

## JURISPRUDENCIA

### TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

#### PLENO

**SENTENCIA 81/2010, de 3 de noviembre de 2010.** Cuestión de inconstitucionalidad 4976-2005. Planteada por el Juzgado de lo Penal núm. 20 de Madrid en relación con el artículo 57.2 del Código penal, en la redacción dada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre. Principios de personalidad y proporcionalidad de las penas, prohibición de indefensión, derecho a la intimidad familiar y libertades de circulación y residencia: **STC 60/2010 (imposición obligatoria, para determinados delitos, de la pena accesoria de alejamiento).** («BOE» núm. 292 de 3 de diciembre de 2010.)

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por doña María Emilia Casas Baamonde, Presidenta, don Guillermo Jiménez Sánchez, don Vicente Conde Martín de Hijas, don Javier Delgado Barrio, 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. 4976-2005, planteada por el Juzgado de lo Penal núm. 20 de los de Madrid, en relación con el artículo 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 Pablo Pérez Tremps, quien expresa el parecer del Tribunal.

---

#### I. ANTECEDENTES

1. El día 4 de julio de 2005 tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal, con el núm. 7728-2005, escrito del Juzgado de lo Penal número 20 de los de Madrid, al que se acompaña, junto al testimonio de particulares del correspondiente procedimiento abreviado núm. 6152-2004, el Auto del referido órgano judicial de 29 de junio de 2005 en el que

se acuerda plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto del artículo 57.2 del Código penal (en adelante CP).

2. Del conjunto de las actuaciones remitidas por el órgano judicial proponente resulta que los hechos que dan lugar al planteamiento de la presente cuestión son, concisamente expuestos, los siguientes:

a) El Juzgado de Instrucción núm. 22 de Madrid dictó Auto el 31 de diciembre de 2004 en el que incoaba diligencias previas al poder ser los hechos constitutivos de un delito de maltrato familiar.

b) El día 3 de enero de 2005 el Juzgado dictó Auto acordando no haber lugar a dictar orden de protección a favor de la denunciante. Ese mismo día dictó Auto acordando continuar la tramitación de las diligencias por los trámites del procedimiento abreviado por un presunto delito de malos tratos en el ámbito familiar. Acto seguido, el Fiscal formuló escrito de acusación por unos hechos que fueron calificados como un delito de maltrato previsto y penado en el artículo 153.1 y 2 CP y de un delito de maltrato previsto y penado en el artículo 153.1 CP, solicitando la imposición al acusado, por el primer delito, de una pena de nueve meses de prisión e inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y dos 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 lugar de trabajo en un radio de quinientos metros por un período de dos años; y por el segundo delito, de una pena de seis meses de prisión e inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y dos 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 lugar de trabajo en un radio de quinientos metros por un período de un año

y seis meses. La acusación particular, por su parte, también presentó escrito de acusación, solicitando para el acusado, como autor de dos delitos de maltrato tipificados en el artículo 153.1 CE, la pena de cinco meses y un día de prisión por el primer delito y de tres meses de prisión por el segundo, así como la prohibición del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo de tres años.

c) El Juzgado dictó Auto de apertura del juicio oral el día 14 de febrero de 2005, y declaró competente para el conocimiento y fallo de la causa a los Juzgados de lo Penal de Madrid, dando traslado a la defensa para que formulara escrito de defensa por el plazo legal.

d) Remitidas las actuaciones al Juzgado de lo Penal, se dictó Auto de 20 de abril de 2005 acordando admitir las pruebas propuestas por el Ministerio Fiscal y demás partes, y señalando la vista oral para el día 18 de mayo de 2005. En el turno previo de intervenciones el Fiscal y la acusación particular modificaron sus conclusiones provisionales, solicitando por el primer delito la pena de cincuenta y seis días de trabajo en beneficio de la comunidad, y seis meses de alejamiento, manteniendo el resto de las penas solicitadas; y por el segundo delito, treinta y un días de trabajos en beneficio de la comunidad, un año de prohibición de tenencia porte de armas y seis meses de alejamiento, manteniendo también el resto de las penas pedidas. El acusado y su defensor mostraron su conformidad con los hechos, pero no con la pena de alejamiento. En el mismo sentido, la denunciante manifestó que no estaba de acuerdo con la pena de alejamiento porque ambos conviven y desean continuar haciéndolo.

e) El Juzgado dictó Auto de fecha 24 de mayo de 2005, confirmando al Fiscal, a la acusación particular y a la defensa un plazo de diez días para que formularan alegaciones sobre la posibilidad de plan-

tear cuestión de inconstitucionalidad del artículo 57.2 CP en relación con la libertad de circulación del condenado (art. 19 CE); el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE); el principio de personalidad de las penas (art. 25.1 CE); el principio de legalidad penal (art. 25.1 CE); con carácter subsidiario, el derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) y el valor superior de la libertad (art. 1.1 CE); y el principio de protección a la familia y a los hijos (art. 39 CE).

f) Por el Ministerio Fiscal se formularon alegaciones en fecha 2 de junio de 2005, no oponiéndose al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad. La representación procesal del acusado no presentó escrito de alegaciones.

g) Finalmente, la cuestión de inconstitucionalidad fue promovida mediante Auto de 29 de junio de 2005.

