

-*-

SENTÈNCIA 13-02 DE 17 DE JUNY DE 2002

Ponent: M.I. Sra. Marie CONTE

ANTECEDENTS DE FET

I.-RESULTANT: Que el Tribunal de Corts va dictar sentència de data 23 de febrer de 2001, en la causa núm. 91-3/00, amb la següent Part dispositiva: "Fallem: Que hem de condemnar i condemnem a l'acusat Domingo L.A. com a responsable penalment en el concepte d'autor d'un delictes major d'homicidi i d'un delictes menor de realització d'actes que atemptin contra la dignitat, amb la concurrència en el delictes d'homicidi de les circumstàncies agreujants de crueltat, abús de superioritat i nocturnitat, a la pena de 16 anys de presó ferma i expulsió definitiva del Principat.

- Que hem de condemnar i condemnem a l'acusat Sergio R.L., com a responsable penalment en el concepte d'autor d'un delictes major d'omissió del deure de socors, d'un delictes menor de realització d'actes que atemptin contra la dignitat i d'una contravenció penal de lesions, amb la concurrència de les circumstàncies atenuants de menor de vint-i-un anys d'edat i anàloga de penediment i col·laboració amb les autoritats, a la pena de 5 anys de presó ferma.

- Condemnem a ambdós acusats al pagament de les despeses processals causades i també condemnem a l'acusat Domingo L.A. a indemnitzar a la senyora Maria Eugènia R.R. en la quantitat de 5.000.000 de pessetes, al senyor Gonzalo D.P. en la quantitat de 5.000.000 de pessetes, a la senyora Natàlia R.A. en la quantitat de 3.000.000 de pessetes i a Ivan D.R. en la quantitat de 1.500.000 de pessetes."

II.-RESULTANT: Que la sentència es recolza en els següents fets provats: "els acusats Domingo L.A., nascut el dia 19 de setembre de 1977, i Sergi R.L., nascut el dia 9 de desembre de 1979, ambdós de nacionalitat espanyola i sense antecedents penals, es trobaren vers les 15,30 hores del dia 13 d'abril de 2000 i passaren junts tota la tarda i nit, acudint a diversos locals de diversió on consumiren

algunes begudes alcohòliques, en quantitat que no consta acreditada.

Aproximadament vers les 3 hores de la matinada del dia 14, els dos acusats es dirigiren a la discoteca "Mort qui t'ha mort" d'Escaldes-Engordany si bé no hi entraren perquè a l'acusat Domingo L.A. li fou negada l'entrada pel motiu d'anar vestit amb un pantalon de xandall, quedant-se ambdós a l'exterior de dita discoteca fins a l'hora del seu tancament, les 3,30 hores sense haver-se produït cap incident amb els porters de la discoteca.

Seguidament, havent decidit els acusats tornar a casa seva, es dirigiren caminant vers l'avinguda Carlemany passant pel carrer Sant Antoni on es trobaren amb en Francesc L. i en Nuno Miguel R.A., aquest de 17, als qui coneixien de vista i coneixedors els acusats de la condició d'homosexual d'en Nuno Miguel, l'increparen amb expressions tals com "maricon" i "moña", dient-li en Nuno Miguel a l'acusat Sergio R.L. que tenia el nas molt gran i que ningú li deia res per això, i per fer befa de la condició d'homosexual d'en Nuno Miguel, l'acusat Sergio R.L. va agafar una flor d'una jardinera i li va oferir a en Nuno dient-li "esto es para ti bonita" i seguidament, posant-se a quatre potes, es col·locà la flor al cul dient-li a en Nuno que "li fes una flor". En Francesc L. i en Nuno Miguel demanaren als acusats que els deixessin tranquils i seguiren el seu camí.

Els acusats seguiren caminant pel carrer Sant Antoni fins a l'avinguda Carlemany on, a l'alçada de l'Hotel Canut, s'aturaren per tal de fer autostop en direcció a Encamp per anar als seus domicilis. Des d'allí pocs moments després van veure que en Nuno Miguel R.A. sortia caminant del carrer Sant Antoni i creuava l'avinguda Carlemany, caminant per la voravia contraria i en direcció a Andorra la Vella, decidint els acusats anar-lo a cercar, tallant-li el pas quan en Nuno ja s'endinsava al carreró existent darrera de l'establiment "Residència Cava Benito", carreró sense nom que comunica l'avinguda Carlemany amb el carrer d'Emprivat d'Andorra la Vella, lloc fosc i molt poc transitat en aquella hora de la matinada.

Sense que consti que de part de Nuno hi hagués expressió verbal o gest de cap mena, l'acusat Domingo L.A. li donà un cop de peu a l'alçada de l'espatlla i l'acusat Sergio R.L. va donar-li un cop de puny a la cara, a causa dels quals en Nuno Miguel va caure al terra, a uns quatre metres de l'inici del carreró i tot seguit, trobant-se en Nuno Miguel caigut al terra, l'acusat Domingo L.A. va

començar a colpejar-lo al cap i a la cara amb el peu, sense que en Nuno Miguel pogués fer res per evitar-ho doncs no va poder aixecar-se, tot i que ho intentava, donant-li l'acusat Domingo L.A. puntades i cops amb el taló i petjades, totes sobre el cap i la cara, amb aital força que quedaren gravades sobre la pell del crani i de la cara fins a setze marques del dibuix de la sola de la sabata esportiva que duia l'acusat, tenint l'acusat Domingo L.A. la intenció de colpejar a Nuno Miguel fins a causar-li la mort, amb plena consciència que els forts i reiterats cops de peu al cap haurien de produir-li lesions tant greus que determinarien la seva mort en el cas, més que probable, de que no rebés ajuda mèdica, sabent l'acusat que dita ajuda no era gens probable pel fet de la soledat i fosquedat del lloc on quedà estès al terra en Nuno Miguel.

