
[2018-37-RE](#)

CAUSA 2018-37-RE

(Ministeri Fiscal c/ Principat d'Andorra)

Número de registre 332-2018. Recurs d'empara

Sentència de l'11 de febrer del 2019

BOPA núm. 17, del 20 de febrer del 2019

En nom del Poble Andorrà;

El Tribunal Constitucional;

Atès l'escrit presentat i registrat al Tribunal Constitucional, el 2 d'agost del 2018, pel Ministeri Fiscal, mitjançant el qual interposa un recurs d'empara contra la sentència del 22 de maig del 2018 i contra l'aute del 10 juliol del mateix any, dictats per la Sala Penal del Tribunal Superior de Justícia, per una presumpta vulneració del dret a la jurisdicció, en els seus vessants dels drets a un procés degut i a obtenir una decisió fonamentada en Dret, reconeguts a l'article 10 de la Constitució, i, atès que demana al Tribunal Constitucional que declari la vulneració dels drets esmentats, la nul·litat de les resolucions objecte de recurs i la retroacció de les actuacions fins al moment anterior a dictar sentència per tal que es respectin els drets considerats vulnerats, evitant d'aquesta manera una nova compareixença de la víctima;

Vista la Constitució, especialment els articles 10, 41.2, 98 c) i 102;

Vista la Llei qualificada del Tribunal Constitucional, especialment el títol IV, capítols primer i sisè;

Vist l'aute del Tribunal Constitucional del 12 de novembre del 2018, que va admetre a tràmit, amb efectes suspensius, el recurs d'empara 2018-37-RE;

Vist l'escrit d'al·legacions presentat, el 7 de desembre del 2018, per la representació processal del Sr. G. B. A.;

Vist l'escrit de complement d'al·legacions presentat, el mateix 7 de desembre del 2018, per la representació processal del Sr. G. B. A.;

Vistes les conclusions formulades per la representació processal del Sr. G. B. A. i pel Ministeri Fiscal;

Vist que la Sra. J. J. S. F. ha decidit no presentar cap escrit;

Escoltat l'informe de la magistrada ponent, Sra. Laurence Burgorgue-Larsen;

1. Antecedents processals davant les jurisdiccions ordinàries

1.1. El 25 de gener del 2018, el Tribunal de Corts, mitjançant sentència, va condemnar el Sr. G. B. A. com a responsable penal en concepte d'autor, sense circumstàncies modificatives de la responsabilitat penal, per un delictes d'abusos sexuals consistents en accés carnal per via vaginal sense consentiment i amb abús d'incapacitat a la pena de 4 anys de presó, dels quals 2 anys fermes i la resta condicional qualificada a la prohibició d'entrar en contacte amb la víctima durant el termini de 4 anys i al pagament de les despeses processals. En concepte de responsabilitat civil el va condemnar al pagament a la víctima d'una indemnització de 3.000,00 €.

1.2. La representació processal del Sr. G. B. A. va interposar un recurs d'apel·lació contra aquesta sentència i, el 22 de maig del 2018, la Sala Penal del Tribunal Superior de Justícia va dictar una sentència en què decidia revocar la decisió de la primera instància i absoldre l'imputat.

1.3. El Ministeri Fiscal va presentar un incident de nul·litat d'actuacions contra la sentència de la Sala Penal per tal com considerava que s'havien infringit diversos drets continguts a l'article 10 de la Constitució.

1.4. El 10 de juliol del 2018, la Sala Penal del Tribunal Superior de Justícia va dictar un aute mitjançant el qual desestimava l'incident de nul·litat d'actuacions esmentat.

1.5. El 2 d'agost del 2018, el Ministeri Fiscal va presentar un recurs d'empara contra les resolucions ressenyades de la Sala Penal del Tribunal Superior de Justícia, per una presumpta vulneració del dret a la jurisdicció, en els seus vessants dels drets a un procés degut i a obtenir una decisió fonamentada en Dret, reconeguts a l'article 10 de la Constitució.

2. Argumentació jurídica

2.1. Argumentació jurídica del Ministeri Fiscal

- En primer lloc, el Ministeri Fiscal considera que s'han vulnerat els drets a un procés degut i a obtenir una decisió fonamentada en Dret, ja que la Sala Penal ha procedit a valorar la prova que no practica en flagrant crebantament del principi d'immediatesa, principi bàsic i elemental del procés penal, afegint que ho fa en perjudici de la víctima que en aquest cas és, a més, una persona especialment vulnerable.

