



Roj: **STS 1395/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:1395**

Id Cendoj: **28079120012020100277**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **27/05/2020**

Nº de Recurso: **3177/2018**

Nº de Resolución: **249/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANDRES PALOMO DEL ARCO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 249/2020

Fecha de sentencia: 27/05/2020

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 3177/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 26/05/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Palomo Del Arco

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL DE SEVILLA, SECCIÓN TERCERA

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

Transcrito por: HPP

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 3177/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Palomo Del Arco

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 249/2020

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Vicente Magro Servet

D^a. Carmen Lamela Díaz

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 27 de mayo de 2020.



Esta sala ha visto el recurso de casación por vulneración de precepto constitucional, infracción de ley y error en la valoración de la prueba, número 3177/2018, interpuesto por D. Narciso , representado por el procurador D. Juan Luis Navas García, bajo dirección letrada de D^a. Ofelia Liñán Aguilera contra la sentencia núm. 287 de 18 de junio de 2018, dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Sevilla,

Interviene el **Ministerio Fiscal** y como partes recurridas las acusaciones particulares de la Junta de Andalucía y de D. Rafael , representado por el procurador D. Clemente de la Cruz Rodríguez Arce, bajo dirección letrada de D. José Antonio Cumplido González.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Andrés Palomo Del Arco.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 8 de Sevilla incoó el procedimiento de sumario ordinario 1/2016 por un delito de abuso sexual y un delito de tenencia ilícita de armas, contra D. Narciso ; una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Sevilla, cuya Sección Tercera (Rollo de Procedimiento Ordinario Sumario núm. 11118/2016) dictó Sentencia número 287/18 en fecha 18 de junio de 2018 que contiene los siguientes **hechos probados**:

"Sobre las 14 horas del día 3 de octubre de 2015, el procesado Narciso , de 68 años de edad, sin antecedentes penales, se presentó en el domicilio de su vecino, Rafael , quien estaba con su hijo de 12 años de edad, Tomás , para pedirle prestada un remachadora, y tras entregársela, la pidió que si su hijo podía irse con él a su casa para sintonizarle los canales de televisión, ofreciéndose a darle de comer y luego llevarlo a DIRECCION000 a la casa de su hija que era donde Rafael se disponía a ir en ese momento. Tanto el padre como su hijo accedieron a ello, y cuando, éste, llegó a la vivienda del acusado, sita en la parcela NUM000 de la CALLE000 de DIRECCION001 , tras comprobar que no podía sintonizar los canales, dejó de intentarlo y se puso a comer un plato de fuet que el procesado le preparó así como varios vasos de vino que le daba servidos desde la cocina, terminando el menor mareado y adormilado por lo que se tendió en un sofá, situación que fue aprovechada por el inculpado para, con la intención de satisfacer sus deseos libidinosos, comenzar a tocarle sus genitales después de quitarle los pantalones cortos y calzoncillos que vestía, dejándolo desnudo de cintura para abajo, y seguidamente, tras desnudarse también él, se echó encima del menor colocando su pene entre sus piernas y presionando sobre él.

Pasado un tiempo no determinado, el menor se levantó y tras vestirse se marchó a su casa, donde se duchó y, posteriormente, volvió a coincidir con el acusado, quien le trasladó hasta DIRECCION000 como había prometido, dando al menor 20 euros diciéndole que era "para que no contara nada".

Sobre la una de la madrugada siguiente, el menor le contó a su padre lo sucedido, quien, al manifestarle que se encontraba mal y estaba dolorido, lo llevó al ambulatorio de la localidad y, después, al HOSPITAL000 de Sevilla, donde se le apreció una erosión de 1,5 centímetros en cara interna del prepucio de color rojo intenso y de data reciente que resultaba muy dolorosa a la palpación y la zona anal muy dolorida con eritema en borde anterior y posterior sin fisuras ni desgarros o erosiones.

El día 4 de octubre de 2015, durante la investigación de los hechos, la esposa del procesado, María Antonieta , hizo entrega a la Guardia Civil las siguientes armas que él poseía en su domicilio: Un arma detonadora; un arma de fabricación casera, arma corta de fuego que dispara con normalidad una munición de su calibre, la cual simulaba ser un tubo de acero o similar; una carabina de aire comprimido y una escopeta con la inscripción Valeriano de fuego, del calibre 12, en correcto estado de funcionamiento de la que el procesado carecía de guía o licencia".

