

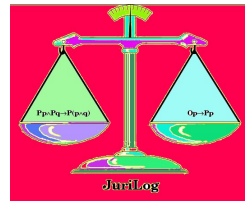
JUICIO MORAL Y JUICIO JURÍDICO-PENAL:

CONSIDERACIONES SOBRE LA SENTENCIA DE LA MANADA

Lorenza Peña y Gonzalo

Agosto de 2018

Publicaciones JuriLog



JUICIO MORAL Y JUICIO JURÍDICO-PENAL:

CONSIDERACIONES SOBRE LA SENTENCIA DE LA MANADA

por Lorenzo Peña y Gonzalo

2018-08-05

Introducción

El presente ensayo es un análisis filosófico-jurídico de la célebre sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra sobre el caso de «La manada».

He estudiado a fondo las 134 páginas de la sentencia mayoritaria sobre los hechos acaecidos en Pamplona en la madrugada del 7 de julio de 2016 —firmada por dos de sus tres magistrados— y las 237 páginas del voto particular del tercer magistrado, D. Ricardo González y González.

A diferencia de otras opiniones que se han ido vertiendo en diversos medios de comunicación, no logro discernir una discrepancia sustancial en la descripción de los hechos entre la sentencia mayoritaria y el voto disidente. Yo entiendo que, en lo puramente fáctico, sendas versiones son, si no del todo coincidentes, casi iguales. Difieren en la calificación jurídica.

Ambas versiones se atienen a las declaraciones testificales —incluida, con especial relieve, la de la denunciante y acusadora particular— así como a otras pruebas, como los vídeos tomados por los *smartphones* de dos de los acusados y otras pruebas indirectas.

Es pacífico en ambas versiones que el grupo de los cinco jóvenes sevillanos y la joven madrileña, tras encontrarse por casualidad en mitad de la noche en una plaza del centro de la capital navarra, después de un concierto, emprendieron una marcha zigzagueante y, en un momento dado, ingresaron (aprovechándose de una treta) en el portal de la c/ Paulino Caballero Nº 5, accediendo a un habitáculo del entresuelo, donde se entregaron a una orgía sexual, consistente en una serie felaciones, masturbaciones, coitos y penetraciones anales. Todo ello voluntariamente por parte de los seis, sin que mediara violencia ni intimidación.

Tras la orgía, los varones abandonaron a su momentánea compañera de placer y, para colmo, uno de ellos le sustrajo subrepticamente su teléfono móvil, dejándola así desorientada en una ciudad que desconocía, privada del instrumento de ubicación que le hubiera permitido dirigirse a su automóvil, aparcado a cierta distancia del lugar y en el cual pernoctaba un amigo suyo.

En lo meramente fáctico, sustancialmente, vienen a coincidir los tres magistrados en sendas descripciones, aunque usando palabras diferentes —sobre todo por sus connotaciones— y mencionando detalles distintos, que no se contradicen entre sí —como no sea en algún pormenor. Mas, al llegar a la calificación jurídica de los hechos, surge una absoluta discrepancia.

Para el magistrado disidente, la conducta de los seis partícipes en la orgía es atípica, o sea no está tipificada como delito en el CP (Código Penal), puesto que —según lo vino a reconocer en el juicio la propia denunciante y acusadora particular— no había mediado ni violencia ni intimidación. El magistrado disidente insiste en que el cargo que pesaba contra los cinco varones sevillanos era el de agresión sexual, lo cual requiere violencia o intimidación. No habiendo existido ni violencia ni intimidación, no hubo agresión sexual.

Se dan divergencias a la hora de describir lo visionado en los vídeos —y también hay una dualidad de informes periciales al respecto, aunque ninguna de las descripciones aprecia violencia o intimidación (mas la versión mayoritaria cree ver desprecio y una relación desigual, mientras que la minoritaria sólo encuentra ambiente de jolgorio e impudicia por parte de todos los partícipes). Ante la ausencia de elementos probatorios de violencia o intimidación (pues incluso la versión mayoritaria no los encuentra), el magistrado disidente reclama el respeto al derecho constitucional de presunción de inocencia. Es la culpabilidad lo que hay que probar, no la inocencia.

En cambio, los dos magistrados que suscriben la sentencia mayoritaria, si bien aceptan que no se produjo agresión sexual, entienden que la conducta de los sevillanos fue constitutiva del delito de abuso sexual, por haber actuado prevaliéndose de una superioridad que estribaba en la conyunción de tres factores: su mayor número (cinco varones frente a una fémica), su mayor corpulencia y su mayor edad. Piensan que esa triple diferencia era manifiesta tanto para la joven madrileña cuanto para los cinco jóvenes sevillanos y que la relación sexual así entablada no podía dejar de realizarse prevaliéndose ellos de esa ventaja.

A eso responde el magistrado disidente que tal fallo viola el principio acusatorio, dejando en indefensión a los acusados, toda vez que los condena por un delito —«abusos sexuales»— del cual no habían sido acusados. En suma, el juzgador actúa a la vez como acusador, introduciendo en su sentencia una acusación nueva y sorpresiva.

En lo que sigue voy a analizar la sentencia desde la lógica nomológica y la filosofía jurídica.

I

Según lo he expuesto y argumentativamente defendido en mi reciente libro *Visión lógica del derecho*, existe una diferencia esencial y fundamental entre el juicio que moralmente merezca una conducta y el juicio jurídico. Aunque tal distingo vale en general para cualquier rama del Derecho, es particularmente pertinente en lo tocante al Derecho penal.

La ética o moral está caracterizada por cuatro rasgos distintivos. En primer lugar, tiene como función convertir a los sujetos que se atengan a la ética en auténticos seres morales, buenas personas. Sin duda el que los individuos sean moralmente conscientes y ajusten sus decisiones a esa conciencia ética contribuye a hacer mejor la sociedad, más convivial, más agradable, más cálida, más humana. Una sociedad cuyos miembros sean amorales será gélida y, evidentemente, funcionará peor. Sin embargo, será viable una sociedad de individuos amorales o inmorales siempre que en ella tengan vigencia —y, a grandes rasgos, se cumplan— unas normas jurídicas cuya única misión es asegurar el bien común.

La sociedad existe sólo para el bien común, o sea para alcanzar y aumentar la cantidad y calidad de vida de la propia sociedad como un todo y de sus integrantes —a salvo de los sacrificios individuales necesarios en aras de ese propio bien común. Puesto que la sociedad sólo existe para eso, la misión de las normas vigentes en ella persigue exclusivamente ese fin: el bien común de la sociedad.

Pero el bien de los individuos va más allá, requiriendo que se comporten según pautas que exceden lo requerido para el bien común, pautas de vida éticamente correcta. Jurídicamente es supererogatorio atenerse a esas pautas.

En segundo lugar, la ética apunta a la conciencia subjetiva, al interior de los agentes morales, de suerte que ha de regular no sólo sus acciones sino también sus propósitos y aun sus deseos. Insisto en que esto es así aun adoptando una ética utilitarista, la cual valorará como buenos nuestros deseos cuando su realización contribuiría a la máxima felicidad del máximo número. Al revés, el Derecho sólo tangencial y marginalmente tiene en cuenta la mente de los individuos (en los casos de violación conductual de las normas, cuya gravedad dependerá —al menos en determinados casos— de los propósitos de los infractores).

En tercer lugar, una concepción ética —o incluso una norma ética aislada— sólo es moralmente vinculante cuando el individuo la percibe con su conciencia moral, ajustando su conducta a los dictados de esa conciencia. Difícilmente podría un utilitarista considerar éticamente correcta una conducta cuyo resultado fuera la máxima felicidad del máximo número cuando el agente ha actuado por un fin diverso y aun opuesto —acaso buscando la infelicidad general, sólo que fracasando en ese maligno propósito.

Por el contrario el Derecho no pone objeción alguna a una conducta conforme con las normas jurídicas, sean cuales fueren las intenciones de los agentes.

En cuarto y último lugar, mientras que las fuentes del Derecho son pocas y claras, las de la norma ética son oscuras y difícilísimas de determinar con argumentos decisivos y perfectamente concluyentes. La ética es una de las disciplinas filosóficas más inciertas, estando toda la filosofía afectada por un alto grado de incertidumbre por su carácter especulativo, siendo siempre muy problemática cualquier refutación de una teoría filosófica. Notemos que esa incertidumbre afecta a la propia filosofía del Derecho —que es, al fin y al cabo, una disciplina filosófica—.

