

Núm. de causa: 6000119/2015
Núm. de rotlle: TSJP-0000020/2017

SENTÈNCIA 40-2017

PARTS:

Recorrent: Sr. XYZ
Advocat: Sra. M.C.O.

Recorrent: MINISTERI FISCAL

Recorregut: Sra. ABC
Advocat: Sra. S.B.A.

COMPOSICIÓ DEL TRIBUNAL:

President: M. I. Sr. Yves PICOD
Magistrats: M. I. Sra. Marie CONTE
M. I. Sra. Fátima RAMÍREZ SOUTO

Andorra la Vella, divuit de setembre de dos mil disset.

En els recursos d'apel·lació interposats contra la sentència de data 28 de febrer de 2017, dictada pel Tribunal de Corts en la causa de referència, seguida pels delictes major d'agressió sexual, menors d'abús sexual amb prevalença a major d'edat i d'amenaça no condicionals i per la contravenció penal de vexacions lleus, els components de la Sala Penal del Tribunal Superior de Justícia expressats al marge s'han constituït per a la vista i decisió. És ponent la **M. I. Sra. Marie CONTE**.

ANTECEDENTS DE FET

I.- RESULTANT: que el Tribunal de Corts dictà sentència de data 28 de febrer de 2017 amb la següent part dispositiva:

“FALLEM:

Condemnem XYZ com a responsable penal en concepte d'autor:

1.- d'un delicte menor d'abús sexual amb prevalença a major d'edat sense circumstàncies modificatives de la responsabilitat penal a la pena de CINC (5) MESOS DE PRESO CONDICIONAL fixant el termini de suspensió d'execució de la condemna en dos anys.

2.- d'un delicte menor continuat d'abús sexual amb prevalença a major d'edat amb la circumstància agreujant especial d'esser la víctima especialment vulnerable per raó de la situació a la pena de QUINZE (15) MESOS DE PRESÓ CONDICIONAL fixant el termini de suspensió d'execució de la condemna en dos anys.

Imposem a XYZ la pena complementaria de SUSPENSÍÓ per l'exercici del CÀRREC d'agent penitenciari per un termini de DOS ANYS.

Absolem XYZ del delicte major d'agressió sexual, del delicte menor d'amenaques no condicionals i de la contravenció penal de vexacions lleus dels que venia acusat pel Ministeri Fiscal, declarant d'ofici les despeses processals causades per aquests il·lícits.

Condemnem a XYZ a indemnitzar en concepte de responsabilitat civil a la perjudicada ABC en la quantitat de VUIT MIL EUROS (8.000€) pel concepte de pretium doloris.

Condemnem a l'acusat XYZ al pagament de les despeses processals causades inclosos els honoraris d'advocat de l'acusació particular a determinar en execució de sentència.”

II.- RESULTANT: que el precedent fallo es recolza en els següents fets que declara provats en el seu primer Resultant:

“SON FETS PROVATS:

** En data 18 de setembre de 2012, vers les 19.30 hores, ABC, que treballava al Centre Penitenciari d'Andorra en qualitat de mestra, era a l'aula de la classe núm. 2, esperant l'arribada dels alumnes, quan entrà el processat XYZ, nascut el XXX, de nacionalitat andorrana i sense antecedents penals, agent penitenciari al Centre des de l'any 1999, qui se li acostà, apropant-se fins al contacte, mentre li deia “si t'agafés lo que et faria”, demanant-li na ABC de marxar i partint aquest quan va sentir que algú (una interna) obria la porta, afegint no obstant “em tractes com un gos, em fas fora com un gos”.*

Al finalitzar les classes, vers les 12.30 hores del mateix dia, la denunciant ABC es dirigí a la sala d'agents per recollir quelcom, moment en que entrà el processat XYZ i sense dir paraula se li apropà per l'esquena i l'agafà per la cintura mentre li deia “es que com em posés” “mira que se'm posa dura” demanant-li ella molt enfadada que la deixés en pau, marxant aleshores l'agent mentre li deia amb to de mofa “quina mala llet gasta aquesta mestra”.

Amb anterioritat, i sense que na ABC li hagués volgut donar rellevància, ocasionalment, el processat XYZ li havia fet ja alguns altres comentaris inadequats.