L'acusat Domingo L.A. seguidament va fugir del lloc acompanyat de l'acusat Sergio R.L. qui havia presenciats l'agressió, restant en el lloc en tot moment, sense fer res per tal d'impedir que Domingo L.A. continués agredint tant brutalment a en Nuno Miguel, ni ajudar a aquest no obstant havia vist que en començar l'agressió en Nuno Miguel demanava ajut i intentava aixecar-se, ni haver demanat l'acusat Sergio R.L. cap tipus d'ajut, ni haver fet res absolutament per evitar la mort d'en Nuno Miguel, tot veient-lo al terra malferit, i restant quiet en tot moment malgrat que durant el transcurs del fets va passar prop seu, per l'avinguda Carlemany, un vehicle del Servei de Policia.

Els dos acusats van tornar a l'avinguda Carlemany per fer autostop per anar als seus domicilis, sent recollits per un vehicle.

A resultes de les repetides patades al cap i a la cara que li donà l'acusat Domingo L.A., en Nuno Miguel R.A. va sofrir un politraumatisme faciocranial amb arrencament parcial del pavelló auricular dret, aplanament de la meitat esquerra de la cara i fractura desplaçada i oberta de l'os nasal amb fractures associades d'altres ossos propis del nas, així com lesions neurològiques consistents en un important edema cerebral, caient en un estat de coma en el que efectuà una espiració bronco-pulmonar de sang provenint de vies aèries superiors que li provocà la mort per asfíxia, transcorregut un temps des del començament de l'agressió que no va excedir d'una hora. El cos d'en Nuno Miguel no fou trobat per un vianant fins les 7 hores de la matinada.

L'acusat Sergi R.L. vers les 3,15.- hores del dia 16 d'abril de 2000, sent coneixedor de la mort d'en Nuno

Miguel i de la detenció d'un implicat en els fets, es presentà a la frontera del riu Runer i voluntàriament es lliurà al Servei de Policia, venint des d'Espanya on es trobava des del dia amb motiu d'una celebració familiar, explicant la seva implicació en els fets de la mort d'en Nuno Miguel.

En Nuno Miguel R.A. convivia amb la seva mare i el seu padastre, els Srs. Maria Eugènia R.R. i Gonzalo D.P., i tenia una germana de doble vincle amb la que no convivia però amb qui mantenia una relació assídua, la senyora Natàlia R.A., i un germanastre Ivan D.R..

L'acusat Domingo L.A. no pateix cap malaltia alienant que malmeti la seva voluntarietat i discerniment, i presenta trets antisocials i narcisistes que, en relació al consum d'alcohol, altera la seva conducta amb manifestacions de caràcter antisocial i conductes impulsives i agressives."

III.-RESULTANT: Que contra l'esmentada sentència s'interposa recurs d'apel·lació pel Lletrat Joan Miquel CASAJOANA GARRIGOS, advocat de Sergi R.L., el qual demana que és revoqui la sentència i és condemni a Sergi R.L. pel delictes de l'art. 199 del Codi Penal i la falta de l'art. 313 del mateix Codi amb les atenuants apreciades en primera instància i l'analògica de feblesa de caràcter a la pena d'un any de presó part condicional.

Critica per cada un dels delictes dels quals el processat ha estat declarat culpable, l'apreciació errònia dels fets provats i les conseqüències jurídiques que en treu el Tribunal de Corts, desenvolupant la següent argumentació:

El delictes d'omissió del deure de socors:

En primer lloc una deguda valoració de la prova practicada permet establir el desenvolupament dels fets de la manera següent:

- Només Domingo L.A. va intercedir el pas de Nuno Miguel R.A. a l'alçada de la Pastisseria Vives, per tant a l'avinguda Carlemany i fora del carreró, i només Domingo L.A. va iniciar la discussió i efectuar la primera agressió.

- No hi ha cap prova que sostingui l'afirmació que fou a conseqüència d'una acció de Sergi R.L. que Nuno Miguel R.A. va ésser introduït al carreró, ni que va caure al terra, ni que aquesta caiguda fos a 4 metres de l'entrada del carreró.

- Sergi R.L. va veure com Domingo L.A. donava alguna patada al cap a Nuno Miguel, però ni molt menys les

16 patades que s'han determinat, donat que no estava al carreró durant tota l'agressió. No va copsar la magnitud de l'agressió. No va participar de cap forma posant a la víctima en estat de necessitat de precisar socors, sinó al contrari va intentar aturar l'agressió.

- És totalment fals que els dos acusats manifestin que "l'acusat Sergi R.L. avisa a Domingo L.A. que passava un cotxe de la Policia".