Pero una cosa es la filosofía del Derecho y otra el Derecho, incluido el Derecho Natural. Las fuentes del Derecho son sólo unos pocos axiomas lógico-deónticos (entre ellos la preceptividad del bien común), unas pocas reglas de inferencia lógicas junto con los preceptos edictados por aquellos que, en la sociedad, están revestidos de autoridad legislativa. A partir de un *corpus* dado de tales preceptos, la vigencia de esos axiomas y de esas reglas de inferencia se demuestra abductivamente con razonamientos cuyo grado de evidencia supera con creces al de cualquier teoría filosófica, incluso aquella que fundamente y elabore esos mismos axiomas y esas mismas reglas de inferencia del Derecho Natural (de la lógica nomológica).

De estas cuatro esenciales diferencias se sigue que no cabe enunciar valoraciones jurídicas de las conductas en función de nuestro sentimiento moral acerca de las mismas. Hay muchos comportamientos que moralmente suscitan nuestra reprobación pero que para el Derecho son lícitos.

Esto se aplica con especial fuerza en el Derecho penal porque éste es una rama muy particular del Derecho. Todo el Derecho regula las conductas —activas u omisivas— de los individuos y grupos que integran la sociedad de manera que se consiga el bien común. Para ello el Derecho preceptúa unas conductas, prohíbe otras y muchas las caracteriza como lícitas mas no obligatorias.

Muchas veces —no siempre— las conductas jurídicamente prohibidas tienen una consecuencia jurídica, que es la sanción. El transgresor de la prohibición está obligado a soportar un efecto, una reacción del ordenamiento jurídico que puede y suele conllevar un resultado aflictivo para él.

Ahora bien, el Derecho penal anuda a las transgresiones en él previstas un efecto particularmente fuerte, que puede y suele implicar —por una concatenación de efectos— una privación de libertad, o sea de uno de los derechos más fundamentales del ser humano (según muchos puntos de vista, el más esencial de todos). El Derecho penal es, pues, muy duro.

A causa de esa dureza del Derecho penal, éste sólo prevé como sancionables unas determinadas conductas; no cualesquiera comportamientos jurídicamente ilícitos —ni, menos aún, cualesquiera actuaciones moralmente desaprotables.

II

A tenor de lo que se acaba de exponer, son principios del Derecho penal los siguientes.

1º.— En primer lugar, constituir la *ultima ratio*. Eso significa que el Derecho penal únicamente regula aquellas conductas —activas u omisivas— que resulte imposible o difícilísimo regular con otras ramas del ordenamiento jurídico. La mayoría de las conductas ilícitas no están penalmente prohibidas, acarreando tan sólo una responsabilidad de otro orden. Así las infracciones civiles, administrativas, mercantiles, laborales conllevan sanciones, pero son sanciones que no conducen a la privación de libertad. (Sólo muy indirectamente podría derivarse una eventual responsabilidad penal si el transgresor, al no cumplir la sanción extrapenal, incurriera así en una omisión penalmente tipificada; aun en ese supuesto, sería menester un juicio penal para determinar el delito en que ha incurrido y venir condenado a la pena correspondiente.)

Ese principio de la *ultima ratio* exige dos cosas. Al legislador le exige edictar únicamente aquellas prohibiciones penales que sean imprescindibles, dejando la mayor parte de los ilícitos bajo el alcance de ramas extrapenales del ordenamiento —o sea, sometiéndolos a responsabilidad civil, mercantil, administrativa, tributaria, laboral u otra.

Al juez le exige interpretar las leyes penales de manera estricta y aun restrictiva, de tal suerte que una conducta se entienda como penalmente ilícita sólo subsumiéndola de modo rigurosísimo en la norma penal; en caso de duda, habrá que entender que no se aplica la prohibición penal.

2º.— Un segundo principio —estrechamente emparentado con el anterior— es la proscripción de cualquier abuso del *jus puniendi* del poder público. Hay un abuso en el ejercicio de un derecho: (1º) cuando éste rebasa el ámbito legalmente previsto; (2º) cuando ese ejercicio es más perjudicial para derechos o intereses legítimos ajenos que beneficioso para intereses propios; (3º) cuando tal ejercicio resulta excesivo, desproporcionado —de suerte que los terceros difícilmente podrían ajustar su propia actuación contemplando, en sus previsiones, tal ejercicio del derecho.

El Estado se ha arrogado el *jus puniendi* porque resulta necesario para mantener el orden público y para que la sociedad no se hunda en el caos. De ese *jus puniendi* abusa el Estado cuando —sea en su legislación criminal, sea en la aplicación judicial de la misma— va más allá del límite de esa necesidad, castigando conductas activas u omisivas que pueden regularse por normas de carácter civil, administrativo u otro, sin conducir a la privación de libertad.

Se da un abuso del *jus puniendi* cuando el Código Penal o su aplicación judicial sobrepasan la esfera de punibilidad imprescindible según cánones derivables del Derecho Natural y de la Constitución. Asimismo se da tal abuso cuando la salvaguarda que se consigue de bienes jurídicamente protegidos es de

menor entidad o valor que el daño que se inflige a los condenados. Y se incurre igualmente en abuso del *jus puniendi* cuando a los agentes castigados por ese ejercicio les hubiera resultado difícil o imposible prever la punibilidad, justamente porque lo que se está llevando a cabo es una acción punitiva desproporcionada, excesiva, a duras penas predecible.

3º.— Un principio que tal vez se deduzca de los anteriores es el de tipicidad. A diferencia de otras ramas del ordenamiento jurídico, en el Derecho penal cualquier prohibición tiene que estar expresamente prevista de manera estrictísima, o sea con una descripción precisa de la conducta penada, sin márgenes de elasticidad. Y la aplicación judicial del Código Penal tiene asimismo que interpretar las prohibiciones penales de manera que, en la medida de lo posible, se ajuste a ese canon de tipicidad.

Todos sabemos que —a diferencia de sus predecesores del liberalismo decimonónico— hoy, a menudo, los códigos penales son vagos, acudiendo a descripciones rebuscadas, perifrásticas, enrevesadas y oscuras de las conductas penadas así como a leyes penales en blanco (o sea a prohibir penalmente ciertas conductas no precisadas pero que caigan bajo prohibiciones extrapenales, presentes o futuras). Es lamentable esa involución del Derecho penal, pero, al menos, a los jueces está encomendada la tarea de hacerla lo más inocua que resulte posible, ajustándose a los demás parámetros que regulan esta rama del Derecho.

4º.— Un cuarto principio del Derecho penal es el de formar parte del Derecho Público, no del Privado. Por eso el Estado ejerce el monopolio del enjuiciamiento penal y del castigo.

Este principio significa: por un lado, que puede haber delitos sin víctimas (acciones penalmente prohibidas por el peligro que conllevan para bienes jurídicamente protegidos, aunque se trate de un peligro abstracto); por otro lado, que no es un derecho de los agraviados que se condene a los culpables aplicándoseles la punición prevista por la Ley. Ése es sólo un derecho cuyo titular es la propia sociedad. Ésta, al instituir el Derecho penal, lo ha erigido en monopolio público, sustrayéndolo por completo a la esfera de los legítimos intereses privados. Y es que nadie tiene derecho a que otro sea privado de libertad, por más que lo haya agraviado. La condena del culpable nunca es una prestación debida a la víctima (lo cual transformaría ese supuesto derecho del agraviado en un derecho de bienestar y, por lo tanto, irrenunciable). La víctima no se beneficia porque el culpable sea condenado ni castigado. (Cuando se juntan la acción civil y la penal, la víctima puede, mediante el juicio penal, obtener una reparación; pero, de suyo, se trata de una aleación de dos acciones jurídicamente heterogéneas, que sólo se han unificado en nuestro Derecho en aras de la economía procesal.)

5º.— Del principio precedente se deduce un corolario: mientras que en un litigio civil, mercantil o laboral se está dilucidando un conflicto de intereses entre pretensiones privadas que chocan, en el juicio penal sólo están, frente a frente, la sociedad —con su imperatividad del bien común— y un acusado de violar las

prohibiciones más fuertes, o sea de haber cometido un delito. En ese enfrentamiento el único fin del Estado es el de asegurar y garantizar la tutela de bienes jurídicamente protegidos en aras del bien común.

Ni la absolución ni la condena han de hacerse en función de intereses privados sino únicamente con vistas directamente al bien común y nada más, independientemente de cualesquiera pretensiones privadas, por legítimas que sean.