ABC comentà el succeït immediatament a un company, -tècnic administratiu del Centre-, Sr. J.P., i ho comunicà per carta el dia següent, 9 d'octubre de 2012 (foli 34), a la direcció del Centre Penitenciari.

A conseqüència d'aquests fets, ABC pateix un trastorn adaptatiu mixt depressiu-ansió, necessitant d'un tractament, havent estat valorat pel metge psiquiatra que l'examinà, Dr. J. O., com perjudici amb un cinc (5) en una escala de set (7).

** El processat XYZ, a principis de l'any 2012, en data no determinada del mes d'abril i mentre supervisava el trasllat de la companya de cel·la de l'interna M.R.M., -que aquell dia tenia visita familiar i duia un vestit que li arribava als genolls-, aprofità el moment en què la dita companya sortí amb les seves coses per a, com jugant, aixecar-li les faldilles en tres o quatre ocasions, i al ser qüestionat sobre els fets per na M.R.M. aquest respongué que volia veure si anava depilada.*

Des d'aleshores, en reiterades ocasions, el processat XYZ, en el moment de les revisions diàries de cel·la, que efectuava en tant que agent de primera, li demanava que li fes petons a les galtes accedint puntualment

na M. per no tenir problemes i perquè en principi no li donà importància. En data també no determinada, però entre finals de setembre i principis d'octubre de 2012, aquest li demanà de fer-li un petó a la boca, negant-s'hi M.R.M., que li donà finalment dos petons a les galtes.

En una altra ocasió, el processat XYZ aprofitant que era sol a l'interior de la cel·la i havent-li demanat els petons, aprofità el moment en què aquesta els hi donà per, passant el braç per sota l'aixella com per abraçar-la, tocar-li el pit.

Finalment, en data 13 de setembre de 2012, entre les 10 i 11 hores, entrà novament el processat XYZ a la cel·la de M.R.M., trobant-se aquesta estirada al llit, no obstant li digué que no feia falta que s'aixequés, malgrat que la regla del centre era que l'intern, quan l'agent accedia a l'interior de la cel·la per la seva revisió i control, tenia l'obligació de posar-se dempeus i amb les mans fora de les butxaques, mentre l'altre agent que l'acompanyava era fora i anava obrint la resta de les portes de les altres cel·les. Sent així doncs, M.R., estirada al llit i angoixada perquè s'apropava la data de la lectura de la seva sentència, l'acusat s'atansà vers on era ella interessant-se pel seu estat i intentà donar-li un petó a la boca, girant na M.R. la cara, petonejant-li aleshores X el coll per marxar tot seguit.

M.R.M. no ho va denunciar per por de possibles represàlies, si però ho va comentar a una altra interna na M.G. i a les agents Sra. S.C. i Sra. E.V. que li digueren de formular una queixa.

** Un any abans, en data 21 de maig de 2011, trobant-se la interna, E.D.A., -en tant que ordenança, qualitat que permet una certa llibertat de moviments dins del centre-, a la cuina del Centre Penitenciari, on era també altra interna, la Sra. I.C.Z., per tal de fer els preparatius del dinar, entrà el processat XYZ amb una agent femení, Sra. J.M., per tal de supervisar la feina i controlar les eines. XYZ, veient l'estat ansiós que l'E.D. tenia per la mort del seu pare, amb un atac de nervis i plorant, se li atansà i l'abraçà donant-li un cop a l'esquena per reconfortar-la. Per aquest fet l'agent de primera XYZ fou expedientat i sancionat administrativament.*

** En data 18 de març de 2012, vers les 19.40 hores, el processat es desplaçà fins la cel·la 210 ocupada per l'intern C.D., per tal de notificar-li que aquell dia no tindria dret a fer cap trucada telefònica pels diversos incidents que aquest havia protagonitzat, produint-se un intercanvi de paraules sense que s'hagi pogut acreditar el seu contingut."*

III.- RESULTANT: que contra la dita sentència la representació lletrada del Sr. XYZ ha formulat recurs d'apel·lació, a través del qual peticiona l'absolució del seu defensat dels delictes pels quals ha estat condemnat en la instància. Subsidiàriament, en cas que es confirmés la seva

responsabilitat penal, demana que no se li imposi la pena d'inhabilitació en atenció a la seva trajectòria al Centre Penitenciari i, a l'ensemble, que no se'l condemni al pagament de la responsabilitat civil a favor de la perjudicada, per no haver-se pogut determinar quin percentatge de la patologia que presenta la Sra. ABC és atribuïble al processat.