- Per recolzar aquesta al·legació cita la jurisprudència de la Sala Penal mateixa, així com jurisprudència del Tribunal Constitucional i del Tribunal Europeu dels Drets Humans.

- No obstant això, la Sala Penal conclou en la seva sentència que l'acusat no podia conèixer la situació de retard mental de la víctima, tot i que el Tribunal de Corts, el qual va practicar totes les

proves, va arribar a la conclusió que el retard mental de la víctima era "*fàcilment detectable per simple apreciació sensorial o visual.*"

- Afegeix que si el Tribunal de Corts va arribar a aquella conclusió és perquè, entre altres proves practicades, va poder escoltar tant la declaració de l'acusat com la de la víctima, arribant a un ple convenciment sobre la realitat dels fets examinats. Per tant, la Sala Penal no podia concloure que el retard mental de la víctima no era fàcilment detectable per simple apreciació sensorial o visual, contràriament a l'opinió del Tribunal de Corts, sense practicar cap mena de prova ni tan sols rebre la declaració de la víctima.

- El Ministeri Fiscal considera, doncs, que l'actuació de la Sala Penal pel fet de valorar una prova que no practica arribant a conclusions diametralment oposades a la del Tribunal *a quo* "*és fàcticament impossible, i jurídicament inexplicable i, en conseqüència, necessàriament arbitrari.*"

- En segon lloc, el Ministeri Fiscal al·lega que la sentència de la Sala Penal dona per no provats fets no controvertits, cosa que és incongruent internament i, per tant, aquesta sentència esdevé arbitrària, ja que si bé, d'una banda, reconeix que la víctima es va oposar a mantenir relacions sexuals amb l'acusat no pot declarar, d'altra banda, que hi ha dubtes sobre la percepció que va tenir l'acusat d'aquesta oposició. A més, el Ministeri Fiscal destaca que l'acusat no ha negat en cap moment que la víctima s'oposés, al·legant simplement que no recordava res.

- El Ministeri Fiscal considera que de les actuacions es desprèn clarament que la negativa de la víctima va ser ferma i es va produir en diverses ocasions, fet que no ha estat negat, ni qüestionat per ningú en cap moment i, per tant, aquest no és un fet controvertit.

- Així mateix, considera que la valoració per part de la Sala Penal de les "*capacitats de comprensió limitades*" de l'acusat sense que s'hagi practicat cap pericial en cap moment, ni la Sala hagi escoltat aquesta persona, no es fonamenta en cap prova ni element. El Ministeri Fiscal destaca que ni ell mateix, ni la batlle instructora, ni el Tribunal de Corts, ni la pròpia defensa de l'acusat han posat en cap moment en dubte que aquest no disposi de les seves capacitats mentals per entendre la negativa a mantenir relacions sexuals per part de la víctima.

- Esmenta, a més, que l'acte de processament va adoptar la mesura cautelar de prohibició de contactar amb la víctima, contràriament a allò que afirma la Sala Penal, donant per provats fets de descàrrec de base fàctica inexistents i sobre els quals la defensa mateixa de l'acusat s'ha oposat per innecessaris.

- Segons el parer del Ministeri Fiscal, posar en dubte la declaració de la víctima sense haver-la escoltat en segona instància, ni a ella, ni als testimonis i pèrits -com així ho va sol·licitar el Ministeri Fiscal- equival a revictimitzar la perjudicada per part de les institucions, malgrat el deure legal que aquestes tenen de protegir-la, deure que deriva, pel que fa a aquest Ministeri Fiscal, de l'article 93 de la Constitució.

- Per acabar, demana al Tribunal Constitucional que declari la vulneració dels drets esmentats, la nul·litat de les resolucions objecte de recurs i la retroacció de les actuacions fins al moment anterior a dictar sentència per tal que es respectin els drets considerats vulnerats, evitant d'aquesta manera una nova compareixença de la víctima.

