



Roj: **SAP B 4262/2019 - ECLI: ES:APB:2019:4262**

Id Cendoj: **08019370082019100074**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **8**

Fecha: **14/02/2019**

Nº de Recurso: **95/2018**

Nº de Resolución: **85/2019**

Procedimiento: **Procedimiento abreviado**

Ponente: **CARLOS MIR PUIG**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA**

### **SECCIÓN OCTAVA**

Rollo nº 95-2018

Diligencias Previas nº 1279-2017

Juzgado de Instrucción nº 11 de Barcelona

### **SENTENCIA N°**

Ilmos. Srs:

D. JOSÉ M<sup>a</sup> PLANCHAT TERUEL

D. CARLOS MIR PUIG

D<sup>a</sup>.MERCEDES OTERO ABRODOS

En Barcelona, a 14 de Febrero de 2019.

VISTA, en nombre de S.M. el Rey, en juicio oral y público, ante la Sección Octava de esta Audiencia Provincial, la presente causa rollo PA nº 95 de 2018 procedente del Juzgado de Instrucción 11 de Barcelona diligencias previas número 1279 de 2017, por delito de abusos sexuales a menor de dieciséis años contra el acusado D. Leonardo , nacionalizado español, con DNI núm. NUM000 , nacido el NUM001 de 1992, en República Dominicana, hijo de Mariano y de Mercedes , con domicilio en Barcelona, CALLE000 nº NUM002 , NUM003 , tf: NUM004 representado por la Procuradora D<sup>a</sup>. María Paz López Lois y defendido por la Letrada D<sup>a</sup>. María Barbancho Saborit, carente de antecedentes penales y de solvencia ignorada, ejercitando la acción pública el Ministerio Fiscal, representado por la Ilma Sra. D<sup>a</sup> Pilar Fernández Rubín; se ha designado ponente al ILMO SR. D. CARLOS MIR PUIG que expresa el acuerdo unánime del Tribunal.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO** .- En trámite de conclusiones definitivas, el Ministerio Fiscal calificó los hechos como constitutivos de un delito de abuso sexual tipificado en el artículo 183.1 del Código Penal , del que es autor el acusado D. Leonardo , en base al art. 28 CP , sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, y solicitó para el mismo las penas de 4 años de prisión y accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio de cualquier profesión y oficio que conlleve contacto regular con menores, y 5 años de libertad vigilada, y costas.

**SEGUNDO** .- Por la defensa del acusado, en igual trámite, se solicitó su libre absolución por estimar que su conducta no era constitutivo de ningún delito.

### **HECHOS PROBADOS**



ÚNICO " Se declara probado que el acusado, D. Leonardo , nacionalizado español, con DNI NUM000 nacido el NUM001 de 1992, mayor de edad y sin antecedentes penales, la tarde del día **31 de octubre de 2017** se encontraba trabajando como higienista en la clínica dental DIRECCION000 , propiedad de DIRECCION001 ., sita en la CALLE001 nº NUM005 de Barcelona, por cuenta de la misma, y sobre las 17:00 horas atendió al menor de dieciséis años Carlos Francisco , nacido el NUM006 de 2002, de 15 años de edad para efectuarle una higiene dental, en el box nº NUM007 de dicha clínica, mientras la madre del menor que acompañaba al menor, salió del referido centro para realizar gestiones, dejando solo al menor con el acusado, y este en los momentos finales de la higiene dental, con ánimo libidinoso, y aprovechando que estaba a solas con el menor le metió el tubo de sacar saliva, y al abrir la boca este, el acusado le empezó a tocar con la mano el pene por encima de la ropa, efectuando con su mano plana movimiento de arriba abajo en forma de masturbación, lo que repitió más veces.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO .- CALIFICACIÓN JURÍDICA.

Los hechos así descritos son constitutivos de un delito de abuso sexual a menor de 16 años, previsto y penado en el artículo **183.1 del Código penal** al concurrir todos los elementos objetivos y subjetivos de dicho tipo penal, en la redacción dada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, que entró en vigor el 7 de julio de 2015, que en el momento de los hechos, el 31.10.2017, estaba vigente.

En efecto, el artículo 183.1 CP dispone que: " *El que realizare actos de carácter sexual con un menor de dieciséis años, será castigado como responsable de abuso sexual a un menor con la pena de dos a seis años.*"

El bien jurídico protegido es la **indemnidad sexual** , protegiéndose además de la libertad sexual, los derechos inherentes a la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad, el derecho de los menores a estar libres de cualquier daño de orden sexual, sin injerencias extrañas a sus intereses, un desarrollo psicológico y moral sin traumatismos y un bienestar psíquico, en definitiva, el derecho del menor a no sufrir interferencias en el proceso de formación adecuada a su personalidad ( *STS de 2 de mayo de 2006 (RJ 2006,3106)*).