El recurs d'apel·lació es basa, substancialment, en les següents al·legacions:

1.- Pel que fa a la condemna pel delictes menor d'abús sexual amb prevalença a major d'edat, pels fets relacionats amb la Sra. ABC:

- la presumpció d'innocència no ha quedat desvirtuada per la declaració de la Sra. ABC com a única prova; aquesta ha quedat desacreditada per les declaracions d'interns i d'agents del Centre Penitenciari i pel fet que ella tenia motius per declarar en contra del seu defensat;

- les declaracions del Sr. XYZ sempre han estat coincidents i sense contradiccions;

- no s'ha acreditat la relació causa-efecte entre els suposats fets i el trastorn que presenta la Sra. ABC;

- no s'aprecia prevalença d'autoritat, de superioritat, de confiança o de situació de necessitat o de dependència entre la Sra. ABC i el processat.

2.- Respecte del delictes menor continuat d'abús sexual amb prevalença a major d'edat, pels fets relacionats amb la Sra. M.R.:

- qüestiona la credibilitat de les declaracions de l'aleshores interna Sra. R. ateses les conclusions del psicòleg Sr. R.;

- no es poden haver produït els fets tal com els ha explicat la Sra. R., en atenció al protocol de revisió de les cel·les que portaven a terme els agents;

- no s'ha provat que R. expliqués a les agents el què, segons ella, li havia fet el Sr. XYZ; i malgrat resta acreditat que sí ho explicà a la interna Sra. G., aquesta no la va creure.

IV.- RESULTANT: que contra la dita sentència el Ministeri Fiscal també va formular apel·lació per escrit de data 15 de març de 2017, a través del qual peticiona la revocació parcial de la resolució en els següents termes:

- que es condemni al processat pel delictes major d'agressió sexual, previst i penat a l'article 144 del Codi Penal, per considerar que sí existí la intimidació requerida en aquest tipus penal;

- que se'l condemni pel delict menor d'amenaques no condicionals de l'article 143, concorrent les circumstàncies agreujants d'abús d'autoritat i de cometre els fets per motius racistes xenòfobs o relatius a la nacionalitat o ètnia de la víctima, per considerar acreditat que l'agent penitenciari increpà a l'aleshores intern C.D..

- que aquesta Sala resolgui la petició del Ministeri Públic de deduir testimoni contra la Sra. E.D.A. pel delict major de testimoniatge fals, formulada a la vista oral i no resolta en la sentència recorreguda.

Per aquests il·límits penals el Ministeri Públic demana que s'imposi al Sr. XYZ la pena de dos anys i mig de presó part condicional, amb un termini de suspensió de la condemna de quatre anys, així com la pena complementària d'inhabilitació per a l'exercici de l'ofici o càrrec per un període que quatre anys.

V.- RESULTANT: que per escrit de data 11 d'abril de 2017, el Ministeri Fiscal s'oposa al recurs formulat per la defensa del Sr. XYZ, tot ratificant-se íntegrament en les peticions formulades en el seu escrit d'apel·lació.

VI.- RESULTANT: que per escrit de data 12 d'abril de 2017, la representació lletrada de la Sra. ABC, acusació particular en la present causa, s'oposa al recurs formulat per la defensa del Sr. XYZ, tot sol·licitant la confirmació de la sentència d'instància i la condemna de l'adversa al pagament de les costes processals, inclosos els honoraris d'advocat d'aquesta part.

VII.- RESULTANT: que per escrit de data 13 d'abril de 2017, la representació lletrada del Sr. XYZ s'oposa al recurs formulat de contrari i demana la confirmació de la sentència d'instància excepte pel que fa l'objecte del recurs d'aquesta part.

FONAMENTS DE DRET

I.- CONSIDERANT: sobre el recurs formulat pel Ministeri Fiscal.

