

**OFICINA COMUN DE TRAMITACION PENAL
TRAMITAZIO PENALEKO BULEGO KOMUNA**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BIZKAIA
Sección 6ª

BARROETA ALDAMAR 10 4ª planta
Tfno.: 94-4016668
Fax: 94-4016992

ROLLO APELACIÓN ABREVIADO: 121/03
JUZGADO DE LO PENAL N° 2 BILBAO
PROCEDIMIENTO: CAUSA N° 364/02

ILTRE. COLEGIO DE PROCURADORES
DE LOS TRIBUNALES DE VIZCAIA

7 - NOV. 2003

BIZKAIKO AUZITEGIETAKO
PROKURADOREEN ELKARGO OSPETSUA

SENTENCIA N° 498/03

ILTMOS. SRES.

PRESIDENTE D. Angel GIL HERNÁNDEZ
MAGISTRADO D. José Ignacio ARÉVALO LASSA
MAGISTRADO D. Alberto DE FRANCISCO LÓPEZ

En la Villa de Bilbao, a veintidos de Septiembre de dos mil tres.

Vistos en segunda instancia por la Sección Sexta de esta Audiencia Provincial los presentes autos de Rollo de Apelación de Procedimiento Abreviado n° 121/03, dimanante del Procedimiento Abreviado del Juzgado de lo Penal n° 2 de Bilbao, seguido por un delito ABUSOS SEXUALES A MENOR, contra **ALBERTO CABRERA DURO** nacido en Jaen, el 09.10.1.937, hijo de Jacinto y Juana Rosa; titular del DNI 237332H y sin antecedentes penales; representado por la Procuradora D. Oihana Pérez Valcárcel y asistido por el Letrado D° Juan Miguel Moreno Lombardero; como acusación particular la Asociación Clara Campoamor representada por el Procurador D. Dolores Olabarría Cuenca y asistido por la Letrada D° Elsa Imaz Basarrate; como parte acusadora, **EL MINISTERIO FISCAL**.

Expresa el parecer de la Sala como Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. José Ignacio Arévalo Lassa.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de lo Penal n° 2 de Bilbao se dictó, en fecha 05-02-2003, sentencia en la que se declaran

probados los siguientes hechos: "HECHOS PROBADOS: Se declara probado que el acusado Alberto Cabrera Duro, mayor de edad y sin antecedentes penales, actualmente Jefe del Servicio de Cardiología Pediátrica del Hospital de Cruces-Parakaíso, de la que es paciente desde por lo menos el año 1994 ~~Donosti~~ ~~Donosti~~, actualmente con 16 años de edad, prestaba asistencia médica a ésta de su dolencia de taquicardia supraventricular, realizándole una ablación en 1998, dándole el alta entonces, pero como en torno a octubre de 2001, se produjo el proceso de taquicardias en la paciente, su madre D^a ~~María~~ ~~María~~ ~~María~~ ~~María~~ solicitó consulta en dicho Servicio, dándole cita para el 12 de Noviembre de 2001, atendiéndole el acusado, colocándole Holter, resultando normal tanto la lectura de éste como la exploración y el electrocardiograma, citándole de nuevo para el siguiente 12 de Diciembre; no obstante ello, el acusado, como ha efectuado con otros pacientes con anterioridad, aprovechando que debía efectuar desplazamiento a Las Arenas-Getxo al domicilio de otro paciente y tomando el domicilio de la ficha médica del Hospital, se dirige al domicilio de la paciente, no constando hubiese avisado a Sra. ~~María~~ ~~María~~ de su visita, hallando abierta la puerta del edificio, accediendo a la puerta de la vivienda, recibiendo a la Srta. ~~María~~ ~~María~~, a quien preguntó si estaba su madre como al decirle aquella que no pero que regresaría enseguida, que había salido a efectuar la compra, entró en el domicilio dada la confianza de la relación médica establecida entre ambos, produciéndose entonces una llamada telefónica que atendió ~~María~~ ~~María~~, resultando ser su amiga a la que dijo que estaba el médico en casa y que ya le llamaría, y al finalizar la misma ambos, en la sala de estar de la casa, charlaron sobre la dolencia de la paciente, reiterándole entonces ~~María~~ ~~María~~ que tenía taquicardias, por lo que el acusado le invitó a que le hiciese un reconocimiento médico, no efectuando objeción alguna ~~María~~ ~~María~~, acompañando al médico a su habitación, donde la menor, a fin de facilitar la exploración, se inclinó en una cama mueble, y extrayendo el acusado el fonendoscopio que portaba en el "Barbour" se lo colocó en la zona central del pecho a la altura del esternon por debajo del jersey, no acreditándose ni que le colocara dicho instrumento en el seno izquierdo ni que le tocase el mismo con su mano, pero sí colocando ésta en la ingle para tomarle el pulso al tiempo que la paciente se desabrochaba dos botones del pantalón a fin de facilitarle el acceso a dicha zona, no acreditándose tampoco ni que le retirase la braga, ni que le tocase con su mano el vello púbico ni que le efectuase comentario alguno sobre sus partes genitales, y viendo el médico que el reconocimiento no detectaba anomalía alguna salieron ambos de la habitación, dirigiéndose al salón, al tiempo que le indicaba la paciente que tenía taquicardia cuando acudía a la discoteca, tras lo que se produjo una conversación sobre la conveniencia de acudir a dicho centro de diversión dada su edad y tener además novio, advirtiéndole el acusado sobre las consecuencias de ello, además de mencionarle su experiencia

nocturna al sacar el perro por la noche y observar a parejas en los coches en actitud afectiva, tras lo que, como no llegaba la madre, decidió abandonar el domicilio, habiendo antes vuelto a llamar por teléfono la amiga de ~~ella~~, a la que llamó instantes después de irse al médico."

La parte dispositiva o Fallo de la referida Sentencia dice textualmente:

F A L L O

Que DEBO ABSOLVER y ABSUELVO al acusado ALBERTO CABRERA DURO del delito de abusos sexuales del que venía siendo acusado por el Ministerio Fiscal y la Asociación Clara Campoamor, declarándose de oficio las costas procesales causadas."

SEGUNDO.- Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por el Ministerio Fiscal y por la representación de la Asociación Clara Campoamor con base a los motivos que en el correspondiente escrito se indican y que serán objeto del fondo del recurso.

TERCERO.- Elevados los Autos a esta Audiencia, se dio traslado de los mismos al Magistrado Ponente a los efectos de acordar sobre la celebración de vista y, en su caso, sobre admisión de la prueba propuesta.

CUARTO.- Estimándose necesaria la celebración de vista, se señaló como fecha para la misma el día 3 de julio de 2003 Y llegado ese día, en el curso de la misma se solicitó por el Ministerio Fiscal la estimación del recurso y que se dicte sentencia por la que se condene a dos años de privación de libertad e inhabilitación especial para el ejercicio de profesión médica por tiempo de la condena. Pago de 6.000 euros de indemnización.