Se trata de un **tipo autónomo** , y no como antes de un tipo cualificado del delito de abuso sexual del artículo 181.1 del CP ., que ni siquiera exige ánimo libidinoso como ha sostenido la STS de 10 de diciembre de 2014 (RJ 2015,63).

### SEGUNDO .- VALORACIÓN DE LA PRUEBA.

Los hechos declarados probados derivan de las pruebas practicadas en el acto del juicio oral, con inmediatez y efectiva contradicción.

En efecto, es prueba "de cargo" , de carácter incriminador, la testifical en el acto del juicio oral de la víctima, (como reconoce la jurisprudencia que ocurre en la mayoría de casos de delitos contra la libertad e indemnidad sexual, en que no suele haber testigos presenciales) el menor D. Carlos Francisco , quien en el momento de los hechos tenía 15 años de edad, y dijo en el juicio: " *que entró en la clínica dental con su madre y que le atendió por primera vez el acusado para hacerle una higiene dental - si bien en una ocasión anterior ya estuvo en dicha clínica por primera vez en que le atendió una chica-, y cuando entró en el box lo hizo solo no entrando su madre en el box, que salió del centro. Estuvo más o menos una hora, y estaban solamente los dos, el acusado y él. Una chica entró, él estaba sentado de espaldas a la puerta. Hablaron, al principio todo iba bien, le hizo la limpieza, pero en el momento final, le metió el tubo de sacar saliva y al abrir la boca le empezó a tocar, abre, le decía, y le tocaba el pene. Se quedó paralizado, no dijo nada, se quedó quieto. En forma de masturbación, hacía movimiento de arriba abajo pero con la mano plana por encima de la ropa, y ello lo repitió más veces. Inicialmente pensó que era una máquina que le rozaba, pero vio la mano del acusado. Se quedó parado, sólo quería irse. La chica entró previamente. El acusado estaba a su derecha, y al acabar le dijo el acusado: nos vemos la próxima vez, y se fue a casa y cuando vino del trabajo su padre, se lo contó y luego a su madre, y ambos progenitores fueron la misma tarde a la clínica dental a hablar. Continuó el tratamiento de ortodoncia en otra Clínica de DIRECCION000 , sita en la CALLE002 . Estaba la puerta cerrada al tiempo de los hechos y efectuó los tocamientos con la mano izquierda, puede.*"

Dicha declaración coincide esencialmente con la efectuada ante la policía, al folio 9 y con la efectuada ante el Juzgado, al folio 16.

Concurren los requisitos jurisprudenciales para que la única declaración de la víctima pueda enervar el principio de presunción de inocencia de " **ausencia de incredibilidad subjetiva**" , pues el día de autos era la primera vez que conoció al acusado, sin que se aprecie la existencia de móvil espurio, abyecto o fútil alguno por parte de la víctima respecto del acusado, ni móvil de represalia o venganza pues no se conocían con anterioridad; asimismo concurre el requisito de " **persistencia en la incriminación**" , pues el menor siempre ha persistido en



sus declaraciones, de que el acusado le efectuó con la mano de este que pudo ver tocamientos en el pene, aprovechando cuando le ponía el tubo para aspirar la saliva, para tocarle el pene por encima de la ropa y que entró una persona en el box mientras le efectuaba la limpieza bucal pero que cuando entró esta persona no estaba haciendo nada el acusado, que la limpieza duró unos 40 minutos, así en su declaración en el Juzgado, y una hora aproximadamente en el acto del juicio oral.

No debe darse más importancia al tiempo transcurrido efectivamente, pues es difícil de determinar, pudiendo ser de menor duración en realidad.

En el acto del juicio oral, el menor concretó que los tocamientos sucedieron en los momentos finales de la limpieza bucal, y dijo que los tocamientos los hizo el acusado con la mano izquierda, le parece al menor, si bien es cierto que en su declaración ante la policía dijo que le tocó con la mano derecha, pero esa diferencia puede ser debida al transcurso del tiempo, pues en la fecha del juicio había ya pasado un año y tres meses aproximadamente del momento de los hechos.

