

Ha decidido

Inadmitir la cuestión de inconstitucionalidad núm. 640-2005, planteada por el Juzgado de lo Penal núm. 2 de los de Arenys de Mar.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a veintiocho de octubre de dos mil ocho.—María Emilia Casas Baamonde.—Guillermo Jiménez Sánchez.—Vicente Conde Martín de Hijas.—Elisa Pérez Vera.—Eugeni Gay Montalvo.—Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.—Ramón Rodríguez Arribas.—Pascual Sala Sánchez.—Manuel Aragón Reyes.—Pablo Pérez Tremps.—Firmado y rubricado.

*Voto particular que formula el Magistrado don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez a la Sentencia del Pleno que inadmite la cuestión de inconstitucionalidad núm. 640-2005*

1. En el ejercicio de la facultad conferida por el art. 90.2 LOTC expreso mi discrepancia con la Sentencia aprobada, tanto en el juicio que contiene sobre el grado de cumplimiento por el órgano judicial del trámite regulado en el art. 35.2 LOTC como en la consecuencia que se extrae del defecto apreciado.

La Sentencia pone de manifiesto que la providencia dictada por el Juez promotor de la cuestión de inconstitucionalidad alude a la posible contradicción de los arts. 57.2 y 48.2 CP «con el derecho a la libertad personal de la propia víctima consagrado en el art. 17 CE» mientras que el posterior Auto de planteamiento de la cuestión cita, como preceptos constitucionales presuntamente infringidos, no sólo al art. 17.1 CE, sino también a los arts. 1.1 y 10.1 CE, lo cual constituye un exceso que debe ser sancionado con la inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad.

Ciertamente, con arreglo a nuestra jurisprudencia la falta de mención de un determinado precepto constitucional en la providencia y su introducción *ex novo* en el Auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad puede devenir en infracción del art. 35.2 LOTC, pero sólo en la medida en que este defecto haya imposibilitado a las partes conocer el planteamiento del Juez proponente, pues ese defecto de precisión carece de suficiente entidad como para ser elevado a causa de inadmisibilidad si, como ocurre en el presente caso, la indeterminación es sólo relativa, de modo que las partes hayan podido conocer el planteamiento de inconstitucionalidad realizado por el Juez y, atendidas las circunstancias del caso, situarlo en sus exactos términos constitucionales y pronunciarse sobre él (STC 42/1990, de 15 de marzo, FJ 1).

En efecto, nuestra doctrina es constante en afirmar que si bien el órgano judicial no puede cuestionar otros preceptos legales distintos de aquellos que sometió a la consideración de las partes, no cabe exigir con igual rigidez esa misma adecuación entre el objeto de las alegaciones y el de la ulterior cuestión en lo relativo a la identificación de las normas constitucionales que se estiman infringidas. A este respecto hemos reiterado que no cabe desconocer que las propias alegaciones de las partes pueden contribuir, con toda normalidad, a delimitar o modular la duda de constitucionalidad que abriga el órgano judicial, al que tampoco cabe negar, junto a ello, la precisión y determinación técnico-jurídica de lo que las partes hayan aducido sobre la constitucionalidad del precepto legal; todo lo cual puede conducir a modificar o a ampliar, en el Auto de planteamiento, el parámetro de constitucionalidad inicialmente propuesto por el órgano judicial o identificado por las partes. La posición flexible del Tribunal en esta materia se plasma en numerosas resoluciones, como las SSTC 67/1985, de 2 de mayo, FJ 1; 166/1986, de 19 de diciembre, FJ 4; 188/1988 de 17 octubre, FJ 2; 42/1990, de 15 de marzo, FJ 1; 84/1993, de 8 de marzo, FJ 2;

120/2000, de 10 de mayo, FJ 2; 138/2005, de 26 de mayo, FJ 2; y 312/2006, de 8 de noviembre, FJ 2.

En el presente caso la alusión del órgano judicial en su providencia a «la libertad personal de la propia víctima» y la manifestación de la representación procesal de dicha víctima en su escrito alegatorio de que «es una ley absurda aquella que prohíbe a marido y mujer estar juntos si lo desean libre y voluntariamente» ofrece base suficiente para que la posterior referencia por el Juez, en el Auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, a la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico consagrado en el art. 1.1 CE, no pueda calificarse como una desvirtuación del trámite regulado en el art. 35.2 LOTC. Otro tanto ocurre con la referencia al art. 10.1 CE, cuya incorporación al Auto de planteamiento se produce para sostener que el libre desarrollo de la personalidad implica que corresponda a cada persona diseñar y ejecutar su propio proyecto vital. En realidad, puesto que la libertad que para el Juez promotor resulta inconstitucionalmente afectada es fundamentalmente la de la víctima —y en esto no hay duda a la vista de la providencia— más bien resulta prescindible la referencia al art. 17.1 CE, que no la posterior identificación de tal libertad con los arts. 1.1 y 10.1 CE.

2. Con independencia de cuanto antecede, entiendo que, aun cuando se hubiera producido el defectuoso cumplimiento del trámite regulado en el art. 35.2 LOTC que aprecia la Sentencia, ello no debió conducir a la inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad sino simplemente a que se hubiese descartado el examen de la cuestión desde la perspectiva de los arts. 1.1 y 10.1 CE (en este sentido, STC 120/2000, de 10 de mayo, FJ 2), a salvo la facultad prevista en el art. 39.2 LOTC.

