|  |  |
| --- | --- |
| Auto | 127/2008 |
| Fecha | de 22 de mayo de 2008 |
| Sala | Pleno |
| Magistrados | Doña María Emilia Casas Baamonde, don Guillermo Jiménez Sánchez, don Vicente Conde Martín de Hijas, don Javier Delgado Barrio, doña Elisa Pérez Vera, don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, don Ramón Rodríguez Arribas, don Pascual Sala Sánchez, don Manuel Aragón Reyes y don Pablo Pérez Tremps. |
| Núm. de registro | 663-2008 |
| Asunto | Cuestión de inconstitucionalidad 663-2008 |
| Fallo | Inadmitir la presente cuestión de inconstitucionalidad. |

**AUTO**

 **I. Antecedentes**

1. El día 25 de enero de 2008 tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal un escrito del Presidente de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Cádiz, al que se acompaña junto al testimonio del correspondiente procedimiento el Auto de la referida Sección de 21 de enero de 2008, en el que se acuerda plantear cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 57.2 del Código penal (CP) por su posible contradicción con los arts. 1, 10.1, 19, 24.1, 25.1 y 32 CE.

2. La cuestión trae causa del procedimiento abreviado núm. 218-2006 seguido ante el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Jerez de la Frontera por presuntos delitos de lesiones y amenazas en el ámbito de la violencia de género.

a) El Juzgado de lo Penal dictó la Sentencia núm. 243/2006, de 27 de octubre, en la que condenó al acusado como autor responsable de un delito de lesiones en el ámbito de la violencia de género, previsto y penado en el art. 153.1, 3 y 4 CP, con la concurrencia de la circunstancia atenuante de embriaguez (art. 21.2 CP), a las penas de veinticuatro días de trabajos en beneficio de la comunidad, privación del derecho de tenencia y porte de armas por tiempo de seis meses y prohibición de aproximarse a menos de doscientos metros de la víctima, así como a comunicarse con ella en cualquier forma por tiempo de un año; y como autor responsable de otro delito de amenazas en el ámbito de la violencia de género, previsto y penado en el art. 171.4 y 6 CP, con la concurrencia de la circunstancia atenuante de embriaguez (art. 21.2 CP) a las penas de dieciséis días de trabajos en beneficio de la comunidad, privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo de seis meses y prohibición de aproximarse a menos de doscientos metros de la víctima, así como a comunicar con ella de cualquier forma por tiempo de un año; imponiéndole el abono de las costas procesales.

b) La representación procesal del condenado interpuso recurso de apelación contra la anterior Sentencia, que fue impugnado por el Ministerio Fiscal.

c) Remitidas las actuaciones a la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Cádiz, ésta en fecha 29 de noviembre de 2007 dictó, a los efectos que a este procedimiento interesan, la siguiente providencia: “Dada cuenta; pasen las actuaciones al Ministerio Fiscal a fin de que se pronuncie en relación con la cuestión de inconstitucionalidad respecto del artículo 57 del Código Penal”.

El Ministerio Fiscal evacuó el trámite de alegaciones conferido oponiéndose al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad.

d) La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Cádiz en fecha 11 de enero de 2008 dictó, a los efectos que a este procedimiento interesan, la siguiente providencia: “Dada cuenta, una vez evacuado el informe del Ministerio Fiscal, dese traslado al Letrado de la defensa a fin de que en el término de tres días informe respecto de la posible inconstitucionalidad del artículo 57.2 del Código Penal”. La representación procesal del condenado evacuó el trámite de alegaciones conferido pronunciándose a favor del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad.

3. La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Cádiz en el Auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad realiza, en síntesis, las siguientes consideraciones.

Tras señalar que en este caso la víctima del delito había manifestado ya desde el momento en que denunció los hechos que no quería que se dictara la orden de protección y alejamiento y que deseaba continuar viviendo en su domicilio con el condenado, pese a lo cual el Ministerio Fiscal, por imperativo legal del art. 57.2 CP, solicitó la pena de prohibición de acercamiento, que por el Juzgado de lo Penal le fue impuesta a aquél, la Sección considera que el art. 57.2 CP puede ser contrario a la Constitución, ya que desde la perspectiva de la victima pueden verse conculcados la libertad de elegir residencia y el derecho a circular por el territorio nacional (art. 19 CE), el principio de personalidad de las penas (art. 25.1 CE), la garantía jurisdiccional (art. 24.1 CE), el derecho a la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad (arts. 1 y 10.1 CE) y el derecho a convivir en matrimonio (art. 32 CE), aplicable por analogía a las parejas de hecho.

Se razona al respecto en el Auto que cuando la pena accesoria se aplica con una finalidad de prevención general en todo caso, prescindiendo del interés, circunstancias o manifestaciones de la víctima y en contra de sus necesidades y voluntad, sin realizar juicio alguno de ponderación de los intereses en conflicto para decidir sobre su procedencia, se convierte en una obligación para la víctima que le priva de su derecho a elegir libremente dónde y con quien vivir, y por dónde circular, impidiéndole el libre desarrollo de la personalidad. Lo que entronca con el principio de personalidad de las penas (art. 25.1 CE).