2.2. Argumentació del Tribunal de Corts

-
- El Tribunal de Corts va considerar que el consentiment de participar en una relació sexual va ser negat de manera clara davant els intents de l'acusat, però que aquest consentiment va ser vençut per la incapacitat de la víctima de mantenir la seva oposició i rebuig derivat de la seva minusvalidesa, aprofitada amb consciència per l'acusat.
 - Que el processat coneixia la situació de retard i debilitat mental de la víctima, ja que es coneixien amb anterioritat als fets i tenien un amic en comú, afectat ell mateix d'una incapacitat psíquica, precisant, a més, que aquest retard era fàcilment detectable per simple apreciació sensorial i visual, com va poder copsar aquest Tribunal.
 - Igualment destaca que si bé el processat no nega els fets, declara no tenir records d'aquella nit, motiu pel qual es va valorar la possibilitat de suspendre el judici per tal que fos examinat per un pèrit, tanmateix, la seva defensa va considerar aquesta prova innecessària.
 - Per consegüent, valorant el conjunt de les circumstàncies, el Tribunal de Corts va concloure que el delicte estava degudament constituït.

2.3. Argumentació de la Sala Penal del Tribunal Superior de Justícia

- La Sala Penal va considerar que existia un dubte raonable en relació amb el coneixement de l'autor sobre l'absència de consentiment de la víctima i de la seva incapacitat d'oposar resistència i, per tant, no quedava constituït l'element intencional de la infracció.
- Contràriament a allò que al·lega el Ministeri Fiscal en relació amb la vulneració del principi d'immediatesa, la Sala Penal manifesta que no posa en dubte la incapacitat de la víctima, ni la seva absència de consentiment, ni la seva incapacitat de manifestar la seva oposició, destacant que el Ministeri Fiscal mateix es va oposar a la declaració de la víctima en la segona instància.
- La Sala Penal considera que de les declaracions efectuades per l'acusat durant la vista oral es desprèn que les seves facultats mentals són limitades. I, certament, es pot lamentar que durant els 8 anys en què ha durat la investigació no s'hagi efectuat cap peritatge al respecte. Afegeix que l'acusat no va ser objecte d'una mesura restrictiva de llibertat o mesura cautelar, cosa que permet suposar que no era perillós per a la víctima.
- Aquesta Sala, també declara que, sense contradir-se, atesa la situació descrita i les facultats d'anàlisi de l'acusat, existeix un dubte raonable sobre el seu coneixement en relació amb l'oposició de la víctima combinat amb el dubte del seu coneixement sobre la impossibilitat per part de la víctima d'exposar la seva oposició, motius pels quals no s'ha establert l'existència de l'element intencional de la infracció i la presumpció d'innocència ha de beneficiar a l'acusat.

2.4. Argumentació jurídica de la representació processal del Sr. G. B. A.

- Aquesta part s'oposa al recurs d'empara presentat pel Ministeri Fiscal i sol·licita la seva desestimació, així com la seva condemna en costes processals.
- Dona per reproduïts els arguments recollits en els seus escrits anteriors i s'adhereix als arguments

de la Sala Penal.

- Destaca que en el seu recurs d'apel·lació va sol·licitar la reproducció de les proves practicades en la instància, però el Ministeri Fiscal ho va considerar innecessari. El Ministeri Fiscal no pot anar en contra dels seus propis actes i al·legar la vulneració d'un dret fonamental quan el resultat no ha estat aquell que s'esperava, vulneració que, cas d'existir, també seria conseqüència de la seva pròpia conducta.
- Aquesta part no entén com es pot al·legar la vulneració d'un dret a un procés degut, perquè no es va reproduir la prova en segona instància, i alhora sol·licitar que no es torni a practicar la prova. Això és incompatible i contradictori en si mateix.
- Considera que no s'ha vulnerat el principi d'immediació i la Sala Penal va arribar a la conclusió que no es podia afirmar amb seguretat que el defenent conegués el retard i la debilitat mental de la víctima, analitzant dos grups d'elements: la manca d'agilitat mental del defenent que du a dubtar de la seva coneixença de la incapacitat de la víctima a oposar resistència (manca observada pel Tribunal de Corts mateix quan va aturar la vista i va demanar si el defenent estava en plenitud de facultats mentals) i la inexistència d'elements externs (evidenciada per l'informe forense) que fessin visible la discapacitat d'aquesta.
- Exposa la seva versió dels fets en què destaca que les relacions sexuals van ser consentides i conclou que la Sala Penal va valorar la prova practicada de forma diferent de la valoració efectuada pel Tribunal de Corts, i que, no obstant això, la sentència impugnada no és arbitrària ni il·lògica. Així mateix, recorda que el Tribunal Constitucional no és una tercera instància ni un tribunal de cassació.
- En relació amb les capacitats mentals del defenent, aquesta part considera que el Ministeri Fiscal inverteix la presumpció d'innocència, ja que d'acord amb la jurisprudència tant del Tribunal de Corts com de la Sala Penal un dels elements constitutius de l'antijuridicitat, imprescindible per a la condemna, és que l'autor tingui coneixement de l'absència de consentiment. Davant d'aquest dubte, en virtut del principi d'innocència, la prova d'aquest coneixement ha de ser subministrada per l'acusació i, en el seu defecte, cal absoldre el processat.
- En el seu escrit de complement, aquesta part fa palès que la potestat de practicar proves en segona instància és competència exclusiva del Tribunal Superior de Justícia i reitera que la petició del Ministeri Fiscal de no retroacció de la causa és contradictòria amb les seves al·legacions de vulneració del principi d'immediació.

