había dicho que si le había pasado eso no podía quedar así, que iba a llamar a la policía, le dijo que estaba con David dentro de la caravana besándose cariñosos y entró Santi M. L. en la caravana y le dijo que le gustaba y que la había visto y que quería hacer algo los tres y ella le dijo que no quería hacer nada de esto y de repente él le metió el pene en la boca, se lo dijo sin ningún genero de dudas, y le dijo que ella les dijo que por favor la dejaran irse y que ella no iba a decir nada, y ella (Dña. Nieves) dijo-si esto que me dices es verdad hay que decírselo a la policía-, y N. salió corriendo en gran estado de nerviosismo, ella se gira y le dice a sus amigas lo que le ha dicho y le dicen que no puede quedarse así y una había visto hacia donde se había ido este amigo del pelo rizado, y vieron en un descampado la furgoneta negra donde estaban ellos. Como no sabían cien por cien si eran ellos golpearon la puerta de la furgoneta y salieron los dos en calzoncillos y le dicen que se bajen y le den una explicación y le digan que eso es mentira lo que su amiga le había dicho a ella. Se ponen la camiseta y salen de la furgoneta se ponen delante de ella y le dice que no es mentira que ellos pensaban que iba a fluir pero que claro ..., ella intenta hacerle una foto a la matrícula y Santi M. L. le agarró del brazo y le dijo-Nieves déjame que te explique- y ella dice-suéltame se lo vas a contar a la Guardia Civil. Ellos le confirman que era verdad y que pensaban que iba a fluir.”*

La citada testigo afirmó que *“los moratones (de Dña. N.) los vio al día siguiente en el forense que ella la acompañó, antes de eso no tuvo ninguna caída ni nada que pudiera generarle esos moratones.”* Respecto del momento en el que Dña. N. le cuenta que además se había producido una penetración vaginal con los dedos, relata en el juicio que fue después, que *“cuando llega otra vez al sitio donde esta la caravana y está la policía es cuando dice lo de los dedos en la vagina, lo dice después, no recuerda exactamente que les dijo a la Guardia Civil”* y que *“cuando vio la sangre en la ropa interior fue después.”*

La citada testigo, declaró en idéntico sentido durante la instrucción de la causa, así en su declaración policial, al folio 21, también manifestó que Dña. N. aparece muy nerviosa, sujetándole el brazo muy fuerte diciendo que se fueran de allí, y que le dijo que los dos chicos habían intentado abusar de ella, así como que D. Santiago le introdujo directamente su pene en la boca sin que ella pudiera hacer nada para evitarlo, y que D. David no impidió que el otro chico la abordara por sorpresa y abusara de ella de la forma que detalla. También en su declaración en sede de instrucción, folios 70 a 72 de la causa, insistió en que apareció Dña. N. desencajada y detalla que ella le preguntó cómo le había podido introducir el pene en la boca y ella le contestó que se había quedado encogida cuando Santi entró y en esa situación Santi le introdujo el pene en la boca, así como que el episodio de los dedos en la vagina se lo comentó tras encontrar sangre en el tanga cuando fue al baño en la comisaría.

Totalmente creíble y coincidente con la declaración de Dña. N., es la declaración de la testigo, sin que tenga trascendencia alguna que le contara el episodio de la penetración vaginal cuando estaban en la caravana y llegó la policía o cuando estaban en la comisaría y ella fue al baño. Resulta claro que el citado episodio se lo relata después, esto es, no en el primer momento en el que llega a la discoteca, cuando ya existe presencia policial en algún modo, sin que merme la credibilidad del relato de ninguna de las testigos el hecho de que fuese un poco antes o después cuando la víctima ofrece mayor detalle de lo sucedido.

A mayor abundamiento, el testimonio de ambas, Dña. N. y Dña. Nieves, resulta totalmente corroborado por el testimonio de otra de las testigos que iban esa noche entre el grupo de amigas, Dña. Cristina G. V.. Mayor credibilidad si cabe tiene la citada testigo dado que afirmó en el acto del juicio no haber vuelto a ver a Dña. N. desde los hechos, quedando totalmente claro que no le une a ella ninguna relación de ningún tipo pues incluso durante la declaración en el acto del juicio erró al referir su nombre, llamándola N. Así, Dña. Cristina afirmó con total rotundidad en el acto del juicio, que *“conoce a N. de esos días de vacaciones, ahora no tiene ninguna relación con ella, que estaban tomando algo en Magüi y estaban al lado unos chicos y terminaron sentados con ellas entraron juntos en la otra discoteca y se separaron, llegaron David y otro chicos y N. se fue con el otro chico y ella llegó muy nerviosa y diciendo que cuando estaban en la caravana entró Santi y le dijo que quería algo con ella y le introdujo el pene en la boca y ella le dijo que por favor se quería ir y la dejaron ir.”*

Insistió la testigo en que *“cuando regresó de la caravana ella estaba muy nerviosa, llorando, gritando, con un ataque de ansiedad”* y que cuando luego fueron a la caravana ellas *“estaban David y Santi, no recuerda si David le pidió perdón a Nieves, recuerda que alguien dijo pensábamos que la cosa podía fluir y no ha fluido pero no recuerda quien lo dijo.”*

En suma, la declaración de las citadas testigos, deja claro que Dña. N. tras los hechos denunciados, llegó claramente asustada, llorando, gritando y con un gran

estado de ansiedad, pudiendo ser presenciado este hecho tanto por ambas testigos como por la facultativa que la asistió en el centro de salud, inmediatamente después de la agresión, constituyendo un elemento de corroboración periférica ciertamente importante pues dicho estado de ansiedad, miedo y agitación en la víctima no se explican fácilmente de otro modo distinto al relatado por Dña N., que habla del estado de temor y miedo, de shock, que los hechos le generan. Nada tienen que ver con la situación de comodidad que describen los acusados en la que ella se encuentra en todo momento en la relación sexual ni con el leve agobio que describen por el que decide cesar dicha relación y se marcha del lugar. La situación descrita casa a la perfección con la lógica continuación de una vivencia en la que la víctima ha sentido gran temor y miedo y de la que busca ponerse a salvo, viéndose con ello corroborado el testimonio de Dña. N..

4.- Los informes psicológicos de Dña. N. que obran en la causa son totalmente compatibles con la situación por ella narrada y vienen a sostener su relato también.

Así, tras suceder los hechos, Dña. N. comenzó a recibir tratamiento en el Centro de Atención Integral a Mujeres Víctimas de Violencia Sexual de la Comunidad de Madrid (CIMASCAM). Obra en la causa Informe psicológico del CIMASCAM, de fecha 10 de abril de 2.018, a los folios 130 a 138, centro público especializado en el tratamiento de las víctimas de violencia sexual, de cuyos técnicos y peritos no cabe duda alguna sobre su objetividad. El citado informe ofrece datos del relato de la perjudicada totalmente coherentes con lo manifestado por ella en el seno del procedimiento judicial y que contribuyen a reforzarlo. Así, por ejemplo, al folio 132, se dice que Dña. N. manifiesta haber sentido primero paralización y luego miedo, *“yo me quedé paralizada, no daba crédito... solo reaccioné cuando me hizo daño abajo con los dedos”, “me hizo tanto daño y me sentí tan mal... me asusté mucho, pensé que no salía de allí, me dio por hablar y decirles que por favor me dejaran.”* Relata el informe que claramente se aprecian síntomas asociados al suceso traumático, como recuerdos angustiosos o reacciones fisiológicas, evitación o sentimientos de culpa o vergüenza, *“yo nunca me había ido con ningún chico que acabara de conocer, me siendo culpable por haberlo hecho”* (Folio 134) detallando que *“el abuso que refiere le ha puesto en una posición muy incómoda, pues se ha visto en la necesidad de contar aspectos íntimos de su vida por miedo a que su familia se entere por los medios.”*

Concluye el citado informe que tras la valoración psicológica realizada y las sesiones de intervención Dña. N. presenta una sintomatología que es propia de las víctimas de violencia sexual, que es congruente con el tipo de consecuencias psicológicas encontradas en los estudios e investigaciones científicas llevados a cabo con este tipo de víctimas, así como que dicha sintomatología es congruente con el relato que Dña. N. hace de los hechos y coherente con la emoción que presenta durante las 10 sesiones de psicoterapia que se habían mantenido hasta la fecha del informe.

En el acto del juicio la Psicóloga colegiada número M20106 del citado organismo público, del CIMASCAM, explicó las conclusiones de su informe, que ratificó en su integridad, manifestando que *“el 21 de junio de 2017 se produce la derivación, pocos días después de producirse los hechos, demandan atención psicológica para ella, su médico de cabecera hace una valoración, hay una coordinación y ella llama pidiendo cita. Es un centro público de la Comunidad de Madrid especializado en la atención a la mujer víctima de violencia sexual, y tiene por objeto estudio sintomatología de la víctima de carácter sexual. Se inicia su intervención el 4 de julio de 2017 y continua hasta fecha informe, abril de 2.018, termina poco después porque ella se traslada a vivir a Ibiza y le dan traslado a los servicios de Ibiza. Realizan hasta 13 sesiones con ella. El informe se hace a petición del juzgado. El objetivo no es hacer un informe sino trabajar sobre la sintomatología que ella presenta, detectan una sintomatología, y en esas 13 sesiones tienen un contacto directo con la víctima, y la sintomatología es evidente desde el primer día. Ahora N. también está viniendo al centro a día de hoy a la hora de recordar otra vez todo, ahora mismo esta viviendo en Madrid y actualmente acaba de reiniciar la intervención.”*

