



Roj: **STS 2290/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:2290**

Id Cendoj: **28079120012016100437**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **26/05/2016**

Nº de Recurso: **2267/2015**

Nº de Resolución: **458/2016**

Procedimiento: **PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO**

Ponente: **JOSE RAMON SORIANO SORIANO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SEGUNDA SENTENCIA

Sentencia N°: 458/2016

RECURSO CASACION N° : 2267/2015

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria Parcial

Fecha Sentencia : 26/05/2016

Ponente Excmo. Sr. D. : José Ramón Soriano Soriano

Secretaría de Sala : Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

Escrito por : MBP

- **ABUSOS SEXUALES**

* **Abuso de superioridad (art. 181.3º C.P .), dimanante de la relación médico-paciente. Bloqueo emocional de la paciente: dificultades de reacción.**

* **Usualmente existirá incompatibilidad entre el tipo básico del art. 181.3º**

y el nº 4 del art. 180.1º: prevalimiento de la relación de superioridad. Infracción del principio "non bis in idem".

* **La inhabilitación especial para una profesión puede funcionar como pena accesoria o como pena principal facultativa: art. 192.2º C.P .**

Nº: 2267 / 2015

Ponente Excmo. Sr. D.: José Ramón Soriano Soriano

Fallo: 25/05/2016

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SENTENCIA N°: 458 / 2016

Excmos. Sres.:

D. Manuel Marchena Gómez. Presidente

D. José Ramón Soriano Soriano

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre



D. Pablo Llarena Conde

D. Juan Saavedra Ruiz

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiséis de Mayo de dos mil dieciséis.

En el recurso de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, interpuesto por la representación del acusado **D. Jose Francisco**, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Alicante, Sección Séptima, que le condenó por delito de abusos sexuales, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. José Ramón Soriano Soriano, siendo también parte el Mº Fiscal y estando dicho recurrente acusado representado por el Procurador Sr. Ruipérez Palomino y la recurrida Acusación Particular representada por la Procuradora Sra. Leal Mora.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 4 de Elche instruyó sumario con el nº 5 de 2009 contra Jose Francisco, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Alicante, Sección Séptima, que con fecha 14 de octubre de 2015 dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS: *El día 11 de julio de 2006, Miriam, mayor de edad, acudió por primera vez aconsejada por un compañero de trabajo, a la consulta del doctor en medicina tradicional china, el acusado Jose Francisco, mayor de edad y sin antecedentes penales computables en esta causa, a fin de que éste le diera terapia y tratamiento por la lesión sufrida por aquélla por una hernia discalcervical tras un accidente de tráfico. Durante esta primera consulta, Miriam permaneció vestida solo con unas bragas y tumbada en la camilla boca abajo cubierta con una sábana, consistiendo el tratamiento en la colocación de un aparato en el cuello y en la punción de agujas en los brazos, manipulándole a continuación la espalda hasta llegar a la zona del sacro. Acto seguido, le quitó la sábana y le bajó un poco la braga pidiéndola que se diera la vuelta comenzando a manipularla el cuello y colocando una aguja en el centro del pecho en la zona del plexo solar. Mientras que el acusado le preguntaba por el problema personal que tenía con su novio, Miriam le contó que éste se iba de viaje sin ella a la "Riviera Maya" en compañía de otra pareja, diciéndola entonces el acusado que tenía que dejar a su novio y buscarse "folla amigos". Acto seguido le enseñó un punto en la zona del pubis y le afeitó un pequeño cuadrado, indicando a Miriam que para la próxima consulta se rasurara totalmente. Terminada la consulta, Miriam abandonó la cabina en la que se encontraba con el acusado, empezando a fumar en la sala de espera para pedir nueva cita, y al verla el acusado comentó que tenía que dejarlo y que si lo hacía le haría sentir "cosas maravillosas". El día 19 de julio de 2006, Miriam llegó un poco antes de las 10.00 horas a la consulta del acusado para su segunda sesión del tratamiento, acompañada de su padre, quien se marchó para volver después a recogerla cuando hubiera acabado. En la consulta había otro chico que entró en una cabina, y ella en otra, permaneciendo tumbada en la camilla con terminación en la parte superior en forma de "u", vestida solo con las bragas y cubierta por una sábana, Miriam le comentó al acusado que estaba muy bien con su novio, contestándole aquél que lo tenía que dejar. El acusado Jose Francisco, comenzó con el tratamiento a través de acupuntura, colocando un aparato en el cuello de Miriam y manipulando las vértebras. A continuación, le pidió que se diera la vuelta con el pecho descubierto, mientras le seguía preguntando por su novio y le reiteraba que tenía que buscarse "folla amigos". No siendo consciente Miriam de lo inusual de la conversación, el acusado le comentó que no se había depilado y comenzó a presionarle la zona del pubis. Miriam perdió la noción del tiempo y le preguntó si su padre estaba fuera. Acto seguido, le enseñó a realizar respiraciones diafragmáticas, poniendo música relajante y luz tenue, abandonando la cabina el acusado durante cierto tiempo. En un momento dado, Miriam salió también para orinar, pensando que ya había terminado la sesión, sin embargo cuando volvió a entrar el acusado le pidió que se tumbara en la camilla boca abajo y que le sujetara por las caderas, dándole aceite por la espalda de forma que ponía sus partes en la cabeza de Miriam. Aprovechándose el acusado de su posición de médico, le retiró las bragas y metió su mano en la vagina de Miriam, comenzando a estimular la zona del clítoris y a introducir varios dedos por la vagina. De forma muy rápida y estando Miriam petrificada, bloqueada emocionalmente por lo inusual de la situación, la puso perpendicular a la camilla con la cabeza apoyada en la misma estando desnuda, colocándose el procesado por detrás, de modo que notó sus partes lo que hizo que Miriam se contrajera. Tras decirle Miriam que la dejara y que no siguiera, el acusado se bajó el pantalón que llevaba habitualmente en la consulta, no llevando ropa interior, la penetró vaginalmente por detrás, para después levantarla y decirle que había conseguido desbloquearla, volviendo a*



