

-***-

Sentència 19-00 DE 19 DE JULIOL DE 2000

Ponent : M.I. Sr. Josep Lluís VÀZQUEZ SOTELLO

ANTECEDENTS DE FET

I.-RESULTANT: que el M.I. Tribunal de Corts dictà sentència en data 17 de desembre de 1999 (encara que per error material es fa constar com any el de 1997), amb la següent part dispositiva: "Fallem: que hem de condemnar i condemnem Gerard G.P. com autor responsable de tres delictes majors d'abusos deshonestos amb prevalència d'autoritat de l'article 210 del Codi Penal, fent-se aplicació de l'article 56 i 53 apartat u, a la pena de CINC ANYS DE PRESÓ, del qual UN ANY FERM i la resta condicional, INHABILITACIÓ DEFINITIVA per l'exercici de la professió de metge en general i pagament de les despeses processals causades.

Diem que quan esdevinguí ferma la sentència li seran d'aplicació els Decrets d'indult del 7 de setembre de 1997 i 7 de desembre de 1999.

En concepte de responsabilitat civil, el condemnem a indemnitzar a la Sra. Cristina T., a la Sra. Cristina A.T. i a la Sra. Maria Amparo G.N. en la quantitat de 250.000 pessetes per cadascuna."

II.-RESULTANT: que el precedent Fallo té com a premissa fàctica la següent narració de fets que la sentència considera provats segons les proves practicades en el judici: "Són fets provats i així es declara, que Gerard G.P. exercint de metge especialista en ginecologia i obstetrícia en el seu despatx professional i en ocasió de visites de les seves pacients va realitzar els fets següents:

- En data no determinada però compresa entre els mesos d'octubre i novembre de 1995 va visitar a la Sra. Cristina T. a la que tractava periòdicament des de feia onze anys practicant-li reconeixements ginecològics. En dita ocasió, després de fer-li l'exploració habitual mogut per un ànim libidinós i aprofitant que la pacient es trobava en posició ginecològica, va fer-li massatges al clítoris al mateix temps que li demanava amb insistència que efectués moviments com si estigués realitzant l'acte sexual amb el seu marit, persistint en els tocaments fins que en adonar-

se'n la Sra. T. que l'estava masturbant, es deixa de moure's i es quedà rígida i tensa.

Al·lega el processat que era un cas una mica particular ja que existien sospites de càncer de rectum el que justificava un examen profund i que si va tocar el clítoris fou de manera involuntària. La Sra. T. afirma pel contrari que quan va mirar el doctor, aquest feia una cara molt estranya i que no "era el doctor habitual".

- La tarda del 13 de març de 1996, en ocasió d'una revisió ginecològica rutinària realitzada a la Sra. Cristina A.T., el processat va fer una inspecció qualificada d'anormal per la pacient. Amb el dit polze li va tocar repetidament el clítoris demanant-li de moure's com si fes l'amor, volent que lubriqués. La pacient s'aixecà a l'adonar-se del què estava succeint, fent-la estirar novament el doctor. A la sortida de la visita, la Sra. A.T. anà directe a la Policia.

Sosté el doctor G.P. que si li tocà el clítoris fou sense voler. La Sra. A.T. ha precisat que el doctor li va dir que el que necessitava era fer l'amor perquè estava seca.

- La tarda del 4 de novembre de 1996 es va presentar a la consulta la Sra. Maria Amparo G.N., pacient del doctor G.P. des de feia 16 anys, manifestant-li que tenia problemes amb la menstruació i que se li havien acabat les pastilles que li havia receptat a l'efecte. Mentre li practicava la inspecció vaginal va començar a fer-li massatges al clítoris amb el dit polze, incorporant-se la pacient en vista de que l'estava masturbant, fent-la estirar novament el processat, seguint practicant la masturbació per dues vegades més, fins que trobant-se la Sra. G.N. molt violenta i nerviosa va demanar al processat parar perquè li feia mal.

Totes aquestes pacients tenien problemes depressius.

- Per altra banda i sense que aquest testimoniatge hagi pogut ésser contradictori per no haver comparegut la Sra. M. el dia de la vista oral, el 20 d'agost de 1996 en ocasió d'una revisió rutinària, afirma la pacient que animat per un ànim libidinós el doctor G.P. va deixar de fer-li la palpació vaginal i començà a efectuar introduccions rítmiques dels seus dits a la vagina a la vegada que li demanava de moure els malucs de baix a dalt, trobant-se excitat i continuant amb aquests tocaments fins que la pacient, totalment desconcertada li va preguntar que estava succeint.

Des de fa molts anys existia un rumor en el Principat en quant els estranys comportaments del processat. Fou així que en 1986 el Col·legi de Metges avisà el doctor G.P. de no fer les visites sense la presència d'una infermera.

El Ministeri Fiscal ha fet comparèixer dues pacients relatant fets prescrits, la Sra. A.M. i la Sra. H.P. que també es queixen de pràctiques masturbatòries en els anys 1989-1990.

A l'inici de la instrucció, el doctor G.P. que afirma haver-se trobat en un gran estat de cansament i de nervis, va sostenir que segons els casos podien fer-se tocaments terapèutics, fent inclòs referència a revistes especialitzades, postura que abandonà posteriorment.

Pel que fa a la situació del despatx, ha quedat demostrat que es tracta d'un despatx de grup i que es podia accedir al del doctor G.P. lliurement tant de la part de la seva esposa, també metge, com de les secretàries. A més, mai hi hagué cap incident amb crits o queixes amb veu alta, no ha estat assenyalat el que necessàriament s'hauria sentit des de la sala d'espera o des de la secretaria.

La Sra. S.S. acusada pel processat d'haver manipulat certes pacients, fou condemnada en la seva qualitat de secretaria d'haver-se apropiat indegudament de diverses quantitats ascendint a 1.109.565 pessetes en el decurs de l'any 1995.

