

Núm. de Causa: 6000191/2016
Núm. de Rotlle: TSJP-0000053/2018

SENTÈNCIA 61-2018

PARTS:

Recurrent: Sra. C.R.B.
Advocada: Sra. S.B.M.

Recurrent: Sr. M.P.S.
Advocat: Sr. M.R.D.

Recurrent: MINISTERI FISCAL

COMPOSICIÓ DEL TRIBUNAL:

President: M. I. Sr. Yves PICOD
Magistrats: M. I. Sra. Marie CONTE
M. I. Sra. Fátima RAMÍREZ SOUTO

Andorra la Vella, vint de setembre de dos mil divuit.

En el recurs d'apel·lació interposat contra la sentència de data 23 de maig de 2018 dictada pel Tribunal de Corts en la causa de referència, seguida pels delictes menors d'exhibició de material pornogràfic a menor d'edat, de calumnies, d'injúries greus, els components de la Sala Penal Tribunal Superior de Justícia expressats al marge s'han constituït per a la vista i decisió, és ponent la **M. I. Sra. Fátima RAMÍREZ SOUTO**.

ANTECEDENTS DE FET

I-RESULTANT: que el Tribunal de Corts dictà sentència de data 23 de maig del 2018 amb la següent part dispositiva:

“Condemnar M.P.S. com a responsable penal en concepte d'autor, d'un delictes menor de calumnies i d'un delictes menor d'injúries greus, sense la concurrència de circumstàncies modificatives de la responsabilitat penal, a la pena de QUATRE MESOS DE PRESÓ CONDICIONAL, amb un termini de suspensió de

la pena d'un any, així com al pagament de les despeses processals causades, sense que hi hagi lloc a exigir responsabilitat civil.

Absoldre M.P.S. del delictes menor d'exhibició de material pornogràfic a menor d'edat del que venia acusat."

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

"SÓN FETS PROVATS i així es declara que d'ençà el cessament de la convivència amb la perjudicada C.R.B., al juliol de 2012, el processat M.P.S., nascut el dia 21 d'agost de 1966, de nacionalitat espanyola, i amb antecedents penals no computables a efectes de reincidència, hauria manifestat a terceres persones, inclòs a la filla menor d'ambdós, M., de 9 anys d'edat, enviant fins i tot e-mails a la perjudicada R., que aquesta darrera "es prengué la medicació que és una alcohòlica, retorçada, pertorbada, mala mare, bruixa, filla de puta, lladre, boja..."

Així mateix, en data 6 de novembre de 2.013, el processat P. manifestà a O. F.R. que R. era una drogoaddicta, i que feia un parell de setmanes que l'havia vist en un reservat del local nocturn XXX prenent cocaïna, anant molt beguda.

Tanmateix i en data 16 de desembre de 2.013, davant de la Sra. A.C.P., el processat P. digué a R. que "tenia mig cervell destrossat per la cocaïna i l'alcohol que es pren", mentre tots tres es trobaven a la ciutat de Terrassa (Espanya).

En data 12 de febrer de 2014, el processat M.P.S. mostrà a la seva filla menor d'edat M., una fotografia d'una dona completament despullada a sobre d'un llit, veient-se-li els genitals, i un vídeo d'una dona vomitant al lavabo -material que tenia guardat P. al seu ordinador i que ha estat aportat a la causa precisament per la seva defensa-, mentre el pare li deia a la nena que la dona de la foto i del vídeo era la seva mare, cosa que tot i no voler-s'ho creure aquesta era en realitat la mare de la menor, sense que consti cap altra fotografia en les actuacions, com tampoc que la nena hagués vist altres imatges de persona nua que no fos la seva mare."