ponerla en la camilla boca arriba, sacándole la lengua para intentar besarla a lo que Miriam respondió retirando la cara y la volvió a penetrar vaginalmente. Posteriormente, el acusado continuó manipulándole las vértebras. En la penetración Jose Francisco llegó a eyacular en la vagina de Miriam , a la que le dijo las siguientes expresiones: "estoy sintiendo tanto placer que me tengo que contener, estoy sintiendo que nadie había llegado hasta el final y te faltan zonas por explorar". Ante toda esta situación, Miriam no pudo reaccionar, creyendo en los primeros momentos que se trataba de terapia. Terminada la sesión, Miriam salió a la sala de espera donde se encontraba su padre, a quien no comentó lo sucedido, y también la paciente Marisol , y con el fin de salir lo más rápido posible del lugar aparentando normalidad, pagó la consulta e incluso solicitó cita para otro día. Cuando Miriam regresaba en coche con su padre a Cartagena, recibió una llamada a su móvil del acusado, quien le manifestó que la llamaba para comprobar si era su número. Sobre las 17.00 horas, después de contar a su novio lo sucedido, lo que la ayudó a ir desbloqueándose, Miriam llamó al acusado para decirle que la había engañado, recriminándole éste que porqué se lo había contado a su novio y que sitenía un fax cerca, le mandara un escrito eximiéndole de toda responsabilidad. Sobre las 18.00 horas el acusado volvió a llamar a Miriam , poniéndose al teléfono en un primer momento el novio de aquélla. Tras hablar con éste, le preguntó a Miriam cuando podía hablar con ella no estando su novio. Al día siguiente recibió otra llamada en su móvil de una mujer que dijo llamarse Angustia , que le comentó a la hermana de Miriam que quería hablar con ella. También recibió numerosas llamadas perdidas. Miriam tras contarles lo sucedido a su novio y a una amiga en cuya casa durmió esa noche, presentó denuncia por estos hechos al día siguiente, ante la Comisaría de Policía de Cartagena. Miriam recibió tratamiento psicológico por estos hechos desde el 20 de julio de 2006 hasta febrero de 2007, padeciendo en dichas fechas un trastorno adaptativo consistente en la aparición de un conjunto de síntomas emocionales y comportamentales en respuesta a un estresante psicosocial identificable, y cumplía casi todos los criterios de un trastorno por estrés agudo, excepto la presencia de síntomas disociativos. Actualmente, y como consecuencia de la proximidad del juicio, volvió a recibir tratamiento psicológico, padeciendo según las pruebas diagnósticas un estado de ansiedad generalizado junto con episodios de alteraciones emocionales. El acusado Jose Francisco ha mantenido relaciones sexuales con otras pacientes en su consulta.

