

-*-

SENTÈNCIA 14-05 DE 11 DE MAIG DE 2005

Ponent M.I.: Sra. Marie CONTE

ANTECEDENTS DE FET

I.-RESULTANT: Que el Tribunal de Corts va dictar sentència de data 24-11-04 en la causa TC 265-3/03, amb la següent part dispositiva: "FALLEM: que hem de condemnar i condemnem a l'acusat Jordi F.E. com a responsable penalment en el concepte d'autor d'un delict major de violació i d'un delict major d'abusos deshonestos amb intimidació, sense la concurrència de circumstàncies modificadores de la responsabilitat penal, a la pena de DEU ANYS DE PRESÓ FERMA, al pagament de les despeses processals causades i a que, en concepte de responsabilitat civil, indemnitzi a Thamara C.G. i a Anastasia S.L., a cadascuna d'elles, en la quantitat de 12.000 €.

II.-RESULTANT: Que la sentència es recolza en els següents fets provats : "l'acusat Jordi F.E., nascut el dia 6 d'abril de 1964, de nacionalitat espanyola i sense antecedents penals, vers les 15:45 hores del dia 14 d'octubre del 2002 va tocar el timbre del porter automàtic del domicili de la menor Thamara C.G. que comptava quinze anys d'edat, radicada al Carrer Roureda de Sansa núm. 34, 3r C, d'Andorra la Vella, i en respondre-li Thamara a través de l'interfono l'acusat va demanar per un tal Julian, contestant-li Thamara que allò no hi vivia. Moments després, l'acusat tornà a trucar el timbre del porter automàtic del domicili de Thamara dient-li per l'interfono que duia una carta per a la seva mare, per la qual cosa Thamara va franquejar-li l'entrada a l'edifici. Seguidament l'acusat va trucar al timbre de la porta del domicili de Thamara si hi havia els seus pares, contestant-li que no i que no sabia a quina hora tornarien. Tot seguit l'acusat va introduir-se al domicili i obrir un maletí que duia, del que va caure al terra una pistola que l'acusat va agafar immediatament a la vegada que li posava el carregador i, envoltant-la amb el braç i tapant-li la boca la portà fins al dormitori on

la va empentar damunt del llit quedant Thamara panxa enlaire li digué "Si me haces una paja, no te follo" alhora que li tapava el cap amb un coixí, posant-se l'acusat de genolls al costat del llit sense deixar de dur la pistola a una de les mans, accedint Thamara a masturbar-lo amb la mà a causa de la por que li tenia, ejaculant l'acusat damunt d'un coixí i el cobrellit. En acabar, l'acusat li digué a Thamara que no li digués res a la seva mare ni avisés a la Policia, dient-li també que ho sabia tot sobre la seva mare i que sabia que estava separada, afegint que sabia on vivia, referint-se a Thamara.

L'acusat vers les 18:00 hores del dia 24 de juliol del 2003 accedí al domicili de la menor Anastasia S.L., que comptava 8 anys d'edat, situat a l'Avinguda Copríncep Episcopal núm. 117, 3r 7^a, d'Encamp, aconseguint que li obrissin la porta amb l'excusa de que venia a revisar la instal·lació del gas. En el domicili es trobava la menor Anastasia i la seva besàvia. Després de fer veure que ja havia acabat la revisió, marxà del domicili i, trobant-se ja al carrer, va trucar al timbre del porter automàtic dient per l'interfono que s'havia oblidat de fer-los signar el corresponent rebut, per la qual cosa la menor Anastasia va baixar fins al replà de la planta baixa on l'acusat l'agafà pel braç i la va dur fins la planta primer soterrani i, en el passadís d'accés al pàrking, va dir-li a la menor que si no feia el que deia la mataria, baixant-se tot seguit l'acusat els pantalons i posant-li el penis a la boca de la menor l'obligà a fer-li una fel·lació, ejaculant damunt del pijama que duia la menor Anastasia.

