



Roj: **STS 3785/2023 - ECLI:ES:TS:2023:3785**

Id Cendoj: **28079120012023100679**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **28/09/2023**

Nº de Recurso: **10273/2023**

Nº de Resolución: **702/2023**

Procedimiento: **Recurso de casación penal**

Ponente: **LEOPOLDO PUENTE SEGURA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ, Sala de lo Civil y Penal, Comunidad Valenciana, 06-02-2023,
STS 3785/2023**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 702/2023

Fecha de sentencia: 28/09/2023

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10273/2023

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 27/09/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Leopoldo Puente Segura

Procedencia: T.S.J.COM.VALENCIANA SALA CIV/PE

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

Transcrito por: ASO

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

RECURSO CASACION (P) núm.: 10273/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Leopoldo Puente Segura

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 702/2023

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente



D. Antonio del Moral García

D.^a Carmen Lamela Díaz

D. Leopoldo Puente Segura

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 28 de septiembre de 2023.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de Ley e infracción de precepto constitucional interpuesto por la representación legal de la acusación particular, ejercitada en este procedimiento por **DON Anselmo y DOÑA Fidela**, contra la Sentencia núm. 33/2023, dictada el 6 de febrero, por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Civil y Penal, en el rollo de apelación 27/2023, en el que se desestiman los recursos de apelación interpuestos por los más arriba mencionados y por el acusado don Baldomero, contra la sentencia núm. 640/2022, de 3 de noviembre, dictada por la Audiencia Provincial de Valencia, sección cuarta, por la que se condenó al procesado don Baldomero como autor penalmente responsable de un delito de abuso sexual. Los/a Magistrados/a componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación, votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados.

Han sido partes en el presente procedimiento los condenados DON Anselmo Y DOÑA Fidela representados por la Procuradora de los Tribunales doña Ruth María Oterino Sánchez y defendidos por la Letrada doña Rocío Antonia Gallego Ortiz. Como parte recurrida **DON Baldomero**, representado por la Procuradora de los Tribunales doña María Teresa Sanjuan Mompó y asistido por el Letrado don José Rafael Diez Cuquerella; y ejerciendo la acción pública el **MINISTERIO FISCAL**.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Leopoldo Puente Segura.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 4 de Ontinyent incoó procedimiento núm. 260/2021, por presunto delito de abuso sexual contra Baldomero. Una vez concluidas las actuaciones las remitió para su enjuiciamiento a la sección cuarta de la Audiencia Provincial de Valencia que incoó PO Sumario núm. 59/2022 y con fecha 3 de noviembre de 2022, dictó Sentencia núm. 640 que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**:

"El día 17 de mayo de 2021, Maite, menor de edad, por cuanto nacida el NUM000 del año 2005, ingresó en el HOSPITAL000 de DIRECCION000 con motivo de ser intervenida quirúrgicamente para extirparle las amígdalas.

Tras la operación y durante la fase de reanimación, estando aún en el quirófano y hallándose la misma privada de sentido por estar bajo los efectos de la anestesia, estaban presentes una enfermera, un anestesista y el procesado Baldomero, ya circunstanciado, que prestaba sus servicios como celador ese día en dicho Hospital.

En un momento dado, la enfermera levantó las sábanas de la cama, desde los pies de la misma, para comprobar si le había sido retirado a Maite un aparato, la placa bisturí, que le había sido colocado en el muslo, momento en que pudo ver como el procesado, desde la parte del embozo de la sabana, había introducido la mano en el interior de la braga quirúrgica que portaba la mujer y la estaba moviendo rítmicamente, con ánimo libidinoso, realizando tocamientos en la zona vulvar de la mujer, llegando a introducir uno o varios dedos en la vagina.

Tales hechos fueron puestos por la enfermera en conocimiento de la subdirectora económica del Hospital, que citó a los padres y la menor, sometiéndola a un examen ginecológico el día 21 de mayo donde se apreció una rotura del himen, tras lo cual los padres de la menor denunciaron los hechos ante la policía a las 20:00 horas del mismo día 21.