Por la acusación particular se solicitó la estimación del recurso y que se dicte sentencia por la que se condene a dos años de privación de libertad e inhabilitación especial para el ejercicio de profesión médica por tiempo de la condena. Pago de 6.000 euros de indemnización. Art. 57 C.P. 5 años de alejamiento.

Por la defensa se reitera en su escrito, oponiéndose a la apelación.

HECHOS PROBADOS

No se acepta la declaración de hechos probados de la sentencia apelada, que ha de ser sustituida por la que sigue a continuación.

El acusado Alberto Cabrera Duro, médico de profesión, la cual desempeñaba como Jefe del Servicio de Cardiología

Pediátrica del Hospital de Cruces, atendió a la menor ~~Clara~~
~~Gomendio~~ ~~Castillero~~ de una dolencia cardíaca desde que ésta
tenía ocho años de edad, habiendo sido dada de alta, después
de una intervención quirúrgica, en el año 1999. En noviembre
de 2001 la menor, que para entonces contaba con cinco
de edad, tuvo un episodio de taquicardia, siendo atendida por
el acusado el día 12 de noviembre y remitida para una nueva
exploración el día 12 de diciembre siguiente.

Sobre las 20,30 horas del día 19 de noviembre de 2001,
el acusado se personó en el domicilio de la menor sito en la
calle ~~Alba~~, ~~n.º~~ ~~1~~, ~~de~~ ~~Alba~~, pese a que no tenía
alguna con ella ni había quedado para nada con familiar
alguno. Una vez el acusado llamó a la puerta, ~~Clara~~
le abrió, penetrando aquél en el interior y apercibiéndose de
que la menor se encontraba sola. Transcurridos unos momentos
y a fin de satisfacer su ánimo lúbrico, que había guisado la
visita, se dirigió a la habitación de ~~Clara~~ y le dijo que se
tumbara en la cama, ya que la iba a reconocer. Una vez la
menor siguió sus indicaciones, el acusado sacó un
fonendoscopio del bolsillo de la chaqueta e introdujo el
disco por debajo del sujetador, aprovechando esa situación
para tocarle el pecho izquierdo con su mano. Tras ello, le
dijo que le iba a tomar el pulso en la zona de la ingle, y le
pidió que se desabrochara el pantalón. Tras hacerlo la menor,
el acusado se lo bajó hasta la altura de las rodillas, le
puso la mano sobre las ingles y tras retirarle la braga le
dijo "de arriba estás rubia, pero de abajo lo tienes más
negro". Asimismo, en el curso de estos hechos, el acusado
llegó a decir a Clara "por donde yo vivo veo a gente de unos
veinte años haciendo el amor con gente de cuarenta o más".

Tras lo anterior, habiendo transcurrido aproximadamente
una hora desde que había llegado al domicilio, el acusado se
marchó.

Como consecuencia de estos hechos, la menor Clara
Gomendio Castillero sufrió un episodio de ansiedad reactiva
leve.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Ministerio Fiscal y la representación de
la asociación "Clara Campoamor" interponen recurso de
apelación contra la sentencia que absuelve al acusado Alberto
Cabrera Duro del delito de abusos sexuales, alegando, en
ambos casos, como cuestión fundamental, la existencia de un
error en la valoración de la prueba en la sentencia impugnada
que ha llevado a inaplicar el artículo 181, párrafos primero
y tercero, del Código Penal.

SEGUNDO.- El recurso de apelación, en principio, no
parte, como el de casación, de la intangibilidad del relato
de hechos probados ni tampoco está sujeto a limitaciones

legales en relación con la valoración de la prueba. Sin embargo, es evidente que esto no quiere decir que el órgano de apelación pueda adentrarse en este terreno en las mismas condiciones que el de la primera instancia. La inmediación y la apreciación conjunta de la prueba, con todas las connotaciones que les son inherentes, son decisivas para pronunciarse sobre la credibilidad de la prueba testimonial. Con independencia del alcance conceptual del recurso de apelación, lo cierto es que ha de mantenerse un elemental criterio de prudencia que, como consecuencia de esa inferior calidad en la recepción de los elementos probatorios, lleve a no quebrar la declaración de hechos de la sentencia apelada, salvo en los supuestos de inexactitud o error manifiesto en la apreciación de la prueba (1), relato oscuro o dubitativo, ininteligible, incongruente o contradictorio en sí mismo (2), o cuando queda el mismo desvirtuado por pruebas practicadas en segunda instancia (3).

Esta doctrina incólume de las Audiencias Provinciales en relación con el recurso de apelación penal ha recibido una reciente sanción por el mismo Tribunal Constitucional que, en recientes sentencias (SSTC 68/2003, de 9 de abril, 230/2002 de 18 de septiembre, 212/2002, de 11 de noviembre y 197/2002, 198/2002 y 200/2002, de 28 de octubre), tras contestar afirmativamente y con rotundidad a la pregunta de si en el contenido del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, entre las que se integra la exigencia de inmediación y contradicción, puede encontrarse un límite para la revisión de la valoración de la prueba por el órgano llamado a decidir el recurso de apelación, llega a la conclusión extrema de que no es posible, sin vulneración del artículo 24.2 en el que se recoge el mencionado derecho fundamental, revocar una sentencia absolutoria dictando otra condenatoria con fundamento en pruebas que no han sido practicadas a la vista de la Sala de segunda instancia. Siempre teniendo en cuenta, no obstante, como señala la STC 68/93, que "la exigencia de audiencia pública en segunda instancia no resulta siempre e indefectiblemente exigible al depender de la naturaleza de las pruebas sometidas a consideración del Tribunal ad quem".

El supuesto enjuiciado constituye, con toda claridad, uno de los que mejor puede evidenciar la mejor disposición del órgano de primera instancia en relación con el de apelación para valorar adecuadamente la prueba practicada. Por este motivo, atendiendo a la redacción de la sentencia y del acta del juicio oral y después de un examen del contenido de las actuaciones, y a fin de dar cumplimiento a la doctrina constitucional, por esta Sala se acordó la práctica de prueba en segunda instancia. A su término, oídas igualmente a las partes en este trámite, sin ninguna duda ha de llegarse a la conclusión de que esa desventaja en el punto de partida se ha neutralizado, permitiendo a esta Sala llegar a la conclusión de su frontal discrepancia con el proceso valorativo de la

prueba practicada efectuado en la sentencia recurrida.

TERCERO.- Una doctrina jurisprudencial y una práctica judicial consolidadas señalan la habilidad de la declaración de la víctima como prueba de naturaleza directa para vencer la presunción de inocencia que asiste al acusado.

Puesto que se formula acusación por hechos sucedidos entre acusado y víctima sin la presencia de terceros, es evidente que la declaración de la denunciante es la destinada a tener importancia fundamental en la resolución de este asunto. En este, como en otros supuestos de acusación por agresión sexual, la discusión y el debate propio del juicio oral y, por extensión, el análisis que de todo el material probatorio se ha de efectuar, gira alrededor de la credibilidad que merezca, como prueba fundamental, el testimonio de la víctima.