Y finalmente concurre el requisito de "**corroboración periférica**", pues la madre del menor D<sup>a</sup> Violeta dijo que efectivamente el día de autos acompañó a su hijo menor a la clínica dental de la CALLE001 y que cuando le atendió el acusado y entró su hijo en el box, ella se fue de la clínica para hacer gestiones, y que cuando volvió a casa se encontró que tras no querer abrir la puerta de su habitación su hijo, finalmente les contó a ella y a su compañero que el acusado le había efectuado tocamientos en el pene poniéndose a llorar, por lo que ella y su marido fueron la misma tarde a la clínica para hablar de lo referido por su hijo.

Asimismo la directora de la Clínica DIRECCION000 de la CALLE001, de autos, D<sup>a</sup> Adoracion reconoció que "**vinieron** a la clínica (la madre del menor y el marido de esta) **por la tarde ese mismo día** y querían hablar con el Director". Que luego **ella llamó a la madre**, y esta quería seguir el tratamiento de ortodoncia de su hijo que se hizo en otra clínica de DIRECCION000 de la CALLE002. También dijo que no han despedido al Sr. Leonardo.

El propio acusado reconoció en el juicio oral que efectivamente la tarde del día de autos, 31 de octubre de 2017, atendió al menor Carlos Francisco y le hizo una limpieza bucal ese día (que tardó unos 20 minutos, porque a las 5 de la tarde había dos pacientes a la vez para hacerse una limpieza bucal), porque más adelante debía hacerse un tratamiento de ortodoncia, si bien negó haberle efectuado tocamiento alguno al referido menor, quedando para que volviera otro día, y que esa tarde sus compañeros Constanza y Juan entraron en el box a buscar material, estando la puerta del box abierta, que utilizaba las dos manos y que es diestro.

Debe destacarse que en su declaración ante el juzgado el acusado reconoció que era *homosexual*, f. 38, y que el menor en su declaración ante el juzgado dijo que: "*percibió que - el acusado- podía ser homosexual por su forma de comportarse*", f.16.

Este tribunal descarta cualquier móvil económico por parte del menor y su madre para presentar la denuncia de autos, pues no se han personado como acusación particular para pedir una elevada indemnización al acusado. Tampoco aprecia que se hubiera presentado la denuncia para presionar a la Clínica DIRECCION000 para no tener que pagar o pagar mucho menos el tratamiento de ortodoncia que necesitaba el menor, pues la madre acabó pagando el tratamiento de ortodoncia que la Clínica le efectuó al menor en otra sucursal de la CALLE002. Así la directora de la clínica de la CALLE002 D<sup>a</sup> Guadalupe refirió en el acto del juicio oral que conoció al acusado en el día de hoy y que es y era directora de la Clínica DIRECCION000 de la CALLE002 en octubre de 2017. La llamó la responsable de la Zona explicándole que había ocurrido un conflicto con un menor en una sucursal y si podía hacerse cargo de la ortodoncia del menor y se pusieron en marcha. Efectuaron una nueva valoración odontológica y le efectuaron un nuevo presupuesto, y le pusieron los bragets más económicos que tenían, que fue aceptado por la madre del menor, y que va pagando fraccionadamente quedándole solo seis meses para pagarlo.

Debe precisarse, que una cosa es el presupuesto para practicarle al menor la ortodoncia que la madre del mismo acabó aceptando y pagando, y otra cosa es el estar de alta en una Mutua, que le cubría la limpieza bucal, o higiene dental, de modo que todo lo que afirma el acusado de que la madre no tenía mutua y que finalmente se dio de alta el mismo día que atendió al menor, en una mutua, rellenando un formulario, para así obtener de forma gratuita la limpieza bucal, no tiene la relevancia que pretende darle el acusado, y no constituye ningún móvil económico espurio para que el menor pudiera mentir.

Es cierto que en el escrito de conclusiones provisionales de la defensa se aporta como documento nº 1 un escaneado de informe asistencial de 15 de febrero de 2018 del Dr. Fausto de DIRECCION001, < DIRECCION000 >, f. 165 de la causa, en que se afirma que Leonardo *presenta ansiedad e insomnio* que requiere tratamiento que sigue en ese centro desde noviembre de 2017. Ahora bien, aparte de que dicho informe no ha sido ratificado por dicho médico en el acto del juicio oral, que ni siquiera ha intentado ser citado por la defensa del acusado, dice lo que dice, no efectuándose alegación alguna complementaria al origen de dicha ansiedad,



pudiéndose deber la ansiedad e insomnio a un motivo distinto del saber que había sido denunciado a primeros de noviembre de 2017, aunque tampoco puede descartarse que el motivo fuera el conocer dicha denuncia.