Los hechos produjeron lesiones a la mujer consistentes en perforación del himen a las 7 horas, con trayecto centrípeto, constituyendo una carúncula himeneal compatible con acceso carnal de miembros Corporales (dedos) por vía vaginal, precisando 4 días de perjuicio personal básico para su curación, sin secuelas".

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

"Que **DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS** al procesado Baldomero como criminalmente responsable en concepto de autor de UN DELITO de ABUSO SEXUAL anteriormente definido, y sin concurrencia de circunstancia modificativa alguna de la responsabilidad criminal, a la pena de CINCO AÑOS DE PRISIÓN, y a la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo y para el empleo en la sanidad, pública o privada, dada la relevancia que ello ha tenido en la comisión del delito, durante el tiempo de la condena y al pago de las costas del juicio, incluidas las de la acusación particular.



Se acuerda la imposición al condenado, de conformidad con los artículos 48 y 57 del C. Penal la prohibición de aproximarse a Maite , a domicilio donde resida o lugar que se encuentre a una distancia de 200 metros frecuentado por ella, así como de comunicarse con ella en persona, teléfono o cualquier otro medio de comunicación por tiempo de doce años. Y por imperativo del artículo 192.1º del C. Penal deberá someterse a la medida de libertad, vigilada, en relación a los artículos 105.2a) y 106.1º del C. Penal por tiempo de 10 años.

Y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 192.3, in fine se le deberá imponer la inhabilitación especial para cualquier profesión u oficio, sea o no retribuido, que conlleve contacto regular y directo con menores de, edad por tiempo superior a cinco años al de la duración de la pena impuesta en sentencia.

En vía de responsabilidad civil el condenado, deberá indemnizar a Maite , o en -su caso a sus progenitores si esta no hubiese alcanzado la mayoría de edad- en 200 euros por los cuatro días de perjuicio personal básico y en 6.000 Euros por los perjuicios morales sufridos más los intereses legales del 576 de la LEC.

Se reservan a los perjudicados las acciones que les puedan corresponder frente a la aseguradora de la Generalitat Valenciana (Consellería de Sanidad Universal y Pública) y a la Generalitat Valenciana (Consellería de Sanidad Universal y Pública).

Se abona al condenado el tiempo de prisión preventiva pasado por esta causa, de no tenerlo ya aplicado a otra.

Así por esta nuestra sentencia, que no es firme y cabe contra ella recurso de apelación ante la sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana dentro de los diez días siguientes a aquel en que se les hubiere notificado la sentencia, de la que se unirá certificación al rollo de Sala y que se notificará a las partes en legal forma, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Pedro Castellano Rausell -José Manuel Megía Carmona.- Pilar Mur Marqués.

Lo anteriormente inserto concuerda bien y fielmente con su original, al que me remito y refiero. Y para que conste y a los efectos procedentes, extendiendo y libro la presente en Valencia, a cuatro de noviembre de dos mil veintidós".

TERCERO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, la representación legal de la acusación particular, don Anselmo y doña Fidela , y la del condenado, don Baldomero , presentan recursos de apelación con base en los motivos expuestos en sus respectivos escritos ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, formándose el rollo de apelación 27/2023. En fecha 6 de febrero de 2023, el citado Tribunal dictó sentencia núm. 33, cuyo fallo es del tenor literal siguiente:

"En atención a todo lo expuesto, la Sección de Apelaciones Penales de la Sala de lo Civil y penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, ha decidido:

PRIMERO: DESESTIMAR los recursos de apelación interpuestos por las representaciones de don Anselmo y de doña Fidela , por un lado, y de don Baldomero ; por otro lado.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia a que el presente rollo se refiere, imponiendo, de existir, el pago de las costas procesales correspondientes a esta alzada a cada parte apelante.

Notifíquese la presente sentencia al Ministerio Fiscal y a las partes personadas, con la advertencia de que contra la misma cabe preparar ante este mismo Tribunal, recurso de casación para ante el Tribunal Supremo dentro del plazo de cinco días, a contar desde la última notificación, en los términos del artículo 847 y por los trámites de los artículos 855 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; y una vez firme, devuélvanse las actuaciones al órgano jurisdiccional de su procedencia, con testimonio de la presente resolución.