III.-RESULTANT: que contra l'esmentada sentència interposà recurs d'apel·lació l'advocat el Ministeri fiscal que es dicti Sentència per la què, revocant-se la sentència i es condemni a M.P.S. com a autor responsable dels delictes menors d'exhibició de material pornogràfic a menor d'edat, de calúmnies i d'injúries greus, a la pena única de 10 mesos de presó condicional, amb un termini de suspensió de la condemna de 2 anys, i 2.000€ de multa, i al pagament de les despeses processals causades; i subsidiàriament, i pel cas que no es consideri constituït el tipus de l'article 157.1 del Codi Penal, condemnar al processat M.P.S. a la pena de 4 mesos d'arrest domiciliari condicional, amb un termini de suspensió de la pena de 2 anys, i al pagament de les despeses processals causades.

- De manera principal, formula recurs contra l'absolució dictada contra el processat P. en relació al delictes menor d'exhibició de material pornogràfic a menor d'edat del que venia acusat, per quant:

A) aquest tipus penal no preveu cap dol especial en relació a la finalitat de l'exhibició, del què en resulta que qualsevol exhibició de material pornogràfic a un menor resulta ésser constitutiu del delictes.

B) el bé jurídic protegit per aquest tipus delictiu és la moralitat del menor i la seva protecció, per tant qualsevol mostra de material pornogràfic ha d'ésser considerada delictiva.

C) la fotografia controvertida presa pel processat P., i que després va mostrar a la seva filla menor d'edat M., resulta clarament de caràcter pornogràfic.

Aquesta fotografia és d'exposició explícitament sexual, doncs suposa una visió clara dels genitals de la dona (no simplement el pubis) en una postura clarament sexual, el que és clarament pornogràfic.

El Diccionari de la Reial Acadèmia Espanyola de la Llengua, defineix la pornografia com *"la presentació oberta i crua del sexe que busca produir excitació"*.

Tanmateix, el Diccionari de la Llengua Catalana defineix aquest terme com *"En una obra literària, artística, etc., ús i descripció de termes i de situacions majoritàriament considerats com a obscens perquè ultra passen els límits de les convencions morals compartides"*.

Per consegüent, aquest terme s'utilitza per les descripcions per qualsevol mitjà (escrit, sonor, visual...) que siguin explícites en relació al sexe o als òrgans sexuals, buscant per aquesta via excitació del qui el rep: en el present cas, la fotografia mostrada a la menor és evidentment de caràcter pornogràfic, per mostrar de manera explícita els òrgans sexuals.

- resultaria incontrovertit que mostrar una imatge o una pel·lícula de caràcter pornogràfic a un impúber o a un nen, que per la seva edat i/o maduresa fisiològica no pot assolir cap tipus d'excitació sexual, seria no obstant clarament constitutiu de delictes pel sol fet de mostrar aquestes imatges que ultrapassen els límits de les convencions morals compartides.

-no formula recurs contra la decisió de condemnar al processat P. pels delictes menors de calúmnies i d'injúries greus per les quals venia acusat per aquest Ministeri Públic, però sí –de manera subsidiària- en relació a la pena imposada per aquests delictes.

- les disposicions de l'article 58.2.c del Codi Penal, essent ponderada i adequada la pena única pels tres delictes menors de 10 mesos de presó condicional, amb un termini de suspensió de la condemna de dos anys, i 2.000€ de multa.

- Subsidiàriament i pel cas que no sigui acollit el primer motiu de recurs, cal evidenciar que el Tribunal de Corts va imposar una pena única de quatre mesos de presó condicional, amb un termini de suspensió de la pena d'un any, al processat M.P.S., pels delictes menors de calúmnia i d'injúries greus. No obstant, el Codi Penal en relació a aquests dos tipus delictius preveu penes d'arrest, salvat pel que fa al delictes de calúmnia que esdevé delictes major, quan aquest es propaga amb publicitat, tenint llavors prevista una pena de presó de 3 mesos a 3 anys: en els altres casos, el delictes de calúmnia preveu també pena d'arrest.