6º.— En el Derecho penal se da una total asimetría entre intereses y pretensiones de los acusadores —si éstos son agraviados— y de los acusados. Los acusados arriesgan; los acusadores, no. Y el riesgo al que se enfrentan es gravísimo: privación de libertad. Por eso el Derecho penal está inclinado a la no condena, no es *a priori* imparcial.

7º.— De ahí el principio jurídico-penal de la presunción de inocencia. Éste consiste en que la verdad jurídica (que no coincide necesariamente con la verdad fáctica) es que el acusado es inocente, salvo y hasta que se pruebe lo contrario.

Insisto: no sólo *hasta* sino también *salvo*. El principio de presunción de inocencia no consiste sólo en que a nadie se le puede condenar ni tratar como delincuente a menos que se haya demostrado su culpabilidad, sino, además, en que penalmente la celebración de un juicio en el que el acusador no logra probar la culpabilidad del acusado implica una prueba (jurídicamente vinculante) de la inocencia de ese acusado. Que en un juicio no se hayan probado unos hechos en él debatidos acarrea, para el Derecho, que en ese juicio se ha probado la inexistencia de tales hechos.

8º.— Corolario de ese doble principio de presunción de inocencia es el canon *ne bis in idem*, que impide enjuiciar a un acusado dos veces por los mismos hechos. *Res judicata pro ueritate habetur*.

(Este corolario, la fuerza de la cosa juzgada penal, plantea un problema de Derecho procesal, a saber: si de dicha autoridad está revestido únicamente el fallo o si también gozan de fuerza de cosa juzgada los fundamentos fácticos y jurídicos de la sentencia. Mi opinión es que los fundamentos fácticos forzosamente poseen fuerza de cosa juzgada cuando la sentencia es firme, al menos en el Derecho español. En sistemas de *common law* en los cuales hay una separación entre el enjuiciamiento civil y el penal, es quizá debatible si la absolución en un juicio criminal en el que se declara la inocencia del acusado lo exonera de una demanda civil por hecho de daños [*tort*].)

Ciertamente es de contorno difícil de precisar este principio de *ne bis in idem*. Tradicionalmente se entendía la prohibición del doble riesgo en el sentido de excluir un nuevo juicio cuando se daban: mismidad del hecho enjuiciado; mismidad de agente; y mismidad de la *causa petendi*. Esta última condición se ha superado por la jurisprudencia en el Derecho penal garantista de nuestro tiempo, porque era un coladero que permitía reenjuiciar conductas ya absueltas o penadas aduciendo otros motivos. Sin embargo, es verdad que no siempre resulta claro cuándo estamos en presencia de *los mismos hechos* ya enjuiciados

y cuándo se trata de hechos diferentes: si se toma en cuenta únicamente la materialidad de la conducta o también la concomitancia de circunstancias legalmente determinantes de una u otra calificación jurídica. (Esto es muy importante para lo que veremos después.)

9º.— Principio de acusatoriedad: nadie ha de ser condenado sin poder defenderse adecuadamente, con asistencia letrada; para lo cual es menester que, con la debida antelación, sea —con toda precisión— informado de los cargos por los que viene acusado, brindándosele la oportunidad de refutarlos y de impugnar las pruebas de cargo, una por una, así como de buscar y presentar pruebas de descargo.

10º.— Corolario del anterior: principio de congruencia: la sentencia, absolutoria o condenatoria, ha de versar, en sus fundamentos y en su fallo, sobre los temas debatidos en el juicio, sin introducir elementos extraños o ajenos. Eso significa, en particular, que, si bien el tribunal puede dar otra calificación jurídica a los hechos diferente de aquella que le hayan dado las acusaciones, no se permiten ni la *reformatio in pejus* (una condena que exceda en gravedad la más onerosa de las pedidas por las acusaciones) ni, menos aún, la introducción de hechos o circunstancias fácticas que no hayan sido controvertidos en el juicio, o sea: que, no habiendo formado parte de los cargos expuestos por la acusación, no hayan podido ser refutados por el acusado.

La —en todo caso ilícita— introducción de elementos fácticos extraacusatorios podría ser de dos índoles: (1) circunstancias agravantes; (2) notas del tipo del delito. Bajo cualquiera de esas dos modalidades, es completamente incompatible con el Derecho penal garantista del cual se ufanan los modernos Estados de Derecho.

III

Leyendo la Sentencia del juicio de LA MANADA y el voto particular del magistrado disidente, D. Ricardo Javier González y González, queda claro que aquello que se debatía entre las partes (los acusadores y los acusados) era exclusivamente si se había producido violencia o intimidación; no el hecho de la relación sexual.

La relación sexual era admitida por todos en sus diversos componentes de sexo oral, anal y vaginal. Sea cual fuere el juicio moral que a cada cual inspiren tales relaciones (*vide infra*), no están penadas por la Ley ni, por lo tanto, son constitutivas de delito. A diferencia de épocas pasadas en las cuales la sodomía era un hecho criminalmente perseguido, hoy impera el principio opuesto: siempre que lo hagan voluntariamente, los individuos son legalmente libres de tener entre ellos las relaciones sexuales que decidan.

Es verdad que muchas veces tomamos decisiones que no habríamos tomado en condiciones óptimas; decisiones que luego nos causan pesadumbre, arrepentimiento y desazón. Eso sucede en todas las esferas de la vida. Pero que

un individuo adopte una decisión de relacionarse con otro de determinada manera, arrepintiéndose después —acaso por no haber adoptado esa decisión serenamente y en condiciones idóneas— no significa que la relación sea ilícita ni por una parte ni por la otra.

IV

En el caso de LA MANADA, la única prueba de cargo era el testimonio de la presuntamente agraviada.

En este juicio ha habido un número de pruebas periciales y documentales, que sirven para aclarar el estado de ánimo y las capacidades mentales de la presuntamente agraviada y de los acusados, su actitud durante la realización de los hechos incriminados (la orgía sexual en un sórdido y lúgubre cubículo de una casa de vecindad en la calle Paulino Caballero), el itinerario que siguieron en su desplazamiento desde que trabaron conocimiento mutuo hasta que efectuaron esos hechos y el que posteriormente tuvo cada uno de ellos durante el día 7 de julio de 2016 en Pamplona.

Sin embargo, ninguna de esas pruebas periciales y documentales ha servido de prueba de cargo. Está controvertida su función de prueba de descargo por los acusados y sus defensas respectivas. Pero está fuera de toda polémica que sólo el testimonio de la presuntamente agraviada constituye un dato incriminatorio.

V

En nuestro actual Derecho procesal, cuando la única prueba de cargo es un solo testimonio (en violación del brocardo del Derecho justiniano *testis unus, testis nullus*), exigese que concurren tres requisitos:

- (1º) credibilidad subjetiva del testigo;
- (2º) verosimilitud de su testimonio;
- (3º) perfecta consistencia e invariable persistencia del testimonio.

VI

En el caso de marras, no concurre el tercer requisito.

Coinciden en lo sustancial de los hechos probados mayoría y minoría del tribunal sentenciador (la Sección segunda de la Audiencia Provincial de Navarra).

El relato de la presuntamente agraviada, según su deposición en el atestado policial, confirmada ante el juez de instrucción, fue desmentido por ella

misma en el juicio oral —cuando tuvo que declarar como testigo bajo juramento. Tal relato inculpativo contenía tres elementos esenciales y determinantes:

- Los acusados la habían metido por la fuerza en el portal de la calle Paulino Caballero, valiéndose de un acto de pinza: uno tiraba de ella asiéndola de la mano mientras que otro le agarraba la otra muñeca y completaba así el efecto de tracción física;
- Una vez dentro, la habían tirado al suelo;
- Para que no pudiera pedir socorro, le habían tapado la boca.

Del juicio oral se desprende que, en la realidad de los hechos, no había tenido existencia alguna ninguno de esos tres elementos fácticos.

VII

El relato fáctico esencial es concordante en sendas versiones de la mayoría y de la minoría del tribunal en lo tocante a la materialidad de los hechos y a la exclusión absoluta de violencia o intimidación.