Como señala, como simple muestra de un sinfín de resoluciones, la STS de 29/12/97, ha de ser extremada la prudencia en la valoración de esta prueba, al tratarse de la "situación límite de riesgo para el derecho constitucional de presunción de inocencia", precisando lo siguiente en sus conclusiones:

"Cuando el Tribunal Constitucional, respetando, con buen criterio, el ámbito de exclusividad de la potestad jurisdiccional penal constitucionalmente atribuido a los Juzgados y Tribunales ordinarios, señala que la declaración de la víctima o denunciante puede ser una prueba hábil para desvirtuar la presunción de inocencia, incumbiendo su valoración al Tribunal sentenciador, ello no significa, en absoluto, que con dicha declaración quede automáticamente desvirtuada la presunción de inocencia, en el sentido de que se invierta la carga de la prueba, dándose ya por probada la acusación e incumbiendo al acusado desvirtuar una supuesta presunción de certeza de la acusación formulada, sino únicamente que dicha prueba no es inhábil a efectos de su valoración, como una prueba más, por el Tribunal sentenciador, el cual debe aplicar obviamente en esta valoración, criterios de racionalidad que tengan en cuenta la especial naturaleza de la referida prueba".

Son reiterados los pronunciamientos de nuestro Tribunal Supremo destinados a precisar cuáles son las condiciones objetivas de admisibilidad de una condena que tenga su apoyo en una prueba de esta naturaleza. Valgan por todos ellos los términos de la resolución indicada, que se refiere a la concurrencia de estos tres requisitos:

"1º) ausencia de incredulidad subjetiva, derivada de las relaciones acusador/acusado que pudieran conducir a la deducción de la existencia de un móvil de resentimiento, enemistad, venganza, enfrentamiento, interés o de cualquier

índole que prive a la declaración de la aptitud necesaria para generar certidumbre; 2º) verosimilitud, es decir, constatación de la concurrencia de corroboraciones periféricas de carácter objetivo, que avalen lo que no es propiamente un testimonio -declaración de conocimiento prestada por una persona ajena al proceso- sino una declaración de parte, en cuanto que la víctima puede personarse como parte acusadora particular o perjudicada civilmente en el procedimiento (arts. 109 y 110 LECrim.); en definitiva es fundamental la constatación objetiva de la existencia del hecho; 3º) persistencia en la incriminación: ésta ha de ser prolongada en el tiempo, plural, sin ambigüedades ni contradicciones, pues constituyendo la prueba enfrentada a la negativa del acusado, que proclama su inocencia, prácticamente la única posibilidad de evitar la indefensión de éste es permitirle que cuestione eficazmente dicha declaración, poniendo de relieve aquellas contradicciones que señalen su inveracidad".

CUARTO.- Si hay algo que llara la atención en la sentencia apelada es, precisamente, el abandono, inexplicable e inexplicado, de este esquema absolutamente consolidado y habitual en el análisis probatorio propio del enjuiciamiento de hechos de la naturaleza del que nos ocupa. Sin ninguna duda puede afirmarse que no ha sido abordada con el rigor exigible la valoración de la declaración de la víctima. Ninguna mención se contiene en relación con la indagación de los posibles intereses ocultos que pudiera aquélla albergar o con relación a la prueba de carácter periférico que también ha sido materia del juicio oral, como tampoco ha merecido el interés del juzgador de instancia el examen de la consistencia y concordancia de sus manifestaciones a lo largo del procedimiento penal. En realidad, la lectura de la sentencia sugiere que se ha producido una especie de inversión de la perspectiva desde la que analizar la prueba practicada. Sorprende ciertamente la levedad con la que se despacha la valoración del testimonio de la menor en comparación con la extensión de las líneas dedicadas a evaluar la credibilidad de las manifestaciones del acusado sobre su propio comportamiento.

Tras efectuar algunas consideraciones sobre el tipo penal, el Juez de instancia se extiende en el fundamento de derecho segundo sobre las explicaciones ofrecidas por el acusado acerca de los "hechos acaecidos antes de que (...) accediese al domicilio de la menor". En el fundamento de derecho tercero analiza precisamente la interpretación que ha de darse al hecho de que el acusado atravesara el umbral del domicilio. Es en los fundamentos de derecho siguientes donde podemos encontrar los argumentos más llamativos en el sostenimiento de la solución absolutoria por la que se resuelve.

En efecto, dando la sentencia por probado la realización deliberada del acusado de personarse en el domicilio de la

menor, el acceso al mismo pese a que no había nadie más en el interior, la exploración a la que fue sometida aquélla e incluso ciertas expresiones proferidas en su presencia que con posterioridad se analizarán, el núcleo de la acusación, los hechos que configuran el tipo penal, es rechazado. En los mencionados fundamentos de derecho cuarto y quinto los argumentos ya no son relativos a la consistencia de las explicaciones del acusado. Para afirmar en el relato de hechos probados que no ha quedado acreditado que el acusado colocara el fonendoscopio a la menor en el seno izquierdo y la tocara con la mano o que le retirase la braga y le tocase con su mano el vello púbico y le hiciese comentario alguno sobre sus partes genitales, el Juez de instancia precisa entrar a rebatir el valor probatorio de las manifestaciones de la menor en este sentido.

En realidad, el juzgador da por probado lo obvio y lo que no es objeto de controversia, aquello en lo que básicamente coinciden acusado y víctima. En relación con los hechos que constituyen la imputación penal, cree al acusado cuando dice que no hubo nada más y no a la menor cuando explica los tocamientos de los que fue objeto con el pretexto de ser médicamente explorada. Veremos más adelante hasta qué punto esta valoración de la prueba es ilógica e irracional por interpretar incorrectamente los significativos hechos que la propia sentencia declara probados, incluso los admitidos por el acusado y sobre los que no se suscita discusión. En este momento interesa destacar la exigua fundamentación que se destina a no dar por buenas las explicaciones de la menor en este punto.

La sentencia, como ya hemos indicado, descarta cualquier valoración en positivo de la declaración de la víctima. Pese a coincidir ésta, en gran medida, con la del acusado, el juez simplemente la considera no creíble en su aspecto sustancial, acudiendo, para ello, a motivos que, en realidad, no tienen nada que ver con los estrictos términos en los que se ha desarrollado a lo largo del procedimiento. Marginando del razonamiento por el momento las referencias a la tardanza en la interposición de la denuncia y a un supuesto comportamiento incoherente con los términos de ésta que se imputa a la menor, el grueso de la argumentación de la sentencia apelada se centra en consideraciones en torno al carácter o personalidad de la menor.

