
[2012-24-RE](#)

CAUSA 2012-24-RE

Aute del Tribunal Constitucional del 5-2-2013 relatiu al recurs d'empara 2012-24-RE

Número de registre 529-2012. Recurs d'empara

Aute del 5 de febrer del 2013

BOPA núm. 10, del 20 de febrer del 2013

En nom del Poble Andorrà;

El Tribunal Constitucional;

Atès l'escrit presentat i registrat al Tribunal Constitucional, el 16 de novembre del 2012, per la representació processal del Sr. Jesús María Zalacain Iturrioz, mitjançant el qual interposa un recurs d'empara contra els autes del 13 de setembre del 2012 i del 25 d'octubre del mateix any, dictats per la Sala Penal del Tribunal Superior de Justícia per una presumpta vulneració del dret a la jurisdicció, reconegut a l'article 10 de la Constitució i "del dret" a la igualtat, reconegut a l'article 6 de la Constitució i atès que demana al Tribunal Constitucional que admeti a tràmit aquest recurs d'empara, que dicti una resolució que estimi les vulneracions al·legades, que deixi sense efecte les resolucions objecte de recurs i "en conseqüència es declari, la extinció, o que no conforme a dret la pena imposada al meu representat d'expulsió definitiva del Principat, per haver vulnerat el dret a la igualtat reconegut en l'article 6 de la Constitució principalment, i també l'article 6 de la Convenció Europea dels Drets de l'Home i altres de pertinent aplicació, i endemés declari la inconstitucionalitat de l'article 38,4 del Codi Penal Andorrà";

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 7 de desembre del 2012;

Escoltat l'informe de la magistrada ponent, Sra. Laurence Burgorgue-Larsen;

Antecedents

Primer

Per sentència del 21 de febrer del 2002, el Tribunal de Corts va condemnar el Sr. Jesús María

Zalacain Iturrioz, com a autor d'un delict major de port il·legal d'arma prohibida, a la pena d'1 any de presó ferma, a l'expulsió definitiva del Principat, i al pagament d'una multa de 1.051,00 euros i de les despeses processals.

Aquesta sentència va ser notificada al condemnat mitjançant la seva publicació per edicte, publicat al BOPA, el 24 de febrer del 2002.

Segon

El 7 de març del 2012, la sentència va ser notificada personalment al Sr. Jesús María Zalacain Iturrioz, el qual va renunciar al recurs d'audiència al rebel, per tant, la sentència, va esdevenir ferma. En aquesta mateixa data, mitjançant aute, el Tribunal de Corts va aplicar dos indults a la condemna.

Seguidament, la representació processal del Sr. Jesús María Zalacain Iturrioz va presentar un escrit en què demanava l'extinció de la pena d'expulsió definitiva del Principat.

Tercer

El 30 de març del 2012, el Tribunal de Corts va dictar un aute en què no acceptava aquesta petició.

Quart

La representació processal del Sr. Jesús María Zalacain Iturrioz va interposar un recurs d'apel·lació contra aquesta decisió i, el 13 de setembre del 2012, la Sala Penal del Tribunal Superior de Justícia el va desestimar.

Substancialment, la Sala Penal del Tribunal Superior de Justícia va considerar que la sentència era ferma i que la pena d'expulsió era una pena complementària, la qual no es podia recórrer. Per fonamentar que no hi havia cap discriminació o desigualtat, citava la jurisprudència constitucional en la matèria, segons la qual el principi d'igualtat no és absolut, sinó relatiu i suposa una igualtat proporcional entre persones que es troben en una mateixa situació.

Cinquè

La representació processal del Sr. Jesús María Zalacain Iturrioz va presentar, aleshores, un incident de nul·litat d'actuacions contra aquest darrer aute en què al·legava la vulneració del principi d'igualtat, reconegut per la Constitució.

Sisè

El 25 d'octubre del 2012, la Sala Penal del Tribunal Superior de Justícia va desestimar aquest incident de nul·litat d'actuacions.

Setè

El 16 de novembre del 2012, la representació processal del Sr. Jesús María Zalacain Iturrioz va interposar un recurs d'empara, contra els autes del 13 de setembre del 2012 i del 25 d'octubre del mateix any, dictats per la Sala Penal del Tribunal Superior de Justícia per una presumpta vulneració del dret a la jurisdicció, reconegut a l'article 10 de la Constitució i "del dret" a la igualtat, reconegut a l'article 6 de la Constitució.

En primer lloc, aquesta part manifesta que l'article 38.4 del Codi penal contravé la Constitució, ja que vulnera el principi d'igualtat. Segons el seu parer, no és comprensible que a una persona estrangera se la pugui expulsar "in secula seculorum" i a un andorrà no se'l pugui expulsar.

