

Núm. de Rotlle: TSJP 000095/2018

Núm. de Causa: 6000143/2018

SENTÈNCIA 15-2020

PARTS:

Apel·lants: Sr. E.A.

Advocat: Sr. Josep Antoni SILVESTRE CANOVAS

MINISTERI FISCAL

Apel·lat: Sr. G.S.S.

Advocat: Sr. Manuel PUJADAS DOMINGO

COMPOSICIÓ DEL TRIBUNAL:

President: Sr. Yves PICOD

Magistrades: Sra. Marie CONTE

Sra. Fàtima RAMIREZ SOUTO

Andorra la Vella, dinou de juny de dos mil vint.

En el recurs d'apel·lació interposat contra la sentència dictada per Tribunal de Corts, en data 28 de setembre de 2018, en la causa de referència, seguida per uns presumptes delictes majors de corrupció i tràfic d'influències comés per autoritat o funcionari, els components de la Sala Penal del Tribunal Superior de Justícia expressats al marge s'han constituït per a la vista i decisió, és ponent el **Sr. Yves PICOD**.

ANTECEDENTS DE FET

I.-RESULTANT: que per sentència dictada pel Tribunal de Corts en data 28 de setembre de 2018, es condemna a E.A., com a responsable penalment en concepte d'autor d'un delict major agreujat de corrupció, sense la concurrència de circumstàncies modificatives de la responsabilitat criminal, a la pena de DOTZE MESOS DE PRESÓ CONDICIONAL, amb un termini de suspensió de la condemna de quatre anys i al pagament de les despeses processals causades, no havent-hi lloc a exigir responsabilitat civil.

Per altra part, el Tribunal de Cors decideix absoldre E.A. del delict major de tràfic d'influències del que venia acusat.

II.-RESULTANT: que són fets provats i així és declara,

“que en data 26 de juliol del 2016 a les 11H45, el processat E.A. es va posar en contacte telefònic amb el Sr. G.S.S., Ministre d'Afers Exteriors del Govern, sol·licitant-li una reunió urgent, cosa que se li va facilitar vers les 12H30 d'aquell mateix dia.

En el decurs de la reunió, A. que ostentava el càrrec de Consol honorari xxx al Principat des de l'any 2001 i alhora era Director dels Hotels del G.C., va comunicar al Ministre que venia a títol personal i que cercava afavorir que la situació entre el Govern i els seus patrons, els germans C., es reconduís.

Precisà que els germans C. havien estat citats a declarar en qualitat d'imputats els següents dies, 27 i 28 de juliol, a conseqüència, entenia, de la querella interposada per Govern i en el marc d'un procediment penal per delict major de blanqueig de diners en el marc d'un establiment bancari (sumari núm. Delictes Majors 8000081/15, actualment Delictes Majors 6000173/16). Insistí en la necessitat d'arribar a un acord ja que altrament, anuncià que se'n derivarien conseqüències molt greus per Andorra.

El Ministre S. va respondre que era difícil arribar a un acord ja que el Govern havia decidit interposar una querella criminal únicament per a defensar l'interès públic i, trobant-se el cas judicialitzat, no era decisió del Govern que la Batlle cités a declarar els germans C. com a inculpats. No obstant, li precisà que exposaria al Cap de Govern el motiu de la seva visita.

Minuts després de finalitzar la reunió, i essent vers les 13h15 hores, el processat A. va comunicar telefònicament al Ministre S. que li faria arribar una proposta d'acord.

El mateix dia 26 de juliol va enviar a través de la xarxa whatsapp, al telèfon del Ministre S. uns missatges a través dels quals li demanava essencialment, la suspensió de les declaracions dels seus patrons i la seva desimputació urgent i li ofería a canvi, que aquests desistiren de les accions interposades contra el Govern d'Andorra i no revelarien la informació que assegurava, podia perjudicar el país .