Tal relato consiste en lo siguiente. En la madrugada del 7 de julio de 2016, trabaron conocimiento —sentándose en la plaza del Castillo del centro de la capital navarra— los cinco acusados, de Sevilla, con la presuntamente agraviada, de Madrid. Todos ellos habían viajado allí para participar en los festejos de ese día feriado. Tras una breve conversación —cuyo contenido no ha quedado probado—, dirigieron, por un itinerario zigzagueante, primero hacia un hotel y luego, tras el rechazo del portero de dicho establecimiento, hasta un poyo adjunto a una entrada de garaje, donde se sentaron y estuvieron bebiendo (aunque la presuntamente agraviada afirma que ella no bebió «de sus vasos»); según estaban sentados allí, uno de ellos, José Ángel Prenda, consiguió introducirse en una casa de vecindad, aprovechando que una de las allí domiciliadas abriera la puerta del zaguán del inmueble. Poco después, ese mismo intruso abrió, desde dentro, dicha puerta, exhortando a ingresar todos (con la exclamación «¡vamos, vamos!»), como así hicieron.

Tras subir dos tramos de escalera disjuntos —uno de ellos de cinco peldaños y el otro de tres—, accedieron a un angosto cubículo de 3m², donde a duras penas cabían todos ellos. Allí tuvo lugar una orgía, consistente en que la muchacha efectuó felaciones a los cinco acusados y dos de éstos llevaron a cabo penetraciones. Varias partes de la orgía fueron filmadas por los acusados en cortos vídeos con sus respectivos teléfonos.

Consumada esa relación sexual múltiple, los acusados se fueron ausentando del lugar —no en grupo, sino por tandas—, sustrayéndole uno de ellos (Antonio Manuel Guerrero Escudero), subrepticamente, a la muchacha su propio teléfono móvil, del cual extrajo las tarjetas SIM y de memoria, que arrojó al suelo.

Quedó así la joven finalmente sola, todavía sin vestir. Gran amargura le causó percatarse de la sustracción del móvil, instrumento que le servía de guía para orientarse en una ciudad desconocida en busca del coche en el cual había viajado desde Madrid y donde pernoctaba su acompañante viajero o amigo suyo.

Desolada, la muchacha se sentó en un banco cercano llorando. Una concatenación de encuentros condujo a que interviniera la policía, abriéndose el correspondiente atestado.

La muchacha había visto y retenido en su memoria los tatuajes de los varones sevillanos. Éstos siguieron en la jornada del 7 de julio deambulando por la ciudad pamplonica; gracias a la descripción de la ahora denunciante, fueron fácilmente identificados y detenidos. Ellos alegaron entonces lo que después han seguido afirmando en todo momento: que la relación había sido consentida, exhibiendo ya entonces los vídeos como probatorios de la veracidad de su aserto.

Desde ese momento fueron privados de libertad.

En cuanto al teléfono sustraído, éste fue arrojado a una «zona donde había desperdicios» y poco después recuperado para ser entregado a su dueña.

De ese relato fáctico —construido sobre la base de los testimonios, de las pruebas documentales y de las periciales— están completamente ausentes elementos de violencia o de intimidación. La presuntamente agraviada, en su testimonio, rehusó confirmar los tres elementos que fundaban la atribución de violencia, sustituyéndolos por otros elementos fácticos de suyo anodinos y que no implicaban uso de la fuerza. O sea: hay una supercontradicción entre aquello que había declarado previamente y lo que declaró en el juicio oral.

VIII

Si en el testimonio de la presuntamente agraviada falta el tercer requisito, tampoco parece cumplirse el segundo requisito, habiendo contenidos de sus sucesivas deposiciones que no coinciden ni con el itinerario real —que se puede, en parte, reconstruir por grabaciones de las cámaras instaladas en la vía pública— ni con lo declarado por el portero del hotel.

Pero, sobre todo, lo que resulta de esos datos es: un zigzaguo por las calles céntricas de la capital navarra; una espera conjunta ante la puerta del hotel —mientras uno de los acusados intenta introducirse en él mediante varias artimañas—; el hecho de que la presuntamente agraviada fuera cogida de la mano, y besándose, con el más joven de los acusados, Ángel Boza Florido; la espera sentados en el poyo aldaño al acceso a los garajes de la calle Paulino Caballero; y, finalmente, el subrepticio ingreso en el portal contiguo; todo lo cual va en contra de la declaración de la acusadora particular de que, desde el primer momento, ella se dirigía a su coche y que los cinco sevillanos meramente se habían ofrecido a acompañarla —aunque ella no los necesitaba, no conociéndolos de nada y pudiendo hallar, ella sola, el camino gracias al teléfono móvil, además de recordarlo por haberlo recorrido varias veces esa misma tarde.

La inverosimilitud viene agudizada por las numerosas desmemorias que la acusadora particular patentizó en el juicio oral, en el cual acudió frecuentemente a la fórmula «No lo recuerdo». Así, p.ej., es crucial la cuestión de cuáles habrían sido los temas de conversación en el lapso que media entre el trabar conocimiento en la plaza del Castillo y el desenlace de los hechos recriminados en una casa de vecindad de la calle Paulino Caballero. Los acusados afirman que en seguida giró la conversación a temas picantes y se habló sin tapujos de sexo, buscándose por ello un sitio idóneo para esa práctica. En cambio, la presuntamente agraviada no recuerda de qué se habló, aunque sí negó que se hablara de sexo.

Presuponiendo la buena fe de la acusadora particular, en todo caso no merece verosimilitud un testimonio tan contradictorio, en sus detalles, con otras pruebas y tan lleno de agujeros de memoria, así como tan poco provisto de sentido (una marcha hacia el coche por un recorrido dando rodeos y con esas interrupciones).

IX

La única discrepancia versa sobre el estado psicológico de la presuntamente agraviada y el de los presuntamente agraviantes así como sobre las causas de esos respectivos estados mentales.

X

La presuntamente agraviada describe su propio estado psíquico como de parada, bloqueo o desconcierto junto con una reacción de pasividad.

La mayoría del tribunal entiende que eso es creíble y lo interpreta como sometimiento por sentirse cohibida e impresionada, aunque no intimidada.

XI

El voto particular disidente pone en tela de juicio ese estado mental, aduciendo la prueba pericial del psiquiatra D. Alfonso Sanz Cid y de la psicóloga D^a Olatz Etxeberría Jáuregui más los vídeos.

No menciona en cambio dicho voto particular un dato sí recogido por la sentencia mayoritaria: que entre sucesivos vídeos de la orgía hay un cambio de ubicación. Cito de la sentencia mayoritaria:

El video (3) IMG 7409 MOV, fue grabado por Antonio Manuel Guerrero entre los minutos 3:12:54 y 3:13. Apreciamos que en él varían las posiciones de los procesados, quienes avanzaron hacia la zona exterior del habitáculo, donde este se estrecha. La denunciante se encuentra en una ubicación central con respecto a los procesados y durante toda la secuencia permanece en posición

denominada en el argot sexual como *doggy style*, genupectoral; está desnuda de cintura para abajo, siendo visibles sus nalgas y parte de la espalda.

Esa descripción no aclara del todo si el cambio de ubicación es sólo de los acusados o también de la acusadora. En una frase precedente —y, por lo tanto, con referencia a un momento anterior de los hechos parcialmente filmados— se dice:

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

No habiendo visionado esos vídeos ni teniendo conocimiento alguno de esa jerga ni de cómo se desarrollan tales prácticas, sólo puedo conjeturar que, efectivamente, la denunciante ha cambiado de sitio y de postura en el corto lapso que separa ambos vídeos, lo cual es un indicio de que su actitud no fue puramente pasiva.

Otros detalles escabrosos (y aquí incitables) de sendas descripciones de los vídeos —tanto la mayoritaria cuanto la minoritaria— dan asimismo a entender una participación activa de la presuntamente agraviada —aunque con escasa iniciativa y sin mostrar placer alguno en lo que estaba sucediendo.

Que durante una parte de tales hechos la presuntamente agraviada tuviera los ojos cerrados (o acaso entreabiertos) no prueba en absoluto su estado mental de «shock». Por otro lado está claro que percibió perfectamente y recordó con exactitud los tatuajes.

XII

La mayoría atribuye el estado mental de supuesta sumisión pasiva de la presuntamente agraviada a la situación de inferioridad en que se había hallado respecto de los acusados por la conyunción de tres factores:

[1º] ser ella una y ellos cinco;

[2º] ser ellos «de edades muy superiores»;

[3º] ser ellos «de fuerte complexión».

XIII

Atribuye la mayoría a los acusados, no sólo ser conscientes de esa superioridad, sino prevalerse de ella; o sea: a sabiendas, aposta, aprovecharse de esa superioridad para cohibir a la presunta víctima, coartando su libre voluntariedad (si bien en grado menor que la intimidación, que implica amenaza de un mal racionalmente creíble).

