



Roj: **STS 3488/2023 - ECLI:ES:TS:2023:3488**

Id Cendoj: **28079120012023100609**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **27/07/2023**

Nº de Recurso: **5045/2021**

Nº de Resolución: **647/2023**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANTONIO DEL MORAL GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 647/2023

Fecha de sentencia: 27/07/2023

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 5045/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 12/07/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García

Procedencia: T.S.J.CATALUÑA

Letrada de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Tomás Yubero Martínez

Transcrito por: IPR

Nota: Siendo aplicable la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y los artículos 236 bis y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los datos contenidos en esta comunicación y en la documentación adjunta son confidenciales, quedando prohibida su transmisión o comunicación pública por cualquier medio o procedimiento, debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia, sin perjuicio de las competencias del Consejo General del Poder Judicial previstas en el artículo 560.1.10ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

RECURSO CASACION núm.: 5045/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García

Letrada de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Tomás Yubero Martínez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 647/2023

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Antonio del Moral García

D.ª Carmen Lamela Díaz

D. Leopoldo Puente Segura



D. Javier Hernández García

En Madrid, a 27 de julio de 2023.

Esta sala ha visto recurso de casación nº **5045/2021** interpuesto por **Rodolfo** representado por la procuradora D.ª Inmaculada Plaza Villa y bajo la codirección letrada de D. David Aineto Trabal y D. José R. Sorní Bustinduy contra la Sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 6 de julio de 2021, que desestimaba el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección Sexta) que le condenaba como autor penalmente responsable de un delito de abuso sexual. La parte recurrida Enma representada por el Procurador Sr. D. Ricard Simo Pascual y bajo la dirección letrada de D.ª. Silvia Dot Alcaraz se ha apartado del procedimiento por escrito de renuncia fechado el 15 de septiembre de 2021. Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Audiencia Provincial de Barcelona (Sección Sexta) en el Sumario nº 6/2018 procedente del Juzgado de Instrucción nº 15 de Barcelona dictó Sentencia con fecha 7 de septiembre de 2020 que recoge los siguientes **Hechos Probados**:

"1.- El procesado Rodolfo venía prestando sus servicios como fisioterapeuta y osteópata del Fútbol Club Barcelona desde hacía 30 años, habiendo desarrollado funciones de coordinador de fisioterapeutas del citado Club y del equipo de fútbol de primera división, ejerciendo en el año 2016 en que ocurrieron los hechos, funciones de fisioterapeuta para los empleados del Club, estando situado el consultorio en las instalaciones del FCB sitas en Les Corts, en un altillo de las dependencias que Asistencia Sanitaria, espónsor del FCB, tiene en las instalaciones de Les Corts.

2.- Enma trabajaba como administrativa en las instalaciones del Fútbol Club Barcelona (FCB) sitas en Les Corts de esta ciudad. Al tener bloqueo en la cabeza y cuello causado por la patología de cervicales que sufría, fue visitada en el mes de noviembre de 2016 por el Dr. Torcuato médico del citado Club encargado de la salud de los empleados del mismo en el consultorio que el mismo tenía en la Ciutat Esportiva del FCB sito en Sant Joan Despí. El citado doctor, tras confirmar el tratamiento con el traumatólogo, consideró que sería beneficioso el tratamiento de fisioterapia que debía dispensar el procesado en el consultorio destinado al efecto y para los empleados del FCB sito en las instalaciones de Les Corts

3.- Las sesiones de fisioterapia por parte del procesado respecto a Enma se iniciaron en el mes de diciembre de 2016; en el desarrollo de la tercera sesión, el procesado intenta masajear por la zona del abdomen bajando hasta llegar a la zona del pubis de la denunciante, advirtiéndole ésta que tenía la regla, parando entonces el procesado en el masaje en dicha zona; finalmente, en la cuarta sesión, ocurrida el 19 de diciembre de 2016, en un momento determinado, el procesado le levanta la pierna izquierda de Enma lo que provocó dolor en su ingle, empezando el procesado a trabajar sobre la misma hasta la zona de la vagina, todo ello sin guantes y guiado por un ánimo libidinoso, inició tocamientos en los labios internos, y metiendo y sacando los dedos en la vagina, haciendo tocamientos en el clítoris, con movimientos circulares, pudiendo escuchar como el procesado escupía saliva en sus dedos cuando llevaba a cabo esta acción de meter y sacar los dedos en la vagina, pasando luego a tocarle los pechos masajeándolos y haciendo estiramiento de los pezones, siendo preguntada por el procesado si se encontraba bien, contestando afirmativamente la denunciante todo ello con la intención de poner fin la situación y salir del lugar.

