

Núm. de Rotlle: TSJP-000019/2018

Núm. de Causa: 6000006/2016

SENTÈNCIA 1-2020

PARTS:

Apel·lant: **Sr. G.B.A.**

Advocat: Sr. Xavier LOPEZ HORISCHNIK

Apel·lat: **MINISTERI FISCAL**

COMPOSICIÓ DEL TRIBUNAL:

President: **Sr. Yves PICOD**

Magistrades: **Sra. Marie CONTE**

Sra. Fátima RAMÍREZ SOUTO

Andorra la Vella, vint-i-quatre de gener del dos mil vint.

En el recurs d'apel·lació interposat contra la sentència de data 25 de gener del 2018 dictada pel Tribunal de Corts en la causa de referència, seguida pel delictes major d'abusos sexuals consistents en accés carnal per via vaginal sense consentiment i amb abús d'incapacitat, els components de la Sala Penal Tribunal Superior de Justícia expressats al marge s'han constituït per a la vista i decisió, és ponent la **Sra. Marie CONTE**.

ANTECEDENTS DE FET

I.- RESULTANT: que el Tribunal de Corts dictà sentència de data 25 de gener del 2018 amb la següent part dispositiva:

“DECIDIM:

Condemnar G.B.A. com a responsable penal en concepte d'autor, sense que concorrin circumstàncies modificatives de la responsabilitat penal, pel delictes major d'abusos sexuals consistents en accés carnal per via vaginal sense consentiment i amb abús d'incapacitat, a la pena de QUATRE ANYS DE PRESÓ, dels quals DOS ANYS FERMS i la resta condicional qualificada a la PROHIBICIÓ D'ENTRAR EN CONTACTE AMB LA VÍCTIMA durant el termini de QUATRE ANYS i al pagament de les despeses processals causades.

Condemnar G.B.A. en concepte de responsabilitat civil a indemnitzar J.J.S.F. en la quantitat de TRES MIL (3.000) EUROS en concepte de perjudici moral.”

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

“SÓN FETS PROVATS: el processat G.B.A, nascut el 27 d'agost de 1976, de nacionalitat portuguesa i amb antecedents penals, la matinada del dia 13 de novembre de 2010 es trobà a la Discoteca “xxx” de l'avinguda Santa Coloma d'Andorra la Vella amb J.J.S.F., de 22 anys d'edat, afectada d'un trastorn de la personalitat dependent i retard mental lleu, a la que ja coneixia d'abans, proposant-li d'acompanyar-la al seu domicili radicat en les proximitats.

Una vegada arribats i com l'acusat li demanà de voler parlar amb ella entraren al domicili, -baixos del núm. 29 de la avinguda de Santa Coloma, sent un pis tutelat pel M.I. Govern-, lloc on l'acusat es dirigí directament vers el dormitori i s'estirà al llit mentre Jessica es quedà mirant una sèrie a la televisió dins però de la mateixa cambra. En acabar de mirar la televisió J. es posà a dormir al costat de l'acusat qui s'apropà i començà a treure-li la roba, primer unes malles que duia tipus pantalons i després intentà baixar-li les mitges de sota, moment en que aquesta l'aturà i es negà tornant-les a pujar, insistint de nou l'acusat i repetint un parell de vegades l'operació malgrat J.J.S. continuava negant-se fins que aconseguí treure-li les mitges i les calces i la penetrà vaginalment malgrat la reiterada negativa d'aquella, la quina es trobava arraconada al llit entre la paret i l'acusat.

En acabar li demanà de marxar i l'acusat es vestí i marxà.

El mateix dia però unes hores després, sent dissabte a la tarda, J.J.S.F. ho explicà tot al seu amic J.M.R.L., conegut com a “J.”, al que coneixia de l'escola xxx que li aconsellà d'explicar-ho tot a la mare. Aproximadament una setmana més tard, el 18 de novembre, formulà denuncia per davant del Servei de Policia.”

III.- RESULTANT: que contra l'esmentada sentència interposa recurs d'apel·lació l'advocat defensor de G.B.A. sol·licitant que es revoqui dita sentència en el sentit de declarar la lliure absolució del seu defensat i que s'ordeni la destrucció de les mostres preses a G.B.

