

EDJ 2011/242263

Tribunal Supremo Sala 2ª, S 14-10-2011, nº 1045/2011, rec. 10365/2011

Pte: Berdugo y Gómez de la Torre, Juan Ramón

Comentada en "¿Es necesaria (o conveniente) la tipificación de la difusión de grabaciones privadas de contenido íntimo, a las que puede acceder desde redes informáticas, o es suficiente con la reforma del tipo genérico de revelación de secretos, para la tutela penal de"

Resumen

No ha lugar a los recursos de casación interpuestos por el acusado y la acusación particular contra sentencia parcialmente absolutoria dictada en causa seguida por delitos de usurpación del estado civil, abusos sexuales, contra la intimidad personal, estafa y usurpación. Subraya el Alto Tribunal que el invocado acceso previo a la intimidad de las víctimas por su condición de médico no autoriza al recurrente a violar el derecho fundamental a la intimidad de sus pacientes. Se trata de un derecho básico del ser humano que proscribe la injerencia de quien su titular no desee en el ámbito de su personalísima privacidad, que no cabe entender renunciado por el hecho de ir a una consulta médica. Por ello mismo respecto al caso de autos, resulta sencillamente inadmisibile la alegación del acusado de que, por tratarse de un paciente, esté exento de la obligación constitucional y penal de respetar el bien jurídico protegido de su intimidad.

NORMATIVA ESTUDIADA

LO 10/1995 de 23 noviembre 1995. Código Penal
art.8.4 , art.131 , art.197.1 , art.401 , art.403 , art.637

CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española
art.17 , art.18.1 , art.24.2 , art.25.1 , art.36

RDLeg. de 14 septiembre 1882. Año 1882. Ley de Enjuiciamiento Criminal
art.338 , art.569 , art.688

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	3
FUNDAMENTOS DE DERECHO	7
FALLO	23

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

ABUSOS SEXUALES O DESHONESTOS

CONCEPTUACIÓN GENERAL

ÁNIMO LIBIDINOSO

FORMAS Y GRADOS DE EJECUCIÓN

Delito continuado

PENALIDAD

Concurso de delitos

PROCESO PENAL

Presunción de inocencia

Prueba

Declaración de la víctima

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

JUECES Y MAGISTRADOS

Derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley

En general

CONCURSO DE LEYES

SUPUESTOS DIVERSOS

DELITO

EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD

Prescripción

Interrupción de la prescripción

DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR

DERECHO A LA INTIMIDAD EN EL ÁMBITO PRIVADO

DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS

DERECHO A LA TUTELA DE JUECES Y TRIBUNALES

Proceso con todas las garantías

Inexistencia de violación del derecho

Presunción de inocencia

Facultades judiciales

Valoración de la prueba

ESTAFA

FALTAS

FALTAS

DOLO

PROCESO PENAL

Presunción de inocencia

INTRUSISMO

CONCEPTO

PROFESIONES

Médico

NON BIS IN IDEM

ALCANCE

PRINCIPIO DE LEGALIDAD

DE LAS INFRACCIONES PENALES

USURPACIÓN

DE ESTADO CIVIL

FICHA TÉCNICA

Favorable a: Acusación particular,Acusado; Desfavorable a: Acusación particular,Acusado

Procedimiento:Recurso de casación

Legislación

Aplica art.8.4, art.131, art.197.1, art.401, art.403, art.637 de LO 10/1995 de 23 noviembre 1995. Código Penal

Aplica art.17, art.18.1, art.24.2, art.25.1, art.36 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Aplica art.338, art.569, art.688 de RDLeg. de 14 septiembre 1882. Año 1882. Ley de Enjuiciamiento Criminal

Cita Ley 44/2003 de 21 noviembre 2003. Ordenación de profesiones sanitarias

Cita Ley 41/2002 de 14 noviembre 2002. Autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica

Cita art.576 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Cita art.76, art.95, art.197, art.483 de LO 10/1995 de 23 noviembre 1995. Código Penal

Cita LO 18/1994 de 23 diciembre 1994

Cita art.5.4, art.11.1 de LO 6/1985 de 1 julio 1985. Poder Judicial

Cita RD 127/1984 de 11 enero 1984

Cita art.9.1, art.9.3, art.10.1, art.18, art.24, art.81.1, art.117.1 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Cita art.497 de D 3096/1973 de 14 septiembre 1973. TR Código Penal, conforme a la L 44/1971

Cita art.717, art.741, art.849.1, art.849.2, art.852, art.901 de RDLeg. de 14 septiembre 1882. Año 1882. Ley de Enjuiciamiento Criminal

Jurisprudencia

Citada en el mismo sentido por SAP Madrid de 16 noviembre 2011 (J2011/277272)

Citada en el mismo sentido por SAP Barcelona de 17 mayo 2012 (J2012/136569)

Citada en el mismo sentido por SAP Sevilla de 4 mayo 2012 (J2012/194866)
Citada en el mismo sentido por SAP Sevilla de 23 febrero 2012 (J2012/57284)
Citada en el mismo sentido por SAP Madrid de 4 mayo 2012 (J2012/87481)
Citada en el mismo sentido por SAP Madrid de 26 marzo 2012 (J2012/90876)

Bibliografía

Comentada en "¿Es necesaria (o conveniente) la tipificación de la difusión de grabaciones privadas de contenido íntimo, a las que puede acceder desde redes informáticas, o es suficiente con la reforma del tipo genérico de revelación de secretos, para la tutela penal de"

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a catorce de octubre de dos mil once.

En los recursos de casación por Infracción de Ley y Vulneración de Preceptos Constitucionales que ante Nos pende, interpuestos por Evelio y por el ILUSTRE COLEGIO OFICIAL DE MEDICOS DE SANTA CRUZ DE TENERIFE, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 6ª, de fecha 15-12-2010, que condenó al acusado como autor penalmente responsable de un delito continuado de usurpación del estado civil, de dos delitos continuados de abusos sexuales, de tres delitos contra la intimidad personal y de una falta continuada de estafa; los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación y Fallo, bajo la Presidencia del Primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre, siendo también parte el Ministerio Fiscal y como parte recurrida, Agueda y Asunción, representadas por la Procuradora Dª Dolores Hernández Vergara y defendidas por los Letrados Dª Pino de la Nuez Ruiz y Dª María Angeles Jaime de Pablo, y estando dichos recurrentes representados por los Procuradores Sres. D. Paulino Rodríguez Peña y D. Carlos José Navarro Gutiérrez, respectivamente.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El Juzgado de Instrucción número 4 de La Laguna incoó Sumario con el número 1 de 2009, contra Evelio, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife cuya Sección 6ª con fecha 15-12-2010, en el Rollo número 12/2009, dictó sentencia, que contiene los siguientes:

"HECHOS PROBADOS:

Probado y así se declara que:

A).- Evelio, natural de Argentina, licenciado en medicina por la Universidad de La Plata, Buenos Aires, cuyo título fue homologado en nuestro país a los efectos de ejercer la profesión médica, de ahí que estuviere colegiado en el Colegio de Médicos de Santa Cruz de Tenerife desde el 1 de noviembre de 1.986 hasta junio de 1.999 con el no 3175 y desde 19 de mayo de 1.999 en el de Madrid con el num. NUM000 mayor de edad y ejecutoriamente condenado por delito de intrusismo profesional a la pena de 1 año de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión de médico durante igual período de tiempo en sentencia de 18 de diciembre de 1.998, dictada por el Juzgado de lo Penal no 2 de Santa de Tenerife, la cual fue declarada firme el 11 de mayo de 1.999, inhabilitación que se ejecutó entre los días 14 de febrero de 2.002 y 13 de febrero del año siguiente, ambos inclusive, vino desempeñando de manera ininterrumpida desde el año 1.996 hasta noviembre de 2.006, mes en el que fue detenido, en diversos consultorios médicos de esta isla funciones de ginecólogo sin estar en posesión del título de ginecología y obstetricia. Consultorios ubicados en La Laguna, primeramente en la Avenida de La Trinidad y luego en el no 24 de la C/ 6 de diciembre; en Santa Cruz de Tenerife, en la plaza de La Candelaria; en La Orotava, en el centro médico 'Quiquirá', sito en la Urbanización Las Araucarias de dicha localidad; en Güímar, en el no 42, 1o-F, de la Avenida Santa Cruz y también en la localidad sureña de San Isidro, término municipal de Granadilla de Abona.

Durante dicho período el procesado no sólo realizaba funciones de la referida especialidad (diagnósticos ginecológicos, seguimientos y controles de embarazos, ecografías vaginales y abdominales, toma de muestras para citologías, exploraciones vaginales, extracciones de pólipos, colocación de DIU, prescripción de mamografías y medicamentos con fines ginecológicos, etc.), sino que se atribuyó públicamente la condición de ginecólogo ante sus pacientes, entidades médicas y organismos no gubernamentales para los que trabajó: desde 1.993 a 2.003 para 'Aseica' y 'Previsas', entre las entidades médicas, en la actualidad absorbidas, respectivamente, por 'Mapre Familiar S.A.' y 'DKV Seguros y Reaseguros S.A.E.', donde figuraba como ginecólogo entre sus listados de facultativos; y para 'Médicos del Mundo' entre los organismos no gubernamentales.

Algunas de sus pacientes fueron:

Soledad, que lo fue, al menos, desde 1.989 hasta la detención de él en noviembre de 2006, acudiendo a sus sucesivos consultorios, primero en La Orotava, en el Centro Médico del Norte, en la Victoria de Acentejo, y finalmente en La Laguna, calle 6 de diciembre. A lo largo de este período, el acusado le realizó ecografías vaginales, extracción de muestras para citologías, seguimiento de un embarazo, colocación de un D.I.U y tratamiento de un quiste en un ovario.

Antonieta : que lo fue desde 1984 hasta su detención en noviembre de 2006, acudiendo a sus consultorios tanto en Santa Cruz de Tenerife como en La Laguna, en la C/Seis de diciembre, quien le efectuaba los reconocimientos ginecológicos anuales y en noviembre de 2006 le llegó a extirpar un pólipo en el cuello del útero emitiendo recetas.

Francisca : lo fue desde 2003 hasta su detención, acudiendo al consultorio en la calle 6 de diciembre, en La Laguna, atendiéndola en la primera consulta post-parto y le efectuó las revisiones ginecológicas anuales y extracción de muestras para citología.

Leticia : lo fue desde 1989 hasta su detención, acudiendo a sus consultorios de Santa Cruz de Tenerife y de La Laguna, en la C/ Seis de diciembre, realizándole las revisiones ginecológicas anuales y llegando a prescribirle tratamiento farmacológico por infección vaginal por candidas.

Miriam : lo fue entre los años 1997 a 2006, acudiendo a sus consultas de La Laguna de la Avda. de La Trinidad y de la C/ 6 de diciembre, asimismo le efectuó los reconocimientos ginecológicos anuales y le prescribió anticonceptivos orales. E : lo fue desde 1991 hasta 2006, acudiendo a sus consultas de La Laguna, donde le efectuó el seguimiento de su embarazo en el año 1997 y con posterioridad le efectuó las revisiones ginecológicas anuales y llegó a realizar ecografías vaginales.

Socorro : lo fue desde el año 1995 a octubre de 2005, realizándole las revisiones periódicas, citologías, exploraciones mamarias y ecografías vaginales, así como el seguimiento de su embarazo.

Mari Juana : lo fue desde el año 92 a marzo de 2005; primero, en Santa Cruz y, posteriormente, en las sucesivas consultas en La Laguna, donde le realizaba los reconocimientos ginecológicos anuales.

Agustina : lo fue desde el año 1992 hasta 2006; primero, en una Clínica en Candelaria, luego en Santa Cruz de Tenerife y en el último período en la clínica de la C/ 6 de diciembre de la Laguna, llevándole el seguimiento de sus dos embarazos, uno gemelar, años 1.992 y 1993 y el otro en el 2005, asimismo le insertó un D.I.U. en el 1998.

Candida : Fue paciente del acusado desde el año 2001 hasta 2006, realizando el seguimiento de sus dos embarazos en los años 2001 y 2005, practicándole ecografías de sus embarazos, así como citología correspondiente al segundo trimestre de tal embarazo realizándose el análisis citológico de las muestras extraídas por el mismo en el centro médico Quiquirá.

Delia : lo fue desde el año 2003 hasta noviembre de 2006, acudiendo generalmente al centro médico 'Quiquirá', sito en La Orotava, salvo en una ocasión que lo hizo a la consulta de La Laguna por problemas de agenda del procesado. En este período le realizó las revisiones ginecológicas anuales, toma de muestras para citología y diagnóstico de los resultados. Igualmente le prescribió anticonceptivos orales como Melodene 15 y Ginovin.

Felicidad : Fue su paciente desde 1993 hasta el 2007 en sus consultas de Santa Cruz de Tenerife y de la C/ 6 de diciembre de La Laguna. En este tiempo le realizó revisiones ginecológicas anuales y extirpó un pólipo a finales de 2006, cuyos resultados fue a recoger en enero de 2007.

Juana : Fue su paciente desde 2002 hasta 2007, practicándole revisiones ginecológicas anuales, con exploraciones, ecografías vaginales, toma de muestras para citología, le colocó un D.I.U. en su consultorio de la C/ 6 de diciembre de La Laguna y en octubre de 2002 le extirpó un pólipo endocervical.

Matilde : Fue su paciente desde 1991 hasta su detención, acudiendo a los consultorios de la Avda. de la Trinidad y C/ 6 de diciembre de La Laguna, inicialmente como beneficiaria de MUFACE y después a título particular. En ese período le efectuó revisiones ginecológicas periódicas, le colocó tres dispositivos intrauterinos (DIU) y le recetó hormonas para tratamiento de un quiste.

Ramona : Fue su paciente desde 1.991 hasta 1998, acudiendo siempre a la consulta de la Avda. Trinidad en La Laguna en su calidad de asegurada inicialmente en ADESLAS y posteriormente de PREVIASA.

Teodora, hija de la también paciente Piedad, siendo su paciente desde 1995 hasta principios de 2006 en la consulta de San Isidro, llegando incluso a trabajar en el mentado consultorio como secretaria algo más de un mes entre los años 2.001 y 2.002. Durante ese período le efectuó revisiones ginecológicas, extracción de muestras para citologías y le llegó a asistir en su embarazo.

Carla : Fue su paciente desde el año 2002 en adelante y además fue su secretaria en la consulta de La Laguna, C/ 6 de diciembre, y en tres o cuatro ocasiones en Güímar, desde el año 2004 hasta su detención.

Encarna : Fue su paciente, primeramente, en su consulta de la C/San Francisco de Santa Cruz de Tenerife entre 1994 y 1997 y después en La Laguna, en la C/ 6 de diciembre hasta 2001, realizándole el seguimiento del embarazo de su segundo hijo nacido en 2001, tratamiento de bultos en el pecho con prescripción de fármacos. Acudió a sus consultas, en un primer momento como asegurada de ASEICA, luego por MAPFRE y, por último, a título particular.

Inmaculada : Fue su paciente entre los años 2000 a 2006, en las consultas de Avda. Trinidad y de la C/ 6 de diciembre de La Laguna, realizándole las revisiones ginecológicas anuales y seguimiento de un embarazo en el año 2000. En octubre de 2006 le extirpó un pólipo del cuello del útero.

Marisa : Fue paciente del acusado desde 2002 hasta abril de 2004, siendo atendida en la consulta de la C/6 de diciembre, La Laguna y realizándole las revisiones ginecológicas anuales.

Pilar : Fue su paciente desde 2001 hasta 2006 en la consulta de la c/ 6 de diciembre de La Laguna. Le colocó un DIU y al año se lo tuvo que retirar por molestias. También le practicó las revisiones ginecológicas anuales.

Sonsoles : Empezó siendo paciente del acusado en 1992 como asegurada de ADESLAS, en Santa Cruz de Tenerife y después siguió yendo a sus consultas de La Laguna a título particular hasta finales de 2.006. En este período le puso dos DIU.

María Rosa : Fue su paciente en los años 1.995 y 1.996, acudiendo a la consulta de Santa Cruz de Tenerife, realizándole revisiones ginecológicas periódicas, así como un estudio hormonal.

Amanda : Fue su paciente desde 2001 hasta 2006, acudiendo a su consulta en La Laguna, C/ 6 de diciembre, realizándole revisiones ginecológicas periódicas.

Carlota : Fue su paciente desde 2001 hasta 2006 en su consulta de la C/ 6 de diciembre (La Laguna), practicándole revisiones ginecológicas periódicas.

Eduarne : Fue su paciente desde el año 1.999 hasta 2.001 en su consulta de Güímar, donde le efectuó revisiones ginecológicas anuales

Fidela : Fue su paciente desde 1999 a 2001, acudiendo a su consulta de La Laguna, C/ 6 de diciembre, donde le efectuaba las revisiones ginecológicas anuales, llegó a prescribirle tratamiento hormonal e, igualmente le detectó un quiste en un ovario, remitiéndola a la Seguridad Social cuando requirió intervención quirúrgica.

