

Rotlle núm. 30/08
Causa núm. TC-027-1/08
Sentència núm. 38-08
Ponent M.I. Sr. Josep Maria PIJUAN CANADELL

S E N T È N C I A

Magistrats M.I. Srs.
Yves PICOD
Josep Maria PIJUAN CANADELL
Marie CONTE

Andorra la Vella, a vint de novembre del dos mil vuit.

En el recurs d'apel·lació interposat per la representació processal del Sr. F.R.T. contra la sentència de data 17 de juliol del 2008 dictada pel M. Il·ltre. Tribunal de Corts en la Causa i Rotlle de referència, per un delictes major continuat d'abusos sexuals a menor de catorze anys per persona que exerceix una autoritat familiar de fet sobre la víctima. Sent part el Magfc. Ministeri Fiscal. Els components del Tribunal Superior de Justícia expressats al marge s'han constituït per a la vista i decisió, és ponent el M. Il·ltre. Sr. Josep Maria PIJUAN CANADELL.

ANTECEDENTS DE FET

I.-RESULTANT: Que el M. Il·ltre. Tribunal de Corts dictà sentència de data 17 de juliol del 2008 amb la següent part dispositiva: "FALLEM: que, hem de condemnar i condemnem F.R.T., com a responsable penal en concepte d'autor, sense la concurrència de circumstàncies modificatives de la responsabilitat penal, pel delictes major continuat d'abusos sexuals a menor de catorze anys per persona que exerceix una autoritat familiar de fet sobre la víctima, a la pena de TRES ANYS DE PRESÓ i CINC ANYS D'EXPULSIÓ del Principat, així com la pena complementària de prohibició d'entrar en contacte amb la víctima pel termini de vuit anys i al pagament de les despeses processals causades.

En concepte de responsabilitat civil F.R.T. haurà d'indemnitzar a la menor M.R.M. en la quantitat de 3000 euros pel perjudici moral sofert".

II.-RESULTANT: Que el precedent Fallo es recolza en els següents fets que la sentència declara provats en el seu 1r Resultant: "que el processat F.R.T., nascut el dia 31 de maig del 1935, de nacionalitat portuguesa i sense antecedents penals, d'ençà aproximadament el mes de desembre del 2006 i en un mínim de cinc ocasions, estant al domicili que comparteix amb la seva companya sentimental, F.B.R., àvia de la menor M.R.M., nascuda en data 4 de desembre del 1997, que viu al mateix domicili amb la seva mare i filla de l'anterior, aprofità la circumstància de trobar-se sol amb dita menor, -sobre la que mantenia una custòdia de fet, per quant tant la mare com l'àvia eren fora treballant-, es baixà els pantalons i després de demanar a la menor que també se'ls baixés fins als genolls, la tocà per sobre les cuixes i agafant-li la mà es feia tocar el seu cos i les parts genitals per sobre la roba interior.

Aquests fets es repetiren el dia 2 de març del 2008, vers les 20.00 hores, quant el processat F.R.T. trobant-se sol amb M.R.M. a l'interior del seu vehicle estacionat a l'aparcament del Parc Central després d'haver passat junts la tarda i sent al seient del darrera, li demanà de baixar-se els pantalons fins als genolls, baixant-se'ls igualment li toca les cames i es feu tocar els genitals i el cos per sobre la roba interior.

Els testimonis, V.O.C. i A.L.C., que tenien el cotxe estacionat al costat, en notar quelcom d'estrany s'aproximaren al vehicle, del qual sortí immediatament l'acusat, canviant-lo de lloc i en observar aquests la presència d'una menor posant-se les botes mentre l'acusat s'arreglava la camisa i els pantalons alertaren immediatament al Servei de Policia".

