



Roj: **SAP BI 1721/2019 - ECLI: ES:APBI:2019:1721**

Id Cendoj: **48020370062019100271**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Bilbao**

Sección: **6**

Fecha: **27/05/2019**

Nº de Recurso: **47/2017**

Nº de Resolución: **34/2019**

Procedimiento: **Penal. Procedimiento abreviado y sumario**

Ponente: **MIREN NEKANE SAN MIGUEL BERGARECHE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP BI 1721/2019,**
STSJ PV 2418/2019

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BIZKAIA - SECCIÓN SEXTA

BIZKAIKO PROBINTZIA AUZITEGIA - SEIGARREN SEKZIOA

BARROETA ALDAMAR, 10-4ª planta - CP/PK: 48001

TEL. : 94-4016667 FAX : 94-4016995

NIG P.V. / IZO EAE: 48.04.1-17/000684

NIG CGPJ / IZO BJKN :48020.43.2-2017/0000684

Rollo penal ordinario / Penaleko erroilu arrunta 47/2017 - B

Atestado n.º / Atestatu-zk. :

Hecho denunciado / *Salatutako egitatea* : CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUALES /

Juzgado Instructor / Instrukzioko Epaitegia: Juzgado de Instrucción nº 6 de Bilbao / Bilboko Instrukzioko 6 zk.ko Epaitegia Sumario / Sumarioa 75/2017

Contra / *Noren aurka* : Porfirio , Rafael y Remigio

Procurador/a / *Prokuradorea* : VANESSA DIAZ MANZANO, JOSE ANTONIO HERNANDEZ URIBARRI y JESUS GORROCHATEGUI ERAUZQUIN

Abogado/a / *Abokatua* : MANUEL COBO GUTIERREZ, KOLDOBIKA GARCIA MENDIGUREN y LUIS MIGUEL MENICA LANDABASO

María Inmaculada en calidad de ACUSADOR PARTICULAR

Abogado/a / *Abokatua*: JAVIER BERAMENDI ERASO

Procurador/a / *Prokuradorea*: OSCAR MUÑOZ MENDIA

Ilmos./Ilma. Sres./Sra.:

PRESIDENTE: D. ANGEL GIL HERNANDEZ

MAGISTRADA: D^a. MIREN NEKANE SAN MIGUEL BERGARETXE

MAGISTRADO: D. ALBERTO DE FRANCISCO LOPEZ.

SENTENCIA N° 34/19

En Bilbao, a 27 de mayo de 2019.



Vistos en juicio oral y público, presidido por la Sala compuesta por lo/as Magistrado/as reseñados al margen, la presente causa (rollo penal número 47/17) seguida por los trámites del procedimiento ordinario (Sumario núm. 75/17, proveniente del Juzgado de Instrucción de Bilbao) por delito de agresión sexual, del que han sido acusados:

D. Porfirio , cuyas demás circunstancias constan en la presente causa en que ha sido representado por la Procuradora Sra. Díaz Manzano y defendido por el Letrado Sr. Cobo.

D. Remigio , cuyas demás circunstancias ya constan en la presente causa, en que ha sido representado por el Procurador Sr. Marcos Rico y defendido por el Ldo. Sr. Menika.

D. Rafael , cuyas demás circunstancias ya constan en la presente causa, en que ha sido representado por el Procurador Sr. Hernández Uribarri y defendido por el Ldo. Sr. García Mendiguren.

Los tres acusados están en prisión provisional por esta causa.

Es parte acusadora el Ministerio Fiscal, representado la Ilma. Sra. Unzueta, y ejerce acusación particular D^a María Inmaculada , representada por el Procurador Sr. Muñoz Mendia, y bajo dirección letrada del Sr. Beramendi.

Es Ponente de la presente sentencia, la Ilma. Sra. MIREN NEKANE SAN MIGUEL BERGARETXE, que expresa el parecer unánime de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 16 de enero de 2017 el Juzgado de Instrucción de Bilbao en funciones de guardia recibió noticia de que una joven podía haber sido víctima de una agresión sexual, lo que llevó a que se incoaran de inmediato diligencias previas en averiguación de las circunstancias relativas a la noticia recibida, procediéndose a practicar de inmediato las siguientes: 1.- reconocimiento médico por el médico forense de guardia, para que asistiera conjuntamente al examen a practicar en el servicio de urgencias del hospital al que había acudido la joven; 2.- diligencias policiales a practicar por la ertzaintza.

Se practicaron las diligencias que constan, y a la vista de ese inicial resultado, el Instructor decide incoar sumario, por las consecuencias y efectos penales que, en su caso, podrían resultar de una probable tipificación jurídica de los hechos.

SEGUNDO.- Practicadas las diligencias que constan, se emitió auto de procesamiento el 17 de agosto de 2017, en el que se consignan los siguientes hechos como probables: *De las investigaciones policiales en relación con dicha denuncia y las manifestaciones hechas por la víctima, se localizó la existencia de unos testigos así como de una grabación facilitada por el propietario del "Vending Beti Zabalik" sito en la calle Larrinaga nº 1, grabación del día 14/01/2017 - horas comprendidas desde las 07:41 a 07:56 - en las que se observa a la víctima junto con tres varones que en el interior del pequeño recinto del "Vending" de manera sucesiva y simultánea, la obligan mantener relaciones sexuales, por vía vaginal y anal, llegando a observarse en las imágenes cómo mantienen relaciones sexuales con la víctima dos varones a la vez e incluso la colocan a la víctima una bolsa de plástico en la cabeza. Igualmente de las diligencias de investigación practicadas se constata de manera indiciaria que dichas agresiones fueron grabadas, al parecer, por uno de los detenidos. Dichos varones observados en la grabación han sido reconocidos e identificados por la policía sin ningún género de duda como Porfirio , a quien se le ve con nitidez en una de las fotografías de la grabación -folio 130 de las actuaciones-, viéndose en esa fotografía de espalda al detenido Rafael , siendo éste quien llega a colocar la bolsa de plástico en la cabeza a la víctima para, posteriormente, introducirle su mano por el pantalón de la víctima mientras que Porfirio la sujeta por el cuello y la agacha la cabeza hasta su zona genital y Rafael se coloca detrás de ella penetrándola analmente; igualmente se observa cómo la joven está imposibilitada de salir del recinto, así como la participación del otro detenido - Remigio - fotografías obrantes a los folios 139 y 140 del Atestado-.*

Del contenido del atestado y de la grabación se desprende indiciariamente que María Inmaculada se encontraba con sus facultades muy afectadas y disminuidas por la ingesta de alcohol y otras sustancias tóxicas en las horas precedentes a los hechos. En el reconocimiento médico forense de la víctima practicado el día 16 de enero de 2017 se constató que presentaba lesiones traumáticas, consistentes en hematoma en dorso de articulación rodilla derecha con erosión central de 6 por 3 cm. Hematoma de 15 por 15 en dorso muslo izdo. Cuatro erosiones paralelas en dorso de codo derecho. Edema frontal. Dos erosiones longitudinales paralelas al eje del cuerpo de unos 10 cms. En la exploración genital no se observaron signos traumáticos.

A la fecha de los hechos María Inmaculada se encontraba en tratamiento psicoterapéutico con pauta de medicación antidepresiva (escilatopran) y en tratamiento psicológico de larga data. En el análisis de sangre y orina recogida el día 16 de enero se detectó consumo previo de cannabis y cocaína.(folio 901 de autos)



En el mismo auto, el Ilmo. Instructor considera que: *Los hechos relatados anteriormente, revisten, por ahora, y salvo ulterior calificación, los caracteres de delito contra la libertad sexual, previsto y penado en los arts. 178 y art.181 del Código Penal y de un delito de revelación de secretos del art. 197.1 del Código penal.*

En las actuaciones aparecen indicios racionales de criminalidad en la persona de Porfirio , Rafael y Remigio , por lo que procede decretar su procesamiento, de acuerdo con lo que prescribe el artículo 384 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECr) y recibir declaración indagatoria conforme al artículo 388 del mismo texto legal .

Se deja constancia en el auto de procesamiento de cuáles han sido las diligencias practicadas de cuyo resultado se llega a esa exposición de hechos probables, se declara procesados, y seguidamente se llevaron a cabo las diligencias de rigor.

TERCERO.- El 24 de octubre de 2017 se declaró concluso el sumario, remitiéndose la causa a esta Audiencia, conclusión que se revocó devolviéndose la causa al Juzgado de Instrucción a fin de que practicara las diligencias que se indicaron (a petición del Ministerio Fiscal y demás partes procesales, como consta) y en concreto, la toma de declaración como investigado, en primer lugar, a D. Humberto . Se acogió a su derecho a no declarar y se negó a que se le realizaran pruebas de ADN en relación con restos o vestigios hallados en su día. Pese a haberse acordado su práctica por auto del Instructor, no pudo llevarse a cabo por encontrarse este investigado en paradero desconocido, habiéndose declarado su rebeldía y remitiéndose de nuevo la causa a esta Sede.

El 4 de julio de 2018 se reciben las diligencias del Juzgado de Instrucción, y confirmado ya el auto de conclusión por auto de 11 de octubre de 2018, en la misma resolución se decreta la apertura del juicio oral, y en el trámite siguiente, por la representante del Ministerio Fiscal se formula escrito de conclusiones provisionales, en el que luego de relatar los hechos que, según esta acusación acaecieron el día 14 de enero de 2017 los califica como constitutivos de delitos de abuso sexual y delito de descubrimiento y revelación de secretos, pidiendo las siguientes penas:

Contra D. Porfirio una pena de diez años de prisión como autor de un delito de abuso sexual con penetración; otra pena de ocho años de prisión como cooperador necesario en otro delito; una pena de cuatro años de prisión como autor de delito de revelación de secretos. Una vez cumplidas las penas que se impongan seis años de libertad vigilada con obligación de participar en programas formativos de educación sexual. También pide que se le impongan otros cuatro años de prisión y multa, como autor de un delito de descubrimiento y revelación de secretos. Una vez cumplidas las partes de la pena, solicita se expulse a este procesado, dada su situación administrativa irregular. El plazo de expulsión será por diez años.

Contra Rafael , como autor responsable de los mismos delitos que respecto del acusado Porfirio , una pena de diez años de prisión; otra de nueve años de prisión, así como una pena de cuatro años de prisión. Una vez cumplidas las penas que se impongan seis años de libertad vigilada con obligación de participar en programas formativos de educación sexual. También pide que se le impongan otros cuatro años de prisión y multa, como autor de un delito de descubrimiento y revelación de secretos.

Contra D. Remigio , como autor responsable de los mismos delitos que se imputan a los dos anteriores acusados, una pena de diez años de prisión; otra de nueve años de prisión, así como una pena de cuatro años de prisión. Una vez cumplidas las penas que se impongan seis años de libertad vigilada con obligación de participar en programas formativos de educación sexual. También pide que se le impongan otros cuatro años de prisión y multa, como autor de un delito de descubrimiento y revelación de secretos.

Deberán abonar las costas procesales causadas, e indemnizar a D^a María Inmaculada en la cantidad de 15.000 euros por los daños morales sufridos.

En el mismo trámite, la representación procesal de D^a María Inmaculada presenta su escrito de conclusiones provisionales, en que asume las peticiones del Ministerio Fiscal, tanto en el relato de hechos y su calificación jurídica, pero pide penas de prisión de mayor duración, y además del abono de las costas procesales, que se indemnice a su defendida en la cantidad de treinta mil euros.

Por parte de las respectivas defensas de cada uno de los acusados, se formula igualmente su escrito de conclusiones provisionales, en el que manteniendo que, siendo cierto la existencia de relaciones sexuales entre D^a María Inmaculada y algunos de los acusados, piden su libre absolución porque esas relaciones sexuales fueron consentidas y propiciadas por la Sra. María Inmaculada .

Todas las partes procesales piden la práctica de prueba consistente en declaraciones de los acusados, de los testigos, pericial y documental, que es admitida en parte, conforme se dice en auto de 20 de febrero de 2019, señalándose el juicio oral, que ha tenido lugar en los días 7,8,9 y 14 de mayo, en los términos que constan



en el acta levantada al efecto, y una vez practicada la prueba, las acusaciones elevaron a definitivas sus conclusiones provisionales, pero precisando algunos de los extremos contenidos en los escritos, y solicitando mayor pena que la inicialmente solicitada por parte de la acusación particular en la medida en que considera que uno de los hechos, que calificó como abuso sexual intentado, fue en realidad consumado (el atribuido, en calidad de autor, al Sr. Remigio) por lo que modifica su relato, incluyendo la referencia a la consumación, traduciendo todo ello en la petición de pena; también pide mayor pena en relación con los delitos contra la intimidad derivados de la grabación de los hechos y su difusión. La defensa también elevó a definitiva sus conclusiones.

Las acusaciones han solicitado que se mantenga la situación de prisión provisional hasta la firmeza de la sentencia, solicitando su defensa la puesta en libertad del acusado.

Materializado el ejercicio del derecho a la última palabra en los términos que constan en el acta levantada al efecto, el juicio quedó visto para sentencia.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- Resulta probado y así se declara en la medianoche del 13 al 14 de enero de 2017, María Inmaculada salió de fiesta con sus amigas y se dirigió a la discoteca Living, sita en Bilbao, Alameda de Rekalde núm. 18. Una vez allí, María Inmaculada consumió bebidas alcohólicas y fumó cannabis. La ingesta de alcohol fue constante durante la noche, sin que haya sido posible establecer la cantidad, pero sí que esa ingesta unida a que la joven debía tomar (y tomó) medicación antidepresiva por prescripción de su médico, llevó a que le afectara de tal modo que sus capacidades de comprender, querer y controlarse estaban enormemente afectadas.

Resulta probado que, en ese estado se besó y abrazó con cualquier persona que se le ponía delante; se tambaleaba; balbuceaba y era difícil entender lo que decía. Su estado era tal y de tal evidencia, que en un momento dado, al vigilante de seguridad de la discoteca le fue indicado por sus jefes que sacara del recinto a aquella joven que se había meado en la pista.

Resulta acreditado que ese empleado la sacó del lugar con ayuda de otra persona que no ha sido identificada. Pese a que la joven María Inmaculada , en ese estado, no oponía resistencia, fue necesaria la ayuda de esa otra persona no identificada poder materializar la expulsión del recinto de la discoteca de María Inmaculada .

Resulta acreditado que su estado de desorientación y desinhibición era tal, que sus insinuaciones y deseos de abrazos fueron rechazadas por, al menos, dos varones.

SEGUNDO.- Resulta igualmente probado que también a primeras horas de la madrugada del 14 de enero, accedieron a la discoteca Living, D. Porfirio y D. Rafael . Éste último conocía a D^a María Inmaculada por haber coincidido en cursos destinados al control de impulsos que ambos debían llevar a cabo. D. Porfirio conocía de vista a María Inmaculada .

Resulta probado que poco después de llegar a la discoteca los dos acusados (Porfirio y Rafael) llegó D. Remigio con un amigo. Éste conocía a los anteriores, y no a María Inmaculada .

TERCERO.- Resulta probado que sobre las siete menos diez de la mañana, María Inmaculada abandonó la discoteca. Pese al frío que hacía ese día y a esa hora, y a la abundante lluvia que caía, María Inmaculada solo vestía pantalón leginggs y una camiseta corta en el momento de abandonar la discoteca. No llevaba ni ropa de abrigo, ni bolso, ni teléfono, no habiéndose percatado de su falta, dado el estado en que se encontraba. Se los dejó en el interior de la discoteca y fueron recogidos por una amiga de ella, al cierre del local.

Ya fuera de la discoteca estaban D. Porfirio y D. Rafael , que, conscientes éstos del estado de desorientación y desinhibición de María Inmaculada , evidente también por sus dificultades para vocalizar, razonar, mantener un discurso coherente, e incluso para caminar sin tambalearse, decidieron irse con ella, calle abajo hasta llegar a las escaleras de Solokoetxe, lugar de tránsito para acceder al barrio de Santutxu de Bilbao. Durante el trayecto llovió con intensidad y hacía frío.

No ha quedado acreditado lo que ocurrió en el trayecto del camino desde la Alameda de Rekalde (lugar en que se ubica la discoteca living) y la zona del Casco Viejo.

En el cruce de las escaleras de Solokoetxe con la calle Larrinaga se encuentra un local "Vending Beti Zabalik" (Larrinaga 1) y a su interior accedieron María Inmaculada , Porfirio y Rafael . Los dos varones comenzaron a tocar el cuerpo de María Inmaculada , quien se sentó en el suelo del habitáculo, rodeando ambos a la joven, comenzando Porfirio a tocar a María Inmaculada , mientras Rafael miraba. María Inmaculada trató de apartar con sus brazos a Porfirio , y Rafael colocó en la cabeza de María Inmaculada



una bolsa de plástico que cogió del suelo, mientras ambos se mofaban de ella, y uno de ellos decía que era el gorro de la ama.

Está probado que le gritaban para que se levantara del suelo, y que Porfirio , con ánimo de obtener placer sexual, bajándose la cremallera de su pantalón, colocó sus genitales sobre la chica. En ese momento, estando ella en el suelo, y viendo que ni los gritos de ellos (conminándola a levantarse) surtían efecto, la alzaron entre los dos y una vez en pie, Porfirio la cogió por la cabeza y la hizo agacharse hacia delante, al tiempo que Rafael introducía su mano por dentro del pantalón en la zona de los glúteos de María Inmaculada . Seguidamente, siempre con esa intención libidinosa, y al tiempo que Porfirio continuaba sujetando por la cabeza a María Inmaculada , la fue separando de la pared y ello fue aprovechado por Rafael para bajar el pantalón a María Inmaculada , y pese a que ella sujetaba esa prenda por la zona de la tirilla de la cintura del pantalón, finalmente Rafael se lo bajó. En ese momento, viendo Porfirio que la intención de Rafael era penetrar analmente a María Inmaculada , le gritó que parase, que *"no le diera por el culo "*, respondiendo Rafael que por qué no, que él era colombiano y la penetró por detrás. Al tiempo, Porfirio bajaba la cabeza de María Inmaculada para que le practicara una felación y así fue.

Resulta probado que sobre las 7,48 de la mañana, y continuando en la actividad descrita, Porfirio y Rafael vieron que, por el exterior pasaba su amigo Remigio , al que llamaron por su apodo " Cebollero , eh, Cebollero , mira lo que hay dentro" saliendo ambos del local, momento en que María Inmaculada se sube su pantalón legging. Vuelve a entrar Porfirio al interior del local, quedando Rafael y Remigio en el exterior, vigilando la zona en tanto Porfirio penetraba a María Inmaculada vaginalmente. En un momento dado, María Inmaculada apartó a Porfirio y se subió los pantalones.

Resulta probado que, seguidamente entró Rafael y María Inmaculada le dijo que no quería con él, que quería con su amigo, pero le indicaron que con los dos, y si no, que nada, y María Inmaculada dijo que no, quedando en el interior del local Porfirio quien la penetró vaginalmente, entrando al poco tiempo Rafael . Porfirio , atrayendo a María Inmaculada hacia sí, al tiempo que seguía penetrándola, dejó espacio entre la joven y la pared (en que se había apoyado María Inmaculada) permitiendo así que Rafael la penetrara por detrás. Los movimientos de María Inmaculada para apartar a los jóvenes no dieron resultado alguno, consumando ambos los actos descritos (penetración vaginal uno, y anal el otro, al mismo tiempo y sobre la misma mujer).

Resulta probado que, instantes después, Porfirio , apartándose de María Inmaculada se dirigió a Remigio , que hasta ese momento había estado vigilando y fumando un cigarro en el exterior del local. Entran de nuevo al local en que Rafael seguía penetrando a la joven por detrás, diciendo Porfirio "dale, dale" e indicando a Rafael que se apartara, se colocó detrás de la joven, volviendo a penetrarla. En ese momento, Rafael coge la cara de María Inmaculada , la acerca a sus genitales para que le practicara una felación. Accede al interior del local Remigio , quien golpea en las nalgas a María Inmaculada , golpeándola también Porfirio en varias ocasiones. Remigio pasa el cigarro que fumaba a Rafael y le hace un gesto para que éste vigile ahora, sacándose su pene y lo puso en la boca de María Inmaculada , requiriéndole todos que se la chupara, al tiempo que Rafael cogía por la cabeza a María Inmaculada con tal fin. Al no conseguir que la joven realizara ninguna acción para conseguir satisfacer la libido de Remigio , éste retiró su pene, si bien siguió tocando el culo de María Inmaculada mientras Porfirio seguía penetrando a María Inmaculada .