La defensa del acusado ha aportado al juicio oral dos testigos, compañeros de trabajo del acusado, para intentar acreditar que al entrar los mismos en el box en que el acusado atendía al menor haciéndole una limpieza bucal la misma tarde de autos, impidió que el acusado pudiera efectuar los tocamientos objeto de denuncia.

Sin embargo, debe tenerse presente el testimonio de cada uno de ellos, para observar que no han acreditado lo que se pretendía.

En efecto, el testigo D. **Juan**, dijo en el acto del juicio es y era trabajador de la Clínica de la CALLE001 en el momento de los hechos, y que el día de autos había exceso de trabajo porque había dos pacientes que llegaron a la misma hora que había que hacerles una limpieza bucal y que normalmente estaban entreabiertas las puertas de los box y que entró en el box nº NUM007, unas tres veces para buscar material **durante toda la tarde**, por lo que no puede asegurarse que entrara precisamente en el tiempo en que el acusado estaba efectuando la limpieza bucal al menor.

El otro testigo, D<sup>a</sup> **Constanza** dijo en el juicio que es trabajadora del centro antes y ahora. Que había la costumbre de dejar las puertas del box abiertas y que el **31.10.2017** entró en el box nº NUM007 y le preguntó al acusado si hacía ella la higiene de otro cliente que acudió a la misma hora. Debe decirse que el propio menor en su declaración ante el juzgado, al folio 16 de la causa, dijo que "*Entró una persona en ese espacio. Que cuando entró esa persona - el acusado - no estaba haciendo nada*". Y en el juicio afirmó que "*una chica entró*", debiendo ser Constanza.

Examinadas las fotografías de la consulta clínica y del box de autos, folios 53 a 57 de la causa, se constata, f. 55 que la silla -donde estaba sentado el menor- daba de espaldas a la puerta de dicho box, como puede verse al folio 55, y confirmó el menor Carlos Francisco en su declaración en el juicio, por lo que puede inferirse que el acusado podía efectuar los tocamientos al menor sin que nadie lo pudiera advertir, aunque la puerta del box en algún momento pudiera estar entreabierta, afirmando el menor que cuando el acusado le hacía los tocamientos la puerta estaba cerrada.

**TERCERO**.- Es autor el acusado Leonardo, en concepto del apartado primero del art. 28 del Código penal, al haber realizado el hecho por sí solo.

**CUARTO**.- No concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

**QUINTO**.- Atendido el artículo 66.1.6<sup>a</sup> del Código penal es procedente, atendida la gravedad de los hechos y la personalidad del acusado, imponer al acusado, en el caso presente, al carecer de antecedentes penales, la pena de **DOS AÑOS DE PRISIÓN** y accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio de cualquier profesión y oficio que conlleve contacto con menores, pues existe relación entre dichos derechos con el delito cometido por el acusado, que es un delito de abuso sexual contra menor de 16 años, tal y como dispone el artículo 56.1.3<sup>a</sup> del Código Penal.

**SEXTO**.- En concepto de responsabilidad civil *ex delicto* en base a los artículos 109 y siguientes del Código penal, es procedente que el acusado indemnice a Carlos Francisco a través de su madre en la cantidad de **600 euros** por daños morales, suma que devengará el interés legal del dinero, incrementado en dos puntos conforme a lo dispuesto en el artículo 576 de la LECivil.

**SÉPTIMO**.- En base al artículo 80 del Código penal y atendido que el acusado carece de antecedentes penales y la pena impuesta no es superior a dos años de prisión, es procedente conceder al acusado, firme que sea esta sentencia, **la suspensión de la ejecución de la pena de prisión** impuesta, por tiempo de tres años, condicionada a que no vuelva a cometer un nuevo delito durante dicho periodo y a que satisfaga la responsabilidad civil impuesta al mismo, por su menor peligrosidad criminal,

**OCTAVO**.- Atendido lo establecido en el artículo 192.1 CP no es procedente acordar la medida de libertad vigilada por 5 años solicitada por el Fiscal, pues el acusado ha cometido un solo delito y es un delincuente primario, atendida la menor peligrosidad del acusado, que ha llevado a concedérsele la suspensión de la ejecución de la pena.

**NOVENO**.- El artículo 120.4 del Código penal dispone que: "*Son también responsables civilmente, en defecto, de los que lo sean criminalmente:.. 4<sup>a</sup> Las personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio por los delitos que hayan cometido sus empleados, dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios*".