- Contràriament al que afirma la sentència del Tribunal de Corts, Sergi R.L. va intentar persuadir a Domingo L.A. de deixar la víctima, de la qual en cap moment es va adonar de la gravetat de les lesions.

- No s'ha provat que els dos acusats van marxar junts del carreró.

Els fets provats han estat qualificats de forma errònia per la sentència. En efecte, d'una part el delictes d'omissió del deure de socors, no revesteix la gravetat que li atribueix el Tribunal de Corts, d'altra part no es pot retenir el tipus agreujant previst a l'article 199 del Codi Penal, l'únic cop de puny donat a la víctima per Sergi R.L., no li va ocasionar cap lesió, no es pot considerar com "acció" havent posat a aquella en un estat de perill. A més la necessitat d'un acte positiu exclou l'aplicació de la circumstància agreujant a aquell que ha assistit als fets "en posició de garant". Per tant solament està constituït l'omissió del deure de socors simple de l'article 199 amb pena màxima de 3 anys.

2/ el delictes menor de realització d'actes que atemptin a la dignitat de les persones.

Les paraules proferides per Sergi R.L., constitueixen com a molt una injúria lleu tipificada a l'article 348 del Codi Penal i en el cas concret no s'ha seguit el procediment previst pels articles 16 i 39.2 del Codi de Procediment Penal.

A més l'article 313 del Codi Penal requereix que els actes que atemptin contra la dignitat de la persona siguin a causa del seu sexe i aquests text no pot ser estès a l'orientació sexual, a pena d'interpretació extensiva de la Llei penal.

3/ atenuant de caràcter feble

El Dr. CABEZA, perit judicial descriu Sergi R.L. com una persona presentant trets de "timidesa, inseguretat, gran dependència envers altres persones". Aquesta fragilitat està amb relació amb la ommissió del deure de socors degut a la por que li inspirava Domingo L.A. i s'ha de tenir en compte, en tant que causa d'atenuació de la responsabilitat.

En dedueix d'aquestes observacions que la pena en concurs és de 3 anys i 2 mesos de presó i que en tot estat de causa la pena pronunciada pel Tribunal de Corts, igual a un 5/6 de la pena encorreguda en virtut de les qualificacions retingudes, és excessiva a la vista de les circumstàncies atenuants existents en el cas concret.

IV.-RESULTANT: Que contra l'esmentada sentència interposa també recurs d'apel·lació el Lletrat Manuel PUJADAS DOMINGO, advocat defensor de Domingo L.A.

Sosté en primer lloc que el Tribunal ha fet una apreciació errònia de la prova, pel que respecta els següents fets:

- Domingo L.A. i Sergi R.L. es trobaven sota els efectes de l'alcohol per haver consumit diverses begudes alcohòliques des de les 3 de la tarda del dia 13 d'abril de 2000 fins a les 3 de la matinada del dia 14.

- Domingo L.A. pateix un trastorn psicopàtic de la personalitat de tipus antisocial i narcisista, tenint la consumició d'alcohol un efecte desinhibidor.

- L'agressió, contràriament al que qualifica el Tribunal de Corts va començar a l'Avinguda Carlemany, il·luminada i freqüentada per alguns passants i va continuar a l'entrada del carreró; la víctima no va ésser arrossegada vers un lloc desert i fosc.

- Els cops van ser donats, no solament a nivell del cap sinó sobre tot el cos, el que implica una agressió, desordenada, no fixant un punt precís.

- L'agressió fou molt ràpida, en un temps de 2 o 3 minuts.

- La sentència dóna per provada la intenció de Domingo L.A. de colpejar a Nuno Miguel R.A. fins a causar-li la mort, que l'acusat sempre ha negat, fonamentant-se exclusivament sobre les característiques fisiològiques de l'agressor, i sense tenir en compte l'estat d'impregnació alcohòlica i els problemes psíquics que alteraven la seva voluntat, en que es trobava l'acusat.

- Domingo L.A. no va fugir després de l'agressió. Va retornar a casa seva i va rentar-se la roba, sense pensar a fer-la desaparèixer, demostrant la seva actitud que de cap manera tenia consciència de la gravetat de les lesions ocasionades a la víctima.

Afirma que no concorre en la conducta de Domingo L.A. dol directe ni dol eventual per causar la mort de la víctima, en la mesura en la que en ressurt de la prova practicada a l'acte del judici oral que Domingo L.A. ni

s'hagués representat el resultat de la mort com a possible, ni hagués consentit en la possibilitat del mateix.

A aquest efecte posa de relleu els peritatges i la prova practicada, que la víctima encara vivia quan els agressors van marxar del lloc, i que donava signes de vida, cosa que contraria la hipòtesi d'una intenció de matar. En el cas concret no s'ha aportat la prova que l'acusat hagués pogut imaginar i acceptar com a probable el resultat mortal, no havent quedat establerts com a elements de prova els 5 fets que el Tribunal de Corts considera provats.

Proposa qualificar els fets de delictes de lesions doloses causades amb brutalitat amb concurs amb un delictes d'homicidi imprudent.

Contesta l'existència de l'agreujant de crueltat innecessària: el Tribunal de Corts s'ha fonamentat, per admetre la existència d'aquest agreujant, sobre la existència d'elements objectius, sense examinar l'element intencional que suposa la intenció de donar la mort i aquella de fer sofrir la víctima retardant deliberadament el moment de la mort.