Por lo demás, obvio es decirlo, el que, a mi juicio, la presente cuestión de inconstitucionalidad no debiera haber sido inadmitida nada prejuzga sobre mi posición acerca del fondo de la misma.

En Madrid, a veintiocho de octubre de dos mil ocho.—Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.—Firmado y rubricado.

**18813** *Pleno. Sentencia 140/2008, de 28 de octubre de 2008. Cuestión de inconstitucionalidad 594-2006. Planteada por la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Barcelona en relación con el art. 57.2 del Código penal, redactado por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre.*

*Libertades y derechos fundamentales: inadmite cuestión de inconstitucionalidad acerca de la pena de alejamiento.*

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por doña María Emilia Casas Baamonde, Presidenta, don Guillermo Jiménez Sánchez, don Vicente Conde Martín de Hijas, doña Elisa Pérez Vera, don Eugeni Gay Montalvo, don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, don Ramón Rodríguez Arribas, don Pascual Sala Sánchez, don Manuel Aragón Reyes y don Pablo Pérez Tremps, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En la cuestión de inconstitucionalidad núm. 594-2006, planteada por la Sección Novena de la Audiencia Provin-

cial de Barcelona, en relación con el art. 57.2 del Código penal. Han intervenido y formulado alegaciones el Abogado del Estado y el Fiscal General del Estado. Ha sido Ponente el Magistrado don Guillermo Jiménez Sánchez, quien expresa el parecer del Tribunal.

### I. Antecedentes

1. El 23 de enero de 2006 fue registrado en este Tribunal un escrito, fechado el 16 de enero de 2006, remitido por la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Barcelona, al que se acompaña testimonio del rollo de apelación seguido en esa Sección bajo el núm. 101-2005 y de los autos de procedimiento de juicio rápido seguidos ante el Juzgado de lo Penal núm. 1 de los de Vilanova i la Geltrú bajo el núm. 14-2005, así como Auto de 22 de diciembre de 2005 por el que plantea cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 57.2 CP.

2. Los antecedentes procesales de la presente cuestión de inconstitucionalidad son, sucintamente expuestos, los siguientes:

a) Con fecha 31 de diciembre de 2004 el Juzgado de Instrucción núm. 5 de los de Vilanova i la Geltrú dictó Auto acordando la incoación de diligencias urgentes núm. 1935-2004, por un presunto delito de maltrato familiar, al apreciar que los hechos referidos en el atestado policial reunían, en principio, las circunstancias mencionadas en el art. 795 LECrim.

b) El día 3 de enero de 2005 el Juzgado celebró la comparecencia prevista en el art. 798.1 LECrim, en la que se dictó Auto en forma oral acordando seguir el procedimiento contra el acusado por el hecho que se describe en la información de la imputación: un presunto delito de malos tratos en el ámbito familiar. Acto seguido se abrió el trámite de audiencia previsto en el art. 800 LECrim y, concedida la palabra al Fiscal, se interesó la apertura del juicio oral. A continuación se dictó Auto acordando la apertura del juicio oral, procediéndose seguidamente por el Ministerio público a formular escrito de acusación por unos hechos que fueron calificados como dos delitos de maltrato previstos y penados en el art. 153.1 y 2 CP, solicitándose la imposición al acusado por cada delito de una pena de un año de prisión e inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y tres años de privación del derecho a la tenencia y porte de armas, junto con la prohibición de comunicarse con la perjudicada y aproximarse a ella y a su domicilio en un radio de mil metros y por un período superior en tiempo en dos años a la pena de prisión (art. 57.1 y 3 CP).

c) En la misma comparecencia se declaró competente para el conocimiento y fallo de la causa al Juzgado de lo Penal núm. 1 de los de Vilanova i la Geltrú, procediéndose a citar a las partes para el acto del juicio oral, que quedó fijado para el día 24 de enero de 2005. Asimismo se acordó mantener la medida cautelar de alejamiento que había sido adoptada mediante Auto de fecha 31 de diciembre de 2004, consistente en la prohibición de aproximación a la perjudicada en un radio de quinientos metros, así como a su domicilio y a cualquier lugar en el que se encuentre, e igualmente a comunicarse con ella por cualquier medio.

d) Remitidas las actuaciones, la Juez de lo Penal dictó Auto el 13 de enero de 2005 acordando admitir las pruebas propuestas por el Ministerio público y demás partes. Celebrado el juicio oral el día 24 de enero de 2005, en sus conclusiones definitivas el Fiscal reiteró su calificación de los hechos, modificando sus conclusiones en el único extremo de retirar sus peticiones relativas a la imposición de pena de alejamiento y de responsabilidad civil. La defensa solicitó la libre absolución del acusado.

e) La Juez de lo Penal dictó Sentencia el 1 de febrero de 2005, condenando al acusado, como autor de dos deli-

tos de maltrato previstos en el art. 153.1 CP, a la pena, por cada uno de ellos, de siete meses y quince días de prisión, con la accesoria legal de inhabilitación para el derecho de sufragio durante el tiempo de la condena y la privación del derecho a la tenencia y porte de armas durante dos años.