A efectos del cómputo del indicado plazo se hace saber expresamente a las partes que la presente sentencia se notificará exclusivamente a los representantes procesales de las partes, al estimar que, conforme a reiterada jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (Autos de 18/7/2017, Queja 20011/17; de 22/02/2018, Queja 20919/2017; de 23/05/2019, Queja 20090/2019; de 17/10/2019, Queja 20241/2019; de 11/04/2019, Queja 21145/2018; de 22/10/2020, Queja 20407/2020), no se requiere la notificación personal a sus representados".

CUARTO.- Contra la anterior sentencia la representación procesal de la acusación particular anunció su propósito de interponer recurso de casación por infracción de ley y vulneración de precepto constitucional, recurso que se tuvo por preparado remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente Rollo y formalizándose el recurso.

QUINTO.- El recurso de casación formalizado por los aquí recurrentes se basó en los siguientes motivos:



Motivo primero.- Por infracción de Ley, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Alega vulneración de precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la Ley penal, concretamente por inaplicación de los artículos 180.1, 3º y 4º del Código Penal, y por inaplicación del artículo 181.5, en relación con el artículo 180.1, 3º y 4º, todos ellos del Código Penal.

Motivo segundo.- Por infracción del art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Alega vulneración de precepto constitucional, concretamente del artículo 24 de la Constitución Española.

SEXTO.- Por diligencia de ordenación de 24 de mayo de 2023, se da traslado para instrucción al Ministerio Fiscal y a la parte recurrida del recurso interpuesto.

La representación procesal de la parte recurrida presenta recurso de reposición contra la anterior diligencia de ordenación, alegando en síntesis que los recurrentes presentaron el 18 de abril pasado un escrito conteniendo una renuncia expresa al recurso de casación anunciado y en el que se solicitó la firmeza de la sentencia dictada por el Tribunal de apelación. Asimismo impugna la admisión del recurso ahora formalizado mediante escrito de 8 de mayo de 2023.

Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto estimó procedente su decisión sin celebración de vista, e interesó la inadmisión y subsidiariamente su desestimación, en razón de las consideraciones expuestas en su informe de fecha 29 de mayo de 2023.

La Ilma. Sra. Letrada de la Administración de Justicia dicta nueva diligencia de ordenación de fecha 1 de junio por la que manifiesta:

"El anterior escrito de fecha 30 de mayo de 2023, de la parte recurrida, únase. Visto su contenido y a la vista de las actuaciones, el presente recurso de Casación junto con las actuaciones elevadas por el Tribunal Superior de Justicia de Valencia, tuvo entrada en el Tribunal Supremo con fecha 3 de marzo de 2023, acompañando la preceptiva Certificación del Artículo 861 LECRIM, en la que se solicita abogado y procurador de oficio para la parte recurrente, habiendo interpuesto los profesionales designados recurso de Casación con fecha 16 de mayo de 2023, no constando en el día de la fecha, ninguna entrada y/o comunicación por parte del Tribunal Superior de Justicia de Valencia desde la fecha de entrada del presente recurso de Casación.

Así mismo, el desistimiento del recurso de Casación podrá hacerse en cualquier estado del procedimiento, previa ratificación del interesado, o presentando su Procurador poder suficiente para ello (Artículo 861 bis c) LECRIM.), no constando en el presente recurso de Casación escrito de Desistimiento por parte de la procuradora Dña. RUTH MARIA OTERINO SANCHEZ, representación procesal de la parte recurrente, debiendo por tanto, continuarse con la sustanciación del presente recurso de Casación, surtiendo la resolución de fecha 24 de mayo de 2023 todos sus efectos.

Se acompaña a la presente resolución los documentos aportados por la parte recurrida a los efectos legales oportunos. Contra la presente resolución cabe interponer recurso de reposición en el plazo de TRES DÍAS ante quien la suscribe". Dicho recurso no resultó interpuesto.