III.-RESULTANT: que la Defensa de l'acusat Sr. F.R.T. ha formulat recurs d'apel·lació contra l'esmentada sentència, recurs que fonamenta en la inaplicació per part del Tribunal de Corts del principi de dret penal in dubio pro reo, ja que entén que de les manifestacions dels testimonis aportats per la Defensa i de la pericial del Dr. C. resulten elements per considerar que existeix un cert dubte raonable de que l'acusat hagués comes el delicte pel qual ha estat condemnat. Altrament i de manera subsidiària, la part apel·lant al·lega que la pena de presó que el Tribunal de Corts ha imposat amb caràcter ferm sigui substituïda per la presó condicional simple per entendre que seria més adequada atesa l'edat actual de l'acusat, 72 anys, i les seves circumstàncies personals ja que sofreix greus patologies (hiperactivitat bronquial, endocarditis, incontinença urinària, insuficiència renal crònica amb hidronefrosi), com consta acreditat per l'informe del Dr. X.R. i historial mèdic adjuntat als Autes, sense descartar una futura intervenció quirúrgica, com resulta de l'informe del Dr. A.. Per això, considera la part apel·lant que la pena de presó en la seva forma de condicional simple assoliria el just equilibri entre la pena i el dret a la vida i la dignitat humana, protegits per l'article 8 de la Constitució i article 2 i 3 del Conveni per a la Salvaguarda dels drets humans i de les llibertats fonamentals.

El recurs també impugna la responsabilitat civil declarada en la sentència doncs considera no justificada la indemnització per pretium doloris que la sentència reconeix a favor de la menor M.R.M., impugnació que no té per objecte l'import sinó la pròpia indemnització, ja que considera que la menor no és tributaria de cap indemnització per perjudici moral perquè de les proves practicades no s'aprecia ni s'evidencia l'existència de quelcom perjudici moral.

Per tot això, la Defensa de l'acusat F.R.T. sol·licita que es revoqui la sentència recorreguda i es dicti la lliure absolució del Sr. F.R.T. pel delictes major de continuat d'abusos sexuals i, subsidiàriament pel cas que es desestimi l'absolució, que es revoqui parcialment la sentència impugnada i s'imposi a l'acusat la pena de tres anys de presó condicional, més l'expulsió del Principat per un període de cinc anys i la pena complementària de prohibició d'entrar en contacte amb la víctima pel termini de vuit anys. També demana que es revoqui la sentència pel que fa a la responsabilitat civil, deixant sense efecte la condemna del Sr. F.R.T. a indemnitzar a M.R.M. en la quantitat de 3.000 euros en concepte de perjudicis morals.

IV. -RESULTANT: que en el present recurs ha comparegut el Ministeri Fiscal que ha informat en el sentit de considerar encertades les argumentacions que conté la sentència recorreguda tant en relació amb els fets declarats provats com en l'atribució de responsabilitat al condemnat, per la qual cosa el Ministeri Fiscal interessà la confirmació de la sentència apel·lada per considerar-la plenament ajustada a Dret.

FONAMENTS DE DRET

I. -CONSIDERANT: que el primer, i principal, motiu del recurs es refereix a una suposada inaplicació pel Tribunal de Corts del principi de dret penal in dubio pro reo, entenent la part apel·lant que el Tribunal de Corts ha pres en consideració com a proves incriminatòries les declaracions de la menor víctima i de les persones que es trobaven a l'aparcament el dia d'autes quan ni una ni altra prova poden constituir suficients elements probatoris, la declaració de la menor perquè, com diu en l'escrit del recurs, aquesta canvià la seva versió quan no estava en presència ni de la seva mare ni de cap autoritat, manifestant que la inculpció del Sr. F.R.T. no era certa i que havia dit el que volia la seva mare, com resulta de les manifestacions de la testimoni Sra. M.V., amiga de l'àvia de la menor. D'altra banda, les persones que es trobaven a l'aparcament tan sols poden dir que presenciaren el que ells mateixos qualifiquen com una "situació estranya", havent vist solament com l'acusat va canviar de lloc el seu vehicle en

l'aparcament i que s'ajustà els pantalons i la camisa fora del vehicle, no havent observat cap d'ells que l'acusat tingues els pantalons baixats ni que tingues cap comportament sexual. I, a tot això, s'hi ha d'afegir el fet que resulta de l'informe pericial del Dr. C. de que l'acusat no presenta cap tipus de patologia mental o trastorn de la personalitat que el facin ésser susceptible de realitzar actes considerats socialment com a perillosos, mantenint adequada la seva capacitat de voluntarietat i de discerniment objectiu de la realitat, i que la menor no presenta cap signe de trastorn ni de rebuig envers de l'acusat. De tot això resulta, segons el parer de la part apel·lant, que existeix un cert dubte referent a la comissió del delicte major per la qual cosa el Tribunal de Corts hauria d'haver aplicat el principi in dubio pro reo i dictar la lliure absolució del Sr. F.R.T..