En ningún caso, el procesado le indicó que le haría un tratamiento intracavitario que suponía introducir los dedos en la cavidad vaginal de la paciente, sin que tampoco le solicitara consentimiento para ello.

4.- A raíz de estos hechos Enma fue diagnosticada de trastorno adaptativo con ansiedad reactiva, siéndole prescrito, tratamiento diazepam y escitalopram, estando dos meses de baja laboral".

SEGUNDO.- La parte Dispositiva de la Sentencia reza así:

"CONDENAMOS al procesado Rodolfo como autor de un delito consumado de abuso sexual del artículo 181.1º y 4º del CP, ya definido, sin la concurrencia de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de CUATRO AÑOS DE PRISION, y accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena la de Inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión de osteópata o fisioterapeuta por el plazo de dos años. A la de alejamiento de la Sra. Enma a una distancia no inferior a 1000 metros de su persona del lugar donde viva, trabaje o frecuente por el plazo de dos años superior al de la pena privativa de libertad impuesta.



A la prohibición de comunicación con la Sra. Enma por cualquier medio, escrito, telefónico o telemático por el plazo de dos años superior a la pena privativa de libertad impuesta

Al pago de las costas procesales incluidas las de la acusación particular.

Como responsabilidad civil, el Sr. Rodolfo abonará a Sra. Enma la cantidad de 10.000 euros (diez mil), en concepto de indemnización por daños y perjuicios causados, con los intereses previstos en el artículo 576 Lec 1/2000.

De dichas cantidades responderán las entidades ALLIANZ SA como responsable civil directo y el FC BARCELONA como responsable civil subsidiario.

Provéase sobre la solvencia del procesado".

TERCERO.- Notificada la Sentencia a las partes, se prepararon recursos de Apelación por **Rodolfo , Allianz S.A y Futbol Club Barcelona** remitiéndose las actuaciones a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que dictó Sentencia con fecha 6 de julio de 2021, que, aceptando los Hechos Probados de la Sentencia de instancia, contiene la siguiente parte dispositiva:

"No haber lugar a los recursos de apelación interpuestos por el procurador Sr. Manjarín, en nombre y representación de Rodolfo , la procuradora Sra. Ribas, en nombre y representación de ALLIANZ, S.A. y por el Procurador Sr. Larios, en nombre y representación del FUTBOL CLUB BARCELONA contra la sentencia de 7 de septiembre de 2020 de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 6ª).

CUARTO.- Notificada la Sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por el condenado 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, alegando los motivos siguientes:

Motivos aducidos en nombre de Rodolfo .

Motivo primero.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 LOPJ por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE. **Motivo segundo.-** Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim por indebida aplicación del art. 181.1 y 4 CP. **Motivo tercero.-** Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º LECrim por indebida inaplicación del art. 14.1º CP.

QUINTO.- El Ministerio Fiscal se instruyó del recurso interpuesto, impugnando todos sus motivos; la representación legal de Enma , tras personarse, presentó escrito desistiendo de su condición de parte y renunciando al ejercicio de acciones. La Sala admitió a trámite el recurso, quedando conclusos los autos para señalamiento y Fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Por diligencia de 12 de enero de 2023 se confirió asistencia a las partes para informar sobre la incidencia de la LO 10/2022, presentando escritos tanto el recurrente como el Fiscal.

