

---

[2003-7-RE](#)

**CAUSA 2003-7-RE**

**Número de registre: 244-2003. Recurs d'empara**

**SENTÈNCIA DEL 9 DE SETEMBRE DEL 2003**

---

**BOPA núm. 69, del 17 de setembre del 2003**

En nom del Poble Andorrà;

El Tribunal Constitucional;

Atès l'escrit presentat i registrat al Tribunal Constitucional el 14 de maig del 2003 per la representació processal del Sr. M. A. M. F. mitjançant el qual interposa recurs d'empara contra les sentències del 25 de novembre del 2002 i del 21 de març del 2003, dictades pel Tribunal de Corts i per la Sala Penal del Tribunal Superior de Justícia, respectivament, per haver-se produït una presumpta vulneració del dret a la presumpció d'innocència, del dret a la jurisdicció i del dret a obtenir una resolució fonamentada en dret, reconeguts a l'article 10 de la Constitució i atès que sol·licita al Tribunal Constitucional que dicti sentència declarant la vulneració dels drets fonamentals al·legats "atorgant-li l'empara sol·licitada, anul·lant aquelles resolucions i retrotraient les actuacions del procés fins al moment anterior de dictar-se la sentència del M.I. Tribunal Superior de Justícia, a fi que es dicti altra sentència en la qual no es produeixi la vulneració dels drets fonamentals del Sr. M. A. M. F.";

Vista la Constitució, especialment els articles 10, 41, 98 c) i 102 b);

---

Vista la Llei qualificada del Tribunal Constitucional, especialment el títol IV, capítol sisè;

Vist l'acte del Tribunal Constitucional del 30 de juny del 2003, que va admetre a tràmit el recurs d'empara interposat per la representació processal del Sr. M. A. M. F.;

Vistes les conclusions formulades, dintre de termini, per la representació processal del recurrent i pel Ministeri Fiscal;

Escollat l'informe del magistrat ponent, Sr. Miguel Ángel Aparicio Pérez;

## **Antecedents**

### Primer

Mitjançant sentència del 25 de novembre del 2002, el Tribunal de Corts va condemnar al Sr. M. A. M. F. com a responsable penalment, en concepte d'autor de cinc delictes majors, dos d'ells continuats, d'abusos deshonestos amb menors de dotze anys i amb prevalença d'autoritat o situació, sense la concurrència de circumstàncies modificatives de la responsabilitat penal, a la pena de quatre anys de presó ferma, a l'expulsió temporal per quinze anys i a la inhabilitació per exercir càrrecs o oficis relacionats amb menors durant deu anys, així com a indemnitzar a les víctimes.

### Segon

El 13 de desembre del 2002, la representació processal del recurrent, va interposar recurs d'apel·lació contra la sentència esmentada. El Ministeri Fiscal es va afegir més tard a aquest recurs demanant un augment de la pena. La Sala Penal del Tribunal Superior de Justícia, mitjançant sentència del 21 de març del 2003, va estimar parcialment els recursos d'apel·lació, modificant parcialment la sentència recorreguda únicament en el sentit de condemnar al Sr. M. A. M. F. a la pena de quatre anys de presó, dels quals dos anys fermes i la resta condicional, a l'expulsió definitiva del Principat i a la inhabilitació per exercir càrrecs o oficis relacionats amb menors. Confirmant les demés disposicions de la sentència recorreguda.

---

## Tercer

El 4 d'abril del 2003, la representació processal del Sr. M. A. M. F. va presentar un incident de nul·litat d'actuacions contra la sentència dictada pel Tribunal Superior de Justícia per una presumpta vulneració del dret a la presumpció d'innocència i del dret a obtenir una resolució fonamentada en dret.

El 24 d'abril del 2003, la Sala Penal del Tribunal Superior de Justícia va dictar un aute mitjançant el qual desestimava l'incident de nul·litat manifestant que “aquest incident de nul·litat no pot ser confós amb una tercera instància jurisdiccional tendint a la verificació o a la valoració de les proves”, i afegeix que aquesta Sala “ha valorat les proves de manera selectiva i detallada” i que ha motivat la seva resolució.