En consecuencia , atendido que el acusado **trabajaba por cuenta** de DIRECCION001 , Clínica dental DIRECCION000 , en la fecha de los hechos, sin que haya sido despedido, según reconoció la Directora D<sup>a</sup> Adoracion en el juicio, (aunque el acusado dijo que hacía tres meses que ya no trabajaba al haber pedido una excedencia para estudiar), es procedente declarar la responsabilidad civil subsidiaria de DIRECCION001 . Clínica DIRECCION000 de la cantidad de 600 euros a que se ha condenado al acusado a indemnizar al menor a través de su madre.

Dicha responsabilidad civil subsidiaria se ha objetivado en base a la teoría de la creación del rieso <cuis commoda, eius incommoda>, sin que se requiera culpa o negligencia según reconoce la jurisprudencia.

**OCTAVO** .- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 123 del Código penal y 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , procede la imposición de las costas procesales al acusado.

Vistos los preceptos legales citados y demás de procedente aplicación.

## FALLAMOS

Que debemos **CONDENAR Y CONDENAMOS** a D. Leonardo , mayor de edad y sin antecedentes penales como autor de un delito de abuso sexual a menor de 16 años del artículo 183.1 del Código penal , sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de **DOS AÑOS DE PRISIÓN y accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio de cualquier profesión y oficio que conlleve contacto regular con menores. Asimismo le condenamos en concepto de responsabilidad civil ex delicto a indemnizar a Carlos Francisco a través de su madre en la cantidad de 600 euros, con responsabilidad civil subsidiaria de dicha cantidad de DIRECCION001 . DIRECCION000 . Se imponen las costas de esta instancia al acusado referido.**

**No ha lugar a imponer la medida de libertad vigilada solicitada por el Ministerio Fiscal.**

**Firme que sea esta sentencia se concede al acusado Leonardo la suspensión de la ejecución de la pena de prisión impuesta, por tiempo de tres años, condicionada a que no vuelva a delinquir dentro de dicho periodo y a que satisfaga la responsabilidad civil impuesta al mismo.**

Notifíquese la presente resolución a las partes, con la advertencia de que contra la misma puede interponerse recurso de apelación ante la Sala de Apelación de la Sala Civil y Penal del TSJ Cataluña, dentro del plazo de diez días.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior resolución en el mismo día de su fecha, por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, celebrando audiencia pública. Doy fe.

**JOSÉ M<sup>a</sup> PLANCHAT TERUEL, Presidente de la Sección Octava de esta Audiencia Provincial, en relación con la Sentencia de catorce de febrero de dos mil diecinueve dictada en el Procedimiento abreviado n<sup>o</sup> 95/18 dimanante de las**

Diligencias previas n<sup>o</sup> 1279/17 del Juzgado de Instrucción n<sup>o</sup> 11 de Barcelona, al amparo de lo establecido en el art. 260 de la L.O. del Poder Judicial formulo el presente **VOTO PARTICULAR:**

## ANTECEDENTES DE HECHO

Los de la resolución mayoritaria.

## HECHOS PROBADOS

ÚNICO.- El acusado Leonardo , mayor de edad y sin antecedentes penales, la tarde del día 31 de octubre de 2017 se encontraba trabajando como higienista en la clínica dental DIRECCION000 , propiedad de DIRECCION001 ., sita en la CALLE001 n<sup>o</sup> NUM005 de Barcelona, por cuenta de la misma, y sobre las 17:00 horas atendió al menor Carlos Francisco de 15 años de edad (nacido el NUM006 /2002) para efectuarle una higiene dental, en el box n<sup>o</sup> NUM007 de dicha clínica, mientras la madre del menor que acompañaba a éste abandonó el referido centro para realizar gestiones. La tarea de higiene bucal se llevó a cabo en unos veinte minutos aproximadamente sin que conste que el acusado, en ningún momento, aprovechase tal actividad para efectuar tocamientos en los genitales del menor.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los hechos declarados probados no son constitutivos del delito de abuso sexual a menor de dieciséis años imputado al acusado.



Dentro de los injustos que atacan la libre determinación sexual, es bien sabido que lo que caracteriza a dicho injusto es que el acto atentatorio contra la libertad sexual sea cometido sin el concurso de violencia o intimidación, en el supuesto de autos y conforme a la tesis acusatoria, mediante el aprovechamiento de las tareas de higiene bucal llevadas a cabo por el acusado en el centro referido en la resultancia.