Lidia : fue su paciente desde 1995 hasta diciembre de 2005 en su consulta de Güímar y donde le efectuó las revisiones ginecológicas anuales y le realizó el seguimiento y control de diversos fibroadenomas en ambos pechos.

Natalia : fue su paciente desde 1995 hasta 2006, acudiendo inicialmente a la consulta de Santa Cruz de Tenerife y posteriormente a la de La Laguna, realizándole revisiones ginecológicas periódicas y el seguimiento de sus dos embarazos.

Trinidad : fue su paciente desde el año 2000 hasta el día de su detención en 2006 en su consulta de La Laguna (C/ 6 de diciembre), donde le realizaba las revisiones ginecológicas periódicas.

María Rosario : fue su paciente desde 2005 a 2006, acudiendo a su consulta de la C/ 6 de diciembre (La Laguna), donde le efectuó revisiones ginecológicas semestrales por tener pequeños bultos.

Aurelia : Fue su paciente en el consultorio de la C/ 6 de diciembre donde le hizo el seguimiento de su embarazo en el año 2006.

Claudia : fue su paciente desde 1990 hasta su detención en el año 2.006, acudiendo a sus consultas de Güímar, Santa Cruz de Tenerife y de La Laguna, primero en la Avda. de La Trinidad y posteriormente en la c/ 6 de diciembre, donde le hizo las revisiones ginecológicas anuales y el seguimiento de su embarazo en 1993.

Eugenia : quién acudió en una ocasión, en enero de 2005, a su consulta de San Isidro por tener molestias en un pecho, realizándole el acusado una citología y diagnosticándole que tenía 'glandulitas' y prescribiéndole vitaminas.

Josefa : Fue su paciente desde 1999 hasta su detención, realizándole revisiones ginecológicas periódicas y colocándole dos DIU.

B).- El procesado, consciente de su ilegítimo actuar como ginecólogo por carecer de la titulación correspondiente, con la finalidad de dotar de apariencia de legalidad a su proceder como tal suplantó ante determinadas pacientes la identidad de D. Sabino, al igual que él de nacionalidad argentina y que había regresado a su país de origen en el año 1.997, colegiado en el Ilustre Colegio de Médicos de esta provincia con el no NUM001 y en posesión del título homologado en España para ejercer válidamente como especialista en Ginecología y Obstetricia, hasta el extremo de entregarles tarjetas de visitas, expedirles recetas y solicitarles pruebas diagnósticas con su nombre, su número de colegiado y especialidad, así lo hizo: ante Adelina, que fue su paciente desde 1.993 hasta su detención en el año 2.006 y que siempre lo conoció como el Dr. Sabino, a quien incluso le entregó una tarjeta de visitas con dicho nombre; ante Dna. Esmeralda, que fue su paciente entre los años 2.000 y 2006 en sus consultas de La Laguna -6 de diciembre-, Güímar y San Isidro, y donde le realizó exploraciones ginecológicas y le llegó a colocar un DIU; ante Dna. Maribel, paciente de su consulta de San Isidro desde principio del año 2.006, donde le efectuó un reconocimiento ginecológico y le tomó muestras citológicas, prescribiéndole además tratamiento farmacológico en una receta con el cunco de 'Gabinete Médico de Especialistas. Dr. Sabino, Dr. Evelio y Dr. Gabriel " y en la que firmó como Sabino y puso su número de colegiado -no NUM001 -; ante Ascension que fue paciente suya hasta finales de 2.006 en el Consultorio de la C/ 6 de diciembre de La Laguna; ante Isabel, que igualmente lo fue en el año 2.006 en el centro médico 'Quiquirá' de la Orotava; ante Natividad en su consulta de Güímar, a quién, como el Dr. Sabino, le hizo el seguimiento de su embarazo en el año 1.999.

C).- Igualmente, Evelio, entre los años 2.004 y 2005 en su consulta de Güímar, aprovechando su condición de médico, la edad de Asunción, que por aquellas fechas contaba con 63 años al constar como nacida el día 31 de marzo de 1.942, su carencia de instrucción y experiencia ginecológica, pues sólo había acudido al ginecólogo a raíz de su menopausia, guiado por el ánimo exclusivo de satisfacer sus deseos libidinosos y bajo el pretexto de tratarle un problema de matriz baja, en diversas ocasiones, que no han podido concretarse, sin conocimiento por parte de Asunción que ello no obedecía a un fin terapéutico y sin su consentimiento le introdujo un consolador repetidas veces en su vagina que él denominaba 'pluma' o 'cono vaginal'.

Asunción presentó denuncia por estos hechos el 16 de marzo de 2.007 en el Juzgado de Instrucción no 4 de los de La Laguna.

Asimismo, en fechas no concretadas pero con posterioridad al año 1.992, en sus consultas de La Laguna y de la Plaza de La Candelaria, Santa Cruz de Tenerife, valiéndose igualmente de su condición de médico, la edad de la paciente y su falta de experiencia ginecológica, guiado por idénticos motivos lascivos y también bajo el subterfugio de tratarle idéntico problema de matriz baja realizó en varias ocasiones, que tampoco han podido determinarse, la misma maniobra Enma, nacida el 22 de octubre de 1.943, la cual también desconocía que ello no tuviese ninguna finalidad terapéutica, y que había acudido a su consulta como beneficiaria de la entidad aseguradora PREVIASA.

Ascension denunció estos hechos el mismo día y en el mismo Juzgado que Asunción.

Tanto Asunción como Enma abonaron el precio de las referidas consultas sin que él les hubiese prestado los servicios ginecológicos por los que habían acudido a ellas y sin que se hubiese podido determinar el precio exacto que pagaron.

D) Regido por similar propósito lujurioso, valiéndose de su condición de médico, de la falta de instrucción y experiencia ginecológica de Coral, que acudió por primera vez a su consulta en el año 1.993 como beneficiaria de la entidad Aseguradora 'Aseica' al figurar él en su listado de médicos, en fechas indeterminadas pero posteriores a ese año, en dos ocasiones, en su consultorio de la Avenida de La Trinidad, La Laguna, cuando aquella se encontraba tendida decúbito supino, con las piernas semiflexionadas en alto sobre los soportes de la camilla de exploración ginecológica con una sábana entre las piernas que le imposibilitaba ver lo que él hacía, bajándose los pantalones y los calzoncillos, le introdujo su pene en la vagina sin que ella en ningún momento fuese consciente de lo que le estaba

haciendo pues momentos antes, con el pretexto de tratarle un problema de matriz baja, le enseñó un aparato en forma de consolador comentándole que se lo iba a introducir en su vagina para paliar los efectos de dicha patología derivados, grabando los dos actos con una cámara de video que luego copió en un DVD, que tituló 'ligadura de trompas' donde se reflejaban las fechas de 21 de julio de 1.998 y 13 de julio de 1.999, el cual fue intervenido en el registro judicialmente autorizado en su domicilio, sito en el no NUM002 - NUM003 de DIRECCION000, CARRETE, el día 21 de noviembre de 2.006, sin que Miriam supiese en ningún momento que estaba siendo grabada.

Miriam denunció estos hechos, en el Juzgado de Instrucción no 4 de los de La Laguna, el día 16 de marzo de 2.007

Guiado por la misma intención libidinosa, aprovechando su condición de médico, la edad de Agueda, (55 años), al constar nacida en 1951, quién había acudido a su consulta por problemas ginecológicos y también su falta de experiencia en consultas de dicha índole, en fechas no concretadas de los años 2.005 y 2.006 y también bajo el argumento de tratarle un problema de matriz baja, en tres ocasiones, colocándola 'a gatas' sobre dos sillas y apoyando su cuerpo en la camilla de exploración, situándose él a su espalda, bajándose los pantalones le introdujo su pene en la vagina mientras la distraía con una amena conversación sin que ella fuese consciente en ningún instante de lo que él le estaba haciendo por no verlo habida su posición, grabando igualmente dichas escenas con una cámara de vídeo cuyas cintas fueron intervenidas en su coche que fue abierto después que él entregase las llaves a raíz del registro judicial efectuado en el consultorio de la C/ 6 de diciembre, La Laguna, grabaciones de las que desconocía su existencia.

Bernardina denunció estos hechos el mismo día que las anteriores y en el mismo órgano judicial.

Tanto Coral como Agueda abonaron el precio de las referidas consultas sin que él les hubiese prestado los servicios ginecológicos por los que habían acudido a ellas y sin que se hubiese podido determinar el precio exacto que pagaron.

Segundo.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"FALLO: Que debemos condenar y condenamos a Evelio, en quién no concurre ninguna circunstancia modificativa de su responsabilidad criminal, como autor penal y civilmente responsable de un delito continuado de usurpación del estado civil, de dos delitos continuados de abusos sexuales, de tres delitos contra la intimidad personal y de una falta continuada de estafa, a las siguientes penas:

1º).- Por el delito de usurpación del estado civil, a DOS años DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión de médico durante igual espacio temporal (art. 56.1.3o C.P.).

2º).- Por cada uno de los dos delitos continuados de abusos sexuales a OCHO AÑOS DE PRISIÓN, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; inhabilitación para el ejercicio de la profesión médica por tiempo de cuatro años por cada uno de ellos y la prohibición de residir y trabajar en los términos municipales donde residen Dna. Agueda y Dª Asunción (Arico y Gúmar, respectivamente) y también la de aproximárseles a menos de 500 metros o comunicarse con las mismas por cualquier medio, todo ello durante el tiempo de cumplimiento de la condena y durante cinco años más desde que obtenga la libertad definitiva.

3º).- Por cada uno de los tres delitos contra la intimidad personal, DOS AÑOS DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho sufragio pasivo durante igual período y dieciséis meses multa a razón de seis euros día, con la responsabilidad personal subsidiaria de un día de prisión por cada dos cuotas impagadas previa acreditación de insolvencia.

4º).- Y, por la falta de estafa continuada, CUARENTA Y CINCO días multa (45 días) a razón de igual cuota diaria (seis Eur.), con igual responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago previa acreditación de insolvencia (un día de prisión por cada dos cuotas impagadas).

En aplicación de las penas establecidas regirá el límite del triple de la más grave previsto en el artículo 76 del Código Penal EDL 1995/16398 .

Debemos absolver y absolvemos a Evelio de los delitos de intrusismo, de estafa, contra la administración de justicia en grado de tentativa y de dos delitos contra la intimidad personal y otros dos continuados de abusos sexuales de los que también venía acusado, con todos los pronunciamientos favorables hacía su persona.

El procesado estará obligado al pago de siete catorceavas partes de las costas procesales, incluyendo las de las acusaciones particulares en la parte que corresponda, declarando de oficio las siete catorceavas partes restantes.

Evelio deberá indemnizar a Agueda en la suma de once mil euros (11.000 Eur.) y a Asunción a en la de nueve mil (9.000 Eur.), e interés, legal por dichas sumas devengado conforme a lo estipulado en el artículo 576 LECivil EDL 2000/77463 . También deberá abonarles el importe de las consultas donde se perpetraron los abusos sexuales, y que fueron por ellas satisfechas, cuyo importe deberá concretarse en ejecución de sentencia.

Absolvemos a DKV Seguros y Reaseguros S.A., Mapfre Familiar, Mapfre y Centro médico 'Quiquirá' de todas las pretensiones que en orden a la responsabilidad civil se dedujeron en su contra.

Una vez firme la presente resolución para el cumplimiento de la pena impuesta abónese al condenado el tiempo que lleva en prisión preventiva por esta causa."

Tercero.- Notificada la sentencia a las partes, se preparan sendos recursos de casación por vulneración de preceptos constitucionales e infracción de Ley, por las representaciones procesales de Evelio, del ILUSTRE COLEGIO DE MEDICOS DE SANTA CRUZ DE TENERIFE y de Agueda que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos; por Decreto del Ilmo. Sr. Secretario de la Sala Segunda de esta Tribunal se dispuso tener por desistido el recurso de casación de Agueda, continuando su recurso como parte recurrida así como de Asunción.

Cuarto.- Las representaciones procesales de los recurrentes Evelio y del ILUSTRE COLEGIO DE MEDICOS DE SANTA CRUZ DE TENERIFE basan sus recursos en los siguientes MOTIVOS DE CASACION.

1. RECURSO DE Evelio.

I.- INFRACCION DE PRECEPTOS CONSTITUCIONALES, ART. 5.4º LOPJ EDL 1985/8754 , CONCRETAMENTE VULNERACION DE LOS ARTS. 17 Y 24 CE EDL 1978/3879, ASI COMO LA INTERPRETACION QUE DE ELLOS SE HACE EN LA STS DE 17 DE OCTUBRE DE 2001.

II. INFRACCION DE PRECEPTOS CONSTITUCIONALES, ART. 5.4º LOPJ EDL 1985/8754 , CONCRETAMENTE VULNERACION DE LOS ARTS. 18 Y 24 CE EDL 1978/3879, ASI COMO LA INTERPRETACION QUE DE ELLOS SE HACE EN LA STS DE 23 DE SEPTIEMBRE DE 2010 Y DE 29 DE SEPTIEMBRE DE 2000.

III.. INFRACCION DE PRECEPTOS CONSTITUCIONALES, ART.5.4º LOPJ EDL 1985/8754 , CONCRETAMENTE VULNERACION DEL ART. 24 CE. EDL 1978/3879

IV. INFRACCION DE PRECEPTOS CONSTITUCIONALES, ART..5.4º LOPJ EDL 1985/8754 , CONCRETAMENTE VULNERACION DEL ART. 24 CE. EDL 1978/3879 , CONCRETAMENTE EL DERECHO DE CONTRADICCION.

V.. INFRACCION DE PRECEPTOS CONSTITUCIONALES, ART..5.4º LOPJ EDL 1985/8754 , CONCRETAMENTE VULNERACION DEL ART. 24 CE. EDL 1978/3879 , CONCRETAMENTE DEL DERECHO DE PRESUNCION DE INOCENCIA.

VI. INFRACCION DE PRECEPTOS CONSTITUCIONALES, ART..5.4º LOPJ EDL 1985/8754 , CONCRETAMENTE VULNERACION DEL ART. 24 CE. EDL 1978/3879 , CONCRETAMENTE DEL DERECHO DE PRESUNCION DE INOCENCIA.

VII. INFRACCION DE DOCTRINA LEGAL. Al amparo del art. 849.1º LECr. EDL 1882/1 esta defensa sostiene que se ha infringido el art. 401 LO 10/95 EDL 1995/16398 CP y la interpretación de este precepto hacen las sentencias de este alto tribunal de fecha 23 de mayo de 1986 y de 15 de junio de 2009.

VIII. INFRACCION DE DOCTRINA LEGAL. Al amparo del art. 849.1º LECr. EDL 1882/1 esta defensa sostiene, subsidiariamente al motivo anterior, que se ha infringido el art. 401 LO 10/95 EDL 1995/16398 CP en conexión con el art. 131.1º LO 10/95 CP EDL 1995/16398 y la interpretación de este precepto hacen las sentencias de este alto tribunal de fecha 23 de mayo de 1986 y de 15 de junio de 2009.

IX.. INFRACCION DE DOCTRINA LEGAL. Al amparo del art. 849.1º LECr. EDL 1882/1 esta defensa sostiene que se ha infringido el art. 197.1º LO 10/95 EDL 1995/16398 CP en conexión con el art. 131.1º LO 10/95 CP EDL 1995/16398 y la interpretación de este precepto hacen las sentencias de este alto tribunal de fecha 30 de abril de 2007 y de 21 de marzo de 2007.

2. RECURSO DEL ILUSTRE COLEGIO DE MEDICOS DE SANTA CRUZ DE TENERIFE.

UNICO.- AL AMPARO DE LO DISPUESTO EN EL ARTICULO 849.1 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL EDL 1882/1 , POR INFRACCION DEL ARTICULO 403 DEL COGIDO PENAL, EN RELACION CON LOS ARTS. 15 Y 16 DE LA LEY 44/2003 DE 21 DE NOVIEMBRE DE ORDENACION DE LAS PRESIONES SANITARIAS EDL 2003/127263.

Quinto.- Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos no estimó necesaria la celebración de vista oral para su resolución y se opuso a la admisión impugnando subsidiariamente la totalidad de los motivos esgrimidos por las razones expuestas en su informe; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.- Hecho el señalamiento se celebró la deliberación prevenida el día 29/9/2011.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSO DE Evelio.

PRIMERO.-).- El motivo primero por infracción de preceptos constitucionales, art. 5-4 LOPJ EDL 1985/8754 , vulneración de los arts. 17 y 24 CE EDL 1978/3879, por cuanto la instrucción realizada por el Juzgado de Instrucción 4 de La Laguna es nula o parcialmente nula, dado que el mencionado juzgado ha instruido una causa por delitos cometidos en los años 1997 a 1999, mientras que ese juzgado instructor fue creado en 2004. Por tanto el juzgado instructor ha instruido una causa por delitos cometidos antes de su creación, por lo que ha vulnerado el art. 24 CE EDL 1978/3879 en cuanto al derecho al juez predeterminado por ley.