## Quart

El 14 de maig del 2003, la representació processal del Sr. M. A. M. F. va presentar un recurs d'empara contra les sentències del 25 de novembre del 2002 i del 21 de març del 2003, dictades pel Tribunal de Corts i per la Sala Penal del Tribunal Superior de Justícia, respectivament.

En el seu escrit, la representació processal del recurrent al·lega que el Tribunal de Corts i el Tribunal Superior de Justícia han vulnerat els seus drets a la presumpció d'innocència i a obtenir una decisió fonamentada en dret ja que durant tot el procés “ens trobem amb una clara manca probatòria sobre la culpabilitat del Sr. M., no existint la mínima prova sobre els suposats fets succeïts a les menors” i tampoc han exposat “els motius precisos per no absoldre ni inadmetre els fets i al·legacions esgrimides per aquesta representació per absoldre al Sr. M., així com tampoc els fets objectius emprats per condemnar-lo”. I afegeix que també se li ha vulnerat el dret a la jurisdicció en relació amb el principi d'igualtat perquè el Codi de procediment penal dóna als expulsats i als no expulsats un tracte discriminatori al impedir que els condemnats que han estat expulsats puguin obtenir els beneficis de semilibertat i llibertat condicional la qual cosa “implica un accés a la jurisdicció penal en una clara desigualtat (..) en no tenir accés als mateixos beneficis”.

També manifesta, pel que fa al recurs d'apel·lació reconvençional interposat pel Ministeri Fiscal sol·licitant un augment de la pena imposada, que “la llibertat i la decisió dels processats per interposar recurs es veu minvada per la possibilitat d'obtenir una sentència superior a la dictada pels tribunals inferiors, vulnerant a criteri d'aquesta part el que disposa l'article 10 de la Constitució Andorrana respecte del dret a la jurisdicció i a la defensa”.

---

Per acabar, el recurrent sol·licita al Tribunal Constitucional que dicti sentència declarant la vulneració dels drets fonamentals al·legats “atorgant-li l’empara sol·licitada, anul·lant aquelles resolucions i retrotraient les actuacions del procés fins al moment anterior de dictar-se la sentència del M.I. Tribunal Superior de Justícia, a fi que es dicti altra sentència en la qual no es produeixi la vulneració dels drets fonamentals del Sr. M. A. M. F.”.

Cinquè

El 3 de juny del 2003, el Ministeri Fiscal va presentar el seu informe mitjançant el qual recorda, una vegada més, que el recurrent pretén convertir el recurs d’empara constitucional en una instància cassacional o una tercera instància i manifesta que les resolucions recorregudes han estat “plenament raonades i fonamentades en dret, sense que es pugui apreciar en les mateixes vulneració del principi de presumpció d’innocència, ja que tal com resulta acreditat en les actuacions, en l’acte de judici oral es va produir nombrosa prova a càrrec contra el recurrent, valorada pel Tribunal sentenciador”.

També considera, en quant a la presumpta vulneració del dret a la jurisdicció en relació al principi d’igualtat, que l’execució de la sentència correspon al Tribunal de Corts “i que en qualsevol cas la mateixa vindria referida a una futurible i potencial vulneració del dret fonamental, la qual cosa no és actual i com a conseqüència de la seva potencialitat i incertesa no és susceptible de ser protegida en el marc del present procediment d’empara”. I estima, quant a la formulació del recurs d’apel·lació pel Ministeri Fiscal, que “aquesta regulació processal no es pot considerar de cap manera lesiva al dret fonamental a la jurisdicció i a la defensa, ja que és un dret atribuït per igual a totes les parts en el procés que no tan sols no vulnera aquest dret, sinó que el reafirma amb la possibilitat d’exercir-lo en la seva vessant del dret al recurs reconegut en l’article 10.2 in fine de la Constitució per al procés penal”.

Així doncs, el Ministeri Fiscal sol·licita la inadmissió a tràmit del recurs d’empara 2003-7-RE per manca manifesta de contingut constitucional de les pretensions del recurrent, de conformitat amb el que disposa l’article 37.2 de la Llei qualificada del Tribunal Constitucional.