Resulta probado que Rafael había comenzado a grabar la escena, percatándose María Inmaculada de ello, e intentando ir hacia adelante para arrebatar el teléfono a Rafael , siendo impedida a ello por Porfirio que la agarraba de las caderas desde atrás. En este momento Rafael y Remigio permanecían en el exterior, vigilando la zona hasta el punto que se encararon con un varón (que no ha sido identificado) cuando éste, volviéndose sobre sus pasos, se acercó para ver qué ocurría en el interior del "Vending".

Instantes después María Inmaculada volvió a ver la luz del teléfono móvil, y en ese momento sí consiguió salir al exterior para impedir que Rafael la grabara, yéndose ya todos del lugar.

Resulta acreditado que Rafael envió lo grabado a Remigio y a una tercera persona (Humberto , que ha comparecido como testigo en este juicio) sin que se haya probado si lo hizo a más personas.

CUARTO.- Resulta acreditado que María Inmaculada se despertó, sobre el mediodía, en un portal de un edificio del barrio de Santutxu, desorientada y sin recordar ni donde había estado ni qué pudo ocurrir, llamando a su padre desde un establecimiento comercial próximo al local para que acudiera a buscarla. Cuando su padre llegó la encontró con la camiseta deteriorada, los leginggs rotos por la parte de la rodilla y la zona trasera. No llevaba ropa interior y María Inmaculada no supo lo que había ocurrido con la que llevaba cuando salió de casa. Cuando fue reconocida por el médico forense presentaba hematomas en rodilla derecha, muslo, codo derecho, zona izquierda de la espalda y edema frontal.



QUINTO.- D. Porfirio nació en Ecuador el NUM000 de 1996, y es titular del NIE NUM001 . No consta su situación administrativa en España.

D. Rafael nació en Colombia el NUM002 de 1998; titular del NIE NUM003 , y su situación administrativa es regular, poseyendo autorización para residencia de larga duración.

D. Remigio nació en Colombia el día NUM004 de 1990; es titular del NIE NUM005 , y su situación administrativa en España es regular.

Al inicio de la investigación judicial (auto de 4 de febrero de 2017) se acordó su prisión provisional, siendo puestos en libertad por resolución de la Sección Segunda de la A. Provincial el 26 de julio de 2017. Por resolución de 27 de julio de 2018 se acordó de nuevo su prisión provisional, situación en la que se mantienen.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

I.- Cuestiones previas y consideraciones generales .

PRIMERO.- Pese a que la ley procesal aplicable al tipo de procedimiento que nos ocupa no prevé que, al inicio de la vista oral se de trámite para cuestiones previas, así se ha realizado de conformidad con la posición de todas las partes procesales en esta causa. Se han rechazado las alegaciones pidiendo la suspensión de este juicio por las razones que, oralmente se han indicado por el Presidente de la Sala. Sucintamente reproducimos lo ya resuelto: Por un lado, y como las partes procesales en esta causa conocen perfectamente (múltiples resoluciones y doctrina, entre otras STC 70/1990): " *El auto de procesamiento, desde la Ley Provisional de Enjuiciamiento Criminal de 1872, aparece como una peculiar institución del ordenamiento procesal español, incardinada en el que ha venido siendo procedimiento común para el enjuiciamiento de los delitos, cuya naturaleza ha sido caracterizada por la doctrina como resolución que coloca al afectado en una situación procesal específica como objeto de una imputación formalizada, esta resolución formal de imputación, aunque en algún supuesto puede resultar, por consideraciones ajenas al proceso, dañosa y perjudicial para el crédito y prestigio social del procesado, representa una garantía para el formalmente así inculcado -incluso después de la reforma del art. 118 LECr . producida por la L 53/1978 de 4 diciembre-, ya que permite un conocimiento previo de la imputación en fase de instrucción sumarial, posibilita la primera declaración indagatoria (art. 386 LECr .), y hace surgir las consecuencias de ese estatus;.. constituye además un presupuesto necesario para la apertura del juicio oral, en el caso de que se dictara arbitrariamente sin un mínimo fundamento en "algún indicio racional de criminalidad" podría vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva que reconoce el art. 24.1 CE (por todas, STC 66/1989)*.

De este modo, y con el art. 384 LECr ., en esa resolución se ha de contener: a) *la presencia de unos hechos o datos básicos; b) que sirvan racionalmente de indicios de una determinada conducta, y c) resulte calificada como criminal o delictiva* . Consta en esta causa los términos de esa imputación; la práctica de diligencias dirigidas a determinar si esa descripción puede resultar probable, e igualmente si existen indicios que permitan vincular a los inicialmente investigados como procesados. A ello se une que el auto de conclusión del sumario del que deriva la siguiente fase procesal, fue confirmado, siendo firme esa confirmación (en una primera ocasión se devolvió la causa para completarse la fase de instrucción por petición del Ministerio Fiscal también). No es posible procesalmente la devolución, nuevamente, para instruir el sumario respecto de una cuarta persona que no ha sido objeto de referencia en el auto de procesamiento ni, obviamente, en los escrito de acusación.

Plantean las defensas que, en el supuesto de no estimarse su petición, se vulneraría el mandato según el cual no hemos de dividir la continencia de la causa cuando los hechos son los mismos o estén en conexidad, de tal modo que resulte conveniente para su esclarecimiento y determinación de las responsabilidades procedentes; sin embargo, en el presente supuesto, y siempre según la información facilitada de modo unánime (en cuanto a datos) las partes procesales en esta causa, estamos ante dos secuencias diversas, con partícipes distintos, y que han sido (y/o son) objeto de investigación judicial separada: una la que es objeto de acusación, determinada y precisa, en este juicio; otra, la relativa a lo que pudo ocurrir (u ocurrió) una vez las cuatro personas a las que afecta la presente, salieron del lugar en que, siempre según el relato de las acusaciones, se produjeron los hechos que, a continuación hemos de analizar. Ni se divide la continencia, ni se causa indefensión. A ello se une que la persona que aparece como investigada en la causa que se instruye por hechos posteriores a los que son objeto de acusación aquí, ha declarado en este juicio como testigo, con las garantías exigibles dada su condición de investigado en otra causa, y por si los hechos sobre los que ha sido llamado a declarar aquí, podrían tener relevancia en la causa que aún se instruye (prevención que se adopta, al margen de que tuviera relevancia o no, porque los hechos que aquí han de acreditarse son unos; y los que resultarán, en su caso, más adelante y en otra causa, otros).



Finalmente recordar que en este juicio, como en todos los del orden penal, rige el principio acusatorio. Tanto la STC de 27-XI-2.000, como la S 19/2000, de 31-I, concretan que el principio acusatorio trasciende al derecho contenido en el art. 24.2 CE y comprende un haz de garantías adicionales, entre las cuales se encuentra la de que el pronunciamiento del órgano judicial se efectúe precisamente sobre los términos del debate tal como han sido planteados en las pretensiones de la acusación y la defensa (por todas, TC S 17/1988, FJ 5), lo que implica que el juzgador penal está vinculado por la pretensión penal acusatoria compuesta, tanto por los hechos considerados punibles, como por su calificación jurídica, de modo que el órgano judicial no puede pronunciarse sobre hechos no aportados al proceso --ni objeto por lo tanto de acusación--, ni puede calificar estos hechos de forma que integren un delito de mayor gravedad que el definido por la acusación. En definitiva, se trata de que el deber de congruencia exige la adecuada correlación entre la acusación y el fallo (TC SS 11/1992, de 27 Ene., FJ 3; 95/1995, de 19 Jun., FJ 3; 36/1996, de 11 Mar., FJ 4, y 225/1997, de 15 Dic., FJ 4) porque "nadie puede ser condenado por cosa distinta, y de la que no ha podido defenderse (STC 11-XII-2006). Está relacionado con el derecho a la defensa, y por lo que al relato fáctico se refiere, la sentencia reseñada nos recuerda que al juez no le está permitido excederse, debiendo existir correlación entre la acusación y el fallo. " *que exista identidad del hecho punible, de forma que el mismo hecho señalado por la acusación, debatido en el juicio contradictorio, y declarado probado en la sentencia, constituya el soporte fáctico de la calificación (STC 8-III-2004) debiendo ser respetado en líneas esenciales, no en todos sus detalles, debiendo valorarse si éstos son o no relevantes, pero en todo caso, el relato fáctico ha de ser completo y específico (STS 18-IV-2001). Para que este derecho fundamental se vulnere, ha de existir efectiva constancia de que hubo elementos de hecho que no fueron ni pudieron ser debatidos plenamente por la defensa lo que exige ponderar las circunstancias concretas que concurren en cada caso para poder determinar lo que resulta esencial al principio acusatorio: que el acusado haya tenido oportunidad cierta de defenderse de una acusación en un debate contradictorio con la acusación (TC S 225/1997, ya citada, FJ 4, y TC A 36/1996, de 12 Feb., FJ 4). Por ello, en algunas ocasiones nos hemos pronunciado sobre la mayor o menor vaguedad o imprecisión de los hechos incluidos por las acusaciones en la calificación definitiva (TC S 20/1982, de 10 Mar., FJ 1) o sobre la adición en los hechos probados de elementos no esenciales para el hecho punible, que no produce una alteración esencial en los términos del debate (TC S 14/1999, de 22 Feb., FJ 8).*

En base a este elemental principio se examinarán todos y cada uno de los extremos expuestos por las acusaciones, y las objeciones que, a ellos han opuesto las defensas respectivas: en primer lugar si el relato consignado en los hechos objeto de acusación han sido (o no) acreditados; seguidamente, y siempre con el límite de la calificación típica de los hechos (abuso sexual con penetración) poner en relación esos hechos con todos y cada uno de los elementos del tipo penal invocado; y finalmente, las consecuencias que penalmente han de tener.

SEGUNDO.- Que toda/o ciudadana/o es inocente hasta que una prueba de cargo suficiente no demuestre que es autor/a (o participe en el grado que se determine) del hecho ilícito que se trata de enjuiciar, es un principio recogido en la Constitución, como primera y principal garantía que el procedimiento penal otorga a la persona acusada. Constituye un principio fundamental de la civilización, que tutela inmunidad de los no culpables, pues en un Estado social y democrático de derecho, es esencial que la/os inocentes estén en todo caso, protegida/os frente a condenas infundadas, mientras que es suficiente que la/os culpables sean generalmente castigada/os. La condena de una persona inocente representa una quiebra absoluta de los principios básicos de libertad, seguridad y justicia que fundamentan el contrato social, y es por ello que el derecho constitucional a la presunción de inocencia constituye el presupuesto básico de todas las demás garantías del proceso. La situación límite de riesgo para el derecho constitucional de presunción de inocencia, se produce cuando la única prueba de cargo la constituye la declaración de la supuesta víctima del ilícito. El riesgo se hace extremo si la supuesta víctima es precisamente quien inició el proceso, mediante la correspondiente denuncia o querrela, haciéndose más acentuado aún, si ejerce la acusación. Basta con formular la acusación y sostenerla personalmente en el juicio, para desplazar aparentemente la carga de la prueba sobre el acusado, obligándole a ser él quien demuestre su inocencia, frente a una prueba de cargo integrada únicamente por la palabra de quien le acusa.

Siendo nuestra obligación, como tribunal, la de exponer cumplidamente y de modo inteligible los motivos que nos llevan a declarar probados unos hechos y no otros,, comenzaremos por recordar, con la STS de 27 de febrero de 2014 (recurso núm. 10658/2013; resolución nº 167/2014), las fases de la actividad probatoria: Una primera fase viene constituida por la actividad de práctica de los medios de prueba que concluye con la producción de lo que algún sector de la doctrina procesalista denomina afirmaciones instrumentales. La misma no requiere de mayor aportación que la constatación y descripción de aquellas, reflejándolas en la forma que exige la fe pública, de modo más o menos extenso o sucinto, y sin otro esfuerzo valorativo reseñable en este supuesto. La segunda fase es la de esencial responsabilidad del órgano jurisdiccional que enjuicia. Consiste en una labor de valoración crítica que depura aquellas afirmaciones instrumentales. Resultado de ello



es la asunción como propias de las afirmaciones que el Tribunal considera verdaderas y, además, relevantes para la fase siguiente, última fase en que, quien enjuicia compara las afirmaciones que asume, con aquellas formuladas por las partes, que son trascendentes para poder considerar concurrentes los presupuestos de las consecuencias jurídicas, que aquéllas pretenden que sean declaradas. Si de esa comparación resulta coincidencia, el Tribunal declarará probadas las afirmaciones o imputaciones propuestas por las partes. Si discrepan, se declarará que las imputaciones no resultan probadas.

Pues bien, hemos de comenzar por dejar constancia del resultado de la prueba practicada en el juicio oral, en sus diversas sesiones.

II.- Examen del resultado de la prueba practicada y su valoración .

TERCERO.- Exposición del resultado de la prueba practicada en el plenario :

1.- Se comenzó por la declaración de los acusados, que resumimos a continuación:

Porfirio .-

Responde, en primer lugar, a cuestiones sobre su situación administrativa y relación con los otros dos coacusados. Es amigo de Rafael desde la infancia, al igual que del testigo Humberto . Al coacusado Remigio lo conocía únicamente de verlo.

Preguntado sobre la relación que tenía con María Inmaculada , la denunciante, mantiene que solo la conocía de vista. No tenía relación alguna con ella.

Explica que llegó a la discoteca, acompañado de uno de los coacusados y de D. Jose Ángel . Una vez en la discoteca, consumieron alcohol, cocaína y cannabis durante toda la noche. Finalizada la fiesta en la discoteca, vió que María Inmaculada salía con Rafael , y como María Inmaculada conocía a Humberto (testigo en esta causa) hablaron de "quedar con Humberto " .

Desde la Alda. Rekalde, lugar en que se ubica la discoteca Living, en que estuvieron de fiesta, fueron andando por la Gran Vía este acusado, D. Rafael y María Inmaculada ; explica el itinerario que realizaron a pie, y una vez pasada la ría por el puente, recalaron en el mercado de la Ribera a orinar en los W.C. que hay en ese lugar. Entraron él y María Inmaculada y luego siguieron su camino. Llovía mucho, por lo que iban bajo los soportales que hay en el lugar. Subieron la cuesta de Solokoetxe, y fue María Inmaculada la que entró en el establecimiento "Vending". Este acusado mantiene que la idea de María Inmaculada era la de resguardarse de la lluvia. Llovía mucho.

Respondiendo a las preguntas que se le realizan manifiesta que María Inmaculada "aceptó tener algo"; sin embargo, pese a la iniciativa de María Inmaculada y a que ella se movía, él no pudo penetrarla porque estaba muy pasado (alcohol y cocaína).

El acusado Remigio no tuvo nada que ver con los hechos, porque se había ido mucho antes de la discoteca, acompañado de su amigo Jose Ángel . Fueron ellos (los otros dos coacusados) quienes llamaron a Remigio , que se puso "allí con nosotros " .

Mantiene que las relaciones sexuales que pudo haber fueron en todo momento consentidas por María Inmaculada , y que cree que el motivo del enfado de María Inmaculada fue que observó que la estaban grabando con el móvil.

Rafael y María Inmaculada habían quedado con Humberto . Salieron todos del "vending" y María Inmaculada se fue con Rafael a casa de Humberto . La idea de ir a casa de Humberto partió de María Inmaculada .

Preguntado nuevamente sobre los movimientos y actos que llevaron a cabo al inicio de la noche, en la discoteca "Living", dice que estuvieron juntos los coacusados. Humberto no estuvo en la discoteca. Sí vió a María Inmaculada en la discoteca pero no estuvo con ella en ningún momento. María Inmaculada estaba algo tomada, pero normal. Estaba igual que ellos, y fueron hablando con normalidad durante el trayecto que media entre la discoteca y el "vending", y que duró unos cincuenta minutos. Sí que María Inmaculada les dijo que "había perdido todo": no llevaba ni chamarra, ni teléfono, ni bolso. En ese trayecto no tomaron ninguna clase de droga ni alcohol, pero el acusado mantiene que antes sí que había consumido bastante droga.

Explica que, a la altura del establecimiento "El Corte Inglés" (sito en la Gran Vía) él y María Inmaculada se besaron, pero no mantuvieron relaciones sexuales en ese momento, y no ha visto ninguna grabación que suponga que lo hicieran ahí.

Preguntado sobre algunas imágenes de la grabación obtenida del establecimiento "Vending" explica que María Inmaculada estaba mojada por la lluvia que caía, y si se la ve acurrucada es porque tenía frío. Ellos no tuvieron que forzarla para nada, porque ella consentía, y los gestos que pueden verse en la grabación de la secuencia



no fueron porque María Inmaculada quisiera apartarlos a ellos, sino porque tenía frío. Cuando este acusado preguntó a María Inmaculada si se fiaba de él y él se pone una capucha, mantiene que no recuerda ese momento.

Exhibido el fotograma obrante al folio 21, el acusado manifiesta que el consentimiento de ella estaba claro; preguntado sobre la secuencia en que, según la Sra. Fiscal, él coloca su pene sobre ella, y él se ríe. No recuerda, y en relación con los momentos en que ayudan a la joven a levantarse del suelo, dice que es porque ella estaba muy bebida.

Preguntado sobre la secuencia en que su amigo Rafael coloca una bolsa de plástico en la cabeza de María Inmaculada, manifiesta que fue una broma "toma ahora, para que te tapes". Preguntado sobre las palabras previas a la introducción del pene de D. Rafael en el ano de la joven María Inmaculada, no recuerda haber dicho a Rafael que parara. En todo caso insiste en que ella se mostraba muy receptiva y era ella la que les animaba, porque (en respuesta a su defensa) él no podía, no tuvo ninguna erección.

Cuando Remigio llegó, éste se sorprendió de que estuvieran manteniendo sexo en aquel lugar y en aquellas condiciones, por lo que Remigio se colocó delante de la puerta para que no se viera nada desde fuera. Remigio miraba y controlaba a los "mirones". Y en relación con ese "control" sí que recuerda que dijo algo a un barrendero. Además recuerda que María Inmaculada no quería tener sexo con Remigio y éste asumió la negativa. Seguidamente, a otra pregunta responde que "sí que Remigio hizo ademán de sacarse el pene". No consiguió que María Inmaculada le hiciera una felación y sí es cierto que Remigio dio un golpe en la nalga a María Inmaculada.

María Inmaculada se enfadó porque le grababan y salió corriendo del lugar para que borrarán lo grabado. Salió corriendo cuando quiso, y por ello tampoco es cierto que él agarrara a María Inmaculada por sus caderas para que no pudiera irse. Y en relación con la grabación, no sabe sino que al día siguiente Rafael le dijo que lo había borrado. Él no grabó ni vio la grabación, y cree que no circuló.

Preguntado sobre la reacción de María Inmaculada y las palabras cuando le indicaron que tenía que tener sexo con los dos, explica el acusado que, en un primer momento María Inmaculada dijo que no, pero seguidamente accedió. Si ella hubiese dicho que no, le habrían dejado en paz, pero lo que ocurrió, según este acusado, es que era ella la que se movía sola y no hizo ningún gesto para separarles. "Ni se le tapó la boca ni nada. Ella era libre" ¿. "ella tenía dominio de sí misma en todo momento; ni se caía ni nada".

Desde que entraron al "Vending" hasta que se fueron pasarían unos quince minutos aproximadamente. En todo caso, aclara que no hubo ningún plan previo ni concierto de ninguna clase para mantener relaciones con María Inmaculada. Surgió así y porque ella quiso. Era ella la que llevaba la iniciativa; iba la primera en todo momento porque, además, iba muy ligera ropa y se tapaba con la chaqueta de su amigo Rafael

Rafael

También se le pregunta sobre su situación administrativa, familiar y relación con el resto de coacusados, y en relación con los hechos por los que se le acusa, manifiesta que había quedado con su amigo Jose Ángel, y coincidió con Remigio en casa de éste. Decidieron ir todos a la discoteca.

Conocía a María Inmaculada porque coincidieron en un curso de "control de impulsos" al que ambos acudían. Él como condición a la medida de libertad vigilada impuesta por el Juzgado de Menores.

Vió a María Inmaculada en la discoteca y la saludó, pero no la volvió a ver hasta que salieron (no estuvo pendiente de ella en la discoteca) y ella le dijo que quería irse con él. Accedió, pese a que no tenía interés en María Inmaculada, y lo que quería era no ir esa noche a su casa porque había discutido con su mujer.

Recuerda que ella no llevaba ningún objeto y que iba ligera de ropa para ser invierno. Ella les dijo que una amiga suya tenía sus cosas.