La perito manifestó en el acto del juicio que en este caso se observa *“reexperimentación, a ella le vienen a la cabeza imágenes de algunos momentos que sucedieron, tiene evitación, evita lugares y maneras de vestir. Y en ella está especialmente presente una sintomatología que siempre se da en estos casos que es el asco, en ella está tan presente que al contarle vomita la primera vez que viene en la papelera de la sala.”* Explica también que *“la víctima ha tenido constantemente un relato constante y coherente, pese a que presenta amnesia disociativa, página 5 apartado C primer punto, en lugar de que todo se grabe al milímetro hay cosas que son tan angustiantes que no se graban o a veces la mente se fija solo en una cosa y a veces cuerpo y mente se separan y hay cosas que pueden ocurrir durante una agresión sexual que no se graben en la mente, ella decía que no recordaba exactamente dónde estaba el chico con el que ella se fue, David, que estaba centrada en el otro que era el más peligroso pero que no le cuadraba el moratón que tenía en la mano derecha y era un hecho importante.”*

Continúa afirmando la perito citada que *“en N. era especialmente significativa para ella la discreción en su vida, es la primera vez que ella se va con un chico que conoce por primera vez y su mayor temor que esto salga a la luz y ya le ha ocurrido, cuando pone la denuncia sale todo a la luz, sale en prensa, hay cosas que no tienen que salir y salen, y ella tiene pánico a que esto siga ocurriendo. El hecho de que los chicos a los que denuncia sean personajes públicos afectó más a su sintomatología. Cuando elabora su informe ella sabía que N. tenía pareja sentimental, el contenido de la sintomatología está directamente relacionado con este hecho que ella denuncia.”*

En idéntico sentido la psicóloga del servicio de La Dona del Gobierno Insular, Dña. N. cuyo informe obra al folio 154 de la causa, en el acto del juicio afirmó que *“con motivo del cambio de domicilio (de Dña. N.) continúan la intervención sobre la misma, que acude personalmente a la oficina de la mujer para seguir con su tratamiento. Su Informe es de Marzo de 2.019, la intervención que ella realiza es de aproximadamente enero de 2019 hasta noviembre 2.019, la víctima acudió el tratamiento*

*psicológico presencial, mostró un relato coherente y constate, hubo coherencia en todo lo que relato, le verbalizó que tenía pareja, cuando realizó su informe tenía conocimiento de este hecho, la sintomatología que padece la víctima, el cuadro que presenta en ese momento podía ser compatible con una situación de agresión sexual.”*

Además de los dos citados informes que también vienen a corroborar el relato de Dña. N., en cuanto a su estado psicológico posterior a los hechos denunciados, especial significación tiene también el dato objetivo de que conste en la causa, a los folios 255 a 260, que Dña. N. no acude a la primera cita para valoración psicológica en el IMLA el 07/05/2019, pese a trasladarse desde Ibiza a Almería en avión en esa fecha para ello, porque presenta una crisis de ansiedad por la que tiene que ser atendida en el Hospital de Torrecárdenas, debiendo de pedir nueva cita y en consecuencia volver a trasladarse para poder ser valorada conforme había ordenado el Juzgado de Instrucción. El citado dato de carácter objetivo, que ni siquiera es mencionado por la Acusación Particular luego en su provecho, ofrece una idea de la realidad de las consecuencias psicológicas que los hechos han representado en la víctima y de la ansiedad que le produce enfrentarse al iter del procedimiento judicial y volver a recordar lo sucedido.

Finalmente, el citado informe psicológico-forense ordenado judicialmente se realiza, obrando a los folios 279 a 284 de la causa. El citado informe concluye que la peritada presenta sintomatología ansiosa y depresiva grave relacionada con los hechos objeto de denuncia, así como que la vida cotidiana de la peritada se ha visto muy afectada por los hechos denunciados y que según la sintomatología que manifiesta y el tiempo de aparición y duración de la misma la peritada presenta Trastorno de Estrés Postraumático crónico que está directamente relacionado con los hechos estudiados.

En el acto del juicio, la psicóloga forense del Instituto de Medicina Legal de Almería, Dña. Josefa Inmaculada R. V., explicó que *“la víctima le hace un relato y le pasan las pruebas psicométricas. La sintomatología se apreció en las pruebas pero también durante la entrevista, estaba nerviosa entró con ánimo muy triste, se le notaba ansiosa, se aprecia en ella depresión grave, no es un simple estado de tristeza pasajero son estados de tristeza que se han casi cronificado, igual que la sintomatología ansiosa. Todas estas circunstancias le han afectado en su autoestima. Ella tiene una percepción de si misma muy negativa que antes no tenía, hay estrés postraumático crónico, la causa es la violencia, abuso sexual, abuso o ataque sexual. Tiene alteraciones cognitivas que se manifiestan en ansiedad, depresión y conductas de reactivación cuando hay algo que le recuerda a lo que ella dice haber vivido y su día a día se ve afectado por estos hechos. El diagnóstico que ellas realizan es compatible con llevar una vida normal puede tener un estado de depresión y ansiedad pero ante la necesidad de que tiene que tener unos ingresos pero va a su vida laboral más o menos triste e incluso puede salir con otra gente, igual se ve afectada que no está tan dicharachera ni tan alegre, pero claro que es compatible con tener una vida relativamente normal. Ella la ve en el 2019, ahora mismo no sabe cómo está porque no la ha vuelto a ver. En el momento que la ve se le manifiesta esta sintomatología. Obviamente tendrá momentos que estará mejor y*

otros peor. Estos problemas no se presentan de forma lineal, existen altibajos, dependerá de la ayuda que esté recibiendo y de la medicación que este recibiendo también, de ello dependerá que la vida se normalice. A ella se le aporta por parte del juzgado un informe del Instituto de la mujer de las Islas Baleares donde se dice que está recibiendo tratamiento del Instituto de la Dona de Islas Baleares, el informe es de Ibiza el 28 de marzo de 2019." Concluye la perito que "es compatible su sintomatología con los hechos que relata."

Se trata por parte de las defensas de arrojar dudas sobre las conclusiones de los citados informes. Para ello se aporta un informe de investigación privada y un informe psiquiátrico forense. Sin embargo, los citados informes, realizados lógicamente en su legítimo ejercicio del derecho de defensa, en nada empañan las conclusiones alcanzadas en los informes anteriormente analizados.

Así, obra a los folios 316 a 417 de la causa, Informe de Investigador Privado donde puede observarse a Dña. N. acudiendo a su centro de trabajo en Ibiza, la sede central de la Cruz Roja, con su pareja en la playa, en un barco o en una terraza con su pareja y amigos.

En el acto del juicio el Investigador Privado número 2297 que realizó el informe explicó que "en este tipo de investigación observan el comportamiento de una persona y hacen un seguimiento de esta persona a la máxima distancia posible para que no les pueda detectar, a mucha distancia con cámara de video para que su comportamiento se desarrolle normal. Todas las observaciones, el 99 %, en espacios abiertos en la calle en espacios concurridos y el otro 1 % han sido una en un espacio público en un centro de trabajo y otra que han entrado al edificio con ella y han mantenido una conversación muy breve y cordial sobre un piso de alquiler, y ella ha contestado muy normal, de invasión de la intimidad nada. Comprobaron que tenía el domicilio con un señor llamado Iván B., en calle xxxxxxxxxxxxxxxx, y comprobaron que además tenían una relación de carácter sentimental porque observaron su comportamiento de pareja, se besaban. En el tiempo que actuaron vieron un comportamiento normal, en el trabajo, los fines de semana en la playa, con amigos, cosas normales. En una ocasión fue a un cine, luego a una terraza con mucha gente, a la playa, a sitios concurrido y ella iba con el sr. B. y con amigos."

Respecto de su tipo de indumentaria indicó, exhibido el folio 325 de la causa que "ese tipo de vestido es el que vieron normalmente" y que "no vieron que tuviera problema para relacionarse con extraños."

Se trata de poner de manifiesto por la defensa de los acusados a la vista del citado informe, que la víctima no trata sino de exagerar sus síntomas mintiendo a la psicóloga que realiza el informe forense a la que manifiesta que no tiene pareja y que le cuesta relacionarse con hombres, que apenas sale y que no usa un determinado tipo de indumentaria.

Sin embargo, pese a que es cierto que durante la evaluación psicológica la víctima dice no tener pareja, estar soltera y vivir con una amiga en Ibiza, lo cierto es

que es éste el único aspecto en el que no dice la verdad a la psicóloga. Se explica por parte de Dña. N. en el acto de la vista que el hecho de no mencionar su relación de pareja se debe a que se trata precisamente de su letrado en esta causa y que por temor a que se pueda pensar que está con él para ganar el juicio es por lo que niega tener pareja (si que menciona que tiene pareja a las psicólogas que la tratan en CIMASCAM y La Dona). Pese a ser reprochable que omitiera indebidamente este dato, ello no invalida en absoluto, ni hace que se vea mermada la credibilidad de su relato en modo alguno, ni tampoco las conclusiones de los informes antes analizados. En primer lugar, por el hecho de que los signos de su padecimiento psicológico son muchos y variados, y sobre todo porque van mucho más allá de la existencia o no de la citada relación de pareja. Muestra de ello es el hecho de que las dos psicólogas de los centros de intervención y tratamiento públicos a los que acude la víctima para tratarse y que antes hemos comentado sí que tuvieran perfecto conocimiento de la citada relación de pareja, como hacen constar en sus informes, siendo las conclusiones alcanzadas las mismas que las de las psicólogas del IMLA.

Por otra parte, como muy bien aclaró la psicóloga forense, Dña. Josefa Inmaculada, el hecho de que Dña. N. tuviera una vida “normal”, es compatible con el diagnóstico que ellas realizan y que es compatible llevar una vida “normal” con un estado de depresión y ansiedad, con momentos que la víctima estará mejor y otros peor, dependiendo de la ayuda y la medicación que esté recibiendo. Tal y como puede leerse en el informe psicológico-forense, además de valorarse el hecho de no tener pareja, único que sí puede tildarse de no cierto, se recoge que Dña. N. toma Loracepam para dormir, que su vida social se ha visto afectada por los hechos vividos, que casi no sale y cuando lo hace se muestra retraída y desconfiada sobre todo con los hombres. Realiza la víctima a la psicóloga un relato de los hechos muy similar al narrado en el acto del juicio y en sede de instrucción y que ha estado de baja laboral durante un año y medio, que tiene dificultades concentrarse.