Por este motivo por la parte se interpuso en fecha 31-10-2008 escrito planteando un incidente de nulidad de actuaciones y una falta de competencia del juzgado instructor ya que un órgano jurisdiccional creado después de la comisión de un hecho delictivo no cumple con la exigencia de predeterminación. Mediante auto de 9-12-2008 el Juzgado de Instrucción 4 de La Laguna desestimó el incidente de nulidad alegando que los delitos de abusos sexuales son conexos con un delito de intrusismo profesional, delito éste continuado y cometido hasta que el recurrente fue detenido en este procedimiento.

Esta causa de nulidad fue reiterada en el escrito de conclusiones y desestimada en la sentencia ahora recurrida. El recurrente insiste en que durante la instrucción se ha vulnerado el derecho a un juez predeterminado por la ley en el ámbito temporal, dado que el criterio de la Audiencia de que algunas conductas delictivas las desarrolló hasta el 2006, no puede ser acogida por:

A) Las conductas delictivas a las que hace referencia la sentencia son los supuestos abusos sexuales cometidos sobre Asunción y Agueda y la sentencia impugnada no ha concretado la fecha en que se cometieron los hechos relativos a la primera, pero que simplemente se manifiesta entre el 2004 y 2005 sin mayor concreción temporal, por lo que, de forma indiciaria, habría una nulidad parcial de la instrucción, pues el órgano instructor sólo era competente para instruir los supuestos abusos cometidos sobre Bernardina.

B) Si las conductas delictivas mencionadas en la sentencia son los supuestos delitos de usurpación de estado civil o intrusismo profesional, este criterio no se adecúa a los recogidos en la LECr. para la determinación de la competencia territorial y funcional, al

deberse atender siempre al delito más grave para determinar las mencionadas competencias, delitos que fueron cometidos antes de la creación del órgano instructor.

Queja del recurrente que resulta infundada.

Como ha señalado el TC (STS 43/84, 8/98, 93/98, 35/2000) las cuestiones de competencia reconsiderables al ámbito de la interpretación y aplicación de las normas reguladoras de dicha competencia entre órganos de la jurisdicción ordinaria no rebasan el plano de la legalidad, careciendo, por tanto de relevancia constitucional.

El derecho al Juez predeterminado por la Ley únicamente puede quedar en entredicho cuando un asunto se sustraiga indebida o injustificadamente al órgano al que la Ley lo atribuye para su conocimiento, manipulando el texto de las reglas de distribución de competencias con manifiesta arbitrariedad, como señala la STC 25/2000 recogiendo lo ya expresado en la STC. 262/94 de 3.10.

Igualmente, en la STC 126/2000, de 26 de mayo, se expresa que la interpretación de las normas sobre competencia y, por consiguiente, la determinación del órgano judicial competente, son cuestiones que corresponden en exclusiva a los Tribunales de la jurisdicción ordinaria, por lo que, en realidad, el recurrente trata de trasladar a este Tribunal el problema legal de la determinación del Juez del caso cuyo discernimiento no nos compete cuando, como en este supuesto, los órganos judiciales han realizado una interpretación razonable de la legalidad procesal que, por serlo, no nos compete revisar ni sustituir y en el ATC de 7 de abril de 1997 se recuerda que constituye reiterada jurisprudencia de este Tribunal que el derecho al juez predeterminado por la Ley, reconocido en el art. 24.2 CE EDL 1978/3879 , configura la garantía de que el órgano judicial llamado a conocer del asunto haya sido creado previamente por la norma, esté investido de jurisdicción y competencia antes del hecho que motiva su actuación y de que su régimen orgánico no permita ser calificado de especial o excepcional (entre otras muchas, SSTC 47/1983, 148/1987, 39/1994 y 6/1997).

En la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 1999 se declara que en modo alguno ha sido vulnerado el derecho al Juez predeterminado por la ley, en concordancia con la doctrina de la Sala, recordándose la sentencia de 20 de febrero de 1995 y del Tribunal Constitucional (cfr. Sentencias 64/1997, de 7 de abril, y 4/1990, de 18 de enero, en cuanto el derecho al Juez predeterminado por la ley «exige, en primer término, que el órgano judicial haya sido creado previamente por la norma jurídica, que ésta le haya investido de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial y que su régimen orgánico y procesal no permita calificarle de órgano especial o excepcional». Y el mismo Tribunal Constitucional, en su Sentencia 193/1996, de 26 de noviembre, declara que el derecho al llamado juez legal comprende, entre otras consideraciones, la exclusión de las distintas modalidades del Juez «ad hoc», excepcional o especial, junto a la exigencia de la predeterminación del órgano judicial, predeterminación que debe tener por origen, una norma dotada de generalidad, y que debe haberse dictado con anterioridad al hecho motivador del proceso, respetando en todo, la reserva de ley en la materia (vid. STC 38/1991, con cita de otras muchas).

Y en la Sentencia también del Tribunal Supremo de 13 de enero de 1999 se declara que el conocimiento cierto con carácter previo a la iniciación de todo proceso penal de los órganos jurisdiccionales que han de intervenir en él es requisito necesario para dar satisfacción del derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2 de la CE EDL 1978/3879) cuyo contenido esencial viene integrado por tres pilares básicos: la prohibición de instituir órganos jurisdiccionales a no ser por una ley en sentido estricto, pero no necesariamente mediante ley orgánica (STC 95/1988, de 26-5 y 101/1984, de 8-11; la prohibición de Tribunales especiales, y la posibilidad de determinar con absoluta certeza el órgano llamado a resolver sobre un hecho delictivo desde el momento de su comisión.

Estos criterios de generalidad y anterioridad constituyen la garantía de la inexistencia de Jueces «ad hoc» (SSTC 199/1987, de 16-12 y 47/1983, de 31-5 y prohíben la aplicación retroactiva de normas modificadoras de la competencia.

El concepto de Juez ordinario predeterminado por la ley, a que se refiere el art. 24.2 de la CE EDL 1978/3879 , guarda, según recogen las SSTC 75/1982, de 13-12 y 4/1990, de 18-1), una innegable conexión con las cuestiones de competencia y puede quedar vulnerado cuando un asunto se sustrae indebida o injustificadamente de la jurisdicción ordinaria y se atribuye a una jurisdicción especial.

Cuando la disputa se centra en cuál debe ser el órgano jurisdiccional, al que, dentro de la jurisdicción ordinaria corresponde al conocimiento de determinado asunto, la decisión que resuelve tal disputa, aunque pueda entenderse contraria a las normas procesales, no entraña por sí misma una vulneración del derecho constitucional garantizado.

Pues bien con independencia de que la existencia de relación y conexidad entre los delitos de abuso sexual, contra la intimidad y delito de usurpación, resulta incuestionable, dado que se cometen aprovechando idénticas circunstancias y ocasiones, desde el momento en que en todos ellos el acusado hace valer su condición de médico y la falsa atribución de su especialidad en ginecología, y todos ellos se producen hasta el momento de su detención en noviembre de 2006, fecha en que el Juzgado de Instrucción num. 4 de La Laguna ya había sido creado, lo cierto es que el problema planteado en la faceta material del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, relativo al dies a quo, si el juez debe estar predeterminado en el momento en que se inicia el proceso o más bien en el momento en que acaecieron los hechos que dan lugar al proceso, hay argumentos prácticos no desdeñables en favor de la primera alternativa, dado que no es infrecuente que los procesos comiencen mucho después que se produzcan los hechos de los que tienen causa, se podrían producir bizantinas discusiones sobre el momento fáctico relevante para la determinación del juez competente y, sobre todo, podría concluir a la frecuente aplicación de normas derogadas sobre organización judicial; ultraactividad normativa que no dejaría de ser engorrosa y tal vez costosa. Por ello parece excesivo afirmar que en todo caso, el juez debe estar predeterminado también respecto a los hechos que dan origen al proceso. La conclusión sería distinta, por supuesto, si en un caso concreto se demostrara que la alteración competencial ocurrida después de los hechos pero antes del proceso, no responde a razones objetivos sino que se trata de una maquinación fraudulenta para encubrir la creación de un verdadero Tribunal de excepción.

Situación que no es la contemplada en el caso analizado en el que el recurrente no cuestiona la competencia de los Juzgados de Instrucción en San Cristóbal de La Laguna, sino concretamente la del num. 4 por su fecha de creación, olvidando que el acuerdo del

juez ordinario predeterminado por la ley no comprende las normas de reparto entre órganos con la misma jurisdicción y competencia territorial (STS 629/2011 de 23-6).

La STS. 406/2007 de 4.5, señala que: Las normas de reparto constituyen reglas o criterios internos que en los partidos judiciales y otras demarcaciones, con varios órganos de la misma clase, se establecen con la finalidad de distribuir entre ellos el trabajo. Dichos órganos deben tener la misma competencia territorial, objetiva y funcional y desde luego tales normas no sirven para establecer una competencia que inicialmente ya les corresponde, aunque sea con carácter provisional. Lógicamente tales aspectos no tienen repercusión alguna en orden a la determinación del juez natural..."En definitiva cualquier infracción de las normas de reparto no tiene repercusión competencial...".

A este respecto dice la STC. 25.2.2003 :..."sin que en principio, las normas de reparto de los asuntos entre diversos órganos judiciales de la misma jurisdicción y ámbito de competencia, afecte al Juez legal o predeterminado por la Ley, pues todos ellos gozan de la misma condición legal de juez ordinario".

Evidentemente, si el único significado de las normas de reparto es una correcta y proporcional distribución de la carga de trabajo jurisdiccional entre los diferentes órganos judiciales que comparte una única y misma competencia, nunca puede transformarse un incumplimiento de las normas que regulan ese reparto en vulneración del derecho al Juez competencialmente ordinario y por ende del derecho constitucional al juicio justo y con garantías, salvo en la exclusiva hipótesis de que se advierta la constancia de que por esa vía se ha quebrado la garantía del Juez imparcial, exigida también como otro derecho fundamental de quien es sometido a juicio.

Criterio reiterado en la STS. 55/2007 de 23.1, con cita en la STS. 10.9.97 :

..."el reparto sólo supone una distribución de asuntos -entre distintos órganos- que no puede afectar a su competencia objetiva y funcional y, en ningún caso, trascendería a un derecho fundamental, de tal modo que supusiera una vulneración del derecho al Juez ordinario a que se refiere el texto constitucional...", y la STC de 26 de junio de 2000, que dice: "El derecho constitucional al juez ordinario predeterminado por la ley, reconocido en el art. 24.2 CE EDL 1978/3879 , exige que el órgano judicial haya sido creado previamente por la norma jurídica, que ésta le haya investido de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial, y que su régimen orgánico y procesal no permita calificarle de órgano especial o excepcional, sin que, en principio, las normas de reparto de los asuntos entre diversos órganos judiciales de la misma jurisdicción y ámbito de competencia, afecte al juez legal o predeterminado por la ley, pues todos ellos gozan de la misma condición legal de juez ordinario, por lo que la interpretación y aplicación de las normas de reparto de asuntos es ajena al contenido constitucional del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley...".

Consecuentemente el motivo debe ser desestimado, por cuanto el derecho al juez predeterminado por la ley únicamente puede quedar en entredicho cuando un asunto se sustraiga indebida o injustificadamente al órgano que la ley lo atribuye para su conocimiento, manifestando el texto de las reglas de atribución de competencia con manifiesta arbitrariedad (STC 35/2000, de 14-2).

SEGUNDO.- El motivo segundo por infracción de preceptos constitucionales, art. 5-4 LOPJ EDL 1985/8754 , vulneración de los arts. 18 y 24 CE EDL 1978/3879.

Se denuncia en el motivo que la entrada y registro en el domicilio del recurrente es nula puesto que no estuvo presente en dicho domicilio aunque se encontraba detenido cuando dicho registro se practicó y en condiciones de acudir a dicho registro.

En la presente causa se realizaron cuatro entradas y registros simultáneos, pero tan sólo una de ellas en el domicilio del recurrente, las otras tres fueron entradas y registros en consultorios médicos sin embargo sí estuvo presente en el registro de uno de los consultorios, el sito en la c/ 6 de diciembre de La Laguna, sin que conste en las actuaciones que se le preguntara si deseaba designar a una persona de su confianza para que estuviera presente en el registro de su domicilio.

Se añade que no obsta a este motivo de nulidad el hecho de que hubiera testigos presentes en la entrada y registro, ya que estando el imputado detenido y en condiciones de acudir, no procede el registro domiciliario con testigos y además, parte de la entrada y registro del domicilio se realizó si en la presencia de dichos testigos- así a los folios 40, 41- consta que la entrada en el domicilio se realizó a las 17,45 horas y los testigos comparecieron a las 18,00.

Por ello la prueba de cargo encontrada en su domicilio consistente en el CD rotulado como "ligaduras de trompas" en el que está recogida la grabación de la relación sexual con Coral y los vibradores etiquetados como B 201 y B 202 a los que hace referencia la sentencia como prueba de cargo en el hecho probado C) y en el fundamento jurídico 2-B, es nula y no puede ser tomada como prueba de cargo válida para enervar la presunción de inocencia del acusado, en el supuesto delito de abuso sexual concretado en la persona de Asunción.

Debemos recordar que el interés que viene a proteger el art. 569 LECr. EDL 1882/1 , al exigir la presencia del interesado o de la persona que legítimamente la represente, en el registro, opera en dos planos distintos si bien igualmente relevantes: la afectación del derecho a la intimidad del domicilio y del derecho de defensa, en cuanto a la posibilidad real y efectiva de intervenir en la diligencia de la que puedan derivarse consideraciones incriminatorias.

En la determinación de ese interés no puede obviarse la finalidad de investigadora del registro. El resultado de la diligencia, es decir, el hallazgo y obtención de efectos relevantes para el investigación del hecho punible, habitualmente accederá al proceso como prueba reconstituida, por la evidente imposibilidad de reproducirla en el acto del juicio oral, de forma que el único modo que el imputado tiene de hacer efectivos sus derechos de defensa y contradicción es la intervención en el registro, ya que en el acto del plenario la contradicción a que se va a someter es únicamente formal y en ningún caso podrá ya cuestionar la materialización de la diligencia.

En este sentido en STS 7781/2010 de 23-9 y 199/2011 de 30-3 hemos recordado ciertamente la jurisprudencia es uniforme en exigir la presencia del interesado -persona investigada- en la realización del registro en aquellos casos en los que se halle detenido y aun en el supuesto en que sea distinta del titular del domicilio o este se halle presente o rehuse su presencia en la diligencia. Tal presencia, si es

posible, viene reclamada por las exigencias contradictorias de que debe rodearse toda diligencia de prueba y más por las características de los registros domiciliarios en los que la ausencia de contradicción en el acto del mismo en que se lleva a cabo no puede cumplirse por la actividad contradictoria que posibilita el debate del juicio oral. Por tanto, de encontrarse detenido el interesado, su presencia en el registro es obligada, no siendo de aplicación las excepciones establecidas en los párrafos 2 y 3 del art. 569 LECrim. EDL 1882/1 (SSTS. 833/97 de 20.6, 40/99 de 19.1, 163/2000 de 11.2, 1944/2002 de 9.4.2003).

Ahora bien esta Sala Segunda ha admitido la regularidad de la ausencia del interesado detenido cuando se encontraba presente en un registro en otro domicilio (STS. 3.10.2009), siendo precisamente estos supuestos en los que deben practicarse varios registros simultáneamente los que constituyen una de las excepciones, al requisito de la presencia del interesado ya detenido, admitidas por nuestra jurisprudencia, STS. 947/2006 de 26.9, que se refiere al caso de que se efectúen simultáneamente varios registros en distintos lugares, lo que, obviamente, imposibilitaría la presencia simultánea del "interesado" en varios domicilios a la vez.

Asimismo cabe afirmar que el hecho de que el acusado se encuentre detenido en lugar distinto de aquél en el que se va a realizar el registro no es motivo en sí mismo para excepcionar su presencia, salvo que por la distancia se ponga de manifiesto una evidente imposibilidad de traslado y cuando al ausencia se considere razonables y adecuada ante el riesgo de que el retraso en efectuar el registro permitiera la ocultación o destrucción de las eventuales pruebas que con la diligencia se persiguen (STS 19-3-2001).

El motivo debe ser desestimado.

En primer lugar el auto que autorizó la entrega y registro (folios 26 a 30) lo fué en relación al domicilio del recurrente en Santa Cruz de Tenerife, denominado DIRECCION000 y en los tres consultorios en lo que trabajaba, entre ellos el de la C/ 6 de diciembre, del municipio de La Laguna, acordando expresamente su realización de forma simultánea y en horas diurnas. En este extremo conviene precisar que por lo que se refiere a despachos profesionales, consultas u otros espacios que constituyen lugares de trabajo, la línea jurisprudencial más común es considerar que sí precisan de autorización judicial para el registro, dada -y más en el caso concreto de médicos- la naturaleza de la efectividad desarrollada y la eventualidad de que en el transcurso del registro se descubran datos o efectos reservados afectando a la intimidad y ámbito privado de las personas.