Concretament, li envià els següents missatges :

Missatge - hora 14h45 "Hola G. Moltes gràcies per l'atenció que m'has prestat fa uns minuts. Li estic donant voltes a una proposta que pogués ser acceptable per tothom i que fos satisfactòria per Andorra i ens pogués tornar a tots poc a poc a la normalitat. No sé si m'equivoco agafant iniciatives però no em puc quedar de braços creuats. Crec que personalment tinc el deure de formular una proposta i, si em dones un bon imput, de fer el possible per convèncer als meus empleadors. Intentaré avançar molt ràpidament. El procés que proposo començaria per la suspensió de les declaracions previstes per demà i demà passat i la seva desimputació urgent i també en paral·lel i en sentit contrari amb la seva renúncia a comunicar sobre les causes, els testimonis i les proves de la intervenció del 10/03. Això es garantiria per acord verbal ja que les garanties de no acompliment podrien executar-se sempre (tornant a imputar als germans si ho desitgèssiu o divulgant les informacions per exemple). A continuació – en un termini ràpid de temps i amb un calendari convingut per tots – les parts haurien d'assolir l'abandó de tots els processos judicials (civils, penals, administratius). Les parts restarien obligades a partir del primer moment a mantenir secret sobre el procés i hauran de ser lleials a l'altra (no utilitzant ni les xarxes, ni la premsa, ni les relacions institucionals, personals, econòmiques o del tipus que siguin). L'aprofitament polític del pacte quedaria pendent d'una proposta per part vostra. Potser hi ha altres detalls que se m'escapen però tot és parlar-ne. Estic a la teva disposició.

Cordialment

E."

Missatge - hora 16h08

"He pogut parar la cosa fins les 17 hrs."

Missatge - hora 20h42

"Gràcies. 1er round salvat. Si puc ser d'utilitat estic al teu servei.

E."

III.-RESULTANT: que el Ministeri Fiscal formula recurs parcial contra la dita sentència :

Considera els fets com constitutius d'uns delictes majors de corrupció en el seu tipus agreujat i de tràfic d'influències comés per autoritat o funcionari tipificats respectivament als articles 381.2 i 386.1 i 3 del Codi Penal. Demana que s'imposi a

E.A. la pena de trenta mesos de presó, part condicional amb un termini de suspensió de la condemna de quatre anys, inhabilitació per al càrrec de cònsol honorari per un termini de cinc anys i el pagament de les despeses processals causades.

Precisa que el processat A. va actuar en la seva doble qualitat de Director dels hotels del G.C. i de Consol Honorari xxx. Posa ensems de manifest que el processat no podia ignorar, per raó de la seva formació i funció, el principi bàsic de la separació de poders, i no obstant, va mantenir la reunió amb el Ministre i li va enviar després els missatges que consten, amb una terminologia jurídica molt precisa, efectuant propostes concretes, a fi que el Govern exerceixi una influència sobre el poder judicial per tal que els seus patrons no haguessin de declarar. A canvi, va proposar l'abandó per part dels seus patrons, de les accions interposades contra el Govern i no difondre altra informació que podia perjudicar al principat.

Per altra part estima, contràriament al què es decideix en la sentència, que els fets són constitutius del delictes de tràfic d'influències tipificat a l'article 386.3 del Codi Penal, per quan A., en tant que Consol Honorari i per tant funcionari a efectes penals, de conformitat amb el que disposa l'article 32 del Codi Penal, influeix sobre l'autoritat, el Ministre Sr. S., amb prevalença de la seva condició de Consol Honorari, per aconseguir avantatges indeguts, injustos i il·legals. Estima que la sentència absolutòria té una concepció massa estricta del terme "*resolució*" emprat per l'article 386.3 del Codi Penal i contraria a la llei.

IV.-RESULTANT: que la defensa del recurrent indica que el Sr. A., com a consol honorari, mai va contactar al Sr. S. i tampoc va influir en el Sr. S. ni en les actuacions polítiques de Govern i el més important, mai el Sr. A. va sol·licitar que s'influenciés o es fes pressió en decisions judicials ni de cap altre tipus.