En dicha Sentencia se afirma que, «correspondiendo en última instancia la interpretación y aplicación de las normas a los Tribunales que han de ser en última instancia sensibles a la realidad social, debe plantearse la posibilidad, cuando es constante la inexistencia de riesgo por la menor entidad de los hechos valorados en un contexto familiar determinado, de prescindir de tal clase de pena, no se olvide de naturaleza accesoria y por eso no necesaria en todo caso, correspondiendo a la discreción judicial la valoración de todas aquellas circunstancias que puedan influir en la individualización del reproche penal. Es por todo eso por lo que en este caso, en el que este Tribunal no ha apreciado una particular peligrosidad, tratándose de los primeros y únicos episodios de violencia en una larga vida matrimonial que hasta hoy no ha dado síntomas de deterioro, se estima procedente, acogiendo la petición de la propia víctima, no imponer la pena accesoria de alejamiento, que en definitiva afecta a todo el grupo familiar, hasta hoy cohesionado alrededor de la figura paterna que se encarga particularmente del cuidado de los hijos afrontando las tareas domésticas, respetando así la voluntad de quien supuestamente ha de ser el beneficiario de tal clase de pena, cuando, como se ha dicho, no se ha apreciado la necesidad de imponer una protección no deseada, conclusión por otra parte respetuosa con el principio acusatorio, si se tiene en cuenta que el Ministerio Fiscal ha retirado de su pretensión punitiva la petición expresa de tal clase de sanción penal».

f) Interpuesto recurso de apelación por el condenado, fueron remitidas las actuaciones a la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Barcelona, que dictó providencia de fecha 19 de octubre de 2005 señalando vista para el día 16 de noviembre de 2005. En dicho acto el apelante solicitó la estimación de su recurso y la revocación de la Sentencia, y el Ministerio público la desestimación y la confirmación de la Sentencia recurrida.

g) La Sección de la Audiencia Provincial dictó el 16 de noviembre de 2005 providencia del siguiente tenor: «Con suspensión del plazo para dictar Sentencia, ógase al Letrado del apelante José Juan Ródenas Navarro y al Ministerio Fiscal para que, al amparo de lo establecido en el art. 35 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, en el plazo común e improrrogable de diez días puedan alegar lo que deseen sobre la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, relativa al art. 57.2 CP, en cuanto a la aplicación imperativa en todo caso de la pena prevista en el apartado 2 del art. 48 CP».

h) La representación personal del acusado presentó escrito de alegaciones el 1 de diciembre de 2005 interesando que se elevara cuestión de inconstitucionalidad. Por el Ministerio público no se formularon alegaciones.

i) La cuestión de inconstitucionalidad fue promovida mediante Auto de 22 de diciembre de 2005.

3. La fundamentación jurídica de este Auto se abre con la afirmación de que la Sección se considera legítimada para promover cuestión de inconstitucionalidad a pesar de que ninguna de las partes interese la aplicación de la controvertida pena que establece el cuestionado artículo 57.2 del Código Penal, pues sobre el principio de la prohibición de la *reformatio in peius* prevalece evidentemente el principio de legalidad al que están sujetos todos los Jueces y Tribunales, lo que significa que la Sección, salvo que se declare la inconstitucionalidad que se postula, se vería obligada a revocar la Sentencia de instancia, imponiendo la pena de prohibición de acercamiento y comunicación que con carácter imperativo y en todo caso establece el referido precepto penal, pues lo

que la juzgadora de instancia hace es con toda evidencia una interpretación voluntarista y contra legem de un precepto no susceptible de tal interpretación, de lo que se infiere necesariamente que la decisión del proceso depende de la validez de la norma en cuestión, con lo que se cumple el requisito exigido en el artículo 35.2 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre.

A continuación afirma que el fin que el legislador pretende conseguir con la imposición de la prohibición de aproximación es, lógicamente, el de preservar a la víctima de un potencial riesgo de reiteración de la conducta criminal por parte del condenado. En este caso, quedando las finalidades preventivas generales y especiales garantizadas en el artículo 153 CP por la vía de la imposición de las penas de prisión o de trabajos en beneficio de la comunidad, resulta que el Legislador presume que es necesario proteger a la víctima y aplicar «en todo caso» una pena accesoria que supone una fuerte injerencia en la libertad del sujeto, como lo es la prohibición de acercamiento o de comunicación. Así, y sin dejar opción al órgano sentenciador para valorar la necesidad de esa protección, se impone, incluso en su caso frente a la oposición de la propia víctima, una pena que afecta a una pluralidad de intereses y derechos del autor de los hechos.

Seguidamente entra la Sección en el concreto análisis de los preceptos constitucionales que a su juicio resultan vulnerados por el precepto cuestionado, haciendo una referencia inicial a los arts. 1.1 y 10.1 y 2 CE y, en relación con este último apartado, a la Declaración universal de los derechos humanos, de 10 de diciembre de 1948, al Pacto internacional de derechos civiles y políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966 y ratificado por España el 30 de abril de 1977 (arts. 16 y 17), y al Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 y ratificado por España el 10 de octubre de 1979 (art. 8).