La primera consideración que debe efectuar quien suscribe este voto es la relativa a la patente gravedad de los hechos imputados, desde la perspectiva en que se manifiesta la acusación, esto es, la objetiva del delito y la penalidad resultante. Desde el prisma probatorio, cobra máxima dificultad esta suerte de injustos que atentan contra la libertad sexual en los que de normalmente se cuenta como medio de demostración preferente, cuando no único como acontece con frecuencia, con la manifestación de la víctima debido a que el sujeto activo procura de ordinario, consciente y deliberadamente, la opacidad, la nula trascendencia para terceros, en suma la clandestinidad (aquí poco auspiciada, empero, por las circunstancias que se dirán).

SEGUNDO.- Como quiera que la discrepancia que patentiza el presente respecto del siempre muy respetable criterio mayoritario radica estrictamente en la valoración de la prueba (hacerlo sobre la corrección de la subsunción de aquel parecer en lo que estima demostrado sería completo desafuero) considera imprescindible quien lo suscribe profundizar más en la cuestión.

Esa valoración probatoria es una fase más de cuantas conforman el juicio de hecho y consiste, entre las diversas acepciones que pudieren otorgársele, en el análisis crítico a que deben someterse los medios de prueba con el propósito de determinar la fiabilidad de la información que aportan. Pero el juicio de hecho radica no en la aprehensión de una realidad, sino en la afirmación que sobre ella se introduce dialécticamente en el proceso y sobre tales afirmaciones de hecho (contrapuestas o, en todo caso, controvertidas) se proyecta el análisis racional judicial que decanta lo cierto de unas sobre las otras.

Esto último desemboca en que la esencia del juicio de hecho radica en una operación de verificación de una determinada afirmación teniendo presente, además, que la realidad de contraste (aquella que puede ser judicialmente percibida de forma directa) ha desaparecido en numerosas ocasiones (ergo, impide la percepción personal y directa en juicio) y la fuente de información se obtiene por otros medios (personales - que la describirán verbalmente- o materiales - que la captan y proyectan-).

Tal información sobre la realidad de contraste (que es en sí la prueba) se introduce con anterioridad a la tarea judicial consistente en el juicio de hecho mediante una determinada actividad reglada (medios de prueba) y toda esa información es la que se somete a un riguroso proceso crítico tendente a la fijación judicial del hecho probado. Esta apreciación crítica es la que, en suma, depura la información y selecciona los medios de prueba racionalmente fiables que desemboca en la necesaria relación entre la información depurada y la proposición o afirmación controvertida, si el resultado es positivo (esto es, la convicción de que la proposición o afirmación es verdadera) la conclusión es la consignación del enunciado en el relato fáctico.

TERCERO.- Sentado uniformemente por la jurisprudencia que no existe en nuestro ordenamiento penal un sistema tasado de valoración de la prueba, y abstracción hecha que en la inmensa mayoría de casos puede predicarse el interés directo de la víctima en la causa (si bien en este particular se suscribe plenamente cuanto reza la resolución mayoritaria al expresar que "este tribunal descarta cualquier móvil económico por parte del menor y su madre para presentar la denuncia de autos, pues no se han personado como acusación particular para pedir una elevada indemnización al acusado"), el Tribunal Supremo (al igual que el Tribunal Constitucional) ha venido reconociendo la aptitud de su declaración testifical para enervar la presunción de inocencia, incidiendo en la necesaria y cuidadosa ponderación y valoración crítica del testimonio particularmente en los casos en que concurren circunstancias objetivas o contradicciones que obstaculicen la formación de la convicción, pero reafirmando su valor de prueba válida de cargo hasta en el supuesto de ser la única existente. La doctrina de casación ha erradicado con reiteración el *brocardo testes unus, testes nullus* -, sin dejar de advertir que cuando la única prueba de cargo la constituye la declaración de la supuesta víctima del delito se produce una situación límite de riesgo para el derecho constitucional de presunción de inocencia.

Pero claro está que la eliminación del citado brocardo *testes unus, testes nullus* y la consideración de la declaración de la víctima como válida para hacer ceder el principio constitucional de inocencia, no supone ni se asimila en modo alguno que en aquellos delitos en los que su persecución y cabal demostración sean debidos a tal medio probatorio deba resentirse tal derecho fundamental, pues se mantiene con igual rigor la apreciación en conciencia que prescribe el art. 741 L.E.Crim. En otras palabras, la aptitud del medio no equivale, indefectiblemente, a su suficiencia. De igual manera, debe remarcarse, que no cabe establecer ecuación entre el haz de derechos que rodean a la declaración del acusado (no confesarse culpable, no declarar contra sí mismo,...) y su incerteza o inveracidad intrínseca.

