

Núm. de Rotlle: TSJP 000026/2019

Núm. de Causa: 6000100/2016

SENTÈNCIA 33-2019

PARTS:

Apel·lant: Sr. C.M.B.V.

Advocat: Sr. Manuel Maria PUJADAS DOMINGO

Apel·lant: Sr. A.M.M.

Advocada: Sra. Sandra JIMENEZ GONZALEZ

Apel·lat: Srs. A.P.M.A.

S.E.M.

J.M.E.

E.A.C.

Advocada: Sra. Bibiana ROSSA TORRES

Apel·lat: MINISTERI FISCAL

COMPOSICIÓ DEL TRIBUNAL:

President: Sra. Marie CONTE

Magistrats: Sr. Jaume TOR PORTA

Sra. Fàtima RAMIREZ SOUTO

Andorra la Vella, vint-i-quatre de setembre de dos mil dinou.

En el recurs d'apel·lació interposat contra la Sentència dictada pel Tribunal de Corts, en data 19 de febrer de 2019, en la causa de referència, seguida pel delictes major de comissió per omissió d'homicidi per imprudència greu, sense la concurrència de circumstàncies modificatives de la responsabilitat penal, els components de la Sala Penal del Tribunal Superior de Justícia expressats al marge s'han constituït per a la vista i decisió, és ponent la **Sra. Marie CONTE**.

ANTECEDENTS DE FET

I.- RESULTANT: que el Tribunal de Corts va dictar sentència en data 19-02-2019 amb la següent part dispositiva:

“DECIDIM: CONDEMNAR C.M.B.V. i A.M.M., com a responsables penalment, en concepte d'autors, d'un delict major de comissió per omissió d'homicidi per imprudència greu, sense la concurrència de circumstàncies modificatives de la responsabilitat penal, a la pena d'UN ANY DE PRESÓ CONDICIONAL per cadascun d'ells, amb un termini de suspensió de la condemna de DOS ANYS i al pagament de les despeses processals causades, incloses les taxes judicials i els honoraris d'advocat de l'acusació particular, a determinar en període d'execució de sentència.

En concepte de responsabilitat civil, C.M.B.V. i A.M.M. hauran d'indemnitzar solidàriament a:

- 1) La senyora A.P.M.A., mare de la difunta A.E.M., en la suma de CINQUANTA VUIT MIL SIS-CENTS CINQUANTA VUIT EUROS AMB SETENTA QUATRE CÉNTIMS (60.658,74 €).*
- 2) La senyora S.E.M., germana de la difunta A., en la suma de VINT MIL EUROS (20.000 €).*
- 3) El senyor J.M.E., avi matern de la difunta, en la suma de DOTZE MIL EUROS (12.000 €).*
- 4) La senyora E.A.C., àvia materna de la difunta, en la suma de DOTZE MIL EUROS (12.000 €).”*

II.- RESULTANT: que la sentència es recolza en els següents fets provats:

“...En data 25 de desembre de 2013, A.E.M. es trobava practicant la modalitat d'esquí snowboard juntament amb els processats C.M.B.V., nascut en data 21 de febrer de 1981 i A.M.M., nascut en data 7 de novembre de 1980, ambdós de nacionalitat espanyola i sense antecedents penals, a les pistes d'esquí de Soldeu - El Tarter.

Entre les 13,45 i les 14 hores, els tres, que ja es coneixien amb anterioritat, especialment E. i M., i després d'haver coincidit al telecadira, a l'haver fet aquell mateix matí 3 ó 4 baixades junts, decidiren de mutu acord, efectuar el descens per una pista tancada i indicada amb risc d'allaus, passant per sota de la corda que la tancava, essent la pista negra del Cabirol i assumint tots ells el risc que aquella baixada pogués comportar. En primer lloc baixaren B. i E. pel cantó esquerra de la pala, tot i que separats, baixant E. per l'esquerra de B. i per darrera d'aquest, alhora que M. ho feia més per la dreta, per esquiar cada un d'ells buscant una traça de neu nova, produint-se en un moment donat un trencament de neu que desencadenà una petita allau, la

qual va poder ser constatada per M., qui s'adonà que B. s'havia quedat ensorrat de cintura cap a baix, amb una cama immobilitzada per la neu i l'ajudà a sortir del lloc.