A continuación afirma que el precepto cuya constitucionalidad se cuestiona puede también vulnerar los derechos de libertad ambulatoria y de residencia (arts. 17 y 19 CE) de la víctima, el derecho al matrimonio (art. 32 CE) o a la formación de un núcleo familiar, exorbitante a dicha institución pero que deriva de la esencial dignidad de las personas, y el libre desarrollo de su personalidad (art. 10 CE) o derechos que incluso trascienden a los de la pareja implicada en los hechos, como lo es el propio derecho al desarrollo integral de los menores (art. 39 CE) que pueden verse privados del contacto cotidiano con uno de sus progenitores. Y añade que también puede producirse una vulneración de los arts. 24 y 25 CE.

En el primer caso porque, desde la perspectiva de la víctima, que guía el planteamiento de la presente cuestión de inconstitucionalidad, el art. 57.2 del Código penal, en relación con el art. 48.2, vulnera su derecho a la tutela judicial efectiva, causándole indefensión, dado que se le imponen imperativamente medidas de cuyas consecuencias solo teóricamente es beneficiaria, pues no las ha solicitado y, además, expresamente las rechaza, por estimarlas perjudiciales para sí misma, para sus hijos y para el entorno familiar en su conjunto.

En el segundo caso, en su especificación relativa al principio de proporcionalidad de las penas, entiende la Sección que en el supuesto enjuiciado se produce una desmesura (desproporcionada) en la utilización del Derecho penal. Si bien la prohibición de acercamiento es una pena que tiene un indudable anclaje en fines protectores de la víctima (tan relevantes en la moderna doctrina y con plasmación en las últimas reformas penales, sustantivas, procesales y penitenciarias), y no puede negarse su eficacia protectora cuando se ejecuta cuidadosamente, lo cierto es que, vista la pluralidad de casos en los que la pena es de obligatoria imposición, en muchos de esos supuestos deviene la prohibición de acercamiento en una pena que en puridad no protege bien jurídico alguno

(pues no es necesario el plus de protección a la víctima que supone) y en consecuencia resulta manifiestamente innecesaria. La rigurosa aplicación del precepto a este grupo de casos conlleva una innecesaria afectación de toda una pluralidad de derechos e intereses antes citados. Puede suponer una injerencia en la libertad de determinación de personas adultas, a las que *de facto* se les priva del derecho a establecer su núcleo familiar y a desarrollar tal modo de convivencia (arts. 10, 32 y 39 CE). Afecta igualmente al derecho a la elección de residencia (art. 19 CE) y puede acarrear, de manera paradójica, vista la intención del legislador, quebrantos de difícil reparación en cuanto a los derechos de los menores (protección integral de los hijos –art. 39.2 CE) al impedir a los padres prestarles «asistencia de todo orden» (art. 39.3 CE). De modo más incidental se puede producir una afectación de otros derechos, como la libertad de profesión u oficio (art. 35.1 CE).

Finalmente sostiene la Sección que no parece posible la acomodación del precepto legal cuestionado al ordenamiento constitucional por vía interpretativa (art. 5.3 LOPJ), pues la propia dicción del párrafo segundo del precepto, «en todo caso», se contrapone a la redacción del párrafo primero, que establece la imposición de la medida accesoria «atendiendo a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente», añadiendo la fórmula «los Jueces y Tribunales. podrán acordar». Cualquier interpretación del párrafo segundo en el sentido de que no es de aplicación necesariamente a todos los casos allí definidos supondría un ejercicio hermenéutico por parte del órgano sentenciador claramente voluntarista y que sobrepasaría sus funciones de «juzgar y hacer ejecutar lo juzgado» (art. 117 CE). Las soluciones doctrinales, para salvar esa interpretación, recurren a la aplicación de otros institutos (como el de la suspensión de la medida de seguridad) en una forzada interpretación que se entiende contraria al principio de legalidad.

4. Mediante providencia de 25 de abril de 2006 la Sección Tercera de este Tribunal acordó admitir a trámite la cuestión, así como dar traslado de las actuaciones recibidas, de conformidad con el art. 37.2 LOTC, al Congreso de los Diputados y al Senado, por conducto de sus Presidentes, al Gobierno, por conducto del Ministerio de Justicia, y al Fiscal General del Estado al objeto de que en el plazo de quince días pudieran personarse en el proceso y formular las alegaciones que estimasen convenientes. Por último se acordó publicar la incoación de la cuestión en el «Boletín Oficial del Estado», lo que se efectuó en el núm. 112, de 11 de mayo de 2006.

5. Mediante escrito registrado el 9 de mayo de 2006 el Presidente del Senado comunicó que la Mesa de la Cámara había acordado personarse en el presente proceso constitucional y dar por ofrecida su colaboración a los efectos del art. 88.1 LOTC.

Con fecha 12 de mayo de 2006 se presentó escrito del Presidente del Congreso de los Diputados comunicando el Acuerdo de la Mesa de la Cámara de no personarse ni formular alegaciones en el presente proceso constitucional, poniendo a disposición del Tribunal las actuaciones que pudiera precisar.