Els fets pels quals ha estat condemnat l'acusat Sr. F.R.T. són haver-se aquest abaixat els pantalons i demanar a la menor M.R.M. que també se'ls baixés fins als genolls, tocant-li les cuixes i fent-se tocar per la menor el seu cos i les parts genitals per sobre la roba interior, fets que ocorregueren en un mínim de cinc ocasions al domicili que l'acusat compartia amb la seva companya sentimental, F.B.R., àvia de M.R.M., i també en una ocasió, trobant-se sol amb M.R.M. a l'interior del seu vehicle estacionat a l'aparcament del Parc Central, estant tots dos al seient del darrera, demanà a la menor d'abaixar-se els pantalons fins als genolls, baixant-se'ls també ell i li tocà les cames i es feu tocar per la menor els genitals i el cos per sobre la roba interior.

La prova presa en consideració pel Tribunal de Corts ha estat principalment la declaració de la menor M.R.M., atès que l'acusat en tot moment té negats els fets.

És Jurisprudència reiterada que en matèria de prova en els delictes de comportament sexual, que habitualment són executats en un àmbit de intimitat, el més habitual es disposar com a prova directa de les versions de l'acusat i de la víctima, normalment contradictòries, per la qual cosa el testimoni de la víctima ha de tenir eficàcia suficient per desvirtuar el principi de la presumpció de la innocència sempre i quan no hi hagi raons objectives que li restin credibilitat. I que, com resulta del tenor de l'article 160 del Codi de Procediment Penal, en el procediment penal andorrà regeix el principi de lliure valoració de la prova que exclou

l'apoteigma testis unus, testis nullus, que no té cap eficàcia en el procediment penal i, molt menys, quan es tracta de jutjar delictes de comportament sexual en què la prova de càrrec directa habitualment s'integra pel sol testimoni de la víctima. Ara bé, cal que el testimoni es sotmeti a contradicció de les parts i haurà de ser valorat pel Tribunal tenint en compte la credibilitat de la víctima que ve donada per factors tals com l'absència de qualsevol mòbil de ressentiment o enemistat vers l'acusat, l'existència de dades objectives perifèriques que reforcin la versió de la víctima i la seva persistència i ferma en la declaració incriminària, de manera que hagi estat reiterada en el temps i sense ambigüitats ni contradiccions.

En el present cas considerem que en la declaració de la menor M.R.M. es donen les notes de la manca de qualsevol mòbil de ressentiment o enemistat vers l'acusat, ni de revenja, doncs consta que la relació de la menor amb l'acusat, company sentimental de la seva àvia, era bona i no consten fets que puguin donar a entendre que la menor inculpi a l'acusat guiada per un mòbil espuri, sigui propi, sigui induït per altra persona. Encara que l'acusat en l'acte del judici oral digué que la relació era més dolenta que bona, però cap altre testimoni ha pogut explicar una mala relació entre l'acusat i la menor, al contrari, l'àvia de la menor i companya sentimental de l'acusat té declarat també en l'acte del judici oral que l'acusat ha estat un pare per la menor.