Mientras bajaban desde la Plaza de Moyúa hacia el Corte Inglés, ella le decía que quería tener sexo con él, pero que él no quería. Había policía en la zona, y si ella hubiera ido forzada podría haber hecho algo. En todo caso, a la altura de Zara, María Inmaculada tuvo una relación sexual con Porfirio, pero él no grabó ese momento. Llovía y se introdujeron en la zona de la tienda para tener sexo (Porfirio y María Inmaculada) y si en ese momento no se cortaron, menos se cortaron para tener sexo en el "Vending". Ella le guiñaba un ojo y le trató de seducir por el camino. También les contó que unos amigos tuvieron una pelea y que ella se metió por medio para separarles y le llegó algún golpe; también decía cosas contra su padre y respecto de un ex novio que ella había tenido. Pero las relaciones sexuales que mantuvo con Porfirio en el camino fueron consentidas y propiciadas por María Inmaculada que se bajó ella los pantalones, y en el trayecto ella enseñaba sus pechos.



Respondiendo a las preguntas que se le realizan, y con exhibición del folio 131, explica que no la fuerzan, que lo que hacen es ayudarla a que se levante. Sí que le puso una bolsa de plástico en la cabeza, pero era una broma. Admite que de " *mal gusto*" pero no dejó de ser una broma, pero en ningún momento le gritaron ni le forzaron, y él solo la penetró vaginalmente, si bien por detrás. No dijo nada de " *que era colombiano ¿*"....y pese a que ella podía levantarse sola, la levantaron. Sí que le pidió que le devolviera su chaqueta una vez llegaron al vending, pero no recuerda que María Inmaculada dijera "quietos, estoy bien", pero sí que ella le besaba y abrazaba desde el inicio de verle.

Ha visto la grabación que han realizado las cámaras del vending y cree que no aparecen todos los hechos completos.

En ningún momento habían llamado a Remigio . Apareció allí por pura casualidad, y cuando lo vieron (el declarante había salido a fumarse un cigarro) el declarante lo llamó (el llamó por su apodo, " Cebollero "). Remigio se quedó mirando; no se acercó a María Inmaculada ni vio que Remigio se sacara su pene, aunque sí observó que le tocó el culo, o le dio una "nalgada", pero también vio que ella guiñaba un ojo a Remigio

Preguntado sobre extremos que, según la Sra. Fiscal, se escuchan en la grabación, dice que no recuerda porque, además, todos estaban muy tomados. Habían bebido antes y bastante, pero no en el vending, donde tampoco tomaron drogas ni dieron nada a María Inmaculada . En todo caso, las relaciones fueron consentidas y con penetración vaginal nada más. Y él paró cuando vio que María Inmaculada no quería que se le grabase. No vio que María Inmaculada se cayese.

Llamó a Humberto para que les acogiese en su casa (a él y a María Inmaculada). Se quedó dormido en un colchón que Humberto colocó en el suelo, al lado de una cama. Recibió una llamada a las once de la mañana en que se le decía que un familiar había fallecido. Se levantó y se fue. También indica que desconoce el nombre de la calle en que vivía Humberto , y que se pusieron de acuerdo para declarar, una vez supieron de la denuncia.

Remigio .-

También es preguntado sobre su situación administrativa, familiar y de relaciones con el resto de acusados y María Inmaculada , a quien conoció ese día.

Fue a la discoteca Livng con Jose Ángel ; por cierto, la discoteca es muy pequeña (según su percepción). Salió de la discoteca y se fue para su casa. No hizo el trayecto con el resto, sino que se dirigió al metro y se percató de que había perdido su tarjeta de transporte, y trató de conseguir dinero en el metro. Al no lograrlo, esperó a que dejara de llover o amainara, y se dirigió andando hacia su casa. Explica su trayecto (distinto al seguido por sus amigos) y es cuando llega a Solokoetxe, cuando oye que le llaman " Cebollero , Cebollero ", y cuando se volvió y desanduvo unos pasos vio lo que califica como una película pornográfica en el interior del vending. María Inmaculada consentía y califica (pese a que no se le pregunta sobre este extremo) a María Inmaculada como promiscua (ha indicado que la conoció en ese momento). Se quedó como espectador porque vio que lo estaban pasando muy bien, y se sintió excitado, pidiendo permiso a María Inmaculada para tener relación con ella. Cuando ella dijo que no, él se retiró pero sí que le dio "dos chalos" a María Inmaculada . Él había tomado alcohol y drogas.

Niega haber sacado su pene del pantalón, y preguntado sobre la escena en que se dice que se le ve con su mano en la bragueta de su pantalón, mantiene que salió a orinar, y que pudo ser cuando cerraba la bragueta. No mantuvo ningún tipo de relación con María Inmaculada , ni intentó hacerlo ante la negativa de ella, porque el único contacto físico que tuvo con ella fueron esas dos nalgadas.

Cree que ella estaba bien, pero indica que ella no tenía equilibrio para hacer los movimientos pélvicos que observó, y finalizó la relación porque había empezado a bajar gente por la escalera de Solokoetxe, y él les propone que se vayan de allí. Cuando se iban ella decía que se lo había pasado fenomenal y que tenían que repetir.

En ningún momento tuvo conciencia de que se estuviera produciendo una violación, sino que se mantenían relaciones sexuales consentidas y propiciadas por María Inmaculada . Si hubiera estado ella tan mal, no habría corrido cuando vio que le grababan.

No es cierto que él hablara con los empleados de la limpieza, y en cuanto al vídeo y su grabación, ni intervino ni lo difundió. Lo único que hizo fue, al recibirlo y no poder visualizarlo en condiciones en su teléfono, pasarlo a otro también de su titularidad.

Los tres han sido insistentes en que si María Inmaculada hubiera estado tan borracha como se dice, no hubiera salido corriendo. En todo caso, a la hora de precisar los metros que pudo correr María Inmaculada , por comparación con las dimensiones de la sala de vistas para que se concrete en la medida de lo posible, la indicación más concreta es una precisa distancia en la que no hay más de cinco o seis metros.



También han sido los tres acusados coincidentes cuando mantienen que si ella se hubiera sentido violentada, pudo gritar, llamar, etc., porque estaba pasando gente por la calle. Incluso argumentan que si María Inmaculada no conoce a Remigio y lo ve entrar en el "vending" podría haber pedido ayuda a este hombre.

En cuanto al conocimiento de la denuncia, los tres acusados explican que supieron de ella por la prensa, pero que no se relacionaron con ella porque en ningún momento forzaron a la joven a hacer nada que ella no quisiera.

2.- Pasamos a relacionar, sucintamente, lo expuesto por los testigos comparecidos, comenzando por las declaraciones de María Inmaculada y su padre:

a) Ella explica que conocía a Porfirio de vista, y a Rafael por la misma razón que ha indicado el acusado (compartieron curso de "control de impulsos"). No eran amigos y no sabe quien es Remigio. Nunca había salido con ellos.

Ese día fue a la discoteca con su amiga Lidia (a la que llaman la "china") y recuerda muy pocas cosas a partir de un momento determinado (cree que hasta las tres aproximadamente sí puede contar algunas cosas). Tiene en su mente frases y el psiquiatra que le atiende ahora le ayuda a recordar, como la única manera de superar los efectos de lo ocurrido.

Le vienen al recuerdo imágenes de otras personas, no de los acusados. Bebió mucho y además debe tomar (y toma) una medicación que está contraindicada con el consumo de alcohol. Esa medicación la toma desde hace unos años. A partir del tercer "cuba libre" perdió la noción y no recuerda que estos chicos le dieran ninguna droga. No lo puede decir.

El siguiente recuerdo es una señora mayor que le despierta estando ella en un portal, sin ropa interior y con la que llevaba deteriorada y mojada. Ella también está mojada, y la señora le preguntó si vivía allí. En ese momento no sabía ni donde estaba, ni qué hacía allí, nada de nada. Se levantó y se dirigió a una panadería (el comercio que estaba más cerca del portal) y pidió al señor que estaba en la panadería llamar a su padre. El panadero, al verla en ese estado, le dio un chocolate caliente y un bollo, y la invitó a que se colocara cerca del horno para calentarse un poco. No ha podido recordar cómo llegó a aquel portal. En algún momento recuerda a Porfirio agarrándola del brazo, pero no puede ubicar ni el lugar ni la ocasión. También ha recordado hace poco un colchón y estar tendida en él, pero no de un modo preciso, porque también recuerda como alguien que se retiraba de estar sobre ella, pero todo sin precisión ni detalle. No recuerda.

Su padre fue a buscarla, la llevó a casa, le dijo que se duchase y se metió en la cama. No pensaba denunciar nada, entre otras cosas porque no recordaba nada, pero sangraba por el ano y la vagina y le dolía mucho. Se lo dijo a su padre pasado un día y medio, y su padre la llevó al hospital, donde tampoco pudo contar mucho porque no recordaba ni recuerda. Tiene un *flash* de una bragueta, un pantalón y voces masculinas, y si en algún momento dio una edad de quien estuviera con ella, fue porque la voz le parecería de una persona mayor, pero no porque viera o recordara figuras o personas. Sí que dijo que podrían haber sido entre dos y cuatro personas, porque le pareció que había más de una por las voces distintas. Recuerda que no quería algo, pero también tiene la percepción o el recuerdo de que no podía, de que era incapaz de decirlo. Cuando recuerda la bragueta y lo asocia con una felación, notó como un flas (dice que pudo ser de foto, o de una linterna, no puede precisar) y sí que pudo decir que parase.

Días después volvió a la discoteca, pero en el último momento no entró. No es del todo cierto que no lo hiciera porque tenía prohibida la entrada; si bien en un primer momento le dijeron que no entrara, otro guarda de seguridad le dijo que podía hacerlo, pero optó por no entrar. No recuerda que se orinara en el interior de la discoteca el día al que se refieren los hechos denunciados, ni recuerda qué trayecto ni cómo ni nada de nada entre la discoteca y el vending, ni la casa del "colchón" ni cómo llegó al portal.

No tiene consciencia de haber consumido cocaína; sí alcohol y en abundancia hasta que perdió esa consciencia. No recuerda que se cayera en dos ocasiones en la discoteca; sí una caída, pero sin lesiones.

Preguntada si vio a Rafael pocos días después de los hechos, dice que sí, en el curso al que ambos acudían, y preguntada si le manifestó algo, responde que no, porque no sabía que fuera él quien estuvo con ella en el vending.

En todo caso, y desde el inicio de la declaración que hemos escuchado ha mantenido que su intención no era denunciar, entre otras cuestiones porque no recordaba nada de lo que había pasado, ni la identidad ni el físico de las personas con las que estuvo (o pudo estar) a partir de la hora en la que desaparecen los recuerdos. Que fue el dolor que sentía, la sangre que manó de vagina y ano, lo que la llevó al hospital (su padre fue quien la llevó) y una vez en el hospital, cuando indicó sus sospechas o frases fue cuando le dijeron que tenía que formalizar una denuncia, porque había de aplicarse el protocolo de agresiones sexuales.

D. Primitivo .-



El padre de María Inmaculada relata que estuvo llamando insistente al teléfono de su hija, pero no había respuesta. Optó por llamar sobre las ocho de la mañana a Lidia (sabía que habían salido juntas) y ésta le dijo que ella tenía la chamarra, el bolso y el teléfono de María Inmaculada, pero que no sabía dónde se había ido ella. Finalmente recibió la llamada desde la panadería y acudió a buscar a su hija. Iba a echarle una "bronca descomunal" pero al ver su estado, lo único que hizo fue recogerla y llevarla a casa, decirle que se duchara y se metiera en la cama. María Inmaculada tenía la ropa rota y estaba mojada y en estado de "choque". Fue el lunes a mediodía cuando ella le dijo que le dolía todo el cuerpo y la llevó al hospital.

Sí que en algunas ocasiones ha ido a recoger a su hija, pero no porque estuviera borracha o sus amigas le avisaran de que estuviera ebria.

Seguidamente vamos reseñando el contenido de las declaraciones prestadas por las siguientes personas:

Lidia

Es la amiga de María Inmaculada con quien ella quedó para salir de fiesta en la noche del 13 al 14 de enero de 2017. Tuvo conocimiento de que algo había pasado cuando María Inmaculada, al día siguiente, le contó que le dolía todo y que no sabía que le había pasado pero que iba a ir al hospital. María Inmaculada no dio ningún detalle de lo que pudo haber ocurrido, porque no se acordaba, solo sospechaba.

Su percepción sobre el estado de María Inmaculada es que sí estaba bebida, pero *no mucho*. Bebieron ambas y las amigas que estaban en la discoteca: María Inmaculada cayó pero no cree que fuera por efecto del alcohol (que tuviera problemas para mantenerse en pie) sino porque ella cree que resbaló. *"Estaba borracha pero cayó porque resbaló"*. No sabe que el vigilante de seguridad le sacara del local de la discoteca, y cuando la acusación particular le recuerda el contenido de su declaración prestada en instrucción, dice no recordar ni esa ni varias de las circunstancias que se le ponen de manifiesto, aunque a preguntas de la acusación particular dice que si consta que dijo eso es porque fue así, ya que ha pasado mucho tiempo y entonces lo tenía *"más cerca"*. Sí recuerda que María Inmaculada se besó con un chico al que llaman Luis Andrés, aunque la testigo no le conoce, pero la referencia de que estuvo con ese tal Luis Andrés (no aparece identificado) parecer ser que la dio María Inmaculada al día siguiente a los hechos.

Era ella quien guardaba las pertenencias de María Inmaculada, que se fue sin abrigo, solo con un top y unos leagings, sin teléfono, sin bolso.

Recuerda que el padre de María Inmaculada llamó y le preguntó por su hija, que no contestaba al teléfono. Ella le dijo que el teléfono lo tenía la testigo y que no sabía donde estaba María Inmaculada.

En relación con otras posibles ocasiones en que María Inmaculada pudo haber tenido problemas con el alcohol, no es cierto que hayan tenido que llamar a su padre porque nunca se han dado situaciones ni siquiera parecidas a la de ahora.

Humberto

Procede reseñar que este joven, testigo en esta causa, consta como investigado en otros hechos acaecidos con María Inmaculada, supuestamente una vez ella sale del Vending y junto con Rafael van a casa del testigo Humberto, por lo que su declaración se realiza asistido de su letrado (el letrado en Sala, el testigo por videoconferencia) y con advertencias sobre la decisión suya de restringir el ámbito de respuestas que pudieran perjudicarlo en la causa en que es investigado.

Dice que conocía a Rafael y a Porfirio desde el Instituto.

Recuerda que esa mañana llamó Rafael, sobre las 8 de la mañana, y bajó de su casa, y quedaron en una plaza cercana a su domicilio, y fumaron unos porros. Sí estaba María Inmaculada *"borrachilla"*, pero ha visto a María Inmaculada otras veces peor. Estuvieron los tres juntos hablando de los vídeos que había grabado Rafael, y recuerda que eran tres grabaciones distintas: en ellas aparecía María Inmaculada manteniendo relaciones sexuales con Porfirio (en Moyúa, o/y en la plaza de Jado.- *donde los leones*) y una tercera grabación en el *"vending"*. En los primeros vídeos solo aparecía Porfirio, pero en el *"vending"* también aparecía el *"Cebollero"* (apodo con el que se conoce al acusado Remigio). No aparecía Rafael porque era el que grababa los vídeos. Fue Rafael el que le enseñó los vídeos, al tiempo que le decía *"mira qué liada"*.

Preguntado sobre detalles como si recordaba que lloviera cuando mantenía relaciones sexuales en la calle, no recuerda.

Cuando se juntaron, *"María Inmaculada decía rollos raros"*, y fumaron porros (María Inmaculada fuma porros, nos dice) pero no tomaron cocaína. Luego subieron a su casa (la del testigo) y expresa que no quiere seguir contando nada después de esto (en relación con lo que pudo ocurrir o no en su domicilio).



Concreta la distancia que hay entre el "vending" y la plaza en la que se juntaron en el barrio de Santutxu en quinientos metros aproximadamente, y cree que María Inmaculada no estaba tan mal. Andaba normal y fue hasta la plaza y luego a su casa con toda normalidad.

En relación con las personas filmadas, además de Porfirio recuerda que en uno de los vídeos del vending María Inmaculada estaba practicando una felación al Cebollero (Remigio) al tiempo que Porfirio le estaba dando por detrás " .

María Inmaculada , según este testigo, estaba descontrolada, diciendo que había discutido con su novio y mucha gente le dijo después que María Inmaculada había tenido relaciones sexuales con un montón de gente ese día. Incluso Luis Andrés dijo al testigo que había tenido sexo con María Inmaculada en la parte trasera de la discoteca.

Jose Ángel .- (pese a ser testigo propuesto por la defensa declara en este orden, con acuerdo de las partes procesales)

Es amigo de Remigio , conoce a los tres acusados. A María Inmaculada la conoce ese día, la ve pero no tenía ninguna relación con ella. María Inmaculada sí se acercó a Rafael en la discoteca. Sí que la vió con un grupo de amigas y María Inmaculada bebía mucho alcohol (ese día había una promoción en la discoteca). Recuerda que vió como un tumulto en que estaban involucradas amigas de María Inmaculada , pero no puede precisar el grado de implicación de ella.

A la discoteca fue con Remigio y también salió de allí con éste, con intención de ir a otra discoteca, porque el cierre de la "living" estaba próximo. En un momento determinado, Remigio le dice que se siente mal y se quiere ir a casa. Él le acompañó hacia el metro, pero no se introdujo en la estación, y más tarde Remigio le contó que no tenía dinero para ir en metro y se fue andando. La tarjeta de transporte la tenía el testigo (es lo que nos dice) porque la habían utilizado para hacerse unas rayas y esnifar cocaína. Dice que no era Remigio quien tenía la cocaína, sino el propio testigo.

En relación con las grabaciones, dice haber visto un vídeo que le mostró Rafael al día siguiente, y ese vídeo lo había visto Remigio . Sí que hablaron del asunto durante la semana, y recuerda que en el vídeo Porfirio penetraba por detrás a María Inmaculada .

Virgilio

No conoce de nada ni a los acusados ni a la joven, a quien vió por primera y única vez la madrugada en que se dicen ocurridos los hechos. El testigo estaba en la discoteca Living, y María Inmaculada estaba en el pasillo, le pidió un cigarro y que le pagara una copa. Volvió a verla sobre las cuatro de la mañana, si bien no puede ser preciso con las horas. Cuando la vió por segunda vez estaba muy borracha. En esa segunda ocasión, el testigo estaba con un amigo, y ella se *tiraba sobre ellos, hablaba mal (como entrecortadamente) no se le entendía y le costaba mantener el equilibrio* . No quisieron saber nada de esas propuestas o provocaciones de María Inmaculada hacia ellos, y preguntado por qué, mantiene lo que dijo en su día: ella estaba muy borracha y es muy joven, y no les pareció bien.

A preguntas de las defensas insiste en el cambio de estado y/o situación de María Inmaculada , y dice que ella le abrazaba, e incluso trató de besar a Miguel Ángel , su amigo. También vió que, en un momento, ella salía con un chico de tez morena, y sí que observó que se acercaba a varios chicos.

Preguntado por la razón por la que sabe que la joven que protagonizó lo que relata era María Inmaculada , explica la fuente de esa concreción, y cómo se lo dijo a la policía, respondiendo también a preguntas de los agentes investigadores.

Miguel Ángel

Su declaración, básicamente, es similar a la de su amigo Virgilio . Además de explicar que no conoce ni conocía a los implicados en este juicio ni a María Inmaculada , explica que la policía le fue a buscar diciendo que era el último que había estado con María Inmaculada en la discoteca. Ya explicó que la vió una vez y en muy mal estado. Estaba "*pasada*" ¿" se le tiraba encima, le abrazaba¿no recuerda hasta qué punto mantenía ella el equilibrio.

Sí que dijo a su amigo "*mejor nos vamos* ", pero no recuerda si en ese momento hizo referencia a la chica, aunque es conteste con su amigo en que ella se besaba con varios jóvenes en la discoteca.

Andrés .-

Era el guarda de seguridad de la discoteca Living en aquellas fechas. No tiene ninguna relación personal con ninguno de los implicados, y sí que recuerda que uno de sus jefes le indicó que sacara fuera de la discoteca



a una chica que se había orinado. Él sí que vió que tenía los pantalones mojados, pero no la vió orinarse. Se lo dijo su jefe. Ella estaba en la zona de baños "y no se tenía en pie". La tuvo que sujetar para sacarla del establecimiento, y una vez fuera, la gente que estaba en el pasillo exterior la sostenía, recostándola sobre la pared para que no cayera.

Sí reparó en ella durante la noche, porque bebía mucho, de todo los vasos "que se le pusieran delante", bebía de varias copas. Califica como muy alto el estado de embriaguez de la muchacha.