6. Por escrito registrado el 17 de mayo de 2006 el Abogado del Estado se personó en nombre del Gobierno en el presente proceso constitucional y formuló las alegaciones que seguidamente se resumen:

Empieza el escrito de la representación procesal del Estado indicando que surge cierta duda en este caso sobre la concurrencia del requisito de la relevancia, no tanto porque el precepto que se cuestiona sea ajeno al fondo del asunto, cuanto por la eventualidad de que la prohibición de la *reformatio in peius* constituya, frente a lo que piensa la Sección proponente, un impedimento para su aplicación práctica, condicionando así la relevan-

cia de la cuestión. Ello no obstante, el Abogado del Estado no cuestiona esa relevancia, puesto que la doctrina del Tribunal Constitucional ha hecho excepción en la doctrina constitucional de la reforma peyorativa de los casos en que el «daño que derive de la aplicación de normas de orden público». En el presente la norma cuestionada participa de tal carácter, no sólo por su naturaleza, sino por la reconocida exigencia de su aplicación, revelada por las continuas reformas que con urgencia se ha visto el legislador obligado a emprender ante el creciente número de esta clase de delitos.

A juicio del Abogado del Estado la duda de constitucionalidad no arranca en este caso de la consideración de esos aspectos esenciales a la norma penal, sino de la naturaleza imperativa de la pena. De estas consideraciones parece deducirse que la inconstitucionalidad deriva de la incondicionalidad de la pena de alejamiento que el art. 57.2 CP manda imponer en todo caso, sin dejar ninguna opción al juzgador que permita inaplicarla o modularla según las circunstancias concurrentes. La pena diseñada en la actual redacción del art. 57.2 CP adolecería de un defecto que no se daba en sus precedentes redacciones, donde la valoración del riesgo para la víctima era un cometido del juez, mientras que en el texto actual esa función es asumida por el propio legislador. Sin embargo las objeciones a la constitucionalidad del precepto atienden más al efecto aflictivo que la medida de alejamiento no deseada por la víctima causa sobre ésta que a lo que representan las censuras que hemos transcrito más arriba, sugeridoras de un mayor margen judicial de apreciación para la imposición de esa medida. Y destaca el Abogado del Estado que, en cierta medida, hay contradicción entre estas dos objeciones aparentemente acumuladas frente a un mismo precepto: el mayor arbitrio judicial, por un lado, y su condicionamiento a los deseos de la víctima, por otro. El juicio de ponderación de riesgos según las circunstancias, ni excluye la pena, ni la condiciona a la voluntad de la víctima, sino que la confía a la prudente valoración del juzgador, que obviamente no tendría, siempre y en todo caso, que coincidir con los deseos, pronósticos o esperanzas de la víctima. Si, por el contrario, la condición a que se subordina la aplicación de la pena es el consentimiento (o no oposición) de la persona maltratada, por derivar la necesidad de ese consentimiento de una exigencia constitucional, la ponderación del juzgador sobraría, porque contra la voluntad de la víctima nunca podría imponerse el alejamiento.

Continúa el Abogado del Estado indicando que, en principio, la pena de alejamiento, más que una separación física entre el ofensor y el ofendido, consiste y se articula como prohibición del primero de acercarse a la víctima del delito. Lo mismo podría decirse de la pena de prisión: la separación física entre condenado y sus allegados, más que la consistencia objetiva de la pena, es un efecto del internamiento que implica. La oposición de la víctima como mecanismo excluyente de la pena colocaría a este tipo de infracciones penales en un lugar próximo a los delitos llamados privados, perseguibles sólo a instancia de parte; seguirían siendo perseguibles de oficio, pero la víctima tendría una especie de derecho de veto para la imposición de las penas. Tal posibilidad habría de basarse en una apreciación específica que no ha sido considerada en el Auto: la de que el delito agota sus efectos en la persona directamente ofendida, sin trascendencia razonable alguna a la sociedad. Este es el fundamento propio de los delitos perseguibles a instancia de parte, que pueden ser objeto de punición sólo si se revela el perjuicio por la reacción de determinadas personas a quienes la ley reserva de manera exclusiva la condición de perjudicados; el resto de los miembros de la comunidad no se consideran perjudicados por el delito y carecen de legitimación alguna para perseguir a sus autores. El Abogado del Estado entiende que este tipo de agresiones con cau-

sación de lesiones no es un delito que sólo afecte a la persona agredida. Nunca las lesiones han merecido este tratamiento, ni menos aún en el tiempo presente. La víctima del delito enjuiciado en este y en otros casos, sin dejar de serlo de manera directa y principal, no es la víctima exclusiva de su comisión; lo es –intensamente– toda la comunidad, aspecto que, al no ser considerado por el Auto, le ha llevado a sugerir improcedentemente la asimilación del delito a los perseguibles a instancia de parte. En rigor, pues, son víctimas todos los miembros de la comunidad. La pena no contempla exclusivamente a la víctima como objeto de protección: se protege a la persona agredida por una estimación de riesgos apreciada por el legislador y desgraciadamente confirmada por una penosísima estadística. Pero, sobre todo, se protege a la sociedad frente a la reiteración de este tipo de ofensas frente a una misma víctima. El legislador penal no enjuicia en absoluto la conducta de la víctima, sino la del agresor, y la castiga, no por los sentimientos o deseos de la víctima, sino por «la relevancia social de los intereses que pretende proteger, no sólo por la libertad y la integridad física de la víctima, sino también por la pacífica convivencia doméstica y derechos constitucionales como el derecho a la integridad física y moral o. también otros de protección a la familia».

