

---

## [2012-15-RE](#)

### **CAUSA 2012-15-RE**

Aute del Tribunal Constitucional del 5-11-2012 relatiu al recurs d'empara 2012-15-RE

**Número de registre 288-2012. Recurs d'empara**

**Aute del 5 de novembre del 2012**

---

### **BOPA núm. 56, del 14 de novembre del 2012**

En nom del Poble Andorrà;

El Tribunal Constitucional;

Atès l'escrit presentat i registrat al Tribunal Constitucional, el 8 de juny del 2012, per la representació processal del Sr. Kaj Anker Juhl Nielsen, mitjançant el qual interposa un recurs d'empara contra la sentència del 30 de gener del 2012, dictada pel Tribunal de Corts, contra la sentència del 25 d'abril del mateix any i contra l'aute del 21 de maig també d'aquest mateix any, dictats per la Sala Penal del Tribunal Superior de Justícia per una presumpta vulneració dels drets a la jurisdicció, a la defensa, a obtenir una decisió fonamentada en Dret i a un procés degut, reconeguts a l'article 10 de la Constitució i atès que demana al Tribunal Constitucional que dicti una resolució que atorgui l'empara sol·licitada, que declari la lesió dels drets esmentats, que declari la nul·litat de la part de les resolucions impugnades que imposen al recurrent la pena complementària d'abstenir-se d'entrar en piscines i centres d'esbarjo durant un període de 4 anys. Així mateix, sol·licita la suspensió dels efectes de les resolucions objecte de recurs mentre no es resolgui aquest recurs d'empara pel greu perjudici ocasionat en la persona del recurrent;

Vista la Constitució, especialment els articles 10, 41, 88 i 98 c);

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

Vist l'informe del Ministeri Fiscal del 6 de juliol del 2012;

Escoltat l'informe del magistrat ponent, Sr. Juan Antonio Ortega Díaz-Ambrona;

### **Antecedents**

---

## Primer

El 30 de gener del 2012, el Tribunal de Corts va condemnar el Sr. Kaj Anker Juhl Nielsen com a responsable penalment en concepte d'autor d'un delict major d'abús sexual a un menor de 14 anys, sense la concurrència de circumstàncies modificatives de la responsabilitat penal, a la pena d'un any i mig de presó condicional qualificada, a la prohibició d'entrar en contacte amb el menor afectat, així com a la d'abstenir-se d'entrar en piscines i centres d'esbarjo durant un període de 4 anys, amb un termini de suspensió de la pena d'un període de 4 anys, com també al pagament de les despeses processals causades.

## Segon

El condemnat va presentar un recurs d'apel·lació en què demanava que es revoqués la sentència del Tribunal de Corts en el sentit, de forma principal, d'absoldre el processat, subsidiàriament, d'imposar-li una pena màxima de 5 mesos de presó condicional qualificada a la prohibició d'entrar en contacte amb el menor afectat, encara més subsidiàriament, que la restricció d'entrada a un centre d'esbarjo fos únicament al centre esportiu d'Escaldes-Engordany i, subsidiàriament encara, que el processat pogués entrar als centres esportius comunals d'Ordino, d'Encamp i al centre termolúdic Caldea.

El 25 d'abril del 2012, la Sala Penal del Tribunal Superior de Justícia va desestimar aquest recurs i va confirmar íntegrament la sentència de la primera instància.

## Tercer

La defensa del Sr. Kaj Anker Juhl Nielsen va interposar un incident de nul·litat d'actuacions per tal com va considerar que la sentència del 25 d'abril del 2012 esmentada havia vulnerat els seus drets a la jurisdicció, a la defensa, a obtenir una decisió fonamentada en Dret i a un procés degut, reconeguts a l'article 10 de la Constitució "consistent en el fet que s'imposi la pena complementària de prohibició d'entrar en piscines i centres d'esbarjo durant un període de 4 anys".

En el seu escrit sosté que el Tribunal Superior de Justícia no va respondre a la seva argumentació i no va tenir en compte que, d'una banda, la mesura recorreguda no està prevista en les penes complementàries de l'article 38 del Codi penal i, d'altra banda, que la prohibició de freqüentar piscines o centres d'esbarjo vulnera el dret a la protecció de la salut, recollit a l'article 30 de la Constitució.

## Quart

El 21 de maig del 2012, la Sala Penal del Tribunal Superior de Justícia va desestimar íntegrament aquest incident de nul·litat d'actuacions, per tal com va considerar, substancialment, que les vulneracions dels drets fonamentals al·legades eren inexistents.