Exposa que:

- pel que fa al resultat de fets provats, no és cert que hagi quedat degudament acreditat que la Sra. S. hagués mostrat oposició a que l'acusat li baixés les calces i les mitges després que de forma voluntària, s'hagués tret ella mateixa les malles i ficat al llit on es trobava l'acusat;

- segons els perits, el retràs mental lleu que pateix la Sra. S. no és incompatible amb la capacitat d'autodeterminació sexual;

- una recapitulació cronològica dels fets permet evidenciar que no s'ha produït cap situació límit en la qual la Sra. S. s'hagi trobat pressionada de tal forma que no s'hagi pogut exterioritzar la seva oposició, havent reconegut la denunciament que es va posar al llit amb una persona que li hauria mostrat el seu desig de mantenir relacions sexuals;

- al llarg del procediment la Sra. S. ha mantingut declaracions contradictòries respecte de l'ús d'un preservatiu;
- les proves obrant en autes no permeten concloure que la relació sexual es va mantenir amb l'oposició de la Sra. S., essent l'única prova de càrrec la declaració d'aquesta;
- en el cas d'autes existeixen raons objectives, contradiccions i ambigüitats, que poden comprometre la credibilitat del testimoni de la víctima: a saber, particularment, la poca emotivitat amb la que s'ha expressat la Sra. S. i la normalitat del seu estat d'ànim, l'absència de seqüeles notat pel seu psicòleg Sr. R. o la manca d'aparició de cap signe de descompensació i el fet que la Sra. S. va reconèixer el dia del judici que va tornar a sortir de nit;
- el desconeixement de la incapacitat de la Sra. S. per part de l'acusat és susceptible de constituir un error de tipus invencible previst a l'article 14 del Codi Penal.

IV.- RESULTANT: que el Ministeri Fiscal s'oposa al recurs interposat, interessant la confirmació de la sentència en base als següents raonaments:

- la discapacitat psíquica que pateix J.S., mèdicament contrastada i acreditada, la fa ser una persona fàcilment influenciable que no sap gestionar situacions límit i que té dificultats per imposar el seu criteri en situacions estressants;
- la Sra. S. es va deixar finalment treure la roba, però no sense advertir verbalment i reiteradament a B. que no volia mantenir relacions sexuals;
- en cap moment i de cap manera res del què va ocórrer aquella nit podia donar a entendre a B. que J. volia mantenir relacions sexuals amb ell;
- no existeix cap raó per la J. de denunciar en contra el Sr. B. fets falsos;
- G.B., que ja coneixia a J.S. a l'època dels fet, no pot pretendre que no tenia coneixement de la disminució psíquica evident que pateix.

V.- RESULTANT: Mitjançant aute de data 23-09-2019 dictat per aquesta Sala es va decidir assenyalar novament vista oral el dia 17-10-2019 donant lloc a la reproducció de la prova testifical de la Sra. J.J.S.F. i del processat G.B.A.

Mitjançant aute de 31-10-2019 la sala també decidí ordenar un peritatge mèdico forense sobre la personal del processat G.B.A.

Mitjançant Aute de 20-11-2019 es decidí donar trasllat a la representació lletrada de G.B.A. i al Ministeri Fiscal de l'informe emès per la

Dra. J.P.S. en data 08-11-2019 i assenyalar novament vista oral el 18-12-2019 a les 9'30 hores.

Les parts no han formulat observacions suplementàries.

FONAMENTS DE DRET

I.- CONSIDERANT: que l'article 147 apartat 1 del Codi Penal tipifica com a delictes major d'abús sexual la realització d'actes sexuals sense consentiment amb una persona incapaç d'oposar resistència o amb abús de la seva incapacitat. Aquest mateix article en el seu apartat 2 estableix com a tipus agreujant, castigat amb una pena de presó entre 3 a 10 anys, quan el comportament sexual consisteix en accés carnal per via vaginal o en introducció d'objectes o membres corporals per una de les dos primeres vies.

Els elements constitutius del delictes són doncs:

- un acte sexual per part de l'acusat;
- l'absència de consentiment de la víctima;
- l'incapacitat d'aquesta de manifestar la seva oposició i resistència front a l'acte sexual;
- la coneixença per part de l'autor de l'absència de consentiment i de l'incapacitat de la víctima a oposar resistència.