Finalmente el Abogado del Estado considera que parece, por las reflexiones finales del Auto, que la Juez proponente entiende que la sanción sería legítima al margen de su configuración potestativa o preceptiva para el juzgador y de su aplicación a despecho de la voluntad de la víctima; lo que parece hacerla dudosa para ella es su proyección indiferenciada ante casos de diversa gravedad, su eventual desmesura, su inutilidad en ciertos casos. Pero esta objeción nada tiene que ver con la larga lista de preceptos constitucionales invocados. Lo que se suscita es una cuestión de política punitiva, pero sin que se afirme que la respuesta penológica se aparte de los valores constitucionalmente tutelados por la norma, ni que se niegue la envergadura que en la sociedad ha adquirido la violencia doméstica o la percepción social de la escasa respuesta punitiva existente ante dicho fenómeno al publicarse los textos cuestionados.

Con base en las alegaciones expuestas el Abogado del Estado interesa la desestimación de la cuestión promovida.

7. Con fecha 24 de mayo de 2006 el Fiscal General del Estado presentó en el Registro General del Tribunal sus alegaciones, que se resumen a continuación:

Empieza el escrito del Ministerio público interesando la inadmisión de la cuestión planteada por incumplimiento de los requisitos establecidos en el art. 35.1 LOTC, tanto en lo que se refiere al trámite de audiencia a las partes sobre la presunta inconstitucionalidad de la norma, como en lo relativo a la carencia de relevancia de la norma cuestionada en orden al fallo a dictar por el órgano proponente.

Por lo que respecta a lo primero, entiende que no se ha cumplido con lo que exige la doctrina del Tribunal Constitucional, lo que se patentiza, *prima facie*, en la redacción de la providencia de 16 de noviembre de 2005, ya que en la misma, si bien se efectúa una alusión a los arts. 48 y 57.2 del CP, no se hace una correlativa referencia a las normas de la CE a la que aquélla se opondría, sin que se cite ninguno de los artículos de la CE a los que profusamente se refiere la Sección en el Auto de planteamiento de la cuestión. Y la citada omisión no puede quedar remediada porque en la providencia se incluyan las palabras: «en cuanto a la aplicación imperativa en todo caso de la pena prevista en el apartado 2 del art. 48 del citado Código». Tal expresión no conduce de modo inconfundible a precepto alguno de la CE que pueda entenderse conculcado. De esta forma entiende el Fiscal General del

Estado que queda defraudada la finalidad del trámite de audiencia, que va dirigida, como se dice en la doctrina referenciada, a recabar las opiniones del Ministerio público y de las partes sobre la controversia constitucional que suscita duda al órgano judicial que plantea la cuestión, que pueden quedar, por los citados informes, disuadidos del planteamiento o reforzados en sus argumentos a favor de su proposición. Por lo antedicho entiende el Fiscal General del Estado que la cuestión de inconstitucionalidad debería de ser inadmitida o desestimada por los citados defectos en el trámite de audiencia.

En relación con la carencia de juicio de relevancia alega que el planteamiento de la cuestión no deviene necesario para la resolución del pleito. Efectivamente, la Juez de lo Penal que dictó Sentencia en la instancia no impuso la pena de alejamiento solamente porque no lo pidiera el Fiscal, sino por lo que denomina la Audiencia Provincial una interpretación voluntarista y *contra legem* del precepto (FJ 2 *in fine* del Auto de planteamiento). La Audiencia, por su parte, entiende que la pena es de necesaria imposición, atendido el principio de legalidad que obliga a la imposición de la pena legalmente prevista independientemente de que la solicite o no la acusación o de que sea o no oportuna o conveniente para la víctima. Sin embargo, paradójicamente, la imposición de la pena de alejamiento en este caso concreto podría dar lugar a la vulneración de la tutela judicial efectiva del recurrente, al ver éste empeorada su situación como consecuencia de la interposición de su recurso, ya que el Ministerio público no solicitó la pena de alejamiento y, coherentemente con ello, estuvo en el trámite de apelación conforme con la decisión de la Juez. Tal es el alcance de la *reformatio in peius*, cuya exclusión vedaría a la Audiencia imponer una pena antes omitida a una persona que está reclamando su absolucón (véase el suplico del recurso de apelación del condenado y la petición de su abogado en la vista).

La conclusión que se obtiene es la de que el fallo que se pudiera dictar en la presente causa no está vinculado a la aplicación de la norma (art. 57.2 CP), toda vez que tal pena, de obligatoria imposición por el Juez según el artículo cuestionado, no operaría en este caso concreto, ni podría, por tanto, aplicarse sin vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva del condenado, que de esta forma vería agravada su situación por la interposición de un recurso que, obviamente, pretende su absolucón y no la imposición de una pena añadida. Bajo este prisma el planteamiento de la cuestión carecería de relevancia y no se cumpliría el requisito del art. 35.2 LOTC, puesto que la decisión del proceso no dependería de la constitucionalidad de la norma.

Subsidiariamente el Fiscal General del Estado solicita la desestimación de la cuestión de inconstitucionalidad, al considerar que la imposición obligatoria de la medida de alejamiento no es contraria a los preceptos constitucionales citados, que, con mayor o menor prolijidad, son los arts. 1.1, 10.1, 15, 17, 18, 19, 24, 25, 32 y 39.1 CE.

8. Por providencia de 28 de octubre de 2008, se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 28 del mismo mes y año.