Siendo así el acusado en la práctica simultánea de los registros fue hallado en la consulta de La Laguna, siéndole notificado el auto autorizante en que le constaba que se iba a practicar diligencia de entrada y registro en su domicilio, sin que el hoy recurrente solicitara estar presente en este registro, siendo evidente que no podía estarlo en los cuatro a la vez

En segundo lugar la inicial ausencia de los testigos que sustituyen la presencia del interesado, convertirá la diligencia en un acto procesal irregular por su realización sin observancia de la disciplina de garantía que previene la Ley Procesal, pero no sería una actuación con vulneración de derechos fundamentales pues la inviolabilidad del domicilio aparece concretamente enervado mediante la autorización judicial, pero en esa realización se habrían omitido las prevenciones legales previstas para afirmar la corrección de la diligencia, lo que la convertiría en irregular y, por lo tanto ineficaz, por una hora, para la acreditación del hecho que pudiera resultar de la injerencia (STS. 436/2003 de 20-3), pero no empecería que los hechos pudieran acreditarse por otras pruebas que acreditaran la realidad del resultado de la diligencia (STS 262/2006, de 14-3).

En el caso presente tal y como consta en el acta que documental de entrada y registro en el domicilio de Evelio, se consigna el número de los agentes que intervienen, y se hace en presencia de la secretaria judicial iniciándolo a las 17,45, siendo a las 18,00 horas cuando llegan dos testigos Nemesio (inquilino de la vivienda), y Florencia, y es tras su llegada cuando en habitación anexa al baño (folio 42) se encuentra un porta DVD, marca IKEA, que contenía 12 dvds (ver diligencia de apertura en caja precintada) entre ellos el rotulado "ligadura de trompas" relativo a Coral y en el dormitorio un consolador rotulado como B.2002.

Y en tercer lugar la eventual nulidad de la prueba de intervención de los objetos en el registro no produciría los efectos pretendidos en el recurso.

En efecto debemos recordar la doctrina de esta Sala, mantenida entre otras en sentencias 416/2005 de 31.3, 261/2006 de 14.3, 25/2008 de 29.1, 1045/2009 de 4.11, 406/2010 de 11.5, al examinar cual es la trascendencia mediata a los efectos inhabilitantes de la prueba obtenida con violación del derecho fundamental, en el sentido de superar las diversas interpretaciones y la integración, en los más justos términos, de lo que el mandato legal contiene como severa proscripción del uso de prácticas constitucionalmente reprobables en la obtención de elementos probatorios y de la búsqueda de eficacia, en términos de estricta justicia, para el proceso penal, impone una alternativa, de la que se hacen eco sentencias como la del Tribunal Constitucional 8/2000 de 17.1 y la de esta Sala 550/2001 de 3.4, entre otras, asentadas sobre las siguientes aseveraciones en orden a la transferencia mediata de la nulidad por vulneración del derecho fundamental a una prueba que directamente no produjo esa vulneración:

a) que en primer lugar, hemos de partir de una fuente probatoria obtenida, efectivamente, con violación del derecho fundamental constitucionalmente conocido, y no afectada simplemente de irregularidad de carácter procesal, por grave que sea ésta.

b) que la nulidad institucional de una prueba en el proceso no impide la acreditación de los extremos penalmente relevantes mediante otros medios de prueba de origen independiente al de la fuente contaminada, pues si no existe una "conexión causal" entre ambos ese material desconectado estará desde un principio limpio de toda contaminación.

c) Por último, y esto es lo más determinante, que no basta con el material probatorio derivado de esa fuente viciada se encuentre vinculado con ella en conexión exclusivamente causal de carácter fáctico, para que se produzca la transmisión inhabilitante debe de existir entre la fuente corrompida y la prueba derivada de ella lo que doctrinalmente se viene denominando "conexión de antijuricidad", es decir, desde un punto de vista interno, el que la prueba ulterior no sea ajena a la vulneración del mismo derecho fundamental infringido por la originaria sino que realmente se haya transmitido, de una a otra, ese carácter de inconstitucionalidad, atendiendo a la índole y características de la inicial violación del derecho y de las consecuencias que de ella se derivaron, y desde una perspectiva externa, que

las exigencias marcadas por las necesidades esenciales de la tutela de la efectividad del derecho infringido requieran el rechazo de la eficacia probatoria del material derivado.

En definitiva, que para que tan nocivos efectos se produzcan es siempre necesario que la admisión a valoración de una prueba conculque también, de alguna forma, la vigencia y efectividad del derecho constitucional infringido por la originaria que, de este modo, le transmite una antijuricidad que la obligación de tutela de aquel derecho está llamada a proscribir. De no ser así, aunque la segunda prueba haya sido obtenida a causa de la constitucionalmente inaceptable, conservará su valor acreditativo, pues esa vinculación causal se ha producido en virtud de unos resultados fácticos que no pueden excluirse de la realidad y no existen razones de protección del derecho vulnerado que justifiquen unas consecuencias más allá de la inutilización del propio producto de esa vulneración.

Recordaba la STS 2210/2001 de 20.11, que el tema ha sido abordado en diversas sentencias del Tribunal Constitucional que han deslindado cuidadosamente la causalidad material de la causalidad jurídica en relación a la extensión que ha de dársele a la nulidad de una prueba y las consecuencias que de ella se deriven, de suerte que no es la mera conexión de causalidad la que permite extender los efectos de la nulidad a otras pruebas, sino la conexión de antijuricidad la que debe darse.

En palabras de la STS 161/99 de 3.11, es la conexión de antijuricidad con las otras pruebas lo que permite determinar el ámbito y extensión de la nulidad declarada, de suerte que si las pruebas incriminadoras "tuvieran una causa real diferente y totalmente ajenas (a la vulneración del derecho fundamental) su validez y la consiguiente posibilidad de valoración a efectos de enervar la presunción de inocencia sería indiscutible..." Doctrina que constituye un sólido cuerpo jurisprudencial del que pueden citarse las SSTC 81/98, 49/99, 94/99, 154/99, 299/2000, 138/2001.

En idéntico sentido podemos decir con la STS 498/2003 de 24.4 y la muy reciente 1048/04 de 22.9, que hay que diferenciar entre las pruebas originales nulas y las derivadas de estas ya directa o indirectamente, de acuerdo con lo prevenido en el art. 11.1 LOPJ. EDL 1985/8754, de aquellas otras independientes y autónomas de la prueba nula y ello porque si bien desde una perspectiva de causalidad material pueden aparecer conectadas con el hecho constitutivo de la vulneración del derecho deben estimarse independientes jurídicamente por proceder de fuentes no contaminadas, como serían aquellas pruebas obtenidas fruto de otras vías de investigación tendente a establecer el hecho en que se produjo la prueba prohibida, como sería el supuesto de nulidad de unas intervenciones telefónicas que no extendería a los conocimientos policiales exclusivamente obtenidos a través de vigilancias estáticas y seguimientos acordados al margen de aquella intervención, o bien en aquellos casos en los que no se de la llamada conexión de antijuricidad entre la prueba prohibida y la derivada.

En similar dirección el Tribunal Constitucional en reciente sentencia 66/2009 de 9.3, ha precisado que la valoración en juicio de pruebas que pudieran estar conectadas con otras obtenidas con vulneración de derechos fundamentales sustantivos requiere un análisis a dos niveles: en primer lugar, ha de analizarse si existe o no conexión causal entre ambas pruebas, conexión que constituye el presupuesto para poder hablar de una prueba derivada. Sólo si existiera dicha conexión procedería el análisis de la conexión de antijuricidad (cuya inexistencia legitimaría la posibilidad de valoración de la prueba derivada). De no darse siquiera la conexión causal no sería necesaria ni procedente analizar la conexión de antijuricidad, y ninguna prohibición de valoración de juicio recaería sobre la prueba en cuestión. En definitiva, se considera lícita la valoración de pruebas causalmente conectadas con la vulneración de derechos fundamentales, pero jurídicamente independientes, esto es, las pruebas derivadas o reflejas (por todas SSTC. 81/98 de 2.4, 22/2003 de 10.2).

Por último el Tribunal Constitucional ha afirmado que la valoración acerca de si se ha roto o no el nexo entre una prueba y otra no es, en sí misma un hecho, sino un juicio de experiencia acerca del grado de conexión que determina la pertinencia o impertinencia de la prueba cuestionada que corresponde, en principio, a los Jueces y Tribunales ordinarios, limitándose el control casacional a la comprobación de la razonabilidad del mismo (STC. 81/98 de 2.4, citando ATC. 46/83 de 9.2, y SSTs. 51/85 de 10.4, 174/85 de 17.12, 63/93 de 1.3, 244/94 de 15.9).

Por otra parte se ha mantenida la desconexión de antijuricidad por gozar de independencia jurídica, en supuestos de declaración de autoincriminación, no solo de acusado en plenario (SSTC. 136/2006 de 8.5, 49/2007 de 12.3) sino incluso de imputado en instrucción (SSTC. 167/2002 de 18.9, 184/2003 de 23.10) "en atención a las propias garantías constitucionales que rodean la práctica de dichas declaraciones que permite afirmar la espontaneidad y voluntariedad de las mismas". En igual dirección esta Sala, STS. 1129/2006 de 15.11, ha precisado que "En consecuencia, en las condiciones antes descritas, la confesión de los hechos por parte del imputado o acusado, que puede obedecer a distintas causas, debe entenderse como la consecuencia de una decisión suficientemente informada y libre, producto de una opción entre las distintas que la situación le ofrece, y cuyas consecuencias debe asumir. Es posible, por lo tanto, valorar tal declaración como prueba de cargo válida, en tanto que desvinculada de la prueba ilícita", y STS. 812/2006 de 19.7 "A este respecto, conocida jurisprudencia del Tribunal Constitucional (por todas, STC 8/2000, de 17 de enero), ha declarado que la nulidad constitucional de una prueba en el proceso no impide la acreditación de los extremos penalmente relevantes mediante otros medios de prueba que puedan considerarse jurídicamente independientes de la prueba contaminada, aun cuando estuvieran ligados a ella en el plano de la causalidad material. Un supuesto de este género es el que concurre cuando, por ejemplo, lo conocido inicialmente a través de una interceptación telefónica ilegítima, tiene luego válido acceso al juicio y al conocimiento judicial merced a la confesión de los acusados, que hubieran aceptado que, en efecto, los hechos postulados como tales por la acusación habían tenido ciertamente lugar.

Más en concreto la STC 136/2006, de 8 de mayo, se ha pronunciado sobre la legitimidad constitucional de la valoración de la prueba de confesión en supuestos como el presente, entendiendo que "los derechos a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpable y a que las declaraciones se presten con asistencia letrada son garantías constitucionales que constituyen medio eficaz de protección frente a cualquier tipo de coerción o compulsión ilegítima, por lo que el contenido de las declaraciones del acusado puede ser valorado siempre como prueba válida. En consecuencia, 'las garantías frente a la autoincriminación reseñadas permiten afirmar, cuando han sido respetadas, la espontaneidad y voluntariedad de la declaración. Por ello, la libre decisión del acusado de declarar sobre los hechos que se le imputan permite, desde una perspectiva interna, dar por rota, jurídicamente, cualquier conexión causal con el inicial acto

ilícito. A su vez, desde una perspectiva externa, esta separación entre el acto ilícito y la voluntaria declaración por efecto de la libre decisión del acusado atenúa, hasta su desaparición, las necesidades de tutela del derecho fundamental material que justificarían su exclusión probatoria, ya que la admisión voluntaria de los hechos no puede ser considerada un aprovechamiento de la lesión del derecho fundamental' (STC 161/1999 de 27.9)."

Ciertamente puede no ocurrir lo mismo cuando se trata de declaraciones sumariales temporalmente cercanas al hecho cuya existencia se ha obtenido con la prueba que luego se declara constitucionalmente ilícita. En esos casos, tanto si la declaración es policial como si es sumarial, la existencia del objeto obtenido ilícitamente condiciona la declaración del imputado, que tiende naturalmente a organizar su defensa partiendo de una realidad que en ese momento no se encuentra en situación de cuestionar. En algunos casos, en el momento en que se le recibe declaración ni el imputado ni su defensa han tenido oportunidad de conocer las condiciones en las que tal objeto ha sido conocido, obtenido e incorporado su existencia al proceso. Por ello, es preciso un examen detenido de cada caso para determinar si puede afirmarse que la confesión realizada lo fue previa información y con la necesaria libertad de opción y no de forma condicionada por el hallazgo cuya nulidad se declara posteriormente.

En el caso presente el propio acusado ha reconocido como de su propiedad el DVD en que constan los abusos sexuales a Coral si bien pretextó que fue realizada con el consentimiento de la grabada, así como la utilización de consoladores, como el intervenido como B 202, con las víctimas, aun negando la finalidad sexual y sí su uso con fines terapéuticos. Uso del consolador que fue reconocido por Asunción, en relación a dicha pieza de convicción.

TERCERO.- El motivo tercero por infracción de preceptos constitucionales, art. 5-4, en concreto vulneración del art. 24 CE EDL 1978/3879 , derecho a contradicción al no poderse garantizar la autenticidad, ni la integridad de los soportes audiovisuales examinados en la vista oral ya que la cadena de custodia fue vulnerada.

Se señala en el motivo que el material audiovisual e informativo incautado en los registros practicados el 21-11-2006 (folio 40 a 96) quedó en poder de los agentes del CNP y depositado en la Comisaría de la Laguna para proceder a su análisis. Posteriormente tras dicho análisis la jueza instructora remitió las piezas de convicción al juzgado instructor el 20-3-2007 (folio 413) y tras terminar la instrucción se remitieron a la Sección 3 de la Audiencia Provincial. Sin embargo con antelación se recibieron tan sólo las piezas de convicción que constan en los folios 3, 4 y 41 del sumario 12/09, por lo que la parte se opuso a la conclusión del sumario alegando que faltaban piezas de convicción.

Posteriormente se solicitó que se remitieran dichas piezas de convicción, para lo que se elevó el correspondiente oficio al Juzgado de Instrucción número 4 de La Laguna, contestando dicho Juzgado que se habían remitido todas las piezas a la Audiencia Provincial. La defensa volvió a solicitar que se recabasen las piezas de convicción que faltaban, reiterándolo en su escrito de defensa.

No obstante en la vista oral, al testificar los agentes del CNP NUM004 y NUM005 declararon que aún tenían en la Comisaría varios CDs, DVDs y otras piezas de convicción incautadas en los registros. A raíz de lo cual la Audiencia ordenó al CNP depositar las restantes piezas de convicción en el mencionado órgano jurisdiccional, pero traídas las piezas de convicción al plenario, según la defensa, faltan 3 cintas de cámara de Video y todas las tarjetas de memoria SD.

Por ello, se sostiene que se ha vulnerado el art. 24 CE. EDL 1978/3879 En primer lugar porque el material informático incautado se tiene que entregar en atención al juez de instrucción para su custodia, y sin embargo en el presente caso el material se incauta en noviembre de 2006 y se deposita en el juzgado en marzo de 2007.

Por otro lado faltan soportes audiovisuales incautados en las entradas y registros y depositados en Comisaría, por lo que no se puede garantizar que la cadena de custodia no haya sido vulnerada, ni que los soportes incautados no hayan sido sometidos a alteraciones, voluntarias o no.

Infracciones éstas que afectan al derecho de defensa, concretamente al medio de contradicción, art. 24-2-CE, dado que el acusado siempre ha sostenido que hay grabaciones íntegras de las relaciones sexuales en las que se aprecia que las víctimas prestan su consentimiento.

El motivo se desestima.

El problema que plantea la cadena de custodia, hemos dicho en STS 6/2010, de 27-1, 776/2011 de 20-7, es garantizar que desde que se recogen los vestigios relacionados con el delito hasta que llegan a concretarse como pruebas en el momento del juicio, aquello sobre lo que recaerá la inmediación, publicidad y contradicción de las partes y el juicio del tribunal es lo mismo; es decir, es necesario tener la seguridad de que lo que se traslada, analiza o, en este caso, se visiona, es lo mismo en todo momento, desde que se interviene hasta el momento final que se estudia y analiza.

Deben pues examinarse los momentos de recogida, custodia y examen de las piezas de convicción o cuerpo u objeto del delito a efectos de determinar la concreción jurídica de la cadena de custodia.

Lo hallado deber ser descrito y tomado con las debidas garantías, puesto en depósito con las debidas garantías y analizado con las debidas garantías. el art. 338 LECr. EDL 1882/1 , redacción dada por ley 13/20009 de 3-11, previene que los instrumentos, armas y efectos a que se refiere el art. 324 se recogerían de tal forma que se garantizase su integridad y el Juez acordará su retención, conservación o envío al organismo adecuado para su depósito.

En el caso analizado que hemos señalado en el motivo anterior como en acta de entrada y registro del domicilio de Evelio, por la Sra. Secretaría judicial que inscribe la mismo se detalla lo incautado, en concreto el DVD, marca Emetec, rotulado "ligadura de trompas" en el que aparecen los abusos sobre Coral; y el consolador B. 202 reconocido por Bernardina

La cadena de custodia aparece detallada en los autos. Así la relación de objetos obrantes en diligencia de 22-11-2006 ante el agente policial NUM006.