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos al acusado Jose Francisco , como autor criminalmente responsable de un delito de abusos sexuales ya definido, con la concurrencia de la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada a la pena de 3 años y 6 meses de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión de médico naturista y acupuntor, así como cualquier trabajo o servicio relacionado con la prestación de masajes durante 6 años. Por aplicación de los arts. 48 y 57 del C. Penal se impone al acusado la prohibición de aproximarse a menos de 200 metros, al lugar donde resida, estudie o trabaje, así como comunicarse por cualquier medio con la víctima Miriam por un tiempo de 6 años. En concepto de responsabilidad civil, el acusado deberá indemnizar a Miriam en la cantidad de 15.000 euros por los daños morales sufridos, más los intereses legales devengados, y se le condena al pago de las costas del procedimiento, incluidas las de la acusación particular. Abonamos al acusado la totalidad de tiempo de prisión provisional sufrida por esta causa para el cumplimiento de la expresada pena de privación de libertad. Conclúyase en forma la pieza de responsabilidad civil. Notifíquese esta sentencia a las partes, conforme a lo dispuesto en el art. 248.4 de la L.O.P.J ., haciendo saber que contra la misma cabe interponer recurso de casación ante el Tribunal Supremo en el plazo de cinco días.

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, por la representación del acusado **D. Jose Francisco** , que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- El recurso interpuesto por la representación del acusado **D. Jose Francisco** , lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN: Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 L.O.P.J . se denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia recogido en el art. 24.2 C.E .; Segundo.- Al amparo del art. 5.4 L.O.P.J . se denuncia la vulneración del art. 24.2 C.E ., derecho a la tutela judicial efectiva, en relación con los arts. 120.3 y 9.3 C .E.; Tercero.- Al amparo del art. 849.1º L.E.Cr ., por aplicación indebida de los arts. 182.2 , 181.1.4ª y 181.3 del C.P . vigente en la época en que ocurrieron los hechos; Cuarto.- Al amparo del art. 849.1º L.E.Cr . por inaplicación del art. 33.6 C.P ., en relación con los arts. 56.3 y 40 C.P ., que establecen la duración de la pena accesoria de inhabilitación especial para profesión u oficio; Quinto.- Al amparo del art. 849.1º L.E.Cr . por infracción de los arts. 66.1.2ª y 75 C.P . y 115 C.P . en relación con el art. 5.4 L.O.P.J . por vulneración del art. 120.3 C.E . y 24.1 de la C .E., derecho a la tutela judicial efectiva.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, solicitó su inadmisión y subsidiaria impugnación, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.



SEXTO.- Por Providencia de esta Sala se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 25 de mayo de 2016, prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Con apoyo procesal en el art. 5.4 L.O.P.J. en el primer motivo denuncia vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 C.E.), a la vista de la valoración probatoria realizada por el Tribunal, que considera fue irracional e ilógica.

1. No acepta el recurrente la valoración probatoria, ya que la sentencia viene a decir que cuando una persona está sometida a tratamiento médico siempre hace lo que le dice el médico, por muy aburrido que sea.

En el caso que nos ocupa no nos hallamos ante unos tocamientos furtivos que pudieran confundirse con actos propios de tratamiento médico.

A la vez argumenta que los hechos ocurridos no tienen explicación si no ha habido colaboración por parte de la denunciante. Se discrepa igualmente de la afirmación, según la cual, el acusado empleó sus habilidades de sugestión, dándose cuenta desde la primera consulta de que la ofendida era una persona muy sugestionable y sensible emocionalmente, ya que dichas afirmaciones carecen de respaldo objetivo alguno. El acusado era un médico naturista, sin que conste que tuviera otras habilidades terapéuticas.

Considera el impugnante que la falta de reacción de Miriam por el deseo de curarse, llegando a pensar que los actos del acusado podían formar parte del tratamiento, es contrario a los criterios de la experiencia médica, ya que la ofendida era capaz de distinguir un acto de terapia de los que poseen un contenido sexual. No estima como justificación de la ausencia de oposición el desconocimiento por parte de Miriam de las técnicas de la medicina tradicional china.