2.5. Contesta del Ministeri Fiscal

- En el seu escrit de conclusions, el Ministeri Fiscal ratifica el contingut de la seva demanda d'empara. Tanmateix puntualitza diverses al·legacions de la part defenent, entre d'altres, sobre la pràctica de la prova en segona instància i sobre la càrrega de la prova.
- Pel que fa al primer punt, precisa que no es tractava de prohibir la declaració de la víctima en segona instància, sinó que va reclamar que si s'havia de practicar novament la prova, no procedia practicar-la de manera esbiaixada escoltant només la víctima com pretenia l'acusat, sinó que aquesta s'havia de practicar de manera completa i en una unitat d'acte. Altrament dit, s'havien d'escoltar tant la víctima com l'acusat. Ara bé, aquesta petició va ser desestimada per la Sala Penal.

- Pel que fa al segon punt, relatiu a la càrrega de la prova en relació amb les capacitats mentals de l'acusat, destaca que aquest punt va ser plantejat per la seva pròpia defensa, i no pel president del Tribunal de Corts, i, per consegüent, qui al·lega ha de provar. Altrament dit, corresponia a l'acusat demostrar que les seves capacitats mentals eren deficientes. L'acceptació de les declaracions en apel·lació hagués permès que aquest element fos examinat.

3. Fonaments jurídics del Tribunal Constitucional

3.1. El recurs d'empara no converteix el Tribunal Constitucional en una tercera instància ni en un tribunal suprem.

3.2. Quan un recurrent al·lega la vulneració del dret constitucional a obtenir una decisió fonamentada en Dret (article 10.1 de la Constitució), l'únic objecte del recurs d'empara és el de verificar que les decisions impugnades estiguin motivades i es fonamentin en un raonament jurídic que no sigui il·lògic ni absurd.

3.3. Quan entren en joc drets substancials, el control d'aquest Tribunal en el marc del recurs d'empara consisteix a determinar si els recurrents han estat privats o no d'una protecció efectiva, és a dir, si han estat situats o no en una indefensió material (veg. per ex. el punt 3.3 de l'aute del 22 de desembre del 2017, recaigut en la causa 2017-33-RE o el punt 3.1 de la sentència del 19 de febrer del 2018, recaiguda en la causa 2017-53-RE).

3.4. En aquesta causa, el Tribunal Constitucional ha únicament de determinar si la Sala Penal del Tribunal Superior de Justícia, pel fet de revocar la decisió del jutge *a quo* sense procedir a una declaració de les parts del procés penal, va conculcar els principis aferents a un procés degut i a l'exigència d'una decisió fonamentada en Dret, establerta a l'article 10.1 de la Constitució. Altrament dit, allò que està en joc en aquesta causa no és la qüestió de la presumpció d'innocència de l'acusat, sinó la del caràcter equitable del procés, considerat en el seu conjunt, davant les jurisdiccions penals.

3.5. El principi d'immediatesa és un dels elements centrals de l'equitat del procés en matèria penal; en aquest sentit fa part integrant de l'article 10.1 de la Constitució. D'acord amb aquest principi, el pronunciament d'un òrgan judicial penal només es pot fonamentar en les al·legacions adduïdes en el judici oral i en els elements aportats per al seu examen. En efecte, la compareixença de l'imputat revesteix una importància cabdal en l'interès d'un procés equitable i just.

3.6. En aplicació dels articles 3.4 i 5 de la Constitució que integren, respectivament, els tractats i els acords internacionals (publicats al BOPA) i la Declaració Universal dels Drets Humans en l'ordre jurídic andorrà, el Tribunal Constitucional ha considerat de manera constant que la jurisprudència del Tribunal Europeu dels Drets Humans constituïa una font d'interpretació dels drets constitucionals garantits per la Constitució (veg. per ex. la sentència del 20 de desembre del 2016, recaiguda en la causa 2016-17 i 32-RE).