Finalment, els peritatges psiquiàtrics obrant en autes són convergents per dir que el doctor G.P. no presenta cap anomalia mental però també indiquen que l'examen psiquiàtric fou necessàriament limitat ja que el processat negava els fets d'autes.

També deixen clar que una pacient pot interpretar erròniament certs actes. A nivell de la sexologia, mai es practiquen massatges al clítoris directament pel metge i el ginecòlegs, que han declarat a la vista, han afirmat que les queixes de les pacients d'aquest tipus existeixen però són molt excepcionals en el curs d'una carrera."

III.-RESULTANT: que contra dita sentència es van interposar recursos per la representació i defensa del processat Gerard G.P., exercida pel Lletrat Jordi SEGURA COBO, fonamentant-se en els motius que exposa en els nou apartats del seu extens escrit de 25 de gener de l'any 2000, sol·licitant l'admissió i l'estimació del recurs amb revocació de la sentència per a que se'n dicti una altra en la que el recurrent sigui absolt dels delictes majors d'abusos deshonestos o subsidiàriament sigui condemnat únicament per actuació negligent respecte de les Srs. Cristina T. i M^a Amparo G.N. a una pena de multa no superior a la quantitat establerta com a indemnització a favor de dites perjudicades. Els motius de la impugnació van ser refutats per la representació i defensa del Col·legi Oficial de Metges d'Andorra, a càrrec en dit tràmit del Lletrat Joan Miquel CASAJOANA GARRIGÓS, en el

seu escrit de 7 de febrer de l'any 2000, que va concloure sol·licitant la confirmació de la sentència recorreguda per ser ajustada a dret, així com pel MINISTERI FISCAL que en el seu escrit de 25 de febrer del 2000 va impugnar cadascun dels arguments del recurrent, assenyalant que les imprecisions o errors que en algun cas es poden observar en la sentència no tenen la més mínima transcendència per al fallo, sol·licitant la seva confirmació si bé va formular al mateix temps recurs contra la mateixa per a sol·licitar que la part de la pena de presó que hauria d'imposar-se com a presó ferma fos al menys de tres anys dels cinc que comprèn la condemna ja que de no ser així per aplicació dels indults el condemnat no arribaria a entrar a la presó, insistint en la pena de inhabilitació absoluta i sol·licitant que es corregís una expressió de la narració de fets provats de la sentència que considera no s'ajusta a la redundància probatòria practicada en el judici, a l'escrit del qual es van formular noves al·legacions per la defensa del processat recurrent en el seu escrit de 15 de març del present any 2000.

IV.-RESULTANT: que conclosa la tramitació del recurs es va assenyalar dia i hora per a la celebració de la Vista, en la qual varen informar pel seu ordre i en recolzament de les seves respectives pretensions primer el Mgfc. MINISTERI FISCAL, a continuació el Lletrat Jordi SEGURA COBO, per la defensa del processat, i finalment la Lletrada Aurora CASADEVALL PALLÉ en representació i defensa del Col·legi Oficial de Metges d'Andorra, tots els quals varen insistir en els seus arguments, en les seves posicions i pretensions i varen reiterar les peticions ja formulades en els escrits respectius. Present en la sessió el processat G.P. se li va concedir el dret a la última paraula manifestant que el procés que contra ell s'ha seguit és una injustícia; que viu a Perpinyà i a Andorra i que des dels fets treballa a Perpinyà, quedant seguidament els autes d'aquest procés vistos per a sentència.

FONAMENTS DE DRET

I.-CONSIDERANT: que malgrat la preferència que correspon al recurs del MINISTERI FISCAL, que es escoltat en primer lloc, sembla més lògic començar per estudiar el recurs interposat en nom i interès del processat donada la incompatibilitat de dit recurs amb el del Ministeri Públic, el qual no podria ser atès en cas de prosperar el del processat, el recurs del qual és cronològicament anterior.

II.-CONSIDERANT: que el recurs deduït en nom del processat es fonamenta en negar la comissió dels fets que la sentència declara provats, negant que amb ocasió dels exàmens ginecològics a les pacients el processat les hagi sotmès als tocaments i estimulacions amb l'ànim libidinós que narra la sentència. Ni una cosa ni l'altra han existit, afirma el recurrent, pel que el processat ha estat condemnat per uns fets que no ha comès. El recurs es fonamenta en tres ordres d'arguments: 1) en primer lloc, les afirmacions o apreciacions inexactes que conté la sentència; 2) en segon lloc, per incórrer la sentència en error probatori a l'atribuir valor com a prova a consideracions que no en tenen; 3) en tercer lloc, per no concedir la sentència valor probatori a circumstàncies que contradiuen les conclusions en les que la sentència es fonamenta. Totes les al·legacions que a continuació desenvolupa el recurrent han estat refutades punt per punt per la defensa del Col·legi Oficial de Metges i pel Ministeri Fiscal, que ha rebutjat cadascuna de les afirmacions en les que es fonamenta el recurrent.

III.-CONSIDERANT: que en quant als arguments del primer apartat és necessari assenyalar que consisteixen en reprotxar a la sentència una sèrie d'afirmacions que el recurrent considera inexactes (que desenvolupa especialment en l'apartat quart de l'escrit d'interposició del recurs i en les que ha insistit en les seves al·legacions ulteriors i en la sessió de la vista). Aquestes són l'afirmació de la sentència que Cristina A.T., en sortir de la consulta del processat, el 13 de març de 1996 "anà directa a la Policia" (expressió que segons l'acta del judici oral s'atribueix a M^a Amparo G.N.: "quan sortí de la consulta anà a la Policia dient-li que seria la seva paraula contra la del metge"). La segona afirmació inexacta o imprecisa consisteix en que la sentència afirma que el processat reconegué, a l'iniciar-se el sumari, que "segons els casos podien fer-se tocaments terapèutics, fent fins i tot referència a revistes especialitzades, postura que abandonà posteriorment", sent així que la sentència confon els tocaments en les exploracions ginecològiques amb "fins terapèutics" (per a guarir) amb els realitzats amb "fins de diagnòstic" (per a constatar alguna patologia) de manera que en la consulta del processat únicament podien practicar-se les manipulacions o tocaments amb la segona finalitat de diagnòstic (la pròpia de la seva consulta) mai amb finalitat terapèutica. La tercera afirmació que el recurrent considera imprecisa o inexacta és la relativa al "rumor existent en el Principat" respecte de les actuacions del processat "des de fa molts anys" i que obligaren al