Malgrat però ambdós foren conscients de la realitat de l'allau i no sabien on es trobava aleshores E., doncs l'havien perduda de vista, decidiren marxar del lloc per tal de, pel que fa a B., anar a treballar, i pel que fa a M., continuar esquiant pel mateix indret, sense ni tan sols donar cap dels dos l'avís d'allau i de pèrdua d'E. als serveis de seguretat o de socors de les pistes, fent-ho M. vers les 16h30, més de dos hores i mitja després dels fets, un cop havia estat preguntant per E. a diverses persones i ser conscient per part de J.T.R., company de pis d'E., que anaren a veure'l a la botiga on treballava, dient-li que no sabien res d'ella i al ser informat per M. que s'havia produït un allau en la zona on esquaven, T. li digué que havien d'avisar ràpidament de la des aparició d'E., la qual va ser trobada colgada de neu, amb una mà fora, al fons de la pista del Cabirol, una mitja hora després d'haver rebut l'avís els socorristes de l'estació d'esquí.

A.E.M. morí unes dos hores després d'haver quedat soterrada per l'allau, a conseqüència d'hipotèrmia..”

III.- RESULTANT: que contra l'esmentada sentència interposà recurs d'apel·lació el lletrat Sr. Manuel M. PUJADAS DOMINGO advocat defensor de C.M.B.V., interessant la revocació d'aquesta en el sentit de decretar la lliure absolució del seu defensat, i a títol subsidiari imposar-li una pena de 3 mesos de presó condicional, tot rebaixant la quantia de les indemnitzacions atorgades en concepte de responsabilitat civil.

No es mostra d'acord amb els fets declarats provats per la Sentència d'instància, sostenint especialment que els tres esquiadors no esquaven junts, que es produeix només una petita allau, sense majors precisions per part dels diferents compareixents, que no va provocar l'alarma dels serveis de l'estació, que el seu defensat simplement va caure però no va quedar “colgat” de cintura, que la conducta d'ambdós processats és reveladora, que no eren conscients del perill generat per la petita allau i de la pèrdua d'A.E.M..

Considera que els fets sobre els què la sentència basa la seva condemna no han estat provats de manera directa.

Al·lega la invalidesa probatòria de l'informe i de les declaracions del servei de policia, fonamentant-se en una declaració del processat que va ser només verbal i per tant, sense assistència lletrada.

Sosté que el Tribunal de Corts ha fet una interpretació extensiva de l'article 22 del Codi penal, observant que no hi ha obligació dels processats per actuar d'una altra manera, en la mesura que no eren coneixedors del risc ni de l'accident produït i per tant no van ser omissius voluntàriament.

IV.- RESULTANT: que també interposa recurs d'apel·lació la lletrada Sra. Sandra JIMENEZ GONZALEZ advocada defensora d'A.M.M., sol·licitant la revocació de la sentència en el sentit de decretar la lliure absolució del seu defensat, i a títol subsidiari imposar-li una pena de 3 mesos de presó condicional, tot rebaixant la quantia de les indemnitzacions atorgades als pares de la víctima en concepte de responsabilitat civil.

Manifesta el seu desacord amb els fets declarats provats per la sentència d'instància, observant que els tres esquiadors es coneixien però no eren amics, es van trobar de casualitat al telecadira, que en cap cas trobaren la pista cabirol tancada ni amb senyal indicant perill d'allau, que les fotografies realitzades a l'endemà dels fets no constitueixen una prova.

Sosté a més, que el seu defensat en cap moment era conscient ni coneixedor de la producció d'una allau, que no va baixar pel mateix costat per on baixaren els altres dos esquiadores, que no va trobar a Bustamante ensorrat, que en cap moment va pensar ni sospitar que podia haver succeït quelcom a l'A.E.M., que segons Bustamante ja havia baixat.

V.- RESULTANT: que el Ministeri Fiscal s'oposa als recursos formulats manifestant especialment que:

1) Pel que fa al recurs interposat per C.M.B.V.:

- el relat de fets provats contingut en la sentència es deriva del resultat de la prova practicada.

- la prova obtinguda és vàlida, les declaracions dels testimonis van ser clares i reiterades, a diferència de les versions dels encausats. El servei de policia recollí en el seu informe, les manifestacions que de *motu propi* li efectuaren els propis encausats, que poden ser considerades només com un primer indici però que han estat confirmades per altres proves directes.