XIV

Considera la mayoría que lo que ella entiende probado en los puntos XII y XIII es subsumible bajo lo prevenido en el artículo 181.3 CP: «cuando el consentimiento se obtenga prevaleciéndose el responsable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima».

Ese subartículo tipifica lo que antiguamente se denominaba «estupro», estando pensado para una superioridad por razón de parentesco, jefatura laboral, relación docente u otra relación de jerarquía similar. Sin embargo, el actual CP no precisa en qué relaciones haya de estribar la superioridad, exigiendo únicamente que sea manifiesta y que el acusado se prevalga de ella (no bastando que tal superioridad se dé de hecho).

XV

Disiente el voto particular:

- [i] rechaza que esté probado el estado mental de la presuntamente agraviada de sometimiento pasivo por hallarse cohibida o impresionada;
- [ii] con respecto a si la conyunción de los tres factores enumerados en el punto XII es subsumible bajo el supuesto de superioridad en los términos del art. 181.3 CP, se abstiene de emitir opinión, aduciendo sólo que eso no se ha debatido en el juicio;
- [iii] con respecto al estado mental de los acusados (el presunto «prevalimiento») también se abstiene, aduciendo asimismo que ese problema no se ha debatido en el juicio.

XVI

El voto disidente sostiene que la sentencia mayoritaria vulnera el principio acusatorio (el 9º del punto II de este ensayo) y, en concreto, su corolario, el principio de congruencia (el 10º de ese mismo punto).

Extensamente argumenta que el tipo de los artículos 170-180 (agresión sexual) es diferente del tipo del art. 181.3 (y en general de las conductas tipificadas en el capítulo II del Título VIII, el tipo de abusos sexuales).

La agresión sexual no es abuso sexual más violencia o intimidación. Ni el abuso sexual es agresión sexual menos violencia o intimidación. Los elementos fácticos de la agresión sexual no son los del abuso sexual. Lo único en común entre ambos delitos es atentar a la libertad sexual, pero por la concurrencia de elementos fácticos totalmente diferentes.

En el caso del capítulo I, el elemento fáctico concurrente es el uso de la violencia o intimidación. En el del capítulo II, es una gama heteroclita de

elementos, pero, en concreto, el art. 181.3 castiga las relaciones sexuales en las cuales el iniciador (normalmente de sexo masculino) ostenta, frente a la víctima, una superioridad manifiesta de la cual conscientemente se aprovecha para doblegar a la víctima, para alcanzar su consentimiento no-libre.

En el juicio sólo se había debatido el elemento fáctico del art. 179, o sea la violencia o intimidación. Ninguna de las acusaciones planteó, en momento alguno, la existencia de una relación de superioridad —en los términos del art. 181.3 CP— ni el prevalimiento de tal situación por los acusados. Esa subsunción, nunca enunciada en las acusaciones, surge *ex nihilo* en la sentencia mayoritaria, sin que los acusados hayan tenido la menor oportunidad de recusarla.

XVII

En particular, el tipo del art. 181.3 requiere:

- relación de superioridad;
- coartación por esa relación del consentimiento de la víctima;
- conciencia y aprovechamiento de tal superioridad por el culpable (lo cual implica que, percatándose perfectamente de tal superioridad y de su efecto coartativo en el estado mental de la víctima, se aproveche intencionalmente de ello, sea haciendo alarde de tal relación, sea de cualquier otro modo que consista en un **prevalerse**).

El tipo del artículo 181.3 exige, pues, diferentes elementos no sólo objetivos sino también subjetivos (en la víctima y en el ofensor), que lo deslindan netamente del delito de agresión sexual. Para la agresión sexual es indiferente qué relación de superioridad se dé o deje de darse entre ofensor y ofendido así como también —aun en el supuesto de concurrir superioridad— qué estado mental tengan, respectivamente, el agravante y el agraviado, o sea: si el agraviado se siente coartado por una relación de superioridad del ofensor y si éste, a su vez, explota conscientemente (y, si es menester, esgrime abiertamente) esa relación.

Es importantísimo el elemento del dolo. El dolo del agresor sexual es totalmente distinto del dolo del abusador sexual. Aquel actúa, a sabiendas, usando violencia o intimidación. Éste, en cambio, actúa explotando la situación de superioridad en que se encuentra y percatándose de que esa relación coarta la libre voluntariedad de la víctima. (En el delito de agresión sexual es indiferente qué percepción tiene el agresor del estado mental de la víctima; basta el hecho objetivo de que use violencia o intimidación para sus fines de relación sexual.)

XVIII

Ninguno de los tres factores de la supuesta superioridad del punto XII configura la relación como una de superioridad subsumible en el supuesto de hecho del art. 181.3 CP.

En concreto, si la relación entre uno o una, por un lado, y varios o varias, por otro, constituyera superioridad, ese artículo estaría tipificando como delito prácticas de sexo en grupo; nadie lo ha visto así ni en la jurisprudencia ni en la doctrina, ni es admisible en una sociedad liberal, en la cual las relaciones sexuales voluntarias entre adultos son penalmente lícitas. (El adulterio constituye un ilícito civil.)

Tampoco la diferencia de edad. En nuestro caso de marras, la presuntamente agraviada tenía 18 años de edad y los acusados oscilaban entre 24 y 27 años en el momento del juicio oral. La máxima diferencia de edad era, pues, de nueve años. Aquel a quien, antes de los hechos incriminados, ya se había acercado más (caminando juntos de la mano y besándose) era Ángel Boza Florido, de 24 años, o sea un joven cuya edad sólo en seis años superaba a la de la presuntamente agraviada. Nadie ha dicho nunca que esas diferencias sean constitutivas de superioridad en términos criminalmente tipificables.

Por último, la diferencia de fortaleza física es usual en las relaciones entre individuos de diferente sexo e incluso del mismo sexo, sin que nunca se haya considerado que esa diferencia conlleve un supuesto penalmente típico.

Que, sin que ninguno de los tres factores sea constitutivo de superioridad en los términos del art. 181.3 CP, sí lo sea, empero, la conyunción de ellos es una consideración que inventa la mayoría del tribunal sentenciador. El tribunal está introduciendo la analogía, o sea vulnerando flagrantemente el principio de tipicidad penal (el 3º del punto II). No aduce la sentencia mayoritaria ningún precedente jurisprudencial ni doctrinal para esa extensión analógica del supuesto del art. 181.3 CP.

Además, ampliando analógicamente, de ese modo, el supuesto del art. 181.3 CP, se sienta un precedente de que muchas otras combinaciones de elementos fácticos, no tipificadas, puedan subsumirse en diversos tipos penales, sin necesidad de que lo diga la Ley ni lo hayan reconocido la doctrina o la jurisprudencia. Desmorónase con eso el principio de tipicidad penal.

XIX

Suponiendo que fuera verdadera la tesis mayoritaria, persiste el hecho de que no se ha debatido en el juicio. La mayoría sentenciadora ha actuado de acusación sorpresiva *post iudicium*, vulnerando la presunción de inocencia, el derecho a defenderse de la acusación y el deber de imparcialidad del tribunal (que actúa en este caso como juez y como parte acusadora).

No hay congruencia entre las acusaciones y la sentencia, porque el único elemento fáctico delictivo que afirmaban las cuatro acusaciones (la pública, las dos «populares» y la particular) era el uso de violencia e intimidación por los acusados, gracias al cual habrían conseguido tener las relaciones sexuales incriminadas; relaciones de suyo atípicas y que únicamente se consideraban delictivas en presencia del elemento de violencia e intimidación, para conformar el delito de agresión sexual.

Si la celebración del juicio oral ha desmentido ese elemento de violencia o intimidación —como unánimemente lo reconocen los tres miembros del tribunal—, entonces se desmoronan las cuatro acusaciones.

No puede ser congruente con esas acusaciones condenar a los acusados por otro delito cuyo único punto de conexión con aquel del cual se los había acusado es la relación sexual, cuando ésta en sí es atípica. Ese otro delito por el cual se los condena ahora sólo se da en presencia de elementos fácticos, objetivos y subjetivos, cuya existencia no se ha debatido en el juicio, sino sólo en las sesiones internas del tribunal, sin que a los acusados se les haya notificado la sospecha de ese elemento fáctico, surgido *ex nouo* después de la clausura del juicio oral.