Exhibidos los fotogramas obrantes a los folios 151-152-153, se reconoce a sí mismo en ellos y reconoce a María Inmaculada. Es el momento en que la sacan.

A preguntas de las defensas, indica que la hora estará en la grabación; que no la puede precisar, pero que es próxima al cierre. Había gente en al discoteca.

Vió a Porfirio en la discoteca pero no sabe si rondó o no a María Inmaculada, aunque en otras ocasiones sí que le ha visto observando o rondando, e incluso interviniendo en algunas peleas.

Volviendo a la actitud de María Inmaculada explica que ella bebía por la zona de la pista, y los letrados tratan de poner de manifiesto contradicciones, pero el testigo mantiene lo dicho en todo momento, y aclara la razón por la que en la segunda de sus declaraciones se refirió a que "se había equivocado de chica". No era a María Inmaculada a la que se refería, sino a otra con la que había habido un incidente anterior.

Cuando él la sacó no se resistió a salir; al contrario, insiste (textualmente) "estaba muy, muy, muy, muy borracha".

Es cierto que a la semana siguiente ella fue a la discoteca, pero no la dejó entrar, y ella se fue.

Cesareo .-

Es trabajador del servicio de limpieza municipal, y el día y hora al que se refiere el suceso en el "vending" de Solokoetxe, al pasar por delante de ese establecimiento vió dos personas tapando la entrada del vending. Dentro había una pareja practicando sexo: la chica inclinada hacia abajo, y le pareció que era ella la que se movía, mientras él estaba quieto. No pudo ver si el chico sujetaba a la chica por las caderas.

Sobre los dos varones que estaban custodiando la entrada: ambos miraban hacia fuera, y uno de ellos estaba grabando con un teléfono móvil. Cree estar seguro de que grababa por la posición (la explica gesticulando) del brazo, pero también por la luz del teléfono, en tanto el otro estaba vigilando. En un momento, la chica pareció percatarse de que se estaba grabando y salió a quitar el móvil, pero todo fue en muy poco tiempo, y la chica alcanzó al que llevaba el móvil en muy poco tiempo, y la distancia recorrida podrían ser unos cinco metros (por las indicaciones que realiza en referencia al espacio de la sala de vistas).

Al testigo no le pareció que hubiera violencia; la actitud era de "amigos". No vió que la chica se tambaleara.

Desiderio

Compañero del anterior, explica cómo se "dieron de frente con un chico que grababa, y otro pasivo. En el interior, una pareja practicando sexo". Los dos de fuera miraban hacia la calle y también este testigo explica el modo de sujetar el móvil, de donde igualmente deduce que se estaba grabando la escena que tenía lugar en el interior.

Le pareció grave lo que veía, pero no porque viera violencia sino por el lugar, las edades de los partícipes, pero pese a ello no intervinieron porque la chica parecía no poner impedimento alguno. Los movimientos que observó eran de estar practicando sexo, y que la sensación entre ellos era de "amigos"

Le son exhibidas las fotografías obrantes a los folios 206 y 207 y ubica la posición de cada una de las personas (quien está quieto; quien graba; quienes mantienen sexo). Los testigos no se detuvieron, y fueron subiendo. En un momento vieron que la chica estaba con el sujeto que había visto grabando.

Preguntado si no es cierto que en la fase de instrucción dijo que el chico que estaba en la puerta y no grababa, le dijo *¿qué miras?; ¿no has visto follar?*. Indica que no sabe si fue con palabras o con gestos, pero sí no puede precisar más.

Cree que la chica tuvo que ver al testigo y a su amigo.

No recuerda las características físicas de los chicos; solo que tenían la tez morena.

Elias .-

Es el administrador de la empresa del Vending, y en esas fechas estaba fuera. Habitualmente, cuando vuelve, sobre todo si ha observado algún robo, intento o daño, revisa las cámaras, y en esa ocasión también constató que parecían haber intentado robar, con lo que revisó las cámaras. En ese momento se topó con la grabación de estos chicos teniendo sexo, y lo que hizo fue grabarlo en un CD y llevarlo a la policía municipal. Las

circunstancias de las personas y sobre todo de la chica (concreta en la ropa y que era invierno) le llamaron la atención; no le pareció normal aquello y consideró que tenía que dar cuenta a la policía. Fue a interponer la denuncia por robo, y de paso, a entregar aquello "por si acaso". Más adelante le pidieron el disco duro y también lo entregó a la policía. Él no vio la grabación de toda la secuencia. No quiso o no le pareció adecuado hacerlo. No la manipuló ni la cortó. La entregó "tal cual". Insiste en que le llamó la atención el físico de la chica y lo que se veía de su estado. No tenía nada claro que eso no fuera una agresión.

A preguntas del letrado Sr. Cobo responde que la puerta de acceso al vending está siempre abierta.

Fernando

Es el psiquiatra que ha tratado a María Inmaculada desde diciembre de 2013 hasta el año 2018. Ella presenta un trastorno límite de personalidad, con episodios de agresividad y descontrol y problemas de conducta. Su intervención ha sido fundamentalmente farmacológica, y se afirma y ratifica en el informe que elaboró en mayo de 2017 y está incorporado a las actuaciones.

El fármaco que toma la joven es "excitalopam" y no debe beber alcohol destilado. Está contraindicado.

Desconoce que María Inmaculada hubiera dado positivo a la cocaína.

En situaciones como la vivenciada aquí, se producen esas situaciones de "blackout". No hay capacidad para el recuerdo.

El tipo de trastorno que presenta María Inmaculada le lleva a no detectar situaciones de riesgo, y en lo que se refiere al tratamiento y consultas, es colaboradora, tomando la medicación. Es ella la que cuenta sus peleas, cuando bebe, etc. Refiere que, en ocasiones es el padre de María Inmaculada quien aporta relatos sobre la conducta de su hija (pero que al padre se los ha contado la joven).

Noelia

Es psicoterapeuta y María Inmaculada acudió derivada de otra entidad. La trató durante unos meses, si bien ella era reacia a hablar sobre este tema.

Es el educador del programa para control de impulsos a seguir para los jóvenes que están en libertad vigilada. Acudía María Inmaculada y también Rafael, uno de los acusados.

María Inmaculada no contó nada de lo sucedido este día. Fue fundamentalmente su padre quien lo hizo.

Cuando en el centro conocen los hechos, considerando que los dos jóvenes (María Inmaculada y Rafael) no pueden seguir en el mismo grupo, deciden que sea ella quien cambie de grupo. No cree que, a partir de estas fechas o de que tuvieron conocimiento de los hechos coincidieran.

Zaira

Hermana del acusado Porfirio recuerda que llegó a casa sobre las ocho y media de la mañana. Explica el motivo por el que recuerda la hora, y cree que su hermano estaba normal, como cualquier otra mañana en que ha vuelto después de salir en la noche.

A preguntas de la Sra. Fiscal explica que toda la familia vive aquí.

4.- Comparecen seguidamente los agentes de policía que han practicado diversas diligencias:

En cuanto a las pruebas periciales propuestas, pese a la presencia de los agentes que practicaron la inspección ocular y las diligencias obrantes a los folios 203 a 211; 214 a 219; 222 a 231 de las actuaciones, y folios 234 a 238, acusaciones y defensas consideran suficiente su contenido, no impugnándolo y asumiéndolo, sin perjuicio de su ulterior valoración.

A).-Comparecen los agentes de la policía autonómica números NUM006 y NUM007, que, ratificándose en el contenido del informe obrante a los folios 610 a 614, exponen que examinada la evidencia señalada con el número 3 (teléfono móvil de titularidad del Sr. Remigio) se constata, sin duda alguna, que el archivo de vídeo recibido en ese teléfono (o realizado por él, esto no es posible determinarlo) se difundió o salió del teléfono. Explican la razón por la que no tienen duda alguna del envío, si bien no es posible conocer a qué teléfono o teléfonos se envió, porque se borraron esos datos, pese a la constancia del archivo. Se consigna la hora de la grabación que consta en el teléfono, si bien este dato puede ser erróneo en ocasiones, dependiendo del horario y de la configuración del teléfono.

Preguntados si es posible determinar que el archivo ha sido visionado por la persona que lo ha recibido, responden que ese visionado resulta de la voluntad del operador o la persona que usa el teléfono, sin que sea posible concluir en este punto.



B).-También han comparecido los agentes de policía local números NUM008 y NUM009 , que nos explican el modo en que tuvieron conocimiento de la existencia del vídeo: el administrador del "Vending" se presentó en la comisaría denunciando un robo en el establecimiento, y una vez finalizada la comparecencia al efecto, el denunciante expuso al agente que tenía sospechas fundadas de un hecho de mayor gravedad producido en el habitáculo del establecimiento, porque, según había podido ver en las imágenes grabadas en el interior, podría estarse ante una agresión sexual. Entregó el CD que ese particular había obtenido al agente número NUM008 y éste, a su vez, a su superior (número NUM009) quien lo dejó en manos de la ertzaintza.

C).-El agente número NUM010 instruyó el atestado presentado ante el Juzgado de Instrucción, y se ratifica en todas y cada una de las diligencias obrantes en el mismo. Además, explica cómo visionó las grabaciones de las imágenes, tanto en la discoteca como en el vending, y describe lo que observó, así como sus percepciones (habida cuenta de que en la misma mañana en que ha declarado este agente la Sala y las partes procesales hemos visionado los vídeos en cuestión, se dejará constancia de los aspectos más relevantes de su contenido más adelante).

Se pregunta a este agente sobre lo que, según las defensas, aparecen como desajustes horarios, y el testigo concreta que es así, efectivamente, pero que ello es un problema de sincronización de las cámaras existentes en Solokoetxe. Considera que la consignación horaria de las cámaras de la discoteca es la adecuada.

Aclara que en la comisaría recogieron la denuncia de la joven María Inmaculada , y los vídeos de la discoteca (ella no suministró ningún dato de Solokoetxe, no parece que recordara haber estado ahí) pero es una vez examinan estos datos, cuando toman conocimiento de que la policía municipal de Bilbao estaba en posesión de la grabación en un vending, y recogen esa grabación, poniéndolo en conocimiento del Juzgado de Instrucción, que requiere para que se recabe la grabación original o soporte del que se obtuvo el CD presentado ante la policía local, y adjuntan al Juzgado: el CD entregado por los agentes de policía; el CD que les llegó, también copia, de los agentes de la policía local, y el disco duro que el administrador del vending les suministró.

Es preguntado igualmente sobre detalles de la detención de D. Rafael (que practicó el agente) explicando que asumió que habían estado los cuatro (el detenido, sus dos amigos y María Inmaculada) y es preguntado igualmente sobre la declaración de D. Miguel Ángel y D. Virgilio que recogió el agente, aportando los datos que obran en la constancia de esas declaraciones en el atestado.

Considera que, de los datos con los que cuenta, la percepción personal del agentes es que no evidencia que hubiera un concierto previo de los tres acusados para que el tercero (Remigio) acudiera al vending.

Respondiendo a preguntas de las defensas, explica que es cierto que María Inmaculada se confundió en identificaciones fotográficas que realizó en comisaría, tratando de saber quién y qué había pasado; mezcla identidades en esa identificación, incluso en relación con algún varón (al parecer uno de los acusados con otro) y en cuanto a las edades de los posibles agresores, se deja constancia en el atestado, pero la joven explicó que podían ser de unos 25 años y luego otro mayor (como de 40 años).

Centrado en lo que observó en el visionado de las grabaciones, mantiene que no vio que María Inmaculada consumiera otra cosa que alcohol (no vio sustancias estupefacientes) y siendo preguntado nuevamente sobre el contenido de las grabaciones videográficas, valora que, según su percepción, María Inmaculada andaba *"de manera inconsistente", que cree que la sujetan, y lo que sí le parece elocuente, por evidente, es que, cuando entran en el habitáculo del vending, lo primero que hace María Inmaculada es sentarse.* También responde a otros detalles que se observan en las grabaciones (folios 111 y 143: lee el contenido de la exposición obrante en el atestado; explica las diferencias de horas, y concreta que a las 6,44 aparece la salida del living).

Por el letrado Sr. García se le pregunta sobre la declaración prestada por D^a Gabriela (testigo que no ha podido ser localizada) y el agente explica que lo recogido en el atestado sobre las manifestaciones de esta testigo es lo que consta.

D).- El comparecido agente número NUM011 mantiene lo que recogió y explicó en el atestado remitido al Juzgado, y concreta que recibió los CDs, así como la ropa que la joven guardó, para su limpieza, en su casa, y observando el contenido de la grabación, constató que la ropa era la misma que vestía María Inmaculada en el "vending". También es preguntado sobre aspectos de la grabación, y explica su percepción (*el movimiento del ojo de uno de ellos, coincidiendo con la salida, es claramente interpretado como requerimiento de vigilancia*)

Por su parte, el agente número NUM012 es quien entrega el CD de la grabación a la policía científica.

5.- Por videoconferencia han prestado declaración las seis peritos que realizaron los análisis químicos y de muestras biológicas en Madrid (Instituto Nacional de Toxicología y de Ciencias Forenses:

A).- Las peritos números NUM013 y NUM014 , ratificándose en el contenido de su informe de fecha 22 de febrero de 2017, aclaran a preguntas de la Sra. Fiscal y letrados: Que la fosfatasa tiene una alta concentración



en semen, y que, cuando el positivo es débil, ya lo han hecho constar en el informe. En todo caso, se está ante un encima inespecífico y no se trata de prueba confirmativa, solo orientativa.

En relación con la ubicación de la muestra para análisis, sí que se puede indicar si se halla en zona más o menos interna, y aparecen muestras espermáticas en zona interna, careciendo de relevancia en relación con el lugar de obtención, en principio, porque la duración (media) en cavidad vaginal puede ser de una semana, pero explica que ello depende de múltiples factores, explicando los varios que pueden tomarse en consideración.

Cuando hablan de escasa cantidad se refieren a menos de 25 espermatozoides obtenidos (entre 2 y 25) pero igualmente esas muestras y células pueden degradarse con el tiempo, también por múltiples factores.

B).- Las comparecidas números NUM015 y NUM016, manteniendo el contenido de su informe de 22 de mayo de 2017, concretan los resultados de los perfiles genéticos hallados en sus análisis, y habiendo establecido en su día que, además de los perfiles de María Inmaculada y de Rafael, aparecía el de un tercer varón, concretan que, más adelante y por medio de otros análisis de contraste con muestras indubitadas, están en condiciones de afirmar que ese otro varón era Humberto (testigo en esta causa, investigado en otra). Igualmente concretan que el perfil genético obtenido en la camiseta de color "teja" que les fue remitida se corresponde con un varón no identificado.

C).- El análisis químico que se recoge y cuyo resultado consta en informe datado el 7 de abril de 2017, muestra que la joven María Inmaculada consumió alcohol, cocaína y cicalopram (compatible con tratamiento terapéutico). Explican el período de permanencia para su detección en sangre o/y en orina, y en relación con el cannabis pudo haberlo consumido en tiempo reciente a la toma de muestra, pero el alcohol se elimina rápidamente (en 24 horas) y la cocaína no se encuentra en sangre, solo en orina, y la permanencia puede responder, aproximadamente, a cuarenta y ocho horas. En todo caso, más que veinticuatro horas, sin que quepa concluir sobre la cantidad (si fue elevada o no).

D).- Seguidamente comparecen las Doctoras Sras. Santiago y Tamara, y los Doctores Sres. Fructuoso y Gervasio, quienes se ratifican en el contenido de sus respectivos informes.

A preguntas de la Sra. Fiscal y de los letrados, concretan: lo fragmentado de la memoria de la joven explorada, la existencia de amnesia retrógrada, explicando el Dr. Fructuoso cómo él, en su entrevista, le realizó preguntas muy precisas y era evidente que ella no recordaba, ni siquiera si llovía o no (el doctor recuerda no solo el temporal de lluvia de aquella madrugada, sino el intenso frío que hizo). Minimizó (como habitualmente, dice el doctor, hacen los jóvenes) la cantidad del consumo de alcohol; no podía recordar María Inmaculada ni siquiera quién le acompañó a partir de un momento determinado, y lo que ella sí que le decía era que tenía dolores vaginales y anales intensos. No refirió, en ningún momento, haber consumido cocaína.

Mantiene el Dr. Fructuoso que no presentaba lesiones anales ni vaginales, pero preguntado al efecto, explica que cuando se toman el tipo de drogas que se han evidenciado en las analíticas, los esfínteres están más relajados y es más fácil que no se produzcan lesiones. Explica igualmente que el detalle de que la joven se orinó pudiera ser debido precisamente al efecto de las drogas y ese "modo de incontinencia" resultante. Insiste en lo confusa que estaba la joven, y la preocupación que mostró por si había grabaciones de los hechos (que no recordaba) pero sobre todo porque en el Centro (dice el Doctor que el EPA) al que acudía ella, le hacían responsable de que los jóvenes hubieran ido a prisión. Mantiene que, con el tipo de drogas (alcohol, etc..) detectadas, se producen alteraciones psicomotrices, de la memoria.

Tanto el Dr. Fructuoso como la Dra. Santiago califican a la joven de muy vulnerable, y la Doctora Santiago, en relación con las contradicciones que aparecen en el relato de la explorada, además de esa alteración de la memoria y el recuerdo motivada por la ingesta y efectos de las "drogas de sumisión química" como elementos facilitadores de determinadas conductas y reacciones, considera que, habida cuenta de que María Inmaculada se vió obligada a tratar de relatar en muchas ocasiones (contabiliza la doctora cuántas) los hechos que estaban siendo investigados, en ese relato se mezcla lo poco que recuerda, con lo que le cuentan, con lo sugerido en la investigación, etc. Y si habitualmente se producen ese tipo de interferencias, más en una persona que no puede recordar, no solo detalles, sino ni siquiera lo central o relevante. Tiene un recuerdo, anulado en algunos aspectos, distorsionado en otros, por lo que es imposible hacer un informe de credibilidad contando todos estos factores. Toda la secuencia tiene incongruencia, y difícilmente una persona puede alcanzar ese estado si no es por consecuencia de la ingesta de drogas. Además de las 17 entrevistas, este tipo de personas en general, y en el caso de María Inmaculada en particular, también hay un apartado de su reacción que se corresponde con cierta necesidad o pretensión de responder al estereotipo de víctima que, para la Doctora Santiago, también perturba el relato.

6.- En relación con la documentación obrante en la causa, y por asumir su contenido las y los peritos comparecidos, se reseña el informe de la Dra. Santiago (folios 901 a 905); informe del Dr. Fructuoso (folios



8 y 9); los informes de Toxicología (folios 854 a 868, y de modo específico, folios 862; 892); constancia de la impregnación de hisopos en seco con saliva (folios 508 y siguientes), así como los informes de genética forense (folios 539 y siguientes), y el informe (folio 888) en que se ha ratificado el psiquiatra que asistía a D^a María Inmaculada .

7.- Pese a que obran fotogramas sobre los que se ha preguntado a testigos, se han visionado en la Sala de Vistas, las grabaciones solicitadas por las partes procesales, y admitida su práctica como prueba, resultando de modo resumido, la siguiente constancia:

A).- Archivos de vídeo "20170114 0741 Violan M" y "20170114 0741 Violan G", de cuyo contenido resulta la siguiente descripción sucinta: Nada más entrar al habitáculo del vending, María Inmaculada se sienta (casi se tira) en el suelo. Viste una ligera camiseta y unos pantalones leggings oscuros. Quien aparece claramente como el acusado Porfirio comienza a quitarle el pantalón, ella trata de apartarlo; María Inmaculada cae al suelo. En ese momento Porfirio , muy sonriente, mira a la cámara y se coloca la capucha de la prenda que viste, y se ve cómo Rafael ordena a María Inmaculada que se ponga una bolsa de plástico sobre la cabeza de ella. Porfirio aparece sobre ella, y se observa a la muchacha quieta. Se escuchan lo que parecen gemidos de la joven y risas de los varones. Le ordenan que se levante; Se oye decir que no (parece la voz de ella, pero el hablar es confuso, como "aguardentoso") y Porfirio dice "no te fías de mí?" ¿has visto cómo llueve, manina¿" y se oye decir a un varón "que te ayudo a levantar" . Le levantan del suelo entre los dos varones y el colocan la bolsa de plástico en la cabeza, mientras dicen: "el gorro de la ama". María Inmaculada se ve totalmente pasiva, como inerte y se ve cómo se colocan ambos varones (Porfirio y Rafael) sobre ella, uno por delante, el otro por detrás. Ella parece gritar y le agarran por la cabeza. Rafael le baja el pantalón (leggings) y en un momento parece que ella agarra como tratando de que no se lo baje (es confuso el movimiento) y Rafael la penetra analmente (se oye que Porfirio dice: "para, para un poco, no le des por culo, tío" y Rafael responde algo así como "soy colombiano ") y Porfirio baja la cabeza de María Inmaculada , sujetándola. Se observa claramente el pene erecto de Rafael . Ella parece moverse, y se agarra a las paredes y a la máquina.