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

"Que debemos condenar y y condenamos a Narciso como autor penalmente responsable de un delito de abuso sexual y un delito de tenencia ilícita de armas ya definidos, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las siguientes penas: Por el delito de abuso sexual, la pena de CUATRO AÑOS DE PRISIÓN, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio durante el tiempo de la condena, prohibición de aproximarse al menor cualquiera que sea el lugar en que se encuentre a menos de 100 metros, y de comunicar con él por cualquier medio o procedimiento durante 5 años; medida de libertad vigilada conforme el art. 192.1 y 3 del Código Penal por tiempo de 5 años e inhabilitación especial para cualquier profesión u oficio que conlleve contacto regular y directo con menores de edad durante 10 años; y por el delito de tenencia ilícita de armas, la pena de UN AÑO DE PRISIÓN, inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante la condena, comiso y destrucción de las armas intervenidas y costas, así como que indemnice al menor Tomás en 15.000 euros por los daños morales ocasionados con aplicación del artículo 576 de la L.E.C."



TERCERO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación por la representación procesal de Narciso 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 parte recurrente formalizó el recurso alegando los siguientes **motivos de casación**:

Motivo Primero.- Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal

Motivo Segundo.- Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal,

Motivo tercero.- Por infracción de precepto constitucional de los artículos 852 de Ley de Enjuiciamiento Criminal y 5.4 de la LOPJ al haberse infringido el derecho fundamental a la presunción de inocencia consagrado en el artículo 24.2 CE

QUINTO.- Conferido traslado para instrucción, tanto el Ministerio Fiscal en su informe de 8 de enero de 2019, como las acusaciones particulares en sus respectivos escritos de 30 de noviembre de 2018, interesaron su inadmisión y subsidiariamente la desestimación del recurso; la Sala los admitió a trámite quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Evacuado el traslado conferido, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 26 de mayo de 2020.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurre en casación la representación procesal de Narciso, la sentencia que le condena por los delitos de agresión sexual y tenencia ilícita de armas.

1. El primer motivo, lo formula por infracción de ley del art. 849.1º, por aplicación indebida del art. 563 CP; donde argumenta esencialmente con cita de la STS 754/2001, de 7 de mayo, la falta del requisito objetivo de poseer las armas intervenidas de forma exclusiva y excluyente, al estar las mismas a disposición de todas las personas que habitaban y visitaban su domicilio.

También incide en la carencia de especial peligrosidad para la seguridad ciudadana. Pues el recurrente, afirma, no poseía las armas que le fueron intervenidas con fines ilícitos, destinándose por el contrario a fines domésticos, deportivos y de coleccionista ya que algunas de éstas las tenían porque las había heredado de su padre y las destinaba a practicar tiro deportivo dentro de su propiedad.

2. La propia jurisprudencia que invoca el recurrente (STS núm.754/2001 de 7 de mayo), en su cita integral, muestra como, en modo alguno, esa disposición conjunta "familiar", excluye la posesión típica:

Es un delito de propia mano que comete aquél que de forma exclusiva y excluyente goza de la posesión del arma, aunque a veces pueda pertenecer a distintas personas o, en último caso, pueda estar a disposición de varios con indistinta utilización, razón por la cual extiende sus efectos, en concepto de tenencia compartida, a todos aquellos que conociendo su existencia en la dinámica delictiva, la tuvieron indistintamente a su libre disposición a pesar de que físicamente no pudiera ser detenida más que por uno solo si de la generación de un delito subsiguiente se tratare (STS 84/2010 de 18 de febrero), siendo lo importante a estos efectos, prescindiendo de que con el arma se lleve a cabo cualquier otra infracción, siendo lo importante se repite, que ese goce plural, en cuanto a los sujetos intervinientes, sea consecuencia de su común conocimiento, de una tácita unión de voluntades, de una especie de "societas scaelaris" que lleva en fin todos los copartícipes a una responsabilidad por participación.

3. No obstante, es cierto que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha delimitado restrictivamente la conducta típica sancionada por este delito de tenencia ilícita de armas.

