

Roj: STS 134/2017 - **ECLI:**ES:TS:2017:134
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 1046/2016
Nº de Resolución: 33/2017
Fecha de Resolución: 26/01/2017
Procedimiento: PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO
Ponente: ANDRES MARTINEZ ARRIETA
Tipo de Resolución: Sentencia

Encabezamiento

TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Penal

SEGUNDA SENTENCIA

Sentencia Nº: 33/2017

RECURSO CASACION Nº : 1046/2016

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria Parcial

Procedencia: Audiencia Provincial de Barcelona. Sección Décima.

Fecha Sentencia : 26/01/2017

Ponente Excmo. Sr. D. : Andrés Martínez Arrieta

Secretaría de Sala : Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

Escrito por : AMV

***Delito de abuso sexual. Art. 180.3 Cp . Agravación por vulnerabilidad de la víctima.**

Nº: 1046 / 2016

Ponente Excmo. Sr. D.: Andrés Martínez Arrieta

Fallo: 18/01/2017

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SENTENCIA Nº: 33 / 2017

Excmos. Sres.:

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Alberto Jorge Barreiro

D. Pablo Llarena Conde

D. Juan Saavedra Ruiz

En nombre del Rey

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

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiséis de Enero de dos mil diecisiete.

En el recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por **EL MINISTERIO FISCAL** y la representación de Patricio, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Décima, que condenó a Patricio por delito de abuso sexual, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que arriba se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dicho recurrente representado por el Procurador Sr. Sánchez San Frutos; y como parte recurrida ZURICH INSURANCE PLC representada por la Procuradora Sra. Granizo Palomeque y CLÍNICA SABADELL S.L.U representada por el Procurador Iglesias Pérez.

I. ANTECEDENTES

Primero.- El Juzgado de Instrucción nº 29 de Barcelona, instruyó sumario 1/13 contra **Patricio**, por delito de abuso sexual, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Barcelona, que con fecha 11 de abril de 2016 dictó sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS:** *"PRIMERO.- Se declara probado que el día 31 de octubre de 2012, en el Hospital del Sagrado Corazón sito en Barcelona, Tarsila (nacida el NUM000/1974) afectada de colelitiasis (también conocida como cálculos biliares o litiasis biliar) fue intervenida quirúrgicamente, conforme estaba programado, mediante una colecistectomía por laparoscopia (extirpación de la vesícula biliar). La intervención quirúrgica tuvo lugar en momento indeterminado de la tarde de la fecha indicada, anterior a las 19:00 horas en que, dado el resultado satisfactorio de la operación, pasó a la sala de reanimación.*

El procesado Patricio, ciudadano brasileño mayor de edad y sin antecedentes penales, prestaba sus servicios en dicho Centro hospitalario como enfermero de quirófano. Aprovechando la situación en que se encontraba la paciente tras la intervención quirúrgica, el hecho que la tenía a su cuidado y que en aquellos instantes en la sala de reanimación únicamente se encontraban Tarsila y otra paciente dormida, con decidido propósito de satisfacer su apetito sexual, se aproximó a la cama de

aquella, quién ya había despertado del letargo producido por la anestesia, y le introdujo los dedos en el interior de la vagina, lo que sorprendió inicialmente a la paciente quien le preguntó el motivo de ese contacto, a lo que el procesado le manifestó que era para que pudiese orinar. Instantes después, volvió a meterle los dedos y le palpó el clítoris, repitiéndole sigilosamente en diversas ocasiones pese a que Tarsila, ya consciente que la actuación del procesado nada tenía que ver con ninguna clase de atención médica y en absoluto consentida, intentaba evitarlo montando uno sobre otro sus pies y cerrando así las piernas.

SEGUNDO.- En la época de los hechos Clínica Sabadell S.L.U., entidad propietaria y gestora del Hospital del Sagrado Corazón, tenía suscrita póliza de seguros vigente con la Compañía de Seguros Zurich".