- el processat Bustamante tenia l'obligació d'evitar el resultat produït i ho podia haver fet en veure l'allau i en perdre de vista a l'Alexandra, havia d'advertir a l'estació d'aquest extrem.

- si el recurrent invoca la inexistència de la posició de garant en la persona de seu defensat, no tenint en compte que als efectes de defensar la posició de garant, la doctrina fa referència a que la mateixa pot provenir d'una conducta anterior productora d'una situació de perill. En el cas d'autes van crear tal situació els tres esquiadors.

- les pistes d'esquí no tenen cap responsabilitat pels fets ocorreguts doncs la pista estava tancada i amb senyalització de perill d'allau. Quan els pistes van ser avisats van trigar 6 minuts a trobar a l'Alexandra.

2) Pel que fa al recurs interposat per A.M.M.:

- que el relat dels fets considerats com a provats i continguts en la sentència, es deriva del resultat de la prova practicada el dia de la celebració del judici oral.

- el servei de policia no menteix en el seu informe i es limita a fer constar totes les manifestacions dels implicats, així com les constatacions que han pogut efectuar.

- els únics que han modificat les seves versions als efectes d'eludir la seva responsabilitat són els processats.

- els actes posteriors de M. demostren contràriament a que pretén que va estar preocupat per la desaparició d'A. després de la caiguda de l'allau i que era conscient del que hauria succeït.

- la voluntària omissió dels dos processats, és la que va provocar la mort d'A.E.M. quina supervivència depenia d'una qüestió de temps.

VI.- RESULTANT: que també s'oposa al recurs la lletrada Sra. Bibiana ROSSA TORRES advocada dels Srs. A.P.M.A., S.E.M., J.M.E., E.A.C. respectivament, mare, germana, i avís de la difunta A.E.M., desenvolupant una argumentació similar, i posant en relleu que els fets provats que ambdós recurrents intenten confondre i esquivar resulten de l'enquesta molt clara i del Servei de Policia.

Considera que pel que fa al pronunciament sobre responsabilitat civil, la sentència és ajustada a dret, precisant que la mare de la difunta ha deduït de la seva reclamació les sumes reemborsades per la seva assegurança.

FONAMENTS DE DRET

I.- CONSIDERANT: que segons el què disposa l'article 104 del Codi penal, el que per imprudència greu causa la mort d'una persona, comet homicidi imprudent i ha de ser castigat amb la pena de presó de 3 mesos a 3 anys o multa fins a 60.000€.

L'article 22 del Codi penal que preveu la comissió per omissió precisa que *“els delictes que consisteixen en la producció d'un resultat poden ser comesos per omissió si el sentit de la infracció corresponent així ho permet. En aquest cas es consideren autors per omissió els qui, tenint una obligació d'evitar el resultat i podent-ho fer, n'hagin permès la producció”*.

Com ho ha exposat, amb bon criteri el Tribunal de Corts, els supòsits per que sigui constituït el delictes major de comissió per omissió d'homicidi per imprudència greu són:

- Que s'hagi produït un resultat de lesió o risc propi d'un tipus penal descrit en el Codi penal.
- Que s'hagués omès una acció que es trobi en relació de causalitat amb l'evitació de dit resultat.
- El que s'exposa en l'article 22 del Codi penal quan *“el que tenint l'obligació d'evitar el resultat n'hagi permès la realització”*.
- Que el que omet estigui qualificat per ser autor del concret tipus delictiu i estigui en condicions de realitzar voluntàriament l'acció que hauria evitat o dificultat el resultat.
- Que la omissió suposi la infracció d'un deure jurídic d'actuar bé com a conseqüència d'una específica obligació legal o contractual, be perquè l'ometent hagi creat una ocasió de risc pel bé jurídicament protegit mitjançant una acció o omissió prevalent, el que inclou tots aquests supòsits en els que l'obligació consisteix en el control d'una situació de perill que el compel·leixi a actuar a fi d'evitar el resultat típic, és a dir, que tingui la posició de garant.