Sisè

Mitjançant aute del 30 de juny del 2003, el Tribunal Constitucional va acordar admetre a tràmit el recurs d’empara 2003-7-RE i mitjançant providència de la mateixa data, es va trametre la causa a les parts perquè formulessin les al·legacions corresponents.

El 25 de juliol del 2003, la representació processal del Sr. M. A. M. F. va presentar un escrit de conclusions mitjançant el qual manifestava que “en la tramitació en l’incident de nul·litat interposat per davant del M. I. Tribunal Superior de Justícia, de data 4 d’abril de 2003, aquesta part va interessar davant del tribunal “a quo” la interposició del procediment incidental d’inconstitucionalitat, d’acord amb el que disposa la secció segona, capítol quart de la Llei qualificada del Tribunal Constitucional, en considerar inconstitucional la redacció de l’article 200 del Codi de Procediment Penal relatiu a la interposició de recurs reconvençional pel Ministeri Fiscal i els articles 227, 230 tercer paràgraf i 232 del mateix Codi, que impedeixin acollir-se als expulsats als beneficis de llibertat condicional i semilibertat, vulnerant, com ja s’ha dit, els drets fonamentals protegits per la Constitució del Principat d’Andorra. Lamentablement, el M.I. Tribunal Superior de Justícia no va acceptar la proposta d’interposició del procediment incidental d’inconstitucionalitat, motivant el present procediment d’empara”.

I afegeix que discrepa de les manifestacions formulades pel Ministeri Fiscal en el seu informe i insisteix sobre el fet que “Malgrat els beneficis penitenciaris afectin a l’execució de la pena, l’expulsió és acordada en virtut d’una sentència que estima imposar aquesta pena accessòria –article 37.4 del Codi Penal-, extrem aquest que va unit a la impossibilitat d’acollir-se als beneficis posteriors, però la causa de no poder-se gaudir el Sr. M. dels beneficis de semilibertat i llibertat condicional la trobem en la pròpia pena d’expulsió dictada pel M. I. Tribunal Superior de Justícia”.

També reitera substancialment tot allò que fou al·legat i argumentat en l’escrit d’interposició del recurs d’empara.

Per acabar, la representació processal del recurrent demana al Tribunal Constitucional que dicti sentència “en el sentit interessat a la demanda d’empara interposada”.

## Vuitè

El 25 de juliol del 2003, el Ministeri Fiscal va formular escrit de conclusions en què manifestava que de la lectura de l’article 100 de la Constitució, de l’article 5 de la Llei qualificada de la Justícia i dels articles 52 i següents de la Llei qualificada del Tribunal Constitucional, “es desprèn que la Llei o norma amb força de Llei ha d’ésser d’imprescindible aplicació per a la solució de la causa principal o d’algun incident substanciat en aquesta, i essent els preceptes quina inconstitucionalitat es pretén relatius a l’execució de les penes, que no a la seva imposició que va regulada pels articles 53 i següents del Codi Penal, no procedia a l’entendre d’aquest Ministeri Fiscal la interposició per part de l’òrgan jurisdiccional jutgador de la qüestió incidental d’inconstitucionalitat per no ésser els

---

preceptes de la Llei d'imprescindible aplicació al supòsit concret”.

També manifesta que “d’una banda que l’eventual vulneració del dret fonamental al·legada no és actual sinó potencial o futurible, i d’altra banda, que no s’han esgotat els recursos per davant els òrgans jurisdiccionals ordinaris en defensa del dret fonamental a la jurisdicció, tota vegada que el recurrent hauria d’haver sol·licitat per davant del President del M.I. Tribunal de Corts el benefici penitenciari si considerava que li era d’aplicació, denunciant a l’ensem la vulneració al dret fonamental per l’aplicació dels preceptes, ço que hagués permès la interposició de la qüestió d’inconstitucionalitat, i davant l’eventual resolució denegatòria que mantingués l’eventual vulneració del dret fonamental, gaudiria encara de recurs d’apel·lació o de l’incident de nul·litat d’actuacions previst a l’article 18 bis de la Llei Transitòria de Procediments Judicials”.

I afegeix que “certament es dona un tracte desigual al condemnat segons sigui expulsat o no, però aquest tracte desigual ve motivat per situacions desiguals, motiu pel quin no es pot considerar que la discriminació en la Llei no sigui raonada, ni proporcional, ni contrària al principi constitucional d’igualtat”.