Contrastadas sus afirmaciones tanto a la psicóloga como durante el resto del proceso, la única inexacta es la concerniente a su relación de pareja con su abogado puesto que no puede concluirse del informe de investigación privada que Dña. N. no lleve una vida más tranquila y apenas salga del hecho de que se la vea ir a trabajar o con su pareja a la playa o a tomar algo. Habían transcurrido hasta ese momento dos años desde la denuncia y es lógico que trate de recuperarse y recuperar su vida, así como que se presenten altibajos en la misma, sin que pueda concluirse que no sea cierto, por el hecho de que lleve pantalón o vestido corto en verano, que evite un estilo de ropa que subjetivamente ella considerara más “sensual” y antes sí que utilizaba, entendiéndose que se refiere a ello en sus afirmaciones a la psicóloga. Tampoco miente Dña. N. en relación a su vida laboral en absoluto a la psicóloga puesto que le dice donde ha estado trabajando tras un período de baja, comprobándose en la vida laboral de la misma que obra a los folios 455 a 460 de la causa que desde junio 2017, fecha de los hechos, hasta la fecha del informe, trabajó para Cruz Roja Española desde el 26/11/2018 al 25/11/2019 y XXXXXXXXXXXXXXXX. desde 09/05/2018 al 31/05/2018. Se concluye de ello que Dña. N.

trabajó durante un año y un mes desde la fecha de los hechos hasta 14/01/20, esto es, en casi tres años, (como le dijo a la psicóloga) cuando puede verse que antes había trabajado ininterrumpidamente desde el 26/10/2009 al 15/02/2017, durante más de 7 años. Claramente sí que se aprecia un cambio de tendencia en su vida laboral, existiendo como se ha dicho, varios indicadores en los que se denota la existencia de la sintomatología que aprecian las peritos, de organismos públicos independientes, de una forma tan clara y contundente.

Discrepa de la citada conclusión, sin embargo, el informe pericial presentado por la defensa de los expertos psiquiatras D. José Luis C. P. y Dña. Marina D. M.. Sin embargo, sin dudar en absoluto, de la alta cualificación técnica y científica de los citados peritos, los mismos no han podido explorar a la víctima, a Dña. N., en ningún momento. El objeto de su informe es analizar los informes periciales realizados en el seno del procedimiento que concluyen, según su criterio, en base a un procedimiento poco científico y nada riguroso, que existe sintomatología de trastorno de estrés postraumático compatible con los hechos denunciados.

Así, los dos peritos de la defensa afirmaron en el plenario que *“el diagnóstico psiquiátrico no debe basarse solo en el relato de la paciente, hay que hacer un estudio psicopatológico, los síntomas hay que intentar objetivarlos”* y que *“en las historias clínicas primero está el relato del paciente y luego la historia psicopatológica que es lo que el psiquiatra interpreta de la exploración psicopatológica y luego se apoyan en relatos de familiares para hacer el diagnóstico. No es un motivo clínico la agresión sexual, por lo tanto, no es un motivo de consulta.”*

Entienden que los síntomas de ansiedad y llanto son compatibles con otros trastornos, como depresiones, ansiedad,... que son síntomas muy comunes a otros enfermedades, así como discuten que de ser cierto el diagnóstico emitido no es razonable que no se hiciera una derivación psiquiátrica como se dice en el parte de la primera asistencia (folio 4 de la causa), dicen que *“cuando un paciente presenta esta sintomatología y se le diagnostica un trastorno moderado o grave siempre se le pauta un tratamiento o se le deriva a un especialista en psiquiatría, el que no se le derive al psiquiatra es incongruente, no es comprensible.”* Tampoco entiende que sea congruente con el diagnóstico que no se pautara medicación.

Sin embargo, examinada la documentación médica existente en la causa, puede verse que sí que se realizó la referida derivación. Así puede verse al folio 95 de la causa, donde su médico de atención primaria, al que de forma lógica la remitieron desde el centro de salud donde se realiza la primera asistencia que no es el que corresponde con su domicilio, indica que el pronóstico es grave, prescribiéndole ansiolíticos y remitiéndola al psiquiatra y al psicólogo. En el informe forense también se recoge que está en tratamiento con Lorazepam, como también se recoge en el informe de urgencias al folio 259 de la causa. Se desconocen más datos del tratamiento psiquiátrico que ha seguido pues no se han realizado indagaciones al respecto ni se preguntó sobre ello a Dña. N., pero lo que resulta claro es que su

médico de atención primaria realiza la derivación psiquiátrica, existiendo indicios de que también hubo tratamiento con Lorazepan, al menos, así como siendo un dato probado que desde que sucedieron los hechos ha existido tratamiento psicológico, como también resulta del informe del CIMASCAM donde puede leerse (folios 232 y 233 de la causa) que tras dos citas de valoración es derivada al área de intervención psicológica iniciándose la intervención el 4 de julio de 2.017 con sesiones individuales cada quince días aproximadamente.

Aclarado este extremo, lo cierto es que los citados peritos se limitan referir que se debería de haber completado es estudio con más datos, como los antecedentes familiares o médicos, antes de concluir el diagnóstico, dado que los síntomas son comunes a otro tipo de trastornos, sin que tampoco se excluya la existencia del trastorno de estrés postraumático. Sin embargo, es preciso destacar que las conclusiones alcanzadas por los informes psicológicos antes analizados no pueden tildarse de apresuradas ni poco científicas. Se trata en ambos casos, el CIMASCAM y el IMLA, de organismos oficiales totalmente independientes, el primero de ellos específico de tratamiento de víctimas de violencia sexual y el segundo específico de psicología forense, siendo claras y contundentes sus conclusiones, que se alcanzan en el caso del primero tras 10 sesiones con la víctima, basando su diagnóstico el segundo no solo en el relato de la víctima sino en el resultado de un proceso científico cuya metodología además de la entrevista y la observación conductual ha contado con la realización de hasta cuatro pruebas psicométricas.

Por todo ello, en el caso enjuiciado, cabe concluir que los informes psicológicos vienen a corroborar también desde una perspectiva técnica la percepción que este Tribunal tiene del testimonio de Dña. N., oído con intermediación en el acto del plenario, pues dejan claro que la misma padece una sintomatología totalmente compatible con los hechos denunciados.

**III.** El último parámetro a considerar es la persistencia en la incriminación, que en este caso se cumple de manera contundente.

La denuncia, en este caso, se formula el 16 de Junio de 2.017, instantes después de suceder los hechos, siendo las amigas de Dña. N. las que requieren la presencia policial tras relatarles ella lo sucedido. En este sentido las declaraciones en el acto del juicio de los agentes de la Guardia Civil, con T.I.P. números D79081A y F05152T, pocos datos de interés aportaron dado que manifestaron acudir después de que estuviera ya allí la Policía Local, recordando pocos detalles (básicamente que la explicación que les dio la víctima, que estaba nerviosa, fue que D. Santiago entró en la furgoneta y le metió el pene en la boca), pues uno de ellos manifestó creer que fueron porque una chica había desaparecido, lo que no tiene nada que ver con lo sucedido según indicaron las testigos que requirieron la presencia policial.

La perjudicada ha declarado en realidad, de forma directa o indirecta, al

menos en 6 ocasiones sobre los hechos (en sede policial, folios 10 y 11; ante el Instructor, folios 58 a 61; ante el Médico Forense, folio 98; ante la psicóloga del CIMASCAM, folio 132; ante la psicóloga del IMLA, folios 281 y 282; y en el plenario), facilitando siempre, en lo esencial, un mismo relato, circunstancia que dota de consistencia su testimonio.

Es necesario incidir en que no se trata de que la testigo-perjudicada relate de forma milimétrica una y otra vez lo sucedido, así por ejemplo se interpreta en la Sentencia del Tribunal Supremo 773/2013, de 21 de octubre, según la cual: *"La defensa parece exigir a la víctima una rigidez en su testimonio que, de haber existido, sí que podría ser interpretada como una preocupante muestra de fidelidad a una versión elaborada anticipadamente y que se repite de forma mecánica, una y otra vez, con el fin de transmitir al órgano jurisdiccional una sensación de persistencia en la incriminación. Algunos de los precedentes de esta Sala ya se han ocupado de reproches similares en casos de esta naturaleza. Y hemos precisado en numerosas ocasiones que la persistencia no exige una repetición mimética, idéntica o literal de lo mismo sino la ausencia de contradicciones en lo sustancial y en lo relevante. No son faltas de persistencia el cambio del orden en las afirmaciones, ni las sucesivas ampliaciones de éstas cuando no se afecta la coherencia y la significación sustancial de lo narrado; ni la modificación del vocabulario o de la sintaxis, es decir de las formas expresivas, cuando con unas u otras se dice lo mismo; ni los cambios en lo anecdótico o en lo secundario cuando solo implican falta de certeza en lo accesorio, pero no en lo principal que es lo que por su impacto psicológico permanece en la mente de la víctima, salvo en los casos en que los cambios narrativos de lo secundario evidencien tendencia a la fabulación imaginativa, valorable en el ámbito de la credibilidad subjetiva (cfr. SSTS 511/2012, 13 de junio (RJ 2012, 8387) ; 238/2011, 21 de marzo (RJ 2011, 2895) ; 785/2010, 30 de junio (RJ 2010, 7185) y ATS 479/2011, 5 de mayo (JUR 2011, 205293) , entre otras). Y es que la prueba testifical, de forma coherente con el sistema de libre valoración de la prueba que inspira nuestro proceso, no se acomoda a unos rígidos clichés valorativos que actúen como inderogables presupuestos metódicos para la apreciación probatoria. La consolidada línea jurisprudencial que ofrece unas pautas basadas en la ausencia de incredibilidad subjetiva o en la persistencia de la incriminación, nunca ha perseguido convertir una prueba sometida, como todas, a la libre -y motivada- valoración, en una prueba legal. Esas pautas no tienen otra finalidad que la puramente didáctica, con el fin de ordenar y sistematizar el contacto de las Audiencias con una fuente de prueba tan relevante en el proceso penal (cfr. STS 1070/2011,13 de octubre (RJ 2011, 7499) )."*

Así, pese a que se señale por las defensas que existen contradicciones en las diferentes ocasiones en las que ha declarado la víctima, no es ésta la conclusión alcanzada por la Sala apreciándose que pese a que ha relatado los hechos en numerosas ocasiones ante diferentes personas, los datos ofrecidos por Dña. N. son coincidentes en lo esencial ofreciendo un relato coherente en cada una de las ocasiones que ha declarado con lo anteriormente manifestado.