1.- En primer lloc, el Tribunal de Corts ha considerat, amb bon criteri, que no ha estat acreditat el delict major d'amenaques no condicionals tipificat

a l'article 143 del Codi Penal que el Ministeri Fiscal imputa a l'acusat per les paraules proferides per aquest vers l'intern C.D., en base, d'una banda, a que l'acusat sempre ha negat els fets, d'altra banda, que la presumpta víctima C.D. no va comparèixer a l'acte del judici oral, negant així la possibilitat de ser preguntat per la defensa de l'acusat, i finalment que el testimoni I.L.L.F.C. va declarar que no recordava el què va passar el 18 de març de 2012 a la cel·la de D., ratificant el què va dir a la Batllia: *"tot i que no recordava el que va dir"*. En la seva declaració davant del Batlle instructor, va manifestar que el dia dels fets ocupava la cel·la situada a costat de la de D. i que va sentir com dos agents parlaven amb aquest darrer, ja advertit pel volum del seu DVD portàtil, de males maneres responent també D. Les paraules, les quals queden recollides en la sentència recorreguda, no són constitutives d'amenaçes, tot suposant que XYZ les pronunciés, el què no ha estat acreditat atès l'absència del pretès perjudicat i les declaracions imprecises del testimoni.

Aquest darrer va declarar que, en qualsevol cas, ell no va escoltar cap amenaça; a més les imatges de la càmera de seguretat –en les quals apareixeria l'acusat aixecant la mà– són insuficients per demostrar que es va proferir una amenaça.

2.- D'altra banda, el Ministeri Fiscal sol·licita la condemna del processat com autor responsable penalment del delictes major d'agressió sexual, previst i penat a l'article 144 del Codi Penal, pels fets concernents a l'interna M.R.M..

El Tribunal de Corts, de forma encertada, ha considerat que la violència o intimidació exigides per a que sigui constituït el delictes d'agressió sexual no ha estat caracteritzada d'acord amb la prova practicada i, especialment, atesa la relació de fets exposats per la mateixa víctima.

Aquesta Sala observa que la situació d'autoritat del processat sobre M.R.M., interna del Centre Penitenciari, ha estat presa en consideració en el tipus previst a l'article 149.1 del Codi Penal que tipifica els fets d'autes.

3.- Pel que fa els fets relacionats amb la Sra. E.D.A., el Ministeri Fiscal va demanar que es deduís testimoni contra aquesta pel delictes major de testimoniatge fals de l'article 418 del Codi Penal. La sentència recorreguda no es pronuncia respecte d'aquesta pretensió, absolut només l'acusat del delictes relatiu a E.D. en haver retirat el Ministeri Fiscal la seva acusació.

Cap element seriós permet considerar que la interessada va testificar *"sabent que manca substancialment a la veritat"*, atès que les seves declaracions en quant al desenvolupament dels fets i especialment en pel que fa l'actitud de XYZ, s'han mantingut sensiblement idèntiques al llarg del procediment i que va atribuir, a l'acte de la vista oral, l'actitud familiar de

l'agent penitenciari a un "gest de reconfortament". Un fals testimoniatge no pot procedir de la diferència d'interpretació d'un gest per part del testimoni.

II.- CONSIDERANT: sobre el recurs interposat per la defensa del Sr. XYZ.

1.- En primer lloc convé recordar que en la majoria dels delictes contra la llibertat sexual, el més habitual és disposar, com a única prova directa, de la declaració de les víctimes, i que per tal d'evitar la impunitat dels autors d'aquests delictes, la jurisprudència atorga a la declaració de la víctima eficàcia suficient per a desvirtuar la presumpció d'innocència, condicionada a que no existeixin raons objectives que li restin credibilitat o provoquin dubtes al jutgador que li impedeixin formar la seva convicció.

En el cas d'autes, per desvirtuar les declaracions de les dues perjudicades ABC i M.R.M. l'acusat atribueix a la primera motius de rancúnia o venjança per unes suposades queixes sobre ella a la direcció del Centre, i a la segona, una personalitat fantasiosa i egocèntrica, intentant de ser el centre d'atenció.

Pel que fa a la víctima ABC, aquesta, davant del Servei de Policia, el Batlle instructor i en l'acte del judici oral, va fer declaracions coherents, precises i constants, relatant dos sèries de fets ocorreguts el 28 de setembre de 2012 a les 9:30 hores del matí trobant-se a l'aula esperant les alumnes, i al final del matí, a la Sala d'agents del Centre, manifestant que va sortir de la Sala summament alterada pel comportament del Sr. XYZ i mig plorant.