Reitera l'argument que el Sr. A. sempre va actuar a títol personal i amb voluntat de mediar i acostar les parts enfrontades, a saber els seus patrons Srs. C. i el Govern. Estima que la única finalitat de la reunió amb el ministre era intentar obrir un diàleg entre les parts en conflicte, el què en cap cas pot ser titllat de delictiu. En quant a la proposta d'actuacions feta via Whatsapp, remarca que es parla sempre d'una possibilitat de negociació, supeditada a la voluntat del Govern i dels Srs. C.; que el processat no va demanar al Govern ni al Sr. S., de fer una suspensió de les declaracions dels Srs. C. i menys encara una desimputació dels mateixos, la qual d'altra part era impossible que es pogués dur a terme, tenint en compte la independència de la justícia i que no és un afer que depengui de Govern; en relació a la retirada d'accions, indica que sí que és competència del Govern i com a tal, podia tractar el tema i escoltar el seus ciutadans i inclòs pactar amb els que té litigis oberts, sense que es tracti d'una actuació delictiva, i si la proposta versa sobre extrems que no estan en mans del Govern - doncs el Sr. A. no és advocat i desconeix el funcionament de la justícia - encara amb més motiu.

Precisa que els fets no són constitutius del tipus agreujat de corrupció de l'article 381.1 ja que el Sr. A. no pot ser considerat autoritat a efectes penals, ni funcionari; a més, indica que va quedar molt clar per part dels dos interlocutors, que la reunió es mantenia a demanda del Sr. A., a títol personal i no tenia caràcter oficial; que en cap cas el Sr. A. va utilitzar la seva condició de Consol Honorari.

Sobretot, sosté que no es dóna en el present cas avantatge indegut per quant per avantatge s'ha d'entendre un profit personal de tipus econòmic o avaluable econòmicament i aquest no és el cas ja que del que es tractava, era que les parts deixessin d'usar les eines legals que tenien al seu abast per dialogar; que a més, el que demana el Sr. A. no està a l'abast del Govern, pel que es tractaria en tot cas, d'una temptativa inidònia no punible; que l'únic que podia fer el Govern era retirar la querella interposada contra els Srs. C. i això és un acte de natura política, que podia adoptar el Consell de Ministres.

En quant al delicte de tràfic d'influències, sol·licita la confirmació de la sentència del Tribunal de Corts. Reitera que el Sr. A. va mantenir la reunió amb el Ministre d'Exteriors a títol personal tenint el telèfon del Ministre des de molt abans de ser consol honorari; el mateix ministre ha reconegut que es coneixien d'abans i no es pot presumir que el processat tenia el telèfon del Ministre per la seva condició de consol honorari; a més, diu que en aquesta qualitat, no li seria d'aplicació l'article 32 del Codi Penal ja que no té jurisdicció pròpia ni el nomena cap autoritat andorrana, essent el seu càrrec simplement honorífic; afegeix que tampoc existeix prevalença de les facultats inherents al càrrec o de qualsevol relació personal o jeràrquica ja que el Sr. A. no és ni el superior ni l'amic del Sr. S.; altrament, posa de manifest que aquest tipus és un delicte de resultat i és necessària que la influència sigui tal que s'aconsegueixi una resolució per part del funcionari o autoritat influïts i no és el cas.

V.- RESULTANT: que la defensa del Sr. S. no formula recurs contra la sentència del Tribunal de Corts.

FONAMENTS DE DRET

I. ELEMENTS CONSTITUTIUS DEL DELICTE DE CORRUPCIÓ DE TIPUS AGREUJAT

I.-CONSIDERANT: que el delicte de corrupció es troba tipificat, en el nostre Codi Penal a l'article 380 que disposa:

1.- *"L'autoritat o el funcionari que, en profit propi o d'un tercer, demani o rebi, personalment o per una persona interposada, avantatges indeguts o accepti un oferiment o una promesa amb la finalitat de realitzar o d'ometre un acte propi del seu càrrec, ha de ser*

castigat amb pena de presó de tres mesos a tres anys i inhabilitació per a l'exercici de càrrec públic de fins a sis anys.

2.- El particular que ofereixi, lliuri o prometi a l'autoritat o al funcionari, per al seu profit o el d'un tercer, avantatges indeguts amb la finalitat que realitzi un dels actes descrits a l'apartat anterior, ha de ser castigat amb pena de presó de fins a dos anys.