Así, en lo que respecta a la primera declaración en sede policial, folios 10 y 11 de la causa, es importante reseñar que la misma se produce a las pocas horas del

hecho, sin que la víctima hubiera dormido nada en toda la noche, hallándose aún muy afectada por lo recién sucedido, y habiéndosele suministrado previamente medicación, un ansiolítico concretamente. En este contexto, no llama en absoluto la atención que no refiriera a los agentes que además D. Santiago tras la penetración bucal le había metido los dedos en la vagina. Como ya se ha analizado más arriba el acceso carnal por dicha vía es un hecho constatado científicamente y reconocido por el acusado además. Ningún sentido tiene pensar que la víctima omitiera este detalle con alguna intención extraña u oculta, explicándose simplemente por el estado de ansiedad, nerviosismo y cansancio bajo el que la misma se encontraba, dándose la circunstancia de que, como se ha dicho más arriba, la introducción sorpresiva del pene del acusado en su boca fue el hecho que probablemente más impactó a Dña. N..

También se señala por la defensa que existe una contradicción en su declaración policial cuando refiere que *“sin haberse marchado de la caravana este segundo chico, David y yo volvimos a mantener relaciones sexuales en la posición anteriormente descrita. Que casi de inmediato, el segundo chico se acercó a mí diciendo que le gustaba mucho. Que en ese preciso momento, yo debía, de algún modo, tener la boca entre abierta porque, este chico introdujo introduciendo directamente su pene en mi boca sin pedirme permiso.”* La contradicción señalada consiste en que posteriormente en sede judicial niega que, mientras estaba allí D. Santiago, ella y D. David reiniciaran la relación sexual.

Sin embargo, lo cierto es que, además de que debe tenerse en cuenta el contexto antes referido en el que se produce la primera declaración policial, lo cierto es que la anterior declaración ella misma la matiza después a reglón seguido, ante la policía, pues refiere que *“para nada se esperaba que hiciera algo así, durante unos cinco segundos se encontró con David colocado detrás de ella con intención de penetrarla vaginalmente, y con el segundo chico delante de ella y con el pene empalmado en su boca.”* Habla entonces ya de que lo que apreció es que D. David tenía la intención de retomar la relación sexual, no que lo hubiera hecho, habiendo mantenido siempre durante todas sus declaraciones que D. David tras ayudar a D. Santiago a buscar el reloj volvió a la cama, relatando que ella en todo momento estaba centrada en lo que hacía D. Santiago, por ser ésta la persona que mayor temor le causaba, pues siempre ha manifestado que las relaciones sexuales con D. David fueron consentidas en todo momento.

En la declaración de Dña. N. en sede de instrucción, (Folios 58- 61) ya más tranquila y relajada, corrige los aspectos confusos de la declaración anterior, aclarando que no retomó la relación sexual con D. David y relatando la segunda penetración, vía vaginal, realizada con los dedos por D. Santiago tras echarla hacia atrás agarrándola del brazo. Llama la atención que en la citada declaración judicial, que se produce al día siguiente, Dña. N. no cuenta con asesoramiento jurídico alguno, encontrándose presentes únicamente el Ministerio Fiscal y el letrado de los acusados que tuvieron intervención en la comparecencia. Afirma además en sede

judicial la perjudicada que no reclama ningún tipo de indemnización y que quiere que se acabe todo. En lo esencial ofrece en esta declaración el mismo relato que ofreció en el acto del juicio insistiendo en que *“al minuto de estar buscando el reloj Santi se dirigió a N. y le dijo ah que eres tu me has gustado mucho en el Maugi se giró hacia David preguntándole si lo habían planeado, y le contestó que no volvió a mirar hacia delante y en ese instante Santi le metió el pene, lo apartó y el la empujó hacia atrás agarrándole fuertemente del brazo derecho al empujarla hacía atrás sus piernas que estaban detras “estaba como arrodillada” se abrieron hacia delante y el le pudo introducir los dedos en la vagina.”* El citado relato que ofrece en sede de instrucción es del todo punto coincidente con lo manifestado en el acto del juicio oral.

Tampoco se trata de una contradicción el hecho de que manifestara primero que D. Santiago entrara desnudo en la caravana para especificar después que entró en calzoncillos, no teniendo trascendencia alguna la corrección o mejor dicho, precisión, por ella apuntada.

En el acto del juicio Dña. N. insistió en que ella en ningún momento se besa con Santiago ni le toca, así como que ella se quedó en la misma posición todo el rato (de rodillas sobre la cama con los brazos cruzados tapándose), y ellos enfrente buscaron el reloj, así como que ella *“no volvió a mantener relaciones con David mientras estaba Santiago, ella está en situación limite y la persona con la que está no dice ni mu, se siente agredida porque esta persona se le está insinuando y ella está en shock.”*

Por todo ello se concluye que en lo esencial su testimonio se mantiene sólido e inalterable. El núcleo de los hechos se mantiene incólume y en las distintas ocasiones en las que ofrece su relato siempre mantiene una coherencia interna muy clara que hace que no exista duda alguna de su veracidad.

Por el contrario, no se puede predicar lo mismo de la declaración de los acusados.

Así, D. SANTIAGO M. L. afirmó en el acto del juicio que *“el día 16 de junio de 2017, conocen a unas chicas en un local de Mojácar, el otro acusado se marchó con una de las chicas”* explicó que fueron a *“una furgoneta donde ellos pernoctaban y hacían vida, no estaban en un hotel, era donde hacían vida y dormían y que sobre las cinco o cinco y media, estaba cansado y se dirige a la furgoneta porque era donde vivía y se retira a descansar. Cuando el otro acusado se va con la chica él no era conocedor de que se iban al vehículo, en ningún momento le refieren que se iban a la furgoneta.”* Dijo que *“es completamente falso que entra desnudo a la caravana, en el momento en el que accede a la furgoneta va en calzoncillos que era como dormía todas las noches. La furgoneta en su interior cuando despliegas la cama el espacio era muy reducido, él cuando llega hace lo que hacía todas las noches, se desvestían primero en la puerta y entraba con la ropa en la mano dentro de la furgoneta, entró en calzoncillos. Cuando entró en el vehículo cuando abre la puerta se encuentra a David manteniendo relaciones sexuales con Dña N.. En ese momento paran y le dice que qué hay ahí y que viene a descasar así como que está preocupado por el reloj que no*

encontraba y ellos le ayudan a buscar el reloj. (...) llegan a encontrar el reloj, estaba en la ropa que él llevaba, se lo había guardado en la ropa, muchas veces cuando sale se lo quita y se lo guarda, no se acordaba si se lo había dejado o había salido con él, también habían bebido, también buscan, aprovechan para buscar un pendiente que se le había perdido a N.. La situación continúa con que mientras ellos le ayudan a buscar el reloj no se habían bajado de la cama, en cuando lo buscan ellos dos comienzan a acariciarse y a tocarse y retoman las relaciones sexuales. David estaba completamente tumbado boca arriba y N. se coloca encima de él sentada sobre sus propias rodillas de espaldas a David y enfrente a él que se encontraba de pie al final de la cama, no estirado del todo porque no se podía estar, N. de espaldas a David y de frente a él que estaba de pie en la medida que el vehículo se lo permitía, ellos sin bajarse de la cama empiezan a tocarse. Ve que retoman las relaciones sexuales, al verlos iba a iniciar la salida de la furgoneta y N. empieza a tocarle a él y se comienzan a tocar y besar mientras ella continua penetrándose con David. N. inicia unos tocamientos hacia él, su reacción es natural se acerca un poco a ella y comienzan a besarse y acercarse a ella. Ella estaba encima de David y se incorpora para estar más cerca de él y él la tocaba por todas las partes del cuerpo y ella le estaba tocando e incluso masturbando, hay un momento que N. le dice que quiere parar que se ha agobiando y él en ese mismo momento accede a parar. Ella se agobia, el motivo exacto no se lo dijo, les dijo que anteriormente sí que había mantenido relaciones con más personas a la vez en alguna ocasión pero que no quería seguir con los dos, no le comentaron nada a ella al respecto de hacer un trío, surgió de forma natural, dice que en ningún momento él le introdujo el pene en la boca. Ella estaba sentada sobre David y su cabeza daba en el techo dice que es imposible que se produjera que el le introdujera el pene en su boca. Tampoco le introdujo los dedos en la vagina en ningún momento, en cuanto ella le dice que no quiere continuar él para". Preguntado en cuanto a los restos de ADN dijo que "en el momento de besarse se estaban tocando por toda las partes del cuerpo tocándose mutuamente, que él también le tocaba a ella, en el momento que le dice que quiere parar, le dice que no se preocupe, que sin ningún problema, él sale y se queda en la puerta."