El propio Tribunal, resume la doctrina contenida en la STC 24/2004, de 24 de febrero, invocada por el recurrente en su STC 51/2005, de 14 de marzo -énfasis ahora añadido-:

Resultaría inconstitucional una interpretación del primer inciso del art. 563 CP en la que la vinculación del elemento normativo del precepto al Reglamento de armas fuera absoluta e incondicionada, de forma que cualquier arma prohibida en el mismo pasara a integrar el tipo delictivo, pues ello vulneraría la garantía esencial del principio de reserva de ley consagrado en el art. 25.1 CE, además de plantear un problema de proporcionalidad de la sanción penal (FJ 5).

No obstante, señalábamos que ésta no era la única interpretación posible del precepto y que existía una interpretación del mismo conforme a la Constitución. "La interpretación constitucionalmente conforme ha de



partir de que el art. 563 CP en su primer inciso no consagra una remisión ciega a la normativa administrativa, cualquiera que sea el contenido de ésta, sino que el ámbito de la tipicidad penal es distinto y más estrecho que el de las prohibiciones administrativas. Tal reducción del tipo se alcanza, en primer lugar, en el plano de la interpretación literal o gramatical, a partir del concepto de armas, excluyendo del ámbito de lo punible todos aquellos instrumentos u objetos que no lo sean (aunque su tenencia esté reglamentariamente prohibida) y que no tengan inequívocamente tal carácter en el caso concreto. Y, según el Diccionario de la Real Academia, son armas aquellos 'instrumentos, medios o máquinas destinados a ofender o a defenderse', por lo que en ningún caso será punible la tenencia de instrumentos que, aunque en abstracto y con carácter general puedan estar incluidos en los catálogos de prohibiciones administrativas, en el caso concreto no se configuren como instrumentos de ataque o defensa, sino otros, como el uso en actividades domésticas o profesionales o el coleccionismo.

En segundo lugar, y acudiendo ahora a los principios generales limitadores del ejercicio del ius puniendi, la prohibición penal de tener armas no puede suponer la creación de un ilícito meramente formal que penalice el incumplimiento de una prohibición administrativa, sino que ha de atender a la protección de un bien jurídico (la seguridad ciudadana y mediatamente la vida y la integridad de las personas, como anteriormente señalamos) frente a conductas que revelen una especial potencialidad lesiva para el mismo. Y además, la delimitación del ámbito de lo punible no puede prescindir del hecho de que la infracción penal coexiste con una serie de infracciones administrativas que ya otorgan esa protección, por lo que, en virtud del carácter de ultima ratio que constitucionalmente ha de atribuirse a la sanción penal, sólo han de entenderse incluidas en el tipo las conductas más graves e intolerables, debiendo acudir en los demás supuestos al Derecho administrativo sancionador, pues de lo contrario el recurso a la sanción penal resultaría innecesario y desproporcionado.

La concreción de tales criterios generales nos permite efectuar nuevas restricciones del objeto de la prohibición, afirmando que la intervención penal sólo resultará justificada en los supuestos en que **el arma objeto de la tenencia posea una especial potencialidad lesiva** y, además, la tenencia se produzca en condiciones o circunstancias tales que la conviertan, en el caso concreto, en **especialmente peligrosa para la seguridad ciudadana**. Esa especial peligrosidad del arma y de las circunstancias de su tenencia deben valorarse con criterios objetivos y en atención a las múltiples circunstancias concurrentes en cada caso, sin que corresponda a este Tribunal su especificación. Esta pauta interpretativa resulta acorde, por lo demás, con la línea que, generalmente, viene siguiendo el Tribunal Supremo en la aplicación del precepto en cuestión".