Al respecto de la credibilidad, y aún a conciencia de volver de nuevo a generalidades, se considera ineludible hacer mención a los dos principales focos de atención en la evaluación de toda declaración testifical que



supone tanto prestar particular atención al crédito que merece la persona que declara en tal calidad como a la declaración en sí misma.

Lo primero pasa inevitablemente por reparar en la relación personal con los extremos esenciales del *thema decidendi* tanto subjetivos como objetivos. Así, en cuanto a aquellos los referentes a su grado de vinculación con las partes procesales (en sus manifestaciones de amistad, enemistad, relación laboral, etc.) o de desvinculación absoluta; y en cuanto a los objetivos la presencia de interés de cualquier índole (con independencia de su mayor o menor intensidad) o su ausencia, en el bien entendido que la evaluación del testigo en la perspectiva que se viene tratando debe asentarse en razones concretas y realmente existentes que permitan estimar adecuadamente su grado de fiabilidad.

Lo segundo, la declaración en sí misma, arranca forzosamente del examen del grado de verosimilitud de la versión, esto es apreciando que no se trate de versión inverosímil (por ser absoluta ilógica, alejada de la experiencia común o naturalmente inviable). Además que lo sea intrínsecamente coherente (consistente en lo aseverado) y extrínsecamente coherente (persistente a lo largo de la causa), siendo de relevancia notable elementos de corroboración ajenos a la declaración (bien subjetivos -coincidencia con el decir de otros deponentes- bien objetivos).

CUARTO.- La realidad de la atención de limpieza bucal llevada a cabo personalmente por el acusado en el centro es cuestión no controvertida, quien además precisa que invirtió en ello "unos veinte minutos, porque a las 5 de la tarde había dos pacientes a la vez para hacerse una limpieza bucal".

Por su parte, el menor refirió en juicio que acudió a la clínica dental con su madre y que le atendió por primera vez el acusado, si bien cuando entró en el box lo hizo solo no haciéndolo su madre, donde "estuvo más o menos una hora", permaneciendo solamente los dos ("él estaba a mi derecha") si bien "una chica entró", que estaba sentado de espaldas a la puerta ("no podía ver la puerta"), que fue hacia el final cuando al tiempo de colocarle el tubo salival "al abrir la boca me empezó a tocar", "varias veces, le veía la mano", "estuvo cinco minutos haciéndolo", "sólo quería irme", "al acabar le dijo el acusado: nos vemos la próxima vez", que posteriormente se lo explicó a su madre quien, con su cónyuge, "fueron la misma tarde a la clínica dental a hablar", que "la puerta estaba cerrada" y "me tocaba con la mano izquierda".

Con anterioridad a otras consideraciones no puede pasarse por alto en orden a la valoración del testimonio la singular dificultad que, de ordinario, puede comportar la descripción de hechos que comprometen gravemente la intimidad, más acentuadamente en un acto revestido solemnidad cual es el plenario, de igual manera que es evidente que el análisis de su versión llevada a su dimensión más microscópica ofrecería con seguridad algún vacío y si bien puede afirmarse cuando de ordinario en las causas criminales seguidas por delitos contra la libre determinación sexual cometidos sobre personas adultas su narración reproducida varias veces mediando lapsos temporales entre unas y otras, que puede desembocar en aportar, o silenciar, extremos que impidan su coincidencia milimétrica, acaso pueda predicarse con mayor énfasis cuando, como es el caso, se trata de un menor por mucho que, cabe también tenerlo presente en orden a la evaluación de su testimonio, no es de muy corta edad sino de quince años en la fecha de los hechos y próximo a los diecisiete en el acto de juicio.

No es esto último lo que deba entenderse como determinante en sus respuestas en el plenario casi telegráficas pues, en lo sustancial, vienen en reproducir lo ya relatado con anterioridad en la presente causa criminal. No se advierte, por otro lado y en esto se coincide con el parecer mayoritario, que la actuación de los progenitores (singularmente la de la madre en cuanto a la problemática derivada de los costes del tratamiento o el alcance de la cobertura por una mutualidad) haya podido tener una influencia en la versión del menor, si no decisiva sí suficiente como para reconducirla a su voluntad. Ahora bien, no puede por menos que subrayarse el continuo vaivén en las declaraciones del menor acerca de la duración de la visita (de cuarenta minutos en la fase de instrucción -folio 26 de autos- a una hora en el acto de juicio) y no solamente por esa sustancial diferencia sino por cuanto no guarda relación alguna (por su exagerada perduración) con el promedio expresado por otros deponentes, no ya el acusado, sino los testigos empleados de la clínica Constanza ("veinte o veinticinco minutos") o Juan ("la duración media son veinte minutos") sino hasta la madre del menor ("una media hora"). Tampoco otra circunstancia relevante cual es la referente a con cuál de las manos refiere que el acusado llevaba a cabo sus lascivos tocamientos (teniendo presente además que, como queda antedicho, refiere que operaba a su derecha durante la visita), significando que era con la izquierda lo que resulta escasamente compatible con esa disposición de los dos (máxime si tenía lugar cuando actuaba al tiempo con el tubo salival) y con el hecho de ser el acusado diestro, hecho éste no solamente aseverado por éste sino comprobado *in situ* en el plenario en dos momentos muy concretos en que se sirvió de un pañuelo y al poco de un botellín de agua con su mano derecha, movimientos instintivos que distan, por las condiciones en que se producen (durante su interrogatorio), de poder ser tenidos como premeditados.