Quant a la seva facultat d’interposar recurs d’apel·lació, el Ministeri Fiscal considera que no es vulnera el dret a la jurisdicció ja que amplia la possibilitat d’exercir el dret al recurs per al procés penal i “es mantenen indemnes els principis de proporcionalitat, d’igualtat d’armes entre les parts en el procés”.

Finalment, sol·licita al Tribunal Constitucional la desestimació de la demanda d’empara constitucional interposada pel recurrent.

## **Fonaments jurídics**

### **Primer**

Tal com el Ministeri Fiscal assenyala en el seu escrit, l’objecte d’aquest recurs d’empara es limita al possible dubte plantejat pel recurrent sobre la constitucionalitat de determinades normes del Codi de procediment penal, ja que en l’aute d’admissió a tràmit del 30 de juny passat, el Tribunal Constitucional ja va deixar fora d’aquest procediment l’al·legació sobre una pretesa lesió del dret a la presumpció d’innocència. I, com és obvi, per tal que aquests preceptes puguin ser tinguts en consideració en aquest recurs d’empara haurien d’haver generat, en la seva aplicació concreta en el cas actual, vulneracions directes als drets fonamentals del recurrent en empara.

---

Aquestes normes es refereixen a dos àmbits diferenciats: el primer (articles 227, 230, tercer paràgraf i 232 del Codi de procediment penal) comprèn els beneficis penitenciaris que, tot i ser possibles i generals per a qualsevol persona privada de llibertat, són exclosos, per contra (article 230), per als estrangers condemnats a la pena accessòria d'expulsió definitiva; el segon àmbit està, d'altra banda, referit a la previsió processal (article 200) en virtut de la qual el Ministeri Fiscal pot interposar un recurs reconvencional, després de la presentació de l'apel·lació per l'apel·lant, obrint d'aquesta manera la possibilitat de la reforma de la sentència a quo i un pronunciament més feixuc per a l'imputat. Aquests dos àmbits de previsió, que han incidit de manera directa en el procés que s'ha seguit contra el condemnat, podrien, segons el parer del recurrent -i en cap cas, segons el parer del Ministeri Fiscal- haver produït sengles lesions al seu dret a la jurisdicció a partir del moment que l'aplicació de normes presumptament inconstitucionals haurien conduït a la imposició d'una pena discriminatòria i a un vici processal previ d'indefensió per l'ús de poders exorbitants concedits al Ministeri Fiscal.

Cal, en conseqüència, contestar aquests dos interrogants tenint com a referència les al·legacions i/o consideracions efectuades tant pel Ministeri Fiscal com pel recurrent en empara.

## **Segon**

Pel que fa al primer àmbit, el Ministeri Fiscal realitza consideracions diverses d'ordre diferent. De manera inicial, afirma que el suggeriment que podria desprendre's del nostre aute d'admissió a tràmit sobre la interposició d'ofici per part del tribunal ordinari d'un incident d'inconstitucionalitat sobre els preceptes esmentats en aquest primer àmbit, per possible vulneració del dret a la no discriminació, no és jurídicament adequat. Segons el seu parer, la interposició d'aquest incident ni era procedent ni podia ser-ho, ja que els preceptes afectats no són d'aplicació imprescindible per a la solució del procés (articles 100 de la Constitució i 52 i següents de la Llei qualificada del Tribunal Constitucional). I no són d'aplicació imprescindible -si hem entès bé el seu argument- perquè aquestes normes no fan referència a les penes imposades (quatre anys de presó com a pena principal i expulsió definitiva com a pena accessòria) sinó que es refereixen al règim penitenciari de compliment de la pena principal; fase que no es troba integrada en les normes penals substantives sinó en les normes processals, les quals, a banda d'això, s'escapen de la competència del tribunal que ha de jutjar.