El testimoni Sr. J.P.O., tècnic administratiu del Centre Penitenciari, va declarar en el decurs de la instrucció del sumari i en l'acte del judici oral que, cap al migdia, la ABC va pujar tota alterada i plorant... li va dir que XYZ li hauria fet coses no desitjables per una dona... precisant que la Sra. ABC estava molt angoixada i que el tracte del col·lectiu envers ella va ser diferent després d'això. Aquest testimoniatge corrobora així les declaracions de la perjudicada.

D'altra banda, el Tribunal de Corts ha posat en relleu, encertadament, que malgrat les nombroses referències al llarg del sumari i a la vista oral efectuades per testimonis de la majoria de companys de feina de l'acusat, segons els quals la denúncia efectuada estaria motivada per ressentiment o ànim de venjança, no s'ha aportat cap element que permeti acreditar, de manera objectiva i incontestable, els rumors aquí proferits. Els nombrosos testimonis han manifestat, en efecte, "haver sentit dir" o "s'ha esmentat".

ABC, la qual va exercir les seves funcions al Centre Penitenciari durant 15 anys sense que haver-se reportat cap problema, no treu cap profit d'aquesta situació, com ho ha destacat pertinaçment el tribunal de primera

instància, ans el contrari, doncs pateix un buit laboral i es va trobar rebutjada pels altres treballadors quan va denunciar els fets.

El manteniment per part de la víctima de la mateixa versió dels fets durant quasi 5 anys, compte tinguda la dificultat de fer front a un procediment relatiu a actes d'abusos sexuals, no és compatible amb un suposat desig de venjança, tota vegada que els motius no han estat establerts ni són versemblants.

Finalment, del peritatge psiquiàtric efectuat pel Dr. J.O. en ressurt que la perjudicada no presentava cap trastorn particular abans dels fets d'auto; no es detecta per l'expert cap alteració en la persona examinada. En l'àmbit de l'afectivitat es detecta una alteració evident en referència als fets esdevinguts el 28 de setembre de 2012: *"Els presumptes abusos i/o agressions sexuals denunciats van constituir un trauma important. Hi ha també una ferida psicològica quan en la seva dignitat personal i professional per les reaccions que va viure en l'àmbit laboral i per la repercussió mediàtica dels fets"*.

L'expert va concloure que els perjudicis psicològics que presenta la Sra. ABC són importants.

La Sala Penal considera que el conjunt d'aquests elements de prova és suficient per concloure la culpabilitat del Sr. XYZ.

2.- Pel que fa el delictes major d'abús sexual continuat previst a l'article 149.1 del Codi Penal respecte la perjudicada Sra. M.R.M., el Tribunal de Corts ha establert, amb bon criteri, la culpabilitat del processat.

M.R., en el decurs de la instrucció de la causa i en l'acte del judici oral, va mantenir les seves declaracions coherents i circumstancials, valorades pel Tribunal de Corts gràcies a la immediació que regeix el procés penal. M.R. relata uns episodis ocorreguts a l'interior de la cel·la quan hi accedia tot sol el processat en la seva qualitat d'agent de primera del Centre i encarregat de supervisió.

El Tribunal de Corts ha posat en relleu de forma exacta, en base a les declaracions dels agents APXX1 i APXX2, que la hipòtesis segons la qual un agent podia arribar a estar sol a l'interior d'una cel·la ocupada per un o més penats no pot excloure's atès que, segons els testimonis, les supervisions podien arribar a durar fins a dos minuts tot depenent del què es trobés i, per tal d'avançar la feina, l'agent que era a l'exterior anava obrint la porta de la resta de les cel·les, no considerant en aquest supòsit que l'agent estigués sol.

Segons reconeix el propi acusat, un agent podia anar tot sol a les cel·les quan s'havia de realitzar una notificació a un intern o per necessitats del servei.

Igualment, el Tribunal de Corts ha conclòs, amb bon criteri, que els gestos descrits per M.R. són accions ràpides, fins i tot furtives: aixecament de faldilles, petons a la galta que la víctima no va considerar, en un primer moment, com actes d'abús fins al moment en què, segons la víctima, *"la va abraçar i li va tocar el pit"*. Aquests fets són compatibles amb la durada de la revisió d'una cel·la, tota vegada que l'interior de la mateixa no està gravat per les càmeres de seguretat.