## Cinquè

El 8 de juny del 2012, la representació processal del Sr. Kaj Anker Juhl Nielsen, va interposar un recurs d'empara contra la sentència del 30 de gener del 2012, dictada pel Tribunal de Corts, contra la sentència del 25 d'abril del mateix any i contra l'aute del 21 de maig també d'aquest mateix any, dictats per la Sala Penal del Tribunal Superior de Justícia per una presumpta vulneració dels drets a la jurisdicció, a la defensa, a obtenir una decisió fonamentada en Dret i a un procés degut,

---

reconeguts a l'article 10 de la Constitució.

Tot i que en primera i en segona instància aquesta part havia discutit la culpabilitat del recurrent, defensat la seva innocència i sol·licitat l'absolució de tots els càrrecs que se li imputaven, considera que no ha d'entrar a discutir la condemna a un any i mig de presó condicional qualificada a la prohibició d'entrar en contacte amb el menor afectat, amb el termini de suspensió de 4 anys, ja que aquesta pena està recollida a l'article 38.3 del Codi penal en el marc de les penes complementàries als delictes.

Ara bé, pel que fa a la pena complementària genèrica d'abstenir-se d'entrar en piscines i centres d'esbarjo durant 4 anys, la part recurrent considera que vulnera els seus drets fonamentals.

D'una banda, aquesta pena no està establerta a l'article 38 citat; d'altra banda, si bé l'article 62.1 e) del mateix Codi recull la possibilitat, en el marc de la suspensió condicional qualificada de les penes, que el tribunal pugui imposar al condemnat l'obligació d'abstenir-se "d'assistir a llocs públics determinats", no sembla ajustat a Dret que substitueixi el concepte "d'assistir" pel "d'entrar", ni que substitueixi la determinació que comporta "llocs públics determinats" per la generalitat establerta pels tribunals ordinaris, condemnant el recurrent a entrar en tot tipus de piscines i centres d'esbarjo del Principat d'Andorra durant un període de 4 anys.

Segons el parer d'aquesta part, la condemna complementària esmentada no reuneix els requisits necessaris de seguretat, de determinació i de concreció típics i indispensables del dret penal que permetin al recurrent saber allò que pot fer i allò que no pot fer, ja que l'expressió "centre d'esbarjo" és massa genèrica i pot designar qualsevol lloc.

En definitiva, d'acord amb l'article 2 del Codi penal no es pot imposar una pena o mesura de seguretat que no estigui prevista per una llei anterior a la comissió de la infracció.

Afegeix que aquesta prohibició també vulneraria el dret a la protecció de la salut, establert a l'article 30 de la Constitució, ja que el recurrent es veuria privat d'entrar en qualsevol centre esportiu, cosa que amb el clima d'Andorra no és negligible. Aquesta pena esdevindria inclús més gravosa que la pena principal. Fins i tot els reclusos poden dur a terme activitats esportives en el gimnàs del Centre Penitenciari.

Per acabar, demana al Tribunal Constitucional que dicti una resolució que atorgui l'empara sol·licitada, que declari la lesió dels drets esmentats, que declari la nul·litat de la part de les resolucions impugnades que imposen al recurrent la pena complementària d'abstenir-se d'entrar en piscines i centres d'esbarjo durant un període de 4 anys. Així mateix, sol·licita la suspensió dels efectes de les resolucions objecte de recurs mentre no es resolgui aquest recurs d'empara pel greu perjudici ocasionat en la persona del recurrent.

Sisè

El 6 de juliol del 2012, el Ministeri Fiscal va presentar un informe mitjançant el qual demana la inadmissió a tràmit d'aquest recurs d'empara pel fet de no tenir contingut constitucional (article 37.2 de la Llei qualificada del Tribunal Constitucional).

El Ministeri Fiscal considera que les al·legacions del recurrent en empara són una reiteració d'aquelles que ja va formular davant la jurisdicció penal tendents a produir una nova valoració de la prova. No obstant això, destaca que el recurrent introdueix una nova argumentació en relació amb el

---

contingut de la mesura que condiciona la seva llibertat i que consisteix en entrar en piscines i centres d'esbarjo durant 4 anys (article 62.1 e) del Codi penal). El recurrent confon les penes complementàries (article 38 del Codi esmentat) i les obligacions que puguin condicionar la suspensió de les penes privatives o restrictives de llibertat (article 62 del mateix Codi).

El Ministeri Fiscal esmenta que el recurrent no havia dubtat fins ara del significat del concepte "centre d'esbarjo", tot i així aquest punt hagués pogut fer l'objecte d'un recurs d'aclariment davant els tribunals ordinaris.

En definitiva, la nova argumentació esmentada haurà de ser exclosa d'aquest recurs d'empara.