Tampoco es verdad —contrariamente a lo que cree la mayoría del tribunal— que exista homogeneidad entre la acusación y la condena, variando únicamente la calificación jurídica. Así sería si el delito de agresión sexual del art. 179 y el de abuso sexual del 181.3 contuvieran como único elemento del supuesto de hecho la relación sexual. No es así, evidentemente. Esa relación, así sin más, es atípica. Es típico el llevarla a cabo con violencia o intimidación (agresión sexual del art. 179). Es asimismo típico llevarla a cabo prevaliéndose de superioridad en los términos del art. 181.3 (abuso sexual). Equivócase de plano la sentencia mayoritaria al afirmar:

El delito continuado de abuso sexual por el que condenamos no sólo es homogéneo, en cuanto que excluye alguno de dichos elementos que conforman el tipo de agresión —homogeneidad descendente—, sino que por ello es más beneficioso y correlativamente está sancionado con pena menor, en definitiva se trata de tipos homogéneos. Por ello pese a que no se ha formulado acusación por el delito continuado de abuso sexual sobre el que proyectamos la condena, no se infringe el principio acusatorio, ni se causa indefensión a los acusados.

Es irrelevante que la pena por abuso sexual sea menor que la que corresponde a la agresión sexual. Y es que lo castigado es otro supuesto de hecho.

Por eso carece de valor el argumento de autoridad de la sentencia mayoritaria citando las SSTS 2ª 47/2013 de 29 de enero, 2ª 241/2014, de 26 de marzo, 380/2014 de 14 de mayo, 578/2014, de 10 de julio, 530/2015 de 17 de septiembre y 34/2018 de 23 de enero. En esas sentencias del Supremo Tribunal se condiciona la homogeneidad descendente: «siempre que se mantengan sustancialmente los hechos de la acusación».

Eso significa que, siempre que se haya acusado a un presunto ofensor por haber abusado sexualmente de la víctima con prevalimiento de superioridad y, por añadidura, con uso de violencia e intimidación, subsumiendo ambos datos fácticos en el art. 179, si en el juicio oral no se demuestra el uso de violencia o intimidación pero sí el prevalimiento de superioridad, entonces al tribunal sentenciador le es lícito descartar el art. 179 y considerar sólo el art. 181.

Es, por consiguiente, totalmente erróneo este aserto de la sentencia mayoritaria:

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

En particular merece refutación la frase «sin que introduzcamos algunos elementos de cargo perjudiciales para los acusados, que no hayan sido incorporados por las acusaciones, sobre todos ellos se ha producido el debate contradictorio». ¡Sí los introducen! En el juicio no se ha debatido que existiera una relación de superioridad jerárquica o similar entre los acusados y la acusadora particular, ni que ésta se viera coartada por su inferioridad jerárquica o similar ni que los acusados aprovecharan a sabiendas e intencionadamente esa presunta superioridad para entablar tales relaciones sexuales.

¿Adújose acaso en la acusación que la conyunción de las tres diferencias (diferencia de número, de edad, y de corpulencia), por sí sola, constituía una superioridad asimilable a la jerárquica, que así lo experimentó la víctima y por eso accedió a las relaciones sexuales y que también los acusados se dieron cuenta de esa superioridad (que ha de ser manifiesta) y, deliberadamente, la explotaron para el fin de entablar la relación sexual? ¡No! Nada de eso se adujo. Si se hubiera aducido y se hubiera, además, agregado el uso de violencia o intimidación y, si los acusados únicamente hubieran logrado desmentir la violencia o intimidación, entonces habría congruencia y homogeneidad.

Lo que probablemente fundamenta las sentencias del Tribunal Supremo aducidas por la mayoría condenatoria es que a menudo entre el ofensor y el ofendido sexual se da una relación de manifiesta superioridad jerárquica explotada por el agravante y, además, éste acude a la intimidación; en tales supuestos, aunque no se pruebe el elemento fáctico de la intimidación, persiste el elemento fáctico alternativo de la superioridad manifiesta y la deliberada explotación de la misma.

Cuando así no sea, o bien no se aplica esa doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, o bien habría que inferir que dicha doctrina es anticonstitucional, por vulnerar la interdicción de la indefensión estipulada en la Carta Magna.

En virtud del principio *ne bis in idem*, no es posible un nuevo juicio por los hechos incriminados.

Como ya lo señalé más arriba, el principio *ne bis in idem* es un corolario del de la fuerza de la cosa juzgada, a su vez derivado del de seguridad jurídica (art. 9.3 CE). Asimismo ese principio se deduce del deber de los tribunales, no sólo de juzgar, sino de hacer ejecutar lo juzgado (art. 117.3 CE), puesto que, una vez que el juicio actual adquiera firmeza (en segunda instancia, de apelación, o eventualmente en casación ante el Tribunal Supremo), hacer ejecutar lo juzgado implica someter a privación de libertad a los acusados, si la sentencia final es condenatoria por presunto abuso sexual, o ponerlos en libertad (y asegurar esa libertad), en el supuesto de que a la postre no prosperase el cargo de abuso sexual.

Los romanos enunciaron la fuerza de la cosa juzgada con el hermoso brocardo *res judicata pro ueritate habetur*. En otros horizontes se prefiere hablar de la evitación del doble riesgo (*double jeopardy clause* de la V Enmienda de la constitución estadounidense).

Ya dije más arriba que esa fuerza no afecta únicamente al fallo —según lo han afirmado erróneamente algunos procesalistas—, sino también a los fundamentos fácticos y jurídicos de la sentencia. Los aludidos procesalistas (y otros juristas de su misma opinión) sostienen que, si bien el fallo, una vez firme y definitivo, es inamovible (salvo el excepcional proceso de revisión), los fundamentos de la sentencia no tienen más valor que el de opiniones doctrinales.

Discrepo absolutamente de esa opinión, porque eso significaría dar por inmovible un fallo porque sí, por puro voluntarismo. Si el fallo es inatacable y tiene autoridad es porque, jurídicamente, se dan por válidas la versión de los hechos aceptada judicialmente, su calificación jurídica y, por ende, la aplicabilidad a los mismos de las normas jurídicas vigentes, según las ha entendido la jurisdicción.

Conque, aun en el imaginario supuesto de que los hechos debatidos en este ensayo hubieran sido mal descritos o mal calificados por las acusaciones o por las defensas o por la autoridad judicial, vulneraría esos principios constitucionales someterlos a un nuevo proceso judicial.

No puedo prever cuál será el resultado judicial en el presente proceso, si al final se impondrá la absolucón o se hará firme la condena por abuso sexual. (Para nada imagino que en apelación pueda incurrirse en *reformatio in pejus* dando por buena la tesis de las acusaciones de agresión sexual, al no haber, en el juicio, elemento probatorio alguno que sustente dicha tesis.) Sea la que fuere, está absolutamente excluido que quepa someter a los acusados a un nuevo proceso penal por tales hechos. (Ni tampoco a un proceso civil, puesto que la

acusación particular no se reservó, en el momento procesal oportuno, la acción civil.)

XXI

Las acusaciones habrían podido calificar las conductas de los acusados de delitos contra la integridad moral de la presunta víctima (o sea, la denunciante) del art. 173 CP. La enunciación de ese artículo es —como la de tantísimos otros del malhadado código— un dechado de mala redacción, que se formula con eufemismos.

Está claro que la intención del legislador fue la de condenar lo que el código francés llama *actes de barbarie*, o sea torturas. El código español sólo usa el vocablo «tortura» en el art. 174 y, por definición, es una conducta únicamente realizable por una autoridad o un funcionario público.

A pesar de la *mens legislatoris*, el tenor literal del art. 173 es tan vago que muchas conductas podrían caer bajo lo en él prevenido, o sea un grave menoscabo de la integridad moral de otro. Es sumamente indeterminado ese concepto de integridad moral. Podríamos pensar que una traición amorosa o la ruptura arbitraria de una larga amistad, p.ej., son comportamientos que menoscaban gravemente la integridad moral de quien se siente traicionado o injustamente abandonado. Sin embargo dudo mucho que ningún juez de lo penal acceda a dar una interpretación tan amplia al supuesto de hecho de ese artículo.

En el caso que nos ocupa, la conducta de los acusados consta de dos partes sucesivas. La primera parte es la de tener con la denunciante unas relaciones de índole sexual queridas y consentidas por todos los partícipes.