Especifico más tarde en el acto del juicio que cuando llegó a la furgoneta "se desviste y se quedó en calzoncillos, que no vio ninguna luz encendida, que se va a la rueda que dejan la llave y vio que no estaba la llave y supuso que había alguien dentro. La cama está muy cerca de la puerta, es muy reducido el espacio. Cuando él entra ellos reaccionan parando, que N. se tapa con el brazo y ella se estaba saliendo de encima de David, que estaban los dos completamente desnudos, que él se sorprendió no sabía que estaban allí y les pidió disculpas, que venía a descansar pero también estaba preocupado a ver si le ayudan a buscar el reloj, que ellos acceden a buscar el reloj y N. se pone un sujetador para buscar el reloj, acceden a buscarlo y mientras lo buscan tiene una pequeña conversación y ella accede a buscar el reloj no la vio con ningún problema y están 2 ó 3 minutos buscando el reloj y no había tanto espacio para buscar, el reloj, que ninguno de los dos le dice que se vaya, que él estaba dentro de la furgoneta presente y ellos reanudaron la relación sexual, que David tumbado boca arriba y ella encima pero de cara a él dando a él de cara muy cerca a él, y él estaba un poco encorvado porque no podía estar completamente de pie, que le acaricia el brazo y empiezan a besarse, que ella se quita el sujetador en un momento e incluso le quita los calzoncillos, que ella tenía una conducta activa en la que notaba que se encontraba cómoda, que él le tocó por

*todas las partes, que hay un momento que están encima de ella y él le toca la vagina y la encontró lubricada, y él también le estaba, que no le introdujo los dedos de forma agresiva pero si le tocó la vagina, le toco e incluso varias veces llegó a introducir los dedos pero no de forma agresiva ni con violencia, que ella también le masturbaba pero no llegó a eyacular, que fue breve, y que mientras estaba con él David paso a un segundo plano y se centró en intimar con él, David continuó tumbado debajo de N., que él nunca agarró a N. con violencia de los brazos ni de las piernas."*

Por último añadió que *"en ningún momento le pidió perdón, lo único que le dijo es que sentía que se hubiera agobiado, lo único que quería era empatizar con ella. Le sorprendió que ella quisiera finalizar las relaciones, le sorprendió que quisiera parar, en cuanto le dice que pare pues para, vuelve a ponerse el calzoncillo y empiezan a charlar."*

Contrasta, sin embargo, la citada declaración con lo manifestado en sede de instrucción, cuando por primera vez narra lo sucedido, puesto que al contrario que su amigo, el otro acusado D. David G., decide no declarar en sede policial.

Así, ante el órgano instructor, al día siguiente de los hechos, de forma clara y explícita afirma *"que no le introdujo los dedos a ella vagina"* y que *"él estaba de pie y no la tocaba que era ella quien le tocaba a él."* (Folios 62 a 64 de la causa). Lo manifestado con anterioridad es completamente contradictorio con lo expuesto en el acto del juicio oral en donde en todo momento afirma que tocaba a Dña. N. por todo el cuerpo y que le introdujo en varias ocasiones los dedos en la vagina.

La explicación de este cambio de versión es muy clara, y no se debe a otra cosa a que miente en su primera declaración, en el ejercicio legítimo de su derecho de defensa, pero no puede continuar con su mentira debido a que el informe de ADN, el Informe del Departamento de Biología del Servicio de Criminalística de la Guardia Civil (folios 117 a 127 de la causa), desvela que *"de los restos orgánicos en el hisopo aplicado a la cavidad vaginal de la víctima se ha obtenido una mezcla de haplotipos de Cromosoma Y en la que son compatibles como contribuyentes los haplotipos indubitados de Cromosoma Y de Santiago M. L. y David G. G."*

Ante la anterior evidencia, el acusado cambia su versión de los hechos y ya en la declaración indagatoria que obra, grabada, al folio 655 de la causa, relata que empezaron a magrarse y a tocarse. Que estuvieron tocándose por todas partes del cuerpo.

La poca credibilidad que ofrece su relato, pues además de que resulta cambiante en función del devenir de las diligencias de investigación y que absolutamente ninguna evidencia o indicio objetivo existe de la participación activa que describe respecto de Dña. N. en la relación sexual iniciada, no se ve apoyada de forma decidida tampoco por las manifestaciones de la otra persona presente en la furgoneta. Así, el también acusado D. David G., en sus diferentes declaraciones, en las que de forma lógica trata de apoyar a su amigo y defenderse él, recordemos que

tampoco tiene obligación alguna de decir la verdad, de modo casi siempre tenue y sigiloso, alude en múltiples ocasiones a que desde su posición podía “intuir” pero no ver con claridad.

Así, en el acto del juicio afirmó que él *“estaba tumbado y N. arrodillada encima y de cara a la puerta, que N. estaba frente al otro acusado. Ve la espalda de N. y ve que se están tocando y besando pero ve la espalda y movimientos de cuerpo, ve claramente que se están besando y se están tocando y él desaparece y pasan de tener relaciones y él pasa a no estar activo en el relación porque se estaban gustando más entre ellos”*. Dijo que *“había un par de flashes móviles, igual uno o dos móviles, que no recuerda si estaba la linterna boca arriba a boca abajo pero había algo de luz, poca pero no para estar totalmente a oscuras, que no pudo apreciar que le metiera el pene en la boca, él no lo ha visto, en la posición en la que estaba porque estaba muy cerca por la cercanía, por los gesto corporales pudo intuir que se besaban, vio que los tocamientos eran por todas partes, en forma de beso de abrazo, se acercaban, N. le dice que se está agobiando y sale de la posición en la que estaban. (...) no vio que le introdujera el pene en la boca ni que le metiera los dedos en la vagina. (...) se empezaron a tocar, él se queda sentado llega un momento que N. y él se dejan de penetrar y ella se incorpora un poco, ya no se vuelven a penetrar hasta que ella abandona la furgoneta, dice que ella se incorporó para mantener relaciones con Santiago. A excepción de dejar de penetrarle no vio, que no vio que Santiago tuviera una actitud violenta y es imposible porque se hubiera caído encima de él que estaba tumbado debajo si le hubiese empujado, mientras estuvieron conversando permanecieron desnudos completamente y cuando Santiago se fue él le pregunto si quería que le acompañara a Mandala”*

Añadió que *“cuando se abre la puerta N. no se vio sorprendida, que no le dijo echa de aquí a Santi, y que cuando estaba Santi presente retomaron la relación sexual delante de Santiago, que ella busca el reloj desde mitad de cama sentada sobre la cama, de rodillas en esa posición busca el reloj, en el momento reanuda relaciones ella accede no dice que no quiera continuar o que se vaya Santi, fluyó y no veía comportamiento contrario de ella, hubo un periodo que se estaban abrazando y tocando por los gestos corporales”*

Es decir, en todo momento pese a afirmar en algún momento durante su declaración que vio como se besaban y tocaban en el acto del juicio deja claro también que desde su posición lo deduce o lo intuye por los gestos corporales de ellos, de forma bastante difusa y totalmente contradictoria con lo que había venido manifestando durante la instrucción de la causa. Así en su declaración policial, que se produce poco después de los hechos y sin que su amigo D. Santiago hubiese declarado aún (folios 19 y 20 de la causa) manifestó que *“tras buscar el reloj la chica y él volvieron a la cama y se siguieron acariciando con la intención de mantener relaciones sexuales”*. En ningún momento manifiesta que las retomaran tan solo que volvieron a la cama (en el juicio dijo que ella siempre había estado encima de la cama) con la intención de ello, no mencionando en absoluto que la penetrara nuevamente.

Lo que resulta más significativo aún es que en su declaración policial (folio 20) se muestra totalmente cauto sobre lo que Santi hizo o dejó de hacer, y cuando fue

preguntado directamente si D. Santiago tuvo contacto físico alguno con la chica tan solo manifiesta que mientras ellos seguían en la cama *“Santi se acercó a la chica y le preguntó si alguna vez había hecho un trío”*, relatando que la chica respondió que sí pero que en ese momento no lo tenía planeado. De la citada expresión en modo alguno se extrae el comportamiento activo que ambos le atribuyeron a ella después. En ningún momento menciona tampoco en su primera declaración, pese a la pregunta directa, que existiera contacto físico alguno entre D. Santiago y Dña. N., lo que contrasta con lo manifestado en el plenario de que veía o intuía que se besaban y acariciaban.

Además, para mayor ilustración de la postura del acusado D. David de contestar de forma evasiva aludiendo a que lo podía intuir o suponer, nunca ver con claridad, en su declaración en sede de instrucción a los folios 67 y 68, manifestó que estaban besándose que podía intuirlo pero no verlo, que no escuchó a Santi preguntar a N. si quería mantener un trío (frente a lo dicho anteriormente), y que él tenía su pene introducido en la vagina de N., que no notó que por un momento ella no estuviera sobre él y Santi le hubiera podido introducir los dedos. De forma clara sus versiones son bastante contradictorias a lo largo del proceso, dejando, eso sí, siempre una sombra de duda de que pudiera ver claramente lo que sucedía pues se refiere en varias ocasiones a que más bien lo intuía.

**CUARTO.-** Como se ha adelantado en el fundamento jurídico segundo de la presente resolución los hechos declarados probados entendemos que son constitutivos de un delito de abuso sexual y no de agresión sexual teniendo en cuenta las circunstancias concretas que han resultado acreditadas y que entendemos que nos llevan a rechazar que, pese a que resulte claro que no existió consentimiento válido de la víctima en ningún caso para la relación sexual que consistió en penetración bucal con el pene y vaginal con la introducción de los dedos, existiera la violencia e intimidación necesarias para colmar las exigencias del tipo de agresión sexual.

Y ello pese a que se ha tenido en consideración que la violencia o intimidación empleadas en los delitos de agresión sexual, conforme recuerda, por ejemplo, la STS núm. 886/2021 de 17 noviembre, 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.