-tenint en compte que no consta en autes que els fets constitutius del delict de calúmnia s'hagin propagat amb publicitat, la pena que hauria d'haver imposat el Tribunal de Corts, era una pena d'arrest, i no de presó.

- hagut compte les disposicions dels articles 172 i 174 del Codi Penal pel que fa a la pena i a la seva extensió, i donat els fets objecte de condemna, la pena que s'hauria d'imposar per aquests fets al processat M. P.S. seria la de 4 mesos d'arrest domiciliari condicional, amb un termini de suspensió de la pena de 2 anys.

IV.-RESULTANT: que contra l'esmentada sentència, al seu torn, interposà recurs d'apel·lació l'advocat defensor de M.P.S. sol·licitant la revocació de la sentència, declarant l'absolució del seu client i la condemna en costes de la part querellant, incloent els honoraris d'advocat en primera i segona instància.

Exposa que:

- en relació al delict de calúmnia que s'imputa al Sr. P. i a les manifestacions de la Sra. O.F., conforme el Sr. P. hauria proferit comentaris calumniosos envers la Sra. R., no són certs, sent íntima amiga de la Sra. R. i manifestament enemiga del Sr. P., com ella mateixa va confirmar en l'acte de la Vista Oral, on inicialment, va dir que no tenia res contra el Sr. P., per acabar dient que el Sr. P. era una mala persona i que havia tingut males experiències amb ell, no volent saber res d'ell mai més la Sra. F.

- va quedar confirmat a l'acte de la Vista Oral que la Sra. F. va tenir un problema greu amb el Sr. P., a conseqüència de la relació laboral que els va unir i que el Sr. P. va haver d'acomiar-la i, a partir d'aquell moment, la Sra. O. va manifestar un sentiment d'odi, animadversió i repulsa contra el Sr. P. que, clarament condicionen el que la Sra. F. pugui haver dit en autes.

-tot testimoni que declari en un procediment judicial, per tal que la seva declaració tingui una certa versemblança i credibilitat, ha de ser clarament imparcial, objectiu, sense relacions personals amb cap de les persones implicades i sense cap senti no compleix amb aquestes característiques, doncs és amiga íntima de la Sra. R. i enemiga manifesta del Sr. P., el que fa que el seu testimoniatge no valgui de cap manera i no es pugui tenir en compte pel Tribunal.

- hi ha una clara contradicció entre les manifestacions del Sr. P. i les de la Sra. F., havent manifestat el primer que va ser la primera la que va explicar que havia vist a la Sra. R. en unes condicions o altres a la discoteca "BUDA".

- el Sr. P. sempre ha estat uniforme i coherent en les dites manifestacions des d'un primer moment i això també s'ha de tenir en compte.

- el Tribunal de Corts no explica el què el porta a decidir que el Sr. P. ha comés el delict d'injúries i aquesta manca de motivació que, necessàriament, totes les resolucions judicials han de desenvolupar, ha de comportar, obligatòriament, la revocació de la Sentència.

-el Sr. P. sempre ha negat haver proferit insults a la querellant o a la seva família front la seva filla M.P.R.

-que la seva filla conviu majoritàriament amb la seva mare i quan anava a la psicòloga, anava totalment condicionada pel que diria la seva mare, la Sra. R.B., respecte a la qual té por de qualsevol reacció que la pugui neguitejar.

-el psicòleg Sr. A.C.F. ja ho deia en el seu informe de data 15 de juliol de 2016 (folis 171 i següents), quan se li qüestionava en relació al grau de veracitat de les afirmacions de la M., manifestant que aquesta té una necessitat apresada de desitjabilitat ("de quedar bé, de mostrar-se socialment agradable").

- el Sr. P. ha manifestat i reiterat en nombroses ocasions, que si alguna vegada havia manifestat alguna cosa envers terceres persones, ho havia fet provocat per les desacreditacions constants de la querellant i que sempre havia explicat situacions que ell havia viscut amb ella, concretament respecte a la qüestió de la drogoaddicció i de l'alcoholisme.