3.- Constitueix una circumstància atenuant de la responsabilitat criminal, que pot arribar a ser de significació especial, el fet que el particular denunciï davant l'autoritat l'acte de corrupció abans de conèixer l'inici d'una investigació”

El tipus agreujat es troba tipificat a l'article 381 del mateix text legal que disposa que :

1.- “L'autoritat o el funcionari que, en profit propi o d'un tercer, demani o rebí, personalment o per una persona interposada, avantatges indeguts o accepti un oferiment o una promesa per realitzar o per haver realitzat, en l'exercici del seu càrrec, una acció o omissió contrària a la seva funció, o per retardar tràmits, ha de ser castigat amb la pena de presó d'un a quatre anys i d'inhabilitació per a l'exercici de càrrec públic de fins a sis anys.

2.- El particular que ofereixi, lliuri o prometi a l'autoritat o al funcionari, per al seu profit o el d'un tercer, avantatges indeguts perquè realitzi un dels actes descrits a l'apartat anterior, ha de ser castigat amb pena de presó de tres mesos a tres anys i prohibició de contractar amb les administracions públiques per un període màxim de sis anys.”

El tipus bàsic és agreujat per quant l'acció o omissió que es pretén obtenir de l'autoritat o del funcionari no és pròpia del càrrec, com no ho és tampoc retardar tràmits, distingint-se els apartats 1 i 2 essencialment per raó del seu subjecte actiu, tractant-se de l'autoritat o funcionari en l'apartat primer i del particular en l'apartat segon.

II.-CONSIDERANT: que el bé jurídic protegit per aquests articles és, en els tipus bàsic i agreujat, el prestigi i la eficàcia de l'Administració Pública, la garantia de la probitat i de la imparcialitat dels seus funcionaris així com l'eficàcia del servei públic que els hi és encomanat.

En quant als elements constitutius de corrupció de tipus agreujat pel que ha sigut condemnat el Sr. A., convé precisar que el subjecte actiu és el particular, entès com a persona privada, no revestida de caràcter públic. En el present cas, tant el Ministeri Fiscal com la defensa del recurrent coincideixen en el fet que quan el Sr. A. mantingué la reunió amb el Ministre d'Exteriors Sr. S., ho va fer com a particular i no prevalent-se de la seva condició de Consol Honorari xxx.

Pel que fa a la conducta típica de l'article 381.2 de Codi penal, consisteix en oferir, lliurar o prometre a l'autoritat o funcionari, per al seu profit o pel d'un tercer,

avantatges indeguts, perquè realitzi, en l'exercici del seu càrrec, una acció o omissió contrària a la seva funció, o per retardar tràmits. Cal verificar si tots els requisits es troben reunits.

En primer lloc, la corrupció no té natura convencional, és a dir no suposa una relació bilateral entre un corruptor i un corromput. En efecte, es caracteritza per una manifestació unilateral de voluntat dirigida a l'autoritat o funcionari, podent ser l'oferiment o promesa expressos o tàcits, fets oralment o per escrit, personalment o a través de persona interposada, no requerint-se acord entre el particular i el funcionari.

En el present cas, consisteix en enviar després de l'entrevista, via Whatsapp, varis missatges, pels quals el Sr. A. demanà expressament al Ministre d'Exteriors, Sr. S., la realització d'uns actes molts concrets: la suspensió de les declaracions dels seus patrons Srs. C. en el marc del procés penal, així com la seva desimputació urgent. Naturalment, el Sr. S. no va acceptar aquesta proposició.

Es tracta d'una acció injusta i contrària a la seva funció, donat que el Sr. A. va demanar la intervenció del Ministre a favor d'un tercer, consistint a fer suspendre les declaracions en el marc d'un procés penal i de no respectar així la separació del poder judicial i del poder executiu. És cert que ha pensat ingènuament que el Sr. S., en la seva qualitat de Ministre d'Exteriors, podia intercedir per a que s'adoptés un acord del Consell de Ministres, però sabia, essent del món diplomàtic, que era un acte contrari a seva funció de ministre i injust, ho que és un requisit de la llei penal del tipus agreujat de l'article 381.2.

Com observa el Tribunal de Corts, quan el tipus penal exigeix que l'acció o omissió que es pretén efectuar l'autoritat o funcionari sigui *"en l'exercici del seu càrrec"*, no requereix que l'autoritat o funcionari a qui es dirigeix l'acció, sigui l'encarregat de l'acte que es pretén obtenir, essent suficient que el mateix pugui facilitar-lo, ho que correspon als fets d'autes.