Col·legi de Metges a cursar-li la comunicació de 1996, impugnant el recurrent la inexactitud d'aquella afirmació en quant fa referència a "molts anys" i a l'any 1996 al·legant en contra que la única comunicació que rebé del Col·legi de Metges fou la de l'any 1997. La quarta afirmació que el recurrent considera inexacta correspon a la frase de la sentència que els peritatges psiquiàtrics practicats han estat coincidents al afirmar que el processat no presenta cap anomalia mental, sent en canvi inexacta la següent afirmació que "l'examen psiquiàtric fou limitat ja que el processat negava els fets d'autes". La cinquena i última afirmació inexacta de la sentència seria la relativa a la declaració d'Encarna M.V. i al seu valor de prova en quan la sentència afirma que si bé els ha mancat contradicció processal no per això han de ser privades totalment de valor probatori perquè "la defensa del processat ha tingut, durant tota la instrucció, la possibilitat de sol·licitar qualsevol acarament". A excepció de les dues darreres afirmacions, relatives al valor probatori dels peritatges mèdico-psiquiàtrics i al testimoni prestat en el sumari (que s'examinaran juntament amb els demés arguments del recurs relatiu a l'error probatori de la sentència) de totes aquelles afirmacions que el recurrent considera inexactes, errònies o imprecises, es pot afirmar el seu caràcter absolutament irrellevant. Sense perjudici de la refutació de la suposada inexactitud o error d'aquelles afirmacions, persuasivament realitzada en els escrits del Col·legi de Metges i del Ministeri Fiscal, és que fins i tot acceptant que siguin afirmacions errònies no tenen caràcter causal, no transcendeixen al fallo, que podria ser idèntic tan si es pren en compte aquelles afirmacions com si s'esborren de la sentència. Així, la existència dels fets delictius és independent que una de les víctimes vagi immediatament a la Policia a denunciar-los o els denunciï més endavant, d'igual manera que està clar que el processat en la instrucció plantejà una estratègia o argumentació defensiva, reconeixent els fets (però tractant de justificar-los acudint a publicacions científiques), estratègia defensiva que després abandonà en l'ulterior curs de la causa i aquest canvi d'actitud defensiva i exculpatòria és el que la sentència ha pres en compte, mancant de rellevància que en quant en la instrucció es reconegueren els fets s'al·legués que els tocaments s'haurien realitzat com a "mètode de diagnòstic" mentre que en la sentència s'affirma erròniament que haurien estat fets com a "mètode terapèutic", impropï de la consulta del processat. La mateixa irrellevància s'ha de predicar sobre "la cara del processat" quan realitzava els tocaments (si

era la mateixa cara del doctor de sempre o una de diferent), ja que la expressió de la cara del processat no entra a formar part del tipus penal pel que ha estat acusat, com després s'insistirà. És totalment inútil pretendre fonamentar un recurs en afirmacions errònies de la resolució que no transcendeixen a la figura delictiva ni al fallo de la sentència. En aquells casos té plena aplicació l'axioma processal clàssic: *frustra probatur quod probantur non relevat*. Per a fonamentar adequadament un recurs és precis saber distingir entre la *ratio decidendi* de la sentència (la premissa fàctica i els elements jurídics que condueixen a la conclusió condemnatòria o absolutòria) i el que són meres afirmacions col·laterals que no fonamenten el fallo, denominades en la millor tècnica d'anàlisi jurisprudencial *obiter dicta*, realitzades "de paso" o *ex abundantia*, i que es contraposen precisament a aquelles altres en les que directament es fonamenta l'absolució o la condemna. Les afirmacions errònies o imprecises que el recurrent troba en la sentència pertanyen a aquest segon grup d'affirmacions col·laterals o de més, que no transcendeixen al fallo, pel que el recurs en quant a aquesta fonamentació ha de ser necessàriament desestimat.

IV. -CONSIDERANT: que la mateixa sort desestimatòria han de córrer els arguments del recurrent que, encara que exposats en altres llocs del seu extens escrit, es caracteritzen també per la seva total intranscendència per a fonamentar la sentència (i per la mateixa raó per a fonamentar el recurs que s'intenta contra ella). Aquesta intranscendència correspon a l'al·legació sobre "l'edat de les víctimes" que el Ministeri Fiscal afirma que totes tenien entre 35 i 40 anys al que el recurrent oposa les edats exactes, notablement diferents. L'edat tindria transcendència jurídico-penal si es tractés d'una menor, però manca de tot valor si la víctima té 29 anys en lloc de 35. També és argument intranscendent el de les característiques del "despatx" o consulta de processat on la sentència afirma que es cometeren els fets. Que la disposició de l'habitació, sala o despatx no correspongui exactament a com la sentència afirma, únicament podria tenir transcendència jurídica si d'ella se'n derivés la impossibilitat de la comissió dels fets. Menys transcendència pot tenir l'al·legació que aquella consulta suposi "un ambient per res eròtic", impropï o inadequat per a actes d'excitació libidinosa, ja que en definitiva aquest aspecte és tan circumstancial com subjectiu i aquest tipus de fets delictius, com totes les agressions sexuals, es poden cometre i de fet es cometen en els llocs i ambients menys propicis. També s'ha de considerar