IV.-RESULTANT: que el Ministeri Fiscal es mostra d'acord amb el recurs interposat per l'acusació particular, deixant al criteri del Tribunal la petició d'augmentar la pena imposada en 5 mesos de presó condicional amb un termini de suspensió de 2 anys i 2.000 euros de multa, així com que es fixi la responsabilitat civil per danys morals en 8.000 euros.

Altrament, s'oposa al recurs interposat per la defensa del Sr. P. en entendre que pel que fa a la incorrecta valoració de la prova, en relació al delicte menor de calúmnies, que el mateix queda constituït i demostrat mercè a la declaració de la Sra. O.F.R., la qual malgrat ésser amiga de la querellant, va ésser escoltada en la Vista Oral de primera instància, i avaluat correctament el seu testimoniatge pel prisma dels principis d'immediació, oralitat i audiència propis de la vista oral de la causa, sense que de la seva declaració apareguessin motius o dubtes seriosos de la seva veracitat.

En relació al delicte menor d'injúries i en tot cas la sentència objecte de recurs no vulnera el dret a obtenir una resolució fonamentada en dret, tenint en compte el resultant primer de la mateixa, on s'exposen els fet que donen lloc a aquesta condemna.

V.- RESULTANT: que es modifiquen els fets declarats provats en els paràgrafs primer i segon de la sentència d'instància i es substitueixen pels següents:

"M.P.S., nascut el dia 21 d'agost de 1966, de nacionalitat espanyola, i amb antecedents penals no computables a efectes de reincidència cessà la convivència amb C.R.B. al juliol de 2012 no havent quedat provat que el processat hagués manifestat a terceres persones, inclòs a la filla menor d'ambdós, M., de 9 anys d'edat, enviant fins i tot e-mails a la perjudicada R., que aquesta darrera *"es prengué la medicació que és una alcohòlica, retorçada, pertorbada, mala mare, bruixa, filla de puta, lladre, boja..."*.

Així mateix, tampoc ha quedat acreditat que en data 6 de novembre de 2.013, el processat P. manifestà a O.F.R. que R. era una drogoaddicta, i que feia un parell de setmanes que l'havia vist en un reservat del local nocturn XXX prenent cocaïna, anant molt beguda.”

Es mantenen la resta dels fets declarats provats en la sentència

FONAMENTS DE DRET

RECURS DEL MINISTERI FISCAL Y DE C.R. B.

I.-CONSIDERANT: que el MINISTERI FISCAL i la representació lletrada de la Sra. C.R.B. impugnen l'absolució del Sr. M.P.S. del delictes d'exhibició de material pornogràfic a menor d'edat. Les dues acusacions utilitzen els mateixos arguments de impugnació i per això és procedent analitzar conjuntament els dos recursos.

Consideren els recurrents que la fotografia de la Sra. C.R.B. nua i ensenyant els genitals és pornografia perquè busca produir l'excitació sexual, amb independència de que no fos intenció del processat produir-la en la seva filla, element subjectiu que el MINISTERI FISCAL al·lega que no exigeix el delictes.

El Codi Penal no ens ofereix una definició del que ha de considerar-se pornografia, però d'acord amb la definició que d'aquesta expressió es fa en els diferents diccionaris de la llengua espanyola i catalana, podem concloure que es tot allò que desborda els límits del que és ètic, eròtic i estètic amb una clara i exclusiva finalitat de provocació o excitació sexual, constituint imatges obscenes o situacions impúdiques, en el sentit de que són contràries a la moral i costums socials imperants en una determinada societat en un moment concret.

Coincidint amb el criteri del Tribunal de Corts considerem que la imatge del cos nu d'una persona i dels seus genitals no integren el concepte de pornografia. Només si aquestes imatges incorporessin conductes sexuals explícites, com podrien ser les pràctiques masturbatòries o els accessos carnals per qualsevol via, podrien constituir material pornogràfic, el que no succeeix en el cas enjudiciat.