## II. Fundamentos jurídicos

1. La Sección Novena de la Audiencia Provincial de Barcelona cuestiona en este proceso la constitucionalidad del art. 57.2 del Código penal (CP), en la redacción que le confirió la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por entender que infringe los arts. 1.1, 10, 15, 17, 18, 19, 24, 25, 32 y 39.1 de la Constitución en los casos en que la víctima rechace la imposición de la pena de alejamiento y no quiera cesar la relación de convivencia con el condenado. El Fiscal General del Estado interesa la inadmisión de la cuestión por incumplimiento de los requisitos procesales

o, en su defecto, la desestimación de la cuestión promovida. El Abogado del Estado solicita su desestimación.

2. Con carácter previo al estudio del fondo del asunto debemos examinar los vicios de procedibilidad denunciados por el Fiscal General del Estado, que se opone a la admisibilidad de la cuestión formulada por considerar incumplidos algunos de los requisitos establecidos en el art. 35 LOTC. Este examen es pertinente, según nuestra doctrina, porque la tramitación específica de admisibilidad de la cuestión del art. 37.1 LOTC no tiene carácter preclusivo: cabe apreciar en Sentencia, con efectos de inadmisión o de desestimación, la ausencia de los requisitos procesales y de fundamentación requeridos para el válido planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad (por todas, STC 59/2008, de 14 de mayo, FJ 2).

Denuncia el Fiscal General del Estado el defectuoso cumplimiento por el órgano judicial del procedimiento establecido en el art. 35.2 LOTC para el correcto planteamiento de la cuestión, por cuanto la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Barcelona habría sometido la cuestión a las partes y al Ministerio público sin mencionar los preceptos constitucionales respecto de los que tenía la duda de inconstitucionalidad. La Sección dictó providencia, de fecha 16 de noviembre de 2005, por la que acordó oír a las partes y al Fiscal por término de diez días para que, al amparo de lo establecido en el art. 35 de la Ley Orgánica 21/1979, de 3 de octubre, pudieran «alegar lo que deseen sobre la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, relativa al art. 57.2 CP, en cuanto a la aplicación imperativa en todo caso de la pena prevista en el apartado 2 del art. 48 CP».

En relación con el mencionado requisito es reiterada doctrina de este Tribunal que, con él, «se persigue el doble objetivo de garantizar la audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal ante una posible decisión judicial de tanta entidad como es la apertura de un proceso constitucional y de poner a disposición del órgano judicial un medio que le permita conocer la opinión de los sujetos interesados con el fin de facilitar su reflexión sobre la conveniencia o no de proceder a la apertura de dicho proceso. Es, por lo tanto, un requisito inexcusable, cuya eventual omisión constituye un defecto en el modo de proposición de la cuestión de constitucionalidad que ha de determinar, tras el trámite previsto en el art. 37.1 LOTC, la inadmisión de la cuestión. Igualmente, hemos hecho hincapié, de un lado, en que el art. 35.2 LOTC dispone claramente que el plazo para que aleguen las partes y el Ministerio Fiscal ha de ser común, y, de otra, que dicho trámite de audiencia no puede minimizarse reduciéndolo a un simple trámite carente de más trascendencia que la de su obligatoria concesión, cualesquiera que sean los términos en los que ésta se acuerde, resultando inexcusable, por el contrario, que en él se identifiquen con precisión tanto los preceptos legales sobre cuya constitucionalidad se albergan dudas como las normas de la Constitución que se consideran vulneradas» (por todos, AATC 65/2001, de 27 de marzo; 299/2005, de 5 de julio; 263/2006, de 4 de julio; 50/2007, de 13 de febrero; 202/2007, de 27 de marzo; 370/2007, de 12 de septiembre; y 127/2008, de 22 de mayo).

En este caso el órgano judicial no ha satisfecho las exigencias que, de acuerdo con la doctrina constitucional reseñada, impone el art. 35.2 LOTC en orden al trámite de audiencia a las partes y al Ministerio público sobre la pertinencia de plantear la cuestión de constitucionalidad. En la providencia por la que el órgano judicial ha procedido a la apertura del trámite de audiencia a las partes y al Fiscal no ha identificado ni precisado un sólo precepto constitucional que pudiera vulnerar el precepto legal cuestionado. Esta deficiencia, de acuerdo con una reiterada doctrina constitucional, afecta al correcto desarrollo del trámite de audiencia, pues para que su realización pueda cumplir adecuadamente la doble función antes señalada resulta inexcusable

que el órgano judicial identifique con precisión, no sólo los preceptos legales sobre cuya constitucionalidad alberga dudas, sino también los artículos del texto constitucional que aquéllos puedan haber infringido (por todos, AATC 263/2006, de 4 de julio; 370/2007, de 12 de septiembre).

3. En conclusión, procede inadmitir la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Barcelona al haber sido incumplidas las exigencias establecidas por el art. 35.2 LOTC en cuanto al trámite de audiencia a las partes, por lo que resulta innecesario analizar el óbice procesal planteado por el Fiscal General del Estado relativo a la carencia de relevancia de la norma cuestionada en orden al fallo a dictar por el órgano proponente.

#### FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Inadmitir la cuestión de inconstitucionalidad núm. 594-2006, planteada por la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Barcelona.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a veintiocho de octubre de dos mil ocho.—María Emilia Casas Baamonde.—Guillermo Jiménez Sánchez.—Vicente Conde Martín de Hijos.—Elisa Pérez Vera.—Eugeni Gay Montalvo.—Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.—Ramón Rodríguez Arribas.—Pascual Sala Sánchez.—Manuel Aragón Reyes.—Pablo Pérez Tremps.—Firmado y rubricado.

**18814** *Pleno. Sentencia 141/2008, de 30 de octubre de 2008. Cuestión de inconstitucionalidad 6563-2006. Planteada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Lleida en relación con el artículo 57.2 del Código penal, redactado por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre.*

*Libertades y derechos fundamentales: inadmite cuestión de inconstitucionalidad acerca de la pena de alejamiento. Votos particulares.*

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por doña María Emilia Casas Baamonde, Presidenta; don Guillermo Jiménez Sánchez, don Vicente Conde Martín de Hijos, doña Elisa Pérez Vera, don Eugeni Gay Montalvo, don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, don Ramón Rodríguez Arribas, don Pascual Sala Sánchez, don Manuel Aragón Reyes y don Pablo Pérez Tremps, Magistrados, ha pronunciado

#### EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

En la cuestión de inconstitucionalidad núm. 6563-2006, planteada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Lleida, en relación con el art. 57.2 del Código penal, en la redacción dada al mismo por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre. Han intervenido y formulado alegaciones el Abogado del Estado y el Fiscal General del Estado. Ha sido Ponente el Magistrado don Manuel Aragón Reyes, quien expresa el parecer del Tribunal.

#### I. Antecedentes

1. El 15 de junio de 2006 fue registrado en este Tribunal un escrito fechado el 12 de junio de 2006, remitido por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Lleida, al que se acompaña testimonio del rollo de apelación seguido en esa Sala bajo el núm. 36-2006, y de los autos de procedimiento de juicio rápido seguidos ante el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Lleida bajo el núm. 3-2006, así como el Auto de 25 de mayo de 2006, por el que se plantea cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 57.2 CP.

2. Los antecedentes procesales de la presente cuestión de inconstitucionalidad son, sucintamente expuestos, los siguientes:

a) Con fecha 30 de diciembre de 2005 el Juzgado de Instrucción núm. 4 de Lleida dictó Auto acordando la incoación de diligencias urgentes núm. 152-2005 por un presunto delito de maltrato familiar, al apreciar que los hechos referidos en el atestado policial reunían, en principio, las circunstancias mencionadas en el art. 795 LECrim.

b) El 30 de diciembre de 2005 el Juzgado celebró la comparecencia prevista en el art. 798.1 LECrim, en la que se dictó Auto en forma oral acordando continuar el procedimiento por los trámites previstos en el capítulo IV del título III del libro IV LECrim, y acordando igualmente oír en el acto al Ministerio Fiscal y a las demás partes personadas para que se pronunciaran sobre si procedía la apertura del juicio oral o el sobreseimiento y para que, en su caso, solicitaran o se ratificaran en lo solicitado respecto de la adopción de medidas cautelares. Acto seguido, se abrió el trámite de audiencia previsto en el art. 800 LECrim, y, concedida la palabra al Fiscal, éste interesó la apertura del juicio oral. A continuación se dictó Auto acordando esa apertura, procediéndose seguidamente por el Fiscal a formular escrito de acusación por unos hechos que fueron calificados como un delito de violencia doméstica previsto y penado en el art. 153.1 y 3 CP, solicitando la imposición al acusado de una pena de un año de prisión junto con la prohibición de comunicarse con la perjudicada y aproximarse a ella en un radio de doscientos metros por un período de tres años y seis meses y privación del derecho de tenencia de armas durante el mismo período de tiempo.

c) En la misma comparecencia se declaró competente para el conocimiento y fallo de la causa al Juzgado de lo Penal núm. 2 de Lleida, procediéndose a citar a las partes para el acto del juicio oral, que quedó fijado para el día 9 de enero de 2006. Asimismo se dictó Auto acordando la libertad provisional del acusado, y otro más acordando la medida de prohibición de acercamiento a menos de doscientos metros de donde se hallara la perjudicada, y la de comunicarse con ella en cualquier forma.

d) El 5 de enero de 2006 compareció la perjudicada ante el Juzgado manifestando que lo hacía al objeto de retirar la denuncia que interpuso, que quería reiniciar la convivencia con el denunciado y que no le tenía miedo, que efectuaba esta manifestación sin coacción alguna y que solicitaba se dejara sin efecto la orden de protección que se dictó y que deseaba que se archivase la causa.

e) Remitidas las actuaciones al Juzgado de lo Penal núm. 2, se celebró el juicio oral el 9 de enero del 2006; en sus conclusiones definitivas el Ministerio Fiscal reiteró su calificación de los hechos, modificándolas en el único extremo de su petición relativa a la duración de la pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas, que fijó en tres años, y de retirar su petición de responsabilidad civil. La defensa solicitó la libre absolución del acusado.

f) El Juzgado de lo Penal dictó Sentencia el 11 de enero de 2006, condenando al acusado como autor de un delito de violencia doméstica previsto en el art. 153.1, 3 y 4 CP, a las penas de treinta y dos días de trabajos en beneficio de la comunidad y de privación del derecho a la