Por un lado, lo cierto es que en este caso las lesiones extragenitales que presentaba Dña. N. no resulta constatado con rotundidad que se produjeran en el momento de desplegarse la conducta sexual típica, concretamente el segundo

acceso carnal. Dña. N. dice que el acusado D. Santiago la empuja hacia atrás para introducirle los dedos en la vagina cogiéndola por el antebrazo pero lo cierto es que la citada explicación que ofrece parece obedecer más a una ordenación de los acontecimientos en su cabeza, que ha realizado posteriormente para poder explicar de una forma razonable las lesiones (equimosis) que después aparecen en su cuerpo.

Así se evidencia, por ejemplo, del informe de la psicóloga que la ha venido tratando durante casi todo este tiempo. La psicóloga del CIMASCAM en el acto del juicio claramente explicó que como dice en la página 5 apartado C primer punto de su informe, en el caso de Dña. N. en lugar de que todo quede fijado al milímetro en su mente, *“hay cosas que son tan angustiantes que no se graban o a veces la mente se fija solo en una cosa y a veces cuerpo y mente se separan y hay cosas que pueden ocurrir durante una agresión sexual que no se graben en la mente, ella decía que no recordaba exactamente dónde estaba el chico con el que ella se fue, David, que estaba centrada en el otro que era el más peligroso pero que no le cuadraba el moratón que tenía en la mano derecha y era un hecho importante.”*

Así puede leerse efectivamente en el informe del CIMASCAM, concretamente al folio 134 de la causa, en donde se indica, entre las alteraciones negativas cognitivas y de estado de ánimo asociadas al suceso traumático, la incapacidad de Dña. N. de recordar un aspecto importante del suceso traumático (debido típicamente a amnesia disociativa). Concretamente se refiere al hecho del moratón en la mano derecha y transcribiendo las concretas palabras de Dña. N., entrecomilla: *“no recuerdo exactamente dónde estaba el chico con el que yo me fuí, mi peligro era el otro. Por el moratón de la mano derecha tengo la duda de si era David el que me agarró ahí...”*

La conclusión que se extrae del citado informe es que Dña. N. encuentra dificultades para explicar quién o cómo se hizo el moratón que tenía en la mano derecha, *“que no le cuadra”* y sabiendo que era un detalle importante es lógico que trate de ordenar ese dato en su mente y lo expliqué con el momento en que D. Santiago la echó hacia atrás para poder penetrarla vaginalmente con los dedos, pero resulta claro a la vista del informe de la psicóloga que la trata que ella misma no tiene la certeza de que así fuera.

Por otra parte, ninguna duda cabe de que no existió violencia ni intimidación alguna en la conducta del acusado de introducir su pene en la boca de Dña. N. pues ella misma es incapaz de explicarse como pudo sucederle algo así. Ni puede explicarlo con claridad en el acto del juicio, ni tampoco puede explicárselo a su amiga Dña. María de las Nieves cuando ella le pregunta. Como ya se ha dicho en el fundamento jurídico anterior resulta claramente acreditado que tal hecho ocurrió atendida la declaración de la víctima y todas las evidencias y circunstancias que la rodean, como más arriba se ha analizado detalladamente, pero también resulta claro que no existió en este caso ni violencia ni intimidación.

Existen, no obstante, más datos y circunstancias en este supuesto tan particular que nos llevan a concluir que no existió violencia ni intimidación.

En primer lugar, pese a ser cierto que la conducta del acusado se desarrolla aprovechando una serie de circunstancias, como también se ha explicado ya (lo angosto del lugar, que estaba tapando la salida, que la víctima estaba desnuda en una situación vulnerable, que además estaba el otro acusado presente), que le situaban en un plano de superioridad respecto de la víctima, entendemos que no puede apreciarse en este caso que existió intimidación ambiental pues existen otras circunstancias que hacen que deba descartarse. La primera que la referida situación no existe evidencia alguna de que fuera buscada de propósito por el acusado, quien se aprovechó de la situación de superioridad que le ofrecían las circunstancias que encontró pero no la buscó. Todos los testigos afirmaron que no volvieron a ver al acusado en la segunda discoteca a la que fueron y que no estaba presente cuando Dña. N. se fue con D. David a la furgoneta, hecho que resulta creíble que desconociera hasta que llegó allí. El propio D. David ofrece su terminal móvil para que la policía pueda comprobar que no existieron mensajes ni comunicaciones entre los acusados y, por último, resulta lógico que acudiera a la furgoneta pues era el lugar donde pernoctaba cada noche.

En segundo lugar, el otro acusado, D David, pese a estar presente en ese momento mantuvo una actitud pasiva, según declaró la propia Dña. N., pues durante todo el tiempo que estuvo allí D. Santiago, se limitó a no invitarlo a irse de lugar, sin que pueda tenerse en cuenta tampoco el factor de la edad, experiencia o madurez pues los acusados son más jóvenes que la víctima en este caso.

Pero, sin duda, el factor más determinante que nos lleva a rechazar la existencia de violencia o intimidación en este caso es el hecho de que, coincidiendo víctima y acusados en que los hechos transcurren en muy breve espacio de tiempo, cuando se produce la penetración vaginal con los dedos y la víctima le pide al acusado que pare, que la dejen marchar, éste actúa conforme a su petición. Este último es un hecho totalmente indiscutido en el que todas las partes coinciden.

Como ya se ha explicado antes, para poder determinar si existe o no violencia o intimidación se ha de tener en cuenta la conducta concreta del sujeto activo, no el temor o miedo de la víctima. En este caso de la conducta de D. Santiago se deduce con total claridad que, pese a que su deseo todo indica que era continuar con la relación sexual, cuando percibe que para continuar con ella va a tener que recurrir a la violencia o la intimidación cesa inmediatamente.

Así se pone de manifiesto tanto en la declaración de la propia Dña. N. en el acto del juicio cuando dice que *“Santiago echó un paso atrás cuando me vio la cara de miedo y de susto que ella tenía y le dijo que lo sentía pero no había fluido. Santi paró y echó un paso atrás hacia la puerta”*, como a lo largo de toda la causa, desde las primeras declaraciones en sede policial como en sede de instrucción en las que se recurre por la víctima y su amiga Dña. María de las Nieves a expresiones como *“Santi paró*

*cuando ella se lo pidió, que la vieron muy nerviosa” (en el caso de Dña. N. al Folio 61) o en el caso de la citada testigo que “me dijo que los dos chicos habían intentado abusar de ella” o que “que ninguno de los dos la forzó y que cuando ella quiso marcharse.” (Folio 21 y Folio 71) .*

Ello no quiere decir que previamente a este suceso, antes de que cesara la relación, no se hubiera consumado ya por parte del acusado D. Santiago el delito de abuso sexual llevado a cabo aprovechando las circunstancias concurrentes que le ponían en una clara situación de superioridad, actuando de forma sorpresiva y por la vía de hecho, sin tener en cuenta en absoluto lo que la víctima quería, aprovechando su estado de shock y de estupor al verse en tan reducido espacio con dos hombres prácticamente desconocidos, que pese a ser menores que ella de edad eran deportistas de élite con presumiblemente mayor fuerza física que ella, estando desnuda, en un lugar que le era totalmente ajeno con una única salida ante la que él se encontraba, siendo perfectamente consciente D. Santiago del estado de vulnerabilidad de ella, pues reconoció incluso que ella estaba intentando cubrir su desnudez con los brazos. Todas estas circunstancias eran sobradamente conocidas por el acusado, sabía que le colocaban en una clara situación de superioridad frente a Dña. N. y las utilizó para conseguir su objetivo, llevando a cabo la penetración bucal primero con su pene que introdujo en la boca de Dña. N. sin dificultad ante la sorpresa y estupor de ésta que ni siquiera se opuso a tal acto, movida por las citadas circunstancias y cuando ella le empujó para sacárselo de la boca aprovechando las mismas circunstancias la echó hacia atrás, pese a que ya le había manifestado con claridad su negativa y la penetró con los dedos en la vagina, consumándose así el delito de abuso sexual con prevalimiento.

**QUINTO.-** Se alega por la defensa del acusado D. SANTIAGO M. L. la existencia en su conducta en todo caso de un error de tipo del art. 14.1 del Código Penal, alegando que si no hubo consentimiento por parte de Dña. N., ella no supo transmitírselo, incurriendo, por tanto, el acusado, en un error de tipo que destruye el dolo y la tipicidad subjetiva.

Como recuerda la STS núm. 102/2022 de 9 febrero, el Tribunal Supremo repetidamente ha señalado que la existencia de un error relevante, tanto cuando el mismo recaiga sobre aspectos constitutivos de la infracción como cuando tenga por objeto la ilicitud penal del hecho, es un aspecto que, naturalmente, no puede ser presumido en beneficio del acusado. Antes al contrario, su existencia habrá de aparecer justificada. Sin necesidad de profundizar aquí acerca de si el estándar probatorio exigible en este caso resulta equivalente a la obtención de una prueba plena de la existencia del error o si basta a ese objeto la prueba de una mera probabilidad prevalente, de lo que no puede caber duda es de que el error, ya sea de tipo o de prohibición, habrá de resultar justificado.