intranscendent l'al·legació del recurrent de "absència de mòbil", perquè els delictes poden cometre's atenint a múltiples mòbils i fins i tot sense un mòbil concret i determinat. Indagar el mòbil del sospitós és molt útil als fins de la investigació policial i de la instrucció, però manca d'aquell significat en seu de decidir sobre els fets sotmesos a l'acusació i al judici, ja que llavors l'únic que està en primer pla és la realitat dels fets, el seu relleu jurídico-penal derivat de la seva antijuridicitat i de la seva tipicitat, i la seva atribució al processat com autor o responsable dels mateixos, sigui quin sigui el mòbil que l'hagi pogut guiar o fins i tot si ha procedit sense un mòbil concret i determinat. Cosa ben diferent és quan en una figura delictiva entra dins del tipus un element psicològic o subjectiu, pres com *l'animus* que el Codi Penal incorpora al tipus, cas en el qual és precis demostrar la presència d'aquella intencionalitat o la seva exclusió mitjançant la presència d'algun propòsit excloent de la antijuridicitat o de la culpabilitat (extrem sobre el qual s'insisteix a continuació). Per això, també el recurs ha de ser desestimat en quant es fonamenta en els arguments intrascendents que queden indicats.

V.-CONSIDERANT: que entre els arguments de rellevància jurídico-penal del recurs i en relació amb el que s'acaba de considerar és necessari analitzar l'argument relatiu a l'absència "d'ànim libidinós o masturbatori" en l'actuació del processat quan practicava els exàmens ginecològics a les denunciants. El recurrent sosté que les persones en estat depressiu tenen una percepció deformada de la realitat que les pot portar a confondre el que és un examen ginecològic profund amb els tocaments o excitacions amb ànim libidinós denunciades. També el Ministeri Fiscal acusa a la sentència de contenir una afirmació errònia quan, referint-se a les denunciants diu "totes aquestes pacients tenien problemes depressius". És evident que si els tocaments pels que s'ha acusat al processat responguessin a tècniques ginecològiques necessàries per al diagnòstic (o per a la teràpia, malgrat la importància que el recurrent atribueix a aquesta distinció) els fets no serien delictius perquè la seva antijuridicitat quedaria exclosa per l'exercici legítim d'una professió o ofici (d'igual manera que no s'acusa de lesions al cirurgià que per a realitzar la intervenció ha de tallar els teixits o obrir les cavitats del pacient). Però en la present causa -com ha ressaltat oportunament tan la defensa del Col·legi de Metges com el Ministeri Fiscal en les seves al·legacions- en els dictàmens i informes pericials practicats en absolut s'afirma que els tocaments o estimulacions sexuals dels que

s'acusa al processat estiguin descrits ni com a teràpies aconsellables ni com a mètodes de diagnòstic. En tot cas era a la defensa del processat a qui corresponia aportar en el judici la prova concloent que la seva actuació fou legítima, ja perquè s'hauria advertit a les pacients de la utilitat de la seva realització, les quals l'haurien consentit, ja quan al menys per correspondre a mètodes de tractaments o de diagnòstic corresponents a la *lex artis*. La defensa és conscient que en la causa hi ha una total absència del "consentiment informat" de les pacients, fins el punt que com a petició subsidiària sol·licita la condemna per imprudència. I com també manca en la causa tota prova que els tocaments siguin d'utilització necessària o convenient d'acord amb la ciència mèdico-ginecològica per al diagnòstic o per al tractament, el recurrent pretén fonamentar aquest aspecte del seu recurs basant-se en "suposicions" o hipòtesis, aventurant que les pacients "poden tenir" situacions depressives que "poden" confondre-les a l'hora d'interpretar el que en realitat "pot ser solament" un "examen ginecològic profund". Si el processat actuà amb absència de l'ànim libidinos ja que procedí amb un propòsit de guarir o de diagnosticar, és a la seva defensa a la que corresponia realitzar la prova concloent sobre aquest punt decisiu. L'absència de l'ànim inclòs com a element del tipus delictiu a qui correspon provar-ho és a la defensa. D'igual manera que per eximir-se d'un homicidi s'al·lega i prova la legítima defensa i per a defensar-se d'altres delictes s'al·lega i es prova l'estat de necessitat o l'exercici legítim d'un dret, ofici o càrrec, correspon a la defensa al·legar i provar la presència de qualsevol *animus* legitimador que exclogui el dol típic de la figura delictiva, ja que en definitiva són fets impositius del delictes l'al·legació i prova dels quals correspon a l'afavorit per aquells fets, és a dir la defensa. I encara que pel valor preferent que té la presumpció constitucional d'innocència, com a garantia i dret fonamental expressament proclamada en la Constitució d'Andorra, el Tribunal pot i ha de prendre en compte *ex officio* la presència d'aquells *animus* excloents de la antijuridicitat o de la culpabilitat, és evident que per a això és necessari que el fet en el que es fonamenta l'eximent (l'actuació justificadora o legitimadora) n'aparegui provat en el judici i malgrat això la sentència erròniament, hagi establert la condemna. En el present cas la sentència pondera que els tocaments dels que s'acusa al processat "no sent involuntaris ni responent a un fi terapèutic" (també val a dir un fi de diagnòstic) han de considerar-se necessàriament libidinosos, tenint en compte les circumstàncies en les que ha ocorregut. No existint cap

constància que aquells tocaments hagin estat explicats i consentits per les pacients ni que l'haver-ho fet correspongui a un legítim fi terapèutic o de diagnòstic (i la distinció entre ambdues finalitats que tan preocupa al recurrent, ja s'ha dit que és irrellevant a efectes jurídic-penals) és molt clar que no pot pretendre's que el Tribunal substitueixi aquella absència de prova per les conjectures o hipòtesis que exposa o aventura el recurrent al·ludint a situacions que eventualment es podrien donar en pacients que poden patir una situació depressiva o psicopatològica que els porti a confondre la realitat, però sense que s'hagi provat que en el present cas aquelles confusions o situacions realment s'hagin produït. Tot el que condueix a desestimar també aquest motiu del recurs.