El recurrente no asume el criterio sentencial del bloqueo emocional de la ofendida, diagnosticado por las dos psicólogas que la examinaron.

Concluye el recurrente que a la hora de valorar el consentimiento concurrente se realiza en base a dos argumentos:

- En la obtención de tal consentimiento el acusado se prevalió de una situación de superioridad derivada de la relación entre paciente y médico naturista.

- El convencimiento de Miriam sobre la creencia de que el acto sexual formaba parte del tratamiento.

2. La Audiencia provincial en el fundamento jurídico tercero analiza con exhaustividad y precisión la prueba de cargo y de descargo, valorándola y razonando la posición adoptada. Se parte, por tanto, de la existencia de prueba de cargo legítimamente obtenida y practicada en el plenario con respeto a los principios que lo informan de oralidad, publicidad, contradicción, inmediatez e igualdad de armas procesales.

El ataque al derecho fundamental invocado vendría de la mano de una valoración por parte del Tribunal ilógico, arbitraria o absurda. El Tribunal de origen analiza como prueba de primordial importancia el testimonio de la víctima, ya que ésta, que contaba con 30 años a la fecha de los hechos, era lo suficientemente madura como para poder recordar y narrar con fiabilidad cómo ocurrieron unos hechos que le afectaron de modo directo y personal.

Desde la óptica de la **ausencia de incredulidad subjetiva**, no se aprecia ningún móvil espurio, ni de naturaleza económica, ni para tratar de justificarse ante su reacción, o por razones de un arrepentimiento al haberse dejado llevar por la situación. Muy al contrario, según dictámenes psicológicos, la ofendida tenía un evidente sentimiento de culpabilidad, recriminándose a sí misma porque no había reaccionado de otra manera ante el bloqueo emocional padecido.

Respecto a la **persistencia en la incriminación**, de las tres declaraciones de la víctima ninguna modificación esencial se detecta en las mismas. Sus testimonios se evacuaron sin ambigüedades, generalidades o vaguedades. Miriam siempre narró y concretó con precisión los hechos que describió con todo género de particularidades y detalles, manteniendo el relato la necesaria cohesión lógica.

3. La recurrida se extiende en el apartado de la **verosimilitud del testimonio**, basado en la lógica de la declaración (coherencia interna) y en el suplementario apoyo de datos objetivos de corroboración de carácter periférico (coherencia externa).

Este elemento de control de un testimonio, según la recurrida, concurre en nuestro caso al considerar su declaración **plenamente creíble** porque refleja una experiencia vivida, no fabulada, llena de detalles, corroborada por diversos elementos de naturaleza probatoria.



Entre los elementos corroboradores cabe citar:

a) El dictamen pericial de la psicóloga D^o Clara , la cual ratificó su informe de 9 de septiembre de 2015, y de entre las tres posibilidades de reacción a la situación vivida, bloqueo, huida o enfrentamiento se inclinó fundamentalmente por la primera opción, y ello por lo increíble de la situación, y aunque dijo "no" al acusado, no supo reaccionar de otra manera; tampoco pudo huir por la situación complicada y de imprevisión en que se encontraba (desnuda, con agujas en su cuerpo), esperándole su padre en la antesala de la consulta, etc. Igualmente fue incapaz de enfrentarse al acusado por la diferente posición de poder entre médico y paciente.

b) Informe de la psicóloga D^a Maite , que coincidió con la anterior, ratificando su dictamen de 1 de agosto de 2006. Miriam fue incapaz, en su opinión, de reaccionar, ante la situación de "shock", o de bloqueo emocional, resultándole imposible actuar de otra manera ante una situación estresante. En el dictamen se destacaba que Miriam tuvo una sensación de incredulidad ante lo sucedido, hallándose en una situación de debilidad, no solo por el sufrimiento que le ocasionaba el dolor de la espalda, consecuencia de la hernia que padecía, sino por la asimetría de poder en la relación entre médico y paciente. De ahí, concluye la perita, que la víctima siguiera las instrucciones médicas, porque quería curarse, incluso llegando a pensar que podían formar parte del tratamiento.

c) Datos inculpatórios que aportan las **declaraciones del acusado** .