SÉPTIMO.- Por diligencia de ordenación de 13 de junio siguiente se tienen por incorporados los anteriores escritos y se da traslado a las partes recurrentes por plazo de tres días conforme al artículo 882.2º Lecrim. Los recurrentes se oponen al escrito del Ministerio Fiscal, así como al presentado por la parte recurrida.

OCTAVO.- Por providencia de esta Sala de fecha 14 de julio de 2023 se señala el presente recurso para deliberación y fallo el próximo día 27 de septiembre de 2023.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- Aunque sean dos formalmente los motivos de impugnación que conforman el presente recurso, lo cierto es que el segundo de ellos carece de sustantividad propia, resultando, según el planteamiento mismo de los recurrentes, un mero corolario del anterior.

En efecto, primeramente, se invoca, por el cauce que ofrece el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, --infracción de ley--, la pretendidamente indebida falta de aplicación de los artículos 180.1, 3º y 4º, en relación con el artículo 181.5, todos ellos del Código Penal, conforme a la redacción vigente a la fecha de producción de los hechos. En segundo lugar, quienes ahora recurren razonan que también habrían sido vulnerados por la resolución impugnada preceptos constitucionales, en particular el artículo 24 del Texto Fundamental, tutela judicial efectiva y presunción de inocencia (i), añadiendo los recurrentes, como solo fundamento de este motivo de impugnación: *"en la forma en que el Juzgador supone que no se aprecia mayor vulnerabilidad en la víctima que se encuentra privada de sentido por una anestesia y por los argumentos*



esgrimidos anteriormente y, que se reproducen en este motivo, en los que se fundamenta la no aplicación de las agravaciones contenidas en el artículo 181.1, 2, 4 y 5 del Código Penal, en relación con el artículo 180.1, 3º y 4º del Código Penal, provocando así, la imposición al acusado de una pena inferior a la solicitada por las acusaciones".

Más allá de que no se advierte cómo podría haber sido vulnerado, en perjuicio de las acusaciones, el derecho fundamental a la presunción de inocencia, lo cierto es que la queja resulta, según aparece presentada en el recurso, como una suerte de consecuencia necesaria de la eventual estimación del motivo anterior, siendo así que la denunciada vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva no tendría más origen o fundamento que la indebida falta de aplicación de las normas penales referidas, y, por lo mismo, este motivo de impugnación une indisociablemente su suerte a la de aquél, careciendo, como se ha dicho, de sustantividad propia.

2.- En síntesis, razonan quienes ahora recurren que, con independencia de que se calificaran los hechos como constitutivos de un delito de abuso sexual, --conforme a la terminología empleada por el texto penal vigente a la fecha de producción de los hechos--, al encontrarse la víctima privada de sentido (anestesiada) cuando fue objeto de la acometida sexual, ello no impide considerar también que la misma tenía en ese momento dieciséis años (los cumplió el día NUM000 de 2021 y los hechos tuvieron lugar el siguiente día 17 de mayo). Además, destacan los recurrentes que el acusado desplegó su conducta en el desarrollo de su actividad profesional, como celador del HOSPITAL000 de DIRECCION000, cuando se encontraba, en esa condición, en el quirófano y mientras, ya finalizada la intervención quirúrgica de la que la víctima había sido objeto, los facultativos trataban de reanimarla, puesto que se encontraba todavía bajo los efectos de la anestesia. Consideran los recurrentes, por esto, sin apartarse del relato de los hechos que se declaran probados, que dichas circunstancias debieran haber determinado, tal y como las acusaciones, pública y particular, dejaron interesado, la aplicación de los artículos 180.1, 3º y 4º, en la medida en que se trataba de una víctima especialmente vulnerable, por razón de su situación; y que, además, el responsable se prevalió de la situación de superioridad que disfrutaba respecto de aquélla. Entienden que, en consecuencia, debió ser aplicado lo previsto en el artículo 181.5, e impuesta la pena prevista en abstracto en su mitad superior (de siete a diez años de prisión), considerando que debió fijarse la pena concreta, conforme a lo interesado por las acusaciones, en diez años de prisión.