Destaca que es va optar per no interposar un recurs d'audiència, atesa la jurisprudència del Tribunal de Corts en què en altres casos similars, si bé es va rebaixar la pena d'expulsió, es va augmentar la pena de presó. La part recurrent cita la sentència en qüestió i conclou que "Tenint en compte el paral·lelisme dels fets" no es comprèn que a una persona amb antecedents penals al seu país d'origen i que porta dues armes se li imposi pel mateix delictes, una pena inicialment de 10 anys d'expulsió, i al recurrent actual en empara, amb el port d'una sola arma i sense antecedents penals se l'expulsi de manera definitiva.

En segon lloc, pel que fa a la interpretació efectuada pel Tribunal Constitucional en relació amb el principi d'igualtat, convé demanar-se en quin lloc queden els principis i les declaracions del nostre ordenament jurídic sobre la rehabilitació i la reinserció. En aquest sentit, aquesta part es remet a l'exposició de motius del Codi penal, a la Constitució i als textos internacionals, com ara la Declaració dels Drets Humans.

Considera que la imposició d'una pena d'expulsió definitiva, quan s'ha condemnat a 1 any de presó i a una multa de 1.051,00 euros és desproporcionada i contrària a la Constitució i a les lleis, ja que es tracta d'una pena de per vida.

Per fonamentar els seus raonaments, la part recurrent cita diversa jurisprudència de la Sala Administrativa del Tribunal Superior de Justícia en matèria d'expulsions administratives i destaca que aquesta Sala va creure convenient declarar que caldria plantejar una acció d'inconstitucionalitat sobre aquest punt.

Així mateix, conclou que tots els delictes i totes les penes tenen un termini de prescripció (excepte el genocidi i la lesa humanitat) salvat l'anomenada pena complementària d'expulsió definitiva, cosa que és contrària als principis més elementals del Dret.

Per acabar, demana al Tribunal Constitucional que admeti a tràmit aquest recurs d'empara, que dicti una resolució que estimi les vulneracions al·legades, que deixi sense efecte les resolucions objecte de recurs i "en conseqüència es declari, la extinció, o que no conforme a dret la pena imposada al meu representat d'expulsió definitiva del Principat, per haver vulnerat el dret a la igualtat reconegut en l'article 6 de la Constitució principalment, i també l'article 6 de la Convenció Europea dels Drets de l'Home i altres de pertinent aplicació, i endemés declari la inconstitucionalitat de l'article 38,4 del Codi Penal Andorrà."

Vuitè

El 7 de desembre del 2012, el Ministeri Fiscal va presentar un informe en què demanava la inadmissió a tràmit d'aquest recurs d'empara, d'acord amb les disposicions de l'article 94 de la Llei qualificada del Tribunal Constitucional.

Efectivament, el recurrent no va esgotar tots els remeis jurisdiccionals al seu abast per a la defensa del seu dret, ja que no va formular el recurs d'audiència al rebel contra la decisió del Tribunal de Corts, ni posteriorment un recurs d'apel·lació davant la Sala Penal del Tribunal Superior de Justícia contra l'eventual decisió denegatòria del Tribunal de Corts. En aquest sentit, s'ha pronunciat reiterades vegades el Tribunal Constitucional (veg. causes 2001-3-RE, 2006-13-RE i 2010-31-RE).

Subsidiàriament, el Ministeri Fiscal destaca que la pena d'expulsió del Principat no és una mesura de seguretat, sinó una pena anomenada complementària (en l'antic Codi penal vigent en el moment de la producció dels fets s'anomenava accessòria). Tanmateix, s'ha d'aplicar la norma penal prèvia sense que es pugui considerar la inconstitucionalitat de la norma per trencament del principi d'igualtat en fase d'execució de la resolució condemnatòria, quan aquesta mateixa decisió condemnatòria no ha estat objecte d'impugnació.

Destaca igualment, que el recurrent no ha de confondre la jurisprudència de la Sala Administrativa en matèria d'expulsions governatives amb l'aplicació de les penes expressament previstes per la Llei i com a conseqüència d'expulsions judicials.

Així mateix, el Ministeri Fiscal recorda que el principi d'igualtat no es troba reconegut entre aquells que poden ser objecte d'un recurs d'empara, d'acord amb les disposicions de l'article 41 de la Constitució. Destacant, a més en aquesta causa, que el recurrent no considera l'existència del trencament del principi d'igualtat en aplicació de la Llei per part de la Sala Penal del Tribunal Superior de Justícia, sinó que valora l'existència d'aquest trencament en la Llei mateixa.