Pero tampoco cabe obviar las circunstancias externas de tiempo y lugar en que tiene lugar la atención dispensada por el acusado. El momento de la visita, como declara no solamente aquel sino los referidos testigos empleados de la clínica, se produce en momento de proliferación de personas ("carga de trabajo doblada", "problemas de agenda" en sus propias palabras) con lo que vienen a traducir aquello que documentalmente fue aportado por la defensa al inicio de la sesión consistente en el extracto de la programación de visitas en que, efectivamente, se constata una duplicidad por coincidencia horaria en esa franja de más de una persona. El espacio físico donde se produce la visita no es de menor importancia. Es de ver en las fotografías obrantes en autos los "boxes" son de reducidas dimensiones y, como refiere el menor, la persona que recibe atención se encuentra de espaldas a la puerta. La totalidad de los testigos que trabajaban, o siguen haciéndolo, en esa clínica manifiestan que las puertas de los "boxes" no se cierran cuando se está con una vista sino que permanecen entreabiertas algo que significa la directora de la clínica y califica el repetido testigo Juan de "mala costumbre" precisando que "la puerta del box NUM007 estaba abierta" y que "el interior es parcialmente visible desde la sala de espera y el box contiguo" a lo que añade Constanza que "el box NUM007 y NUM008 tienen pared corredera que estaba entreabierta", siendo que además se produce un intenso trasiego entre las dependencias en búsqueda de distintos materiales (siquiera el menor niega la presencia accidental de una empleada -la citada Constanza - lo que ésta corrobora y concreta mantenerse allí "dos o tres minutos").

Volviendo a la enunciada nota de clandestinidad mencionada *ut supra* que de ordinario procuran en esta suerte de injusto los sujetos activos, tales circunstancias espacio-temporales resultan escasamente compatibles con pretender procurarse de aquella. Pero es más, el acusado (que refiere haber visto en una ocasión anterior al menor y a su madre en la clínica escasos días antes -lo que se corresponde con recabar información sobre el tratamiento-) no podría siquiera cerciorarse que, al igual que en aquella ocasión anterior, la madre hubiese abandonado la clínica y no permanecido en ella, riesgo superior por cuanto el menor podía recabar de inmediato su auxilio aunque fuese verbalmente.

Tampoco contribuye al rigor de la probanza de cargo las versiones de lo sucedido a continuación de la visita. La madre del menor refiere que acudió con su marido a la clínica y se entrevistó con la directora ( Adoracion ), como ésta reconoce, pero también mientras aquella manifestó en el plenario que "cuando llegó a casa el chico ya estaba" la segunda refiere "la madre me dijo que llegó a casa llorando y se encerró en su habitación". Añadiendo a todo ello la sucesión de llamadas telefónicas no principiando, como aparece en la resolución mayoritaria, por la efectuada por la directora sino que, como ésta afirma, "llamó días después la madre y como yo no estaba le llamé a ella", llamadas que, por cierto y curiosamente, tenían por objeto proseguir con el tratamiento de ortodoncia.

En definitiva, no en clave de inveracidad sino en la de insuficiencia cualitativa cabe tener la principal prueba de cargo como apta para enervar la presunción constitucional de inocencia o, cuando menos, para no abrir en el ánimo de quien suscribe este voto discrepante la brecha dubitativa siempre favorecedora de reo, lo que debiere desembocar en la **libre absolución del acusado con declaración de oficio de las costas procesales**.

\*\*\*\*\*

Firmo el presente voto particular, que se incorporará al libro correspondiente y se notificará a las partes procesales con la resolución aprobada por la mayoría, en Barcelona, fecha "ut supra".

PUBLICACIÓN.- Publicado ha sido el anterior voto particular con la Sentencia que antecede el día de la fecha. Reitero fe.