Desde el interior del habitáculo se oye como llaman " Cebollero , Cebollero ¿" parece que, con jolgorio o alegría (voces de los varones); no parece que la muchacha se de cuenta, en ese momento, de que viene un tercer varón.

Sale Rafael ; parece que ella llora o gime, y se abraza a Porfirio que la está penetrando vaginalmente. Se oye la voz de ella, pero muy *aguardentosa o borracha* . No es clara la pronunciación ni lo que dice, y en ese momento es cuando vuelve a entrar Rafael y la penetra analmente. Ella parece gemir y/o llorar, y parece que quiere apartar con sus manos a uno de ellos. La sostiene Porfirio y Rafael la penetra analmente mientras ambos ríen, y se oye decir " dale, dale ahí " .Sale Porfirio y entra con Remigio . Porfirio penetra a la joven colocándose él detrás. No puede verse si es vaginal o anal la penetración. Remigio mira y le pegan en las nalgas a la joven; la agarran, María Inmaculada cae (se desliza) hacia el suelo, y Remigio saca su pene y agarra a la joven por el cuello y cabeza, mientras Porfirio sigue penetrándola por detrás. No parece que consigue Remigio la felación, y María Inmaculada en el suelo (parece como a cuatro patas) le agarran por las nalgas, la sujetan (parece que es Remigio) y Porfirio sigue penetrándola. Se oyen ruidos de golpetazos en las nalgas y parece que la joven dice "párate, párate"

Sale Rafael y Porfirio la agarra por las caderas; se oye " Cebollero , tranquilo, tranquilo Cebollero " .

Sale Remigio y se ve una luz como de flash de la cámara del teléfono; ella trata de salir: " párate, párate¿¿porque grabar no, para¿..meto una torta¿" Porfirio la sujeta por las caderas, ella se levanta apoyándose en la pared. Parece que se apaga la cámara o el flash; se ve que fuera pasa alguien resguardado con un paraguas. Rafael hace un gesto como de "ven, ven" hacia el interior. Se ve que Rafael y Remigio están fuera y se ve otra vez el flash y se oye la voz de la joven " eh!!! Eh !!!". Sale fuera.

B).-El visionado de la puerta de la discoteca (entre las 5 horas y 5 horas dos minutos) refleja el momento en que se le saca a la joven de la discoteca, sujeta por dos varones.

C).- Se visiona el contenido de la grabación de la zona de las rampas y escaleras mecánicas sitas ante el establecimiento vending, observándose un varón que comienza a subir por las escaleras mecánicas, y en la zona izquierda de la pantalla se ve a un varón como vigilando, y parecen caminar no solo en la puerta del vending sino en toda la zona anterior que abarca la visión de las escaleras inferiores y superiores al plano del vending. Se ve a dos varones en varios momentos; en otros momentos a uno, paseando. En la hora que se marca como 7,27 están los dos varones fuera, y se ve cómo un señor, resguardado con un paraguas sube las escaleras. Parece que algo llama su atención, y baja seguidamente por la escalera (no la mecánica) y llega a la altura del vending, momento en que se ve que los dos varones que parecen en actitud vigilante se colocan ante el hombre que había vuelto y bajado; parecen enfrentarse a esta persona, que se da la vuelta y los dos



varones siguen vigilando. Seguidamente se ve a los empleados del servicio de limpieza que depusieron en la sesión de ayer.

Sigue la vigilancia, y en un determinado momento parece que Rafael muestra algo a Remigio ; sale María Inmaculada y suben por la escalera mecánica: ella delante de ellos, los tres detrás.

D).- En el vídeo que se incauta al acusado (duración breve, 17 segundos) se ve a María Inmaculada agachada y como se dirige hacia el instrumento de la grabación, diciendo " para, te doy una torta!!".

E).- Seguidamente se realiza transcripción de lo escuchado en el audio que la policía científica "mejora" tratando de clarificar la audición:

Voz de varón: Te fías de mí?; eh, tú? Has visto como ha empezado a llover, manina?...Póntelo!!! Póntelo chica¿vamos!!! (gritos)¿que no tío!!! Mani (gritos) Venga tú, venga levántate. Levántate chica!!.. Qué pasa?...Levántate, hija!.

Dame, dame un abrazo, hombre, que te ayudo a levantar¿Corre, corre¿.uno, dos y venga, vamos!.

Toma tu gorro, el gorro de la aaamaaa.

En el minuto 2,57 de la grabación: Quieres chupar? Eh! Quieres chupar?

NO (voz de mujer)

Cómo que no?

NO (voz de mujer)

Venga, vamos, venga, que nos vamos, que nos la chupa en el Carmelo, da igual (3,10).

Vamos tío¿dale!, dale!.

En el minuto 3,49: A ver tú¿.no te cagues, eh!?

Sobre el minuto cuatro y diez segundos se escucha lo que parecen lloros.

Voz de varón de nuevo: Ven chico, ven, toma.

Para tío, para que no le des por el culo, tío¿.Qué? que soy colombiano (4,43).

Se oyen lloros de nuevo (6,25).

6,38: Cebollero , qué pasa Cebollero ?

6,56 (lloros)

7,17 (voz de mujer): Yo quiero con tu amigo, no contigo, no con los dos, no!. Con los dos no!.

Voz de varón de nuevo: No, no, con los dos hermanos, si no, nada!! Chupa ahí!

Voz de mujer: NO

Entre el minuto 9,30 y el 9,44 de la grabación vuelve a oírse lo que siguen pareciendo lloros.

9,47: Cagüen tu puta vida!!!

Al minuto 10,19 de la grabación: Dale!! Dale ahí!!

10,41: lloros

10,51: Mani, mani¿.gonorrea

11,20: chúpala, chupa la polla.

11,35 de la grabación: lloros.

12,40. Ah!!1 Mecagüen¿Eh, tampoco te reyes.

Para!!

13,35: párate, eh?

13,40: Tú eh!! Cebollero , Cebollero , tranquilo.

14,49 (voz de mujer) Estás grabando?...Como no te pares¿.

F).- Y en la última de las sesiones, se visiona lo solicitado en relación con la discoteca Living, resultando: minuto 4,35 a 4,36: Quien es evidente que es María Inmaculada se abraza a un varón; está con una amiga. Se observa



que le cuesta mantener el equilibrio y se abraza a una amiga (a una mujer joven); bailan, parece que alguien le quita la prenda que lleva.

Sobre el minuto 4,43-4,44 de la grabación se la ve con problemas para mantener el equilibrio; se agarra María Inmaculada a "todo el mundo"; baila., se deja llevar.

Minuto 5,37-5,38 sale María Inmaculada de la discoteca, aparece sola y con muy poca ropa.

CUARTO.- Valoración de ese resultado: Cuestiones de general aplicación.- Como se ha indicado al inicio de estos fundamentos, es obligación del Tribunal explicar las razones por las que se llega a la conclusión de que los hechos que se relatan en el apartado de los probados son los ocurridos respecto del objeto de la acusación (art. 120-3 de la Constitución , art. 248-3 de la L.O.P. Judicial , art. 142 de la L.E.Criminal , art. 741 de la L.E.Criminal), e igualmente se reitera que, como garantía para la persona juzgada, más allá de la convicción subjetiva y personal de quien ha emitido la sentencia, es nuestra obligación exponer el procedimiento racional (en tanto que externamente fiscalizable) que nos lleva a la declaración de los hechos probados en el sentido que conste, también para que quien lea la resolución pueda analizar y valorar si el método de convicción alcanzado se evidencia en criterios reconocibles, racionales, con razonamiento coherente y fundamentación controlable. Toda sentencia judicial, como acto de un Poder del Estado sometida al Derecho, debe ser un acto racional, y por tanto explicado, máxime si se tiene en cuenta que las decisiones judiciales pueden afectar y de hecho afectan, a derechos fundamentales de toda persona (entre otros derechos, también al derecho a la libertad personal). Todo ello exige que el presupuesto de toda decisión judicial, y singularmente las condenatorias, descansan en la necesaria motivación y valoración de la prueba tenida en cuenta en cada caso, tanto la de cargo como la de descargo, pues solo en la contradicción puede alcanzarse la "verdad judicial" como certeza procesalmente demostrada y que alcanza el canon de motivación exigible.

Resumimos seguidamente la valoración que las partes procesales han realizado de lo observado en el juicio oral, puesto que es un modo de comenzar a resolver las cuestiones propuestas: Por la Sra. Fiscal se alude a que el testimonio de la joven María Inmaculada es persistente y que no se advierte ni constata ningún móvil espurio para presentar esta denuncia (como dice el Tribunal Supremo, la Sra. Fiscal dice que hay *ausencia de incredibilidad subjetiva* , es decir, que es creíble objetivamente). Por las defensas se pone en duda esa persistencia en la incriminación. Indican que la declaración es errática, cambiante, imprecisa, y van poniendo de manifiesto lo que consideran contradicciones e incoherencias, así como secuencias que valoran como increíbles. Aluden a los informes de la clínica médico forense sobre la credibilidad (también la Sra. Fiscal considera que tales informes son corroboraciones del relato de las denunciadas en general) y exponen lo que, según las defensas, son mentiras vertidas por María Inmaculada , quien, siempre según las defensas, *"adapta las circunstancias a su propio beneficio"* .

Como han puesto de manifiesto todas las partes procesales en el juicio, la realidad de las relaciones sexuales no se cuestiona: en los modos y circunstancias en que se expresará, se ha aportado a la causa el material videográfico consistente en la grabación que obtuvieron las cámaras del lugar en que se produjo la relaciones y/o relaciones sexuales. No hay duda de que existieron. La cuestión objeto de discusión es si, como mantienen las defensas, fue la joven María Inmaculada quien no solo las consintió expresamente, sino incluso tomó la iniciativa; o si, como mantienen las acusaciones, la joven estaba en un estado de anulación de su voluntad, por lo que se sometió a los deseos de los procesados.

Han aludido las defensas a que el relato de la joven no es creíble, y tampoco las manifestaciones de varios de los testigos en que la acusación sustenta su posición y el relato que considera acreditado. Así, nos habla de que unos testigos se fijan en una cosa y no en otra; de que se han omitido secuencias que cualquier observador imparcial asumiría; que los relatos de todos y cada uno de los testigos están plagados de contradicciones y diferencias (en sus propios relatos: contradicciones *internas*) de los que no es posible obtener certeza de que se de esa situación que impedía a María Inmaculada autodeterminarse. Al contrario, toda la relación, según ellos, fue consentida, querida e incluso propiciada por ella. No observan las defensas inconsciencia ni anulación de la voluntad y entendimiento de María Inmaculada , sino conciencia y placer que obtiene la mujer (siempre según los letrados de la defensa, hablando en alguno de los informes incluso de que visto cierto *"jolgorio"* en lo visionado).

En alusión a la declaración de la víctima el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo han venido manteniendo que 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 lugares ocultos y ajenos a la visión de terceros, se dificulta la concurrencia de otra prueba diferenciada. Así lo ha declarado tanto el Tribunal Constitucional (SSTC. 229/1991, de 28 de noviembre ; 64/1.994, de 28 de febrero ; y 195/2.002, de 28 de octubre) como del Tribunal Supremo (SSTS 339/2007, de 30 de abril ; 187/2012, de 20 de marzo ; 688/2012,



de 27 de septiembre : 788/2012, de 24 de octubre ; 469/2013, de 5 de junio ; 553/2014, de 30 de junio , entre otras); sin embargo, no es el caso: primero porque no tenemos declaración de María Inmaculada ; segundo porque contamos con el vídeo; tercero porque la existencia o no de esa anulación de la voluntad alegada, ha de obtenerse de los datos objetivos y externos aportados por las grabaciones (también las de la discoteca); las declaraciones de los testigos comparecidos y las máximas de experiencia que han sido expuestas por la Doctora Santiago en gran parte, y que esta Sala viene asumiendo en numerosas resoluciones en que, como en este caso, hemos venido analizando durante años lo que se escucha en el juicio oral a la luz de estas máximas de experiencia que, sucintamente, exponemos en estas líneas.

Esta Sala viene manteniendo que lo verosímil y creíble no siempre es cierto, y que situaciones que, en principio parecen increíbles y producidas en situaciones también increíbles, se han mostrado ciertas de modo irrefutable, precisamente por el resultado de un análisis de contraste entre los resultados de las diversas pruebas practicadas, porque lo relevante es el sustento que el contenido del escrito de acusación encuentre en los elementos resultantes de la prueba y un análisis minucioso de cada una de ellas. Esas aportaciones de las acusaciones habrán permitido a la defensa contradecirlas y contrastarlas, en ejercicio de su básico derecho, para poder extraer lo relevante en cada causa.

Comenzaremos por delimitar el concepto de "máxima de experiencia", que no es sino *"definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos y que proceden de la experiencia. A partir de los casos particulares observados, se infieren los elementos generales que, precisados de constancia, se informan"* . Son independientes de los casos particulares de cuya observación se han inferido y por encima de esos casos concretos, pretenden tener validez para otros nuevos. Cuando son comunes (experiencia ordinaria de la vida) son, por ello, de común conocimiento; cuando son máximas de la experiencia derivada de la ciencia, arte o técnica, se introducen en la causa a través de la prueba pericial. Y la experiencia de los tribunales, con la ayuda de aquellas personas expertas en psicología experimental del testimonio, permite establecer las que a continuación venimos constatando, y han sido igualmente expuestas en la prueba pericial forense practicada en este juicio (volveremos sobre su resultado, pero esta inicial referencia es imprescindible para seguir exponiendo, de modo concreto, el método de valoración del resultado de la prueba que seguiremos a continuación de estas consideraciones de carácter general).

1.- Máximas de experiencia elementales nos dicen que una persona puede estar resentida contra otra (sobre todo si considera que le ha dañado) pero ello no la lleva necesariamente a mentir o a presentar una denuncia falsa. En todo caso, no parece este motivo ni alegado ni acreditado en la presente causa.

2.- Sobre las modificaciones que, tanto víctimas como testigos, efectúan en sus varios relatos, (entre las varias veces en que se exige de las denunciadas que declare, y que, según la Doctora Santiago , aquí han sido 17 veces) la psicología forense experimental nos indica que estudios científicos han puesto de manifiesto la complejidad de esta fuente de prueba que es el testimonio, sustentado en la memoria (podríamos aludir a varios, así la exposición contenida en "La toma de declaración, sugestión y recuerdo" - Piedad .- Cuadernos Digitales de formación.- 2009). Parten los y las expertas en psicología del testimonio de la máxima de experiencia de que *la memoria no es un registro mecánico de información, sino que es tremendamente activa, reconstructiva, y está sometida a la influencia de una variedad de factores que favorecen el que los testigos cometan errores* . Y al igual que la cautela que ha de presidir la valoración del lenguaje *gestual* , la psicología del testimonio nos expresa que son múltiples los factores que se dan, primero en la propia percepción del hecho; seguidamente en el momento de guardarlo en la memoria; más adelante para verbalizar lo retenido que, como se ha indicado, se va *enriqueciendo* de detalles que quien emite el testimonio no es consciente de su incorporación al inicial recuerdo. También es una máxima de experiencia contrastada que el hecho de sufrir una situación de violencia no *aviva* necesariamente la memoria; en ocasiones pasa lo contrario. Así lo ponen de manifiesto los informes de los y las expertas de la Clínica médico forense en diversos procedimientos en que hemos emitidos resoluciones (condenatorias y absolutorias) que también nos recuerdan que cada persona es un *mundo* , y cada ser humano reacciona de modo diverso ante situaciones de estrés, y también lo conocía el legislador del siglo XIX, que estableció un modo (aún vigente en los artículos 436, párrafo segundo ; artículo 439 ; artículo 709, todos ellos de la L. E. Cr .) de efectuar el examen de los testigos que permitiera preservar, en la medida de lo posible, la fidelidad de esa memoria, pese a todos los condicionantes.

3.- En esa formación del relato sustentado en el recuerdo, nos recuerda la psicología forense basada en la experiencia y en su análisis, que cada persona aprecia y guarda en su memoria los hechos de modo diverso, en función de múltiples parámetros: posición física en que se encuentra, relación personal (o no) con los hechos a probar; también el grado de *atención* o los recursos atencionales dedicados al suceso, que pueden tener gran influencia en la percepción. En algunos casos el testigo solamente prestó atención al suceso una vez producido éste, o comenzó a recordar a través de las sugerencias, preguntas o apreciaciones que le realizó otra persona,



aportando ella datos que incorpora (sugestión que luego queda indeleble: no es posible diferenciar entre el recuerdo "real" y el sugerido en la mayor parte de las ocasiones) antes del interrogatorio judicial en el plenario.

4.- Lo mismo sucede cuando tenemos que repartir nuestros recursos atencionales entre varios estímulos. En contra de la creencia general de que el testigo que tiene buena memoria para los detalles (recuerda muchos) será mejor testigo, los datos empíricos indican que los recursos cognitivos son limitados y los que se dedican a una tarea impiden que otra tarea simultánea se lleve a cabo correctamente. Es la memoria, fuente del relato, la más frágil de las pruebas por todos los condicionantes que la psicología forense experimental constata y nos indica, razón por la que no queda sino, como ya se ha indicado en múltiples ocasiones, y se ha reseñado más arriba, examinar los testimonios relacionándolos entre sí, y analizando igualmente los datos objetivos que se hayan podido incorporar a la causa.

Y es lo que haremos seguidamente: poner en relación el material probatorio y su resultado expuesto en el fundamento segundo de esta sentencia, con los elementos del tipo delictivo que han invocado las acusaciones, puesto que, como son contestes todas las partes procesales, lo que la acusación ha de acreditar es que, en el momento en que María Inmaculada fue penetrada, una y otra vez, por los acusados, no consentía porque no era capaz de consentir. Pero igualmente, y como mantuvieron las defensas, ha de valorarse si los acusados eran o no conscientes de que la muchacha estaba en ese estado que le impedía prestar ningún tipo de consentimiento, libre y consciente.

QUINTO.- Aplicación de esos parámetros generales a este caso concreto.- Una vez expuestas estas consideraciones de carácter general, de los testimonios recabados en el juicio oral, comenzaremos por dejar constancia del modo y tiempo en que la noticia de los hechos llega al juzgado: Por un lado tenemos el testimonio del padre de María Inmaculada, quien nos relata el momento en que consigue hablar con María Inmaculada después de no tener noticia alguna de ella ni en la madrugada del sábado ni durante toda la mañana del sábado. Al mediodía María Inmaculada le llama desde una panadería sita en Santutxu y le pide que vaya a buscarle. El padre explica que estaba en un estado como el que cualquier padre (o madre) estará si no tiene noticias de su hija, que ha salido de fiesta hace doce horas y había prometido dormir en casa; sin embargo es muy gráfico cuando nos dice que su intención, al ir a buscarla, era reñirla (algo más probablemente por su gesto y expresión) pero al ver su lamentable estado, la recoge, la lleva a casa y le aconseja cuanto se ha expuesto en su declaración (que se duche y descanse).

Cuestionan las defensas que ese relato tenga sustento alguno, y que no ha comparecido el supuesto panadero que acogió a la joven, le dio un cola-cao caliente al ver su estado, ni se haya facilitado ningún dato de esta persona. El padre explicó, además de su estado físico, el de la ropa, y de la aportación obrante a los folios 47 y siguientes (recogida de lo que María Inmaculada vestía al llegar a su casa, devuelta con su padre, y que tiró al cesto de la ropa sucia; y analizada con el resultado obrante a los folios 217 y siguientes de las diligencias) parece que no es un invento de quien, en un principio, ninguna intención tenía de denunciar.

En esa línea de cuestionar el proceder del padre y de la joven María Inmaculada, mantienen las defensas que no es normal que, si estaba en ese estado, el padre nada preguntara. Nuevamente nos vemos en la necesidad de recordar que los parámetros de normalidad y lógica son diversos para cada persona. Si, como también indican las defensas, no es la primera ocasión en que María Inmaculada no responde a un comportamiento "encomiable", quizás el padre prefirió "no saber" en ese momento. Simplemente hizo lo que cualquier persona de buena fe haría, porque sí vió a su hija completamente desorientada, perdida.