Comencemos por la exposición efectuada en el razonamiento jurídico quinto. Después de glosar el contenido de los distintos informes periciales a los que ha sido sometida la menor (dos médicos forenses, un psicólogo a instancia de la parte acusadora y una psiquiatra y una psicóloga a instancia de la defensa la han examinado), el juzgador de instancia concluye que "se pone de manifiesto que nos hallamos en presencia de una chica que no sabe responder a las urgencias vitales, lo que provoca frustración e

irritabilidad, dirigiendo esas frustraciones, por su ambivalencia social, hacia personas que no son responsables de las mismas", indicaciones que toma del informe del Sr. Bilbao Arroyo y que son totalmente asepticas en el análisis de los hechos enjuiciados, y que "no interpreta correctamente su relación con el sexo opuesto, contaminando la intención de éste una vez que ha pasado la experiencia, creándose una fantasía sobre la realidad de una exploración médica rutinaria". En esta última mención, tomada de la pericial practicada a instancia de la defensa, se apoya el juez para llegar a la conclusión de la falta de credibilidad del testimonio de la menor.

No es lo más relevante el hecho de que se haya dado por buena una mención de una de las peritos que han declarado a instancia de la defensa sin explicar por qué se estima de mayor valor que las otras periciales y de los otros peritos que divergen abiertamente de una conclusión como la indicada. Tampoco resulta tan decisivo precisar la naturaleza procesal de una pericial practicada de forma tan atípica. Lo más importante es destacar el error en el punto de partida que se advierte en la apreciación del valor probatorio de los dictámenes periciales en el enjuiciamiento de un caso que nos ocupa.

De un lado, corresponde al juez y no, desde luego, a ningún perito interpuesto, la valoración de la credibilidad que haya de merecer la declaración de un testigo en el juicio oral. Conforme a nuestras leyes procesales, ni es ése el papel del perito ni tampoco puede el juez abdicar de la fundamental labor que le está encomendada por el artículo 1.º LECrim. Nos hemos acostumbrado, en procedimientos penales instruidos por delitos contra la libertad y la seguridad, fundamentalmente contra la libertad sexual o asociados con la violencia doméstica, en que concurre un indudable y peculiar daño moral en la víctima, a contar con la aportación de dictámenes periciales, en muchos casos procedentes de servicios sociales que dan asistencia a aquélla, que tratan de calibrar o de evaluar el daño causado. Es igualmente frecuente que, dada la cualificación profesional de sus autores como especializados de uno u otro modo con la psicología o la psiquiatría, los informes entren en valoraciones sobre la credibilidad o la capacidad de fabulación de la víctima o bien que sus autores sean inquiridos al respecto dando su opinión. En uno y otro caso, el valor probatorio de estos informes es meramente complementario y siempre subordinado al resultado de la valoración de otros elementos de prueba. La credibilidad del testimonio de la víctima nunca puede dejarse única y exclusivamente a la valoración del perito.

Por otra parte, no resulta conciliable con el principio de la libre apreciación de la prueba y la valoración por el órgano judicial de la declaración de los testigos conforme a

Las reglas de la sana crítica, cuestiones ambas recogidas en nuestro ordenamiento jurídico, el sometimiento de los testigos a esa especie de prueba pericial psicológica o psiquiátrica enfocada a valorar la credibilidad de su declaración. Sorprende la práctica de dos periciales extrajudiciales con este fin, tanto la practicada a instancia de la acusación particular como significativamente la que tiene lugar por iniciativa de la defensa requiriendo a la menor para diversas sesiones de exploración meses después de producidos los hechos, como si no bastara con el examen por parte del médico forense de quien, sin duda, ha de predicarse una mayor imparcialidad. Incluso estima la Sala procedente cuestionar abiertamente la conveniencia de hacer pasar por ese trance a la víctima (normalmente no se plantea en este tipo de testigos) y mucho más cuando se trata de una agresión a bienes jurídicos tan íntimamente relacionados con el desarrollo de la personalidad.

Las alusiones al carácter de la víctima no sólo se encuentran en la referencia, como se ha dicho, desenfocada, de los informes periciales. Una parte de ellas constituyen apreciación del propio juez. Situando el objeto de debate (algo que no precisaba el énfasis que se pone en esta circunstancia, por no sostenerse lo contrario por las partes acusadoras, alegando no haber quedado acreditada la oposición de la menor) en la supuesta voluntad viciada por la superioridad del acusado sobre la víctima, indica que "ninguna inferioridad psíquica de la muchacha existía que disminuyese su capacidad decisoria" o que no ha apreciado "en la vista del juicio que la menor presentase deficiente inferioridad psíquica alguna de la que pudiese aprovecharse el acusado". La misma percepción de la declaración de la menor en el juicio oral lleva a afirmar al juzgador, "habiendo observado la personalidad decidida de la menor en la vista del juicio", su convencimiento de que "si se hubiese producido en aquella auscultación esa extralimitación de carácter libidinoso se lo hubiese hecho ver de forma notoria, concluyente y determinante al médico".

Donde los informes periciales citados por él mismo encuentran debilidad y significativas anomalías en el carácter, el juzgador aprecia una personalidad decidida y lo suficientemente madura como para advertir las intenciones de un adulto y oponerse a ellas con decisión. En un caso se sostiene que la declaración de la menor no es creíble porque se trata del testimonio prestado por una persona con rasgos que alertan sobre su fragilidad e incapacidad para interpretar correctamente los hechos y en otro que esa falta de credibilidad deriva de que no se entiende por qué habría de prestar su consentimiento a unos hechos como los denunciados quien ha mostrado una capacidad de comprensión y de decisión suficiente para solventar una situación semejante.

Mas no sólo estamos ante una evidente contradicción. Por otro lado, se incurre en una errónea interpretación del precepto penal. El prevalimiento del que habla el artículo 181.3 CP no exige ese déficit o inferioridad psíquica a los que se refiere la sentencia apelada. En este caso podríamos incluso encontrarnos en el apartado segundo del precepto. El prevalimiento se define como el aprovechamiento de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima. Aunque estemos en este momento anticipando cuestiones que tienen más que ver con la calificación jurídica, no parece superfluo destacar que la apreciación de la inexistencia de ese déficit en la capacidad de la menor no es argumento para desvirtuar el valor probatorio de sus manifestaciones.

La Sala ha considerado necesarias las precedentes consideraciones a fin de situar correctamente el planteamiento desde el que abordar los hechos sometidos a nuestro enjuiciamiento, descartando el que efectúa la sentencia recurrida. A continuación procede entrar a valorar la credibilidad que merece la prueba de cargo practicada, siempre sin perder de vista el derecho a la presunción de inocencia que asiste al acusado, pero igualmente teniendo en cuenta que para llegar a la conclusión a la que más o menos veladamente se llega en dicha resolución, según la cual la denuncia y el mismo proceso penal pueden deberse a una invención más o menos intencionada, hacen falta argumentos de más consistencia que los ofrecidos.