En quan a la prova a aportar per desvirtuar la presumpció d'innocència, escau recordar que tota declaració de culpabilitat ha d'estar fonamentada en una activitat probatòria de càrrec, vàlidament practicada i de la que resulti la realitat dels fets imputats a l'acusat i la participació d'aquest en els fets.

En matèria de delictes de comportament sexual, que habitualment són executats en un àmbit d'intimitat, el més habitual és disposar com a úniques proves directes, 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 la presumpció d'innocència sempre i quan no hi hagi raons objectives que li restin credibilitat.

Aquest testimoni haurà de sotmetre's a contradicció de les parts i haurà de ser ponderat pel Tribunal tenint en compte l'absència en la víctima de qualsevol motiu de ressentiment o enemistat vers l'acusat que pugui comprometre la seva credibilitat i l'existència de dades objectives perifèriques que reforcin la persistència i fermesa de la víctima en la seva declaració incriminatòria.

És a la vista d'aquests principis que ha de ser examinada l'eventual culpabilitat de l'acusat G.B.A.

II.- CONSIDERANT: que l'acusat no nega haver mantingut relacions sexuals via vaginal amb la Sra. S., manifesta simplement no recordar res del succeït. Nogensmenys, el resultat de la pericial científica practicada sobre les restes biològiques recollides al domicili de la denunciada (calces i llençols de llit) i les mostres biològiques de l'acusat que presta de manera voluntària, conclou que obtingut el perfil genètic de G.B.A. aquest coincideix amb el perfil genètic trobat a les calces i llençols de baix del domicili d'aquesta.

L'absència de consentiment de la Sra. S. ha estat establert per les declaracions reiterades d'aquesta en el marc de la instrucció de la causa i a la vista oral, pels testimonis de la seva mare la Sra. M.R.F. i del seu amic J.M.R.L., relatats en la sentència del Tribunal de Corts i l'absència de motiu precís de denunciar els fets contraris a la realitat o de forts prejudicis cap a l'acusat, ja que ella no coneixia la seva identitat. Si la credibilitat de la Sra. S. es troba qüestionada atesa la manca d'afectació que presentava en explicar els fets, el Sr. J.R. va precisar que la falta d'emotivitat es pot produir fins i tot en persones sense cap mena de discapacitat, en situacions de xoc, màxim en persones amb retard i sense perdre de vista el què suposa per les víctimes en general la celebració de la vista oral del judici pel fet de reviuire tota la situació traumàtica viscuda.

L'incapacitat de la denunciada de manifestar la seva oposició o resistència front l'acte sexual resulta de les pericials practicades en la persona de la perjudicada, realitzades pel metge forense Dr. C.H.V., pel psicòleg Sr. J.R.C. així com la psicòloga del Departament de Policia Sra. T.S., exposant que la Sra. S. ha estat diagnosticada per la CONAVA amb un grau de menyscabament del 35%, que pateix una incapacitat psíquica (retard maduratiu) i que presenta un QI corresponent a una situació *borderline*. També està diagnosticada de trastorn de la personalitat dependent i un trastorn de la conducta alimentària. Segons el psicòleg Sr. J.R., aquestes circumstàncies fan que la interessada no sàpiga gestionar situacions límit i trobar la millor solució i que presenta dificultats per a prendre decisions fermes, fet que li ocasionaria ser vulnerable i manipulable.

Sense posar en dubte les declaracions de la Sra. S., o la seva incapacitat d'oposar resistència, tal com preveu l'apartat 1 de l'article 147 del Codi Penal, aquesta Sala considera, nogensmenys, que existeix un dubte raonable en quant a la coneixença per part de l'acusat de l'absència de consentiment de la Sra. S. i de la incapacitat d'aquesta d'oposar resistència a l'acte de comportament sexual intervingut en la matinada del dia 13 de novembre del 2010.

En primer lloc s'ha de posar en relleu que l'acusat no presenta facultats intel·lectuals i especialment d'observació o d'anàlisis particularment desenvolupades. Aquesta sala se n'ha pogut convèncer, compte tingudes la compareixença de l'acusat a la vista oral i l'actitud del Sr. B. en el curs de la instrucció de la causa consistent (de manera no versemblant) en no recordar res.