Éste no ha mantenido la misma actitud antes y después de detectar el perfil de ADN, en el semen hallado en la vagina de la ofendida.

En principio afirmó que no existió relación sexual alguna y que se desarrollaron las dos sesiones de modo normal. Conocido el resultado identificador del semen hallado, ya reconoce haber mantenido relaciones sexuales con ella, pero consentidas.

A su vez reconoció en su declaración indagatoria haber tenido relaciones similares con otras pacientes.

Tampoco son usuales las expresiones utilizadas por el acusado tanto en la consulta de 11 de julio como en la de 19 del mismo mes de 2006, en las que el recurrente insistió en que dejara a su novio y se buscara un "folla amigos"

d) El último elemento corroborador, es el semen perteneciente al acusado (ADN) hallado en la vagina y bragas de la denunciante, que son admitidos y reconocidos por el acusado, coincidiendo con su perfil genético.

A la vista del amplio y previo desarrollo argumental de la Audiencia en el plano valorativo, no es posible una nueva revaloración de los hechos, pretendiendo sustituirla por la del recurrente, ni tampoco puede imponerse la del Tribunal de casación, que carece de inmediación. Esta Sala solo tiene que analizar que las conclusiones y juicios de valor emitidos por el Tribunal de instancia sean conformes a las reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia, o en otros términos, que sus apreciaciones valorativas no son arbitrarias, irracionales o absurdas.

Por todo ello el motivo ha de declinar.

SEGUNDO.- En el correlativo ordinal al amparo del art. 5.4 L.O.P.J . entiende vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, en relación a los arts. 120.3 y 9.3 C.E .

1. La esencia del motivo es la falta de motivación sentencial de la aplicación de la cualificativa del nº 4 del art. 180.1 a la vista de la remisión hecha por el art. 182.2, ambos del C. Penal .

En el fundamento jurídico primero en el que la sentencia realiza el juicio de subsunción, se refiere solo y exclusivamente, como expresamente se concreta, al párrafo 3º del art. 181 C.P ., pero silencia la procedencia de aplicar tal precepto y simultáneamente la cualificación del nº 4 del art. 180.1 C.P .

2. Al recurrente le asiste razón, precisamente por no dedicar la sentencia ningún argumento a la determinación de la compatibilidad entre los arts. 181.3 y 180.4, consecuencia de la remisión del art. 182.2 todos del Código Penal vigente en el momento de la comisión de los hechos.

La omisión aparece clara en el fundamento jurídico 1º y posteriormente en el 5º, a la hora de individualizar la pena, en el que cita el art. 182,1º y 2º, en relación al 180.1.4º del C. Penal , sin ninguna argumentación al objeto de determinar la pena básica, que por cierto no realiza correctamente, porque si se considera, dada la existencia de dos penetraciones consecutivas y la introducción de dedos en la vagina, que debe aplicarse el art. 182.1º, que obliga a imponer la pena de 4 a 10 años, la aplicación simultánea del art. 180.1.4º daría como resultado al operar un subtipo agravado sobre otro subtipo de la misma naturaleza a un marco dosimétrico básico que oscilaría entre 7 y 10 años, dentro del cual tendría que operar la atenuante cualificada (dilaciones indebidas) que obligaría a bajar un grado, esto es, de 3 años y 6 meses a 7 años.

La Audiencia se equivoca y establece el marco básico, consecuencia de la aplicación incorrecta del 182 C.P.

Sin embargo, el recurrente no anuda a este motivo ninguna consecuencia práctica, que habrá que buscarla en el motivo siguiente.

La presente queja debe estimarse y proyectar sus consecuencias a la formulada en el motivo 3º, apartado 1º.

TERCERO.- En el presente motivo y al amparo del art. 849.1º L.E.Cr., se interesan dos pronunciamientos:

- La aplicación indebida del art. 180.1.4º en relación al 182.2 del C. Penal .
- La aplicación indebida del art. 181.3 del C. Penal .

1. Respecto al primer apartado el recurrente hace notar la infracción del principio "non bis in idem" al aplicar simultáneamente para configurar el tipo (art. 181.3 C.P.) y para cualificarlo una misma situación.

En el art. 180.1.4º se cualifica el hecho "cuando para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido de una superioridad" respecto a la víctima.