Finalmente, en el fundamento jurídico 8 y recapitulando todo lo expuesto, establecíamos cuál es la interpretación del primer inciso del art. 563 CP conforme a la cual el precepto es constitucional, a la que se remite el fallo: "a tenor del art. 563 CP las armas cuya tenencia se prohíbe penalmente son, exclusivamente, aquéllas que cumplan los siguientes requisitos: en primer lugar, y aunque resulte obvio afirmarlo, que sean materialmente armas (pues no todos los objetos prohibidos con ese nombre en la norma administrativa lo son); en segundo lugar, que su tenencia se prohíba por una norma extrapenal con rango de ley o por el reglamento al que la ley se remite, debiendo excluirse del ámbito de prohibición del art. 563 CP todas aquellas armas que se introduzcan en el catálogo de los arts. 4 y 5 del Reglamento de armas mediante una Orden ministerial conforme a lo previsto en la disposición final cuarta, por impedirlo la reserva formal de ley que rige en material penal; en tercer lugar, que posean una especial potencialidad lesiva y, por último, que la tenencia se produzca en condiciones o circunstancias que la conviertan, en el caso concreto, en especialmente peligrosa para la seguridad ciudadana, quedando excluida la intervención del Derecho penal cuando no concurra realmente ese concreto peligro sin perjuicio de que se acuda, en ese caso, al Derecho administrativo sancionador (STC 111/1999, de 14 de junio , FJ 3). A través de esta interpretación restrictiva, el tipo resulta compatible con las exigencias constitucionales derivadas del principio de legalidad, tanto desde la perspectiva de las garantías formales y materiales inherentes al principio de reserva de ley, como desde la perspectiva de la proporcionalidad de la reacción penal; pues bien solamente así entendido el precepto puede ser declarado conforme a la Constitución. Todo ello sin perjuicio de dejar constancia de la conveniencia de que el legislador defina expresamente el tipo del art. 563 CP con mayor precisión formal".

4. Los hechos probados se limitan a indicar:

El día 4 de octubre de 2015, durante la investigación de los hechos, la esposa del procesado, María Antonieta, hizo entrega a la Guardia Civil las siguientes armas que él poseía en su domicilio: Un arma detonadora; un arma de fabricación casera, arma corta de fuego que dispara con normalidad una munición de su calibre, la cual simulaba ser un tubo de acero o similar; una carabina de aire comprimido y una escopeta con la inscripción Valeriano de fuego, del calibre 12, en correcto estado de funcionamiento de la que el procesado carecía de guía o licencia.

5. La potencialidad lesiva propia de las armas de fuego descritas no es discutida, así como el resto de las exigencias establecidas por la jurisprudencia constitucional, salvo su peligrosidad para la seguridad ciudadana; sin embargo de ese relato resulta, además de la pluralidad y aparente falta de almacenamiento



seguro, la existencia de un arma corta disimulada en un mero tubo de acero, cuya ínsita peligrosidad determina la absoluta prohibición de su tenencia; tanto más cuando a su disimulada naturaleza, esa simple contextura, le impide tener integrado cualquier sistema de seguridad.

6. También argumenta el recurrente, en forma subsidiaria que la sentencia infringe por inaplicación el artículo 565 CP en tanto en cuanto no rebaja en un grado la pena impuesta por el delito de tenencia ilícita de armas aún a pesar de que el recurrente no tenía intención de utilizar las armas con fines ilícitos.

Cuando de infracción de ley se trata, debemos atenernos al relato de hechos probados, En este apartado la narración se limita al párrafo que hemos transcrito, donde nada se reseña que permita la estimación de esta tipología atenuada. Indica además el Ministerio Fiscal en su informe, que la pena se ha impuesto en su límite inferior, al carecer de motivos que justifiquen una sanción superior, sin alusión al artículo 565 CP como reclama el recurrente y sin que conste que en su momento ofreciera al tribunal esa opción sobre la que pronunciarse; pero lo cierto es que en los hechos probados nada consta que pudiera justificar la aplicación del tipo privilegiado que ahora se propone y las propias características del arma no lo aconsejan; ni tampoco que medien otras actividades delictivas, pues siempre podría acudir al arma para ampararlas o reforzarlas.

El motivo se desestima

SEGUNDO.- El segundo y tercer motivo vienen referidos al delito de abuso sexual y se formulan al amparo del art. 849.2 LECr, por error en la valoración de la prueba y al amparo del art. 852 LECr, por quebranto del derecho a la presunción de inocencia, del art. 24.2 CE.

1. En cuanto al error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obren en autos, que demuestren la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios, los documentos que invoca son el Informe sobre credibilidad del testimonio de la víctima emitido por la Asociación Adima, los Informes Médico Forense y los Informes emitidos por el HOSPITAL000 de Sevilla, los cuales entiende que demuestran que el menor denunciante no recordaba nada de lo sucedido en fecha de autos, lo que desvirtúa la única prueba de cargo existente en la causa para motivar la condena.