En ressurt de l'informe medico-forense, ordenat a fi de pal·liar les mancances sobre aquest punt de la instrucció i permetre determinar si el

processat havia pogut constatar i apreciar la discapacitat de la víctima i la incapacitat d'aquesta de manifestar la seva oposició, que si G.B.A. no està diagnosticat de cap trastorn mental i manté conservades, en el moment de l'entrevista medico-forense les seves capacitats cognitives i volitives, sent capaç de comprendre de forma adequada l'entrevista, s'ha objectivat nogensmenys limitacions intel·lectuals lleus i un trastorn per consum d'alcohol crònic. Les proves complementàries realitzades pel pèrit i especialment el "*Test de Matrius de Raven*" realitzat, quina característica és la d'incentivar el raonament analític, la percepció i la capacitat d'abstracció revelen que l'interessat ha obtingut un percentil de 5 amb un dèficit intel·lectual.

D'altra part pel que fa a l'incapacitat de la Sra. S., en ressurt dels peritatges practicats que no existeixen elements externs que permetin constatar una discapacitat, essent aquesta una discapacitat psíquica consistent en un retard mental lleu que no l'afecta a la paraula ni al comportament extern. La Sala s'ha pogut convèncer, compte tingut la compareixença de la Sra. S. a la vista oral, que les conclusions dels peritatges ans esmentats coincideixen amb la realitat, i que és només d'un llarg anàlisi de la perjudicada a la vista oral que "*dit retard és fàcilment detectable per simple apreciació sensorial o visual*".

És cert que l'acusat és va trobar amb la Sra. S. dos cops, al sortir d'una discoteca, trobant-se a més en estat d'embraguessa.

No es pot afirmar que el processat coneixia, després de només dos trobades i compte tingudes les seves poques facultats, la situació de retard i debilitat mental de la víctima.

D'altra banda, és cert que ha quedat provat que la Sra. S. va manifestar la seva oposició a l'avui acusat en el moment que intentava treure-li les mitges i les calces. No obstant, en un segon moment aquesta es va treure ella mateixa les malles i es va estirar al costat de l'acusat, col·locant-se entre el Sr. B. i la paret. Seguidament es produí la penetració, reconeixement la Sra. S. que no hi va haver violència física i que li va demanar que es posés un preservatiu.

El desenvolupament dels fets deixa suficients dubtes sobre la percepció que pugui tenir l'acusat de l'oposició de la Sra. S.

El Sr. B. no ha negat haver tingut relacions sexuals amb la Sra. S., només ha negat haver tingut relacions sexuals sense consentiment.

Sense posar en dubte les declaracions de la Sra. S., la Sala considera que compte tinguda l'ambigüitat de la situació descrita i les facultats d'anàlisi reduïdes de l'acusat, existeix un dubte raonable en quant al coneixement de l'oposició de la víctima, combinat igualment amb el dubte ja explicat pel que fa al seu coneixement de l'impossibilitat de la Sra. S. d'exposar un refús a un oposició.

El dubte raonable beneficia a l'acusat perquè obliga a considerar que l'element intencional de la infracció perseguida - a saber la coneixença per part de l'autor de l'absència de consentiment de la víctima i de la seva incapacitat a oposar resistència - no està degudament establerta.

III.- CONSIDERANT: que convé estimar el recurs i revocar la sentència d'instància, en el sentit d'absoldre l'acusat del delicte del qual venia acusat, i dir que no hi ha lloc a condemnar a G.B.A. en concepte de responsabilitat civil.

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.- Estimar el recurs d'apel·lació formulat per la representació lletrada del Sr. G.B.A.

2.- Revocar la sentència de data 25 de gener del 2018 dictada pel Tribunal de Corts en la causa de referència, en el sentit d'absoldre G.B.A. com a autor responsable del delicte major d'abusos sexuals consistents en accés carnal per via vaginal sense consentiment i amb abús d'incapacitat del quin venia acusat, i de dir que no hi ha lloc a la responsabilitat civil.

3.- Declarar d'ofici les despeses processals causades pel present recurs.

Aquesta sentència és ferma i executiva.

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