Estos efectos y soportes audiovisuales, algunos conteniendo grabaciones de películas, material pornográfico o grabaciones de relaciones sexuales del acusado que parecen consentidas, quedan depositadas en la Comisaría de la Laguna y se remite al Juzgado el resto del material (diligencias procesales 13540/2006 (folios 116 y ss)).

En el atestado NUM007 de 20-3-2007 (folio 498) se analiza el material audiovisual y el 14-3-2007 se localiza a la víctima Coral e inmediatamente el 20-3-2007 se remiten las cintas, incluyendo la rotulada como "ligadura de trompas" y se procede a su visionado el 23-3-2007 en presencia de los mismos agentes, letrados de la defensa y querellantes, Ministerio Fiscal, juez y secretario judicial.

En cuanto al registro realizado en el consultorio médico de La Laguna y en el vehículo propiedad del acusado cuyas llaves éste facilitó a la fuerza actuante, se localizan las piezas de convicción consistentes en tres cintas de vídeo en las que constan los abusos sobre Bernardina.

Estos soportes audiovisuales quedan depositados en la Comisaría de La Laguna para estudio e investigación junto al resto del material audiovisual intervenido para tratar de localizar a las víctimas, remitiendo el resto del material en caja sellada precintada que se abre ante el secretario judicial. El atestado NUM008, de 22-1-2007 (folios 398 a 403) hace constar cómo tras remitir el resto del material al juzgado, se analiza el material audiovisual y se localiza a la víctima, Bernardina, que denuncia y declara. Posteriormente, se remiten las cintas al juzgado que procede a su visionado (folio 532).

Siendo así en el motivo no se señala cuándo y en qué momento se produce la vulneración de la cadena de custodia, existiendo la presunción de que lo recabado por la Policía y el juez se corresponde con lo presentado el día del juicio como prueba, salvo que exista un soporte razonable de que hubiese tenido algún tipo de posible manipulación.

Por ello hemos dicho que la irregularidad de la cadena de custodia, de ser ese el caso, no constituye, de por sí, vulneración de derecho fundamental alguno, que tan sólo vendría dado por el hecho de admitir y dar valor a una prueba que se hubiera producido sin respetar las garantías esenciales del procedimiento y especialmente, el derecho de defensa, y en segundo lugar que las formas que han de respetarse en las tareas de ocupación, conservación, transporte y entrega de los objetos, que es el proceso al que denominamos genéricamente "cadena de custodia" no tiene sino un carácter meramente instrumental, es decir, que tan sólo sirve para garantizar que lo depositado en el juzgado y visionado es lo mismo que lo ocupado al inicio de las actuaciones; de modo que, a pesar de la comisión de algún posible error, ello no supone, por sí sólo, sustento racional y suficiente para sospechar siquiera que las cintas entregadas no fueran las originales.

Apuntar por ello a la simple posibilidad de manipulación para entender que la cadena de custodia se ha roto no parece aceptable, ya que debe exigirse la prueba de su manipulación efectiva (STS 629/2011 de 23-6; 776/2001, de 20-7).

Sin olvidar que la pericial de los agentes NUM009 y NUM010 de la Comisaría General de Policía Científica (folio 1563 a 1574) que examinaron las cintas a instancia del juez instructor fue clara en el sentido de que los soportes audiovisuales -que eran los originales intervenidos- no habrían sufrido alteración alguna, ni en las imágenes ni en el audio y aun siendo cierto que las imágenes de las cintas no comienzan en la primera escena grabada y el disco tiene más contenido, las imágenes anteriores no tenían trascendencia penal, como así lo corroboró el propio órgano instructor al ordenar examinar sólo el contenido de las mentadas imágenes (folios 1562 y ss) y lo verificó en el plenario el especialista que las analizó (agente n. NUM009) manifestando en la vista oral que nada tenían que ver con las objeto de pericia por cuanto él, aun no siendo objeto de la misma, llegó a visionarlas.

CUARTO.-) Respecto a a la no aportación al juicio oral de todas las piezas de convicción, dada su íntima conexión con el motivo cuarto por infracción de preceptos constitucionales, vulneración del art. 24 CE EDL 1978/3879 , concretamente el derecho de contradicción por cuanto a la defensa nunca se la ha permitido examinar la totalidad de las piezas de convicción incautadas, si cuando fueron remitidas al a audiencia al terminar la fase intermedia, ni cuando se puso la causa a disposición de la defensa para redactar el escrito de defensa, ni tampoco fueron remitidas a la Sala de vistas durante la celebración de la vista oral.

El motivo se remite al anterior insistiendo en que en ningún momento la defensa ha podido examinar al totalidad de las grabaciones y y que las remitidas no lo fueron en su totalidad al faltar varias de las piezas de convicción incautadas.

Debemos recordar que por cuerpo del delito se entiende la persona o cosa objeto del mismo. Por instrumento del delito todas aquellos objetos, armas y efectos de cualquier clase de los que hace uso el delincuente para la realización del acto punible. Por piezas de convicción se entienden todos los objetos, huellas y vestigios que pueden servir de prueba de la culpabilidad de alguna persona en relación con el delito perpetrado, es decir, todos aquellos objetos inanimados que pueden servir para atestiguar la realización de un hecho y que se hayan incorporado a la causa, bien uniéndolos materialmente a los autos, bien conversándolos a disposición del tribunal, siendo su presencia preceptiva -art. 688 LECr. EDL 1882/1 , - aunque es doctrina de esta Sala (STS 205/95, de 10-2; 954/95 de 26-9; 392/96, de 3-5; 1143/2000 de 26-6; 910/2005 de 8-7) que el incumplimiento de esta exigencia -que puede ser debido a diversas causas-, no supone, en principio quebrantamiento de forma reclamable por la vía del recurso de casación. Únicamente puede resultar relevante la omisión cuestionada cuando la parte que denuncia tal circunstancia hubiera exigido en su escrito de conclusiones provisionales, como medio de prueba, la presencia de dichas piezas de convicción en el local del tribunal y cuando esta omisión hubiera podido producir indefensión.

Por tanto, como excepción la omisión de lo dispuesto en el art. 688 puede motivar la casación cuando concurren los siguientes condicionamientos:

- 1) Cuando las piezas de convicción están incorporadas a la causa (insistió en este punto la S. 21-10-85).
- 2) La existencia de petición de parte en el escrito de conclusiones provisionales para completar otras pruebas personales (testifical o pericial).
- 3) Denuncia en el acto del juicio haciendo la protesta correspondiente y exponiendo lo argumentado que- según la parte- darían significación o valor probatorio a la exhibición, o especificando- de la S 2-6-86- "para que objeto concreto se querían estuvieran presentes".

4) Necesidad de la prueba que debe apreciar este tribunal al revisar la decisión denegatoria de la Audiencia Provincial, es decir, juzgar nuevamente sobre la pertinencia de la presencia y examen de las piezas de convicción en la doble vertiente material y funcional, pues sin un juicio positivo sobre este punto no puede hablarse de indefensión (STS. 27/2000, de 14-1; 910/2005, de 8-7).

En el caso que examinamos la defensa solicitó expresamente en el escrito de defensa que todos los soportes incautados estuvieran a disposición de las partes en la vista oral, y cuando las agentes NUM004 y NUM005 declarasen en el juicio oral que aún había material incautado en Comisaría, la Audiencia Provincial libró oficio a la Comisaría y se traen a la vista oral los resultados.

El recurrente afirma en el motivo que faltan algunas piezas de convicción pero no precisa cuál es su trascendencia como prueba de descargo, olvidando que no todo el material incautado es pieza de convicción sino solo aquél relacionado con la comisión del delito y que proporciona alguna indicación para formar juicio sobre el modo, circunstancias u ocurrencia del hecho delictivo en este caso las relaciones sexuales no consentidas.

Asimismo que el recurrente pudo acceder al material intervenido, que no tenía relevancia para la causa y solicitó su entrega se deduce de los folios 352, 3566, 393, 397, 424, 656, 804, 873, 914, 1087 y 1162, y que pudo visualizar su defensa los videos que constituyen piezas de convicción aparece en la diligencia de 22-3-2007 (folios 532 a 533) en la que consta la visualización por el letrado defensor en el mismo momento que los peritos ginecólogos y cuando estando ya las actuaciones en la Audiencias Provincial, solicita nuevamente visualizar estos videos se accede por la Sala, pudiendo haberlo en fecha 31-3-2010, con suficiente antelación al comienzo de las sesiones del juicio oral (folios 253 y 254 Rollo).

Consecuentemente no se ha producido vulneración del derecho de defensa y el motivo debe ser desestimado.

QUINTO.-) El motivo quinto por infracción de preceptos constitucionales, art. 5-4 LOPJ EDL 1985/8754 , concretamente vulneración del art. 24 CE EDL 1978/3879 , infracción del derecho a la presunción de inocencia, en lo que respecta al supuesto abuso sexual a Agueda al valorarse la prueba sin adecuarse a las reglas de la Lógica y/o sin valorar la prueba de descargo, dado que no es lógico que el tribunal sentenciador concluya que la víctima no supiera que estaba manteniendo una relación sexual cuando la propia Agueda manifestó que es capaz de distinguir una relación sexual y una exploración ginecológica y no cabe la menor duda de que lo que ocurrió, según los peritos que visionaron las cintas era inequívocamente una relación sexual.

Por otro lado estas manifestaciones, de la víctima y de los peritos, que sirven como prueba de descargo no han sido valoradas por el Tribunal en su fundamentación jurídica, por lo que se ha producido una valoración ilógica y sesgada de la prueba que ha vulnerado la presunción de inocencia.

a) En cuanto a la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, debemos recordar, SSTS. 241/2011 de 12.4, 77/2011 de 23.3, que nuestro sistema casacional no queda limitado al análisis de cuestiones jurídicas y formales y a la revisión de las pruebas por el restringido cauce que ofrece el art. 849.2 LECrim. EDL 1882/1 pues como señala la STC. 136/2006 de 8.5; en virtud del art. 852 LECrim EDL 1882/1 , el recurso de casación puede interponerse, en todo caso, fundándose en la infracción de un precepto constitucional, de modo que a través de la invocación del 24.2 CE EDL 1978/3879 (fundamentalmente, en cuanto se refiere al derecho a la presunción de inocencia), es posible que el Tribunal Supremo controle tanto la licitud de la prueba practicada en la que se fundamenta el fallo, como su suficiencia para desvirtuar la presunción de inocencia y la razonabilidad de las inferencias realizadas (por todas STC. 60/2008 de 26.5).

Por ello a través de un motivo de casación basado en la infracción del derecho a la presunción de inocencia, se puede cuestionar no solo el cumplimiento de las garantías legales y constitucionales de la prueba practicada, sino la declaración de culpabilidad que el Juzgador de instancia haya deducido de su contenido. Por tanto el acusado tiene abierta una vía que permite a este Tribunal Supremo "la revisión integra" entendida en el sentido de posibilidad de acceder no solo a las cuestiones jurídicas, sino también a las fácticas en que se fundamenta la declaración de culpabilidad, a través del control de la aplicación de las reglas procesales y de valoración de la prueba (SSTC. 70/2002 de 3.4 y 116/2006 de 29.4).

Así pues, al tribunal de casación debe comprobar que el tribunal ha dispuesto de la precisa actividad probatoria para la afirmación fáctica contenida en la sentencia, lo que supone constatar que existió porque se realiza con observancia de la legalidad en su obtención y se practica en el juicio oral bajo la vigencia de los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad, y que el razonamiento de la convicción obedece a criterios lógicos y razonables que permitan su consideración de prueba de cargo. Pero no acaba aquí la función casacional en las impugnaciones referidas a la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, pues la ausencia en nuestro ordenamiento de una segunda instancia revisora de la condena impuesta en la instancia obliga al tribunal de casación a realizar una función valorativa de la actividad probatoria, actividad que desarrolla en los aspectos no comprometidos con la inmediación de la que carece, pero que se extiende a los aspectos referidos a la racionalidad de la inferencia realizada y a la suficiencia de la actividad probatoria. Es decir, el control casacional de la presunción de inocencia se extenderá a la constatación de la existencia de una actividad probatoria sobre todos y cada uno de los elementos del tipo penal, con examen de la denominada disciplina de garantía de la prueba, y del proceso de formación de la prueba, por su obtención de acuerdo a los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad. Además, el proceso racional, expresado en la sentencia, a través del que de la prueba practicada resulta la acreditación de un hecho y la participación en el mismo de una persona a la que se imputa la comisión de un hecho delictivo (STS. 209/2004 de 4.3).

En efecto -como hemos dicho en STS. 294/2008 de 27.5, la valoración de la prueba una vez considerada como prueba regularmente obtenida bajo los principios que permiten su consideración como tal, esto es por su práctica en condiciones de regularidad y bajo los principios de inmediación, oralidad y contradicción efectiva, se desarrolla en dos fases.

- a) La percepción sensorial de la prueba.
- b) Su estructura racional.

La primera está regida por la intermediación, por la presencia del Tribunal ante el que se desarrolla la actividad probatoria atenta, por tanto, a lo que en el juicio se ha dicho y al contenido de la intermediación, la seguridad que transmite el compareciente e, incluso, las reacciones que provoca esa comparecencia y declaración.

La segunda aparece como un proceso interno del juzgador por el que forma su convicción a través de lo percibido, incorporando a esa percepción los criterios de la ciencia, de experiencia y de lógica que le llevan a la convicción.

Dejando aparte, por tanto, la percepción sensorial inmediata de la actividad probatoria, el segundo apartado antes enunciado puede ser objeto de control por el Tribunal encargado del conocimiento de la impugnación, pues esa valoración no requiere la percepción sensorial.

En este sentido la STS. 1507/2005 de 9.12, establece que: "El único límite a esa función revisora lo constituye la intermediación en la percepción de la actividad probatoria, es decir, la percepción sensorial de la prueba practicada en el juicio oral. Lo que el testigo dice y que es oído por el tribunal, y cómo lo dice, esto es, las circunstancias que rodean a la expresión de unos hechos. Esa limitación es común a todos los órganos de revisión de la prueba, salvo que se reitere ante ellos la prueba de carácter personal, y a ella se refieren los arts. 741 y 717 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1. El primero cuando exige que la actividad probatoria a valorar sea la practicada "en el juicio". El segundo cuando exige una valoración racional de la prueba testifical. Ambos artículos delimitan claramente el ámbito de la valoración de la prueba diferenciando lo que es percepción sensorial, que sólo puede efectuar el órgano jurisdiccional presente en el juicio, de la valoración racional, que puede ser realizada tanto por el tribunal enjuiciador como el que desarrolla funciones de control".

En definitiva, en cuanto al ámbito del control en relación a las pruebas de cargo de carácter personal que han sido valoradas por el tribunal de instancia en virtud de la intermediación de que se dispuso -y de la que carece como es obvio esta Sala casacional- se puede decir con la STS. 90/2007 de 23.1, que aborda precisamente esta cuestión, que en el momento actual, con independencia de la introducción de la segunda instancia, es lo cierto que reiterada jurisprudencia de esta Sala y del Tribunal Constitucional han declarado la naturaleza efectiva del recurso de casación penal en el doble aspecto del reexamen de la culpabilidad y pena impuesta por el Tribunal de instancia al condenado por la flexibilización y amplitud con que se está interpretando el recurso de casación desposeído de toda rigidez formalista y por la ampliación de su ámbito a través del cauce de la vulneración de derechos constitucionales, singularmente por vulneración del derecho a la presunción de inocencia que exige un reexamen de la prueba de cargo tenida en cuenta por el Tribunal sentenciador desde el triple aspecto de verificar la existencia de prueba válida, prueba suficiente y prueba debidamente razonada y motivada, todo ello en garantía de la efectividad de la interdicción de toda decisión arbitraria --art. 9-3º --, de la que esta Sala debe ser especialmente garante, lo que exige verificar la razonabilidad de la argumentación del Tribunal sentenciador a fin de que las conclusiones sean acordes a las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos.

Ahora bien como hemos dicho en STS. 545/2010 de 15.6, como no siempre la resolución de un recurso en el que se aduzca un error en la apreciación de las pruebas de carácter personal implica una valoración directa de tales pruebas que precise de la intermediación, si el tribunal se limita a supervisar externamente la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico resultante, esto es, cuando su intervención no consiste en enjuiciar el resultado alcanzado sino en realizar un control externo del razonamiento lógico seguido para llegar hasta él; desde esta perspectiva, el tribunal de casación puede revisar la estructura racional del discurso valorativo de la prueba efectuado por el Juez a quo, censurando aquellas fundamentaciones que resulten ilógicas, irracionales, absurdas o, en definitiva arbitrarias (art. 9.1 CE EDL 1978/3879), o bien que sean contradictorias con los principios constitucionales, por ejemplo, con las reglas valorativas derivadas del principio de presunción de inocencia o del principio "nemo tenetur se ipsum accusare", y en su caso, revocar la sentencia recurrida, sin necesidad del contacto directo con la prueba que proporciona la intermediación, por el referido control externo no implica por sí mismo una valoración de la prueba llamada a tener reflejo en la fijación del relato de hechos probados.