D'altra banda, s'adverteix que:

- la situació viscuda per M.R. fou relatada a una altra interna, M.G., que la va confirmar en l'acte del judici oral, encara que la seva declaració no aportés cap crèdit a les al·legacions de M.R.;

- l'agent penitenciari Sra. S.C.M. va admetre davant del Batlle instructor, amb dificultats i vacil·lacions, que *"pot ser (M.R.) li comenta que tenia un problema amb XYZ"*;

- l'agent penitenciari Sra. E.V.A. va relatar igualment davant del Batlle instructor (foli 599) que M.R. li va comentar en una ocasió el que li estava passant amb XYZ, manifestant a més que *"podia ser que M.R. li referís que hauria patit tocaments per part de l'agent XYZ"*;

- a l'acte del judici oral, el testimoni J.R.A., pare de M.R., va ratificar la seva declaració obrant en autes, explicant que la seva filla li va comentar, quan estava a la presó, que hi havia un agent que entrava a la seva cel·la i que va intentar fer-li dos petons.

Cal posar en relleu que M.R. no va denunciar els fets per por a possibles represàlies, no tenint ella cap interès a inventar-s'ho, i que les seves declaracions han estat permanents, pertinents i coherents.

Segons el peritatge i les declaracions en l'acte del judici oral del psicòleg Sr. J.R.C., M.R. pot dissociar, allunyar-se de la realitat per creure coses que s'ha inventat, però no ho fa sempre, només quan li interessa. No obstant, en el cas d'autes la perjudicada no tindria cap interès a inventar fets que ella no va denunciar.

A la vista de tots aquests elements, aquesta Sala Penal considera, com ho ha recollit el Tribunal de Corts, que la declaració de M.R. resulta plenament creïble.

La sentència, doncs, ha de ser confirmada sobre la culpabilitat.

III.- CONSIDERANT: sobre la pena imposada

Les penes de presó condicional simple pronunciades en la instància estan adaptades a la gravetat dels fets, a la necessitat d'evitar-ne la seva reiteració, i a la personalitat del condemnat, que no tenia antecedents penals.

La pena complementària de suspensió per l'exercici del càrrec d'agent penitenciari per un termini de dos anys, resulta moderada compte tinguda la gravetat dels fets i, per tant, ha de ser confirmada per resultar satisfetes les condicions previstes en l'article 38 apartat segon del Codi Penal.

IV.- CONSIDERANT: finalment, que la indemnització de 8.000 euros dictada a favor de la Sra. ABC en reparació del seu perjudici no és excessiva en atenció al patiment psicològic descrit pel Dr. J.O. i atesa l'absència de trastorns anteriors als fets d'abús sexual, havent valorat l'expert en un 5/7 el *pretium doloris* sofert, donada la forta intensitat i la llarga duració dels perjudicis psicològics patits.

V.- CONSIDERANT: que la sentència recorreguda ha de ser íntegrament confirmada.

Vistes la Constitució, El Codi Penal, el Codi de Procediment Penal, la jurisprudència d'aplicació, i altres fonts del Dret del Principat d'Andorra,

DECISIÓ

La Sala Penal del Tribunal Superior de Justícia d'Andorra, en nom del poble andorrà, decideix:

- 1.- Desestimar el recurs d'apel·lació interposat pel Ministeri Fiscal.
- 2.- Desestimar el recurs d'apel·lació interposat per la representació lletrada del Sr. XYZ.
- 3.- Confirmar íntegrament la sentència dictada pel Tribunal de Corts en data 28 de febrer de 2017 en la causa 6000119/2015.

4.- Condemnar el recurrent Sr. XYZ al pagament de les despeses processals causades en aquesta instància, inclosos els honoraris d'advocat de la part recorreguda i acusació particular en el present procediment.

Aquesta sentència és ferma i executiva.

Manem que, una vegada notificada la present sentència a totes les parts, es retorni la causa al Tribunal de Corts, amb certificació de la present sentència, per al seu compliment i execució.

Així, per aquesta nostra sentència, definitivament jutjant, ho manem i signem.