El delictes d'exhibició de material pornogràfic a menor d'edat el que protegeix és la seva indemnitat e intangibilitat sexual per a què pugui tenir un desenvolupament lliure de la seva personalitat, sense ingerències alienes als seus interessos que puguin afectar la seva formació moral i el seu benestar psíquic.

La fotografia de la Sra. C.R.B. nua i mostrant els seus genitals no té aptitud o capacitat per afectar el desenvolupament moral i psíquic de la seva

filla. La pertorbació emocional que va patir per la visualització de la fotografia i el vídeo –al que no s'atribueix cap connotació sexual-, com exposa el Tribunal de Corts, pot atribuir-se al fet de saber que la persona que apareixia en les imatges era la seva mare.

En relació a la inexistència d'una específica intenció del processat de provocar amb l'exhibició de la fotografia l'excitació sexual de la seva filla, hem de coincidir amb el MINISTERI FISCAL en què el delictes de l'article 186 del Codi Penal no exigeix un dolo específic o intenció en tal sentit i és suficient amb un dol genèric, amb la consciència i voluntat de que s'està exhibint material pornogràfic a un menor d'edat, qualsevol que fos la motivació última de la seva conducta

En el cas enjudiciat, tenint en compte que el caràcter pornogràfic de la fotografia constitueix, si més no, una qüestió controvertida, tampoc es podria considerar concorrent en el processat el dolo o consciència de què estava exhibint a la seva filla material pornogràfic.

La impugnació de l'absolució del delictes de d'exhibició de material pornogràfic a menor d'edat, per tot el que s'ha exposat, ha de ser desestimada.

La impugnació de les penes imposades subsidiàriament formulada pel MINISTERI FISCAL no es necessari analitzar-la pels motius que s'exposaran en el següent considerant.

RECURS DE M.P.S.

II.-CONSIDERANT: que la representació de M.P.S. impugna la seva condemna pels delictes menors d'injúries i calúmnies.

Respecte al delictes de calúmnies, considera el recurrent que si bé el Tribunal de Corts sustenta la condemna en la declaració de O.F. R. no ha tingut en compte l'existència d'un sentiment d'animadversió d'aquesta envers el processat clarament evidenciat en el judici que priva de credibilitat a les seves manifestacions. S'al·lega, per tant, l'error en la valoració de la declaració de la testimoni i la seva insuficiència per a constituir prova de càrrec en què sustentar la condemna.

El Tribunal de Corts considera acreditat que el processat imputà a la Sra. C.R.B. un delictes contra la salut pública per les manifestacions en aquest sentit de O.F.R, realitzades tant al judici con al sumari, però no explica les raons per les quals dona més credibilitat a la testimoni que al processat, qui negà haver-les realitzat.

Havent negat el processat haver dit a la testimoni que la Sra. R.L era una drogoaddicta i que la havia vist consumir cocaïna, s'haurien d'haver exposat les raons per les quals el Tribunal de Corts considera que els fets van passar com va relatar la testimoni i no el processat; especialment tenint en compte que la testimoni va fer palesa la seva animadversió envers el processat, manifestant que per culpa seva, en parlar malament d'ella, va

quedar fora de joc -referint-se a un negoci en el que havia de participar-, i dient que era una mala persona, que no el voldria trobar un altra vagada en la seva vida i que era un manipulador.

Davant de l'existència d'una evident causa d'incredibilitat subjectiva en la testimoni, en tenir motius per voler perjudicar el processat, s'haurien d'haver dit les raons per les quals, malgrat aquesta circumstància, el seu testimoni va resultar creïble al Tribunal de Corts, màxim quan és l'única prova en la que es sustenta la condemna, sense que constitueixi motivació suficient la persistència en la incriminació quan també el processat va ser persistent en negar els fets. L'absència de motivació sobre la credibilitat de la testimoni impedeix a la Sala revisar la correcció de la valoració probatòria per ignorar-la, sense que puguem en aquesta segona instància efectuar-la en perjudici del processat. Es tracta d'un dèficit de la motivació del resultat de la valoració de les proves.