Pel que fa a la invocació de la vulneració del conjunt dels drets reconeguts a l'article 10 de la Constitució, el Ministeri Fiscal retreu que el recurrent no ha concretat quin dels vessants del dret genèric a la jurisdicció ha estat vulnerat, com tampoc determina en què haurien consistit aquestes vulneracions.

De fet, considera que no hi ha res en les actuacions que justifiqui les vulneracions al·legades, no hi ha mancances en les diligències practicades i les resolucions impugnades s'han pronunciat en relació amb tots els punts de la causa, després d'efectuar una acurada valoració de les proves practicades.

El Ministeri Fiscal reitera la naturalesa i la funció del recurs d'empara insistint en què no es tracta d'un recurs d'apel·lació o de cassació destinat a modificar la doctrina i les valoracions dels tribunals ordinaris.

Per acabar, i pel que fa a la invocació del recurrent de la vulneració del seu dret a la protecció de la salut, reconegut a l'article 30 de la Constitució, a banda de recordar que no es troba en els capítols III i IV del títol II de la Constitució, o sigui que no és un dret emparable mitjançant aquest procediment, precisa que aquest dret no inclou el dret de freqüentar les piscines o els centres esportius i, molt menys, quan aquest pretès dret col·lideix amb el dret a la integritat sexual dels menors.

## **Fonaments jurídics**

### **Primer**

El recurrent sol·licita en empara que s'anul·li la pena complementària d'abstenir-se d'entrar en piscines i centres d'esbarjo durant un termini de 4 anys. Entén que aquesta pena complementària és genèrica i contrària als drets consagrats a l'article 10 de la Constitució, a un procés "degut", al dret a la defensa i a la jurisdicció.

El recurrent reconeix que, segons la interpretació del Tribunal Superior de Justícia, l'article 62.1 e) del Codi penal admet la possibilitat que el tribunal imposi al condemnat l'abstenció "d'assistir a llocs públics determinats". Però argumenta que no és igual abstenir-se d'assistir, que abstenir-se d'entrar, que és allò que diu la condemna; i així mateix que la prohibició referida a piscines i llocs d'esbarjo és molt genèrica, produeix indefensió i inseguretat. Afegeix que el condemnat no pot saber on pot entrar i on no. El recurrent es pregunta si no pot accedir a una zona lúdica, però sí al gimnàs; si pot, o no pot, entrar a veure una pel·lícula de cine; si no pot entrar a una piscina, però sí usar instal·lacions esportives externes per jugar a pàdel o esquaix; si pot entrar a jugar un partit de futbol o de bàsquet, però no pot entrar en els vestuaris, etc.

---

Plantejada en aquests termes, la qüestió que ha de ser examinada per aquest Tribunal, és abans de res, si s'han acomplert els requisits d'admissibilitat i si es plantegen qüestions constitucionals.

Segon

Pel que fa a l'admissibilitat formal, s'ha de tenir en compte que l'argumentació sobre el caràcter genèric i imprecís de la prohibició, tal com s'acaba d'exposar en el fonament anterior, no es va plantejar en el recurs d'apel·lació davant el Tribunal Superior de Justícia. Per aquest motiu, aquell Tribunal no la va poder conèixer ni va poder pronunciar-se al respecte. El recurrent va sol·licitar aleshores, sense posar en dubte el significat o el concepte de "centre d'esbarjo", que la prohibició només li fos aplicable al centre esportiu d'Escaldes-Engordany, però no als centres esportius d'Ordino, d'Encamp ni al centre termolúdic de Caldea. Aquesta petició va ser rebutjada pel Tribunal Superior de Justícia, per tal com es va considerar que "l'obligació imposada pel Tribunal de Corts està perfectament adaptada a la necessitat de prevenir la reiteració dels fets". També recordava que la prohibició no era una pena complementària, sinó una mesura combinada amb la suspensió de l'aplicació de la pena privativa de llibertat, l'efectivitat de la qual es condicionava a l'acompliment d'aquesta prohibició.

En el subsegüent recurs de nul·litat d'actuacions tampoc es troba l'argumentació desenvolupada en el recurs d'empara actual. El recurrent no planteja en l'incident de nul·litat d'actuacions que l'obligació imposada, de no entrar en "centres d'esbarjo", sigui genèrica o imprecisa. En realitat, centra la seva impugnació de nul·litat d'actuacions en què la mesura de seguretat adoptada no està prevista en l'article 38 del Codi penal. I a aquest argument -i no a un altre- respon l'aute desestimatori del 21 de maig del 2012 -com ja va fer la sentència pronunciada en apel·lació- mantenint que el recurrent confon les penes complementàries, a les quals es refereix l'article 38 del Codi penal, amb la possibilitat d'imposar l'obligació, d'entrar en certs llocs públics, prevista a l'article 62 d'aquest mateix Codi, no en el 38.