3.- En definitiva, la eventual estimación del presente recurso, el objeto del mismo, en modo alguno vulneraría la interdicción, proclamada por la doctrina de este Tribunal Supremo, en aplicación de la impulsada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y por nuestro Tribunal Constitucional, de que en el marco de un recurso devolutivo pudiera ser condenado el acusado absuelto (o agravada su situación) sobre la base de una distinta valoración de pruebas de naturaleza personal, --que el órgano jurisdiccional ad quem no presenció--, o con modificación de cualesquiera aspectos, objetivos o subjetivos, de naturaleza fáctica, frente al acusado que sostuvo su inocencia, y sin la correspondiente audiencia personal del mismo. La referida doctrina reconoce, como es sabido, como sola excepción a las consideraciones anteriores, los supuestos en los que se trate de una exclusiva cuestión jurídica que, respetando escrupulosamente los hechos probados, no precise de una revaloración de las pruebas, ni de las personales strictu sensu ni de otras, en las que la audiencia personal del concernido aparece como necesaria. Es decir, aquéllas, como la presente, en las que no sea preciso revalorar los elementos objetivos y subjetivos del delito, porque la cuestión debatida sea meramente de subsunción jurídica de unos hechos ya previamente declarados probados, en cuyo caso es bastante con la intervención del letrado de la defensa.

SEGUNDO. - 1.- Ya la sentencia dictada en primera instancia desechó la aplicación de los preceptos, entonces y ahora, invocados por la acusación particular. Lo hizo con razonamientos que plenamente respalda la resolución, dictada por el Tribunal Superior de Justicia, que es ahora objeto de recurso, con referencia explícita a algunas sentencias de este mismo Tribunal Supremo. En lo sustancial, la sentencia impugnada razona: *"Poco más cabe añadir a una jurisprudencia tan clara, basada en unos razonamientos tan obvios: si la víctima estaba privada de sentido en el momento en que sucedieron los actos sexuales realizados en el cuerpo de ella por el acusado, es claro que no podía ser más "especialmente vulnerable" de lo que ya lo era, por lo que aplicar el supuesto agravatorio que pretenden los recurrentes no haría más que castigar doblemente al acusado por ese mismo hecho, por muy grave que sea. Por lo que debe ser desestimado este motivo de apelación".*

2.- Fácilmente se comprenderán las razones por las que, refrendando la decisión adoptada por los órganos jurisdiccionales de primera y segunda instancia, debemos rechazar, en el caso, la posible aplicación de la circunstancia prevista en el artículo 180.1.4ª del Código Penal, siempre conforme a la redacción del texto vigente a la fecha de producirse los hechos enjuiciados.

Nuestra reciente sentencia número 58/2023, de 6 de febrero, con cita de la número 187/2020, de 20 de mayo, observa respecto de dicha circunstancia: <<[T]iene como fundamento agravatorio el abuso de superioridad que en el plano moral tiene una persona que pone a su servicio una condición o cualidad que instrumentaliza en su beneficio particular con finalidad delictiva para cohibir la resistencia de la víctima. En relación a los



delitos contra la libertad sexual, de manera reiterada esta Sala ha dicho (entre otras SSTS 1165/2003 de 18 de septiembre; 935/2005 de 15 de julio; 785/2007 de 3 de octubre; 708/2012 de 25 de septiembre; 957/2013 de 17 de diciembre; 834/2014 de 10 de diciembre; o 675/2016 de 22 de julio) que el prevalimiento no limita su aplicación a los abusos sobre personas menores de edad, sino que se configura genéricamente como un supuesto de desnivel notorio entre las posiciones de ambas partes, en las que una de ellas se encuentra en una manifiesta situación de inferioridad que restringe de modo relevante su capacidad de decidir libremente (consentimiento viciado), y la otra se aprovecha deliberadamente de su posición de superioridad, bien sea laboral, docente, familiar, económica, de edad o de otra índole, consciente de que la víctima no cuenta con libertad para decidir sobre una actividad sexual impuesta. De esta forma, la especial situación de la víctima debe tomarse en consideración para valorar la existencia de la desproporción o asimetría que define el abuso de superioridad ínsito en el prevalimiento>>.