Por su parte el art. 181.3º dispone "la misma pena se impondrá cuando el consentimiento se obtenga prevaliéndose el culpable de una superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima".

Es evidente que la sentencia no explica la posible compatibilidad y efectúa la aplicación de la misma circunstancia para configurar el tipo básico y el cualificado, por lo que cuando se aplique el art. 181.3 del C. Penal difícilmente podrá aplicarse simultáneamente el 180.1.4º, consecuencia de la remisión del art. 182.2 C. Penal , pues de hacerlo así se infringiría el principio non bis in idem, lo que hace que el motivo deba estimarse.

3. Respecto a la segunda protesta (indebida aplicación del art. 181.3 C.P.), la sentencia desarrolla y argumenta en los dos párrafos finales del fundamento 1º, su concurrencia. Allí se habla de la "situación de desnivel entre las posiciones de abusador y abusada". En otros casos lo llama "inferioridad manifiesta de la víctima", "aprovechamiento consciente por el agente de la situación de inferioridad de la víctima que restringe de modo relevante su capacidad de decidir libremente". Se habla igualmente en la recurrida de ".... una clara y manifiesta asimetría de poder" "el acusado desde su posición superior y privilegiada de doctor, empleó sus habilidades de sugestión", etc.

Por todo ello el motivo ha de rechazarse, por cuanto ha efectuado una aplicación correcta del art. 181.3º C.P. . No se trató de un engaño, ya que la paciente acudió voluntariamente con propósito de curarse, sometiéndose a un proceso curativo que no conocía, y fue durante tal relación médico-paciente, cuando el acusado desplegó actividades de sugestión y otros mecanismos desviados del fin curativo, condicionando la libertad de la paciente, que no supo o no pudo reaccionar a tiempo, dada la situación de bloqueo en la que cayó.

El art. 181.3 C.P. , es plenamente aplicable, partiendo del respeto a los hechos probados como impone el art. 884.3 L.E.Cr .

El presente submotivo ha de rechazarse.

CUARTO.- Amparado en el art. 849.1º L.E.Cr. por inaplicación del art. 33.6 C.P., en relación al 56.3 y 40 del C. Penal que establecen la duración de la pena accesoria de inhabilitación especial para profesión u oficio.

1. Nos dice el recurrente que conforme al art. 33.6 C.P. , las penas accesorias deben tener una duración igual a la de la principal ... por lo que si se imponen 3 años y 6 meses de prisión, no puede a su vez castigarse con inhabilitación hasta 6 años.

2. Al recurrente no le asiste razón.

Como bien puntualiza el Fiscal, el recurrente tendría razón si se tratara de una pena accesoria, pero lo cierto es que se pidió, como pena principal, aunque facultativa, interesada por el Mº Fiscal con base en el art. 192.2 C.P. según redacción originaria antes de la entrada en vigor de la Ley 5/2010 de 22 de junio, actualmente, después de la reforma del C. Penal por Ley Orgánica 1/2015, incorporado en el nº 3º de ese mismo artículo.

De ahí que se entienda correctamente impuesta esta pena facultativa, complementaria de la principal, que no posee el carácter de accesoria.

El motivo se desestima.

QUINTO.- Al amparo del art. 849.1º por infracción de los arts. 66.1.2º y 72 C.P., así como el 115, en relación al 5.4 L.O.P.J. y vulneración de los arts. 120.3 y 24.1 C. E., que regulan la tutela judicial efectiva.

1. En concreto el censurante aduce dos infracciones.

a) En la primera interesa que la rebaja de la pena en aplicación de la atenuante cualificada de dilaciones indebidas sea de dos grados y no de uno, como refleja la sentencia.



b) Tampoco el Tribunal de instancia ha calibrado el importe de la indemnización por responsabilidad civil al señalar como único criterio la media de los importes interesados por el Mº Fiscal y la acusación particular.

2. El motivo carece de fundamento. La facultad tanto de individualizar la pena como la de fijar las responsabilidades civiles, especialmente por daño moral, reside en el prudente arbitrio del Tribunal de instancia. Al de casación excepcionalmente le corresponderá valorar si la cantidad señalada es prudente y se halla dentro de los límites que en similares casos establecen los tribunales de justicia, o por el contrario es desorbitada y desproporcionada.