3.7. En aquest sentit, de la jurisprudència europea se'n deriva que "*quan una instància d'apel·lació ha de conèixer els fets i els arguments jurídics d'una causa i ha d'examinar en el seu conjunt la qüestió relativa a la culpabilitat o a la innocència, aquest reexamen hauria de dur a una nova audició íntegra de les parts interessades*" (sentències del Tribunal Europeu dels Drets Humans del 26 de maig de 1988, recaiguda en el cas Ekbatani c/ Suècia (paràgraf 2n); del 13 de desembre del 2011,

recaiguda en el cas Valbuena Redondo c/ Espanya (paràgraf 29); i del 20 de setembre del 2016, recaiguda en el cas Hernández Royo c/ Espanya (paràgraf 35).

3.8. Dels antecedents d'aquesta causa se'n deriva que la Sala Penal va revocar íntegrament la decisió del Tribunal de Corts, la qual es fonamentava en les constatacions efectuades en el judici oral.

3.9. Actuant d'aquesta manera, el jutge d'apel·lació va procedir a una apreciació nova dels fets considerats provats en primera instància, en particular de la capacitat mental de l'acusat, per arribar a una conclusió diametralment oposada a aquella que havia estat establerta de manera contradictòria i pública en primera instància.

3.10. Revocant la totalitat de la decisió del jutge *a quo* en una causa particularment delicada d'agressió sexual, la Sala Penal del Tribunal Superior de Justícia ha vulnerat el principi d'immediatesa inclòs en la noció de dret a un procés degut, garantit a l'article 10.1 de la Constitució, pel fet de no haver acceptat l'al·legació del Ministeri Fiscal en relació amb l'audiència de totes les parts afectades, és a dir, tant la de la víctima com la de l'acusat.

3.11. Així mateix, actuant d'aquesta manera, la Sala Penal del Tribunal Superior de Justícia també ha afectat l'exigència d'una decisió fonamentada en Dret. Efectivament, pel fet de denegar l'al·legació del Ministeri Fiscal que defensava l'audiència integral de les parts en segona instància, ha vulnerat la seva funció de jutge convencional de dret comú.

3.12. Efectivament, en aquest cas concret, hagués sigut raonable interpretar l'article 201 del Codi de procediment penal de manera conforme a l'estàndard convencional expressament invocat pel Ministeri Fiscal (part en la instància). Aquesta exigència d'interpretació conforme era fàcil d'aplicar en la mesura en què l'article esmentat estableix que excepcionalment, el tribunal d'apel·lació pot acordar la reproducció de les proves testificals o d'acarament. La naturalesa de la infracció que s'havia d'examinar li hagués hagut d'incitar. En aquest sentit, la Sala Penal del Tribunal Superior de Justícia ha vulnerat l'exigència d'una decisió fonamentada en Dret, reconeguda a l'article 10.1 de la Constitució.

DECISIÓ:

En atenció a tot això que s'ha exposat, el Tribunal Constitucional, per l'autoritat que li confereix la Constitució del Principat d'Andorra,

HA DECIDIT:

1. Declarar la vulneració del dret a la jurisdicció en els seus vessants dels drets a un procés degut i a obtenir una decisió fonamentada en Dret, reconeguts a l'article 10 de la Constitució.

2. Anul·lar la sentència del 22 de maig del 2018 i l'aute del 10 juliol del mateix any, dictats per la Sala Penal del Tribunal Superior de Justícia.

3. Declarar la retroacció de les actuacions davant la Sala Penal per tal que dicti una nova sentència amb la garantia dels drets considerats vulnerats.

4. Publicar aquesta sentència, d'acord amb allò que disposa l'article 5 de la Llei qualificada del Tribunal Constitucional, al Butlletí Oficial del Principat d'Andorra.

I així, per aquesta sentència nostra, que ha de ser notificada al Ministeri Fiscal, a la representació processal de la Sra. J. J. S. F., a la representació processal del Sr. G. B. A., al president del Tribunal de Corts i al president del Tribunal Superior de Justícia ho pronunciem, manem i signem a Andorra la Vella, l'11 de febrer del 2019.

Dominique Rousseau
President

Josep-D. Guàrdia Canela
Vicepresident

Laurence Burgorgue-Larsen
Magistrada