VI.-CONSIDERANT: que abans de procedir a estudiar els diversos errors probatoris que el recurrent atribueix a la sentència, és precís recordar quin és el significat del present recurs d'apel·lació i de les funcions i potestats atribuïdes a aquesta Sala. L'anterior recurs de Suplicació, que establia el control de l'activitat jutjadora i decisora per mitjà dels "motius legals" que permetien l'obertura del recurs, han estat substituïts per l'actual recurs d'apel·lació, configurat com un recurs de plena jurisdicció, que inclou la expressa atribució a la Sala d'iniciatives probatòries quan excepcionalment resultin necessàries. Malgrat que el nou recurs d'apel·lació amplia i facilita indubtablement l'àmbit del control de la sentència, és necessari tenir present que l'apel·lació no es configura com un *novum iudicium* en el que es torni a reproduir el judici ja celebrat davant el Tribunal de primer grau, sinó que queda delimitat i definit com una *revisio prioris instantaniae*, és a dir, com una revisió crítica de les conclusions i enjudiciament realitzats en la sentència impugnada, en quant al fet i al dret (i aquí la distinció amb els recursos extraordinaris o de cassació). L'apel·lació obre la segona instància del procés, en la que es torna a jutjar de nou, fins i tot a vegades amb nous elements probatoris aportats en el segon grau jurisdiccional. Però aquest nou enjudiciament de la causa no suposa la repetició del judici ja celebrat sinó solament la revisió del seu resultat (plasmant en la sentència) realitzat en una instància superior. Si això és així també en el procés civil, en obsequi a la necessària economia dels processos i a la immediació probatòria del Tribunal de primer grau, molt més ho ha de ser tractant-se de l'apel·lació en matèria penal en la que ha estat i segueix sent molt discutible que després del judici oral pugui admetre's una segona instància o segon grau jurisdiccional

(problema sobre el qual -encara que actualment existeixin tendències doctrinals i legislatives, no unànimes, favorables a generalitzar el procés penal de dues instàncies- poden recordar-se les raons que portaren a la Llei d'Enjudiciament Criminal espanyola ja en el segle XIX a instaurar com a criteri processal modern el judici penal d'instància única, com a exigència indeclinable del judici oral públic, confrontatiu i amb rigorosa immediació judicial en les sessions de prova).

VII.-CONSIDERANT: que per altra part és necessari recordar que els recursos no es donen contra les expressions o afirmacions que la sentència pugui fer en els seus fonaments jurídics o de fet (els resultants i considerants de les sentències andorranes), sinó que els recursos es concedeixen únicament contra el fallo, contra la part dispositiva de la resolució, que és la que crea el gravamen o perjudici necessari per a poder recórrer. Les afirmacions que puguin realitzar-se en els antecedents o fonamentació de la sentència únicament tenen la virtualitat de poder fonamentar el recurs quan siguin el pressuposat lògic i necessari del fallo, de manera que aquest es fonamenti directament en aquelles afirmacions l'error de les quals llavors pot tractar de demostrar el recurrent, perquè amb allò demostra també l'error del fallo. És aquest un punt de vista vàlid per a tots els recursos i no discutit ni en doctrina ni en jurisprudència i obliga a desestimar les censures que el recurrent formula a les afirmacions del primer considerant (IV de l'apartat cinquè de l'escrit) o les del tercer considerant (V i VI del mateix apartat) afirmacions que el recurrent considera inexactes però que, fins i tot si així fos, no poden servir per a fonamentar el recurs per no ser causals directes del fallo. La mateixa resposta desestimatòria han de rebre les següent al·legacions del recurrent (VII del mateix apartat) en les que es fa referència a l'aptitud de qualsevol dona per a no enganyar-se sobre la naturalesa de les exploracions o tocaments en els seus òrgans genitals o els comentaris que sobre la sexualitat s'afirma realitzava el processat a algunes de les seves pacients o, en fi, sobre la disposició del despatx del processat en relació amb la comissió dels fets, intranscendència de la qual, per a fonamentar el recurs, ja s'ha al·ludit anteriorment. I el mateix s'ha de dir sobre "la cara del processat" quan realitzava els tocaments denunciats (II del mateix apartat cinquè: manifestació de Cristina T. afirmant que el doctor "mostrava una cara molt estranya i que no era el doctor habitual") donat que és evident que l'aspecte del rostre que pogués presentar el processat és una dada de total

irrellevància en el plano jurídic-penal dels fets que és l'únic que interessa per a jutjar (i en quant dada que hagi pogut presentar-se o sorgir en el judici pot formar part dels múltiples i en aquest cas complexes elements que hagin pogut servir per a la convicció judicial en l'apreciació conjunta, encara que motivada, de la prova).

VIII.-CONSIDERANT: que la mateixa sort desestimatòria ha de córrer l'argument relatiu a la no exploració psiquiàtrica de les denunciants per a determinar si sofreixen depressions o situacions psicopatològiques que les portessin a confondre la realitat de l'exploració ginecològica), a diferència amb l'examen que cinc facultatius realitzaren al processat, en quina diferència de tracte el recurrent creu veure un "greuge comparatiu". La resposta que s'ha de donar a aquest argument del recurs és la mateixa que correspon a l'argument que el processat "no pogué sotmetre en el sumari al convenient acarament a les denunciants". Si el recurrent volia demostrar que les denunciants patien trastorns psíquics o qualsevol patologia que invalidés els seus testimonis, degué sol·licitar aquells exàmens pericials com a prova pel judici oral i el mateix podia fer respecte dels acaraments que al·lega li foren denegats en l'etapa sumarial. Com se sap, en un procés penal trifàsic, com el vigent en Andorra, l'etapa del plenari és l'escenari on la prova es desenvolupa amb plenitud i amb rigorosa observança del principi processal i constitucional d'igualtat d'armes. Demanades aquelles diligències probatòries en el judici, cas de ser denegades a la defensa, podria quedar oberta i preparada la via del recurs; no, en canvi, si la queixa es limita a al·legar la negativa del Batlle instructor sense reproduir la petició davant el Tribunal del judici. Per aquestes raons decauen els indicats fonaments del recurs.