2. La finalidad del motivo previsto en el artículo 849.2 LECr consiste en modificar, suprimir o adicionar el relato histórico mediante la designación de verdaderas pruebas documentales, normalmente de procedencia extrínseca a la causa, que acrediten directamente y sin necesidad de referencia a otros medios probatorios o complejas deducciones el error que se denuncia, que debe afectar a extremos jurídicamente relevantes, siempre que en la causa no existan otros elementos probatorios de signo contradictorio.

Por ello, el error de hecho sólo pueda prosperar cuando, a través de documentos denominados "litosuficientes" o "autosuficientes", se acredita de manera indubitada la existencia de una equivocación en la valoración de la prueba siempre y cuando el supuesto error no resulte contradicho por otros documentos o pruebas, porque la Ley no concede preferencia a ninguna prueba documental sobre otra igual o diferente, sino que cuando existen varias sobre el mismo punto el Tribunal que conoció de la causa en la instancia, presidió la práctica de todas ellas y escuchó las alegaciones de las partes, tiene facultades para sopesar unas y otras y apreciar su resultado con la libertad de criterio que le reconoce el art. 741 LECr.

En definitiva, este motivo no permite revisar la valoración probatoria realizada en la sentencia recurrida; ni tampoco los invocados son litosuficientes, pues el hecho de que los recuerdos del menor en un concreto momento dejen de ser nítidos, no conlleva necesariamente que el abuso no haya existido; y además existen pruebas de su perpetración como lo percibido sensorialmente por el menor hasta esa pérdida de consciencia y el resultado de los exámenes médicos, cuya suficiencia analizaremos en sede de presunción de inocencia.

Valga recordar aquí, en cuanto a la inadecuación como prueba documental a estos efectos de los dictámenes invocados, tanto más cuando citados no en cuanto a las conclusiones sino a un aspecto aún más "personal" y además referencial como la anamnesis (por más documentada que estuviera), que el juicio del psicólogo jamás podrá suplantar al del Juez, aunque puede ayudar a conformarlo. El peritaje sobre credibilidad de la declaración de un menor establece al contrastar sus declaraciones con los datos empíricos elaborados en esa ciencia, si existen o no elementos que permitan dudar de su fiabilidad. Pero esos informes no dicen, ni pueden decir, ni se les pide que digan, si las declaraciones se ajustan o no a la realidad. Esa es tarea del Tribunal que, contará con su percepción directa de las manifestaciones y con el juicio del psicólogo sobre la inexistencia de datos que permitan suponer fabulación, inducción, manipulación o invención (STS 143/2017, de 7 de marzo).

Pero, al contrario, concorde con el contenido de la STS 592/2017, de 21 de julio aunque el dictamen psicológico obtenga un resultado "indeterminado" sobre la credibilidad del menor, sin poder decidirse en un sentido o en otro, no es un elemento de prueba que pueda desvirtuar la convicción del Tribunal sentenciador asentada en una prueba de cargo consistente, plural y rica en contenido incriminatorio. Pues la duda que puedan mantener los peritos sobre la credibilidad o no del testimonio de la víctima, no puede transferirse automáticamente al



Tribunal, que a fin de cuentas es el órgano que debe dirimir el resultado de la prueba después de escuchar a todos los testigos y de valorar el resto de las pruebas, operando así con un material probatorio individual y de conjunto que le permite obtener una visión global del cuadro probatorio con sus diferentes perfiles y contrastes.

En consecuencia el motivo formulado al amparo del art. 849.2 LEcr, se desestima.

3. En cuanto a la fiscalización casacional del respeto al derecho a la presunción de inocencia no consiste en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas ante el Tribunal de instancia porque a él y solo a él corresponde esta función valorativa, sino que únicamente autoriza a esta Sala de Casación a valorar, de una parte, la existencia de prueba de cargo adecuada y, de otra, su suficiencia. La prueba es adecuada cuando ha sido obtenida con respeto a los principios estructurales que informan el desarrollo de la actividad probatoria ante los órganos jurisdiccionales. Y la prueba es bastante cuando su contenido es netamente incriminatorio. Además, la Sala de instancia ha de construir el juicio de autoría con arreglo a un discurso argumental lógico, coherente, expresivo del grado de certeza exigido para fundamentar cualquier condena en el ámbito de la jurisdicción criminal. Está también fuera de dudas que el control de racionalidad de la inferencia no implica la sustitución del criterio valorativo del Tribunal sentenciador por el del Tribunal casacional, el juicio de inferencia del Tribunal "a quo" sólo puede ser impugnado si fuese contrario a las reglas de la lógica o a las máximas de la experiencia.