QUINTO.- Debemos indicar, por tanto, en primer lugar, que no se detectan ni se intuyen en la menor e incluso en su madre motivos espúreos de la naturaleza de los señalados por abundante jurisprudencia al respecto (móviles de resentimiento, venganza, enemistad manifiesta, etc.) que permitan recelar de inicio sobre la credibilidad de la denuncia y de las manifestaciones de aquélla. Más bien, como señalan los apelantes, sucede todo lo contrario. Habiendo contribuido el acusado de forma decisiva a la superación de la importante dolencia cardíaca que afectaba a la niña, no existía hacia él por parte de madre de hija más que profundo agradecimiento, cuando no un profundo respeto y veneración. La declaración en este sentido de ambas es absolutamente creíble, pues resulta conforme con la experiencia común pensar en un sentimiento de este tipo y en una relación de absoluta confianza con el facultativo en el que se han depositado todas las esperanzas en el tratamiento de una enfermedad de tanta entidad como la que aquejaba a ~~una~~ ^{ella}, más cuando hasta prácticamente la fecha de los hechos no habían surgido complicaciones y podía hablarse de una superación con éxito de aquélla. La sentencia no hace referencia a la posible existencia de motivaciones espúreas y, desde luego, cabe descartar las insinuaciones de la defensa en torno a intereses lucrativos, afán de notoriedad, connivencia con el interés propio de la asociación que ejerce la acción

particular, etc.. En definitiva, la asunción del evidente y en este caso significativo coste personal que supone el proceso penal no puede explicarse acudiendo a móviles de la naturaleza de los enunciados que, lejos de haber quedado acreditados en el supuesto enjuiciado, han de quedar razonablemente descartados.

Lógicamente, la opción alternativa a la anterior es la de estimar que los hechos se denuncian y se mantienen a lo largo del procedimiento porque son ciertos y porque se actúa así en el derecho legítimo a su persecución. Mas esto no puede ser así aceptado sin más. Junto a la credibilidad subjetiva es necesaria la concurrencia de la credibilidad objetiva, de condiciones objetivas nacidas del análisis de los términos en los que se vierte la declaración en conjunto con el resto de la prueba, y a esto se refieren los otros parámetros contemplados en la doctrina jurisprudencial.

La verosimilitud hace referencia a la constatación de la existencia de elementos de juicio de carácter periférico que señalen y confluyan hacia una producción de los hechos tal como la víctima los cuenta. La sentencia no trata los significativos datos de este tenor que fueron plasmados en su día en el juicio oral como también lo han sido en las pruebas practicadas a presencia de la Sala.

En primer lugar, contamos con el testimonio de la amiga de ~~María~~, ~~María Martínez~~. La sentencia de instancia admite, incluso lo incluye dentro del relato de hechos probados, que mientras el acusado permaneció en el domicilio de la menor recibió ésta dos llamadas de su amiga ~~María~~ y que una vez se marchó aquél ~~María~~ la llamó. Del contenido de esta última conversación entre ambas no encontramos en el cuerpo de la sentencia referencia alguna. Sucede algo parecido a lo anteriormente señalado en relación con la víctima. Se admite tan sólo lo evidente y lo que no perjudica a la credibilidad de las explicaciones del acusado, en este caso, silenciando sin contemplaciones una prueba tan significativa. ~~María~~ contó en el juicio oral y lo hace ahora nuevamente que ~~María~~, en un estado de evidente nerviosismo, le dijo que el acusado le había tocado (en la primera ocasión mencionó expresamente el pecho izquierdo y el vello púbico), apercibiéndose claramente de la gravedad del asunto que le llevó a indicar a su amiga que debía decírselo a su madre y que en caso contrario lo haría ella misma.

Precisamente en la forma en la que contó el suceso a su madre encontramos un segundo elemento relevante. No llegando a formularlo de forma clara y precisa, la sentencia encuentra reparos en la comunicación de lo sucedido a la madre, mencionándose al final del fundamento de derecho cuarto que no le contó lo sucedido. El recelo no tiene justificación. Puede aceptarse con normalidad, igualmente conforme a la experiencia común (incluso conforme a la experiencia judicial

que deriva del enjuiciamiento de casos análogos), un niño reparo a comunicar abiertamente lo sucedido a la madre, incluso mayor que para contarlo, por ejemplo, a una amiga. El temor a no ser creída o a recibir algún reproche, el nacimiento de un sentimiento de culpabilidad por lo sucedido suele explicar una reacción así en menores de edad. Pero es que, en cualquier caso, no es cierto que no existiera esa comunicación. La madre de la menor ha declarado desde el inicio de la causa que ~~ella~~ le llamó ese mismo día por teléfono y que ella estaba en el supermercado y que la encontró muy nerviosa, con miedo, llegándole a decir incluso que el acusado "era un poco cerdo". Sigue diciendo la madre que, después de la taquicardia que le volvió a dar el día 20 de noviembre siguiente, la niña fue poco a poco contándole la integridad de lo sucedido el día anterior. El incidente, pues, fue puesto en conocimiento de la madre de un modo gradual y próximo al momento de los hechos y que en ningún caso puede suscitar recelo dentro de las relaciones existentes entre ambas. Su declaración, por lo tanto, cuanto coincidente sustancialmente por lo narrado por la menor, constituye una prueba más a tener en cuenta como relevante testimonio de referencia del que no puede prescindirse.

La declaración de la madre es igualmente consistente y mantenida a lo largo del procedimiento en relación con lo sucedido el mencionado día 20. Ese día se vio sorprendida porque el acusado le emplazó por la tarde a examinar el problema de la taquicardia que se le presentó a ~~ella~~. Si resignarse a esta opción, la declarante llevó a la niña al Servicio de Urgencias de Cruces, allí se encontró con el acusado que no quiso, según sus manifestaciones, ni acercarse a la niña, encargándose la enfermera de efectuar el electrocardiograma. Sin entrar a considerar las manifestaciones de la propia madre en el sentido de que en días sucesivos el acusado llegó a reconocer los hechos, cuestión a la que se refieren las partes apelantes y que podría entrañar un delicado problema al no concordar ese supuesto reconocimiento con las manifestaciones efectuadas por el acusado en el procedimiento penal con todas las garantías legales, ha de valorarse este comportamiento pasivo y huidizo del acusado como un tercer dato importante a tener en cuenta que se inserta de un modo lógico en la secuencia de hechos.

El Ministerio Fiscal llega a valorar como otro dato a tener en cuenta la propia taquicardia, como una reacción derivada de la situación de angustia y ansiedad propia de los acontecimientos sucedidos el día anterior. Este Tribunal no puede establecer con rotundidad esta relación de causa a efecto, sin embargo, sin llegar a calificarlo como un elemento periférico más, no puede por menos que destacar la razonabilidad de esa deducción en comparación con la estimación que merece el suceso en la sentencia apelada, para

la cual el episodio vendría a suponer nada menos que la demostración de "la intuición médica" del acusado en la visita efectuada el día anterior.