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

*" **FALLAMOS:** Que debemos condenar y condenamos a Patricio como responsable en concepto de autor de un delito de abuso sexual precedentemente definido, sin que concurran circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la/s pena/s de cuatro años y seis meses de prisión, con su accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, así como al pago de las costas procesales; debiendo indemnizar a Tarsila en ocho mil euros (8.000 €) por daño moral, indemnización que devengará el interés legalmente establecido en el art. 576 L.E.C. y de la que declaramos la responsabilidad civil directa de Zurich Insurance PLC y la subsidiaria de Clínica Sabadell S.L.U.*

Notifíquese la presente Sentencia a las partes procesales con expresión que contra la misma caber recurso de casación por infracción de Ley o por quebrantamiento de forma en el plazo de cinco días".

Tercero.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó de casación por **el Ministerio Fiscal** y la representación de **Patricio**, que se tuvo por anunciado remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Cuarto.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación del recurrente, formalizó el recurso, alegando los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

El Ministerio Fiscal:

PRIMERO.- Por infracción de Ley al amparo del artículo 849.1 de la LECrim., por indebida aplicación del artículo 181.3 y por la correlativa indebida inaplicación del artículo 181.1 del Código Penal.

SEGUNDO.- Por infracción de Ley al amparo del artículo 849.1 de la LECrim., por falta de aplicación del artículo 181.5 y consiguiente inaplicación de las circunstancias 3ª y 4ª del artículo 180.1 del Código Penal.

La representación de Patricio:

PRIMERO.- Es prueba inhábil para enervar el derecho fundamental a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE).

Quinto.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.- Por Providencia de esta Sala de fecha 9 de enero de 2017 se señala el presente recurso para fallo para el día 18 de enero del presente año, prolongándose la deliberación del mismo hasta el día de la fecha.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSO DE Patricio

PRIMERO.- La sentencia que conocemos en el presente recurso de casación condena a este recurrente como autor de un delito de un delito de abuso sexual del art. 181 y 4 del Código penal, por introducción de un miembro corporal por vía vaginal, realizado con aprovechamiento de una situación de superioridad. Esta subsunción será objeto de censura casacional en otra impugnación formalizada por la acusación pública.

Este recurrente parece que cuestiona la vulneración de su derecho a la presunción de inocencia. Decimos que parece, porque no refiere el cauce de impugnación sino que articula la misma a partir de varios epígrafes en los que desarrolla su argumentación impugnatoria en la que reproduce la jurisprudencia de esa Sala y del Tribunal Constitucional afirmando la inhabilidad de las declaraciones vertidas en sede policial para conformar la convicción del tribunal. Recuerda la función reconstructiva de la función jurisdiccional de enjuiciar recogiendo para esa reconstrucción medios hábiles de prueba para su empleo en la redacción del relato fáctico. Sostiene que no es medio hábil la declaración del imputado en sede policial, lo que es plenamente asumible por esta Sala y por el tribunal de instancia que destaca en la motivación de la convicción la última jurisprudencia de esta Sala, a partir del Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de esta Sala II de 3 de junio de 2015, que se transcribe, negando la habilidad de esas declaraciones para conformar la convicción sobre el relato fáctico declarado en la sentencia. Es por ello que el tribunal de instancia, conforme sugiere el recurrente, no valora esa declaración, en la que admitió el hecho de la denuncia, y forma su convicción a partir de las declaraciones de la víctima que ella despierta del postoperatorio después de una intervención quirúrgica y en la sala de reanimación sufrió el ataque del acusado, introduciendo sus dedos en la vagina de la víctima, en una ocasión, y tocando la zona genital. Al ser indagado sobre esa

Conducta el acusado manifestó a la víctima que era para facilitar la evacuación de la orina, lo que provocó que la víctima tuviera que oponerse a más tocamientos, absolutamente inapropiados, cruzando las piernas. Ese testimonio se realiza en el juicio oral y el tribunal de instancia motiva su convicción sobre esa declaración, persistente y ausente de móviles espúreos, al tiempo que con un carácter de prueba de cargo sobre los hechos de la acusación. Además, valora las declaraciones referenciales del marido y de la enfermera de planta y del encargado del servicio de enfermería que inmediatamente tomaron nota de la denuncia e indagaron sobre la procedencia de la actuación médica realizada, en los términos que el recurrente afirmó, para facilitar la evacuación de la orina, lo que era inapropiado. A tal efecto valora, también, las declaraciones del acusado que en el juicio oral precisó el carácter sanitario de su actuación, lo que es valorado por la sala para negarlo.

No se valora las declaraciones del acusado en comisaría de policía, por lo que el fundamento de la impugnación, la utilización de medios probatorios inhábiles, carece de contenido casacional, pues no se han utilizado.