Ara bé, la reiteració dels cops de peu, si ella sola segons els experts era de natura a comportar la mort, no podia tenir que aquest únic objectiu i no aquell de causar a la víctima sofriments inútils. A més l'estat d'embriaguesa de l'acusat i els trastorns de la personalitat que presenta són de natura a explicar el seu comportament, fora de tota intenció perversa d'augmentar el sofriment.

Contesta igualment l'existència de l'agreujant d'abús de superioritat que suposa un desequilibri, conegut de l'agressor, entre les forces en presència a desfavor de la víctima, que pot trobar el seu origen en diverses circumstàncies.

En el cas concret el Tribunal ho dedueix del fet que la víctima es trobava a terra. De tota manera aquest element no existia al moment de l'agressió inicial i fou una conseqüència dels cops rebuts.

Finalment contesta l'existència de l'agreujant de nocturnitat. Admet que efectivament concorren els elements objectius de l'agreujant que són la foscor i la soledat, però sosté que manca l'element subjectiu, a saber, la recerca per l'autor d'un lloc que presentés aquelles característiques destinades a facilitar-li la comissió de la infracció.

Fa valer que concorre l'eximent incompleta de trastorn mental transitori causat per l'alcoholèmia aguda

en persona afectada per una psicopatia de trastorn antisocial. En efecte el Dr. MIRALLES diagnostica una neuropatia perifèrica alcohòlica que comporta una lesió neurològica causada per l'alcohol, esdevenint doncs una lesió orgànica de base que acompanya el trastorn psicopàtic. Observa a més que la jurisprudència del Tribunal de Corts pren en compte, en alguns casos per l'apreciació de la pena, l'estat d'embriaguesa de l'acusat en el moment de la comissió del delict.

Estima que no és imputable al processat el delict de l'article 313 del Codi Penal. El Tribunal de Corts ha fet una interpretació extensiva del terme "sexe" a l'estendre la prohibició formulada per l'article 313 a "la sexualitat" o la "orientació sexual", i ha infringit el principi de legalitat previst per l'article 9.4 de la Constitució.

Finalment relleva la vulneració dels drets fonamentals protegits per la Constitució, pel que respecta els següent punts:

- La interpretació extensiva del tipus penal contingut a l'article 313 del Codi Penal.
- El relat de fets provats revela un jutjament en consciència proscrit dels moderns sistemes penals.
- Les reiterades i decantades intervencions del President del Tribunal de Corts en tot l'acte del judici oral, en uns termes més acusatoris i no imparcials, permeten pensar que s'ha produït un prejudicament i per tant vulneració del dret a la presumpció d'innocència.
- En conclusió demana la imposició a Domingo L.A. d'una pena de presó ferma no superior a 6 anys.

V.-RESULTANT: Que el Ministeri Fiscal compareix i s'oposa als recursos formulats, en base a les següents argumentacions:

- Les circumstàncies relatives a l'origen de l'agressió de Nuno Miguel R.A., retingudes pel Tribunal de Corts en el Resultant de fets provats, estan perfectament establertes pels testimonis recollits, les pròpies declaracions dels acusats, l'examen de la configuració del lloc, l'autòpsia realitzada. És el mateix pel que respecta la presència constant de Sergi R.L. mentre durà l'agressió, la seva total abstenció d'ajudar la víctima, la seva acció limitada al fet de facilitar la fugida de Domingo L.A.
- La prova practicada en l'acte del judici oral permet concloure que Sergi R.L. va tenir ple coneixement de la situació de necessitat d'auxili de la víctima i que ell

va participar almenys inicialment en l'agressió que va provocar que la víctima caigués al terra.

- Pel que fa a l'aplicació indeguda del tipus penal de l'article 313 del Codi Penal, el terme "sexe" comprèn a més de la condició masculina o femenina, la sexualitat o la orientació sexual, que també ha de ser objecte de protecció. El sentit gramatical de la paraula "sexe" no només comprèn la diferència entre sexe femení o masculí, sinó que també inclou el concepte de "sexualitat", exercici de l'activitat sexual". El Tribunal de Corts no ha fet una interpretació extensiva sinó una interpretació teleològica de la Llei penal, que correspon realitzar als Tribunals per concretar el camp d'aplicació de la Llei.

- Els exàmens psiquiàtrics practicats prèviament a Sergi R.L. no permeten retenir una atenuant derivada del seu caràcter "feble".

- Pel que respecta el recurs formulat per Domingo L.A., la important ingestió de begudes alcohòliques no en resulta ni de les declaracions dels processats, que constantment han variat sobre les quantitats preses, ni d'aquelles dels testimonis que estan tots d'acord a declarar que no semblaven borratxos.

- Contràriament al que pretén el processat Domingo L.A., l'informe d'autòpsia revela que la concentració de les lesions es va produir al cap i a la cara.

- Les proves no demostren que l'agressió fos molt ràpida. En efecte el fet que els policies que passaven pels llocs no haguessin vist els acusats en resulta, no del fet que aquells haguessin marxat, sinó que estaven dissimulats en el carreró.

- La prova de la intenció de donar la mort o de la previsió de la conseqüència mortal dels coimputats se'n dedueix concretament de la pluralitat dels cops efectuats en una zona vital i de l'abandó d'aquell en un lloc isolat on no podia beneficiar-se ràpidament dels socors apropiats al seu estat.