Dudan las defensas de María Inmaculada, de su padre y sus testimonios porque la joven no denunció hasta el lunes los hechos; sin embargo, una vez más ha de recordarse que María Inmaculada no recordaba nada de lo que había ocurrido y que el motivo por el que se presenta en el hospital es porque está mal; le duele el ano y la vagina, y cree que ha sangrado (no se ha acreditado este hecho, pero una cosa es la percepción, por el dolor, y otra la realidad física en ocasiones).

Las defensas aluden a que, antes de activarse el protocolo para víctimas de delitos sexuales (que comienza a ponerse en marcha cuando consta algún hecho, aparentemente delictivo, de esta naturaleza) la joven había estado con sus amigas (acudió a recoger sus pertenencias, incluido su teléfono móvil, del que no dispuso desde primeras horas de la madrugada del sábado) y es igualmente probable que éstas le dijeran alguna cuestión en relación con su estado y conducta en aquella madrugada del 14 de enero de 2017. Lo cierto es que, por el dolor, por su estado de amnesia y por el miedo a que lo que pudo haber pasado (y ella no supo) fue al hospital.

Cuando las defensas cuestionan que sea cierta la amnesia que alega haber padecido (y que aún padece la muchacha) los informes de la clínica médico forense son explícitos. Tanto el Dr. Fructuoso como la Dra. Santiago aportan datos sobre su percepción de que la amnesia no es simulada. Así, nos explica el Dr. Fructuoso que ya en la primera entrevista que realiza en el hospital cuando es llamado para estar presente en



la exploración ginecológica (folio 8 y 9) realizó a la joven unas preguntas muy precisas, siendo muy elocuente su respuesta a determinadas preguntas (pone el doctor varios ejemplos: no recordaba si llovía o no, cuando el frío en esa madrugada fue intenso, e igualmente llovió con mucha intensidad.- o sobre el consumo de alcohol, minimizando cantidades¿) la memoria era fragmentada, no recordando ni con quien estuvo a partir de un determinado momento de la noche. Por su parte, la doctora Santiago , a la vista del resultado de las varias entrevistas mantenidas y del resultado de las analíticas practicadas, valora que esa amnesia no es fingida; al contrario, el cúmulo de entrevistas realizadas y la necesidad de responder a lo esperado, lleva a que María Inmaculada incorpore en su relato datos que, al principio, no recordaba, pero que le son sugeridos. Consideran que la amnesia, blackout o memoria fragmentada (informe obrante a los folios 901 y siguientes de las diligencias de instrucción, en que se han ratificado) tiene base en todas las circunstancias que se exponen, y no es posible emitir un informe de credibilidad sobre el relato, informes de credibilidad que, como es conocido, esta Sala ningún valor otorga en personas adultas.

En relación con los resultados de las analíticas, se hace preciso realizar una precisión: El doctor Fructuoso consigna un dato erróneo en su informe. Hace constar que los hechos se produjeron en la madrugada del 13 de enero (folio 8) cuando no existe duda alguna, por todo el expediente, que los hechos se produjeron en la madrugada del día 14 de enero, sábado, y la recogida de muestras se realiza en el mediodía del 16 de enero, lunes, es decir, prácticamente en las 48 horas siguientes a los hechos, y ello tiene relevancia (por lo que luego se dirá) habida cuenta de que, en la aclaración a sus informes (peritos números NUM017 y NUM018 .- folios 767 y siguientes de las diligencias de instrucción) explican que la permanencia de la cocaína en orina permite determinar que su consumo había sido hacia unas 48 horas antes, ya que en sangre ya no había restos, lo que descarta el consumo reciente de la sustancia. También explican que el alcohol se elimina rápidamente, y no hay constancia de consumo reciente, al contrario del cannabis (ella fuma porros). El consumo de cocaína, según ese resultado era de más de veinticuatro horas antes en cualquier caso.

Por lo que respecta al consumo de alcohol no hay duda alguna. Lo asume todo el mundo (otra cuestión es valorar sus efectos y su apreciación por terceras personas de ese efecto en la joven ese día concreto) e igualmente en las pruebas analíticas realizadas en las muestras biológicas (sangre y orina) recogidas a la joven, se encuentran restos de la medicación que toma la joven por prescripción facultativa, además de cocaína. Y aparece acreditado otro dato que también se trae corroborando lo anterior: María Inmaculada coincide con Rafael en una ocasión con posterioridad a los hechos en el curso de "control de impulsos" (como lo denominan ellos) y no le dice nada porque no recuerda que este acusado estuviera allí, ni lo relaciona con las descripciones de sospechosos que le piden. No recuerda ni lo que pasó, ni con quién "pasó qué" .

De todo ello en principio resulta que la ausencia de recuerdos precisos no es fingida. Hay datos que lo avalan, además del contenido de la propia denuncia (folio 18) de las diligencias, en que agentes que se personan en el hospital a requerimiento del Juzgado de Instrucción recogen lo que pueden deducir de los recuerdos, fragmentados e imprecisos de la joven. Tan es así que a la vista de tal imprecisión, la policía que investiga (folio 37) realiza una petición genérica para obtener datos (folio 33: todos los *sospechosos* desconocidos), oponiéndose la representante del Ministerio Fiscal a una petición en tales términos de generalidad, emitiendo auto (folio 42: fecha 24 de enero de 2017) el Instructor denegando una petición cursada en tales términos de generalidad.

Es precisamente ese día (24 de enero) en que la ertzaintza entrega en el juzgado de Instrucción una ampliación del inicial atestado, en que aparece: 1.- por un lado, una sucinta declaración de María Inmaculada tratando de aportar algún dato que ha obtenido de un conocido (folios 50 y 51); 2.- la aparición de un vídeo grabado por las cámaras fijas colocadas en el local "Vending Beti Zabalik" (en adelante se designará este local como "Vending"). Este vídeo había sido entregado por el administrador del local (D. Elias) quien ha comparecido en el juicio oral, siendo de extrema relevancia, tanto su testimonio como su actitud personal. Ha explicado los motivos del visionado de las cámaras fijas (ya se ha recogido más arriba) e igualmente que la entrega de esa copia obedeció a que lo que él percibió de un visionado parcial (nos ha dicho que no vio la grabación en su integridad) pero parece que le bastaron unos minutos para valorar lo visto como una agresión.

Es probable que, en el supuesto de que no se hubiera contado con la grabación, este asunto no habría podido llegar a juicio oral, porque habría resultado imposible identificar a nadie (leído también el contenido de las diligencias que van practicando los agentes.- folios 50 y siguientes, recogidas en esa ampliación de atestado) porque María Inmaculada no recordaba nada de personas ni lugares, y porque las diligencias de identificación fotográfica, con tales premisas, de poco (o de nada) sirven.

Las defensas han puesto el acento en que la joven María Inmaculada se equivoca reconociendo a gente de mayor edad que los acusados, y de otras características físicas (magrebíes, sudamericanos¿.) pero esta confusión lo que acrecienta es esa percepción de desorientación e incluso de desconocimiento. La apreciación de la edad por personas jóvenes (María Inmaculada tenía 18 años en esa época) es sumamente relativa (se



ha escuchado en la sala, también en otras ocasiones, calificar a personas de 25 años de edad como "mayores" (por algún testigo joven) y en cuanto a la aportación de datos erróneos, además de cuanto hemos puesto de manifiesto en el fundamento anterior, la Doctora Santiago ha expuesto, entre las máximas que ha obtenido de su experiencia (amplia) como perito forense en este tipo de asuntos, el efecto que el estereotipo tiene en estas testigos: la gente percibe el modo en que debe comportarse quien ha sido agredida, y a medida que aparecen datos, quien ha sido víctima (o aparece como tal en juicio) trata de acomodar su actitud a lo que se espera de ella, motivo por el que, inconscientemente, explica algo de lo que se espera, sin poder saberse si esto viene determinado por el recuerdo, por lo sugerido, por lo escuchado, o, sencillamente por "*cómo debe responder*". En todo caso, no queda sino reiterar lo ya expuesto: es irrelevante en este caso la identificación, los errores, etc., porque no es éste el objeto de la discusión en esta causa: Se ha visionado lo ocurrido en el interior del "Vending" en la fecha y hora expuesta en el escrito de acusación, y no existe duda sobre la identidad de todas y cada una de las personas que tomaron parte en esos actos de explícito contenido sexual, con penetraciones varias en el cuerpo de María Inmaculada, en los términos que han quedado descritos en el apartado adecuado a tal efecto en la sentencia.

Insistimos en que lo cuestionado por las defensas es el elemento determinante del tipo penal cuya aplicación piden las defensas: ausencia (o presencia) del consentimiento para mantener la relación sexual.

SEXTO.- Prueba de la existencia o no del consentimiento: Es el estado en que María Inmaculada se encontraba en la madrugada del día 14 de enero de 2017, el que ha sido objeto de cuestionamiento, como reiteramos en varios apartados de esta resolución, reiteración que, por haber sido objeto de la prueba en su mayor parte, también se ha producido a lo largo del juicio. Y ante las posiciones diversas (acusaciones y defensa) no queda sino insistir en lo que, en otras múltiples sentencias se ha puesto de manifiesto: será de los datos objetivos u objetivables de donde resultará, en su caso, la certeza sobre ese elemento básico del tipo penal alegado por las acusaciones. Datos que se contrastarán con los testimonios escuchados, pero igualmente con la percepción unánime de la/os miembros de la Sala de lo visionado en el juicio oral.

Comenzando por el análisis de este visionado (voces, cámaras y grabaciones) la Sala aprecia un evidentísimo estado de perturbación en María Inmaculada: además de observar su pelo mojado y en desorden, que le cae en la cara; ropa escasa para un día que, climatológicamente, ha sido descrito en el modo gráfico en que lo hiciera ya el médico forense por su recuerdo (y la importancia que otorgó a que, pese a esas circunstancias, la joven ni lo recordara); ojos semicerrados en momentos, pero como "idos" en otros¿Alguien ha interpretado que ese estado obedece a que ella "*interactúa*" y "*sentía placer*"; sin embargo, ya se ha indicado que la primera imagen que se tiene de María Inmaculada es que, nada más entrar al recinto del "Vending" se sienta (literalmente, se tira al suelo) y ha de ser levantada por dos de los acusados en los términos que se han expuesto en la redacción del visionado de la cinta de ese lugar. El estado de confusión, laxitud, descontrol de la joven mujer es evidente desde la contemplación o visionado de esas imágenes, y ello no solo es perceptible para esta Sala, sino igualmente para los propios acusados, como resultan de sus comentarios, de su mofa ante el estado de la mujer, de lo que (en el juicio) califican de una "broma de mal gusto" cuando le colocan el plástico en la cabeza, y la muchacha ni se entera, ni prácticamente reacciona (ya se ha descrito su actitud corporal como inerte). Ya se ha indicado que se escuchan gemidos que, a la/os miembros de la Sala transmiten más dolor o queja que placer, pero en todo caso, esto no es relevante a los efectos de determinar ese estado de incapacidad corporal y física de reaccionar. En un momento de sus iniciales declaraciones, María Inmaculada dice que "no quería pero no podía oponerse". Ciertamente que, como se ha indicado, ello puede obedecer a esa respuesta estereotipada que se espera de ella, pero esta percepción (no quería, pero no podía) la transmite la joven desde su inicial declaración.

Cuando la joven es sacada de la discoteca, su estado de ebriedad y las dificultades para mantener el equilibrio son evidentes en las grabaciones visionadas, al igual que su actitud de abrazarse a todo el mundo (hombres, mujeres, alguna de sus amigas¿) que también parecían servirle para no caerse. Cuando parece bailar, "se deja llevar", y en relación a lo que mantiene uno de los letrados de la defensa de que no se ve que se hubiera orinado, porque lo mojado de su ropa es más arriba: no solo no compartimos esa percepción del letrado, sino que, como se ha indicado, esta visión o precisión se analiza junto con los testimonios escuchados en el juicio oral: Por un lado, el referido por el guarda de seguridad de la discoteca (Sr. Andrés) que explica que fue uno de sus jefes quien la indicó que sacara a esta chica de la discoteca porque se había orinado y estaba montando un número por su estado, que el testigo califica literalmente de "*estaba muy, muy, muy borracha*"; "*no se tenía en pie*" (en consonancia con lo observado en las cámaras) e igualmente recuerda que, en la galería de la discoteca, "*la estaban sosteniendo y la recostaron sobre una de las paredes*". La vió durante la noche; dice que se juntaba con unos y con otros (con mucha gente), y bebía de todas las copas que podía. Como puede constatarse de los fotogramas obtenidos de la grabación del vídeo de la discoteca (folios 151 a 153) el testigo se reconoce y conoce a María Inmaculada: es el momento en que la sacan (literalmente) de la discoteca, y este testigo,



grande y fuerte (en su apariencia física) es ayudado por otra persona en esa acción de sacar a la joven. También ha quedado recogido que ella no se oponía a salir porque no era consciente de lo que pasaba (ni se enteraba).

La amiga de María Inmaculada, Lidia, poco aporta, puesto que no recuerda lo que declaró, si bien asume que bebieron mucho, pero ni siquiera recuerda que el vigilante sacara a María Inmaculada del recinto de la discoteca. Sí recuerda que se fue sola, sin el bolso, sin chamarra, sin el teléfono móvil. Y esta falta de cualquier objeto (salvo la escasa ropa que vestía María Inmaculada) es otro dato que no es cuestionado, y sobre el que se volverá. Sí que coincide su testimonio con el del padre de María Inmaculada sobre las múltiples llamadas que hizo el Sr. Primitivo al teléfono de su hija (que guardaba la testigo) y no es cierto que María Inmaculada haya estado así en otras ocasiones (en todo caso, este dato tampoco es relevante para saber cómo se encontraba ese día) ni que hayan tenido que llamar a su padre.

El testimonio de Humberto (investigado inicialmente en este asunto, y ahora en otro derivado de secuencia posterior a la salida del vending) aporta la referencia a que " *María Inmaculada sí estaba borrachilla*" y cuando él la vio tenía los leggings mojados y rotos (agujeros) y solo llevaba un "top" y que María Inmaculada decía *rollos raros*, que él no le entendía lo que decía. Igualmente el testigo D. José Ángel aporta similares datos sobre el estado en que se veía a María Inmaculada: que bebía mucho alcohol, pero valora el testigo que era el "ambiente general" de la discoteca (había una promoción para el consumo de alcohol).

Singularmente significativo resulta el testimonio de los jóvenes Virgilio e Miguel Ángel sobre el estado de la muchacha, su actitud y la reacción de los dos testigos, porque, como se ve en alguna de las imágenes, ella literalmente se "tira a abrazarles", y en algún momento alguno de ellos parece responder a ese abrazo para apartarla prácticamente "de seguido". Describen el estado de María Inmaculada como de una persona "muy borracha; hablaba mal, no se le entendía y le costaba mantener el equilibrio" y preguntados sobre si no es cierto que ella se les insinuó, responden que sí, y preguntados si la rechazaron, dicen que sí. Aquí las defensas han tratado de cuestionar a estos testigos, desviando la responsabilidad incluso hacia ellos (en algún momento del informe y en alguna de las preguntas) pero las declaraciones de éstos básicamente han sido similares desde el inicio en lo que al núcleo de su testimonio se refiere sobre el estado de María Inmaculada, e igualmente a que rechazaron a la joven porque "no querían problemas" dice uno de ellos, y el otro porque, además, "le dio cierta lástima porque la vieron muy joven y muy borracha". No se trata de valorar si son buenas personas (que fuera lástima lo que determinó su reacción y actitud) o sean personas interesadas (por evitar problemas); lo que es determinante en su declaración es que avalan lo que está resultando de las declaraciones expuestas: que María Inmaculada estaba en un estado como el que ha quedado acreditado; y en cuanto a su actitud personal, sea por respeto, sea por precaución, estos dos jóvenes tuvieron muy claros sus límites, y no los sobrepasaron (no se les enjuicia, en cualquier caso).

Referencias a que en otras ocasiones María Inmaculada estaba también borracha; o que este tipo de conductas las propició en alguna otra ocasión, no consta; pero aún cuando hubiera algún dato al respecto, lo que hoy enjuiciamos es lo que relatan las acusaciones, y si la prueba acredita el elemento precisado de constancia: el estado de María Inmaculada para querer y consentir libremente.

Sí queremos llamar la atención sobre un punto que sí ha suscitado cierto asombro a la Sala, y es que son las propias acusaciones las que, en sus conclusiones, exponen los problemas de conducta que María Inmaculada había tenido con anterioridad a estos hechos: No estamos juzgando a la joven, sino los actos que, sobre ella (no con ella, como es obvio del relato acreditado) realizaron los acusados. Y una vez más hemos de dejar constancia de que el que ella recibiera tratamiento psiquiátrico; o hubiera tenido problemas con la justicia (que no ha sido objeto de prueba, obviamente) no incide en el enjuiciamiento de los hechos. El que tomara o dejara de tomar la medicación pautaada por sus problemas anteriores, tampoco, porque lo que se trata de valorar es si la anulación de su voluntad y de su capacidad era tal (en base a todos los datos, como se dice, relativos a esa madrugada del 14 de enero de 2017) y si ello era perceptible (y por ende, percibido) por los acusados, al margen de que estos supieran (o no) que fuera especialmente vulnerable siempre. Lo que sí ha de resultar es que esa vulnerabilidad, por afectación de las facultades de la muchacha, se dio y se vio en esa madrugada.

Además de la evidencia resultante de la exposición que antecede (valoración de las pruebas reseñadas) los acusados también aportan datos que evidencian que eran perfectamente conocedores del estado que presentaba la muchacha cuando la llevan hasta el "Vending": Porfirio justifica que la levantaran del suelo (ya en el interior) porque estaba muy bebida, y constan referencias a las incoherencias que ella les decía, según ellos en el camino. Rafael la ve al inicio de la noche, pero luego al final, y según él María Inmaculada le dijo que quería irse con él en ese momento final, momento en que la evidencia de que la mujer podía irse con él como con cualquiera, y por el motivo que se ha probado, es absoluta. Parte del propio relato de este acusado avala esa evidencia: explicó que vio a María Inmaculada al inicio de la noche, y que ella en ese primer momento de la noche "se le insinuó", pero es al final de la fiesta, por la mañana del sábado, cuando se la lleva junto con su amigo Porfirio, porque ya no estaba como al "principio".



No consta acreditado que durante el camino practicaran sexo con esta joven (como ha puesto de manifiesto Rafael respecto de Porfirio , citando lugares) pero queda la duda de si esa alegación (además de no probada) haya sido en actitud o tono exculpatorio, porque cuando responden, los acusados insisten en que todo fue voluntario, que no le taparon la boca, ni le impidieron pedir ayuda, ni nada. No se les acusa de agresión violenta o intimidatoria sino de un delito contra la libertad sexual de María Inmaculada configurado por esa ausencia de voluntad por incapacidad para prestar consentimiento. En todo caso, las referencias sobre lo ocurrido en el trayecto no son precisas ni unánimes; tampoco sobre el lugar en que, según dicen algunos de los acusados y el testigo Humberto , se practicó sexo (si así fuera) ni sobre los hechos o actos realizados (tocamientos, besos, penetraciones. No sabemos, con evidencia más allá de duda, lo que acaeció durante el trayecto, por lo que no podemos declarar acreditado lo que no ha sido probado).

Sobre el suministro de la cocaína no queda acreditado con evidencia exenta de duda quien le proporcionó una droga que María Inmaculada nunca había tomado hasta ese día: ha sido evidente la sorpresa del Dr. Fernando en juicio, médico que la ha tratado durante cinco años, como consta en informe obrante al folio 888, cuando se le ha puesto de manifiesto por las acusaciones el hallazgo de esa sustancia en la orina recogida de la joven. Dicen las defensas que sí podía haberla tomado en otras ocasiones, y que sus defendidos no se la suministraron; sin embargo, tanto por las horas en que hubo de ser ingerida (en atención a las franjas horarias de detección ya expuestas) como por la referencia de las personas que trataban a María Inmaculada en aquellas fechas, lo más probable es que fueran los acusados (ellos la toman y la tomaron) quienes pudieron haberle suministrado la sustancia. Pero, reiteramos que no se les acusa de que fueran ellos quienes suministraran el alcohol y la droga para anular la voluntad de la joven, sino que, siendo evidente el estado de ebriedad y afectación muy importante, se valieron de ello para ejecutar los actos en una persona sin capacidad de auto-determinarse en aquella madrugada.