SÉPTIMO.- Realizado el señalamiento para Fallo se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día 12 de julio de 2023.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Entiende el recurso que no se han respetado las exigencias del derecho fundamental a la presunción de inocencia al no considerar acreditado que las maniobras realizadas con los dedos por el acusado en la cavidad vaginal de la paciente fuesen propias del tratamiento de fisioterapia que realizaba. Al tiempo, las manifestaciones de la víctima, que difieren de los hechos reconocidos por el recurrente, serían insuficientes para considerar probados tanto los tocamientos en los pezones, como la ausencia de un consentimiento verbal por su parte. Igual carencia de base probatoria tendría presumir ánimo libidinoso en esas maniobras.

El motivo, extenso, y bien elaborado, sistematizado y construido como todo el recurso (se apura todo resquicio defensivo y se logra identificar un buen ramillete de resoluciones tanto de jurisprudencia menor como ordinaria que se citan y pudieran ser favorables a la tesis de la defensa), no es, sin embargo, prosperable.

Primeramente hay que situar el ámbito de la impugnación. Tiene una triple vertiente:

a) No podría considerarse probado que se produjeran tocamientos en los pezones. La declaración de la víctima constituiría escasa base para sustentar esa convicción.



b) Igual valoración merece la conclusión sobre la ausencia de consentimiento de la víctima; no podría rechazarse la versión exculpatoria del acusado (hubo consentimiento verbal) en virtud de la exclusiva declaración de la paciente.

c) Por fin, -y aquí radica el eje principal del motivo- supondría igualmente un atentado a la presunción de inocencia desechar la hipótesis de estar ante una actuación justificada sanitariamente, según -se apunta- llega a admitir la Audiencia Provincial, aunque sin extraer de esa posibilidad, que contaba con buen sustento probatorio, sus últimas consecuencias que abocarían a la absolución.

Invertimos el orden de análisis elegido por el recurrente en su exposición. No es neutro desde el punto de vista del *iter* argumentativo. Desde el momento en que se constata que la primera de las premisas, sobre la que el recurso pasa hábilmente de *puntillas*, orillándola, no es asumible, las otras pierden buena parte de su potencialidad argumentativa.

En efecto, las manifestaciones de la víctima referidas a tocamientos en pechos y estiramientos en los pezones, con movimientos que de ninguna forma pueden justificarse desde una perspectiva terapéutica, privan en buena medida de crédito a los restantes alegatos defensivos del acusado. Si no se hubiesen producido esos masajes en los pechos, podría gozar de alguna -escasa, en todo caso- *chance* el argumentario encaminado a, al menos, generar dudas sobre los movimientos circulares con un dedo en el clítoris; pero si se dan por veraces esos otros frotamientos, pierde verosimilitud la hipótesis de que la introducción de dedos, de forma poco compatible con la praxis sanitaria (sin guantes), en la cavidad vaginal con los movimientos circulares que describe la víctima, formasen parte del tratamiento aplicado.

En este primer acercamiento, no hay razón alguna para imaginar que la víctima haya fabulado, desde los primeros momentos, con inexistentes tocamientos en los pezones; o que adornase su relato con ese aditamento secundario para dotar de mayor fuerza a una acción que por sí misma tenía una indudable potencialidad expresiva: contacto directo de los dedos con la parte interna de la cavidad vaginal, en maniobra que ningún profano imaginaría compatible con masajes terapéuticos. Esos hechos están aceptados por el recurrente: trata de explicarlos con una justificación profesional. No la tiene para los otros tocamientos: por eso no le queda más remedio que tacharlos de falsos. Pero es totalmente inverosímil que hayan sido malévolamente -o inconscientemente- inventados y expuestos por la denunciante, apartándose de la realidad, con un injustificado e imposible de explicar afán de reforzar la veracidad de lo que el recurrente no ha negado.

Cuadra muy mal la hipótesis defensiva con las testificales de las personas a las que se dirigió la víctima tras los hechos. Tampoco es congruente con su estado psíquico posterior descrito por quienes la vieron en los instantes que siguieron al episodio, y que luego desembocó en la necesidad de tratamiento psíquico.