En resumen en las declaraciones personales (acusado, víctima, testigos), como pruebas directas, se debe distinguir un primer nivel dependientes de forma inmediata a la percepción sensorial, condicionado a la intermediación y por tanto, ajeno al control en vía de recurso por un tribunal que no ha contemplado la práctica de la prueba; y un segundo nivel, necesario en ocasiones, en el que la opción por una u otra versión de los hechos no se fundamenta directamente en la percepción sensorial derivada de la intermediación, sino en una elaboración racional o argumentativa posterior, que descarta o prima determinadas pruebas aplicando las reglas de la lógica, los principios de la experiencia o los conocimientos científicos.

Es decir, la garantía de intermediación y también las de publicidad y contradicción son garantías del acto de valoración de la prueba, del proceso de conformación de los hechos. En cuanto garantías institucionales no se extienden al proceso posterior de revisión de la condena cuando el mismo consista, no en volver a valorar las pruebas y en su caso, a modificar los hechos que se han de calificar penalmente, sino en advenir la correcta aplicación de las reglas que han permitido la conformación del relato inculpativo, la declaración de culpabilidad y la imposición de la pena. "Reglas entre las que se encuentran, desde luego todas las que rigen el proceso penal y la configuran como un proceso justo, con todas las garantías, las que inspiran el principio de presunción de inocencia y las reglas de la lógica y la experiencia conforme a las cuales han de realizarse las inferencias que permiten considerar un hecho como probado" (STC. 123/2005 de 12.5).

En definitivo sobre la cuestión del control casacional con la valoración probatoria, se ha dicho en STS 458/2009 de 13-4, reiterando al doctrina anterior, que ni el objeto del control es directamente el resultado probatorio ni se trata en casación de formar una convicción valorativa sin disponer de la imprescindible inculpativa que solo tuvo el tribunal de instancia. El objeto del motivo es la racionalidad misma de la valoración elaborada por éste a partir del resultado de las pruebas que presencié. No procede ahora, por tanto, que el recurrente infiera o proponga otra valoración distinta que desde su punto de vista se acomode mejor a su personal interés, sino que habrá de argumentar que es irracional o carente de lógica el principio valorativo expresado por el Tribunal de instancia.

Por ello recuerda la STA 1373/2009 de 28-12 el ámbito del control casacional en relación a la presunción de inocencia se concreta en verificar si la motivación fáctica alcanza el estándar exigible y si, en consecuencia, la decisión alcanzada por el tribunal sentenciador, en si misma considerada, es lógica coherente y razonables, de acuerdo con las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios

científicos, aunque puedan existir otras conclusiones, roque no se trata de comparar conclusiones sino más limitadamente, si la decisión escogida por el tribunal sentenciador soporta y mantiene la cadena (STS 68/98, 85/99, 117/2000, STS 1171/2001, 6/2003; 220/2004; 711/2005; 866/2005; 476/2006 y 548/2007, entre otras).

b) En relación a la motivación y valoración de la prueba de descargo, como hemos dicho, - SSTS. 1081/2009 de 11.11; 56/2009 de 3.2, 433/2007 de 23.5 -, de una parte, la motivación sobre los hechos y la motivación sobre la aplicación del derecho, o motivación de la subsunción, cuyas exigencias son distintas. La motivación sobre hechos supone la parte esencial de la exigencia motivadora en tanto es aquella por la que se conoce el proceso de convicción del Órgano Jurisdiccional sobre la culpabilidad de una persona, en el sentido de participación en el hecho delictivo imputado, la que justifica el ejercicio de la jurisdicción. Esta función sólo la puede realizar el Órgano Jurisdiccional que ha percibido la prueba con la inmediación derivada de la práctica de la misma.

Pero también hemos dicho que el fallo judicial que pone fin al proceso debe ser la expresión razonada de la valoración concreta e individualizada de los elementos que integran el conflicto, de las pruebas practicadas de cargo y de descargo y de la interpretación de la norma aplicada. Por ello mismo, la obligación de motivar -como manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva que ampara a todo justiciable- supone la necesidad de valorar tanto las pruebas de cargo presentadas por la acusación, como las de descargo practicadas a instancia de la defensa.

A este respecto, no resulta ocioso reiterar los criterios contenidos en la STS de 3 de mayo de 2.006, según la cual la sentencia debe expresar un estudio lo suficientemente preciso del catálogo probatorio, de su valoración respectiva y de su decisión, de suerte que una sentencia cuya decisión sólo esté fundada en el análisis parcial de sólo la prueba de cargo, o sólo la prueba de descargo, no daría satisfacción a las exigencias constitucionales del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 de la C.E EDL 1978/3879 . La parte concernida que viese silenciada, y por tanto no valorada el cuadro probatorio por él propuesto no habría obtenido una respuesta desde las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva, la resolución judicial no respondería al estándar exigible de motivación, y en definitiva un tipo de motivación como el que se comenta no sería el precipitado de la previa valoración y ponderación crítica de toda la actividad probatoria, sino por el contrario, estaría más próximo a esa inversión argumentativa que convirtiendo en presupuesto lo que sólo debería ser el resultado del proceso crítico valorativo, partiría de la voluntad del órgano judicial de resolver el caso de una determinada manera, para luego "fundamentarlo" con un aporte probatorio sesgado en cuanto que sólo utilizarían aquellos elementos favorables a la decisión previamente escogida, silenciando los adversos.

Tal planteamiento, no podía ocultar la naturaleza claramente decisionista/voluntarista del fallo, extramuros de la labor de valoración crítica de toda la prueba de acuerdo con la dialéctica de todo proceso, definido por la contradicción entre las partes, con posible tacha de incurrir en arbitrariedad y por tanto con vulneración del art. 9.3º de la C.E. EDL 1978/3879

Ciertamente esta exigencia de vocación de valoración de toda la prueba es predicable de todo enjuiciamiento sea cual fuese la decisión del Tribunal, absolutoria o condenatoria, ya que el principio de unidad del ordenamiento jurídico y de igualdad de partes no consentiría un tratamiento diferenciado, aunque, justo es reconocerlo, así como para condenar es preciso alcanzar un juicio de certeza -más allá de toda duda razonable según la reiterada jurisprudencia del TEDH, y en el mismo sentido STC de 13 de julio de 1998, entre otras muchas-, para una decisión absolutoria bastaría duda seria en el Tribunal que debe decidir, en virtud del principio "in dubio pro reo".

Así, a modo de ejemplo, se puede citar la sentencia de esta Sala 2027/2001 de 19 de noviembre, en la que se apreció que la condena dictada en instancia había sido en base, exclusivamente, a la prueba de cargo sin cita ni valoración de la de descargo ofrecida por la defensa.

En dicha sentencia, esta Sala estimó que "... tal prueba (de descargo) ha quedado extramuros del acervo probatorio valorado por el Tribunal, y ello supone un claro quebranto del principio de tutela judicial causante de indefensión, porque se ha discriminado indebida y de forma irrazonable toda la prueba de descargo, que en cualquier caso debe ser objeto de valoración junto con la de cargo, bien para desestimarla de forma fundada, o para aceptarla haciéndola prevalecer sobre la de cargo... lo que en modo alguno resulta inadmisibles es ignorarla, porque ello puede ser exponente de un pre-juicio del Tribunal que puede convertir la decisión en un a priori o presupuesto, en función del cual se escogen las probanzas en sintonía con la decisión ya adoptada....".

Ahora bien ello no comporta que el Tribunal sentenciador tenga que realizar un análisis detallado y exhaustivo de cada una de las pruebas practicadas pues cuando se trata de la motivación fáctica, recuerda la STS. 32/2000 de 19.1, la sentencia debe exponer cuál o cuáles son las pruebas que sustentan la declaración de hechos probados, al objeto de que, conocidas éstas, la parte tenga posibilidad real de impugnar la razonabilidad del criterio valorativo del juzgador y que el Tribunal de casación, pueda, asimismo, efectuar la función revisora sobre si el razonamiento de la resolución judicial impugnada es suficiente para cimentar el relato histórico, pero debe advertirse que la motivación fáctica adquiere especial importancia cuando el hecho probado se apoya en prueba indirecta o indiciaria, porque entonces, es del todo punto necesario la expresión de los razonamientos que han permitido al Tribunal llegar a las conclusiones adoptadas a través de un proceso deductivo derivado de unos hechos indiciarios indirectos, pero no es precisa una detallada argumentación cuando la prueba es directa, en cuyo caso la exigencia de motivación queda cumplimentada con la indicación de las pruebas directas de que se trate, pues, en tal caso, el razonamiento va implícito en la descripción de aquéllas.

Jurisprudencia STS. 540/2010 de 8.6 :

"En similar sentido la STS. 258/2010 de 12.3 precisa que "...la ponderación de la prueba de descargo representa un presupuesto sine qua non para la racionalidad del desenlace valorativo". Se toma en consideración por el Tribunal a quo es indispensable para que el juicio de autoría pueda formularse con la apoyatura requerida por nuestro sistema constitucional. No se trata, claro es, de abordar todas y cada una de las afirmaciones de descargo ofrecidas por la parte pasiva del proceso.

En palabras del Tribunal Constitucional exige solamente ponderar los distintos elementos probatorios, pero sin que ello implique que esa ponderación se realice de modo pormenorizado, ni que la ponderación se lleve a cabo del modo pretendido por el recurrente, sino solamente que se ofrezca una explicación para su rechazo (SSTC. 148/2009 de 15.6, 187/2006 de 19.6).

En el caso presente la sentencia de instancia, fundamento jurídico segundo bis pág 30 y ss), analiza la prueba obrante que acredita que las relaciones sexuales que el acusado mantuvo con Agueda no fueron consentidas.

Así valora la declaración de ésta que negó tal consentimiento al sostener que había acudido a la consulta por problemas ginecológicos y que jamás supo lo que le hacía ya que no lo veía y en todo momento pensó que estaba relacionado con el tratamiento adecuado a las dolencias que le diagnosticó -matriz baja-. Versión que la Sala entiende corroborada por lo visionado de las cintas grabadas por el acusado sobre las relaciones sexuales, identificadas como VID.1 y VID.2 (escena 11 de la primera y escena 4 y 6 de la segunda) en las que se pudo ver claramente como la introduce el pene en la vagina y como por el tipo de posición en la que se hallaba ("a gatas" con una paño que le cubría parte de su cuerpo) al igual que la del procesado, a espaldas de Agueda y ésta no podía ver lo que le hacía; y por el contenido de las conversaciones mantenidas con el acusado en esos instantes, que distan mucho de las que se tienen en el contexto de unas relaciones sexuales consentidas comparándolas con las existentes en las otras grabaciones obrantes en la causa relativas a relaciones consentidas y que también fueron efectuados por él. En el caso de Agueda son conversaciones relativas a sus hijos y nietos y sus ocupaciones laborales y escolares: es decir, como señala la sentencia- ningún comentario relacionado con el acto sexual que en ese momento estaba realizando y que según él era con su consentimiento.

Declaración inculpativa de la víctima practicada en el plenario hábil para enervar el derecho fundamental a la presunción de inocencia (STS 625/2010, de 6-7; 958/2010, de 10-11) y que no ha desvirtuado por la interesada interpretación que hace el recurrente de un reconocimiento en el plenario de que distingue la diferencia entre una exploración ginecológica y una relación sexual, ni por el informe de los peritos ginecológicos. Hecho que asimismo ni de su ratificación en el juicio oral, se puede concluir que afirmar que el acto sexual que se reflejan los videos - que no se reconoce ningún atisbo de lo que se considera un acto médico de los que tiene lugar entre un paciente y un ginecólogo- sea una relación consentida, no siendo ocioso recordar que el informe de la perito psicóloga, judicialmente asignada, folios 1230, ratificado en el plenario, señala que Agueda, al igual que otra víctima, Maribel, presente una grave sintomatología derivada de la constatación que ha sido víctima de abusos.

Consecuentemente el juicio de inferencia de la Sala de que las relaciones sexuales mantenidas con el acusado no fueron consentidas, no puede tacharse de que sea contrario a las reglas de la lógica, irracional o máximas de experiencia, por lo que el motivo debe ser desestimado.

SEXTO.-) El motivo sexto por infracción de preceptos constitucional, art. 5-4 LOPJ EDL 1985/8754 , concretamente vulneración del art. 24 CE EDL 1978/3879 , infracción del derecho a la presunción de inocencia en lo que respecta al supuesto abuso sexual a Asunción, al haber valorado la sentencia impugnada la prueba sin atenerse a las reglas de la Lógica y/o sin valorar la prueba de descargo.

La sentencia declara probado que el acusado en sucesivas consultas introdujo, con ánimo libidinoso, en diversas ocasiones, un consolador a Asunción sin que ello obedeciera a ninguna finalidad terapéutica, añadiendo que, según los peritos ginecólogos, los consoladores nunca se usan para las terapias de fortalecimiento del suelo pélvico.

No obstante la argumentación del acusado aportó diversos documentos médicos obrantes en el rollo como : ejemplar de septiembre 2004 de la Sociedad Madueña de Medicina de Farmacia y Comunitaria que recoge que para la realización de ejercicios de fortalecimiento del suelo pélvico hay que tumbarse boca abajo (decúbito prono) con las rodillas flexionadas y los pies separados; Protocolo de fortalecimiento del piso pelviano para la mujer adulta del Hospital Pereira Rossell Montevideo. Uruguay en el que se recoge que para la realización de los ejercicios de piso pélvico se tiene que introducir "un objeto cilíndrico largo como una vela";Folleto con el título genérico de Ejercicio para fortalecer la musculatura del suelo Pélvico en el que tras descubrirse las posturas para trabajar la musculatura pélvica, se observa el dibujo de una mujer a "cuatro patas".

Documentación que no ha sido valorada pro el Tribunal sentenciador, por lo que se ha producido una valoración ilógica y sesgada de la prueba que ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia del recurrente.

Dando por reproducida la doctrina jurisprudencial expuesta en el anterior motivo sobre el alcance de la presunción de inocencia en casación, la queja del recurrente deviene improsperable.

En efecto aquella documentación que pretende corroborar la versión del acusado de inexistencia de abusos sexuales en la persona de Asunción, dado que las introducción de consoladores obedecía a fines terapéuticos por padecer dicha paciente problemas del suelo pélvico y la utilización de dichos aparatos que denominaba conos vaginales fortalecían el músculo debilitado, no desvirtúa la convicción del tribunal acerca de su culpabilidad.

Así partiendo de que Asunción ha reconocido el consolador identificado como pieza de convicción B.202, la prueba pericial practicada en las actuaciones del doctor Ildefonso, ginecólogo integrante de la Sociedad Española de Ginecología y obstetricia y médico titular del Hospital Universitario de Canarias, y de las doctoras Eva y Macarena, especialistas precisamente en fortalecimiento del suelo pélvico de dicho Hospital, esto es, la misma patología diagnosticada a Asunción, fue clara en afirmar que los consoladores mostrados no forman parte del instrumental ginecólogo y mucho menos se utilizan para el fortalecimiento del suelo pélvico, que son instrumentos claramente sexuales que se adquirieron en tiendas de dicha índole y que no están relacionados con actividades ginecológicas. Añadiendo que para el fortalecimiento se utilizan "conos vaginales" -denominación que el procesado dio a los consoladores- pero que nada tenían que ver con aquéllos por cuanto son aparatos pequeños, no superior a dos o tres cms de largo y uno de diámetro, que tiene un grupo de pesas huecas y sólidas que e introducen intravaginalmente y que es la propia paciente la que se los pone en su domicilio después de enseñarle la técnica de colocación: Indicando como otro de los métodos de fortalecimiento la electro estimulación, que nada tiene que ve con los aparatos usados por el acusado; y añadiendo incluso que la postura en que ponía a sus víctimas - "cuatro patas"- tampoco es

la propia de exploraciones ginecológicas, pues para ellas se suelen emplear dos: decúbito lateral y decúbito supino (boca arriba) y para la colocación de los conos vaginales ninguna de esas eran necesarias para colocarse como un tampón.

Por último, la sentencia, para sustentar la declaración de culpabilidad y disipar cualquier duda al respecto, hace referencia a una anotación que realizó el acusado en un listado de pacientes en un apartado correspondiente al nombre de la hija de D^a Asunción - Adriana - donde literalmente reseñó "me cogí a la madre" (folio 218) expresión ésta de marcado contenido sexual; máxime -como señalan las acusaciones particulares en un escrito de impugnación del motivo- dado el origen argentino del acusado pues según el Diccionario del uso del español de Doña María Moliner, acepción 21 de coger es, en Hispanoamérica, como uso vulgar "tener relaciones sexuales un hombre con una mujer".