Todo ello no hace sino concluir en el modo en que se ha consignado en el apartado de hechos probados: María Inmaculada estaba incapacitada para consentir o dejar de hacerlo, y pese a ello, en algunos momentos llega a verbalizar el NO (ya se ha dicho lo confuso de su recuerdo, pero sí que no quería, pero no podía. Hemos escuchado los "NO"es). Esa falta de capacidad vino determinada por la ingesta de alcohol en cuantía importante, además del consumo de sustancia prescrita por el médico que le asistía (se ha hallado igualmente en los análisis, y se ha explicado que habitualmente la tomaba) y por consumo de cocaína. Pese a que María Inmaculada sabía que no debía mezclar alcohol con excitalopan, ella no respetaba en ocasiones esas indicaciones; pero el efecto hacia terceras personas era evidente, como se ha dicho reiteradamente.

También se hace preciso efectuar una referencia al testimonio de los dos empleados de limpieza, que mantuvieron que no vieron nada extraño, solo sexo que les pareció consentido. Difiere la apreciación de estos dos jóvenes de la que tuvo el dueño o administrador del "Vending". La entrega de la grabación deriva de su percepción de estar ante una agresión; pero en todo caso, dados los términos de la acusación, y el resultado de la prueba, lo que estos testigos dicen percibir en nada afecta al resultado del resto de testimonios y datos.

Es también significativa la "visionada" reacción del varón no identificado al que parece llamarle la atención lo que ve; y en lo que parece también una reacción rápida o instintiva, trata de bajar las escaleras mecánicas por las que subía. Al no poder hacerlo, vuelve sobre sus pasos por las escaleras "estáticas" y cuando llega a la altura de la entrada del vending, dos de los acusados le impiden que vea nada ni que pase. La percepción del gesto o lenguaje corporal que los dos acusados despliegan hacia esa persona es de contundencia, o incluso de cierta violencia en ese impedir que trascienda nada de su interior, y así se ha expresado. La/os tres miembros de la Sala lo hemos visto en el modo descrito.

SÉPTIMO.- Prueba del delito contra la intimidad (grabación y/o distribución de las imágenes obtenidas) .-

Las acusaciones también han solicitado que se condene a los procesados por delito contra la intimidad por la grabación de una parte de lo ocurrido en el vending; sin embargo, no todos han participado en esa grabación: No hay duda alguna de que esa grabación la llevó a cabo el procesado Rafael . No solo por lo que ha resultado del modo en que está colocados; la visión de la luz del móvil (por dos veces) que porta en su mano; la descripción de los testigos, sino porque tanto el Sr. Jose Ángel como el coacusado Remigio y el testigo Humberto son contestes en que esa grabación la recibieron del móvil de Rafael (coacusado Rafael) y siendo breve ha sido exhibida en el juicio oral, apreciándose claramente la situación de relación sexual y la identidad de la Sra. María Inmaculada .

No ha quedado acreditado, como manifiesta Humberto , que existan otras grabaciones realizadas por Rafael ni que Remigio reenviara la que recibió de Rafael . Su explicación de que se reenvió a sí mismo porque la memoria estaba llena es asumible, pero no existen dudas ni de la colaboración de Porfirio retirando o reteniendo a María Inmaculada para que no interfiera en la grabación que estaba realizando Rafael , ni de la vigilancia decisiva llevada a cabo por Remigio , al lado de quien está grabando la escena.



III.- Tipos penales invocados y su aplicación.-

OCTAVO.- Abuso: Consentimiento de la mujer.- Como se ha indicado, las acusaciones consideran que los hechos ocurridos en la madrugada del 14 de enero de 2017, constituyen, en primer lugar, un delito de abuso sexual con acceso carnal, estableciendo cada acusación diferentes grados y modos de participación en cada uno de esos accesos al cuerpo de D^a María Inmaculada . Por ello se examinarán las características y circunstancias que exige la aplicación de los tipos delictivos contra la libertad sexual, trayendo en lo aplicable al supuesto objeto de este juicio, la doctrina expuesta en la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2019 : *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 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 "*. Y sigue explicando que el Código Penal, en su Título VIII del Libro II (bajo el epígrafe de delitos contra la libertad e indemnidad sexuales) diferencia entre aquellos delitos en que para vencer la oposición de la persona a mantener relaciones sexuales se utiliza violencia o intimidación (Capítulo I: De las agresiones sexuales) de aquellos otros supuestos en que, no habiéndose consentido la relación, no se utiliza violencia ni se intimida a la persona agredida (Capítulo II: De los abusos sexuales) pero en ambos apartados se castigan delitos contra la libertad sexual de la persona.

El principio acusatorio delimita, como es sabido, también el ámbito del tipo penal a valorar (sobre sus elementos y la prueba que haya resultado) y en este caso, no se ha alegado la existencia de violencia o fuerza (vis física) ni de intimidación (vis moral) sino la inexistencia de consentimiento, porque María Inmaculada no estaba en condiciones de prestarlo.

El fundamento de la ausencia de consentimiento en persona "*privada de sentido*" estriba en que la persona (María Inmaculada) se encuentra en situación de pérdida de capacidad de auto- determinarse en la esfera sexual, por padecer o presentar una situación de profunda alteración de las facultades perceptivas que le impiden acomodar su actuación al conocimiento de la realidad de los hechos, y uno de los ejemplos o situaciones paradigmáticas es precisamente aquella en que se encuentran las personas sometidas a los efectos de la(s) droga o alcohol.

A la vista de las manifestaciones realizadas por las defensas y sus defendidos, ha de traerse la referencia de lo que la jurisprudencia (desde hace años, porque este tipo penal ya se contiene con anterioridad al C. Penal de 1995, y a partir de la entrada en vigor de la L.O. 10/1995) ha entendido por privación de sentido. No se trata de una pérdida total de conciencia, sino que es suficiente que la persona tenga anulados de forma suficiente sus frenos inhibitorios, resultando no estar en condiciones de oponerse al acceso sexual. Como se ha indicado en párrafos anteriores, y pese a las dudas del suministro de la cocaína, no es necesario que el autor del delito sea quien haya provocado la situación de ausencia de sentido, bastando que se aproveche de ello. No hemos de obviar que el consentimiento del ser humano ha de entenderse en su faceta de ser una herramienta jurídica para protegerse de actos de otras personas, en la medida que consentir significa aceptar que una cosa se haga, o autorizar, aprobar o permitir; además de evitar que otra persona decida por ti, porque cuando esto se produce (que alguien decida por una misma) tu libertad está coartada, y es desde la libertad y la autonomía personal desde donde se consiente.

El tipo penal contenido en el artículo 181 del C. Penal que ha sido invocado por las acusaciones, nos dice que ha de castigarse a quien, *sin violencia ni intimidación, pero sin que medie consentimiento*, realiza actos que atentan contra la libertad sexual (o indemnidad sexual), y considera como tales abusos sexuales no consentidos, aquellos que se ejecutan sobre personas que se hallen privadas de sentido. Y es en ese modo en que ha de entenderse el hecho, puesto que lo que se prevé en el tipo penal es precisamente que ese consentimiento se encuentra viciado por la ingesta de drogas y/o alcohol. Más adelante, el propio artículo hace referencia a otro supuesto en que esa anulación de la voluntad la propicia o produce el propio autor del hecho. Ya se ha indicado que no es éste el objeto de la acusación, pese a la sospecha de que fueran los acusados o alguno de ellos los que suministraron la cocaína hallada en los restos biológicos de María Inmaculada , pero incluso aunque así fuere, el estado en que la joven se encontraba ya en el momento de abandonar la discoteca y desplazarse hasta el lugar en que se produjo el acceso sexual por parte de los tres acusados, era suficientemente grave, para configurar este elemento o aspecto relevante del tipo penal. Y no solamente era grave, sino que fue percibido por todas las personas que han depuesto en el juicio oral, al igual que la evidencia mostrada en las grabaciones y a la que se ha hecho ya referencia. Esa incapacidad también se manifiesta en algunos flashses que relata María Inmaculada (no quería, pero no podía;) en esa disociación entre sus negativas y su



sometimiento (incluso asumiendo, como dicen las defensas, que en algunos momentos "*interactuara*") por esa conducta errática, con manifestaciones sin sentido y el resto de reacciones y actitudes que ya se han descrito, y cuya evidencia llevó a los acusados a ver a la muchacha como un objeto (así ha alegado la dirección letrada de María Inmaculada) para su placer, sin importarles si consentía o no, porque era evidente que no tenía ninguna capacidad para decidir, ni, por lo mismo, para oponerse. Algunas de las secuencias de lo acaecido en el interior del "Vending" hacen percibir a María Inmaculada como una muñeca sin sentido, a la que levantan, colocan objetos, le quitan los pantalones¿que ella cogiera el pene de alguno de los que la penetraron por detrás, tampoco es indicativo de que quisiera o consintiera. Se dejaba llevar porque no era capaz de otra reacción; de ninguna reacción, y ellos lo saben desde el inicio: La abordan a la salida de la discoteca y se la llevan con ellos, conscientes de que podían hacer con María Inmaculada lo que ellos quisieran. No se iba a oponer; no se entera. Si hubiera estado mínimamente atenta (siquiera) habría reaccionado, por ejemplo, cuando le ponen la bolsa de plástico en la cabeza. No reacciona, y los acusados son conscientes de que no tienen necesidad alguna de forzarla o violentarla porque se iba a dejar hacer cualquier cosa, como ya lo vieron los dos testigos que optaron por no *responder* .

Plantea la defensa que la ausencia de lesiones en el ano y vagina es determinante para valorar que no hubo forzamiento; sin embargo, no queda sino reiterar que no se está acusando de utilizar violencia física contra la joven. El forense Sr. Fructuoso ha sido muy explícito: en situaciones de afectación por alcohol y drogas, se da esa especie de *flojera* en que todo el cuerpo está absolutamente relajado. Esto explica que se orine (probablemente casi sin enterarse) o incluso (como manifiesta el forense) que aparezca el efecto (que no se reproduce por escrito) de la relajación de los esfínteres (algo parece oírse en la grabación alusivo a "algo así": "*eh tú, no te cagues*" .- minuto 3,49 de la grabación). No se opone, ni su cuerpo lo hace porque no está en condiciones para ello; no se entera, simplemente se somete. No hay mecanismos de inhibición, ni de oposición, ni de control.

Y los acusados lo saben y la llevan al interior del "Vending" probablemente porque, con un tiempo tan desapacible, no compensa ejecutar esos actos en la calle, pero no porque ella vaya a escapar, o pedir ayuda, o gritar (salvo que reciba un daño físico).

La defensa de Porfirio nos explica que aquí no hay ningún tipo de agresión sexual ni ataque a la libertad de una persona. Recuerda a la Sala que este tipo de relaciones sexuales frías, rápidas y "sin esperanza" (no hemos entendido el alcance de esa calificación, quizás se refiera al tan escuchado: "*como si no hubiera un mañana*") son las habituales en los jóvenes de hoy en día. No es éste el momento ni lugar para analizar o cuestionar o calificar las conductas sexuales de la juventud de hoy, ni la incidencia que el consumo de sustancias tóxicas tiene en todo ello (uno de los acusados ha llegado a emitirnos una especie de recriminación por permitir la entrada de menores de edad en locales como la discoteca; o que se suministre alcohol en esos modos). Reiteramos que lo que nos compete enjuiciar es el hecho concreto, y si la base de las relaciones sexuales habituales en ese tipo de ambientes se producen en las condiciones personales de sus partícipes en el modo en que se ha constatado en este juicio, esa especie de "*motivación cultural* (entendida la cultura como forma de vida y relación) *del delito* " es de enorme preocupación. No solo al derecho penal respondiendo a aquellos hechos que son delito, sino a otros ámbitos de las relaciones sociales, las ciencias humanas y los poderes públicos corresponde igualmente analizar cuanto el letrado de la defensa ha expuesto. Ahora bien, esos modos de relacionarse (sexualmente?) de la juventud actual ni pueden ni deben justificar conductas que, como la descrita, afectan a valores esenciales del ser humano. Penando este tipo de acciones se trata de proteger y de responder a actos y actitudes que cosifican el cuerpo de la mujer, hechos contrarios frontalmente al mínimo de dignidad exigible.

Todo ello (ausencia total de consentimiento y actos de clara implicación sexual) nos llevan a que, en la conducta descrita, se den todos y cada uno de los requisitos exigidos para la aplicación del artículo 181 del C. Penal , en sus apartados 1 y 4.

NOVENO.- Autoría y/ participación de los acusados.-

En este apartado dedicado a examinar la participación de cada uno de los acusados en cada uno de los hechos que se han declarado acreditados, comenzaremos por reseñar el contenido del artículo 28 del C. Penal : Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otra persona que les sirve de instrumento, pero tendrá idéntica responsabilidad penal quien cooperare con un acto sin el que no se habría llevado a cabo el hecho delictivo.

La posición de las acusaciones es diversa en este (determinante) aspecto de la resolución penal: En tanto la Sra. Fiscal considera que los acusados son autores de los actos de abuso y penetración llevados a cabo personalmente, cooperan en el resultado del resto de partícipes. No es ésa la posición de la Acusación Particular, que plantea que todos son coautores de todos y cada uno de los actos de penetración en el cuerpo



de María Inmaculada , que se llevaron a cabo en un recinto concreto y en una secuencia horaria precisa (la ya determinada).

No es la primera ocasión en que se dan situaciones como la probada en esta sentencia, y que, en su camino procesal, llegan hasta el Tribunal Supremo, invocando o cuestionando la consideración que, en este juicio, han formulado las acusaciones en sus peticiones de pena respectivas con base a la autoría y a la cooperación necesaria (coautores). Así, la STS 786/2017 de 30 de noviembre , parte de cuyos razonamientos transcribimos: *Al respecto debemos recordar la consolidada doctrina de esta Sala que en relación a estos delitos contra la libertad sexual en caso de pluralidad de partícipes viene atribuyendo a cada uno de ellos no solo la acción ejecutada por ellos mismos, sino además la del resto de los participantes, vía cooperación necesaria - excepcionalmente podría ser complicidad- de acuerdo con el concepto de autor vigente en nuestro sistema penal y recogido en el art. 28¿., coautoría que estaría fundada no tanto en el acuerdo previo, sino fundamentalmente en la colaboración eficaz para el objetivo antijurídico querido que se patentiza en un incremento del desvalor de la acción y del resultado pues de un lado, la presencia de los copartícipes supone una acusada superioridad y una mayor impunidad o al menos aseguramiento del designio criminal para los autores, y una correlativa intensificación de la intimidación que sufre la víctima con efectiva disminución de toda capacidad de respuesta, dando lugar todo ello a un aumento cualitativo de la gravedad de la situación".*

También la STS. 1291/2005 de 8.11 , que en referencia a la agresión sexual, nos dice : *"En definitiva, este concepto de cooperación necesaria se extiende también a los supuestos en que, aun no existiendo un plan preordenado, se produce la violación en presencia de otros individuos sin previo acuerdo, pero con conciencia de la acción que realiza. En estos casos el efecto intimidatorio puede producirse por la simple presencia o concurrencia de varias personas, distintas del que consuma materialmente la violación, ya que la existencia del grupo puede producir en la persona agredida un estado de intimidación ambiental. En el mismo sentido la STS. 76/2008 de 31.1 , siendo los hechos probados de agresión entre cinco procesados a una joven, violándola dos de ellos. La sentencia condena a todos por dos delitos de violación, como autores materiales o cooperadores necesarios.*

La jurisprudencia hallada en la materia aborda, fundamentalmente, supuestos de agresión sexual no tanto de abuso sexual; sin embargo, sí se hace preciso reiterar que la coautoría, en cualquier tipo delictivo, supone una ejecución conjunta del hecho con aportaciones especialmente relevantes de todos los coautores al resultado final. Y su definición (citado art. 28 del Código Penal) como "realización conjunta del hecho" implica que cada uno de los concertados para ejecutar el delito colabora con alguna aportación objetiva y causal, eficazmente dirigida a la consecución del fin conjunto. No es, por ello, necesario que cada coautor ejecute, por sí mismo, los actos materiales integradores del núcleo del tipo.... pues a la realización del delito se llega conjuntamente, por la agregación de las diversas aportaciones de los coautores, *integradas en el plan común, siempre que se trate de aportaciones causales decisivas* (STS 938/2005 matizada a partir de la STS 975/2005). En el caso de la coautoría cada uno de los intervinientes tiene el dominio funcional del hecho, en tanto que en el caso de la cooperación necesaria, el coautor tiene una actuación o actividad subordinada a la acción del autor: contribuye al hecho del otro; coopera en su ejecución, y en función de la relevancia de esa cooperación, se considerará cooperador necesario, o en su caso, cómplice.

Para considerar esas aportaciones como autoría, la jurisprudencia ha venido definiendo lo que se denomina "dominio funcional del hecho" como constitutivo de esa posición de autor: La STS de 25 de febrero de 2016 , sintetiza su jurisprudencia sobre la coautoría por condominio funcional del hecho, a tenor de las resoluciones dictadas (529/2005, de 27- 4; 1315/2005, de 10-11; 497/2006, de 3-V; 1032/2006, de 25-10; 434/2007, de 16-5; 258/2007, de 19-7; 120/2008, de 27-2; 16/2009, de 27-1; 989/2009, de 29-9; 1028/2009, de 14- 10; 338/2010, de 16-4; 383/2010, de 5-5; 708/2010, de 14-7; 1180/2010, de 22-12; 109/2012, de 14-2; 575/2012, de 3-7; y 729/2012, de 25-9, entre otras muchas), en los siguientes apartados:

1) *La coautoría se aprecia cuando varias personas, de común acuerdo, toman parte en la ejecución de un hecho típico constitutivo de delito. Ello requiere, de una parte, la existencia de una decisión conjunta, elemento subjetivo de la coautoría, y, de otra, un dominio funcional del hecho con aportación al mismo de una acción en la fase ejecutiva, que integra el elemento objetivo. Será coautor quien dirija su acción a la realización del tipo con dominio de la acción, que será funcional si existe la división de funciones entre los intervinientes, pero todas con ese dominio de la acción característico de la autoría.*

2) *La existencia de una decisión conjunta, elemento subjetivo de la coautoría, puede concretarse en una deliberación previa realizada por los autores, con o sin reparto expreso de papeles, o bien puede presentarse al tiempo de la ejecución cuando se trata de hechos en los que la ideación criminal es prácticamente simultánea a la acción o, en todo caso, muy brevemente anterior a esta (coautoría adhesiva o sucesiva). Y puede ser expresa o tácita, lo cual es frecuente en casos en los que todos los que participan en la ejecución del hecho demuestran su acuerdo precisamente mediante su aportación.*



3) No es necesario que cada coautor ejecute por sí mismo los actos materiales integradores del núcleo del tipo. En consecuencia, a través del desarrollo del "pactum sceleris" y del co-dominio funcional del hecho cabe integrar en la coautoría, como realización conjunta del hecho, aportaciones no integrantes del núcleo del tipo, que sin embargo contribuyen de forma decisiva a su ejecución.

4) Cada coautor, sobre la base de un acuerdo, previo o simultáneo, expreso o tácito, tiene el dominio funcional, que es una consecuencia de la actividad que aporta en la fase ejecutiva y que lo sitúa en una posición desde la que domina el hecho al mismo tiempo y conjuntamente con los demás coautores. Su aportación a la fase de ejecución del delito es de tal naturaleza, según el plan seguido en el hecho concreto, que resulta imprescindible. Deben, por el contrario, excluirse de la coautoría los actos realizados en la fase de preparación del delito y aquellos que se ejecutan cuando este ya se haya consumado.

5) Según la teoría del dominio del hecho, son coautores los que realizan una parte necesaria en la ejecución del plan global aunque sus respectivas contribuciones no reproduzcan el acto estrictamente típico, siempre que, aún no reproduciéndolo, tengan el dominio funcional del hecho, de suerte que sea este, en un sentido muy preciso y literal, un hecho de todos que a todos pertenezca. A este respecto, se afirma que entre los coautores se produce un vínculo de solidaridad que conlleva la imputación recíproca de las distintas contribuciones parciales; esto es, cada coautor es responsable de la totalidad del suceso y no solo de la parte asumida en la ejecución del plan conforme a un criterio de la distribución de funciones.

6) La realización conjunta del hecho solo requiere que los coautores sumen conscientemente sus actos en función de una finalidad objetiva común manifestada en la acción. Solo pueden ser dominados los hechos que se conocen.

Y si bien la sentencia continúa con otras consideraciones referidas a los excesos individuales no previstos, que no afectan a los hechos que enjuiciamos, resulta evidente que todos y cada uno de los tres acusados fueron coautores de cada una de las agresiones padecidas por la joven María Inmaculada, puesto que todos y cada uno de ellos tuvieron el dominio del hecho, y sus aportaciones lo fueron, no para vencer una resistencia que no era posible encontrar en la joven por su estado psico-físico, sino en ejecución conjunta de los hechos.