- Contràriament al que al·lega l'acusat, que pretén que la víctima es movia encara quan varen marxar del lloc, la prova pericial mèdica practicada conclou que la pèrdua de consciència es va produir al començament de l'agressió. La víctima doncs estava totalment immòbil de l'inici a la fi de l'agressió.

- El recurrent relleva que la multiplicitat dels cops de peu donats a la víctima tenia per únic objectiu donar la mort, no trobant-se aquell des de l'inici en estat de percebre el dolor. Ara bé els metges forenses varen

reconèixer que un sol cop de peu al cap, segons la zona d'impacte, podia ser suficient per provocar la mort. Per tant la pluralitat dels cops, l'abrasió que presentava la víctima a la galta, revelen sense dubte una violència extrema i innecessària pel resultat final de mort. És cert a més que la víctima estava encara viva, i que l'estat d'estaborniment no la privava de la capacitat de sofriment.

- La prova pericial demostra que es va produir una situació de superioritat de l'agressor enfront de la víctima que es trobava a terra sense la més mínima possibilitat de protecció o de defensar-se, quan va rebre les puntades i cops de peu al cap i a la cara.

- La foscor i la soledat del carreró on es va produir l'agressió foren sinó buscats de propòsit, si aprofitats per l'autor dels fets per quant li facilitaven la comissió del delictes.

- Pel que fa a l'eximent incompleta de trastorn mental transitori com a conseqüència d'una ingestió abusiva d'alcohol associada a una psicopatia de trastorn asocial, el Dr. MIRALLES no va comparèixer a l'acte de judici oral. Per contra el Dr. CABEZA va manifestar el seu desacord amb el diagnòstic de polineuritis perifèrica que no es dona en persones joves com el processat sense dependències efectives a l'alcohol.

- En quant a la pretesa vulneració dels Drets Constitucionals protegits en l'article 9.4 i en l'art. 10 de la Constitució, no exposa o fonamenta el recurrent en que ha consistit la "manca d'imparcialitat" derivada de la sobre-intervenció del President del Tribunal de Corts.

VI.-RESULTANT: Que també s'oposa al recurs d'apel·lació el Lletat Jesús JIMÉNEZ NAUDÍ, advocat de la família de Nuno Miguel R.A., en base a les següents argumentacions:

Recurs de Domingo L.A.:

- Entén que tan la prova com el relat fàctic són correctes. Nega que la víctima es mogué quan va cessar l'agressió. Afirmar que l'agressió fou selectiva i perllongada. Sosté que no ens trobem davant un supòsit de dol eventual, sinó de dol directe de segon grau, en entendre que el processat no havia acceptat la mort com a conseqüència possible sinó necessària.

- El fet que la psicopatia no és una malaltia mental i que l'embriaguesa en aquest cas voluntària, i en un grau no pas tan elevat com vol pretendre la defensa, no podrà tenir efectes atenuants i encara menys excloents del dol.

- El Tribunal de Corts ha fet una interpretació teleològica de l'article 313.

Recurs de Sergi R.L.:

- El fet que Sergi R.L. donés un cop a la víctima en el moment en que anava a començar l'agressió de Domingo L.A. comporta el fet que, en un determinat moment es trobessin tots tres a l'alçada del carreró.

Amb la seva agressió Sergi R.L. va cooperar a la situació de risc per a la vida o la integritat de la víctima, i no va aturar l'agressió que podia evitar.

VII.-RESULTANT: Que mitjançant sentència de data 24 d'octubre de 2001, la Sala Penal del Tribunal Superior de Justícia d'Andorra va desestimar els recursos d'apel·lació interposats i va confirmar íntegrament la sentència dictada pel Tribunal de Corts en data 23 de febrer de 2001.

VIII.-RESULTANT: Que mitjançant sentència de data 9 de maig de 2002, el Tribunal Constitucional va:

Primer,

- atorgar l'empara sol·licitada per la representació processal de Sergi R.L.

- atorgar parcialment l'empara sol·licitada per la representació processal de Domingo L.A.

Segon,

1.- reconèixer a ambdós recurrents el dret al respecte del principi de legalitat penal.

2.- reconèixer a Sergi R.L. el dret a una decisió motivada en dret i a un procés degut.

Tercer,

1.- anul·lar parcialment la part dispositiva de la sentència de data 23 de febrer de 2001 dictada pel Tribunal de Corts, pel que fa a la condemna dels dos recurrents com a responsables d'un delictes menor de realització d'actes que atemptin contra la dignitat d'una persona a causa del seu sexe, castigat a l'article 313 del Codi Penal, ja que s'ha donat al terme "sexe" de l'article esmentat una interpretació extensiva englobant-hi "l'orientació sexual".

Conseqüentment anul·lar la confirmació d'aquest punt de la sentència de data 24 d'octubre de 2001 de la Sala Penal del Tribunal Superior de Justícia.

2.- Declarar la obligació de la Sala Penal del Tribunal Superior de Justícia a pronunciar-se sobre el quart motiu de l'apel·lació de Sergi R.L.

3.- als sols efectes d'aplicar els punts 1 i 2 d'aquest tercer apartat de la decisió, retrotreure les actuacions al moment immediatament anterior al pronunciament de la sentència de la Sala Penal del Tribunal Superior de Justícia de data 24 d'octubre de 2001.