Consecuentemente, el motivo se desestima.

RECURSO DE MINISTERIO FISCAL

SEGUNDO.- El ministerio público opone dos motivos por error de derecho, conforme permite el art. 849.1 de la Ley de enjuiciamiento criminal. La vía impugnatoria elegida por el recurrente no pretende una modificación del relato fáctico, lo que esta Sala no podría realizar al carecer de la necesaria inmediación en la práctica de la prueba, sino que partiendo del relato fáctico discute la subsunción realizada por el tribunal de instancia.

Postula dos errores en la subsunción. El primero porque el tribunal ha aplicado indebidamente el art. 181.3 del Código penal, al afirmar que se ha producido un consentimiento viciado por la víctima al ataque sexual motivado por la relación de superioridad del enfermero respecto a la víctima. Propone como correcta subsunción la que formuló en la instancia, que ha sido inaplicada de forma indebida, en el art. 181.1 del código penal, un ataque sexual, sin violencia ni intimidación y sin que medie consentimiento, realice el ataque a la libertad sexual. En el segundo motivo, consecuente a esta subsunción es la de aplicar el art. 181.5 en relación con las específicas agravaciones del art. 180.3 y 4, derivado de la situación que se describe en el hecho probado, la situación de vulnerabilidad de la víctima consecuente a una intervención quirúrgica y el prevalimiento por el acusado de la situación de superioridad.

Anticipamos la conclusión final: los motivos serán estimados.

En primer lugar, el abuso sexual se produce frente a una víctima que no consiente el ataque realizado por el acusado. No se trata de un consentimiento viciado por una relación de superioridad derivado de la situación, porque el relato fáctico no describe un consentimiento viciado, sino que el ataque se realiza sobre una víctima que no llega a consentir, que no llega a expresar un consentimiento siquiera viciado a la introducción de miembros corporales y al manoseo posterior. El relato fáctico refiere que la víctima acababa de ser intervenida quirúrgicamente y se encontraba en la sala de reanimación. En la sala, el acusado, enfermero de quirófano y encargado de sus cuidados, aprovechando esa situación y que otra paciente se encontraba dormida "con el propósito de satisfacer su apetito sexual, se aproximó a la cama de aquella quien se había despertado del letargo producido por la anestesia y le introdujo los dedos en el interior de la vagina, lo que sorprendió inicialmente a la paciente que le preguntó el motivo de ese contacto..." Refiere otro contacto "volvió a meterle los dedos y le palpó el clítoris repitiéndolo en diversas ocasiones, pese a que Tarsilaya consciente de que la actuación del procesado nada tenía que ver con ninguna clase de actuación médica y en absoluto consentida, intentaba evitarlo..".

El relato fáctico es claro en la descripción del suceso; absolutamente in consentida, por lo que no cabe afirmar la subsunción en el número 3 del art. 181 del Código penal, el vicio en el consentimiento, sino en la ausencia de consentimiento del art. 181.1 Cp.

Como señala el Ministerio fiscal, la cuestión tiene trascendencia en la subsunción posterior en las agravaciones específicas del art. 181.5 en relación con el art. 180, apartados 3 y 4, del Código penal, que no han sido aplicadas al integrar un bis in idem, en los términos que razona la sentencia para no aplicar la agravación del art. 180.4 del Código penal.

Entramos en el segundo motivo de la impugnación del Ministerio fiscal. Sostiene el error desde el relato fáctico. La agravación de prevalimiento por razón de superioridad aparece descrita en el hecho probado al afirmar que el acusado era enfermero encargado en la sala de reanimación de los cuidados de la víctima recién intervenida quirúrgicamente. El argumento de la sentencia de instancia respecto a la inaplicación por coincidir con la tipificación en el art. 181.3 del Código penal, deviene inane en la nueva subsunción resultante de la estimación del anterior motivo, pues no se trata de un consentimiento viciado por la actuación del sujeto en situación de superioridad, sino de ausencia de consentimiento que es aprovechada por quien se encuentra en situación de superioridad como garante del cuidado de la víctima.