Finalmente, resta analizar, por ser este el lugar adecuado, el contenido de los informes periciales de un modo u otro aportados a la causa. Dando por sentado que ni la acusación ni la defensa iban a presentar conclusiones periciales contrarias a sus intereses, estima la Sala lo más prudente acudir a las valoraciones efectuadas en informe médico forense obrante a los folios 98 y 99 de las actuaciones, del que se desprende que ~~el menor~~ ~~es una menor~~ es una menor en la que no se evidencia clínica psicopatológica de interés, que el relato que efectúa de los hechos es coherente en sí mismo y puesto en relación con las declaraciones previas, sin que se evidencien datos que hagan dudar de la credibilidad del testimonio y, finalmente, que, aun no detectándose un daño postraumático psicopatológico, sí se ha detectado una ansiedad reactiva de intensidad leve.

En definitiva, lo poco que aporta esta prueba ~~pericial~~ se adecúa al relato efectuado por la víctima. Con todo, no está de más introducir una última reflexión sobre las ~~líneas~~ o las palabras dedicadas por el resto de peritos a desentrañar la personalidad de la menor. Se han efectuado alusiones relativas a la falta de capacidad para la resolución de conflictos, de despreocupación por las normas establecidas, de alteraciones de carácter emocional, de inmadurez psíquica, de comportamientos disociales y de muchas cosas más que carecen de significación en el análisis del valor probatorio de su declaración. Esas y otras muchas apreciaciones podrían formar parte, sin ninguna duda, de la descripción de la personalidad o el carácter de otras ~~menores~~ ~~adolescentes de la misma edad, de otras muchas menores en un proceso de formación de su personalidad.~~ Esta fragilidad es precisamente la que el propio ordenamiento jurídico toma en consideración para proteger sus intereses personales y patrimoniales de diversa índole por encima de sus propias determinaciones. Ninguno de los peritos habla de una personalidad patológica o de rasgos anómalos de suficiente entidad como para pensar en una alteración de la percepción, en una incapacidad para distinguir unos tocamientos de naturaleza sexual de una exploración médica.

La persistencia en la incriminación tiene que ver con el modo en el que surge la voluntad de poner en conocimiento de las autoridades policiales o judiciales los hechos y también con la forma en la que dicha voluntad es mantenida a lo largo del proceso. Se exige, como hemos visto, que no se detecten ambigüedades o contradicciones relevantes.

En relación con esta cuestión, la sentencia de instancia estima que la denuncia se interpuso con "un retraso", injustificado e incompatible con la alarma social y

la indignación que cabe suponer en este tipo de delitos. Nuevamente la Sala debe discrepar de una apreciación tal. Invalidar de raíz y sin mayores explicaciones el testimonio de la víctima por el simple hecho de que la denuncia se haya interpuesto diez días después de producidos los hechos no se corresponde con una valoración racional de la prueba. La necesidad de acudir a las circunstancias del caso concreto impide la aplicación de criterios apriorísticos de esta naturaleza. Ciertamente es que el tiempo en el que tarda la víctima en reaccionar acudiendo a la autoridad policial o judicial forma parte de las circunstancias ordinarias de valoración en relación con su conducta próxima a los hechos. Pero no es más cierto que, en el caso que nos ocupa, existen motivos más que sobrados para explicar el transcurso de lo que, en definitiva, no son más que unos días. Valen en este momento las mismas indicaciones anteriormente efectuadas en torno al modo en el que la menor fue contando lo sucedido a su madre y que realmente fue lo que motivó el ligero retraso en la formulación de la denuncia. Las vacilaciones en una determinación como la que tomó la menor no son, por lo dicho anteriormente, algo ajeno a la experiencia común. El plazo de diez días entra dentro de lo comprensible y de lo razonable para vencer el inicial temor a exteriorizar abiertamente lo acontecido. Ha de tenerse en cuenta, además, que la víctima conocía a quien presuntamente había cometido los hechos con lo que, por un lado, no había problemas de identificación que requiriesen una rápida investigación y, por otro lado, que también él le conocía a ella, todo ello en virtud de una especial relación en la que luego se entrará, lo que quizá hiciese todavía más explicables ciertas inseguridades o vacilaciones a la hora de interponer denuncia. En todo caso, no se considera que se trate de una circunstancia que incida en la fuerza probatoria de su testimonio.

Esto supuesto, tal y como señalan las partes apelantes, ha de señalarse la persistencia y la coincidencia prácticamente total en relación con los hechos objeto de acusación que ha mostrado la menor desde el inicio del procedimiento. Existe una coherencia indudable en los aspectos fundamentales de la agresión sufrida, que se reuerza, además, por la abundancia de matices. La declarante no sólo cuenta de forma consistente aspectos que han sido recogidos como probados en la propia sentencia. La consistencia es la misma al abordar los hechos que forman la parte sustancial de la acusación, en cuanto al comportamiento del acusado en el domicilio y en cuanto a los tocamientos de que fue objeto en el transcurso de la exploración: el acusado le tocó con la mano un pecho y también las ingles y el vello púbico, de forma que interpretó inequívocamente como alejada de una exploración normal como las que le había efectuado antes. La declaración aporta igualmente datos significativos sobre el interés del acusado en proceder de ese modo, ayudando a la menor a desvestirse, e igualmente sobre las frases de contenido inequívocamente sexual que le dirigió en

esos momentos, como por ejemplo "por arriba eres rubia, pero por abajo lo tienes moreno".

En realidad, la coincidencia en las sucesivas declaraciones es algo que ni la sentencia ni tan siquiera la propia defensa ha puesto en duda. No se detectan contradicciones ni vacilaciones en el mantenimiento de la imputación y eso es un dato fundamental que tampoco merece ninguna atención en la sentencia apelada en la valoración de la declaración de la víctima.

SEXTO.- Nos encontramos, por lo tanto, con un alto grado de cumplimiento de las condiciones subjetivas y objetivas de valoración del testimonio de la víctima. Con todo, la veracidad de este testimonio se torna patente cuando es puesto en relación tanto con la conducta del propio acusado, incluso la que él mismo y la propia sentencia admiten, como con las explicaciones ofrecidas para su justificación. Por decirlo de otro modo, son tan elocuentes una y otras que se adaptan como un guante a las explicaciones de la menor confirmando su credibilidad. Merecen un tratamiento aparte en correlación con la extensión antes advertida de la sentencia en este punto.

No es preciso acudir a parámetros jurisprudenciales ni a pruebas periciales ni a cualesquiera tecnicismos procesales. Basta con aplicar el sentido común para llegar a conclusiones completamente distintas de las establecidas en la resolución apelada. Se vuelca ésta en encontrar visos de normalidad en el comportamiento del acusado con argumentos que no pueden compartirse. La versión que se ofrece se desmonta por sí sola, viniendo a constituir su inconsistencia un elemento de prueba más de un valor indiscutible, elemento de prueba que, es necesario subrayarlo, es completamente independiente del testimonio de la víctima y su intervención a lo largo del procedimiento. Si endebles eran los argumentos con los que se despachaba la declaración de ésta, no lo son menos los que se utilizan para dotar de sentido a la difícilmente explicable presencia del acusado en el domicilio de la menor.