Considerem que aquest argument és inconsistent, per dues raons diferents, tot i que complementàries: en primer lloc, perquè s'ignora el principi bàsic i fonamental de la unitat inseparable de tot l'ordenament jurídic; i, en segon lloc, perquè s'escindeix i se separa el contingut material de la pena, amb tota la seva rellevància a efectes dels drets del condemnat, del seu contingut formal. La unitat de l'ordenament exigeix una interpretació sistemàtica del mateix ordenament i aquesta interpretació ens porta de manera directa a entendre la pena tant en el seu vessant de durada i contingut formal com en el de la seva durada i contingut real o potencialment

---

real: la pena que imposa un tribunal és la pena que materialment ha d'executar-se d'acord amb les modalitats pròpies que imposa tot l'ordenament jurídic en el seu conjunt. Com a conseqüència d'això, sembla raonable assenyalar que els preceptes relatius a les condicions processals de compliment de la condemna formen part de la pena mateixa i, en el nostre cas, eren susceptibles, en cas de dubte raonable sobre la seva adequació constitucional, de ser objecte de l'incident constitucional esmentat. Dit en termes recognoscibles socialment, una cosa és la pena imposada i una altra de molt diferent (i aquesta és la que posseeix una rellevància primordial sobre els drets del condemnat) que s'imposi, a més, la pena de compliment íntegre de la pena.

Tanmateix, com és evident, el fet que no s'hagi interposat un incident d'inconstitucionalitat no afecta en aquests moments l'objecte principal d'aquest recurs d'empara: el que cal resoldre és si el recurrent s'ha vist o no lesionat en el seu dret a un judici just i resolt conforme al principi constitucional de no-discriminació; i, d'una altra banda, si l'empara constitucional, instada en aquest moment, és el remei processal pertinent per reposar-lo en el dret constitucional potencialment vulnerat.

### **Tercer**

Pel que fa a la possible discriminació en la sentència per l'aplicació dels preceptes esmentats del Codi de procediment penal, hi ha dos arguments que, en principi, són contradictoris.

El primer, de caràcter estrictament sistemàtic, ens podria dur a afirmar el següent: en aplicació de l'ordenament processal i penal, els tribunals han condemnat el recurrent actual a una pena principal (presó per delictes majors) i a una pena accessòria (expulsió definitiva). No hi ha raons de cap tipus per pensar que cap d'aquestes dues penes, considerades per si mateixes, vulneren un dret constitucional: ambdues responen al principi de legalitat penal i ambdues es troben justificades. Ara bé, la pena accessòria, tant per la seva pròpia naturalesa com perquè així ho disposa l'ordenament, implica la incompatibilitat amb el fet que el condemnat estigui en llibertat dins el territori del Principat, tant si ha complert la pena principal com, i amb més raó, si no l'ha complert. La conseqüència és que ens trobem davant una pena especial (la suma d'una pena principal i d'una pena accessòria) que imposa, per la seva naturalesa pròpia, la necessitat del compliment íntegre de la pena principal. No existeix, en conseqüència, cap terme de comparació i, per això mateix, no es produeix cap vulneració del principi de no-discriminació per tractar-se d'un supòsit específic per a casos específics.

El segon, en canvi, ens portaria a conclusions diferents. Si introduïm les identitats pròpies de qualsevol procediment de comparació i comprovem que a subjectes diferents que cometin el mateix delictes se'ls poden imposar penes materials diferents, ja apareixen certes categories que ens haurien d'obligar a la ponderació entre béns constitucionals diferents. Caldria esbrinar, d'aquesta forma, si existeixen béns a protegir que justifiquin el tracte desigual o la limitació comparativa



---

corresponent del dret d'una persona: es podria, així, tenir en compte els antecedents personals, el caràcter especialment perillós de la conducta del subjecte, l'alarma social o, com diu la Convenció europea dels drets humans, les necessitats d'una societat democràtica, etc. No sembla que aquestes siguin les raons de la diferència: en el nostre cas, la diferència no resideix en elements personals o socials sinó senzillament en la condició civil, externa, per definició, a la seva dignitat com a persona (article 4 de la Constitució); en definitiva, resideix en la condició d'estranger. És aquest un element de ponderació suficient per legitimar un tracte desigual en la pena -i no per la condemna d'expulsió, completament legítima, sinó per les seves conseqüències-? Sens dubte, apareixen elements en aquest extrem d'un alt grau de complicació tecnicojurídica, perquè no es tracta tant d'arribar a una contestació negativa (a part d'això bastant evident) als termes en què s'acaba de plantejar el problema, com a una contestació creativa de com hauria de fer-se compatible la pena d'expulsió definitiva amb el principi d'igualtat de tracte. Això, sens dubte, és obra del legislador.