La agravación del número 3 del art. 180, la situación de vulnerabilidad de la víctima por la situación. Esta Sala ha considerado que esta circunstancia derivada de una específica situación en la que se encuentra la víctima, ha de ser interpretada restrictivamente, pues el Código refiere como situaciones de vulnerabilidad situaciones concretas, como la edad, la enfermedad o la discapacidad que deben servir de referencia a la interpretación del término situación, para concretarla e razones objetivas de vulnerabilidad distintas de la que se corresponden a la surgida de la acción del atacante. En el supuesto del relato fáctico, este nos dice que la víctima acababa de ser intervenida quirúrgicamente, y estaba en una dependencia de especial atención, la de reanimación, superar los efectos de la anestesia. Aunque se encontraba, es obvio que todavía no había sido conducida a la habitación una vez superada la situación que requería especiales cuidados derivados de la anestesia y la recién operación. Lo que estuviera despierta, como se afirma, lo que le permitió ser consciente del ataque sufrido y oponer una resistencia a la conducta que trataba de repetir, no resta la condición de vulnerabilidad de quien se halla en una dependencia de cuidados especiales y necesarios después de la intervención a la que había sido sometida.

Consecuentemente, procede estimar el motivo opuesto por el Ministerio fiscal procediendo a una nueva penalidad. El art. 181.5 prevé la imposición de la pena en su mitad superior por la concurrencia de la agravación que fue objeto de la acusación. La pena procedente es la que media entre los cuatro y diez años de prisión, y la mitad superior la que media entre los siete y los diez años. Procederemos a imponer en la segunda sentencia la pena de siete años de prisión, que es la procedente en su extensión mínima.

III. FALLO

F A L L A M O S: QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS **HABER LUGAR** AL RECURSO DE CASACIÓN por infracción de Ley interpuesto por **el Ministerio Fiscal**, contra la sentencia dictada el día 11 de abril de 2016 por la **Audiencia Provincial de Barcelona**, en la causa seguida contra Patricio por delito abuso sexual, que casamos y anulamos. Declarando de oficio el pago de la mitad de las costas procesales causadas. Comuníquese esta resolución y la que se dicte a continuación a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa.

F A L L A M O S: QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS **NO HABER LUGAR** AL RECURSO DE CASACIÓN por infracción de Ley interpuesto por la representación del acusado **Patricio** , contra la sentencia dictada el día 11 de abril de 2016 por la **Audiencia Provincial de Barcelona** , en la causa seguida contra el mismo por delito abuso sexual. Condenamos a dicho recurrente al pago de la mitad de las costas procesales causadas . Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa.

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

Andrés Martínez Arrieta Miguel Colmenero Menéndez de Lúcar Alberto Jorge Barreiro

Pablo Llarena Conde Juan Saavedra Ruiz

1046/2016

Ponente Excmo. Sr. D.: Andrés Martínez Arrieta

Fallo: 18/01/2017

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Encabezamiento

SEGUNDA SENTENCIA Nº: 33/2017

Excmos. Sres.:

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Miguel Colmenero Menéndez de Lúcar

D. Alberto Jorge Barreiro

D. Pablo Llarena Conde

D. Juan Saavedra Ruiz

En nombre del Rey

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

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiséis de Enero de dos mil diecisiete.

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción nº 29 de Barcelona, con el número 1/13 y seguida ante la Audiencia Provincial de Barcelona, por delito de abuso sexual contra **Patricio** y en cuya causa dictó sentencia la mencionada Audiencia con fecha 11 de abril de 2016, que ha sido casada y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta, hace constar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

ÚNICO.- Se aceptan y reproducen los antecedentes de hecho de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se aceptan y reproducen los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida añadiendo los de la primera sentencia dictada por esta Sala.

SEGUNDO.- Que por las razones expresadas en el segundo de los fundamentos jurídicos de la sentencia de casación procede la estimación del recurso interpuesto por **el Ministerio Fiscal**.

III. FALLO

F A L L A M O S: Que debemos condenar y condenamos al acusado **Patricio** como autor responsable de un delito continuado de abuso sexual a la pena de **7 AÑOS DE PRISIÓN**, ratificando el resto de las consecuencias jurídicas impuestas. Asimismo se le impone el pago de la mitad de las costas procesales.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección

Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

Andrés Martínez Arrieta Miguel Colmenero Menéndez de Luarca Alberto Jorge Barreiro

Pablo Llarena Conde Juan Saavedra Ruiz

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