Si se impone al penado una orden de alejamiento cuando la víctima no quiere cesar en su relación de convivencia y, además, se impone arbitrariamente sin valorar las circunstancias, se está privando a la ofendida del derecho a decidir sobre su libertad y seguridad, lo que afecta al libre desarrollo de la personalidad, sin el conveniente juicio de ponderación por parte del Tribunal. Se está considerando a la víctima como una persona incapaz, en tanto no se admite que pueda decidir sobre su persona, y, en definitiva, se la está infravalorando, lo que afecta a su dignidad como persona (arts. 1 y 10.1 CE).

Al disponer la pena correspondiente al delito se impone una conducta, no sólo al penado, sino también a la víctima, cuando ésta no desea romper la relación de convivencia. Iniciada la liquidación de la condena, el mantenimiento de la relación de convivencia por deseo expreso de la víctima supondría desde el punto de vista formal una autoría por inducción al delito de quebrantamiento de la condena. Así, al resultar de la pena impuesta al penado una limitación de sus derechos para la victima, en definitiva, otra pena, se ofenden tanto la garantía criminal como la jurisdiccional (art. 25.1 y 24.2 CE), provocando consecuencias que, por absurdas, han sido corregidas por el Tribunal Supremo en la Sentencia de 26 de septiembre de 2005, en la que declaró que “la pena o medida de prohibición de aproximación está directamente enderezada a proteger a la víctima de la violencia que pudiera provenir de su anterior conviviente, la decisión de la mujer de recibirle y reanudar la vida con él, acredita de forma fehaciente la innecesariedad de protección, y por tanto supone de facto el decaimiento de la medida de forma definitiva, por lo que el plazo de duración de la medida fijado por la autoridad judicial, quedaría condicionado a la voluntad de aquélla, sin perjuicio de que ante un nuevo episodio de ruptura violenta pueda solicitarse del Juzgado, si es preciso para la protección de su persona, otra resolución semejante”.

Las penas se imponen para ser cumplidas, y no puede dejarse su incumplimiento al arbitrio de la voluntad de las partes. Las Sentencias deben ser dictadas y ejecutadas conforme al principio de legalidad. La imposición de una pena accesoria encaminada a la protección de la victima “en todo caso”, incluso contra la voluntad de aquella, provoca consecuencias que por absurdas deben ser evitadas.

En el presente caso nos encontramos con una unión de hecho libremente consentida, que el art. 32 CE protege frente a la intromisión de los poderes públicos. Si esta pareja estuviera casada, la inconstitucionalidad de la orden de alejamiento contra la voluntad expresa de la víctima sería evidente. El Estado no podría imponer a los cónyuges contra su voluntad la separación sin conculcar la propia esencia de la institución matrimonial, uno de cuyos deberes es el de vivir juntos (art. 65 Cc). Esta consecuencia, por aplicación del art. 14 CE, es perfectamente trasladable a las uniones de hecho estables.

4. El Pleno del Tribunal Constitucional, por providencia de 26 de febrero de 2008, a los efectos que determina el art. 37.1 LOTC, acordó oír al Fiscal General del Estado para que, en el plazo de diez días, alegara lo que considerase oportuno acerca de la posible falta de condiciones procesales para la admisión de la cuestión de inconstitucionalidad.

5. El Fiscal General del Estado evacuó el trámite de alegaciones conferido mediante escrito registrado en fecha 7 de mayo de 2005, en el que, con base en la argumentación que a continuación se extracta, interesó la inadmisión a trámite de la cuestión de inconstitucionalidad por falta de los requisitos procesales.

El órgano judicial promotor de la cuestión no ha observado ni el texto del art. 35.1 LOTC ni la jurisprudencia de este Tribunal al proceder a la apertura del trámite de audiencia al Ministerio Fiscal y a las partes sobre la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad. En efecto, en la providencia de 29 de noviembre de 2007 sólo mencionó el art. 57 CP, sin precisar el párrafo, ni consignar ningún artículo de la Constitución al que pudiera oponerse. De dicha providencia sólo se dio traslado al Ministerio Fiscal, resultando imposible que éste pudiera concretar la duda de constitucionalidad por faltar un elemento clave en la providencia, cual es el núcleo de la inconstitucionalidad a la que el órgano judicial se refiere. Por esta razón el informe del Ministerio Fiscal se emitió en términos generales y abstractos con remisión a la Sentencia de instancia. Después de este informe se dio trasladado sucesivo a la defensa, que se remitió a las razones expuestas en escritos precedentes.

Por su parte el Auto del planteamiento no examina ni exterioriza el juicio de relevancia, planteando la cuestión de inconstitucionalidad por oposición del art. 57.2 CP con diversos preceptos constitucionales que no especifica en el acuerdo final. Además ni habían sido propuestos a las partes con anterioridad, ni coinciden con los aludidos por la defensa en el escrito de apelación, ya que no se incluye el art. 9 CE, mencionándose, sin embargo, los arts. 19 y 32 CE. Tales novedades en el planteamiento de la cuestión no son asumibles por las normas procesales que regulan este proceso constitucional, al romper la naturaleza jurídica y la finalidad del trámite, que persigue la cooperación de todas las partes en la formación de la argumentación de la cuestión o, por el contrario, la disuasión del Juez para su planteamiento. Es necesario precisar desde el inicio el objeto de lo que se va a debatir y el núcleo de la inconstitucionalidad.