Motivar la valoració de les proves és exposar les raons o motius per les quals s'arriba als fets provats a partir del seu contingut, i quan el contingut de les mateixes és contradictori s'ha d'explicar perquè es dona prevalença a unes proves sobre altres. I és que per poder valorar si la convicció judicial sobre els fets provats s'ha d'atendre a les raons exposades per l'òrgan judicial per a considerar-los acreditats i per això difícilment pot efectuar-se l'activitat revisora de la valoració probatòria quan el procés valoratiu no s'ha plasmat en la sentència, que és el que succeeix en aquest cas.

La manca de motivació del resultat de la valoració de les proves constitueix una font de lesió directa del principi de presumpció d'innocència, ja que no només es vulnera aquest principi quan es condemna sense proves de càrrec vàlides i quan l'argumentació que condueix de la prova al fet provat, per il·lògic o insuficient, no resulti raonable, sinó també quan no es motiva el resultat d'aquestes proves .

En aplicació de la doctrina exposada, no tenint la sentència de la necessària motivació fàctica s'ha de considerar que la condemna vulnera el principi de presumpció d'innocència de l'acusat i procedir a la seva absolució del delictes menor de calúmnies.

III.-CONSIDERANT: que respecte al delictes menor d'injúries concorre la falta de motivació de la condemna al·legada en el recurs perquè en aquest cas ni tant sols s'exposa en quina prova es sustenta que el processat va dir les expressions i paraules de menyspreu de la Sra. R.

Constitueix obligació del Tribunal jutgador deixar constància de la motivació fàctica, és a dir de les proves demostratives dels fets que s'afirmen sense que correspongui a l'òrgan revisor buscar en la causa els eventuais elements probatoris que s'han omès en la sentència. En aquest sentit, l'anàlisi de la suficiència de la prova per sustentar la condemna ha d'efectuar-se atenent la què ha estat presa en consideració pel jutgador

d'instància perquè es l'única forma de que la Sala pugui revisar si la motivació fàctica de la sentència es suficient i raonable.

La manca de motivació fàctica determina, tal com s'ha exposat en l'anterior considerant, una vulneració del principi de presumpció d'innocència i l'absolució del processat del delictes menor d'injúries pel qual va ser condemnat.

IV CONSIDERANT.- Que la sentència recorreguda ha de ser parcialment revocada, amb declaració d'ofici de les costes processals ja que ha estat estimat el recurs del condemnat i el recurs de l'Acusació Particular no es pot considerar ni infundat ni temerari.

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

DECISIÓ

La Sala Penal del Tribunal Superior de Justícia d'Andorra, en nom del poble andorrà, decideix:

1.- DESESTIMAR el recurs d'apel·lació interposat pel MINISTERI FISCAL i per la representació lletrada de C.R.B. i **ESTIMAR** el recurs d'apel·lació interposat per la representació lletrada de M.P.S.

2.- REVOCAR PARCIALMENT la sentència dictada pel Tribunal de Corts en data 23/5/2018 en la causa TC-6000191/2016 en el sentit d'ABSOLDRE a M.P.S. dels delictes menors de calúmnies e injúries pels quals ha estat condemnat amb declaració d'ofici de les costes causades en la primera instància.

3.- DECLARAR D'OFICI el pagament de les despeses processals causades pel recurs.

Aquesta sentència és ferma i executiva.

Manen que, una vegada notificada la present sentència a totes les parts, es retorni la causa al M. Il·ltre. Tribunal de Corts, amb certificació de la present Sentència, per al seu compliment i execució.

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

A handwritten signature in black ink, consisting of a series of loops and curves, positioned in the upper left quadrant of the page.