Respecto a la pena, si para que las dilaciones indebidas se aprecie como atenuante ordinaria, se precisa de dilaciones e inactividad procedimental extraordinaria, los supuestos cualificados necesitarían de una situación especialísima. Pero aún concurriendo esta especialidad cualificada, el Tribunal está obligado a bajar la pena un grado pero no dos, que solo tendrían excepcional cabida en casos de sobrecualificación, que aquí no concurren.

En orden a la indemnización fijada, particularmente por daño moral, también es el prudente arbitrio del Tribunal de instancia el determinante en su fijación, con un limitado control casacional para hipótesis de decisiones arbitrarias, absurdas o apartadas de los criterios ordinariamente seguidos por los tribunales.

El motivo, en su dos vertientes, debe rechazarse.

SEXTO.- La estimación del motivo 2º y parcialmente el 3º, hace que las costas del recurso se declaren de oficio, conforme a lo preceptuado en el art. 901 L.E.Cr .

III. FALLO

QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN , con estimación del motivo segundo y parcial del tercero interpuesto por la representación del acusado **D. Jose Francisco** ; y, en su virtud, casamos y anulamos la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Alicante, Sección Séptima, de fecha 14 de octubre de 2015 , en causa seguida contra el mismo por delito de abusos sexuales. Se declaran de oficio las costas procesales ocasionadas en su recurso. Y, comuníquese esta resolución, y la que seguidamente se dicte, a la mencionada Audiencia, a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió.

Así por esta nuestra sentencia que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

Manuel Marchena Gómez José Ramón Soriano Soriano

Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre Pablo Llarena Conde

Juan Saavedra Ruiz

2267/2015

Ponente Excmo. Sr. D.: José Ramón Soriano Soriano

Fallo: 25/05/2016

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SEGUNDA SENTENCIA Nº: 458/2016

Excmos. Sres.:

D. Manuel Marchena Gómez. Presidente

D. José Ramón Soriano Soriano

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Pablo Llarena Conde

D. Juan Saavedra Ruiz

En nombre del Rey



La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiséis de Mayo de dos mil dieciséis.

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción nº 4 de Elche, con el nº 5 de 2.009, y seguida ante la Audiencia provincial de Alicante, Sección Séptima, contra el acusado Jose Francisco , D.N.I. nº NUM000 , hijo de Ernesto y Angustia , nacido el NUM001 -1959, natural de Elche (Alicante), sin antecedentes penales, en libertad provisional por esta causa, y en la que se dictó sentencia por la mencionada Audiencia, con fecha 14 de octubre de 2015 , que ha sido casada y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. José Ramón Soriano Soriano, hace constar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

ÚNICO.- Se dan por reproducidos los hechos probados de la sentencia de instancia.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los de la mencionada sentencia de instancia, salvo en aquello que contradigan los argumentos de este Tribunal, en los concretos extremos relacionados con los motivos que se estiman.

SEGUNDO.- La improcedente aplicación de la cualificación por infringir el principio "non bis in idem", provocará una nueva individualización de la pena.

La extensión de la pena marco será de 4 a 10 años (antes art. 182.1º, ahora 181.4º C.P .). Al rebajar la pena a la inferior en grado resultaría un segmento penológico de 2 a 4 años, menos 1 día.

Partiendo de que concurrieron circunstancias que aconsejaban superar el mínimo límite legal, según la sentencia de la Audiencia, tales como la vulneración de principios del código deontológico y de la ética profesional que todo médico debe observar, y el acreditamiento de que el acusado había mantenido relaciones sexuales con otras pacientes en su consulta, lo que evidencia un "modus operandi" habitual, se considera justa y proporcionada la pena de 3 años de prisión.

III. FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido condenar al acusado como autor responsable de un delito consumado de abusos sexuales con la concurrencia de la atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas a la pena de 3 años de prisión, con todas las demás penas complementarias y accesorias impuestas en la instancia, con mantenimiento de los demás pronunciamientos de la recurrida, que no se opongan a la presente.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

Manuel Marchena Gómez José Ramón Soriano Soriano

Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre Pablo Llarena Conde

Juan Saavedra Ruiz

PUBLICACION.- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Soriano Soriano, mientras se celebraba audiencia publica en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia, certifico.