IX.-CONSIDERANT: que posades les anteriors premisses doctrinals i legislatives de l'actual legislació processal andorrana, conforme a la qual s'ha d'entendre el comès del nou recurs d'apel·lació i les funcions d'aquesta Sala, procedeix examinar els errors probatoris de la sentència denunciats pel recurrent. Aquests errors es refereixen **1)** a si el Tribunal de primer grau ha pogut valorar les declaracions fetes en la Instrucció primer en l'atestat policial i després davant el Batlle Instructor, degut a que segons el recurrent "*aquelles declaracions foren prestades en un context emocional d'atordiment i desconcert*" del processat; **2)** si s'han pogut valorar les diligències sumarials en les que la defensa no ha estat present; **3)** si la sentència ha pogut donar valor probatori a la confessió

dels fets realitzada pel processat davant el Batlle instructor, encara que unida a un argument justificatiu que després ha abandonat en el plenari; 4) si la sentència ha pogut tenir en compte la contradicció entre el declarat pel processat en el Sumari, davant el Batlle, i el que més tard va declarar en el Judici Oral; 5) a aquests problemes el recurrent uneix encara el de la valoració dels antecedents o fama del processat Dr. G.P. en el Principat; el del testimoni de Concepció A. i Bàrbara H., malgrat que no hagin presenciat els fets denunciats; el valor probatori que pugui donar-se a la testimoni S. malgrat haver estat acomiadada pel processat degut a una apropiació indeguda; 6) finalment, un problema probatori de signe diferent, consistint en no haver valorat el Tribunal la relació d'amistat existent entre la denunciant A.T. i Lluïsa S.S. i no haver valorat tampoc "suficientment" les declaracions dels testimonis aportats per la defensa (P., B., etc.).

X.- CONSIDERANT: que la resposta que correspon donar a les qüestions enumerades en el considerant anterior, en les que es planteja haver sofert el Tribunal error en la valoració de la prova, és la següent:

1) El Tribunal ha procedit correctament valorant el contradictori canvi d'explicació i d'estratègia defensiva adoptada pel processat primer en la seva declaració davant el Batlle instructor (prèviament davant la Policia) que va canviar radicalment en el Judici Oral. La seva declaració davant la Policia, en varies sessions dels dies 16, 17 i 18 de gener de 1997, que va ratificar davant la Batllia en presència i amb la intervenció del seu mateix Lletrat (que el va patrocinar en les etapes posteriors de la causa) va acabar sent molt clara i categòrica després de la negativa inicial. En el recurs s'al·lega que quant es va prestar aquesta declaració feia just onze dies de la seva detenció i que l'alteració de la seva vida personal i familiar fou tan profunda i la seva desestabilització i afectació anímica tan gran que va arribar a estar en un estat suïcida. Però els onze dies transcorreguts són un temps molt adequat per a la reflexió i per a saber i decidir la resposta que s'ha de donar als fets. L'estat emocional que s'al·lega no és un fet provat o establert en el procés i només pot donar-se com a una al·legació de part en el seu comprensible interès exculptori. Succeeix amb freqüència que el plantejament defensiu dels primers moments es desitgi canviar més tard, quan s'apropa l'etapa del Judici Oral, sota el consell o assessorament del mateix o d'un nou defensor. I aquest canvi de plantejament o d'estratègia defensiva pot valorar-lo el Tribunal, al fer presents en les sessions del judici les contradiccions en les que ha

incoregut el declarant (sigui testimoni o processat), tal com es practica en la jurisprudència dels Estats Europeus més pròxims a Andorra.

2) Com a corol·lari de l'anterior, el Tribunal pot atribuir valor probatori, si més no amb indici qualificat, a la confessió dels fets -unit a una argumentació justificativa i exculpatòria- realitzada pel processat en la seva declaració davant el Batlle instructor. No es diu que aquesta confessió sigui avui "prova plena", com quan se la considerava *regina probationum* que conduïa a l'expressió dels antics perquisidors d'haver aconseguit plenament el fi de descobrir al delinqüent (*habemus confitentem reum*). Existeixen confessions fal·laces, que poden ser degudes a circumstàncies diverses, com l'error, l'amenaça, el temor, el desig d'encobrir al veritable culpable o fins i tot a l'estat emocional que al·lega en aquest cas el recurrent. D'aquí que els Codis processals disposin (com els Codis andorrans en els arts. 164 i 165 que invoca el recurrent) que "*la confessió del processat no dispensarà al Jutge Instructor de practicar totes les diligències corresponents per a la deguda averiguació del delictes i del delinqüent*". Però d'aquesta encertada previsió del legislador no es pot deduir, com pretén el recurrent, que el reconeixement dels fets realitzat davant el Batlle a presència del seu advocat manqui de tot valor probatori. Si el confessant s'ha confós o si va actuar sota la por, amenaça o en l'estat psicològic que s'afirma en el recurs, és a ell a qui corresponia provar l'error, la por, l'amenaça o l'estat psicopatològic, en comptes de limitar-se a la seva inofensiva i interessada al·legació. Si s'admet amb el valor probatori que li correspongui segons les circumstàncies la anomenada "*confessió extrajudicial*" que fora del procés i de la presència judicial pot realitzar el sospitós, a *fortiori* no pot negar-s'hi valor a aquest mateix reconeixement dels fets realitzat en una actuació processal i davant la presència judicial i del lletrat defensor nomenat pel confessant.