Per contra, aquesta no és la comesa d'aquest Tribunal. Un cop entesa la pena en el seu contingut material, com observàvem anteriorment, la seva modulació travessa fases temporals diverses. I una d'elles és la que el Codi de procediment penal mateix (article 230) assenyala per la sol·licitud dels beneficis penitenciaris, que consisteix a haver complert les dues terceres parts de la pena de presó ferma per a la possible concessió de la semilibertat i les cinc sisenes parts per a la llibertat; terminis que, segons sembla, no s'han complert. Malgrat allò que indica el recurrent en empara, quan afirma que aquests beneficis no poden sol·licitar-se perquè ho impedeix la llei, hem de recordar, no obstant això que, d'acord amb l'article 23 de la Constitució, el dret de petició és un dret fonamental.

Per tot això, i dins el marc de les consideracions anteriors, té raó el Ministeri Fiscal quan afirma que aquest recurs d'empara és prematur per no haver-se esgotat les vies jurídiques possibles, abans d'arribar a aquest recurs, per tal de veure satisfet el dret de no-discriminació en la condemna que s'invoca.

## **Quart**

El segon àmbit de qüestions ens duu a la consideració de si l'article 200 del Codi de procediment penal vulnera el dret a la jurisdicció quan atorga al Ministeri Fiscal la legitimació activa per interposar apel·lacions reconvençionals. Es tracta, com sembla evident, de denunciar un possible supòsit normatiu en el qual s'amagaria una legitimació inconstitucional de la reformatio in peius.

El Ministeri Fiscal també recorda, encara que referint-se al supòsit general, que aquest Tribunal Constitucional pot controlar la constitucionalitat de les normes amb rang de llei a través de procediments diversos (dictamen previ, recurs directe i incident d'inconstitucionalitat), mentre que el recurs d'empara està reservat "a l'examen del supòsit concret d'afectació dels drets fonaments d'un subjecte per part dels poders públics". Això és totalment exacte, tot i que no hauríem d'oblidar el doble caràcter del dret fonamental: el dret subjectiu individualitzat pel mandat de la Constitució i

---

aquest mateix mandat de la Constitució en forma de norma ius fonamental. Per tant, la protecció dels drets subjectius fonamentals posseeix també aquest doble caràcter i aquesta dualitat és la que ens ha permès d'efectuar les consideracions anteriors.

No obstant això, en l'aspecte que ara ens ocupa, només és rellevant el vessant subjectiu del dret: s'ha produït o no una reformatio in peius com a conseqüència de l'actuació del Ministeri Fiscal? La resposta només pot ser negativa: la pena principal ha estat substancialment rebaixada i sobre el contingut de la pena accessòria ja s'han fet les precisions pertinents.

Per tant, tampoc aquest motiu del recurs d'empara pot ser contestat positivament.

En virtut dels extrems continguts en els fonaments jurídics anteriors, hem de desestimar les pretensions formulades en la demanda.

#### **DECISIÓ:**

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

#### **HA DECIDIT:**

Primer

Desestimar el recurs d'empara interposat per la representació processal del Sr. M. A. M. F. contra les sentències del 25 de novembre del 2002 i del 21 de març del 2003, dictades pel Tribunal de Corts i per la Sala Penal del Tribunal Superior de Justícia, respectivament.

Segon

Publicar aquesta sentència, d'acord amb el que disposa l'article 5 de la Llei qualificada del Tribunal

I així, per aquesta sentència nostra, que ha de ser notificada a la representació processal del Sr. M. A. M. F., al president del Tribunal de Corts, al president del Tribunal Superior de Justícia i al Ministeri Fiscal, ho pronunciem, manem i signem a Andorra la Vella, el 9 de setembre del 2003.

Miguel Herrero de Miñón

Philippe Ardant

President

Vicepresident

Miguel Ángel Aparicio Pérez Pere Vilanova Trias

Magistrat

Magistrat