El dia 17 de novembre del 2003, vers les 16:00 hores, l'acusat va trucar al timbre del domicili del senyor Carles T.C. i quan li fou oberta la porta per aquest, l'acusat li va dir que venia a revisar les mànegues del gas, i en contestar-li el senyor T.C. que no calia perquè feia poc que les havia canviat i demanar-li també dades sobre l'empresa per la que treballava, l'acusat sense donar-li més explicacions va marxar. Aquesta actitud de l'acusat fou sospitar al senyor T.C. qui, en la seva condició d'agent de circulació del comú d'Encamp, tenia coneixement dels fets ocorreguts a les dues menors, per la qual cosa va procurar esbrinar on anava l'acusat, veient-lo com pujava al vehicle marca Hunday matrícula AND D-4825, dades que va facilitar al Servei de Policia i que serviren per a la identificació i detenció de l'acusat".

III.-RESULTANT: Que contra l'esmentada sentència, interposa recurs d'apel·lació la lletrada Sophie BELLOCQ ANNEY, advocada defensora de Jordi F.E., demanant que es dicti sentència per la qual es condemni el processat en concepte d'autor responsable d'un delictes major d'actes lúbrics i exhibició obscena sobre la menor d'edat Anastasia S.L. a una pena de 5 anys de presó, dels quals dos ferms i la resta condicional qualificada al seguiment d'un tractament psiquiàtric i multa de 1.500€, absolent el processat del delictes de violació pel que fa a l'Anastasia i del delictes d'abusos deshonestos pel que fa a Thamara C.G., sense que hi hagi lloc a responsabilitat civil pel que fa a la Thamara, i reformar la responsabilitat civil pel que fa a Anastasia S.L. en el sentit de condemnar el processat a la quantitat màxima de 6.000€.

Pel que respecta als fets comesos sobre la persona d'Anastasia S.L., admet solament haver-se masturbat davant la menor, fins a l'ejaculació i contesta la violació. Observant que no existeix a aquest efecte cap prova, a part de les declaracions de la víctima.

Pel que fa als fets dels quals ha estat víctima Thamara C.G., afirma no conèixer aquesta i assenjala que:

- el modus operandi és diferent i els escorcolls practicats no han permès trobar cap pistola.

- Thamara no ha estat capaç de reconèixer-lo com el seu agressor.

- la prova de L'ADN, de la qual el resultat pot provindré d'un error de manipulació, és il·lícita i no pot ser utilitzada com a prova, en l'absència de consentiment de l'acusat a que la sang que li va ser extreta sigui utilitzada en la causa pels fets ocorreguts a Thamara.

Contesta la decisió del Tribunal de Corts pel que respecta l'exclusió de l'existència de circumstàncies modificadores de la responsabilitat penal quan l'absència, a l'edat de 40 anys, d'antecedents judicials, d'un treball regular, d'una família amb dos infants de poca edat, d'una tendència a la depressió i de les conductes additives (alcohol, èxtasis), i finalment una agressió sexual patida a l'edat de 14 anys haurien hagut de conduir a una atenuació de la seva responsabilitat penal.

Estima molt excessiva i contraria a l'objectiu de reinserció la pena de 10 anys ferms pronunciada, assenyalant que el psiquiatre, el dia de la vista oral,

va explicar la possibilitat de tractaments específics realitzats en centres especialitzats que podrien ser imposats al processat en el marc d'una pena de presó condicional qualificada.

Pel que fa a la responsabilitat civil, sosté que Thamara C.G. no es va constituir a temps, i es va desistir de la seva reclamació, i que tampoc el Ministeri Fiscal està justificat a reclamar cap indemnització quan la seva mare, el dia de la vista oral, només va reclamar el reembossament de les despeses de desplaçament.

IV. -RESULTANT: que també interposa recurs d'apel·lació el Ministeri Fiscal, oposant-se al recurs formulat pel processat. Requereix la condemna de Jordi F.E. a la pena de 12 anys de presó i multa de 6.000€, observant que en aplicació de l'art. 56 del Codi Penal, la pena corresponent pels 2 delictes majors és de 22 anys i mig de presó.

V. -RESULTANT: que la representació lletrada d'Anastasia S.L. s'oposa al recurs formulat pel processat i també interposa recurs d'apel·lació demanant que s'imposi la pena de 12 anys de presó i multa de 6.000 € i que s'atorgui a la perjudicada la quantitat de 18.000€ en concepte de pretium doloris amb reserva de poder ampliar aquesta reclamació per altres perjudicis que poguessin revelar-se en el futur a conseqüència dels fets d'autes.

Sosté que el delicte de violació està suficientment establert per la declaració de la víctima, de 8 anys, i que no tenia cap raó per mentir.