Tot el que s'acaba de dir es reforça notablement en el present cas sí es té en compte que, tal com en resulta de la causa, les extenses i pormenoritzades declaracions realitzades davant el Servei de Policia pel denunciat, en repetides sessions dels dies 16, 17 i 18 de gener de 1997, en la primera de les quals nega repetidament els fets que en canvi admet i tracta de justificar en les següents (amb expressió de detalls reiterats de comissió dels fets que aquí es donen per reproduïts) dins d'una nova estratègia defensiva a la qual ja s'ha fet referència, declaracions que foren després ratificades en la declaració prestada el 18 de gener de 1997 davant l'Hble. Batlle instructor, en la

qual, després de la preceptiva informació de drets i a presència del seu Advocat de confiança, que era en dita ocasió el mateix Sr. Jordi SEGURA COBO que el va patrocinar en les etapes posteriors de la causa i el va defensar en el judici i ara en el recurs, *"ratifica íntegrament la seva declaració llegida sense tenir res més per afegir o per modificar"*, contestant a les preguntes que li formula el seu citat Lletrat defensor, tal com consten en la declaració obrant en la causa.

Les diligències sumarians practicades sota presència judicial i del defensor, tenen un valor probatori *ad referendum*, que haurà de sotmetre al contrast del Judici Oral i d'elles se'n poden extreure sovint indicis valuosos que enllaçats i recolzats entre sí poden contribuir a la convicció judicial. Així, en el present cas, respecte del *"rumor"* o fama en el Principat en ordre a l'actuació professional del Dr. G.P., amb algunes pacients, i l'actuació del Col·legi de Metges d'Andorra (sent indiferent que fos en el 1996 o en el 1997), o respecte als testimoniatges indirectes de persones que no van conèixer els fets denunciats però que han manifestat haver sofert també elles mateixes abusos fa anys (encara que no els van denunciar) o, en fi, la dada d'indubtable importància de la testimoni que declara amb evident tatxa per haver estat despatxada pel processat a causa d'un apoderament de diners ocorregut quan treballava en la seva consulta. Similars consideracions procedeixen respecte de la relació d'amistat existent entre una denunciant (la Sra. A.T.) i la referida Sra. S.S. o el valor que el recurrent entén que el Tribunal no va donar a determinats testimonis proposats per la seva defensa. Una cosa és que el Tribunal fonamenti la seva sentència en una d'aquestes concretes actuacions sumarians, mancades de força persuasiva i de capacitat argumental per a atribuir la culpabilitat. Altra cosa molt diferent és que el Tribunal utilitzi aquelles proves -encara que només sigui com a indicis- juntament amb altres moltes, com ha succeït en el cas objecte del present recurs.

Si les diligències sumarians no estan intervingudes ni per l'Autoritat Judicial, ni per la fe del Secretari documentador ni està present el defensor, el seu valor probatori disminueix i pot minimitzar-se o diluir-se del tot, mancant de valor probatori per a fonamentar la condemna. El recurs tindria una fonamentació solida si la sentència es fonamentés exclusivament o principal en aquestes diligències policials o sumarians mancades de garanties. Però la sentència recorreguda s'ha dictat després d'un judici llarg, detingut, minuciós, amb múltiples proves, de confessió, testificals i pericials, practicades davant el Tribunal amb immediació i

contradicció de parts, de manera que el Tribunal ha disposat d'un veritable arsenal probatori per a poder formar correctament la seva convicció. I es sabut que les proves han de sotmetre's a la seva apreciació crítica una a una. Però finalment totes les proves, les de l'acusació i les de la defensa, no es compten ni es mesuren però si es "pesen" i contraposen unes a altres conforme al criteri modern de la "*persuasió racional*" o de la "*sana crítica*", per a concretar el "*saldo*" probatori en ordre a la culpabilitat o a la innocència. És precisament la correcció d'aquesta deducció, d'aquesta ponderació i d'aquesta lògica, la que queda sotmesa al control del recurs ordinari o extraordinari que sigui possible contra la sentència a fi de garantir que el raciocini i la conclusió probatòria de la sentència no sigui arbitrària ni il·lògica ni irracional, sinó ajustada a les citades exigències.

XI.- CONSIDERANT: que en quant a les restants al·legacions del recurrent: **a)** Pot cridar l'atenció que les denunciants, si es consideraven víctimes dels abusos després denunciats, no sol·licitessin auxili, si bé ressalten les parts acusadores que les funcions de secretaria del processat eren exercides per la seva esposa. **b)** Molt més sorprenent és la tardança en denunciar els fets; és sens dubte una circumstància que ha obligat a meditar, sobre tot si es posa en relació cronològica amb la dada i data de l'acomiadament de l'antiga secretària del processat. És sabut que en la recent jurisprudència sobre violació, davant l'absència de prova directa dels fets, una de les circumstàncies que es pondera és si la víctima va procedir a la denuncia immediata o molt seguida a la conclusió de l'atac sofert.

- El delicte existeix encara que es trigui en denunciar (jurídicament pot denunciar-se i perseguir-se mentre no prescrivui).

- La tardança en denunciar pot obeir a múltiples raons, molt diverses entre sí.

- Pot ser que al decidir-se una a formular la denuncia s'animin les altres.

En tot cas, el dubte que evidentment pot provocar en la consciència del Tribunal aquest fet no té en el present cas la suficient entitat com per enervar la certesa i convicció que produeix tot el conjunt de proves de càrrec, que consten en la causa legítimament adquirides, començant pel paladí reconeixement exprés dels fets pel processat en la seva declaració policial i sumarial a presència i amb intervenció del seu Lletrat defensor, confiant en poder aportar després la justificació científica d'aquells tocaments ja sigui com a pràctica terapèutica o com a mitja

de diagnòstic, justificació convincentment descartada pels perits que van dictaminar en el judici.