FONAMENTS DE DRET

A) .- Recurs de Domingo L.A.

I.- CONSIDERANT: Que l'homicidi comporta un element intencional doble; l'acte material generador de la mort s'ha d'haver acomplert voluntàriament (dol general), i un element intencional particular un "dolus specialis", la intenció de provocar la mort de la víctima, "l'animus necandi", havent de tenir l'autor al moment en el que executa l'acte consciència que aquest acte és susceptible de provocar la mort de la víctima. Element eminentment subjectiu, la intenció de donar la mort, comporta espinosos problemes de prova, aquell que mata rarament reconeix que tenia la intenció de fer-ho. Per raó de l'extrema dificultat d'aportar la prova d'un fet purament psicològic, el jutge ha de recórrer, a defecte de presumpcions legals, a presumpcions de fet, tretes de les circumstàncies de la causa, com poden ser la utilització d'una arma particularment mortal, el fet que els actes de violència hagin estat dirigits sobre una part vital o particularment vulnerable del cos de la víctima, o a l'acarnissament de l'agent. Concretament està establert per les proves mèdico-forenses practicades, que la víctima Nuno Miguel R.A. va rebre a nivell del crani i de la cara quinze cops i petjades, efectuades amb una tal violència que va quedar impresa sobre la pell l'empremta de la sola de la sabata d'esport que portava l'autor de l'agressió. El conjunt d'aquests cops se situa al nivell del cap, regió vital o particularment vulnerable i va ser feta mentre la víctima estava estesa al terra i inconscient, tal com ho demostra l'absència de traces que poguessin deixar suposar una temptativa o un reflex de defensa. Segons el Dr. ESTEBAN FARRÉ, confirmat pel Dr. GONZÁLEZ, una lesió molt important a nivell de la cara provenint d'un aixafament d'aquella contra el terra irregular, prova certament que algunes "patades" van tendir a xafar el crani contra el terra. Sobre la resta del cos solament es va evidenciar una lesió a nivell lumbar. Totes les traces constatades provenen de

la mateixa sabata, la dreta. Les dues primeres van ser fetes amb el taló, la tercera i la quarta amb la punta, la cinquena va comportar amb la punta l'arrencament de l'orella dreta, la 6^a, 7^a i 8^a van ser fetes amb la planta del peu, La 16^a, amb la punta, va ser la causa determinant de la mort de la víctima, va comportar un fractura molt important del nas i una hemorràgia interna. Nuno Miguel R.A., estirat a terra i inconscient, va morir com a conseqüència d'un ofec degut a l'hemorràgia.

Tot ser humà dotat d'una intel·ligència i de la facultat de raonament mitjana sap que un sol cop donat al cap pot provocar la mort.

Conseqüentment, el nombre de cops donats per Domingo L.A., la seva violència que atesta un veritable acarnissament, el seu emplaçament, la durada de l'agressió, de 28 segons a 3 minuts segons el Dr. ESTEBAN, interromputs segons va dir Domingo L.A. a l'acta de la vista oral al passar la Policia, i represos després de la seva marxa, són suficients per establir, sense que se'n pugui raonadament dubtar, la existència de "l'animus necandi".

L'estat d'impregnació alcohòlica sumat al trastorn psicopàtic dels quals es preval l'acusat per intentar demostrar que, si bé va exercir voluntàriament violència envers Nuno Miguel R.A., no tenia intenció homicida, o no havia previst que els cops donats fossin susceptibles d'ocasionar la mort, no va ser d'una tal importància que hagués pogut anul·lar la consciència de l'autor de les possibles conseqüències dels seus actes. En efecte, tant els porters de la discoteca "Mort qui t'ha mort", com Francesc L., o el conductor del vehicle que va acompanyar els dos acusats, van afirmar a la vista oral, que tenien una actitud normal. Quant al trastorn psicopàtic per res comporta una alienació a la realitat. Conseqüentment el conjunt de les proves certes, precises, concordants permeten caracteritzar la intenció homicida, les soles afirmacions de l'acusat segons les quals ignorava que comportarien la mort els mitjans que hi va utilitzar, no són suficients per posar en dubte aquella intenció a pena de declarar des d'ara constituït el delicte d'homicidi en el sol cas de la confessió de l'acusat.

II.- CONSIDERANT: que tal com el Tribunal de Corts va retenir amb bon criteri en els motius molt precisos i amplament detallats, la constitució de l'agreujant de crueltat innecessària en resulta de la multitud i de l'extrema violència dels cops, com l'aixafament del crani amb el peu, l'arrencament de

l'orella, fets sobre una víctima inerta, la represa de la violència després de passar el cotxe del Servei de Policia, precisant-se que l'estat progressiu d'estaborniment no va fer perdre a la víctima la capacitat de percebre el dolor.

L'agreujant de superioritat en ressurt del fet que la víctima, caiguda a terra des de l'inici de l'agressió, com ho demostra segons els forenses la situació de les lesions i com ho admeten els acusats, i en un estat progressiu d'inconsciència, no tenia cap possibilitat de defensar-se, i que aquesta desproporció en els mitjans de defensa va ser aprofitada per l'agressor.