En el caso, aunque pudiera identificarse una cierta relación de asimetría o superioridad entre víctima y victimario, derivada de la condición de éste como celador del Hospital en el que aquélla fue quirúrgicamente intervenida, en la medida en que dicha situación, en contextos diferentes de aquél en los que el delito fue cometido, hubiera habilitado al acusado para impartir ciertas instrucciones a la víctima, supervisar algunas de sus actividades o acompañarla y dirigirla en determinados traslados para la realización de pruebas diagnósticas o de otra índole, es evidente que el mismo no se sirvió para la comisión del delito (no se previó en absoluto) de dicha eventual relación de superioridad. No basta con que la misma concorra objetivamente, fuera del contexto en el que el delito se cometió, entre agresor y agredida. Se precisa que el autor del delito se prevalega de ella al efecto de sojuzgar o condicionar de forma apreciable la voluntad de la víctima y lograr de ese modo sus ilícitos fines.

Es claro que tal prevalimiento no se produjo aquí. No solo debido a que, como explican las resoluciones impugnadas, la menor de edad, dormida como consecuencia de la anestesia que se le había administrado para la práctica de la intervención quirúrgica previa, siquiera podía ser consciente de la existencia de aquella eventual relación asimétrica, ni ésta podía, en consecuencia, afectar en ningún modo su reacción ante la conducta del acusado, sino porque, además, en términos "*situacionales*", al tiempo de producirse el delito el acusado, celador del Hospital, ni siquiera mantenía aquella cierta posición de prevalencia frente a la víctima, al hallarse presentes en el lugar el médico anestesista y la enfermera, que trataban de reanimar a la paciente. Sus funciones, en ese momento, no le habilitaban para impartir ninguna clase de instrucción, para supervisar su conducta o para dirigirla en ningún sentido.

3.- Más compleja resulta, sin embargo, a nuestro juicio, la cuestión relativa a si puede determinarse o no, en los términos previstos en el artículo 180.1.3^a del Código Penal, que la víctima se encontrara, al tiempo de cometerse el delito, en una situación de "especial vulnerabilidad".

Lo rechaza la sentencia impugnada, como ya se ha señalado, considerando que, dormida como se hallaba, bajo los efectos de la anestesia, no podía ser "más vulnerable" de lo que ya lo era por esa razón, de tal manera, además, que la aplicación del precepto reclamado incurriría en la prohibición de la doble valoración peyorativa (*bis in idem*), pues, precisamente, los hechos se consideraron como constitutivos de un delito de abuso sexual como consecuencia de haber tenido lugar mientras la víctima dormía sin que, por lo mismo, esa misma situación (*idem*) pudiera ser ponderada nuevamente para agravar la conducta del acusado (*bis*) determinando también en aquélla una especial situación de vulnerabilidad e imponiendo a éste la pena en su mitad superior.

El razonamiento que sostiene dicha decisión, sin embargo, no nos parece del todo convincente. Es claro que los hechos constituyen un delito de abuso sexual, –siempre en la terminología anterior a la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre–, debido a que la conducta del acusado se desplegó, evidentemente sin violencia o intimidación, pero sin consentimiento de la víctima (artículo 181.1). Y esa falta de consentimiento se constata con toda evidencia a partir de que los actos se ejecutaron sobre una persona privada de sentido (en tanto se encontraba dormida), quien, en su estado de inconsciencia, no podía consentir. Ello, sin embargo, no excluye, radicalmente y en todo caso, –frente a lo que parece colegirse de la resolución impugnada–, que, además, la víctima pudiera hallarse también en una situación de "especial vulnerabilidad". El sueño pudiera haberse provocado en persona en quien ya concurría dicha vulnerabilidad, aprovecharse el acusado de dicha circunstancia para inducirle el sueño con el propósito ya inicial de aprovecharse sexualmente de ella. Por otro lado, no puede despreciarse de antemano, a los efectos que aquí importan, la sustantiva diferencia entre quien duerme de un modo natural, y quien se "*ve obligado a dormir*", al resultar preciso que se le administre un anestésico para poder afrontar, en condiciones razonables, una intervención quirúrgica que resulta precisa para su salud. No es necesario extenderse en consideraciones para comprender que incluso las posibilidades de despertar ante cualquier posible amenaza o ataque resultan bien distintas en uno y otro caso (sueño natural frente a inducido con hipnóticos u otras sustancias). Y todo ello, incluso prescindiendo de que se trata, además, de una persona que apenas acababa de cumplir los dieciséis años.