Según la descripción de los vídeos —recogida en la sentencia—, en algún momento de la relación uno de los sevillanos pregunta: «¿Te la meto?». No se oye la respuesta pero, inmediatamente después, se escucha: «Sí, pa'l fondo». Parece claro que, al menos en ese fragmento de la relación, hay una petición de consentimiento verbal expreso, que aparentemente otorga la presunta víctima. Siendo ello así, se deducen dos conclusiones:

- 1ª) Que no es verdad que la denunciante estuviera, a lo largo de toda la relación, en actitud silente de mera sumisión o sometimiento;
- 2ª) Que ese intercambio de proclaciones hace difícil creer que, en los restantes fragmentos de la relación, haya habido actuación de los acusados sin mediar ningún consentimiento verbal explícito de la denunciante.

Ahora bien, el comportamiento de los acusados tiene también una segunda parte (que no ha sido objeto de calificación jurídica en este juicio), a saber: el abandono de la denunciante.

Una vez terminada la serie de felaciones, masturbaciones y coitos vaginales y sodomíticos en el sórdido habitáculo de la casa de la calle Paulino Caballero, los acusados vulneraron la norma ética de caballerosidad, largándose

del lugar sin ocuparse de quien los había acompañado en esa orgía, la cual aparentemente esperaba seguir la fiesta junto con ellos. Para colmo, uno de los varones sustrajo a la joven su teléfono móvil (un hurto cuya motivación no se ha aclarado).

La conducta de los acusados puede verse como un todo: la orgía seguida del abandono. Esa conducta conjunta podría entenderse como un comportamiento gravemente atentatorio contra la integridad moral de la persona abandonada, quien se siente así defraudada, pues, en lugar de que la relación sexual haya sido —como posiblemente esperaba— parte de un pasárselo bien juntos durante los festejos de S. Fermín, se convierte en una experiencia insatisfactoria y hasta desagradable, al venir seguida del sentimiento de soledad y de ofensa por la grosería y desconsideración de los compañeros de placer.

No obstante, no es verosímil que, de haberse enunciado la acusación de un delito contra la integridad moral del art. 173 CP, hubiera prosperado judicialmente, porque, sea cual fuere el tenor literal del ese artículo, cualquier tribunal lo interpretará *ad mentem legislatoris*, como castigando únicamente conductas que inflijan a la víctima un severo daño y sufrimiento somáticos o neuronales —o sea malos tratos físicos.

Sea como fuere, en virtud de lo que he dicho en el apartado XX, ya no cabe en absoluto una nueva acusación bajo esa calificación del art. 173 CP.

XXII

Lleva razón el magistrado que suscribe el voto particular. Se ha violado un derecho constitucional de los condenados: la presunción de inocencia.

La inocencia es la inculpabilidad. Puede estribar en la no comisión del hecho incriminado, ya sea porque éste no subsiste o por no haberlo cometido el acusado.

Pero la inculpabilidad puede también fundarse:

— sea en la concurrencia de alguna de las causas de justificación del art. 20 CP (en nuestro caso los hechos probados confirman que todos los partícipes se hallaban en estado de intoxicación por el previo consumo de bebidas alcohólicas, lo cual, cuando la intoxicación es plena, es una eximente del art. 20.2º y, cuando no lo es, es una atenuante del art. 21.1ª);

— sea en un error de tipo o error de prohibición del art. 14 CP.

Con respecto a las conductas de agresión sexual tipificadas en los artículos 179 y 180 CP, es difícil o imposible que se dé error de tipo, pues nadie agrede sin saber que agrede. En cambio, ese error es perfectamente posible —y quizá frecuente— en las conductas, más vagamente descritas, de los arts. 181 y 182 CP, máxime si se extiende la relación de superioridad constitutiva del tipo penal a casos no previstos en la Ley ni en la jurisprudencia.

Cuando el error de tipo es vencible, el Código preceptúa rebajar la pena en uno o dos grados. Dada la compleja penología del CP de 1995, me abstendré de determinar, en ese supuesto, qué pena correspondería; en todo caso, sería muy baja.

Cuando el error de tipo es invencible, la conducta está exenta de responsabilidad penal (art. 14.1 CP).

Suponiendo que la relación sexual objeto de la presente discusión fuera tipificable como de abuso sexual, por concurrir en ella la circunstancia de prevalimiento «de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima», ¿cómo podían saberlo los acusados? ¿Cómo podían saber que es una superioridad manifiesta coartadora de la libertad de la persona con quien están teniendo relaciones carnales el mero hecho de que ellos son cinco y ella una agregado al hecho de que ellos tienen unos años más y son más fuertes?

No me cabe duda de que sabían contar y de que se percataban de la diferencia de edad (aunque pequeña con relación al más joven de los acusados y siempre menor de 10 años). Sin duda en la mayoría de las relaciones heterosexuales hay una diferencia de corpulencia. Pero ¿es obvio, visible a simple vista, palmario y sin vuelta de hoja que la conyunción de esas tres diferencias sea una *superioridad manifiesta que coarte la libertad* de la otra persona? No es obvio. Prueba que no lo es el hecho de que la sentencia mayoritaria se vea precisada a argumentar que esos tres factores juntos sí constituyen tal superioridad, a la vez manifiesta y coartadora de la libertad.

Además, el tipo incriminado exige *prevalimiento*, o sea conducta dolosa. Si los acusados ignoraban (como es de suponer) que esa conyunción de tres diferencias constituía una superioridad manifiesta y coartadora de la libertad de la otra persona, ¿cómo iban a prevalerse de tal superioridad? Prevalerse es aprovecharse, explotar una situación, alegarla, exhibirla o manifestarla para conseguir los propios fines. No hay ni rastro de que los acusados hayan dicho ni manifestado a la denunciante que concurría esa triple diferencia para que la denunciante se plegara a su voluntad.

Pero es que, aun imaginando que los acusados fueran conscientes, durante la orgía, de una presunta *superioridad manifiesta y coartadora de la libertad* (en virtud de la triple circunstancia de que ellos eran cinco y la joven con la que tenían esas relaciones una; ellos eran de más edad; y eran más fornidos), aun así ¿cómo podían saber que esa triple circunstancia determinaba que la relación fuera un abuso sexual prohibido por el art. 181 CP?

Creo absolutamente descartable que lo supieran. De hecho niego que esa triple diferencia sea subsumible en lo prohibido por el art, 181.2.3 CP. Si no es subsumible, es falso que sea subsumible. Si es falso que sea subsumible, nadie puede saber que es subsumible. Si alguien no sabe que es subsumible, ignora también que esté prohibida por el Código Penal la relación sexual en concurrencia de esa triple diferencia.

De lo cual deduzco que los acusados ignoraban esa prohibición. ¿Era vencible o invencible su ignorancia?

Según el art. 14 CP, la ignorancia de prohibición invencible determina automáticamente la no culpabilidad, mientras que la vencible determina que la conducta se castigará como imprudente (no dolosa) en el caso de que el código, expresamente, haya previsto la punición para tal conducta cuando la misma se haya cometido por imprudencia.

Pero ni el art. 181 CP ni ningún otro castigan un abuso sexual por imprudencia. Sólo se castiga el abuso sexual doloso.

De lo cual se infiere que los acusados, no sólo desconocían —con total verosimilitud— que la triple diferencia aludida era una superioridad manifiesta coartadora de la libertad, sino que, todavía más, ignoraban que estuviera prohibido tener relaciones sexuales en concurrencia de tal circunstancia. Y su desconocimiento, o bien era invencible (de hecho lo era porque nadie puede conocer lo falso) o era vencible; mas, de ser vencible, su conducta sería, así y todo, inculpable, porque el delito de abuso sexual sólo está castigado cuando se comete dolosamente.

XXIII

Tampoco acierta la sentencia mayoritaria al atribuir a los acusados un delito continuado. En efecto, cada uno de los acusados, de ser culpable, lo sería por sus propias actuaciones, al no estar previsto en el tipo de los artículos 181-182 el agravante de actuación en grupo (a diferencia del delito de agresión sexual de los arts. 179-180).

La jurisprudencia relativa al anterior CP excluyó (desde la STS 1986-01-31) que hubiera delito continuado en agresiones sexuales «cuando la situación intimidatoria o de violencia se da entre los mismos sujetos, en el marco de la misma ocasión y de circunstancias inmediatas de tiempo y lugar», pues, en tal caso, «debe apreciarse la existencia de una sola acción punible» (SS 7-3, 27-5 y 13-12-1988), doctrina válida también para el delito de abusos deshonestos (S. 13-12-90).