4. En autos, así motivó la existencia y suficiencia de la prueba de la comisión del abuso sexual por parte del recurrente:

...en el presente caso, en la posición del perjudicado no se aprecia motivo alguno para pensar que haya podido actuar movido por un móvil de resentimiento, enemistad, venganza, enfrentamiento o interés, resultando ilógicas las alegaciones del acusado que así lo han querido hacer ver, manifestando que el menor ha actuado contra él por un interés económico, que le exigía más dinero que el que le entregó y que al negarse le conminó con sufrir las consecuencias que se han materializado en la denuncia que ha dado origen a este procedimiento. Alegación que carece de sustento probatorio y de lógica pues no se corresponde con la actuación propia de un menor de doce años de edad, cuya relación con el acusado era normal antes de producirse los hechos y que por ello se aviene a hacerle un favor a su ruego, cuando le pide que le sintonice el televisor y para conseguir dicho propósito se compromete a darle de comer y después llevarlo a casa de su hermana que era donde en principio se dirigía el menor con su padre. Además el testimonio incriminatorio del perjudicado sobre la realidad de los abusos padecidos viene corroborado por las manifestaciones de su hermana y de su padre sobre los síntomas que le apreciaron cuando llegó a donde ellos estaban; así como por el examen efectuado por los médicos que le atendieron horas después, que si bien no observaron desgarros ni erosiones en el ano que sería lo normal de haber existido la penetración afirmada en el acto del juicio, si apreciaron dolores y un eritema en zona anal compatible con un abuso sexual. Por otro lado, el hecho de haber reconocido el acusado que le dio a beber varios vasos de vino viene a apoyar la valoración realizada, pues resulta totalmente anómalo que, siendo la segunda vez (según informe del EICAS) que va el menor a su casa solo y teniendo 12 años de edad, le ofrezca dicha bebida que tenía como efecto, como realmente tuvo, disminuir su capacidad de reacción ante la acción que había ideado realizar el acusado. Además, no parece razonable que en esta situación de afectación alcohólica pudiera planear la maquinación engañosa en la que basa el acusado su valoración de la finalidad pretendida con la denuncia. Por otro lado, la excusa de una posible disfunción eréctil e impotencia sexual ha sido desmentida por el médico forense tras el examen del acusado y de su historia clínica

Ciertamente, el testimonio del menor no se ha mantenido persistente en cuanto a los detalles y acciones imputadas al procesado, lo que, como hemos dicho, debilita la credibilidad de sus manifestaciones en cuanto a la entidad de los abusos sufridos, no sobre su realidad en cuanto se refiere a los tocamientos en zona genital y rozamientos por lo indicado en el punto anterior; abusos en los que sí ha sido persistente a lo largo de la causa.

En efecto, si bien el perjudicado y su padre ante el Instructor hablaron de penetración anal, éste último no lo declaró en un principio, diciendo que le contó sobre la 1 de la madrugada siguiente a los hechos, que el acusado había abusado sexualmente de él, que le había dado 20 euros para que no dijera nada de lo ocurrido y le dijo que notaba "carne con carne".

La Doctora D^a Inés , que fue quien atendió a la víctima en la misma madrugada, manifiesta que éste decía que no recordaba lo sucedido tras tomar unos vasos de bebida de color rojiza y oscura pues se sintió mareado, y que cuando despertó sintió dolor en abdomen, espalda y zona anal.

El menor ante la Guardia Civil dijo que "cuando se sentó en el sillón al sentirse mareado el acusado "empezó a tocarle sus partes íntimas y los glúteos, que notaba que le estaba bajando los pantalones. Que notó un fuerte dolor en el culo que no veía a esta persona pero que escuchaba gemidos...cuando despertó vio sus pantalones y sus calzoncillos en el suelo y se vistió a aprovechó para irse a su casa".