No contesta l'existència de les circumstàncies personals de les quals se'n preval el processat, però estima que no podrien exonerar-lo de la seva responsabilitat penal i civil.

Objecta, a aquest efecte, que sí el Dr. O., psiquiatre, considera que Jordi F. pateix una disfunció sexual en forma de parafilia pedofília de grau moderat, no afirma en cap moment que no sigui conscient dels seus actes.

Assenyala igualment la possibilitat pel processat de seguir un tractament psiquiàtric al mateix centre penitenciari.

Estima finalment que el perjudici resultant per la menor del delicte de violació del qual ha estat víctima ha de ser avaluat a la quantitat de 18.000 €, per tenir en compte la seva jove edat, i les circumstàncies particularment traumàtiques, dels fets.

FONAMENTS DE DRET

I.-CONSIDERANT: Sobre el delicte major de violació reprotxat a Jordi F.E.: Que el processat, formalment reconegut per la víctima i identificat gràcies als anàlisis d'ADN, reconeix haver-se masturbat al costat de l'infant però contesta tot acte de penetració bucal.

Com ho fa observar molt justament el Tribunal de Corts en el seu II Considerant de la sentència, i com ho ha afirmat en diverses ocasions aquesta Sala Penal, el principi de lliure valoració de la prova, establert per l'art. 160 de Codi de Procediment Penal, exclou l'aplicació de l'adagi "testis unus testis nullus", i tota solució contrària conduiria a assegurar la impunitat de la quasi totalitat dels delinqüents sexuals.

Incumbeix doncs a la jurisdicció d'apreciar la credibilitat de les declaracions de la víctima, de les declaracions del processat, i de l'existència d'elements objectius que permetin recolzar els uns o els altres.

En aquest cas, Anastasia S.L., no ha variat mai les seves declaracions, tal hi com estant transcrites en el Resultant de fets provats.

La víctima, de vuit anys d'edat, ha relatat, en la seva audició pel Servei de Policia, la "transformación" en la seva boca, del sexe del seu agressor, en els termes següents (F. 16) "primero era un poco blandito, pero se puso duro" que un infant d'aquesta edat no pot haver-se inventat, precisant a l'acte de la vista oral "tirà semen damunt del jersei".

A més a més, Anastasia, que no coneixia el processat, no tenia cap raó per mentir relatant aquells actes, que la posaven en una situació incòmoda i avergonyida.

Jordi F.E., per la seva part, ha variat en les seves declaracions en un intent constant de minimitzar les seves accions. Explicant davant del Servei de Policia i del Batlle Instructor que havia portat l'infant en el passadís d'accés al pàrking; ha sostingut, a l'acte de la vista oral, que aquella l'havia seguit sense que se n'hagués adonat, i que llavors s'havia masturbat en la seva presència sense voler-ho. Aquestes darreres declaracions estan en contradicció amb la presència del semen al jersei que portava Anastasia.

Afirma igualment, i això de manera constant, que la nena havia sortit de l'apartament, de la seva pròpia

iniciativa, per demanar-li el rebut del control de gas, cosa totalment incompatible amb les preocupacions habituals d'un infant de 8 anys.

En aquestes condicions, és amb bon criteri que el Tribunal de Corts ha considerat les declaracions de la víctima com a prova de l'acte de penetració bucal practicada pel processat.

II.-CONSIDERANT: sobre el delictes d'abusos deshonestos amb intimidació sobre la persona de Thamara C.G., que es poden efectuar observacions idèntiques sobre la credibilitat de les declaracions de la víctima, que pertinents i precises, no han variat mai, sobre l'absència d'explicació d'un eventual engany.

Certament el processat contesta haver anat, el 14 d'octubre de 2002, al domicili de la nena.

Aquesta no ha estat en mesura de reconèixer-lo, ço que es pot explicar per la seva por, i la presència d'un coixí sobre la seva cara, aplicat per l'agressor, però ha donat al Servei de Policia una descripció que correspon exactament a la de Jordi F.E..

Endemés l'anàlisi comparatiu de l'ADN extret de les restes de semen present sobre el coixí incautat al domicili de Thamara, i de l'extret d'una mostra de sang indubitada de l'acusat, constitueix una prova incontestable que permet afirmar que Jordi F.E. és l'autor d'aquest delictes major.

Pel que fa a la nul·litat de la prova d'ADN plantejada pel processat, el Tribunal de Corts ha retingut exactament l'absència de pertinència del mitjà de nul·litat.