Que las acciones concurrentes de cinco individuos, por muy amigos que sean, con relación a la denunciante y acusadora particular constituyan un delito continuado implica desincronizarlas, asignándoles —por una ficción jurídica no prevista por la Ley— una sucesión temporal imaginaria y, por añadidura, concebir como agente al grupo, no a los individuos que lo componen; lo cual no está previsto en el CP, puesto que la responsabilidad penal de las personas jurídicas está estrictamente delimitada y una pena de amigos no es una persona jurídica ni puede incurrir en responsabilidad criminal. (Aun en el contrafáctico supuesto de que pudiera serlo, la acusación nunca se dirigió contra la pena, sino individualmente contra sus cinco miembros.)

XXIV

El razonamiento del voto discrepante insiste en que el tipo de los arts. 181-182 CP —concretamente el del art. 181.3 (pues el art. 182 define sólo un tipo agravado)— se identifica así: «Cuando el consentimiento [a la relación sexual] se obtenga prevaliéndose el culpable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima».

Ello excluye que pueda darse dolo eventual. Recordemos que hay dolo eventual cuando el culpable realiza un hecho tipificado como delito —un delito calificado por su resultado causal— sin querer ese resultado pero sospechando que podría seguirse de su acción, sin detenerse en la realización de su conducta por esa sospecha (o sea, sin importarle si el resultado se producirá o no, siéndole indiferente). (Es distinto el dolo eventual de la imprudencia en que en ésta al agente ni siquiera se le ocurre pensar en tal resultado —si bien se le hubiera debido ocurrir—, pero no le es indiferente que el resultado se produzca o no.)

Está claro que en el tipo de abuso sexual no es posible el dolo eventual. En concreto el prevalimiento de superioridad manifiesta exige, semánticamente, que haya una clara conciencia de que la superioridad se da efectivamente y un ánimo de explotarla en provecho propio.

Lleva, pues, enteramente razón el voto disidente del magistrado González en rechazar de plano la posibilidad de dolo eventual formulada, en algún momento procesal, por una de las acusaciones.

A favor de ese rechazo cabría aducir también las SSTC 26-4-1985, 28-5-1986, 3-5-1988, referidas, ciertamente, al código precedente pero de total aplicabilidad al actual: «No basta que [la relación de superioridad] exista objetivamente, sino que es preciso que el acusado la explote con el fin de conseguir, gracias a ella, la aquiescencia del perjudicado, aprovechamiento que ha de ser suficientemente probado».

Lejos de que la sentencia mayoritaria haya probado ese aprovechamiento deliberado, lo presume sin demostración alguna, conculcando la presunción de inocencia. Por eso, aun en el contrafáctico supuesto de que la concurrencia de las tres desigualdades (número, edad y corpulencia) fuera constitutiva de superioridad manifiesta coartadora de la voluntad (lo cual —ya de suyo— es una innovación semántica de la mayoría del tribunal), faltaría por probar lo esencial: el prevalimiento. Sin eso no hay delito de abuso sexual.

XXV

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha deslindado los casos en que la diferencia de edad puede ser una circunstancia fáctica determinante del tipo del art. 181.3 (siempre que se produzca asimismo prevalimiento).

En general, para que la diferencia de edad sea relevante en este contexto es menester que la agraviada sea menor de edad o persona inmadura e infantil, siendo considerable esa diferencia de edad.

En nuestro caso la presuntamente ofendida era mayor de edad, próxima ya a los 19 años, mientras que las edades de los acusados oscilaban entre 24 y 27 años. (V. a este respecto SSTS 11-6 y 28-6-1991: «siempre será preciso que el desnivel y la consiguiente disparidad entre la madurez de uno y otro hayan sido aprovechados por el presunto ofensor para obtener un consentimiento que de otra forma no hubiese logrado», mientras que cuando «dicho consentimiento ha sido libre y espontáneamente otorgado, con una libertad acaso imperfecta por la edad de quien la ejerce, pero en modo alguno consentimiento viciado [...], no será posible considerarle autor de tal delito».)

El hecho de que, ya en la calle, antes de ingresar al portal de la c/ Paulino Caballero N° 5, la denunciante y acusadora particular se fuera besando con uno de los acusados es un claro indicio de que la joven madrileña no miraba a los acusados como hombres de una generación anterior a la suya ni nada por el estilo.

Entiendo que, en nuestra sociedad donde, jurídicamente, existe libertad sexual, en principio las diferencias de edad no cuentan para el juicio jurídico (salvo en los casos excepcionales marcados por la jurisprudencia a la que me acabo de referir). En cualquier caso —como no sea cuando uno de los relacionados sea un menor— me resulta inconcebible que determine una relación de superioridad manifiesta una diferencia de edad de menos de diez años; peor una de sólo seis años.

XXVI

¿Qué juicio moral nos merece la orgía sexual sucedida en la c/ Paulino Caballero N° 5 en la madrugada del 7 de julio de 2016?

A diferencia del terreno jurídico, en el terreno moral nuestra guía es el testimonio de la conciencia.

El testimonio de mi conciencia —por si a alguien le interesa— es que tales relaciones son inmorales, pues ofenden a la ética.

Entregarse a prácticas sexuales por pasatiempo, y peor con desconocidos, es una conducta que degrada a quienes participan en tales prácticas; un episodio que difícilmente quedará en su memoria como una emocionante experiencia erótica, gracias a la cual puedan sentirse felices y humanamente realizados. Es lo que se solía llamar «fornicación».

Peor aún es el sexo en grupo, donde no cuenta en absoluto la persona del *partenaire* sexual: sus dotes somáticas o psíquicas, sus cualidades humanas, su capacidad de seducción, siendo fungible cada uno de esa pluralidad.

Lamentablemente —a través de la literatura, de los medios de comunicación, de la publicidad y del ambiente— la sociedad en la cual vivimos ha llevado el hedonismo al punto de la plena aceptación moral de la fornicación (según la moral socialmente predominante).

Yo no soy un antihedonista. En absoluto. Creo en la bondad del placer: sentir placer y, más aún, causar placer. Mas no cualquier placer a cualquier precio y en cualesquiera circunstancias. Esos placeres ocasionales, sin vínculo humano, sin genuina intimidad entre los partícipes, sin el más mínimo afecto, sin emoción alguna son más bien frustraciones que pueden perturbar, como recuerdos molestos, una futura relación amorosa, en la cual el individuo halle una gratificación anímica por el afecto mutuo.

Tales son mis personales opiniones éticas, que yo no pretendo imponer a nadie y que creo han de ser del todo independientes del ámbito jurídico.

Otros tendrán sus propias opiniones éticas. Yo las respeto, aunque discrepe de ellas. Lo que pido es que nadie imponga sus opiniones éticas en el campo del Derecho.

XXVII

Y ¿qué se hace la perspectiva de género? Porque ahora las tendencias ultrafeministas aducen que el CP, la doctrina jurisprudencial y la ciencia jurídico-penal han de someterse a la perspectiva de género. Insisten en que los jueces no han de aplicar la Ley y la jurisprudencia según la doctrina consagrada, sino que han de pasarlas por el tamiz de la perspectiva de género.

Dícesenos que los jueces y demás operadores jurídicos han de ser debidamente adoctrinados en perspectiva de género.

No sé qué sea la perspectiva de género. Pero, si la perspectiva de género es algo que invalida la presunción de inocencia, si invalida los avances de la doctrina jurídico-penal garantista que nos viene de la Ilustración racionalista (en particular de Beccaria), si perturba las pautas establecidas de carga y valoración de la prueba, si contrarresta los principios regulatorios del Derecho penal como *ultima ratio*, exclusión de la analogía, tipicidad y legalidad estricta; si es eso, entonces rechazo de plano la tal perspectiva de género.

Si la perspectiva de género es un nuevo principio que va a instituir una desigualdad de derechos de hombres y mujeres; si va a dar preferente credibilidad a un individuo de la especie humana sólo por su cromosoma XX con respecto a uno con cromosoma XY, entonces la perspectiva de género es absolutamente opuesta a las aspiraciones del viejo feminismo, aquel al cual yo me adherí con plena y entusiástica decisión desde mi juventud, que proclama y exige la igualdad de derechos de varones y féminas, la irrelevancia jurídica del cromosoma. Ese viejo feminismo era la exaltación de la igualdad. El nuevo impone la desigualdad.

Que nuestra época haya sido precedida por milenios de supremacía masculina no justifica que, como contrapunto, se instituya ahora una supremacía femenina. Eso no hará más felices ni a los hombres ni a las mujeres. Eso genera la guerra de sexos, no la convivencia pacífica y mutuamente satisfactoria.

Tales son mis opiniones, que gustosamente someto a otras mejor fundadas.