Bien pudiera no merecer el mismo reproche penal, dicho de otra manera, quien, aprovechando que su víctima duerme naturalmente, le impone la realización de ciertos actos de contenido sexual; que quien, hallándose frente a una víctima que necesita ser intervenida quirúrgicamente y que se encuentra anestesiada precisamente con ese fin, --hallándose así en una situación objetiva de innegable vulnerabilidad--, aprovecha este momento para protagonizar dichas conductas ilícitas.

Sucede, sin embargo, en el caso que, aunque por otras razones, --o no exactamente o solo por las mismas razones--, este Tribunal Supremo respaldará las conclusiones de la sentencia impugnada, con relación a la improcedencia de aplicar aquí las prevenciones contenidas en el artículo 180.1.3ª del Código Penal, texto normativo vigente a la fecha de comisión de los hechos. Ciertamente, se encontraba la víctima, al tiempo de ser cometido el delito, bajo los efectos de la anestesia que se le había administrado al efecto de proceder a intervenirla quirúrgicamente. Dormida y, en consecuencia, sin capacidad alguna para prestar un eventual consentimiento a los actos de contenido sexual que el acusado le impuso. No se hallaba, sin embargo, en este caso concreto, en una situación de especial vulnerabilidad en los términos en los que se refiere a ella el artículo 180.1.3 del Código Penal (redacción anterior a la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre). Tal vez, pudiera llegarse a una conclusión distinta en el caso de que el delito hubiera sido cometido aprovechando el acusado, encontrándose solo con la paciente, que la misma se hallaba dormida como consecuencia de la anestesia. Pero lo cierto es que, en el caso, aquélla se encontraba acompañada por tres personas distintas que rodeaban la camilla, precisamente, con el propósito de reanimar a la paciente de la anestesia: el propio anestesista, una enfermera, y el acusado, celador del centro hospitalario. Anestesista y enfermera no solo se hallaban presentes en el lugar, junto a la cama en la que la paciente dormía, sino que, precisamente, centraban en ella su atención con el propósito de proceder a reanimarla. No puede sostenerse, en esas circunstancias, que la víctima se hallara en una situación "especialmente vulnerable", por mucho que solo tuviera dieciséis años y que se encontrara en situación de sueño inducido. Tan es así que fue precisamente la enfermera quien, en el desempeño de su ocupación profesional, levantó desde los pies de la camilla la sábana que cubría a la paciente, para comprobar si le había retirado la placa bisturí que tenía en el muslo, pudiendo reparar en ese momento en las maniobras que de manera subrepticia, bajo la sábana y sobre el cuerpo de aquella, efectuaba el acusado, lo que, naturalmente, puso inmediato fin al delito cometido, permitió la incoación del presente procedimiento, y proporcionó en este la existencia de un testimonio decisivo.

El motivo se desestima.

TERCERO.- De conformidad con lo establecido en el artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, procede imponer las costas de este recurso a la parte que lo interpuso.

FALLO

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

1.- No haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Anselmo y Fidela , actuando en este procedimiento como acusación particular, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, número 33/2023, de 6 de febrero, por la que se desestimaban los recursos de apelación interpuestos por aquellos y por el acusado contra la que pronunció la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 4ª, número 640/2022, de 3 de noviembre.

2.- Se imponen las costas de este recurso a la parte que lo interpuso.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso. Póngase en conocimiento del Tribunal Superior de Justicia y de la Audiencia Provincial de los que proceden las actuaciones e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.