Finalment l'agreujant de nocturnitat no suposa necessàriament que els agressors haguessin fet anar la víctima cap a un lloc fosc i amagat. És suficient que els autors hagin aprofitat les circumstàncies de nocturnitat i de soledat, per perpetrar la infracció. Tal com és certament el cas concret en la mesura en que els mateixos policies no van remarcar l'agressió que es produïa, i que el cos de Nuno Miguel R.A. va quedar durant varies hores al carreró

III.- CONSIDERANT: Que el recurrent Domingo L.A. reprotxa a la sentència recorreguda d'haver-li refusat els beneficis de l'eximent incomplet de trastorn mental transitori.

En ressurt de la prova pericial practicada sobre la personalitat de l'acusat que no pateix cap malaltia alienant que malmeti les seves capacitats de voluntarietat i de discerniment, i que presenta trets antisocials i narcisistes, que en relació al consum d'alcohol altera la seva conducta amb manifestacions de caràcter antisocial i conductes impulsives i agressives. El Dr. CIVIL fa una anàlisi similar. Els experts a més a més posen de relleu una intolerància a la frustració, i una fredor emocional, però refuten la existència de símptomes clínics deguts a l'abús de l'alcohol.

Concretament Domingo L.A. no pateix cap malaltia mental de naturalesa a alterar la seva voluntat i el seu discerniment. No presenta cap lesió orgànica sortida d'una alcoholització prolongada. No s'ha demostrat, per les raons precedentment exposades, que l'alcohol ingerit al moment de la comissió dels fets, ho fos en quantitat suficient per a afectar la seva consciència i el control dels seus actes.

A més a més, l'article 19 del Codi Penal, que tracta de l'exempció de la responsabilitat penal, exclou del seu benefici aquell qui comet el fet delictiu en estat de trastorn mental transitori provocat intencionadament, i

el mateix cas d'exclusió pot ser aplicat a la hipòtesi d'eximent incomplet constitutiu de circumstàncies atenuants en virtut de l'article 23 del Codi Penal. Ara bé, Domingo L.A., que coneix els efectes deshinibidors de l'alcohol sobre la seva persona (com la majoria dels sers humans) i les reaccions de violència que és susceptible de comportar, va ingerir begudes alcohòliques per la seva pròpia voluntat, i no es pot admetre una circumstància atenuant a títol d'aquest comportament voluntari i de les seves conseqüències previsibles.

IV.- CONSIDERANT: que, segons la interpretació donada de l'article 313 del Codi Penal pel Tribunal Constitucional, aquest text només preveu expressament l'atemptat contra la dignitat d'una persona a causa del seu sexe, sense fer cap menció a l'atemptat contra la dignitat d'una persona a causa de la seva orientació sexual, i des d'aquest moment el Tribunal de Corts "ha estès equivocadament a orientació sexual un text destinat a protegir la dignitat de l'home i de la dona com a tals i ha sancionat d'aquesta manera uns actes que, en el moment dels fets, no constituïen una infracció", i conseqüentment hi ha lloc a reformar sobre aquest punt la decisió recorreguda i absoldre Domingo L.A. del delictes previst i penat per l'article 313 del Codi Penal.

V.- CONSIDERANT: Que, en aquestes condicions d'absolució pel delictes d'actes que atemptin contra la dignitat, la pena encorreguda per Domingo L.A. està limitada als 15 anys de presó que castiga el delictes major d'homicidi de l'article 180 del Codi Penal.

VI.- CONSIDERANT: Finalment que la vulneració de drets constitucionals que en resultaria de l'actitud a la vista oral del President del Tribunal de Corts, el qual hauria manifestat la seva absència d'imparcialitat per la seva intervenció no reposa sobre cap element seriós, i no en ressurt en cap lloc de la causa de la lectura de les preguntes posades per aquell Magistrat a l'acte de la vista oral, precisant que les parts comparegudes no van formular cap observació a aquell respecte.

B).-Sobre el recurs de Sergi R.L.

VII.- CONSIDERANT: Sobre el delictes d'omissió del deure de socors, que està constatat que Sergi R.L. va donar un cop de puny a la víctima al començament de l'agressió,

que ell mateix va admetre aquell acte de violència, i que l'examen del cos de Nuno Miguel R.A. va revelar una lesió al nivell del llavi superior incompatible amb l'efecte d'un cop de peu però podent provenir d'un cop de puny, que és innegable que aquell acte de violència va participar a la realització de l'agressió i va cooperar a la creació de la situació de perill greu en la qual es trobava la víctima.

Que està establert, per les declaracions de l'acusat, que aquest va assistir a l'escena de violència i als múltiples cops de peu efectuats per Domingo L.A., que ha estat fins i tot en mesura de precisar que Nuno Miguel R.A. "no es defensava, no feia res", que no va fer cap gest per ajudar la víctima, pretextant la por que li imposava Domingo L.A., mentre que se li va oferir la possibilitat de cridar a la policia que passava en el seu vehicle de servei per l'Avinguda Carlemany, que ben al contrari, segons les declaracions del seu coacusat, hauria advertit del pas de la policia a aquell que es va amagar, per continuar posteriorment pegant la víctima.

Que la circumstància del lloc on s'ha iniciat l'agressió és del tot inoperant.