En efecte, si l'acord del processat es requereix per la pràctica d'una presa de sang, o de qualsevol altre extracció, que constitueix de fet un atemptat a la seva integritat física, és evident que la comparació del perfil genètic així determinat amb altres extraccions biològiques, recollides en el marc d'altres causes criminals no està sotmesa a la seva autorització, ço que conduiria a privar d'utilitat el fitxer d'empremtes genètiques, o el fitxer d'empremtes digitals, o de deixar un inculpat "jutjat" de les proves a recollir.

En aquestes condicions, la declaració de culpabilitat de Jordi F.E., relatiu al delictes d'abusos deshonestos amb intimidació ha de ser confirmada.

III.-CONSIDERANT: Sobre la pena: Que els delictes comesos pel processat, a menors una de les quals de 8

anys d'edat solament, particularment greus per la seva natura, han estat acompanyats d'amenaçes, i d'intimidacions a través d'una arma de foc.

Pel que respecta a Thamara C.G., l'autor s'havia informat sobre la vida personal de la víctima, ja que coneixia la separació dels pares. Diverses persones han declarat en el transcurs del procediment, i han afirmat haver rebut la visita del processat presentant-se com un inspector de la instal·lació del gas.

La sinceritat del penediment, afirmat varies vegades per Jordi F.E. pot posar-se en dubte, respecte la seva actitud consistent en negar una part dels fets, i minimitzant el que no podia totalment contestar.

El peritatge del Dr. O. certament demostra una disfunció sexual en forma de parafilia pedofila de grau moderat, de pulsions en l'esfera de la sexualitat que se li fan difícils de controlar, però no assenyala ni l'abolició, ni la limitació del discerniment.

A més, el processat ha mal fet d'invocar el consum d'alcohol o de substàncies estupefaents que ningú l'havia obligat a consumir i que ell coneix, per haver-ho experimentat al menys dos cops, els efectes de desinhibició sobre les seves pulsions sexuals.

En aplicació de les disposicions de l'art. 56 CP, la pena establerta per Jordi F.E. és de 22 anys i mig i el pronunciament d'una pena inferior al màxim legal suposa que han estat retingudes, per la jurisdicció, les circumstàncies atenuants sobre la personalitat, la biografia i l'absència d'antecedents judicials de l'interessat.

En consonància amb la gravetat extrema dels fets, de la perillositat que demostren i de les incerteses en quant a la real preocupació d'inserció, la pena pronunciada contra Jordi F.E. ha de ser fixada a 12 anys de presó.

IV.-CONSIDERANT: Sobre la responsabilitat civil: Que el perjudici moral patit per Anastasia S.L., la qual, amb 8 anys, s'ha vist obligada després d'haver estat portada en un lloc fosc, de practicar, sota amenaça, una fel·lació, ha de ser avaluat a 15.000 €, havent-se de precisar que l'eventual agreujament en el futur, del seu perjudici podrà fer l'objecte d'una acció civil.

V.-CONSIDERANT: Pel que respecta la menor Thamara C.G., el Ministeri Fiscal ha clarament reclamat, en el seu escrit de qualificació provisional del 22 de juliol

de 2004, la indemnització del perjudici patit per la menor, fins i tot ni que la seva demanda hagi estat precisada posteriorment. Que la suma atorgada pel Tribunal de Corts constitueix una exacta avaluació del dany sofert per la perjudicada i que la decisió ha de ser confirmada sobre aquest punt.

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

La Sala Penal del M.I. Tribunal Superior de Justícia d'Andorra,

D E C I D I M

1.- Desestimar el recurs d'apel·lació interposat per Jordi F.E..

2.- Estimar parcialment els recursos d'apel·lació interposats pel Ministeri Fiscal i per la representació lletrada d'Anastasia S.L..

3.- Reformar la sentència del Tribunal de Corts de data 24-11-04 en el sentit de :

- condemnar Jordi F.E. a la pena de 12 anys de presó
- condemnar en concepte de responsabilitat civil a Jordi F.E. a abonar a Anastasia S.L. la quantitat de 15.000 €.

Es confirmen la resta dels pronunciaments de la citada sentència.

4.- Condemnar el recurrent al pagament de les despeses processals causades pel recurs.

5.- Retornar la Causa al M. Iltre. 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.