La versió de la menor té el suport de dades objectives perifèriques, i això hem de considerar el testimoni dels senyors A.L.C., J.A.Q. i V.O.C., en l'acte del judici oral, que es trobaven a l'aparcament central i van observar com l'acusat canviava de lloc d'estacionament el vehicle i que després baixava del vehicle i s'asseia amb la menor al seient del darrera del vehicle, després que s'arreglava la camisa i els pantalons, observant també com la menor es posava les botes, afirmant un dels testimonis, el Sr. V.O.C., que l'acusat estava tombat sobre la nena. Sobre aquests fets l'acusat es limita a dir que no és cert i que tot són figuracions dels testimonis. També la Dra. M. i la psicòloga Sra. B. en l'acte del judici oral expliquen que la menor els contà tot el que havia passat coincidint plenament ambdues en la versió donada per la menor, versió que coincideix amb la que la menor explicà al

Servei de Policia i en l'acte del judici oral. El fet de que la menor no presenti cap simptomatologia d'estrès posttraumàtic no pot desvirtuar la versió de la menor perquè la Sra. B. en l'acte del judici oral té declarat que això pot ser perquè la menor sigui "resilient, és a dir, resistent als patiments" i que "hem d'esperar una mica per veure si això es manté", és a dir, que el fet de la manca de simptomatologia no vol dir que en el futur no es pugi produir l'estrès posttraumàtic ja que, com té declarat la mateixa doctora, podria aparèixer fins al cap de sis mesos, i s'ha de fer notar que els darrers fets son del dia 2 de març del 2008, i que la doctora va visitar a la menor abans de la data del 14 d'abril del 2008, en que emeté el seu informe que consta als folis 122 a 129 del sumari. També hem de tenir en compte que tant l'existència com la gravetat del trastorns psicològics subsequents a una vivència d'abús sexual ve determinada de manera molt principal per l'entitat i perdurabilitat dels abusos.

També s'aprecien en la declaració de la menor les notes de la coherència i persistència, evidentment que no d'una manera absoluta car això no és possible ni tant sols en víctimes majors d'edat. En tot cas, la versió de la menor presenta una coherència i persistència suficients per a merèixer plena credibilitat. Es parla en l'escrit del recurs d'una suposada retracció de la menor efectuada davant de la Sra. M.V., amiga de la seva àvia. Aquesta testimoni, la Sra. M.D.A. va declarar en l'acte del judici oral, dient que la nena li va explicar que tot era mentida, però cap credibilitat va merèixer al Tribunal de Corts i, a aquest respecte, hem de recordar que és Jurisprudència reiterada que encara que el recurs d'apel·lació permeti al Tribunal ad quem revisar la valoració de la prova feta pel òrgan judicial d'instància, atesos els principis d'immediació, publicitat i contradicció, rectors del judici oral, aquesta facultat ha d'exercir-se amb mesura i tan sols en aquells supòsits en que l'error en l'apreciació de la prova és ben evident, i així en resulta de les proves documentals o dels informes pericials que el Tribunal ad quem pot també apreciar per sí mateix, però no en aquells altres supòsits en que la prova practicada es limita a les declaracions dels implicats, denunciant i denunciat, àdhuc dels testimonis, per quina valoració té una absoluta importància el principi d'immediació.

Vist el resultat de la prova que ha estat practicada en la primera instància, en absolut quedaria justificada l'aplicació del principi de dret penal de in dubio pro reo, doncs aquest principi descansa sobre l'existència d'un dubte raonable, i el dubte raonable és absolutament incompatible amb el ple convenciment del Tribunal, i en el present cas el Tribunal de Corts ha assolit el ple convenciment de la realitat dels fets denunciats per la menor M.R.M.. Per tot això, procedeix desestimar el primer motiu del recurs.

II.-CONSIDERANT: que, de manera subsidiària, la part apel·lant impugna la sentència pel que fa a la pena de presó que el Tribunal de Corts ha imposat amb caràcter ferm, sol·licitant que sigui substituïda per la presó condicional simple per entendre que seria més adequada atès l'edat actual de l'acusat, 72 anys, i les seves circumstàncies personals ja que sofreix greus patologies (hiperactivitat bronquial, endocarditis, incontinença urinària, insuficiència renal crònica amb hidronefrosi), com consta acreditat per l'informe del Dr. X.R. i historial mèdic adjuntat als Autes, sense descartar una futura intervenció quirúrgica, com resulta de l'informe del Dr. A.. A més a més, la part apel·lant considera que la pena de presó en la seva forma de condicional simple assoliria el just equilibri entre la pena i el dret a la vida i la dignitat humana, protegits per l'article 8 de la Constitució i article 2 i 3 del Conveni per a la Salvaguarda dels drets humans i de les llibertats fonamentals.