Fonaments jurídics

Primer

Per tal com va ser condemnat a la pena d'1 any de presó ferma, al pagament d'una multa de 1.051,00 euros i a l'expulsió definitiva del Principat per la comissió d'un delictes major de port il·legal d'arma prohibida, el recurrent –de nacionalitat espanyola- recorre per la via de l'empara constitucional la severitat d'aquesta darrera condemna pronunciada per les jurisdiccions penals d'Andorra. En aquest context, reconeix de manera expressa, haver renunciat a emprar les vies que li haguessin permès impugnar la seva condemna. El recurrent fonamenta el seu recurs d'empara al voltant tant del caràcter desproporcionat (ja que el considera radical) com del caràcter discriminatori (ja que només s'aplica als estrangers) de la pena d'expulsió definitiva. De fet, amb aquesta finalitat es recolza més en l'article 6 de la Constitució que en l'article 10 de la Constitució com a tal.

Segon

El primer punt important sobre el qual aquest Tribunal ha de pronunciar-se és la qüestió de la renúncia, expressa i deliberada, a una via de recurs que li hagués permès discutir la pena que considerava desproporcionada i discriminatòria.

Qualsevol persona pot, voluntàriament, renunciar a les garanties establertes en l'article 10 de la Constitució que reconeixen el dret al recurs davant una jurisdicció en general (apartat 1) i l'exercici d'un recurs en el marc d'un procediment penal en particular (apartat 2 in fine), supòsit de la causa que estem examinant. Una renúncia d'aquest tipus, ja sigui expressa o ja sigui tàcita, no ha de ser equívoca. És el cas en aquesta causa. No tan sols el Tribunal de Corts va registrar la renúncia expressa del recurrent (veg. resultant II de l'aute del 7 de març del 2012 del Tribunal de Corts i resultant II de l'aute del 30 de març del 2012 del mateix Tribunal), sinó que, a més, el recurrent mateix en el seu escrit de recurs d'empara explicita les raons precises per les quals va optar per no presentar un recurs d'audiència. Concretament, invoca precedents judicials que demostrarien que els jutjaments posteriors resolent els recursos d'audiència serien sistemàticament més severos, en particular, sobre el pronunciament de les penes de presó (veg. punt setè dels antecedents d'aquest aute). Per tal com no va voler arriscar-se a que la seva pena d'empresonament fos superior i, eventualment, la multa també, va decidir renunciar al seu dret al recurs.

Una tria com aquesta té conseqüències jurídiques molt clares que condicionen la validesa ulterior del recurs d'empara. Efectivament, d'acord amb l'article 94.2 de la Llei qualificada del Tribunal Constitucional, la presentació d'aquesta via de recurs implica obligatòriament l'esgotament previ de les vies de recurs davant la jurisdicció ordinària. Pel fet de renunciar de manera expressa i no equívoca –per motius que no entrarem a discutir aquí– al recurs d'audiència, aquest recurs d'empara no compleix les condicions necessàries per l'examen de la seva admissió a tràmit.

A aquest element, del qual deriva la declaració de la inadmissibilitat a tràmit de la demanda del recurrent, convé afegir-ne un segon. El Tribunal Constitucional ha de recordar que la invocació de l'article 6 de la Constitució, que estableix tant el principi d'igualtat davant la llei (article 6.1 primera frase) i la interdicció de les discriminacions (mateix article segona frase) no és procedent en aquesta causa. D'acord amb l'article 85 de la Llei qualificada del Tribunal Constitucional, aquest Tribunal només pot protegir "els drets reconeguts als capítols III i IV del títol II de la Constitució, salvat l'article 22". Ara bé, l'article 6 esmentat forma part del capítol I (Principis generals) del títol II (Dels drets i llibertats) i, per tant, no és susceptible, com a tal, de ser invocat directament per fonamentar un recurs d'empara.

A partir d'aquí, totes les consideracions que fan referència a la discriminació entre nacionals i estrangers en el marc de la posada en pràctica d'una expulsió no són procedents. Efectivament, a més de ser inoperants in casu (pel fet de l'exclusió de l'article 6 del camp d'aplicació del recurs d'empara) són igualment errònies. Les societats democràtiques que estableixen diferències de tractament entre els nacionals i els estrangers són nombroses en el marc del manteniment de l'ordre públic. Com a mesura d'allunyament del territori nacional, l'expulsió, per definició, només pot tenir com a objectiu els estrangers. En aquest sentit, la concepció del dret andorrà en relació amb aquesta mesura és conforme a la majoria dels ordres jurídics contemporanis.

Per tot el que s'ha exposat,

El Tribunal Constitucional del Principat d'Andorra,

DECIDEIX:

Primer

No admetre a tràmit el recurs d'empara 2012-24-RE interposat per la representació processal del Sr. Jesús María Zalacain Iturrioz contra els autes del 13 de setembre del 2012 i del 25 d'octubre del 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 febrer del 2013.

Juan A. Ortega Díaz-Ambrona Laurence Burgorgue-Larsen

President

Vicepresidenta

Carles Viver Pi-Sunyer Pierre Subra de Bieusses

Magistrat

Magistrat