Repasemos lo que son hechos incuestionables. El acusado, Jefe del Servicio de Cardiología Pediátrica del Hospital de Cruces, había tratado a ~~una niña~~ de una dolencia cardíaca desde que ésta tenía ocho años de edad. El año 1999 le dio de alta. En noviembre de 2001, cuando la niña contaba con 15 años de edad, se le presentó un episodio de taquicardia. El día 12 de este mes el acusado vio a ~~ella~~ en su consulta, haciéndole una revisión, incluido un electrocardiograma, que dio un resultado normal, remitiéndosele para un nuevo examen el día 12 de diciembre siguiente.

El día 19 de noviembre, sin embargo, sobre las 20,30

horas de la tarde, el acusado se presentó en el domicilio de la menor. Encontrando el portal abierto penetró hasta la misma puerta de la entrada de aquél y llamó bailando en su interior a la menor comprobando que se encontraba sola. Una vez allí conminó a ~~ella~~ para que se dirigiera a su habitación donde le efectuaría una exploración, consintiendo en ello la menor, lo que efectivamente llevó a cabo.

Todo esto lo admite el propio acusado, como igualmente declara ser cierto que tras la exploración le efectuó algunas indicaciones acerca de la conveniencia o no de salir con chicos o de ir a discotecas. Niega, lógicamente, los tocamientos y los comentarios obscenos que se le imputan.

El juzgador de instancia afirma que el primer reconocimiento efectuado en el Hospital de Cruces se realizó "sin incidencia alguna que permita afirmar que ya entonces surgiera en la mente del médico la idea de satisfacer con aquella paciente sus instintos sexuales". No asocia con este ánimo libidinoso ni encuentra nada extraño en tomar el domicilio de la ficha de la paciente y dirigirse a él al entender acreditado que el acusado ha hecho lo mismo en otro caso acudiendo a otros domicilios, calificándolo implícitamente como un comportamiento encomiable, si bien "extraño e inhabitual en los tiempos actuales". Ve también normal que acudiera al domicilio siete días después de la visita a ver de nuevo a la paciente "ante el previsible temor de que no fuese suficiente el seguimiento un mes después de la visita hospitalaria". Subraya, finalmente, que la dolencia de la paciente "constituía en puridad científica un caso raro que merecía un especial seguimiento (...), lo que desde luego justificaba la presencia del médico en la vivienda, al no haber antes al parecer podido contactar el médico con la madre, al haberse establecido una cita para exactamente un mes después".

No su pediatra o un médico de cabecera con el que pudiera tener cierto trato frecuente o familiar, lo que ya de por sí resultaría ciertamente anómalo, sino todo un Jefe de Servicio del Hospital de Cruces, efectúa una visita a las 20,30 horas de un día cualquiera a un domicilio particular. No la anuncia previamente ni estima oportuno advertir su presencia previamente por el interfono del portal sino que, encontrando éste abierto, entra directamente hasta la puerta de la casa. Una vez allí, entra en el domicilio en el que se encontraba su paciente, una menor de edad, advirtiéndole que se encuentra sola y, a pesar de ello, no solo permanece en el interior sino que se dispone a reconocerla en el pecho y en la ingle, dedicándose a continuación a dirigir a la menor ciertas admoniciones sobre cuál debía ser su comportamiento en sus relaciones con los chicos. El quebranto de elementales normas no ya de ética profesional sino simplemente de educación es tan grosero que no es de extrañar la pobreza de las explicaciones ofrecidas para justificar un comportamiento

semejante.

El supuesto interés médico nacido de la relación médico-paciente se cae por su propio peso. El acusado había visitado a la niña siete días antes, no encontró nada anormal, y la remitió para nueva valoración en el plazo de un mes. No sucedió nada entretanto que reclamara una intervención urgente que, por otro lado, es de suponer que habría de tener lugar en el centro sanitario y no en el domicilio al que el acusado acudió con un simple fonendoscopio.

La alegación relativa al interés científico no causa menos perplejidad. Al parecer, se trataba de una cuestión de tanta relevancia que no podía esperar un día más y para la cual constituía una aportación decisiva la exploración que aquélla tarde debía efectuar con el fonendo.

Son tan endebles, por no utilizar otro calificativo, estas explicaciones, que se comprenderá la escasa atención que ha de prestarse a la prueba de descargo ofrecida por la defensa. Dentro de la dilatada trayectoria profesional del acusado podrá éste desde luego haber encontrado algunas personas a cuyo domicilio ha acudido, las cuales en ningún caso han indicado que se hubiera presentado a horas intempestivas sin avisar y sometido a sus hijos a exploraciones sin su conocimiento o consentimiento. Como también puede albergar un interés profesional por la dolencia de la menor acreditado por la declaración de sus subordinados, lo cual ni explica ni justifica su determinación de acudir a su domicilio.

Regresando a la necesidad antes reclamada de utilizar el sentido común, hay que poner una y otra alegación en relación con las formas empleadas para llegar a la conclusión de que el interés que guió esa lamentable especie de visita furtiva fue muy distinto del médico o científico, encajando aquí a la perfección lo declarado por la menor sobre su comportamiento en el transcurso de la exploración, que no fue sino una simple excusa. Evidentemente, el acusado no avisó porque su intención no era precisamente la de ser recibido por la madre y una vez comprobó que ésta no estaba en el domicilio permaneció en el interior llevando a efecto un plan que no se le presentó por casualidad sino que buscó deliberadamente.

Mas no sólo nos encontramos con una declaración en sí misma considerada inconsistente. De un lado, el propio acusado no sólo admite lo evidente, su presencia y permanencia en el domicilio, sino también haber efectuado algunas advertencias a la menor como las señaladas que son igualmente impropias en el marco de la relación con el paciente y que dan buena cuenta de un exceso sobre la supuesta actuación médica. Esta conversación entablada posteriormente a los hechos, lejos de dar una apariencia de

normalidad como se señala en la sentencia apelada, constituye un argumento más en la misma dirección. De otro, es significativo el interés en dar la apariencia de que acudió al domicilio aprovechando haber acudido a Las Arenas por otro motivo, incurriendo en contradicción al explicarlo manifestando en un principio haber ido a ver a otra paciente cuya identidad se ignora y posteriormente aprovechar que la mujer había ido a ver unos cochecitos.