Així, de forma genèrica, podem determinar la condició de garant per la relació existent entre un subjecte i un bé jurídic, en virtut del qual aquell es fa responsable de la indemnitat d'aquest. Per això, de dita relació sorgeix pel subjecte un deure jurídic específic d'impedir el resultat, i, per tant, el fet de no ser evitat per part del garant s'ha d'equiparar a la seva realització mitjançant una conducta activa.

L'existència d'una posició de garant es dedueix de determinades fonts formals, com la Llei, el contracte i també l'actuació precedent de caire perillós, és a dir, la ingerència. És a dir, el que té l'obligació d'actuar i la possibilitat de fer-ho, no fa res per impedir el resultat o per limitar les seves conseqüències.

En definitiva, els requisits de la figura jurídica de la comissió per omissió són:

a) De caràcter objectiu, una inactivitat que doni lloc a l'execució o afavoreixi l'execució del delictes i que estigui lligada causalment amb el resultat típic.

b) De caràcter subjectiu, una voluntat de cooperar o facilitar causalment l'obtenció del resultat típic amb l'omissió.

c) De caràcter normatiu, consistent en la infracció del deure jurídic d'impedir la comissió del delictes o posició de garant; essent aquesta posició de garant la que distingeix la comissió per omissió del delictes d'omissió del deure de socors.

Endemés, en la comissió per omissió imprudent, hi ha una coincidència entre l'obligació de garant i el deure de cura d'altri, encara que conceptualment ambdós es puguin diferenciar. El deure de cura ha d'estar fonamentat en la posició de garant de l'ometent i la mesura de guarició deguda del que ve obligat com a garant. A l'inversa, en l'àmbit del delictes imprudent per omissió, l'obligació de garant comporta un deure de cura i pot sancionar-se penalment a títol de comissió per omissió imprudent, a la persona que lesiona el seu deure de garant en la vessant d'adoptar determinades mesures de seguretat o de controlar comportaments aliens perillosos, sempre i quan el resultat lesiu hagués estat evitat mitjançant el compliment d'aquest deure amb una probabilitat altament segura, essent previsible per l'ometent.

II.- CONSIDERANT: pel que fa al recurs interposat per C.M.B.V. que la representació processal del recurrent discuteix la valoració de les proves realitzades pel Tribunal de Corts, amb la finalitat d'afirmar que el seu defensat no era conscient del perill generat per la petita allau ni de la pèrdua d'A.E.M.. Es deriva de la prova practicada en la instrucció de la causa i a l'acte de la vista Oral que:

1) C.B.V., A.M.M. i A.E.M. esquiaven junts. Aquest fet es desprèn de les declaracions dels propis processats que van declarar a la vista oral que haurien quedat per esquiar *“es van trobar a les pistes, van fer 3 o 4 baixades junts, van decidir tots tres d'anar fora pista”*. En el cas d'altres el fet que els tres esquiadors tenien o no amistat no es rellevant doncs en el món d'esquí o de manera general de la muntanya existeix una solidaritat entre companys o membres del grup, fos aquest grup provisional i ocasional.

2) Entre les 13'45 h i les 14'00h els tres, després d'haver fet 3 o 4 baixades junts, decidiren de mutu acord efectuar el descens per una pista tancada i indicada amb risc d'allaus passant per sota de la corda que la tancava, essent la pista negra del Cabirol.

Aquest acord resulta de les declaracions de M. a la vista oral que indica *“decideixen tots tres d’anar fora pista”*, tot semblant afirmar Bustamante que sobre aquesta pista *“es va llençar tot sol”*. El testimoni M.V.O., pister que coordinava el servei de pisters, té declarat a la vista oral que els processats *“van dir que anaven amb una noia i que no l’havien vist més des de les 14’00h”*.

Està a més plenament acreditat per les declaracions de F.S.B. cap adjunt de l’estació, de M.V.O. pister, i de l’agent de policia núm. PO xxx, que la pista estava tancada, senyalitzada de perill d’allaus. Si les fotos han estat preses pel servei de policia el dia següent doncs feia fosc quan van arribar al lloc de l’accident, resta evident que els agents del servei de policia no tenen cap interès a mentir o a procedir durant la nit a la instal·lació d’una senyalització que no hi era el dia abans.