En quant a la contraprestació, altre requisit legal, el delictes de corrupció, bàsic o agreujat, exigeix un avantatge indegut, de tot tipus, ofert pel corruptor o per un tercer. En el cas d'autes, el Sr. A. proposa al Sr. S. uns avantatges indeguts, malgrat que no siguin patrimonials, essent totalment immaterials -obligació d'abstenció - a la diferencia dels delictes típics de corrupció habituals que es manifesten a través d'una gratificació.

En el present cas, el Sr. A. ofereix al Govern *"en paral·lel i en sentit contrari amb la seva renúncia a comunicar sobre les causes, els testimonis i les proves de la intervenció del 10/3 (..) A continuació – en un termini de temps i amb un calendari convingut per tots – les parts haurien d'assolir l'abandó de tots els processos judicials (civils, penals, administratius)".* Així, proposa de no revelar-se fets relatius a la intervenció de BPA

que podrien segons ell, ser molt perjudicials pel país, així com la retirada, per part dels Srs. C., de totes les accions per ells interposades contra Govern. Aquesta estranya proposició, una mica surrealista, podia presentar malgrat tot un “*avantatge indegut*” pel Govern representat pel Sr. S.

A través d’una fonamentació del Tribunal de Corts perfectament construïda i molt pertinent, el Tribunal de Corts afegeix que no es pot prendre en consideració l’argument de la defensa segons la qual l’acte que es demanaria d’adoptar a l’autoritat seria aquí un acte de natura política i que aquest tipus d’acte hauria quedat despenalitzat amb la redacció actual de l’article 381.2 del Codi penal. En efecte, si bé el terme “*acte de natura política*” com el de “*acció i omissió injusta*” han desaparegut del redactat actual, no significa que hagin quedat despenalitzats sinó que al contrari, han quedat inclosos en la fórmula actual: “*acció o omissió contrària a la seva funció*”. Es tracta d’adequar el Codi penal andorrà als compromisos derivats dels convenis internacionals signats o ratificats pel Principat i complir amb les recomanacions dels Grups d’Estats contra la Corrupció (GRECO) del Consell d’Europa i adaptar la legislació penal als estàndards internacionals en matèria de lluita contra la corrupció, donat que els termes indicats han estat qualificats com imprecisos pel GRECO.

III.-CONSIDERANT: que si el delicte de corrupció suposa la intenció de provocar el compliment o el no-compliment d’un acte per part de l’agent públic, no es pot admetre en el cas d’altes l’absència de dol per part del recurrent.

En efecte, no podia ignorar el Sr. A. - tant per la seva formació com per la seva funció honorífica - que participava a una acció il·lícita, contrària a l’ordre públic i als interessos dels ciutadans i que, a més, l’acte sol·licitat era contrari a la funció de Sr. S.. No solament tenia una voluntat d’intercedir en una situació que li preocupava molt, però va tenir també la voluntat de comprometre l’autoritat a la que van dirigits. No importen tampoc els mòbils de l’actuació (aquí, salvar l’empresa dels seus patrons) per part del Sr. A.

IV.-CONSIDERANT: que, a títol subsidiari, la defensa pretén que es tractaria en tot cas d’una temptativa. Però, el delicte de corrupció és un delicte molt tipificat, que es presenta la particularitat de ser consumat des del moment que s’efectua l’oferiment, lliurament o promesa d’avantatges indeguts, sense que sigui necessària la seva acceptació ni la realització de l’acte delictiu demanat en contraprestació. Es tracta efectivament d’un delicte unilateral de mera activitat que es consuma amb el mer oferiment, lliurament o promesa, no sent necessària la producció de cap resultat material extern per a la seva consumació.

Per tant, tots els requisits de l’article 381.2 estan reunits.