Concretamente ha existido prueba de cargo válida y suficiente del delito de abuso sexual cometido en la persona de Asunción, por lo que el motivo debe ser desestimado.

SEPTIMO.-) El motivo séptimo por infracción de doctrina legal al amparo del art. 849.1 LECr EDL 1882/1 ., por infracción del art. 401 CP EDL 1995/16398 y la interpretación que de este precepto hace la jurisprudencia.

La sentencia impugnada sostiene que una de las conductas imputadas al recurrente puede ser calificada como un delito de usurpación del estado civil, cuando al conducta descrita en los hechos - el acusado...por carecer de la titulación correspondiente, con la finalidad de dotar de apariencia de legalidad a su proceder, suplantó ante determinadas personas la identidad de D. Sabino, al igual que él de nacionalidad argentina...colegiado en el Ilustre Colegio de Médicos de esta Provincial con el número NUM001 y en posesión del título homologado en España para ejercer válidamente como especialista en Ginecología y Obstetricia", es atípica y ello por dos motivos:

a) el primero porque de los hechos probados no se desprende que la suplantación fuera constante y en varios aspectos de la vida del suplantado, por cuanto de las 34 mujeres que se recogen en el "factum" como pacientes del acusados sólo se identificó como el Dr. Sabino ante cinco de ellos.

b) porque los derechos y obligaciones ejecutados por el acusado al suplantar la identidad de Sabino no son de uso exclusivo del implantado por cuanto de acuerdo con las STS 23.5.86 y 15.6.2009 para que el delito de usurpación del estado civil se consuma, el autor tiene que hacer uso de derechos y obligaciones que correspondan solo al usurpado, en el caso que nos ocupa estas facultades consisten en el ejercicio válido de la ginecología, y sin embargo desde la STS. 1-4-2003 se despenalizó al intrusismo entre especialidades médicas, por lo que cualquier licenciado en medicina puede realizar actos de cualquier especialidad; siendo así los derechos que ejercitaba el acusado cuando se identificaba como Sabino, no eran derechos exclusivos de éste, puesto que el acusado también los podía ejecutar válidamente.

El tipo del art. 401 CP EDL 1995/16398 tiene la misma redacción que el art. 470 del código anterior que, a su vez, repetía el texto del art. 483 del CP EDL 1995/16398 1870, en ambos casos formando parte de un título especial referido a los llamados delitos contra el estado civil de las personas; lo que pone de relieve la doble naturaleza de esta irregular norma penal: su aspecto falsario y constituir un atentado contra un bien de carácter personal, el estado civil.

El estado civil presenta unas características esenciales que inciden en su tutela judicial, tanto civil como penal: su personalidad, toda persona tiene un estado civil como criterio diferenciador y cualificador de su propia personalidad; su intransferibilidad, está excluido del ámbito privado y no puede ser objeto de comercio; y su eficacia erga omnis.

La conducta típica gira en torno al verbo "usurpar". Hay que entenderlo como "quitar a uno lo que es suyo" o "arrogarse algo de otro", en este caso el estado civil.

En esta dirección hemos dicho en STS 635/2009 de 15-6, que usurpar equivale a atribuirse algo ajeno. En la segunda acepción de nuestro Diccionario oficial se dice que "es arrogarse la dignidad, empleo u oficio de otro y usarlos como si fueran propios".

Por ello para usurpar no basta con usar un nombre y apellidos de otra persona, sino que es necesario hacer algo que solo puede hacer esa persona por las facultades, derechos u obligaciones que a ella corresponde.

En un delito de simple actividad que no exige necesariamente un resultado dañoso y que comporta la arrogación de las cualidades de otra persona, verificando una auténtica implantación de personalidad. el delito, por tanto, se perfecciona con la realización de la actividad usurpadora y cesa cuando concluye la implantación. La conducta del agente exige una cierta permanencia y es ínsito al propósito de usurpación plena de la personalidad global del afectado.

En el caso presente el acusado se arrogó la identidad del Dr. Sabino e igual que él su nacionalidad argentina y que había regresado a su país de origen en el año 1997, con la finalidad de dotar de apariencia de legalidad a su proceder, pues éste si estaba en posesión del título homologado en España para ejercer válidamente como especialista en Ginecología y Obstetricia, y lo hizo ante determinados pacientes, tal como se recoge en los hechos probados: Adelina, paciente desde 1993 a 2006; Esmeralda entre 2000 y 2006; Maribel en 2006; Ascension, de 2001 a 2006; Isabel en 2006; Natividad paciente desde 1999 y María Rosario entre 2005 y 2006. Utilización del nombre y título que materializó también en entregas de tarjetas de visitas, expedir las recetas y solicitar las pruebas, diagnosticar con su nombre, número de colegiado y especialidad de Dr. Sabino, lo que revela una suplantación total, no sólo en relación a aquellas pacientes, sino con las entidades destinatarias de tales recetas y solicitudes de prueba, suplantación del nombre, profesión y conducta profesional en el ejercicio de sus facultades, derechos u obligaciones pertenecientes a la misma suplantada que se subsume en el art. 401 CP. EDL 1995/16398

Respecto a la alegación de que los derechos y obligaciones ejecutados por el recurrente no sean de uso exclusivo del suplantado, dado que cualquier licenciado en medicina puede realizar actos de cualquier especialidad tras las STS 1-4-2003, la misma carece de cualquier fundamento pues aunque se entendiese que los hechos no pueden subsumirse en el delito de intrusismo profesional cual art. 403 -lo que será objeto de análisis en el recurso interpuesto por el Ilustre Colegio de Médicos de Santa Cruz de Tenerife- pues tal

conducta, deontológica y administrativamente no podría considerarse lícita, al atribuirse falsamente una cualificación y especialidad de la que carecía, y vulnerando los derechos de los pacientes a ser informados de que no dispone de la especialidad que se atribuía en virtud de los requisitos legales o reglamentarios para ello, conforme Ley 41/2002 de autonomía del paciente EDL 2002/44837, y si ello lo hace -para dotar en apariencia de legalidad a su proceder, suplantando la identidad de otro médico que sí tenía tal especialidad, la usurpación del delito del art. 401 CP EDL 1995/16398 resulta incuestionable.

OCTAVO) El motivo octavo, subsidiario del anterior, al amparo del art. 849.1 LECr EDL 1882/1, por infracción del art. 401 CP EDL 1995/16398 en conexión con el art. 131 CP EDL 1995/16398 y jurisprudencia interpretativa.

Se sostiene en el motivo que la conducta descrita en los hechos probados es atípica desde el año 2003 y la conducta anterior al 2003 no se puede sancionar puesto que habría prescrito la responsabilidad penal.

El motivo por las mismas argumentaciones contenidas en el motivo precedente debe ser desestimado, que la actuación del acusado realizada antes del 2003, no pueden ser calificada en intrusismo en aplicación de la doctrina del TS de 1-4-2003 y la STC 9-10-2006, no supone que esa atribución pública de la condición de ginecólogo, sin serlo, y suplantando la identidad de otro médico que sí tenía esa especialidad, no pueda ser subsumida en el delito de usurpación de estado civil del art. 401 CP EDL 1995/16398, cuyo comisión se estuvo produciendo hasta la fecha de su detención en 2006, sin posibilidad, por ello, de prescripción.

NOVENO) El motivo noveno al amparo del art. 849.1 por infracción del art. 197-1 CP EDL 1995/16398 y la interpretación jurisprudencial de este precepto.

El motivo sostiene la atipicidad de las grabaciones en vídeo que el acusado realizó en las relaciones sexuales mantenidas con Coral y Agueda por falta del elemento subjetivo de dicho delito ya que las supuestas víctimas habían permitido al acusado acceder a la vida privada, al margen de las grabaciones, por su actuación como ginecólogo.

El motivo se desestima.

Como hemos dicho en STS 30.4.2007 y 1219/2004, de 10-12 el artículo 197 C.P. EDL 1995/16398 ha pretendido colmar las lagunas del antiguo 497 bis C.P. 1973, reformado por la L.O. 18/94 EDL 1994/19060, mediante una tipicidad ciertamente complicada donde se suceden diversos tipos básicos y supuestos agravatorios. Así, el apartado 1º del mismo contiene en realidad dos tipos básicos definidos por modalidades comisivas distintas, como son el apoderamiento de papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales, o la interceptación de las telecomunicaciones o utilización de artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, 2º inciso de dicho párrafo que es el aplicado en este caso en su modalidad comisiva de utilización de artificios técnicos para la reproducción de la imagen o del sonido, lo que se denomina control auditivo y visual clandestinos. Lo relevante es que se trata de un delito en cualquiera de sus versiones que no precisa para su consumación el efectivo descubrimiento del secreto o en el presente caso de la intimidad del sujeto pasivo, pues basta la utilización del sistema de grabación o reproducción del sonido o de la imagen (elemento objetivo) junto con la finalidad señalada en el precepto de descubrir los secretos o vulnerar la intimidad (elemento subjetivo), es decir, en el presente caso el tipo básico se consume por el sólo hecho de la captación de las imágenes del denunciante con la finalidad de vulnerar su intimidad. Por ello se le ha calificado como delito intencional de resultado cortado cuyo agotamiento tendría lugar, lo que da lugar a un tipo compuesto, si dichas imágenes se difunden, revelan o ceden a terceros, supuesto agravado previsto en el apartado 3º.1 del mismo precepto, lo que conlleva la realización previa del tipo básico. Esta conducta reviste una especial gravedad si tenemos en cuenta el carácter permanente que conlleva la utilización de los medios descritos mediante la plasmación de la imagen o reproducción del sonido, y la obtención de copias posteriores. La intervención del derecho penal está justificada por la especial insidiosidad del medio empleado que penetra en los espacios reservados de la persona, de ahí la intensa ofensividad para el bien jurídico tutelado, que se atenúa cuando se produce en lugares públicos, aún sin consentimiento del titular del derecho, que en línea de principio debe generar una respuesta extrapenal. En relación con el subtipo agravado del 1º inciso del apartado 3º (revelación, difusión o cesión a terceros), que es aplicable a todos los tipos básicos anteriores, debemos señalar que tiene su fundamento en que dichas acciones suponen incrementar la vulneración de la intimidad del sujeto pasivo. También debemos subrayar que el legislador equipara difusión, revelación y cesión a terceros, aún cuando la primera suponga una mayor publicidad. El apartado 5º del precepto incluye otro supuesto agravado cuyo fundamento tiene por objeto la especial protección de lo que se denomina el núcleo duro del derecho a la intimidad, además de los casos en que la víctima fuere un menor de edad o un incapaz, que exaspera la pena que resulte de la aplicación de los preceptos anteriores, imponiéndola en su mitad superior. Las S.S.T.S. 872/01 y 694/03 se han ocupado también de definir el alcance de este precepto. Así, expone la segunda que el artículo 197.1 contempla el tipo básico del delito de descubrimiento y revelación de secretos, que tutela el derecho fundamental a la intimidad personal -que es el bien jurídico protegido-, garantizado por el artículo 18.1 de la Constitución Española EDL 1978/3879 -derecho a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen-, superando la idea tradicional del concepto de libertad negativa, materializado en el concepto de secreto que imperaba en el Código Penal derogado, artículo 497 EDL 1973/1704 -. Los elementos objetivos del artículo 197.1, se integran en primer término por la conducta típica, en la que se pueden distinguir dos modalidades: a) apoderamiento de papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales, y b) la interceptación de telecomunicaciones o la utilización de artificios técnicos de escuchas, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o cualquier otra señal de comunicación. Ésta última cláusula general, trata de subsanar las posibles lagunas de punibilidad que se pueden derivar de los avances de la tecnología moderna. Sujeto activo del tipo básico podrá ser cualquiera, " el que ", dice el texto legal; y sujeto pasivo, ha de ser el titular del bien jurídico protegido y se corresponderá con el de objeto material del delito, pues el concepto que se examina utiliza el posesivo " sus " referido a papeles, y también al otro supuesto, intercepta " sus telecomunicaciones ". Respecto al " iter criminis ", es una figura delictiva que se integra en la categoría de los delitos de intención, y en la modalidad de delito mutilado de dos actos, uno de apoderamiento, interceptación o utilización de artificios técnicos, unido a un elemento subjetivo adicional al dolo, consistente en el ánimo de realizar un acto posterior, descubrir el secreto, o vulnerar la intimidad de otro, sin necesidad de que éste llegue a producirse. Por

ello, la conducta típica del artículo 197.1, se consuma con el apoderamiento, interceptación, etc, sin necesidad que se produzca el efectivo descubrimiento de los secretos, o vulneración de la intimidad, siendo posibles las formas imperfectas de ejecución, tentativa acabada o inacabada. El elemento subjetivo del delito, constituido por la conducta típica que ha de ser dolosa, pues no se recoge expresamente la incriminación imprudente, exigida conforme al artículo 12 del texto legal, que ha de llevarse a cabo con la finalidad de descubrir secretos o vulnerar la intimidad, ya que la dicción literal del precepto emplea la preposición " para ".

El invocado acceso previo a la intimidad de las víctimas por su condición de médico no autoriza al recurrente a violar el derecho fundamental a la intimidad de sus pacientes. Se trata de un derecho básico del ser humano que proscribe la injerencia de quien su titular no desee en el ámbito de su personalísima privacidad, que no cabe entender renunciado por el hecho de ir a una consulta médica. Por ello mismo respecto al caso de autos, resulta sencillamente inadmisibile la alegación del acusado de que, por tratarse de un paciente, esté exento de la obligación constitucional y penal de respetar el bien jurídico protegido de su intimidad. Como señala el TC S 70/2002 es doctrina constitucional reiterada que el derecho a la intimidad personal garantizado por el art. 18-1 CE EDL 1978/3879 , en cuanto derivación de la dignidad de la persona reconocida en el art. 10.1 CE EDL 1978/3879 inaplica "la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura para mantener una calidad mínima de la vida humana".

Asimismo la existencia o no del consentimiento de las pacientes en la grabación puede considerarse un juicio subjetivo y como tal sujeto de juicio de valor a la Audiencia mediante las inferencias correspondientes. Lo que sucede es que la consideración negativa sobre la existencia de dicho consentimiento es totalmente adecuada teniendo en cuenta las circunstancias consideradas en el hecho, de naturaleza objetiva y externa, con independencia de la propia declaración de las perjudicadas, siendo evidente que los actos médicos en general, y el consentimiento inherente a ellos, no autorizan sin más para grabar exploraciones ginecológicas, con mayor razón, como señala el Ministerio Fiscal, cuando las conductas descritas en los hechos en modo alguno están cubiertas por la actividad profesional, siendo por tanto, su fin absolutamente ajeno a la misma.

Por ello, debemos negar la falta del elemento subjetivo del tipo que exige el conocimiento y voluntad del empleo del modo comisivo desplegado con la finalidad describa en el precepto, vulnerar la intimidad del sujeto pasivo, que no es dependiente de un ulterior comportamiento.

Concurrencia que se infiere de la propia mecánica comisiva porque el acusado graba el abuso sexual en virtud del engaño, haciendo creer a las víctimas que, en todo caos, se trata de una intervención o exploración ginecológica y no un acto sexual.

El motivo, por lo expuesto, debe ser desestimado.

RECURSO ILUSTRE COLEGIO OFICIAL DE MÉDICOS DE SANTA CRUZ DE TENERIFE

DECIMO) El motivo único al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1 LECrim EDL 1882/1 por infracción del art. 403 CP EDL 1995/16398 en relación con los arts. 15 y 16 Ley 44/2003 de 21-11, de ordenación de las profesiones sanitarias al constituir los hechos declarados probados un delito de intrusismo profesional en sus modalidades de desarrollar una actividad profesional que exige de un título oficial que acredita la capacitación necesaria y habilita legalmente para su ejercicio EDL 2003/127263 (ejercer la profesión con el carácter de Médico Especialista y Ginecología) y, además, atribuirse públicamente la cualidad profesional para el referido título (Médico especialista en Ginecología).

El motivo parte de los hechos probados en los que se recoge que el acusado vino desempeñando de manera ininterrumpida desde el año 1996 hasta noviembre de 2006... en diversos consultorios médicos de esta isla funciones de ginecólogo sin estar en posesión de título de ginecología y obstetricia. Durante dicho período el procesado no sólo realizaba funciones de la referida especialidad, sino que se atribuyó públicamente la condición de ginecólogo ante unos pacientes, entidades jurídicas y organismos no gubernamentales para los que trabajó.

No obstante ello la Sala sentenciadora entendió que tales hechos, declarados probados, no eran constitutivos de un delito de intrusismo profesional, siguiendo el criterio del TS 1-4-2003 y 12-11-2001 y del TC ss 283/2006 y 18/2008.

El recurrente considera que la Sala ha cometido dos errores que condicionan tal decisión:

- Que la legislación vigente al cometerse los hechos analizados en aquellas resoluciones del TS y TC, en lo que se refiere al título de Médico Especialista, venía constituida por el Real Decreto 127/84 de 11-1 EDL 1984/7654 , disposición que no cubría la exigencia de reserva formal de ley contemplada en el art. 36 CE EDL 1978/3879 , para regular el ejercicios de las profesiones tituladas.