3) A conseqüència d’aquesta baixada en una pista tancada, baixant B. i E. pel cantó esquerre, alhora que M. ho feia per la dreta, es produí una allau. Si els processats en les seves darreres declaracions a la vista oral, sostenen que *“no van veure cap allau”* aquest fet ha estat verificat pels treballadors de l’estació, afirmant M.V.O. cap de pisters, que un dels nois li diu que havien provocat una allau, i afegint que no hi ha mai una petita allau, que l’important no és la dimensió de l’allau, ja que mai se sap el que pot arribar a passar, que el perill no va en funció de la quantitat de la neu sinó de com agafa. L’aparició de l’allau és establerta per les declaracions reiterades a la vista oral pels testimonis M.V.O., J.T.R., F.S.B. i les constatacions del Servei de Policia.

4) Aquesta allau enxampa a B. i E., malgrat els processat hagin modificat la seva versió dels fets explicada als agents del Servei de Policia i als testimonis que van comparèixer a la vista oral, sostenint que B. va fer una simple caiguda, es desprèn de les proves obrant en autes que aquest darrer va quedar *“colgat”* arribant-li la neu a cobrir de cintura, i que, sense l’ajuda de M. no hagués pogut sortir.

El Servei de Policia recollí en el seu informe les manifestacions que de *motu propi* efectuaren els propis encausats, segons les quals Bustamante i M. coincidiren a comentar que provocaren una allau, que baixà el primer uns 20 metres i es queda *“colgat”*, és a dir ensorrat de cintura cap a baix amb una cama totalment immobilitzada, cridant a en M. el qual l’ajuda a sortir.

Aquestes manifestacions recollides de manera informal no tenen valor de prova, però poden ser considerades com a indicis quan han estat confirmades per declaracions de testimonis (M.V.O., J.T.R., F.S.B., que van precisar el que l’hi van explicar els propis encausats i que no tenen interès en mentir), per les fotografies al lloc i la localització de la difunta.

5) Els processats es preguntaren després de la caiguda de l'allau de la situació d'A.E.M., conscient de que l'havien perdut de vista i pensant segons les seves declaracions a la vista oral que *"havia tirat cap a baix"*, decidiren marxar del lloc sense donar ni tan sols cap avís de l'allau i de la pèrdua als Serveis de seguretat o de socors de les pistes.

6) Vers les 16'30 hores, més de dos hores i mitja després dels fets, els processats van avisar el Servei de Socors de la desaparició d'E., la qual va ser trobada *"colgada"* de neu amb una mà fóra, al fons de la pista Cabriol uns 6 minuts després d'haver rebut l'avís.

A.E. morí unes dues hores després a conseqüència d'hipotèrmia.

Pel que fa al recurs interposat per A.M.M., discuteix també el fet d'haver esquiat junts, el fet que s'hagués produït una allau i que B. va quedar-se *"colgat"* a la neu.

Pels raonaments ans expressats convé considerar que de la prova practicada, el Tribunal de Corts ha realitzat una justa i precisa valoració de la mateixa.

El recurrent M. insisteix en el fet que no va estar preocupat per la situació d'A.E..

A més de la realitat degudament demostrada de l'allau, que els tres esquiadors van provocar dit fet, que va ajudar B. *"colgat"* de neu, convé remarcar que M. després d'haver efectuat 4 o 5 baixades, va anar a veure el company de pis d'A. vers les 15'00 hores o 15'30 hores a la botiga on aquest treballava. El testimoni J.T.R. ha declarat que *"li van dir que haurien fet uns fora pistes, que havia baixat una petita allau, que C. s'havia quedat mig enterrat i que no havia vist més a l'A."*

Segons les declaracions del testimoni V., pister, van explicar-li fets similars, per avisar els socors, J.T. ha també afirmat que els acusats personalment li explicaren els fets que *"estaven nerviosos i poc explícits"*.

Aquesta actitud permet considerar que els processats eren conscients del que havia succeït, o almenys del perill que corria A.E. quan van decidir no avisar l'estació.

El Tribunal de Corts ha fet en conseqüència una exacta valoració dels fets provats.

III.- CONSIDERANT: que segons el què disposa l'article 22 del Codi penal, els delictes que consisteixen en la producció d'un resultat lesiu poden ser comesos per omissió, considerant com autors la persona que tenia l'obligació d'evitar un resultat i poden fer-ho, hagi permès la producció.