##### II. Fundamentos jurídicos

1. La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Cádiz plantea cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 57.2 del Código penal (CP), a cuyo tenor:

“En los supuestos de los delitos mencionados en el primer párrafo del apartado 1 de este artículo (homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico) cometidos contra quien sea o haya sido el cónyuge, o sobre persona que esté o haya estado ligada al condenado por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a su custodia o guarda en centros públicos o privados, se acordará, en todo caso, la aplicación de la pena prevista en el apartado 2 del artículo 48 (la prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal) por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave o de cinco si fuera menos grave, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo segundo del apartado anterior”.

El órgano proponente de la cuestión de inconstitucionalidad considera, en síntesis, que la prohibición de acercarse a la víctima, cuando ésta no quiere cesar la relación de convivencia con el condenado, puede ser contraria a la libertad de elegir residencia y al derecho a circular por el territorio nacional (art. 19 CE), al principio de personalidad de la pena (art. 25.1 CE), a la garantía jurisdiccional (art. 24.1 CE), a la dignidad de la persona y al derecho al libre desarrollo de la personalidad (arts. 1 y 10 CE), y, en fin, al derecho a convivir en matrimonio (art. 32 CE).

2. El art. 37.1 LOTC autoriza a este Tribunal para rechazar en trámite de admisión, mediante Auto y sin otra audiencia que la del Fiscal General del Estado, la cuestión de inconstitucionalidad cuando faltaren las condiciones procesales para su planteamiento. Entre dichas condiciones procesales el art. 35.2 LOTC establece que el órgano judicial, antes de adoptar mediante Auto la decisión definitiva de elevar la cuestión de inconstitucionalidad a este Tribunal, “oirá a las partes y al Ministerio Fiscal para que en el plazo común e improrrogable de 10 días puedan alegar lo que deseen sobre la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, o sobre el fondo de ésta”.

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 inconstitucionalidad 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 otro, 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; y 370/2007, de 12 de septiembre).

3. En este caso, como el Fiscal General del Estado ha puesto de manifiesto en su escrito de alegaciones, 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 Fiscal sobre la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad.

En primer lugar, el trámite de audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal no ha sido común, como exige el art. 35.2 LOTC, sino sucesivo. En efecto, por providencia de 29 de noviembre de 2007 se confirió el trámite de audiencia al Ministerio Fiscal, en tanto que a la parte personada se le confirió por providencia de 11 de enero de 2008, una vez que el Ministerio Fiscal había evacuado el trámite de alegaciones. Esta no es la manera de actuar prevista en el art. 35.2 LOTC, que dispone claramente que el plazo para que aleguen las partes y el Ministerio Fiscal ha de ser común, en una previsión que tiene el sentido de que el trámite se lleve a cabo para que respondan, sin que conozcan las alegaciones de las otras partes y del Ministerio Fiscal, al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad que les someta el órgano judicial. En este caso no se ha respetado, por tanto, “ni la letra ni es espíritu de esta disposición de nuestra ley Orgánica” (ATC 299/2005, de 5 de julio).

Además, en segundo lugar, el órgano judicial, en las providencias por las que ha procedido sucesivamente a la apertura del trámite de audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal, no ha identificado ni precisado ni un solo precepto constitucional que pudiera vulnerar el precepto legal cuestionado. Esta deficiencia, de acuerdo con una reiterada doctrina constitucional, afecta al correcto desarrollo de dicho trámite, 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; y 370/2007, de 12 de septiembre).

En este caso la conclusión alcanzada no puede verse alterada por una posible remisión implícita del órgano judicial al escrito del recurso de apelación de la defensa en las providencias de apertura del trámite del art. 35.2 LOTC, pues, siendo el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad una prerrogativa exclusiva e irrevisable de los órganos judiciales, no es posible configurar la apertura del referido trámite como la estimación de una pretensión incidental deducida por una de las partes, ya que el citado precepto de la LOTC no reconoce a las partes personadas en un proceso ningún derecho al respecto, sino únicamente la facultad de solicitar que insten la apertura del proceso constitucional a los órganos judiciales, a cuyo único criterio la Constitución ha confiado el efectivo planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad cuando, de oficio o a instancia de parte, aprecien dudas sobre la constitucionalidad de la norma legal aplicable al caso. Lógico correlato de esa prerrogativa exclusiva de los órganos judiciales es la exigencia de que éstos identifiquen con precisión los preceptos legales y constitucionales en contraste, para que los llamados a intervenir en el trámite previsto en el art. 35.2 LOTC puedan aportar las razones con las que contribuyan adecuadamente a la formación del criterio del órgano judicial.

Por lo expuesto, el Pleno

ACUERDA

Inadmitir la presente cuestión de inconstitucionalidad.

Madrid, a veintidós de mayo de dos mil ocho.