Que no s'ha establert que Sergi R.L., contràriament al que ell pretén, es trobés fora del carreró durant la major part de l'agressió, ben al contrari Eugenio R., conductor que va portar els acusats al seu domicili després dels fets, va precisar a la vista oral, que Sergi R.L. li havia demanat de deixar pujar un amic el qual va arribar immediatament, en el temps en el que Sergi R.L. pujava al vehicle

Doncs Sergi R.L. es va poder adonar amplament de la gravetat del perill en el qual es trobava la víctima, a l'agressió de la qual havia participat al menys en el seu inici, no va emprendre cap acció, com fer signes a la Policia de pas, o telefonar a la seva arribada a casa per avisar els serveis de socors, aquestes intervencions no representaven per ell cap perill. Des d'aquest moment està constituït el delictes en la seva modalitat agreujada, previst per l'article 199 del Codi Penal.

VIII.- CONSIDERANT: Que en les condicions de l'absolució intervinguda pel que respecta el delictes previst i castigat per l'article 313 del Codi Penal, la pena encorreguda per Sergi R.L. pel delictes major d'omissió del deure de socors i la contravenció penal de lesions és de 5 anys i dos mesos de presó(en aplicació dels articles 199 i 351 del Codi Penal.

IX.- CONSIDERANT: Que Sergi R.L., d'una manera particularment greu va mancar al deure moral de solidaritat imposat per la Llei penal envers la persona desemparada. Aquesta gravetat en resulta de l'acarnissament que l'autor de l'agressió a la qual Sergi R.L. va assistir de forma passiva, que la feblesa de caràcter, per ser sense dubte massa comunament estesa, no figura al nombre de les circumstàncies atenuants previstes per l'article 23 del Codi Penal. Que a més a més, l'article 199 del codi Penal no requereix de l'individu cap comportament "heroic" en la mesura en la qual l'absència de risc per l'interessat, és una de les condicions de constitució de la infracció, i que concretament la feblesa de caràcter de Sergi R.L. no era de natura a dissuadir-lo de cridar al vehicle de policia.

X.- CONSIDERANT: Que el Tribunal de Corts ha retingut en benefici de Sergi R.L. la concurrència de les circumstàncies atenuants de menor de 21 anys d'edat i anàloga de penediment i col·laboració amb les autoritats. Que el recurrent, tota vegada, reprotxa a la sentència recorreguda l'haver pronunciat una pena d'un quantum molt elevat, compte tingut de les circumstàncies atenuants existents en el cas concret. Que la sola obligació feta al Tribunal que ha retingut el benefici de les circumstàncies atenuants previstes per l'article 23 del Codi Penal és d'imposar a l'acusat una pena inferior al màxim previst per la Llei per a cada delicte.

Que la única excepció a aquest principi en resulta del segon apartat de l'article 53 del Codi Penal que preveu que "quan el delinqüent sofreixi una malaltia mental que constitueix circumstància atenuant o sigui menor de 18 anys, la pena de privació de llibertat màxima aplicable serà la meitat de l'assenyalada per al delicte". Que fora d'aquestes hipòtesis, no hi ha cap disposició de la Llei penal que precisi la pena màxima que es pot imposar cas de concedir-se circumstàncies atenuants, la qual es deixa sota la reserva precedentment exposada, a la lliure apreciació del jutge.

Considerant no obstant que en les condicions de l'absolució de Sergi R.L. del delicte de l'article 313 del Codi Penal i de la reducció a 5 anys i 2 mesos de presó de la pena màxima per ell encorreguda, hi ha lloc, per tenir compte del benefici de les circumstàncies atenuants que li han estat acordades pel Tribunal de Corts de condemnar Sergi R.L. a la pena de 4 anys de presó, precisant que, per bé que existeixin circumstàncies atenuants, aquesta pena inferior al màxim legal no en desconeix l'existència i no

és excessiva, a la vista de l'extrema gravetat del delictes del qual el recurrent n'és culpable.

Vistes la Constitució, El Codi Penal, el Codi de Procediment Penal, la jurisprudència d'aplicació, i la sentència del Tribunal Constitucional de data 9 de maig de 2002,,

La Sala Penal del M.I. Tribunal Superior de Justícia d'Andorra,

D E C I D I M

1.- Estimar parcialment els recursos d'apel·lació interposats en nom i interès de Domingo L.A. i Sergi R.L.

2.- Modificar els pronunciaments de la sentència dictada pel Tribunal de Corts en data 23 de febrer de 2001 en la causa núm. 91-3/00.

3.- Absoldre Domingo L.A. i Sergi R.L. del delictes menor d'actes que atemptin a la dignitat de l'article 313 del Codi Penal.

4.- Condemnar Domingo L.A. com a responsable penalment en el concepte d'autor d'un delictes major d'homicidi amb la concurrència de les circumstàncies agreujants de crueltat, abús de superioritat i nocturnitat a la pena de 15 anys de presó ferma i expulsió definitiva del principat.

5.- Condemnar Sergi R.L. com a responsable penalment en el concepte d'autor d'un delictes major d'omissió del deure de socors i d'una contravenció penal de lesions amb la concurrència de les circumstàncies atenuants de menor de 21 anys d'edat i anàloga de penediment i col·laboració amb les autoritat a la pena de 4 anys de presó.

6.- Declarar d'ofici les costes processals causades pel recurs.

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