Por su parte, señala la STS núm. 844/2021 de 4 noviembre que: *“El error del tipo supone el conocimiento equivocado o juicio falso sobre alguno o todos los elementos*

*descritos por el tipo delictivo (nº 1 art. 14 CP) y a su vez, vencible o invencible, o sobre circunstancias del tipo, que lo cualifiquen o agraven (nº 2); por tanto el error sobre cualquier elemento del tipo, es decir, el desconocimiento de la concurrencia de un elemento fundamentador de la prohibición legal de esa conducta, excluye en todo caso el dolo, ya que éste requiere el conocimiento de todos los elementos del tipo de injusto, es decir, el dolo se excluye por un error que le impide al autor conocer el peligro concreto de realización del resultado típico o de los hechos constitutivos de la infracción ( STS 926/2016, de 14-12 ).”*

La defensa del acusado argumenta que éste actuó movido bajo la conciencia errónea de que existía consentimiento de la víctima. Sin embargo, como ya se ha explicado más arriba no existe acreditación alguna de tal hecho, sino todo lo contrario. Como ya se ha dicho, consta acreditado que la víctima manifestó su oposición, tanto con sus actos, empujando al acusado para sacarse el pene de la boca, como con sus palabras, manifestando que ella había ido a la furgoneta a estar con el otro acusado y no con él, habiéndose desmenuzado ya en el fundamento jurídico tercero los indicios que corroboran el testimonio de la víctima frente al relato de los acusados. Además también se ha argumentado con anterioridad que ha quedado sobradamente acreditado que el acusado conocía plenamente las circunstancias y la situación en la que se hallaba la víctima (a las que ya nos hechos referido también reiteradamente) que le colocaba a él en una situación de superioridad privilegiada frente a la vulnerabilidad de ella y que el acusado aprovechó para llevar a cabo de forma sorpresiva y por la vía de hecho los actos de naturaleza sexual que también han quedado constatados.

**SEXTO.-** Del referido delito de abuso sexual es responsable en concepto de autor el acusado, D. SANTIAGO M. L. , de conformidad con lo ordenado en los arts. 27 y 28, párrafo primero del Código Penal, por haber tomado parte directa, material y voluntaria en su ejecución, incurriendo en la conducta integradora del mencionado tipo penal. Así se desprende del material probatorio al que se ha hecho referencia y del que es reflejo el *factum* de la presente.

**SÉPTIMO.- Respecto del acusado D. DAVID G. G..**

Según la sentencia del Tribunal Supremo de 3-3-06, que resume la doctrina jurisprudencial en esta materia, *“el respeto a la presunción constitucional de inocencia implica que nadie puede ser condenado sin que se acredite su culpabilidad con arreglo a la ley. Ello supone que es preciso que existan pruebas de cargo, cuya aportación corresponde a la acusación, que permitan considerar acreditada la realidad de unos determinados hechos imputados por la acusación así como la participación del acusado en ellos. Tales pruebas han de ser válidas; han debido aportarse al proceso con respeto a las exigencias constitucionales y legales; han de tener contenido inculpatario suficiente para demostrar aquellos hechos; y en este sentido han debido ser valoradas por el Tribunal de forma racional, respetando las reglas de la lógica, las enseñanzas de la experiencia común y los conocimientos científicos cuando se haya acudido a ellos”*.

El Tribunal Constitucional también ha insistido en que la prueba de cargo debe ser obtenida lícitamente y practicada en el juicio oral, con sujeción a los principios de contradicción, oralidad e intermediación procesal. Y ha de ser de entidad suficiente como para erradicar cualquier duda razonable, quedando, en suma, desvirtuada la presunción de inocencia (por todas, SSTC 201/89, 217/89 y 283/93).

En estrecha relación con la presunción de inocencia se halla el principio "in dubio pro reo". El Tribunal Supremo tiene declarado que se trata de un principio de carácter eminentemente procesal, utilizable en el ámbito de la crítica de la prueba, e instrumental en orden a resolver los conflictos en los que el Tribunal no puede llegar a una convicción firme sobre lo probado, supuestos en los que la duda surgida debe ser resuelta a favor del reo. No es, por tanto, un principio aplicable en los casos en que el Tribunal llega a una convicción en conciencia sobre el acreditamiento de un dato fáctico, excluyéndose toda duda sobre su existencia (STS de 25-04-2003).

A pesar de la íntima correspondencia entre el derecho a la presunción de inocencia y el principio "in dubio pro reo", y aunque uno y otro sean manifestación de un genérico "favor rei", existe una diferencia sustancial entre ambos, de modo que su alcance no puede ser confundido. El principio "in dubio pro reo" sólo entra en juego cuando, practicada la prueba, ésta no ha desvirtuado la presunción de inocencia. Dicho en otros términos, la aplicación de dicho principio se excluye cuando el órgano judicial no ha tenido duda sobre el carácter incriminatorio de las pruebas practicadas (STC 63/1993, de 1 de marzo y SSTS de 05-12-2000, 20-03-2002 y 18-11-2002).

Partiendo de las anteriores consideraciones, la valoración en conciencia de la prueba practicada, conforme al artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, lleva a este Tribunal a concluir que no ha quedado debidamente acreditado más allá de toda duda razonable que el procesado D. DAVID G. G., coadyugara o participara en modo alguno en el delito de abuso sexual cometido por D. SANTIAGO M. L..

De la prueba desplegada en el acto del juicio se deduce que todos los actos de naturaleza sexual que se llevaron a cabo entre D. David y Dña. N. fueron consentidos y queridos por ambos.

Así se deduce de la propia declaración de Dña. N. que se ha analizado más arriba que reconoce que mantuvo relaciones sexuales totalmente consentidas con el mismo aquella noche hasta que fueron interrumpidos por el otro acusado, sin que pueda explicar qué hizo exactamente D. David mientras D. Santiago estaba realizando la conducta sexual que más arriba ha sido ya objeto de reproche. Mantiene que estaba tumbado a su lado y le reprocha, fundamentalmente, que no hiciera nada, que se mantuviera callado mientras el otro acusado abusaba de ella, que no lo echara de la furgoneta y no le recriminara su actitud. La víctima no concreta qué estaba haciendo D. David en el instante en el que tiene lugar el abuso refiriendo a la psicóloga del CIMASCAM, con la que sigue su tratamiento, que a él

lo borra de su mente y se centra en D. Santiago que era la persona que le producía temor en ese momento, tal y como ya se ha explicado más arriba.

Además, el corto espacio de tiempo que duró la relación sexual no consentida con D. Santiago, que todos coinciden en que fue fugaz, y el hecho de que cesara de forma voluntaria por parte de éste hace que no le sea exigible a D. David otro comportamiento distinto del que tuvo atendidas las circunstancias, o al menos que su conducta no pueda ser objeto de reproche penal. Afirma la víctima que sospecha que había existido concierto previo entre ellos pero lo cierto es que se trata de una mera sospecha de la que no existe prueba alguna. Más al contrario el propio acusado, D. David G., como ya se ha dicho, ofreció su teléfono móvil para que la Guardia Civil hiciera las comprobaciones oportunas y además resulta explicable y razonable que D. Santiago acudiera al citado lugar dado que era donde pernoctaba.

El resto de la prueba practicada en el acto del juicio no hace si no reafirmar la anterior conclusión, esto es, que no existió conducta alguna por parte de D. David merecedora de reproche penal. Así, por ejemplo, el médico forense manifestó en el acto del juicio, respecto de la relación sexual con D. David, que *“Dña. N. refiere que estaba manteniendo una relación sexual consentida con acceso carnal por vía vaginal pero sin eyaculación, explica que se encuentra en posición de genuflexión con quien refiere que las relaciones sexuales son consentidas.”*

Igualmente la testigo Dña. María de las Nieves dijo en el acto del juicio que Dña. N. *“le dijo que había tenido penetración y felación con David, (...) que se fue voluntaria con David.”*

Carecemos, por tanto, de elementos probatorios de suficiente fiabilidad como para, más allá de toda duda razonable, afirmar que el citado acusado cometió el delito objeto de acusación por lo que, dada la insuficiente prueba de cargo, por inexcusable aplicación del antes definido principio "in dubio pro reo", debemos dictar sentencia absolutoria.

**OCTAVO.-** No concurren circunstancias atenuantes ni agravantes de la responsabilidad Criminal.

Solicitó la Acusación Particular que se apreciara en este caso la concurrencia de la circunstancia agravante de abuso de superioridad del art. 22.2º del Código Penal

Tal y como señala la STS de 27 de octubre de 2021, *“el abuso de superioridad concurre cuando una eventual defensa de la víctima queda ostensiblemente debilitada por la superioridad personal, instrumental o medial del agresor, que se ve por ello asistido de una mayor facilidad para la comisión del delito ( SSTS 16/2012, de 20 de enero o 683/2013, de 23 de julio, entre muchas otras).*

*La circunstancia agravante encuentra su fundamento en la prepotencia del sujeto activo o el abuso sobre su víctima. Debe existir un desequilibrio notorio entre las situaciones de poder de los sujetos implicados en el delito, con una potenciación agresiva del autor que favorezca que su acción prospere frente a un sujeto pasivo que se encuentra en situación normal o debilitada, de suerte que en nuestra STS 926/1998, de 4 de julio, proclamábamos que no cabe apreciar esta circunstancia en aquellos supuestos en los que la potencia extraordinaria sea necesaria para la realización del propósito delictivo.”*

Como recuerda la STS núm. 922/2012, de 4 de diciembre (con cita de las SSTS 863/2015, de 30 de diciembre; 93/2012, de 16 de febrero; 1221/2011, de 15 de noviembre; 1236/2011, de 22 de noviembre y 1390/2011, de 27 de noviembre), y más recientemente la STS 711/2021, de 21 de septiembre, la agravante de abuso de superioridad requiere así de los siguientes requisitos:

1) Un requisito objetivo, consistente en una situación de superioridad, es decir, un importante desequilibrio de fuerzas a favor de la parte agresora frente al agredido derivada de cualquier circunstancia. Bien referida a los medios utilizados para agredir (superioridad medial), bien al hecho de que concurren una pluralidad de atacantes (superioridad personal), siendo precisamente este último supuesto el más característico y el de mayor frecuencia en su aplicación.

2) Un resultado, esto es, esta superioridad ha de producir una notable disminución de las posibilidades de defensa del ofendido, sin que llegue a eliminarlas, pues si esto ocurriera nos encontraríamos en presencia de la alevosía que constituye así la frontera superior de la agravante que estamos examinando.