Cabe realizar una última referencia a que, la acusación particular (no así la Fiscalía) ha considerado que la felación imputada a D. Remigio se consumó, en tanto la Sra. Fiscal no lo tiene tan claro. Del visionado de la secuencia resulta la introducción del pene en la boca de la muchacha, si bien pese a su estado de anulación de conciencia, hay momentos en que dice NO y parece oponerse (como queda dicho) y este es uno de ellos. Uno de los aspectos de este tipo de delitos más contemplados y resueltos en la jurisprudencia es el del alcance que ha de darse al concepto de acceso al cuerpo de la persona agredida, y en referencia a la felación, ya desde la STS 834/2002 de 13 de mayo, se nos dice literalmente que el pene no necesariamente ha de traspasar los dientes e introducirse en el interior de la boca, "bastando que traspase los labios, incluso sin llegar a los dientes", y en este supuesto se observa la introducción. Por otro lado, y en referencia igualmente a algunas alusiones al respecto (fundamentalmente por alguno de los acusados en su declaración) el delito de agresión o abuso sexual se consuma pese a que el sujeto activo no obtenga el efecto que buscaba. Es decir, incluso aunque no eyacule (es la referencia a Porfirio que "decía que no se le levantaba porque había bebido mucho") el delito se consuma con la actividad descrita y probada. Se trata de un delito de mera actividad (TS 1492/2001,25-7 y 1290/1995,13-9) y consumación instantánea (TS 1196/2002,24-6), que no requiere para su consumación que queden satisfechos los deseos libidinosos del autor (TS 693/1997,20-5).

Esa participación conjunta, que determina, en este caso, el dominio funcional del hecho se refiere a todos y cada uno de los tres acusados: si ponemos en relación el relato de hechos probados con los elementos que han de resultar para la aplicación de la doctrina expuesta como base de la coautoría, es evidente la existencia de una decisión conjunta, tanto en los dos primeros acusados (Porfirio y Rafael) como en el tercero, que se suma de inmediato y sin solución práctica de continuidad a los hechos ya iniciados. Ese acuerdo, como se ha dicho, puede ser expreso, pero igualmente tácito, como resulta en las ocasiones (como la presente) en que se aportan actos en esa fase de ejecución de los hechos delictivos, sin deliberación expresa previa. Y aquí alcanza al coacusado Remigio, al que alcanza la totalidad de su responsabilidad, por lo ya expuesto: se incorpora en el modo probado, y su aportación es tan decisiva como la de sus compañeros.

Por todo ello consideramos a los tres acusados autores responsables del delito invocado por las acusaciones.

Por lo que se refiere al delito contra la intimidad por la grabación de parte de la escena que llevaron a cabo los acusados, hemos de diferenciar los hechos cometidos por el acusado Rafael (grabación.- apartado 1 y 3 del artículo 197 del C. Penal) porque no solo los grabó, sino que los difundió en el modo en que se ha acreditado. Por lo que se refiere a la participación de los otros dos acusados, con los actos descritos (retener a María Inmaculada y vigilar convenientemente) su participación es decisiva en el acto de la grabación (damos por reproducidos, o nos referimos a los elementos que se han expuesto al hablar de cooperación y coautoría en



los apartados anteriores de esta sentencia, referidos al delito contra la libertad sexual) coloca a los tres en la misma posición como coautores; sin embargo, dos de ellos (Remigio y Porfirio) no consta que tuvieran intervención en la difusión (apartado 3 citado). En todo caso, a los tres les será de aplicación la agravación prevista en el artículo citado, en su apartado 1-5, por referirse la grabación a actos sexuales (expresamente previsto como fundamento de la agravación).

DÉCIMO.- Número de delitos cometidos por cada acusado.- Como se ha indicado, las acusaciones han pedido penas separadas por cada acto o hecho que, según su percepción y posición, han cometido los acusados. Las defensas, como reiteramos, piden la absolución porque, según su percepción y posición, no hay delito.

Examinado el contenido de múltiples sentencias que resuelven sobre situaciones idénticas y/o similares a la que aquí analizamos, todas ellas se refieren a la doctrina de la unidad natural de la acción, que se caracteriza, en lo subjetivo, por la existencia de un único acto de voluntad encaminado a la realización de toda la actividad delictiva y en lo objetivo porque esa actividad se desarrolla sin solución de continuidad, existiendo más que una conexión, una consecutividad temporal e identidad espacial entre los distintos episodios que han conformado el hecho delictivo.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo (varias sentencias en este sentido: STS 14 de julio de 2011; 398/2010 y las en ellas referenciadas) nos dice que, en todos los pronunciamientos sobre delitos contra la libertad sexual en que ha resultado acreditado que la víctima ha sufrido dos o más penetraciones en su cuerpo, si el hecho se produce entre las mismas personas y en un mismo ámbito espacio-temporal, estamos ante lo ya definido como unidad natural del acto. Por ser todo ello realizado en una misma situación y consecuencia de un mismo dolo, no hay pluralidad de acciones, sino una sola, por lo que no cabe hablar en estos casos de pluralidad de delitos ni de delito continuado, sino de uno solo que absorbe y consume en la infracción penal más grave las que lo son menos, es decir, no se trata de reproducir los hechos en diversas ocasiones idénticas (que es lo que caracteriza la continuidad delictiva) sino de apreciar progresivamente una sola acción desarrollada en una misma situación.

Ya en la STS de 18-XII-2006 (a la que se refiere la de 14 de julio de 2011) se aprecia unidad natural de la acción en los delitos contra la libertad sexual cuando los movimientos corporales típicos se repiten dentro de un mismo espacio y de manera temporalmente estrecha, es decir, cuando se dan dos o más penetraciones en la misma situación o contexto. Igualmente en la STS 935/2006 . Sigue expresándose así el Tribunal Supremo en supuestos de múltiples penetraciones. Para poder discernir o aplicar la continuidad delictiva (en el supuesto de varias agresiones sexuales) lo que expresa el Tribunal Supremo es que ha de concurrir episodios diversos que consten ejecutados mediante decisiones subjetivas claramente diferenciables y discernibles, porque puedan ser atribuibles separadamente a cada grupo o conjunto de actos, con voluntades diversas (en la medida en que comportan autonomía propia a la hora de ejecutar los dos episodios).

Hemos de indicar que las acusaciones ninguna fundamentación jurídica han realizado sobre el motivo por el que cada uno de los hechos había de ser penado separadamente (como tampoco han explicado el motivo de sus diferencias: coautoría y/o cooperación) por lo que podría pensarse que consideran que esa unidad natural de la acción tendría dos secuencias: la primera en que participarían únicamente dos de los acusados (los que llegan primero con la muchacha al vending) y una segunda secuencia cuando se incorpora Remigio ; sin embargo, y como se aprecia en el relato de hechos, no se observa una solución del que pudiera parecer primero al segundo. El espacio temporal no se rompe: no en el supuesto de un concierto o acuerdo previo (las dudas que las acusaciones han mostrado sobre si Mañuezca había "quedado en acudir al vending", o lo habían llamado) pero tampoco si trató de una simple casualidad el "hallazgo o encuentro" del Sr. Remigio con los otros dos amigos y la joven. Además, a esa falta total de lapso temporal y físico (los hechos, todos, se llevan a cabo en el interior del local del "vending") ha de añadirse que para valorar como unidad natural del acto ha de tomarse en consideración el elemento subjetivo, y es evidente, por la propia conducta probada, que el ánimo o intención de Porfirio y Rafael era (y fue) continuar con Remigio lo que ellos acababan de comenzar. Sencillamente, a esa unidad de designio se incorpora un tercero, continuando todos ellos conjuntamente, interactuando, como ha quedado probado.

UNDÉCIMO.- Agravación y/o atenuación de la responsabilidad.- Comenzamos por expresar que nadie ha solicitado atenuación de la responsabilidad de los acusados, porque ninguna circunstancia que la modifique a su favor resulta de lo probado. En algún momento uno de los acusados ha manifestado que ellos también estaban afectados por la ingesta de alcohol y cocaína; sin embargo, ni se ha alegado formalmente, ni basta con hacerlo, porque incluso en el hipotético caso de que así hubiera sido, no solo es imprescindible acreditar la entidad de esa ingesta y su efecto en quien la alega, sino que esa alteración guarde relación con el hecho delictivo, y en este supuesto, nada se ha aportado para aminorar la responsabilidad de los acusados.



Sí han solicitado las acusaciones que se aplique la agravación contenida en el punto 1-2ª del artículo 180 del C. Penal ; sin embargo, ha de recordarse que el artículo 181 del C. Penal (que es el que, pedido por las acusaciones, hemos de aplicar en este supuesto) no contempla aplicar esa agravación. Así, el número 5 del artículo 181, al que se han referido las acusaciones en sus escritos de calificación, solo permite la aplicación de esa agravación a los supuestos de agresión sexual. Ese número 5 se refiere a los supuestos contemplados en los números 3 y 4 del artículo 180 del C. Penal , en ningún caso al 1-2ª citado, como lo ha expuesto también reiteradamente la jurisprudencia. De modo específico el supuesto contemplado en la STS 935/2006 .

En relación con la agravación específica relativa al delito contra la intimidad, ya se ha hecho mención de su relevancia respecto de los tres acusados, por referirse a escenas de contenido sexual, expresamente previstas en el tipo penal invocado por las acusaciones, y a aplicarse en este supuesto.

IV.- Penas, medidas y responsabilidad civil.-

DUODÉCIMO.- Penas a imponer.-

El delito contra la libertad sexual definido en los párrafos anteriores, establece una pena de prisión de entre cuatro y diez años, y el artículo 66 del C. Penal nos dice que, cuando no concurren atenuantes ni agravantes se atenderá a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho (apartado 1-6ª del citado artículo 66 del C. Penal) a la hora de determinar la pena.

Si bien en el presente supuesto la unidad de acto que se considera establece, necesariamente, una única pena, las circunstancias concretas que se han acreditado nos llevan a que resulte proporcionado imponer la pena de prisión en la máxima extensión posible conforme a la previsión normativa: DIEZ AÑOS DE PRISIÓN, y ello porque el trato propinado a la mujer fue denigrante; el número de acometimientos variado, llegándose a practicar, al tiempo, hasta tres penetraciones (anal, vaginal y bucal) en el cuerpo de María Inmaculada , con un desprecio mostrado hacia quien no era consciente de nada, utilizando el cuerpo de la joven como si de una *muñeca inerte* se tratara. No consideramos que merezca menor reproche la conducta probada y ya descrita suficientemente a lo largo de estas páginas.

Por lo que se refiere al delito contra la intimidad ya definido (artículo 197-1 y 5 del C. Penal) se impone la pena de tres años de prisión, así como multa de dieciocho meses, con una cuota diaria de cuatro euros (no son solventes los acusados) a D. Porfirio y D. Remigio , y la pena de tres años y seis meses, además de la multa de veintidós meses (a razón de idéntica cuota) a D. Rafael por haber difundido, además de grabado, las imágenes en el modo en que se ha acreditado.

Igualmente resulta obligado establecer las penas accesorias (artículos 54 del C. Penal , e igualmente artículo 57 del mismo cuerpo legal): la inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo, así como la prohibición de que cada uno de los condenados se acerquen ni se comuniquen por ningún medio con Dª María Inmaculada por un tiempo de quince años. La distancia de seguridad que se impone es de quinientos metros (nada se ha alegado en este punto por la defensa) distancia a menos de la que ninguno de los penados deberá acercarse a los lugares en que se encuentre la mujer, los frecuente ni, por ello, al lugar en que resida o trabaje.

El artículo 192 del C. Penal establece la obligatoriedad de imponer la libertad vigilada, incluso de oficio, siempre que se den las circunstancias expuestas en el citado artículo. Únicamente en supuesto de que la pena a imponer sea menos grave y de que estemos ante un delincuente primario (han de darse las dos circunstancias) puede evaluarse la posibilidad de no imponer la libertad vigilada En el presente supuesto la pena a imponer es grave (conforme a la clasificación que resulta del contenido del artículo 33 del C. Penal) lo que no da margen para excluir la posibilidad de imposición que, como decimos, se torna obligatoria, y por un tiempo de seis años, período por el que se impone, con la obligación de que los condenados sigan un programa formativo de educación sexual y de igualdad de género.

DECIMOTERCERO.- Responsabilidad civil y costas.- Todo responsable penalmente debe responder de las consecuencias que el delito ha producido (artículo 116 del C. Penal) así como de las costas causadas en la causa en que es condenado (artículo 123 del C. penal).

Los condenados deberán abonar las costas causadas, incluyéndose las de la acusación particular, conforme a la previsión e interpretación jurisprudencial: La doctrina del Tribunal Supremo (sentencias, entre muchas, de 16 de julio de 1998 15 de abril de 1999 y 12 de febrero de 2.001) se inclina por la inclusión en la condena en costas de las de la acusación particular, con la salvedad de que las peticiones de esta hubieren sido absolutamente heterogéneas de las del Ministerio Fiscal, inviables, inútiles, perturbadoras o desproporcionadas, relegándose a segundo plano el criterio de su relevancia en la consecución del resultado condenatorio. (STS de 20-III-2002). En todo caso, la inutilidad no viene determinada por el hecho de que las peticiones del Ministerio Fiscal y la acusación particular sean o no idénticas, sino más por el factor de inactividad, inoperancia o perturbación para



el normal fin del proceso. Y no es el supuesto objeto de este juicio, por lo que, en la condena, se incluyen las causadas por la intervención de la acusación particular.

Responsabilidad civil.- En cuanto a la indemnización por la responsabilidad civil derivada de las consecuencias del delito, siempre hemos manifestado la dificultad de resarcir daños o efectos que atentan y/o afectan a la dignidad del ser humano con dinero. Son valores heterogéneos y nunca pueden establecerse como compensación: la dignidad de la persona no tiene precio, pese a todo (pese a la *mercantilización* de toda nuestra vida en la sociedad actual).

En el presente supuesto, sí hemos de dejar constancia de que, pese a que en los escritos de acusación se han consignado las lesiones que presentaba María Inmaculada al día siguiente, cuando fue examinada por el médico forense, ninguna de las acusaciones nos ha puesto de relieve si esas lesiones fueron causadas por la acción de los acusados o no, y ello también tiene su relevancia porque no consta que los acusados tuvieran necesidad de practicar violencia sobre el cuerpo de la muchacha. Tampoco se ha precisado, conforme al *usus fori*, y el principio dispositivo, concreción sobre indemnización referida a lesiones corporales. Es ése también uno de los motivos por los que no se ha expuesto, en el apartado de hechos probados, si existió o no relación de las leves lesiones con la conducta de los procesados.

Se ha solicitado por acusaciones una cantidad concreta, sin motivarla, y las defensas, pidiendo la libre absolución, ninguna referencia han realizado a las bases que determinan la imposición de una u otra cantidad. En este sentido, la jurisprudencia, en materia de efectos personales de los delitos contra la libertad sexual valora de un modo específico si el efecto lesivo es una especie de consecuencia natural de quien se ha visto sometida a semejante trato; o si el efecto lesivo excede de lo previsible para quien ha padecido un hecho probado de estas características: en los informes con que contamos, y en los propios escritos de conclusiones formulados por las acusaciones, no se nos ha dicho que, como consecuencia de estos hechos, tenga unas lesiones específicas, pero sí consta (página 902, informe de la Dra. Santiago) que tiene "*sentimientos de culpa y autorreproches*" en una persona que ya antes de esto se mostraba como muy vulnerable (no por la acción de los acusados). Es obvio que, para superar esos sentimientos y recuperar su autoestima (en la medida en que ha podido resultar dañada) precisará de ayuda (por sus especiales circunstancias personales ya expuestas) lo que nos lleva a establecer una cantidad de veinte mil euros como importe de reparación (en alguna medida, con las salvedades ya indicadas) cuantía cercana al "*usus fori*", que, conjunta y solidariamente han de abonar los acusados a D^a María Inmaculada .

V.-Situación personal de los acusados.-

DECIMOCUARTO.- Habiéndose solicitado por la defensa la libertad provisional del procesado, por haber finalizado el juicio oral y decaer así el fin de la medida cautelar, las acusaciones han solicitado su mantenimiento.

Vamos a mantener la prisión provisional por los motivos que se expondrán en auto aparte que se dicta en el día de hoy, y que quedará en la pieza de situación personal.

Vistos los preceptos de pertinente y legal aplicación,

FALLAMOS

Que debemos condenar y condenamos a D. Porfirio a las siguientes penas:

1.- como autor responsable de delito contra la libertad sexual ya definido en esta sentencia, a la pena de DIEZ AÑOS DE PRISIÓN, así como a la pena accesoria de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena. Se le prohíbe que se acerque a menos de quinientos metros del lugar en que resida, trabaje o frecuente D^a María Inmaculada , y también se prohíbe al condenado que se comunique con ella por cualquier medio. Esta pena accesoria tendrá una duración de QUINCE años.

Le imponemos la medida de libertad vigilada por tiempo de seis años, una vez cumpla las penas de prisión impuestas, con la obligación de participar en programas formativos de educación sexual e igualdad de género.

2.- como coautor del delito de descubrimiento y revelación de secretos a la pena de TRES AÑOS de prisión, así como multa de dieciocho meses, con una cuota diaria de cuatro euros.

Que debemos condenar y condenamos a D. Rafael a las siguientes penas:

1.- como autor responsable de delito contra la libertad sexual ya definido en la sentencia, a la pena de DIEZ AÑOS DE PRISIÓN, así como a la pena accesoria de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena. Se le prohíbe que se acerque a menos de quinientos metros del lugar en que resida,



trabaje o frecuente D^a María Inmaculada , y también se le prohíbe que se comunique con ella por cualquier medio. Esta pena accesoria tendrá una duración de QUINCE años.

Le imponemos la medida de libertad vigilada por tiempo de seis años, una vez cumpla las penas de prisión impuestas, con la obligación de participar en programas formativos de educación sexual e igualdad de género.

2.- como autor del delito de descubrimiento y revelación de secretos a la pena de TRES AÑOS y SEIS MESES prisión, así como multa de VEINTIDÓS meses, con una cuota diaria de cuatro euros.

Que debemos condenar y condenamos a D. Remigio a las siguientes penas:

1.- como autor responsable de delito contra la libertad sexual ya definido en esta sentencia, a la pena de DIEZ AÑOS DE PRISIÓN, así como a la pena accesoria de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena. Se le prohíbe que se acerque a menos de quinientos metros del lugar en que resida, trabaje o frecuente D^a María Inmaculada , y también se le prohíbe que se comunique con ella por cualquier medio. Esta pena accesoria tendrá una duración de QUINCE años.

Le imponemos la medida de libertad vigilada por tiempo de seis años, una vez cumpla las penas de prisión impuestas, con la obligación de participar en programas formativos de educación sexual e igualdad de género.

2.- como coautor del delito de descubrimiento y revelación de secretos a la pena de TRES AÑOS de prisión, así como multa de dieciocho meses, con una cuota diaria de cuatro euros.

Les imponemos el pago de la totalidad de las costas procesales, y les condenamos a que, por la vía de responsabilidad civil, indemnicen a D^a María Inmaculada , conjunta y solidariamente, en la cantidad de veinte mil euros (con el interés legal preceptivo).

Mantenemos la situación de prisión provisional de los tres condenados, que se razona y documenta en auto aparte que quedará unido a la pieza de situación personal.

Contra esta sentencia puede interponerse recurso de **APELACIÓN** ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (artículo 846 ter LECrim).

El recurso se interpondrá por medio de escrito, autorizado por Abogado/a y Procurador/a, presentado en este Tribunal en el plazo de **DIEZ DÍAS** hábiles contados desde el día siguiente de su notificación.

Así por esta sentencia, juzgando en esta instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Dada y pronunciada fué la anterior Sentencia por la/os Ilma/os Sra./es Magistrada/os que la firman y leída por la Ilma. Magistrada Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo la Letrada de la Administración de Justicia certifico.

Ebazpen honen testua zabaldu ahal izango zaie ebazpena eman den prozesuan interesdunak ez diren alderdiei, soilik baldin eta aurretiaz disoziatu badira testu horretako izaera pertsonaleko datuak eta erabat errespetatu badira intimitaterako eskubidea, babes-behar berezia duten pertsonen eskubideak edota biktimen edo kaltetunen anonimotasunaren bermea, bidezkoa denean.

Ebazpen honetako datu pertsonalak ezingo dira laga, ezta ezagutarazi ere, legeen aurkakoak diren helburuekin.