Fins i tot l'acceptació d'una condemna per imprudència, formulada amb caràcter subsidiari, deixa entreveure la realitat de la comissió dels fets i el temor comprensible que no pugui trobar-se justificació mèdica a la seva comissió. Hi ha una certa contradicció o incompatibilitat entre els dos plantejaments defensius, el principal ("no s'han comès els fets"; "els fets no són certs") i el subsidiari ("els fets s'han comès per imprudència al no advertir a les pacients de la seva realització"). És summament dubtós que els fets pels que ha estat acusat i condemnat el processat, si s'estimen produïts, puguin cometre's per imprudència. I molt discutible és també que la imprudència professional (que el processat recurrent està disposat a reconèixer en la seva actuació) pugui derivar del simple fet de no haver informat a les pacients sobre la necessitat o utilitat de sotmetre's als tocaments, ja que l'incompliment del deure mèdic de sol·licitar el consentiment del pacient (prèvia la seva informació) pot portar responsabilitats però no defineix sense més una actuació negligent o imprudent. En tot cas, interessa ressaltar que la contradicció i incompatibilitat d'aquella petició amb la formulada amb caràcter principal aporta un nou argument per a desestimar també el recurs amb els fonaments que s'acaben d'exposar així com la pretensió formulada amb caràcter subsidiari.

XII.- CONSIDERANT: que desestimant el recurs del processat Dr. GOUARRÉ PATTE procedeix examinar el formulat pel Ministeri Fiscal. Es plantegen en ell tres qüestions que donen lloc a les següents peticions: **a)** sol·licita que ha de suprimir-se del *factum* de la sentència l'expressió "*totes aquestes pacients tenien problemes depressius*", per entendre que no es correspon amb la prova practicada, no existint constància en autes ni havent-se practicat cap mena de prova acreditativa d'aquells problemes depressius, excepte en el cas de la denunciada Encarna M.V., que no va comparèixer en el judici pel que la sentència no condemna al processat en quant als abusos comesos sobre ella; **b)** sol·licita que es mantingui la pena d'inhabilitació professional establerta en la sentència per a l'exercici de la medicina a Andorra pel processat, al·legant "*perill de reincidència*"; **c)** sol·licita que s'augmenti la presó ferma al menys a tres anys dels cinc que imposa la sentència, degut a que per aplicació dels dos Decrets d'Indult el processat, encara que sigui condemnat, no arribarà a entrar a la presó.

a) D'acord amb el que ja s'ha raonat per a la impugnació del processat, el recurs no es dóna contra afirmacions dels resultants o considerants, sinó contra el fallo o part dispositiva de la sentència, donat que és la que produeix el gravamen necessari per a recórrer. En algunes Corts de Cassació europees els Tribunals de vegades "*integren el factum*" quan l'establert en la sentència no s'ajusta totalment a la resultància probatòria i quan aquella integració resulta necessària per a aplicar correctament la norma jurídica als fets. No és aquest el cas de l'expressió que el Ministeri Fiscal considera no ajustada a la resultància probatòria, per la qual cosa, i no tenint incidència directa en el fallo, procedeix desestimar la petició formulada mantenint inalterat el resultant de fets provats.

b) Desestimat el recurs interposat a nom del processat i confirmada la sentència, queda també confirmada la pena d'inhabilitació professional en els mateixos termes en els que ha estat imposada.

c) La pena imposada en la sentència -especialment en el que té de presó efectiva o ferma- li sembla insuficient al Mgfc. Ministeri Fiscal. Igualment és possible que pugui semblar excessiva ja que s'han produït condemnes per violació (l'atac més greu que es pot cometre contra la llibertat sexual de les persones) que en atenció a les circumstàncies s'han condemnat amb penes de sis anys de presó. És cert que en aquest cas els atacs o abusos sexuals han estat varis però encara així la pena de cinc anys establerta en la sentència, amb l'accessòria d'inhabilitació professional, és molt exemplar pel fi de la prevenció general i de la prevenció especial. El criteri punitiu del Tribunal sentenciador ha de considerar-se ponderat i proporcionat i per això no procedeix el seu agreujament. La circumstància que el condemnat es vegi afavorit pels dos últims Decrets d'Indult no pot prendre's com un argument per a agreujar la pena, ja que això seria tant com anar en contra del dret de gràcia que han considerat convenient concedir SS.EE. els Coprínceps d'Andorra en les ocasions que cada Decret indica. I no sembla molt exemplar agreujar la pena de presó ferma per a impedir que el condemnat es vegi afavorit per la gràcia que també a ell ha d'arribar. Pel que s'està en desestimar la primera i tercera de les peticions formulades en el recurs del Ministeri Fiscal, quedant igualment confirmada la sentència.

XIII.- CONSIDERANT: que donada la desestimació dels recursos procedeix imposar al processat recurrent el

pagament de les despeses processals corresponen al seu recurs, sent d'ofici les del recurs del Ministeri Fiscal.

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.- Desestimem el recurs interposat pel processat Dr. Gerard G.P., en la causa i rotlle al principi referits.

2.- Desestimem el recurs interposat en la mateixa causa i rotlle pel Magfc. Ministeri Fiscal.

3.- Confirmem íntegrament la sentència dictada pel M.I. Tribunal de Corts en data 17 de desembre de 1999 (que erròniament apareix datada com corresponen a l'any 1997) i les penes en ella imposades, sent d'aplicació al processat els beneficis dels Decrets d'Indult de SS.EE. els Coprínceps d'Andorra de 7 de setembre de 1997 i 7 de desembre de 1999.

4.- Imposem al processat les costes del recurs i declarem d'ofici les corresponents al del Ministeri Fiscal.

Manem que una vegada notificada la present sentència, la causa sigui retornada al Tribunal del que procedeix, amb certificació de la present sentència, per al seu compliment i execució.

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