3) Un requisito subjetivo, consistente en que el agresor o agresores conozcan esa situación de desequilibrio de fuerzas y se aprovechen de ellas para más fácil realización del delito y

4) Un requisito excluyente, que entraña que la superioridad de la que se abusa no sea inherente al delito, bien por constituir uno de sus elementos típicos, bien porque el delito necesariamente tuviera que realizarse así.

En el presente caso no resulta apreciable la referida circunstancia dado que como ya se ha explicado más arriba la situación de superioridad del acusado, de D. Santiago M. L., que ha quedado acreditada por las circunstancias concurrentes y a la que ya nos hemos referido reiteradamente, si bien es aprovechada por el mismo para la perpetración del delito, constituye uno de sus elementos típicos por lo que ya ha sido valorada al calificar el delito sin que pueda, en consecuencia, volver a valorarse agravándose las consecuencias jurídicas que lleva aparejada tal calificación, so pena de conculcar el principio de “ne bis in idem”.

**NOVENO.-** El delito de abuso sexual con acceso carnal lleva aparejada una

pena principal de 4 a 10 años de prisión, habiendo interesado el Ministerio Fiscal 8 años (si bien calificaba por agresión sexual cuya pena es mayor) y 9 años y 6 meses en el caso de la Acusación Particular (también por el delito de agresión sexual). En ausencia de circunstancias atenuantes y agravantes, pero teniendo en cuenta la fugacidad de la conducta del acusado que se extendió durante pocos minutos, así como el hecho de que el mismo haya procedido a consignar la totalidad de la cantidad solicitada en concepto de responsabilidad civil por parte del Ministerio Fiscal antes del enjuiciamiento mostrando con ello su disposición a reparar el daño causado a la víctima, estimamos proporcionado individualizar la pena en 4 años de prisión, aplicando la pena mínima, añadiendo la accesoria legal de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, prevista en el art. 56.1.2º del C.P.

Asimismo, y al amparo del art. 57.1 del Código Penal en relación con los arts. 48.2 y 3 del mismo texto legal, se le impone la prohibición de aproximarse a menos de 500 metros de la víctima, DÑA. N., su domicilio o cualquier otro que frecuente y de establecer con ella, por cualquier medio de comunicación directo, informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual, todo ello durante 12 años.

No se considera proporcionado imponer al acusado la pena accesoria de prohibición de residir en la misma ciudad que la víctima dado que durante todo este tiempo no se ha acordado medida cautelar alguna de prohibición de aproximación y comunicación sin que haya existido incidente alguno pese a que han transcurrido casi cinco años, como tampoco extender dichas prohibiciones a la familia de la víctima pues no está justificado a la vista de las circunstancias, fundamentalmente del hecho de que absolutamente ningún incidente ha existido durante el tiempo transcurrido, no constando ni siquiera que sus familiares hayan coincidido en ningún lugar en algún momento con el acusado.

Procede también imponer, de conformidad con el artículo 192.1 CP, la medida de libertad vigilada durante 5 años, a concretar en el momento procesal oportuno.

Dispone el artículo 36.2 del Código Penal, en su segundo párrafo, que cuando la duración de la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años, el juez o tribunal podrá ordenar que la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no se efectúe hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta. Dado que en este caso la pena de prisión impuesta es inferior a cinco años no cabe la aplicación de la citada previsión legal.

**DÉCIMO.-** Prevé el art. 109 CP que *"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"* y añade el art. 110 que esa responsabilidad comprende la restitución, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios materiales y morales.

El Ministerio Fiscal interesa una indemnización de 50.000 euros por el daño moral sufrido. La Acusación particular solicita que se condene a los acusados a indemnizar a la perjudicada en la cantidad de 172.632,64 euros por el daño ocasionado.

Conforme a reiterada doctrina jurisprudencial (véase la STS núm. 445/2018, de 9 de octubre) el daño moral resulta de *"la importancia del bien jurídico protegido, la indemnidad sexual, y de la afectación al mismo; no deriva de la prueba de lesiones materiales, sino de la significación espiritual que el delito tiene con relación a la víctima"*. No es preciso que los daños morales se concreten en alteraciones patológicas o psicológicas sufridas por las víctimas, bastando que sean fruto de una evaluación global de la reparación debida a las mismas. La STS 514/2009 insiste en que *"el daño moral en el delito contra la libertad sexual, el dolor, el sufrimiento, el pesar o la amargura están ahí en la realidad sin necesidad de ser acreditados, porque lo cierto es que el daño moral no necesita estar especificado en los hechos probados cuando fluye de manera directa y natural del relato histórico"*. Además, normalmente no podrán los Juzgadores contar con pruebas que faciliten la cuantificación económica para fijarla más allá de la expresión de la gravedad del hecho, su entidad real o potencial relevancia repulsa social, así como las circunstancias personales de los ofendidos (SSTS 957/1998, 16 de mayo y 1159/1999, 29 de mayo). En suma, los daños morales no pueden cuantificarse en la misma forma que los materiales, lo que no significa que sean inexistentes. El daño moral sólo puede ser resarcido mediante un precio global basado en el sentimiento social de reparación del daño producido por la ofensa de la víctima (STS 861/2009, de 15 de julio).

Cabe señalar también al respecto la STS, ya citada con anterioridad, 344/2019, de 4 de julio, a cuyo tenor: *"La necesidad de motivar las resoluciones judiciales, art. 120 CE, puesta de relieve por el Tribunal Constitucional respecto de la responsabilidad civil exdelicto (SSTC. 78/86 de 13.6 y 11.2.97) y por esta Sala (SS. 22.7.92 , 19.12.93 , 28.4.95 , 12.5.2000 ) impone a los Jueces y Tribunales la exigencia de razonar la fijación de las cuantías indemnizatorias que reconozcan en sentencias precisando, cuando ello sea posible, las bases en que se fundamenten (extremo revisable en casación), y no lo es, o alcanza dificultades a veces insuperables, explicar la indemnización por daño moral, difícilmente sujeta a normas preestablecidas. En la STS.24.3.97 recuerda que no cabe olvidar que cuando de indemnizar los daños morales se trata, los órganos judiciales no pueden disponer de una prueba que les permita cuantificar con criterios económicos la indemnización procedente, por tratarse de magnitudes diversas y no homologables, de tal modo que, en tales casos poco más podrán hacer que destacar la gravedad de los hechos, su entidad real o potencial, la relevancia y repulsa social de los mismos, así como las circunstancias personales de los ofendidos y, por razones de congruencia, las cantidades solicitadas por las acusaciones"*.

Consta acreditado por el informe psicológico forense que D<sup>a</sup>. N. presenta sintomatología ansiosa y depresiva grave relacionada con los hechos, habiendo resultado muy afectada su vida cotidiana, sufriendo trastorno de estrés postraumático crónico directamente relacionado con los hechos.

Partiendo de las anteriores consideraciones, la Sala valora como proporcionada la cuantificación del daño moral en 50.000 euros, tal y como se solicita por el Ministerio Fiscal, teniendo en cuenta las lesiones psíquicas que presenta la víctima, la ofensa y daño a su dignidad, atendidas la naturaleza y circunstancias del hecho, teniendo en cuenta por un lado la fugacidad de la conducta, pero también por otro la victimización secundaria ocasionada a la víctima por tratarse de un asunto con cierta repercusión mediática y el hecho de que ello haya podido afectar a su intimidad y privacidad.

**DÉCIMOPRIMERO.-** De conformidad con los artículos 123 y 124 del Código Penal y 239 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el procesado D. SANTIAGO M. L. abonará la mitad de las costas procesales, incluidas en esa misma proporción las devengadas por la Acusación Particular, cuya intervención no cabe considerar en modo alguno improcedente, perturbadora o distorsionante, (en tal sentido, y por multitud de ellas, sentencias del Tribunal Supremo 1380/2001, de 11 de julio, ó 175/2001, de 12 de febrero).

La mitad restante de las costas se declara de oficio, dada la absolución del procesado D. SANTIAGO G. G. por el delito de agresión sexual.

En virtud de lo razonado,

## **F A L L A M O S**

Que **DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS** a **D. DAVID G. G.** del delito de agresión sexual por el que venía siendo acusado, con todos los pronunciamientos favorables, dejando sin efecto las medidas cautelares acordadas en su contra y declarando de oficio la mitad de las costas del proceso.

Que **DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS** a **D. SANTIAGO M. L.** del delito de agresión sexual por el que venía siendo acusado. Que **DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS** a **D. SANTIAGO M. L.**, como autor Criminalmente responsable de **un delito ya definido de abuso sexual**, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad Criminal, a la pena principal de **4 años de prisión**, con la accesoria legal de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, prevista en el art. 56.1.2º del C.P.

Asimismo, y al amparo del art. 57.1 del Código Penal en relación con los arts. 48.2 y 3 del mismo texto legal, se le impone la prohibición de aproximarse a menos de 500 metros de la víctima, DÑA. N., su domicilio o cualquier otro que frecuente y de establecer con ella, por cualquier medio de comunicación directo, informático o

telemático, contacto escrito, verbal o visual, todo ello durante 12 años.

De conformidad con el artículo 192.1 CP, se impone a D. SANTIAGO M. L. la medida de libertad vigilada durante 5 años, a concretar en el momento procesal oportuno.

En concepto de responsabilidad civil D. SANTIAGO M. L. indemnizará a DÑA. N. en la cantidad de 50.000 euros por el perjuicio moral causado.

Se impone a D. SANTIAGO M. L. el abono de la mitad de las costas procesales, incluidas en esa misma proporción las devengadas por la Acusación Particular.

Le será de abono para el cumplimiento de la condena todo el tiempo que haya estado privado de libertad por esta causa, de no haberle servido para extinguir otras responsabilidades, lo que se acreditará en ejecución de sentencia.

Así, por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando y de la que se unirá certificación a la causa de su razón, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.