- Que, contrariamente a lo sostenido por la Sala, la entrada en vigor de la Ley 44/2003, de 21-11, de ordenación de las profesiones sanitarias si cambia ese escenario normativo a la hora de integrar el tipo penal en blanco del delito del art EDL 2003/127263 . 403 CP EDL 1995/16398 al menos, en la modalidad de desarrollar una actividad profesional que exige de un título oficial que acredite la capacitación necesaria y habilita legalmente para su ejercicio (ejercer la profesión con el carácter de médico especialista en ginecología) y, además, atribuirse públicamente la cualidad profesional por el referido título (especialista en ginecología).

Siendo precisamente en relación con ambas modalidades comitivas, donde esta Ley 44/2003 EDL 2003/127263 , norma con rango de ley, viene a cubrir el mandato contenido en el art. 36 CE EDL 1978/3879 en particular los artículos 15 y 16 relativos al carácter y objeto de la formación especializada y los títulos de Especialistas en Ciencias de la Salud.

En el caso presente lo que el recurrente imputa al acusado no es el ejercicio de actos propios de una profesión a quien carece de título académico habilitante - art. 403.1 CP EDL 1995/16398) en cuyo caso sería válida la apreciación de la Sala sentenciadora dada la enorme dificultad para sustentar dicho delito en la creencia de que el procesado es licenciado en Medicina (con titulación homologada en España) y no existe un catálogo de actos médicos, propios de la especialidad de obstetricia y ginecología establecido por Ley, sino que lo que se imputa es que ejercía con el carácter de médico especialista en ginecología, desempeñaba plazas con tal carácter y se

atribuía pretendidamente dicha condición, lo que, tras la entrada en vigor de la Ley 44/2003 EDL 2003/127263 exige, como condición previa, estar en posesión del título oficial de Médico Especialista en Ginecología y Obstetricia so pena al incurrir en infracción de los arts. 15 y 16 del citado texto legal y de incurrir en un delito de intrusismo profesional del art. 403 C.P. EDL 1995/16398

El bien jurídico protegido por el tipo penal está caracterizado por su carácter pluriofensivo ofende al perjudicado, que es lesionado su derecho por la actividad del intruso; a la corporación profesional a la que afecta la conducta intrusa; y a la sociedad en su interés público en que sean idóneas las personas que ejercen determinadas profesiones para las que el Estado reglamenta el acceso a la actividad. Aunque obviamente, el titular del bien jurídico sólo será el Estado, destacamos lo anterior para afirmar la caracterización plural de los sujetos afectados por la conducta intrusa. Ésta requiere, de una parte, la realización de actos propios de una profesión y de otro, por quien no está en posesión del necesario título académico u oficial que permite su realización. Se entiende por actos propios de una profesión aquellos que específicamente están reservados a una profesión, quedando excluidas de su realización aquellas personas que carezcan de la titulación precisa. Tal determinación de funciones deberá ser realizada desde una perspectiva objetiva de valoración social STS 934/2009, de 29-9.

Constituyen elementos configuradores del delito:

a) La realización o ejecución de actos propios de una profesión para la que sea preciso título oficial, o reconocido por disposición legal o Convenio Internacional (título académico o título oficial de capacitación en el art. 403) sin que el texto legal requiera habitualidad por lo que tanto puede ser la actividad de mero ejercicio continuado, como la realización de un exclusivo acto de calidad y condición momentánea siempre que sea idóneo y peculiar de la profesión usurpada, integrando la repetición de la conducta o su continuidad una misma infracción, sin que puedan estimarse delitos diferentes los actos distintos en ella efectuados a través del tiempo (STS 29.9.2006, 22-1-2002; 29.9.2000, 30.4.94).

b) Violación antijurídica de la normativa extrapenal ordenadora de la profesión invadida y, en particular, de aquel sector que reglamenta la concesión y expedición de la titularidad que faculta para el ejercicio de la actividad profesional que se enjuicia, hallándonos ante una norma en blanco que habrá de complementarse con las correspondientes disposiciones administrativas atinentes a la respectiva profesión. En efecto el tipo penal que describe el delito de intrusismo presenta una estructura de ley penal en blanco; "esto es, de normas penales incompletas en las que la conducta o la consecuencia jurídico-penal- no se encuentre agotadoramente prevista en ellas, debiendo acudirse para su integración a otra norma distinta (STC 127/90, de 5-7; 283/2006, 9-10. Esta conclusión está sostenida no solo en el incuestionable carácter jurídico de los elementos que se remiten nociones como "título oficial" o que "habilite legalmente para su ejercicio", sino esencialmente debido a que el régimen español de las profesiones tituladas - materia que conforma el sustrato de regulación del acto de intrusismo y cuyos aspectos más esenciales ("títulos oficiales", "actos propios de una profesión", etc) son los que han de servir de complemento exegético al mismo - se configura como un sistema cerrado de reglamentación, con una consiguiente vinculación entre títulos y la actividad profesional correspondiente- que, en mayor o menos concreción, debe ser legalmente determinada, tal como viene a establecer el art. 36 CE EDL 1978/3879 al exigir que sea una ley la que regule el ejercicio de las profesiones tituladas. Con esa medida habrán de ser precisamente normas jurídicas las que determinen qué deban ser actos propios de una profesión para cuyo ejercicio habilite un título oficial.

En el caso presente el motivo considera que la entrada en vigor de la Ley 44/2003 de 21-11 de ordenación de las profesiones sanitarias EDL 2003/127263 , norma con rango formal de ley que viene a cubrir el mandato continuado con el artículo 36 CE EDL 1978/3879 hace que no sea aplicable la doctrina jurisprudencial anterior de esta Sala de 1-4-2003 y 12-11-2001 y del TC sentencias num. 283/2006 y 181/2008.

Esta afirmación hace necesario recordar que el principio de legalidad penal reconocido en el art. 24.1 CE EDL 1978/3879 y esencialmente una concreción de diversos aspectos del Estado de Derecho en el ámbito del Derecho estatal sancionador. En este sentido vincula, ante todo, con el imperio de la Ley como presupuesto a la actuación del Estado sobre los bienes jurídicos de los ciudadanos, pero también con el derecho de éstos a la seguridad jurídica (STC 62/82; 133/87; 150/89) así como con la prohibición de la arbitrariedad y con el derecho a la objetividad e imparcialidad del juicio de los tribunales, que garantizan los arts. 24.2 y 117.1 CE EDL 1978/3879, especialmente cuando éste declara que los Jueces y Magistrados están "sometidos únicamente al imperio de la Ley".

La doctrina del TC, junto al requisito formal de Ley, exige, en segundo lugar, la concurrencia de una garantía material, cual es la de requerir a los órganos jurisdiccionales penales, para la integración de una determinada conducta, la existencia de una predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las penas o sanciones aplicables (STC 136/89, 177/92, 21/93, 169/93).

Dicha predeterminación normativa ha de ser, pues, escrupulosa con el cumplimiento de los requisitos de la lex scripta, previa et certa, cuya concurrencia requieren las STC 133/87, 61/90, 246/91 y 95/92 :

"De todo ello se deduce que el principio de legalidad en el ámbito del derecho sancionador estatal implica, por los menos, tres exigencias: la existencia de una ley (lex scripta); que la Ley era anterior al medio sancionador (lex previa); y que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado (lex certa); lo que significa un rechazo de la analogía como fuente creadora de delitos y penas, e impide, como límite a la actividad judicial, que el Juez se convierta en legislador".

En este sentido hemos dicho en STS 363/2006 de 28-3 que el principio de legalidad penal supone una doble garantía, cifrada, respectivamente, en la exigencia de que la acción punitiva del Estado tenga a la ley -a la ley formal- como presupuesto inexcusable y en la necesaria predeterminación normativa, junto a ello, de las conductas y penas a través de una tipificación precisa dotada de la suficiente concreción de las conductas incorporadas al tipo, imperativos que pueden sintetizarse mediante la fórmula lex scripta, praevia y certa, se dice que el legislador penal debe conformar sus preceptos "de tal modo que de ellos se desprenda con la máxima claridad posible cual es la conducta prohibida o acción ordenada" (STC. 159/86 de 12.12), de modo que serán contrarios a lo dispuesto en el art. 25.1 de la Constitución EDL 1978/3879 «los tipos formulados en forma tan abierta que su aplicación o inaplicación dependa de

una decisión prácticamente libre y arbitraria, en el sentido estricto de la palabra, de los Jueces y Tribunales» (STC 105/1988, de 8.6). Sin embargo es constitucionalmente posible la utilización legislativa y aplicación judicial de normas penales en las que la conducta o la consecuencia jurídico-penal no se encuentre agotadoramente prevista, debiendo acudirse para su integración a otra norma distinta, norma que por su carácter instrumental no se verá afectada por la garantía de reserva de Ley Orgánica, según el art. 81.1 CE. EDL 1978/3879 en relación con el 17.1.

Ahora bien, este reenvío normativo a normas no penales propio de lo que se ha llamado tipos penales en blanco, procederá únicamente si se dan determinados requisitos, como señala la STS. 1664/2002 de 28.3 :

a) que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal; b) que la norma penal, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición; y c) que se satisfaga la exigencia de certeza, es decir, que se dé la suficiente concreción para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la ley penal se remite, y resulte de esta forma salvaguardada la función de garantía del tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada (STS. 8.2.2000 que resume la doctrina de las SSTC. 122/87, 127/90, 118/92, 111/93, 62/94 y 120/98).

Bien entendido que pese a tal necesidad de certeza, el legislador penal (STC. 89/93), "no viene constitucionalmente obligado a acuñar definiciones específicas para todos y cada uno de los términos que integran la descripción del tipo " en cuanto "... una tal labor definitoria sólo resultaría inexcusable cuando el legislador se sirviera de expresiones que por su falta de arraigo en la propia cultura jurídica carecieran de toda virtualidad significativa y deparasen, por lo mismo, una indeterminación sobre la conducta delimitada mediante tales expresiones".

DÉCIMO PRIMERO) Conforme a la doctrina anterior el motivo debe ser desestimado.

La doctrina sentada en las STS 12-11-2001 y 1-4-2003 y TC 283/2006 y 181/2008 no señaló que el R.D. 127/84 EDL 1984/7654 fuese inadecuado para integrar la remisión normativa incluida en el tipo penal de intrusismo, desde la perspectiva formal de no ser adecuada para cumplimentar dicho tipo por su carencia de rango de ley exigido en el art. 36 CE EDL 1978/3879 , pues tal cuestión, por sí misma, es ajena al derecho fundamental concernido, por cuanto el mero hecho de que la norma de cumplimiento aplicada para integrar la ley penal en blanco carezca de rango legal no incide en las garantías que acoge el art. 25.1 CE. EDL 1978/3879 Baste recordar, a estos efectos que como reiteradamente, ha afirmado el TC "la reserva de ley, que rige para las disposiciones penales no excluye la posibilidad de que éstas tengan remisiones a los reglamentos administrativos", sino porque tal Real Decreto no establece una delimitación rigurosa genérica acerca de cuáles son los atributos competenciales privativos de ejercicio profesional que, por tanto, impedía cumplimentar el contenido del elemento típico requerido por el delito de intrusismo, al no recoger un elenco de las actividades médicas que cabrían de corresponder a cada una de las especialidades, limitándose a formular con carácter genérico, en su art. 1, la obligatoriedad de obtener el título de médico especialista para ejercer la profesión con dicho carácter.

Situación que no ha cambiado con la Ley 44/2003 de 21-11 EDL 2003/127263 , que sigue sin tener un catálogo de actos propios de cada especialidad médica, tal es así en su Exposición de Motivos - como señala la sentencia recurrida- establece: "la necesidad de resolver con pactos interprofesionales previos a cualquier normativa reguladora, la cuestión de los ámbitos competenciales de las profesiones sanitarias manteniendo la voluntad de reconocer simultáneamente los crecientes espacios competenciales compartidos interprofesionalmente y los muy relevantes espacios específicos de cada profesión. Por ello en esta Ley no se ha pretendido determinar las competencias de unas y otras profesiones de forma cerrada y concreta sino que establece las bases para que se produzcan estos pactos entre profesiones y que las praxis cotidianas de los profesionales en organizaciones crecientemente multidisciplinares evolucionen de forma no conflictiva, sino cooperativa y transparente, y que en su art. 16 "Junta de Especialistas en Ciencias de la Salud, tras señalar en el apartado 1 que corresponde al Gobierno, a propuesta de los Ministerios de Educación, Cultura y Deporte y de Sanidad y Consumo, previo informe de la Comisión de Recursos Humanos del Sistema Nacional de alud, del Consejo Nacional de Especialidades en Ciencias de la Salud y de la Organización u organizaciones colegiales que correspondan, el establecimiento de los títulos de especialistas en Ciencias de la Salud, así como su supresión o cambio de denominación, en el apartado 2 que el título de especialista tiene carácter de oficial y validez en todo el territorio del Estado, en el apartado 3 se limita a precisar que "sin perjuicio de las facultades que asisten a los profesionales sanitarios citados en el art. 6.2 y 7.2 de esta Ley, ni de los derechos reconocidos por norma legal o reglamentaria, a quienes se encuentran habilitados para desempeñar plaza de especialista sin el correspondiente título, la posesión de título especialista será necesaria para utilizar de modo expreso la denominación de especialista, para ejercer la profesión con tal carácter y para ocupar puestos de trabajo con tal denominación en centros y establecimientos públicos y privados". Por lo tanto al igual que acació con el Real Decreto 127/84 EDL 1984/7654 para determinar el contenido de la prohibición, se deberá acudir en primer lugar a la Ley 44/2003 EDL 2003/127263 y descender después hasta las resoluciones administrativas reguladoras de los planes de formación para concretar los perfiles de actividad de la especialidad correspondiente - en este sentido el art. 17 de la Ley al regular la expedición del título de especialista- entre los requisitos que contempla, en el apartado B que señala el "acceder al sistema de formación que le corresponda, así como completar éste en su integridad de acuerdo con los programas de formación que se establezcan..."

Consecuentemente el motivo debe ser desestimado sin que la pretensión del recurrente de que se aplique el apartado 2 del art. 403 "atribuirse públicamente la cualidad profesional amparada por el título referido" (Médico Especialista en Ginecología) subtipo agravado sancionado con pena de prisión de 6 meses a 2 años, pueda ser aceptada.

En efecto, sin perjuicio del posible concurso de normas que podría producirse con el delito del art. 401 en cuanto el recurrente no solo se atribuyó "la condición de ginecólogo sino que, al menos, en algunos casos, lo hizo haciéndose pasar por una persona concreta que sí tenía su título, concurso de leyes que se produce cuando un mismo supuesto de hecho o conducta sanitaria pueden ser subsumidos en dos o más distintos tipos o preceptos penales de los cuales sólo uno resulta aplicable so pena de quebrantar el tradicional principio del "non bis in idem", y que se resuelve con arreglo al art. 8-4 CP EDL 1995/16398 , de manera que los hechos serían castigados con

arreglo al art. 401, sancionado con mayor pena - 6 meses a 3 años- (STS 1182/2005, de 29-11, - esta especial cualificación agravatoria viene determinada, según la Doctrina, por la incardinación más directa en la estructura de las falsedades.

El sujeto además de ejercer actos propios de una profesión sin poseer el correspondiente título, se atribuye públicamente la cualidad de profesional. Esta forma falsaria viene a sobreañadirse a la actividad intrusa.

El verbo nuclear de la conducta es el de atribuir. La atribución ha de ser pública. Ha de hacerse de la cualidad de profesional amparada por el título referido. Todo lo precedente, la atribución pública por el acusado de la cualidad de profesional amparada por el título señalado, necesita, en razón del adverbio además que se ejerzan actos propios de la cualidad profesional. De forma que si no se comete la infracción recogida en el apartado 1º no es posible la comisión de ese subtipo agravado, y la simple asignación personal de la cualidad profesional, sin actos propios de la misma, no configura esta tipología, aunque podría ubicarse, en su caso, en la falta del art. 637 CP. EDL 1995/16398

DECIMOSEGUNDO) Desestimándose ambos recursos se imponen a cada recurrente las costas respectivas (art. 901 LECR. EDL 1882/1).

FALLO

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar a los recursos de casación interpuestos por Evelio y el ILUSTRE COLEGIO OFICIAL DE MEDICOS DE SANTA CRUZ DE TENERIFE, contra Sentencia de 15 de diciembre de 2010, dictada por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección Sexta, que condenó al acusado Evelio como autor penalmente responsable de Delitos de usurpación del estado civil, abusos sexuales, contra la intimidad personal y de una falta continuada de estafa y le absolvió de delito de usurpación; y condenamos a los recurrentes al pago de las costas causadas en la tramitación de sus respectivos recursos.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal Sentenciador a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Perfecto Andres Ibañez Miguel Colmenero Menendez de Luarca Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre Luciano Varela Castro Siro Francisco Garcia Perez

PUBLICACION.- Leida y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 28079120012011101058