II. ELEMENTS CONSTITUTIUS DEL DELICTE DE TRÀFIC D'INFLUÈNCIES.

V.-CONSIDERANT: que el delicte de tràfic d'influències, tipificat a l'article 386.1 i 3 del Codi Penal vigent al moment dels fets, castiga amb pena de presó de tres mesos a tres anys i inhabilitació per a l'exercici de càrrec públic de fins a sis anys, a l'autoritat o funcionari que influeixi, prevalent-se de les facultats inherents al seu càrrec o de qualsevol relació personal o jeràrquica, en una autoritat o en un funcionari, per aconseguir una resolució que pugui generar, directament o indirectament, un avantatge indegut per a ell o per a una tercera persona.

En el fets d'autes, així que ho demostra la sentència del Tribunal de Corts, no ha quedat provat que el Sr. A., en els fets objecte de judici, s'hagi prevalgut de la seva qualitat de consol honorari, tant ell mateix com el propi Ministre, asseguren que es coneixien d'abans d'ostentar cadascun d'ells les funcions o càrrec descrits, podent el Sr. A. disposar del telèfon del Ministre per altres raons que les de ser consol honorari xxx. A més, enlloc consta que el Sr. A., en demanar hora per entrevistar-se amb el Sr. S., ho fes altrament que a títol particular. No es pot deduir que actuava en qualitat de consol honorari xxx, aprofitant-se d'aquesta funció.

Per tant, no es d'aplicació l'article 386.3 del codi penal

No es troben tampoc reunits els requisits de l'article 386.1 que castiga el tràfic d'influències, quan el subjecte actiu és un particular que influeix en una autoritat o funcionari amb prevalença de qualsevol situació derivada de la seva relació personal, amb l'autoritat o el funcionari o un altre funcionari o autoritat per aconseguir una resolució que pugui generar, directament o indirectament, un avantatge indegut per a ella o per a una tercera persona.

En efecte, com ho menciona la decisió del Tribunal de Corts, la influència, pressió o predomini exercits, han de tenir com a finalitat, obtenir una "*resolució*" que pugui generar, directament o indirectament, un avantatge indegut per a ell o per a una tercera persona. Però s'ha d'entendre la noció jurídica de "*resolució*" com a acte de contingut decisorí que afecti el dret dels administrats o de la col·lectivitat en general.

En el cas d'autes, el Sr. S. - en qualitat de Ministre d'Afers Exteriors no podia dictar cap "*resolució*" en el sentit esmentat. Per tant, cal aprovar la sentència quan pronuncia l'absolució del Sr. E.A. del delicte de tràfic d'influències i decideix no admetre en conseqüència el recurs del Ministeri fiscal.

III. SANCIÓ PENAL

VI.-CONSIDERANT: que els fets declarats provats són doncs constitutius del delictes major agreujat de corrupció tipificat a l'article 381.2 del Codi penal, del que Eric A. n'és responsable en concepte d'autor, per haver realitzat personalment els fets punibles, de conformitat amb allò que disposen els articles 20 i 21 del Codi Penal.

VII.-CONSIDERANT: que no concorren en l'acusat circumstàncies modificatives de la responsabilitat penal i, a efectes de fixació de la pena i de conformitat amb el disposat de l'article 56 del Codi Penal.

Però hi ha que prendre en consideració l'absència d'ànim de lucre per part del Sr. A. en el fets d'autes. És cert que va actuar amb la voluntat constant de comprometre un ministre, però amb molta ingenuïtat, probablement angoixat per la situació dels seus patrons que li podia pertocar, i sense el mínim professionalisme habitual que manifesten els eventuais corruptors en aquestes situacions

La pena de presó prevista per l'article 381.2 essent de tres mesos a tres anys, una pena de sis mesos de presó condicional, amb un termini de suspensió de la condemna en quatre anys, seria més proporcionada que la pena d'un any condicional pronunciada, tenint en compte el context i també la manca d'antecedents del recurrent.

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

DECIDIM

- 1- CONFIRMAR la sentència del Tribunal de Corts de data 28 de setembre de 2018 en tots els seus extrems, salvat en quant a la pena pronunciada pel delictes major agreujat de corrupció, que queda fixada en SIS MESOS DE PRESÓ CONDICIONAL, amb un termini de suspensió de la condemna de quatre anys.
- 2- No fer especial pronunciació en matèria de costes processals.

Aquesta sentència és ferma i executiva.