No puede decirse que la afirmación de que hubo tocamientos en los pezones esté ayuna de prueba. En absoluto. Ni que la prueba sea frágil por derivar de alguien interesado en perjudicar al acusado. Las especulaciones sobre una conspiración de la empresa o algunos de sus empleados valiéndose de la víctima para lograr su cese es tan alambicada como insostenible. Constituye un insulto a una mediana inteligencia, más allá de que puedan ser ciertas tensiones internas con otros profesionales del Club.

Que la víctima fuese alentada a denunciar por personal del Club, ni merma credibilidad a su relato ni, desde luego, priva de eficacia a la denuncia como condición requerida para la perseguibilidad. La denuncia ha de ser voluntaria, libre, pero no totalmente espontánea o ajena a todo consejo o influencia. La personación en la causa sosteniendo la acusación refrenda la decisión personal de denunciar; personal, aunque viniese impulsada o aconsejada por terceros. Tampoco la renuncia posterior, con protesta expresa de no haber consentido, puede tener eficacia alguna. El perdón dejó de configurarse hace años como una causa extintiva de la responsabilidad penal en estos delitos.

No cabe la revocación de la denuncia. Ese perdón, exteriorizado en un escrito con una cuidada y meditada redacción -se combina la versión del acusado con la de la víctima: no se dice que la conducta se ajustó a la *lex artis*, sino que eso es lo que sostiene el recurrente-, no puede tener en este momento eficacia alguna, sin perjuicio del valor que pueda otorgarsele ante una eventual petición de indulto.

SEGUNDO.- La argumentación de la Audiencia al tratar la idoneidad terapéutica de los masajes intracavitarios no puede considerarse como una aceptación inmatizada de que, en efecto, el acusado, al hacer esas maniobras, se ajustaba estrictamente a exigencias profesionales, sino sencillamente como la indicación de que, aunque se acepte (como acepta) que ese tipo de masajes pudieran estar indicados en algunos casos e incluso pudieran estarlo en el caso concreto, no se desvanecería el carácter delictivo de los hechos, al sobrepasar el consentimiento prestado por la víctima. Son actos de contenido sexual no legitimados por un inexistente consentimiento. Supone un salto en el vacío decir que al no haber hecho protesta expresa -salvo las molestias por la menstruación- en la sesión anterior y acudir a la siguiente cita, había que dar por supuesto

el consentimiento para esos peculiares masajes intravaginales. Tampoco puede tildarse de consentimiento el silencio ante una ambigua mención "ahora, el interior"; "ahora trabajaremos lo interno".

Que el Tribunal Superior de Justicia haya interpretado más o menos acertadamente las consideraciones de la Audiencia, es intrascendente.

Aún en la hipótesis de que el comportamiento no fuese acompañado de un deseo de satisfacción del apetito sexual o de obtener placer de esa naturaleza por parte del acusado, estaríamos ante una tipicidad que hoy se concibe como predominantemente objetiva: una invasión no consentida en la libertad sexual de otra persona, con independencia del móvil del agresor (satisfacer su apetito sexual, venganza, blasonar, humillar...). Será delito, aunque no exista ánimo libidinoso, lo que no significa que este propósito, además de que su presencia sea lo más habitual, constituya un elemento que en relación a determinadas conductas, que pueden ser ambivalentes (v.gr. un abrazo), ayude a fijar los contornos de lo que debe entenderse por acto de contenido sexual.

No se trata de que la Sala estime delictiva la conculcación de determinadas garantías exigidas por los protocolos (ausencia de consentimiento escrito, apartamiento de las normas pactadas de ejercicio de la profesión en el ámbito del club, no usar guantes...), sino que esas patentes irregularidades conforman poderosos indicios de que, en efecto, esas prácticas eran ajenas a la *lex artis* y obedecían a motivaciones incompatibles con el correcto ejercicio profesional. En abstracto pueden ser congruentes con prácticas sanitarias indicadas; pero en concreto, no lo fueron.