D'acord amb l'article 147.1 i 3 del Codi Penal, el delictes major d'abusos sexuals sobre una persona menor d'edat, realitzat per persona que exerceix de fet autoritat familiar té assenyalada una pena de presó de dos a set anys, i en el present cas el delictes major s'ha apreciat com a continuat, per la qual cosa entenem plenament ajustada a dret la pena de tres anys de presó imposada pel Tribunal de Corts. Recordem que la Jurisprudència té declarat que la fixació de la pena dins dels límits establerts en la llei es arbitri judicial que correspon al Tribunal que jutja els fets en la primera instància doncs té la immediació pròpia d'aquest primer grau de jurisdicció, la qual cosa li permet abastar un coneixement directe i personal dels fets i de l'acusat que és necessari per imposar la pena proporcionada a la naturalesa, la gravetat del delictes comès i la

personalitat de l'acusat, si bé això no pot suposar, però, que les penes imposades no siguin susceptibles d'ésser revisades en seu del recurs d'apel·lació, però aquesta facultat de revisió hauria d'exercir-se de manera molt excepcional, salvat naturalment els casos en que la pena imposada estigués fora de la previsió legal, sigui per la seva naturalesa, sigui per la seva extensió.

En el present cas, certament, la part apel·lant no discuteix l'extensió de la pena de presó, doncs no qüestiona la pena de tres anys de presó imposada, sinó que en lloc de ferma li sigui imposada amb caràcter condicional simple. També la determinació de si la pena de presó ha de ser ferma o condicional, sigui simple sigui qualificada, és facultat del Tribunal de instància. No ha estat apreciada la concurrència en l'acusat de cap circumstància atenuant i, per altra banda, ja li constaven al Tribunal de Corts les seves circumstàncies personals, que pogué valorar, acordant pena de presó ferma, decisió que ha de se mantinguda doncs no s'aprecien motius que justifiquin la seva revisió en el sentit demandat per la part apel·lant. La patologia que sofreix l'acusat no és, ara per ara, motiu que justifiqui la substitució de la pena de presó ferma per la condicional simple tota vegada que el compliment de la pena de presó en absolut impedirà al Sr. F.R.T. rebre l'assistència mèdica que la seva patologia requereixi.

III.-CONSIDERANT: que pel que fa al tercer motiu del recurs, referit a la condemna de l'acusat al pagament de la suma de 3.000,00 euros a la menor M.R.M. en concepte de pretium doloris, el que s'impugna és la pròpia indemnització ja que la part apel·lant considera que dita menor no és tributaria de cap indemnització per perjudici moral perquè de les proves practicades no s'aprecia ni s'evidencia l'existència de quelcom perjudici moral. En la sentència apel·lada es raona que la concessió a la víctima d'una indemnització en concepte de perjudici moral no es incompatible amb la manca de seqüeles que avui per avui presenta la menor, ja que no es poden descartar en el futur, com la psicòloga Sra. B. va informar en l'acte del judici oral. Compartim plenament el criteri del Tribunal de Corts doncs la realitat del fet delictiu necessàriament ha comportat a la menor un perjudici moral indemnitzable, independentment de que la menor hagi o no necessitat rebre tractament i de l'existència o no de seqüeles que, en el cas de que

s'hagués acreditat la seva existència, certament també donarien lloc a indemnització.

IV.-CONSIDERANT: que per tot el que s'ha exposat, procedeix la confirmació íntegra de la sentència apel·lada.

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 la Defensa de l'acusat Sr. F.R.T. contra la sentència dictada pel Tribunal de Corts en data 17 de juliol del 2008 en la causa TC-027-1/08.

2.- Confirmar íntegrament dita sentència.

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

4.- Retornar la Causa al M. Il·ltre. 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.