Ciertamente Rafael, en el Juzgado si manifestó que su hijo le dijo que " *noto perfectamente la penetración y oía los gemidos del acusado mientras le acariciaba*", y su hijo manifestó ante el Juez Instructor que " *pudo notar como este hombre se le puso encima, tumbado y notó que le quitaba los pantalones y después empezó a notar como éste hombre la agarraba fuertemente por los glúteos y metía su pene entre sus piernas moviéndolo constantemente al tiempo que oía gemidos. Que en un momento dado recuerda que lo puso como de lado y notó que le introducía el pene por detrás, teniendo certeza de que era el pene y no otra cosa*", pero esta manifestación choca con la descripción de los hechos en el plenario, donde habla de haberlo colocado en posición de " *perrito*", a cuatro patas, al explicar la forma como se produjo la penetración, lo que no había dicho antes y nos hace dudar de su realidad, máxime en atención a lo indicado por las psicólogas del Eicas sobre los motivos por los que no han podido pronunciarse sobre la credibilidad del testimonio del menor, por sustentarse sobre un relato de un recurso que por las circunstancias en las que se registró (vive el episodio bajo el consumo altamente probable de tóxicos) puede estar alterado y contiene fallos en la memoria en lo central del suceso investigado, en la descripción de las conductas sexuales implicadas".

En este sentido, señalan dichas peritos que " *Tomás no presenta un recuerdo completo de las conductas sexuales implicadas en sí, sino que tanto por detalles que recuerda de ese momento, por las consecuencias físicas observadas a posterior en su cuerpo, el menor entiende que ha existido una relación sexual de penetración y tocamientos en su pene que luego son confirmadas por el médico forense*".

En consecuencia, son estas inexactitudes y modificaciones en el relato de los hechos, así como la ausencia de desgarros o erosiones en zona anal, lo que nos hace dudar sobre la realidad de la penetración afirmada por el menor y atenernos al tipo básico del delito de abuso sexual en aplicación del principio " *in dubio pro reo*".

5. Así pues, la Audiencia analiza la ausencia en el menor de móviles de resentimiento, enemistad, venganza, enfrentamiento o interés; la buena relación con el acusado antes de los hechos enjuiciados, que acude a su domicilio a su instancia y para hacerle un favor; los síntomas que su hermana y su padre apreciaron en el menor cuando volvió a casa; el informe de los médicos que le examinan, que no observaron desgarros ni erosiones en el ano que sería lo normal de haber existido la penetración afirmada en el acto del juicio, pero sí apreciaron dolores y un eritema en zona anal compatible con un abuso sexual; el extraño comportamiento del acusado que reconoce haber dado a beber vino al menor; la afectación alcohólica y su difícil compatibilidad con maquinación engañosa en contra del acusado; y tras ello un detallado análisis de las declaraciones del menor, donde concluyen en escrupulosa inducción valorativa, más que por contradicciones del menor, por el diverso grado de precisión en el relato, que no resulta plenamente acreditada la penetración anal, pero resulta inequívocamente acaecido el abuso tal como se traslada al hecho probado. En consuno con las conclusiones periciales, el menor tiene recuerdos parciales del abuso y las consecuencias físicas observadas en sus genitales, son confirmadas por el médico forense.

Consecuentemente, ninguna arbitrariedad ni atentado criterio lógico alguno se observa en esta valoración, sino al contrario, ponderada y motivada explicación, donde con rigor limitan el contenido conclusivo a lo inequívocamente probado.

El motivo basado en vulneración del derecho a la presunción de inocencia se desestima.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido Desestimar el recurso formulado por la representación procesal de D. Narciso, contra la sentencia núm. 287 de 18 de junio de 2018, dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Sevilla (Rollo de Procedimiento Ordinario Sumario núm. 11118/2016), seguido contra el mismo por los delitos de abuso sexual y tenencia ilícita de armas; ello, con imposición de las costas causadas a la recurrente.

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

Así se acuerda y firma.

Andrés Martínez Arrieta Andrés Palomo Del Arco Vicente Magro Servet

Carmen Lamela Díaz Eduardo de Porres Ortiz de Urbina