TERCERO.- El segundo motivo se desenvuelve a través del art. 849.1º LECrim. Aún partiendo de la consideración, no pacífica, de estos tipos como delitos de tendencia, no se difumina el carácter delictivo de los hechos, incluso completándolos con las afirmaciones que, de forma un tanto sesgada, quiere descubrir el recurrente en la fundamentación jurídica. No existía indicación terapéutica concreta y específica asumida por la paciente. Sobre todo, y esto es lo decisivo, faltaba el consentimiento. Las dudas sobre su concurrencia se podrían solventar con extrema facilidad: requiriéndolo tras una mínima información, no por las vías de hecho valiéndose de la cierta asimetría que aparece en una relación sanitaria. La paciente ha negado de forma persistente, rotunda y plenamente creíble que se le solicitase en ningún momento su anuencia. Su pasividad o la falta de reacción en ese escenario no es señal de asentimiento a unos actos injustificados. No hay duda de que no consintió. El hecho probado lo niega taxativamente. Eso nos lleva de la mano a la tipicidad correctamente aplicada.

CUARTO.- La apreciación de un error (art. 14 CP) constituye el *leit motiv* de la tercera y última pretensión casacional. El acusado habría actuado en la creencia de contar con el consentimiento de la víctima, lo que basaría en el hecho de que compareció a la última de las sesiones para los masajes pese a haber sido consciente en el anterior de las zonas corporales a abordar. Si no se llegó a culminar ese masaje fue por razones coyunturales (menstruación). Por otra parte, ante la advertencia de que se abordaba la parte interna, nada en contra indicó.

El motivo está condenado al fracaso: no respeta el hecho probado (art. 884. 3º LECrim). No solo no se afirma ese estado de error en el *factum*, sino que, además, no se aprecia sustento probatorio para deducirlo. Era muy fácil salir del supuesto error. Bastaba preguntar. No puede darse pábulo a la idea de que una mera ambigua y equívoca indicación, no replicada, suponía anuencia a una práctica tan invasiva.

Esto reconduce la propuesta al ámbito de lo probatorio en el que no cabe adentrarse a través de este tipo de motivo (art. 849.1º LECrim).

QUINTO.- Con ocasión de la entrada en vigor de la reforma de los delitos sexuales (Ley orgánica 10/2022) se abrió en esta sede un incidente de audiencia de las partes para posicionamiento ante la aparición de una legislación que podría ser favorable al reo. Las partes informaron. De hecho el recurrente se anticipó a ese trámite abierto, postulando la punición con arreglo a la nueva legalidad.

El recurrente entiende que debe aplicarse la cláusula atenuatoria prevista en el art. 178.2 CP que posibilita la reducción de la pena privativa de libertad hasta la mitad inferior, e, incluso, su sustitución por una pena pecuniaria, atendiendo a las circunstancias de los hechos, En ese sentido invoca, entre otros factores, el perdón de la víctima.

Es legalmente imposible acoger a esa solicitud. La legislación a tenor de la cual ha sido castigado establecía una pena comprendida entre cuatro y diez años de prisión.

En la actualidad, y a partir de la reforma de 2022, la pena fijada para estos hechos (art. 179 CP) oscila entre cuatro y doce años, obligando, además, a una pena conjunta de inhabilitación (art. 192.3 CP). La ley posterior no es favorable al reo.



Cumple aclarar que la cláusula atenuatoria invocada por el recurrente rige exclusivamente respecto de las agresiones sexuales que no comportan penetración, o acceso: art. 178. En el art. 179 no se reproduce una previsión similar.

SEXTO.- La desestimación del recurso obliga a condenar al recurrente al pago de las costas procesales (art. 901 LECrim).

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.- DESESTIMAR el recurso de casación interpuesto por **Rodolfo** contra Sentencia de Apelación dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 6 de julio de 2021, que desestimaba el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección Sexta) que le condenaba como autor penalmente responsable de un delito de abuso sexual.

2.- Imponer a Rodolfo el pago de las costas de este recurso.

Comuníquese esta resolución al Tribunal Sentenciador a los efectos procesales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Julián Sánchez Melgar Antonio del Moral García

Carmen Lamela Díaz Leopoldo Puente Segura

Javier Hernández García