En definitiva, el comportamiento del acusado y las explicaciones por él ofrecidas a lo largo del procedimiento encajan perfectamente con el resto de declaraciones que han sido oídas, aunque no haya sido reconocido única y exclusivamente el último peldaño de su conducta. Existe una evidente intencionalidad sexual en el comportamiento del acusado, buscando de antemano un escenario propicio para la satisfacción de la misma, que encaja con el resto de elementos probatorios. Se comprenderá que en atención a todo deba estimarse descabellada la sugerencia de una defectuosa interpretación por la menor de una exploración médica normal.

En conclusión, la Sala ha de corregir la valoración de la prueba efectuada por el Juez de instancia y también entrar a valorar la entidad jurídico penal de los hechos enjuiciados.

SÉPTIMO.- Han de ser declarados éstos como constitutivos de un delito de abuso sexual previsto y penado en el artículo 181, párrafos primero y tercero, del Código Penal, del que es autor penalmente responsable el acusado Alberto Cabrera Duro.

Se castiga a quien, sin violencia o intimidación, que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona, equiparándose a éste el supuesto en el que "el consentimiento se obtenta prevaleándose el responsable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima".

Como señala la STS de 11/2/03,

"El delito de abusos sexuales se caracteriza (Sentencia 2343/2001, de 11 de diciembre) por el atentado contra la libertad o indemnidad sexual de la víctima, cometido sin violencia ni intimidación, pero también sin que medie consentimiento (que es el tipo básico del art. 181.1 del Código penal), del que forma parte el apartado segundo de mencionado precepto, que únicamente presume legalmente la irrelevancia del consentimiento, como norma interpretativa, al decir, en la redacción vigente, que "a los efectos del apartado anterior, se consideran abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten sobre menores de trece años" (entre otros supuestos) y el apartado tercero, que no es sino

una faceta más de la obtención viciada del consentimiento, en este caso, prevaleciendo de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima; todos ellos se castigan con la misma pena, y no son tipos penales distintos de abusos sexuales, sino el mismo delito, por participar de la misma naturaleza, tanto en el dolo del actor, como en la ejecución delictiva, y que únicamente disciplinan la obtención del consentimiento, irrelevante por razón de la edad de la víctima (equiparándose al consentimiento prestado por personas que se hallen privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abuse), o finalmente viciado tal consentimiento cuando el culpable abuse o se prevalga de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima".

La STS de 16/4/01, por su parte, señala lo siguiente:

"En esta modalidad de abuso sexual el consentimiento de la víctima se encuentra viciado por el prevalimiento de su agresor. El consentimiento se ha obtenido prevaleciendo el responsable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima.

Entre el sujeto activo y el pasivo debe existir una relación de superioridad de aquél sobre éste, de entidad suficiente para que coarte la libertad de la víctima. Además, el sujeto activo debe valerse de dicha situación para doblegar la voluntad de la víctima consiguiendo de ésta un consentimiento viciado".

Todas estas consideraciones se adaptan de forma manifiesta al supuesto enjuiciado. Tan sólo pensando en la sumisión especial de la paciente menor de edad hacia el médico, más hacia el cardiólogo que durante años llevaba atendiéndola de forma especializada, se comprende que cediera aquélla al afán del acusado de explorarla y, bajo este pretexto, a los tocamientos libidinosos efectuados.

En algún lugar de la sentencia que se apela, como hemos dicho, se entra en consideraciones acerca de la capacidad de la menor para interpretar correctamente los acontecimientos, sobre la existencia o no de una inferioridad psíquica. Aplicaremos nuevamente un mínimo de sentido común para poner de manifiesto que, desde luego, y partiendo de esa relación de superioridad, cabe pensar en que la capacidad de la menor para darse cuenta de lo que estaba realmente sucediendo no tenía comparación en cualquier caso con la del acusado para apercibirse de cuándo se le presentaba una oportunidad de satisfacer su ánimo ilícito.

La conducta del acusado denota una persistencia en el propósito delictivo notable. Tal y como sucedieron los hechos, no cabe duda de que la posibilidad de materializar aquél no surgió de la nada en aquel momento, sino que ya

tenía que haber estado en su mente con anterioridad, ejecutándolo con determinación en el momento en que vio una ocasión propicia. Por este motivo, se justifica la opción por la pena privativa de libertad por la que optan las acusaciones, si bien tomando la duración mínima de la pena al no haberse puesto de manifiesto otras circunstancias que aconsejen sobrepasarla, aparte las que justifican su imposición.

Procede, igualmente, la imposición de la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de su oficio durante el tiempo de la condena, al apreciarse una indudable relación de aquél con el delito cometido, a tenor del artículo 56 CP.

La Sala, sin embargo, no estima oportuna la aplicación del artículo 57 siguiente en el sentido de imponer al acusado la accesoria de prohibición de aproximación al entorno de la víctima solicitada por la acusación particular. Se trata de una medida facultativa y que se impone atendiendo a "la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente representa". La medida parece más bien pensada para supuestos en los que se aprecie un riesgo de reiteración delictiva que no encontramos de razonable previsión en el caso que nos ocupa, en el que asistimos a un hecho esporádico y no a una situación de presión o acoso que es la que ordinariamente justifica una medida como la señalada.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 109 CP, en lo relativo al resarcimiento de daños y perjuicios, la Sala considera prudente moderar la cantidad de 6.000 euros solicitada tanto por el Ministerio Fiscal como por la acusación particular, rebajándola a 2.000 euros que es la que se considera pertinente atendiendo a la levedad del daño moral detectado por el médico forense al que se ha hecho referencia con anterioridad.

OCTAVO.- De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 123 y 124 CP y 239 y ss. LECrim., no ha lugar a efectuar expreso pronunciamiento de las costas causadas, debiendo declararse de oficio las devengadas en la segunda instancia.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación dentro de la legislación orgánica, procesal y penal,

FALLAMOS

Que ESTIMANDO el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal y por la representación de la asociación "Clara Campoamor" contra la sentencia 5 de febrero de 2003, dictada por el Juzgado de lo Penal nº 2 de Bilbao en la causa de Procedimiento Abreviado 364/02, **DEBEMOS REVOCAR Y REVOCAMOS** la indicada resolución en el sentido de **CONDENAR** al acusado Alberto Cabrera Duro, como autor penalmente

responsable de un delito de abuso sexual por prevalimiento, a la pena de PRISIÓN DE UN AÑO, con la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión médica durante el tiempo en el que dure la condena, con declaración de oficio de las costas del procedimiento.

El acusado habrá de indemnizar a ~~María Victoria~~ ~~Castro~~ en la cantidad de 2.000 euros por los perjuicios morales causados.

Contra la presente resolución no cabe la interposición de recurso de carácter ordinario alguno.

Devuélvase los autos originales al Juzgado de procedencia con testimonio de esta sentencia, para su conocimiento y cumplimiento.

Así por esta sentencia, de la que se unirá la pertinente certificación al rollo, juzgando en esta instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- La anterior sentencia ha sido pronunciada, leída y publicada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez que la suscribe, celebrando Audiencia Pública en el día de su fecha, doy fe.