Per tot això, és pot dir que el recurrent suscita davant el Tribunal Superior de Justícia, en els seus recursos d'apel·lació i de nul·litat, qüestions de legalitat ordinària. Altrament dit: no ha plantejat davant la jurisdicció ordinària la qüestió de fons, allò que ara esgrimeix i argumenta en el recurs d'empara. Això suposa una irregularitat, ja que d'acord amb el sistema constitucional vigent, la protecció dels drets i de les llibertats constitucionals està encomanada, abans de res, als tribunals ordinaris (art. 41 de la Constitució) i només correspon al Tribunal Constitucional emparar el seu exercici "com a instància jurisdiccional superior" (art. 85 de la Llei qualificada del Tribunal Constitucional). D'aquesta manera, s'assegura que la pretensió plantejada en empara hagi pogut ser anteriorment examinada i jutjada pels jutges o tribunals ordinaris. Així s'entén l'exigència d'un incident previ de nul·litat d'actuacions, en els casos d'al·legació d'una vulneració de l'article 10 de la Constitució. En aquest incident de nul·litat d'actuacions s'ha de plantejar la qüestió constitucional que es vol suscitar en empara. I això és així fins a tal punt que, d'acord amb l'article 88.2 de la Llei qualificada d'aquest Tribunal "No s'admet cap recurs d'empara que modifiqui el contingut de la pretensió de protecció del dret o drets plantejada en el procediment urgent i preferent anterior", en aquest cas l'incident de nul·litat d'actuacions.

Tercer

L'objecció a l'admissibilitat que s'acaba d'exposar, per si mateixa seriosa i clara, podria no suposar un impediment infranquejable per conèixer del fons si, almenys, es pogués detectar una vulneració clara i evident d'un dret de contingut constitucional, tot i que no hagués estat abordat de manera explícita en el text de l'incident previ de nul·litat, però sí de manera implícita o tàcita.

---

Tanmateix, aquest no és el supòsit que s'examina: interpretar si la prohibició "d'assistir" a un lloc equival o no a la prohibició "d'entrar" en aquest lloc és –com a màxim- una qüestió de legalitat ordinària que no correspon dilucidar al Tribunal Constitucional, ja que sinó actuaria com un tribunal de cassació.

D'altra banda, si l'expressió utilitzada pel Tribunal de Corts per prohibir al recurrent entrar en "piscines i centres d'esbarjo" li resulta obscura, insegura o indeterminada i suscita aquests dubtes –retòrics o no– que al final, s'expressen en el recurs d'empara, seria procedent que fossin resolts o aclarits davant el tribunal sentenciador mateix. Efectivament, correspon al Tribunal de Corts mateix vetllar per l'execució correcta de la seva sentència. Aquesta via d'aclariment o de precisió davant el tribunal sentenciador no sembla ni tan sols haver-se intentat i pertany igualment a l'àmbit de la legalitat ordinària. Només en cas que el tribunal sentenciador refusi aclarir les vies d'execució correctes de la seva sentència es podria entrar a conèixer possibles vulneracions constitucionals que permetessin pronunciar-se a aquest Tribunal.

Finalment, és clar i obvi que el dret a la salut de l'article 30 de la Constitució invocat, no es troba entre aquells drets que són susceptibles d'empara d'acord amb l'article 41 de la Constitució.

En virtut d'allò que acabem d'exposar i en aplicació de l'article 37.2 de la Llei qualificada d'aquest Tribunal, és procedent declarar la inadmissibilitat d'aquest recurs d'empara per manca manifesta de contingut constitucional.

Per tot el que s'ha exposat,

El Tribunal Constitucional del Principat d'Andorra,

## **DECIDEIX:**

Primer

No admetre a tràmit el recurs d'empara 2012-15-RE interposat per la representació processal del Sr. Kaj Anker Juhl Nielsen contra la sentència del 30 de gener del 2012, dictada pel Tribunal de Corts, contra la sentència del 25 d'abril del mateix any, i contra l'aute del 21 de maig també d'aquest mateix any, dictats per la Sala Penal del Tribunal Superior de Justícia.

Segon

Notificar aquest aute a la representació processal del recurrent, al president del Tribunal de Corts, al president del Tribunal Superior de Justícia i al Ministeri Fiscal.

Tercer

Publicar aquest aute, d'acord amb el que disposa l'article 5 de la Llei qualificada del Tribunal Constitucional, al Butlletí Oficial del Principat d'Andorra.

Acordat a Andorra la Vella, el 5 de novembre del 2012.

Juan A. Ortega Díaz-Ambrona Laurence Burgorgue-Larsen

President

---

Vicepresidenta

Carles Viver Pi-Sunyer

Pierre Subra de Bieusses

Magistrat

Magistrat