Es desprèn dels fets provats que els tres esquiadors havien realitzat el dia de l'accident algunes baixades junts, que tots tres decidiren esquiar fora pistes, la qual cosa a més d'assumir cada un d'ells la situació de risc que es representava, en baixar esquiant amb una taula de snowboard per un lloc que estava tancat amb una corda i senyalitzat com a zona de perill d'allau, comporta que cadascun, era garant dels altres dos i assumeix o haurà d'assumir aquesta posició.

A diferència del que al·lega el recurrent B., els processats tenien obligació d'evitar el resultat produït, i ho podien haver fet per l'actuació molt senzilla de trucar al servei de socors de l'estació.

La versió manifestada per ambdós processats de que no es tractava d'una allau i que B. no hauria estat "colgat" de neu (en contra del que van declarar de manera espontània en el primer moment davant els agents del Servei de Policia, manifestacions que van ser ratificades a la vista oral) resulta inversemblant i contrari a més a les declaracions dels testimonis.

També és inversemblant el fet que ambdós interessats poguessin pensar que E. hagués pogut baixar sense problemes, doncs aquesta es trobava en una posició més amunt que B., sabia que feien un descens a tres per una zona perillosa i ostentava també la posició de garant respecte als altres dos companys, que els hauria deixat sense cura, malgrat l'allau, a aquests darrers.

M. i B. eren doncs plenament conscients del perill que corria A.E. i malgrat tot van decidir de no avisar l'estació de que ells tres havien provocat una allau i un d'ells hauria desaparegut.

La voluntària omissió dels processats és per tant, la que provoca la mort d'A.E., quina supervivència depenia d'una qüestió de temps.

Contràriament al què pretenen els processats no es pot apreciar una concurrència de culpes per part de la víctima, ja que el delictes reprovat als processats no consisteix en el fet d'haver provocat l'allau, però en l'omissió d'avisar de forma immediata com era la seva obligació, essent penalment conscients d'haver produït una allau, d'haver un d'ells trobar-se immers en dita allau, i d'haver constatat que l'A.E. hauria desaparegut com ho van explicar a la

resta dels testimonis que han declarat durant la instrucció de la causa i a la vista oral.

Convé en aquestes condicions, confirmar les disposicions penals de la sentència recorreguda i també pel que fa a la pena imposada, que és perfectament adaptada de conformitat a l'article 56 del Codi penal, a la gravetat dels fets i a les circumstàncies personals dels processats, que no tenen antecedents penals, però no apareixen ni peneditis ni conscients de la gravetat de la falta d'omissió i negligència que han comés.

IV.- CONSIDERANT : que pel que fa la responsabilitat civil, que les indemnitzacions atorgades pel Tribunal de Corts en concepte de perjudici moral a la mare, la germana i als avis de la difunta resta conforme als criteris jurisdiccionals.

El Tribunal a quo ha apreciat també exactament, el pretium doloris per mortum d'A. que ha de percebre la seva mare en la seva qualitat d'hereva legal.

En efecte la metge Forense Dra. Carmen MORENO ha explicat a l'acte de la vista oral que *“el patiment és important en els primers moments, la persona es dona compte que morirà i durant aquest període de temps el patiment es greu però curt”*. La quantitat atorgada de 7.000€ no és desproporcionada compte tingut d'aquestes explicacions.

En fi, i pel que fa la quantitat atribuïda a la mare de la difunta en matèria de despeses d'incineració, aquesta està justificada pels documents produïts (Foli 479 a 480) i pren en compte l'import abonat per la companyia d'assegurances.

V.- CONSIDERANT: que procedeix desestimar els recursos confirmant íntegrament la sentència i condemnant els recurrents al pagament de les despeses processals causades inclosos els honoraris d'advocat de l'acusació particular.

Vistos la Constitució, el Codi penal, el Codi de procediment penal, la jurisprudència aplicable, i altres fonts del dret del Principat d'Andorra, els magistrats de la Sala Penal del Tribunal Superior de Justícia d'Andorra,

DECIDIM:

- 1- DESESTIMAR el recurs interposat per les representacions dels Srs. C.M.B.V. i A.M.M..
- 2.- CONFIRMAR íntegrament sentència objecte de recursos.
- 3.- CONDEMNAR els recurrents al pagament de les despeses processals causades inclosos els honoraris d'advocat de l'acusació particular.

Aquesta sentència és ferma i executiva.