3. El Auto de cuestionamiento inicia la fundamentación jurídica con la exposición de la evolución del precepto desde la promulgación del vigente Código Penal. Al respecto, se recuerda que la pena de alejamiento fue incorporada al Código por la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, modificada por la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, de protección a las víctimas de malos tratos. Con posterioridad, las dos últimas reformas penales sobre la violencia doméstica, las Leyes Orgánicas 11/2003, de 29 de septiembre, y 1/2004, de 28 de diciembre, han agravado la respuesta penal en el ámbito de las lesiones, amenazas y coacciones producidas en el ámbito familiar o contra la esposa o pareja.

Indica que la naturaleza de la pena hace hincapié en que se trata de una pena privativa de derechos que afecta a la libertad de elegir la residencia y a circular por el territorio nacional (art. 19.1 CE). Alguna jurisprudencia reciente la califica como medida de seguridad complementaria de la pena. Refiere que la finalidad

parece acomodarse a criterios de prevención especial, asegurativa y cautelar, incorporando contenidos victimológicos, pues atendería a las necesidades del ofendido por el delito. También se le ha considerado como pena accesoria impropia puesto que no se vincula a la pena principal sino a determinados delitos y no tiene el mismo límite temporal que la pena principal.

Hasta la reforma de la Ley Orgánica 15/2003, fue una sanción de aplicación discrecional, la única pena accesoria potestativa. Su aplicación dependía de un juicio de pronóstico sobre reiteración delictiva que habría de verificarse a partir de la gravedad del hecho y la peligrosidad del autor. La evolución legislativa de la pena pone de manifiesto que una pena preventiva especial, de carácter asegurativo o cautelar, facultativa, que atiende a las necesidades de la víctima de manera exclusiva, cuando ésta y el agresor tienen una estrecha vinculación, se transforma, en los fenómenos de violencia familiar, en una pena preventiva general de aplicación obligatoria que se desentiende de las circunstancias de la víctima, las características del hecho, la gravedad del injusto y la culpabilidad del autor. La pena de alejamiento, configurada en estos términos, no permite distinguir la gravedad de los conflictos, ni el grado de peligrosidad de los sujetos, ya que se aplica en cualquier circunstancia.

Respecto de las consecuencias para la víctima, subraya su carácter aflictivo, toda vez que representa una injerencia en sus relaciones personales, en las íntimas y familiares. Para la víctima, las consecuencias de la aplicación de la pena de prohibición de aproximación y comunicación suponen, cuando se impone contra su voluntad y sin atender a las necesidades de tutela de su vida, integridad u otros bienes personales, un sacrificio de su libertad y de su capacidad de autodeterminación, porque le priva de su derecho a convivir en pareja con quien

quiera, sea o no bajo la institución matrimonial, al imponerle la separación física.

Parece difícil hallar otra significación jurídica a esta privación de libertad que afecta al ofendido por el delito que la de pena, lo que supone su «función repressiva, retributiva o de castigo» (SSTC 276/2000 y 132/2001) o la supresión o restricción de derechos «como consecuencia de un ilícito» (SSTC 48/2003 y 72/2005). A mayor abundamiento, la pena así configurada anula radicalmente la virtualidad del perdón de la víctima, casi desterrado del ámbito del Derecho penal en las relaciones personales, de la reconciliación entre el autor y la víctima, de la composición del conflicto entre los afectados en supuestos leves, que son los más frecuentes en la vida familiar y de pareja.

Reconoce el Juez promotor de la cuestión que podría argüirse que toda pena privativa de libertad, como la prisión, afecta a la vida familiar del condenado, a su cónyuge o conviviente, a sus ascendientes y descendientes. Pero esa afectación es indirecta. Sin embargo, la pena de prohibición de acercamiento se ha establecido en contemplación de la posición de la víctima, es decir, respecto a la víctima vinculada al agresor en matrimonio o unión de hecho, por relaciones paternofiliales o similares. Y supone una carga directa sobre el ofendido, a quien se obliga a la separación y ruptura de la relación. Por ello, el legislador debió haber ponderado sus derechos para respetar su ámbito de libre determinación de la voluntad y dignidad.

Con independencia de las hipotéticas vulneraciones que de esta orden de alejamiento pudieran producirse y de la diversidad de situaciones que cabe imaginar, en el Auto de planteamiento de la cuestión se afirma que «en el fondo late la pregunta de si los poderes públicos pueden separar a cónyuges y convi-

vientes, a hermanos adultos, a padres e hijos mayores, que es el fin que persigue la pena del artículo 57.2 CP, contra su voluntad, sin buscar justificación o cobertura a tan intensa injerencia en la libertad de obrar de las personas en la necesidad de protegerlas frente a un riesgo de reiteración delictiva o de nueva agresión no advertido por ellas mismas».

Se priva a la víctima, es decir, a la mujer, de la facultad de decidir sobre su propia vida y futuro, «la mujer pasa de estar sometida al maltratador a estarlo al Estado. Que la mujer recupere el control de su vida es uno de los objetivos prioritarios de todas las terapias relacionadas con la violencia doméstica. Imponerle una prohibición o una medida de protección que ella no desea es persistir en el mito de que es incapaz de decidir por sí misma». Con este tipo de soluciones legislativas se siembra la sospecha de que las decisiones de la mujer que opta por mantener la convivencia encierran una patología, tienen algo de extraño y morboso. Amén de ello, criminaliza a la propia víctima si colabora en el quebrantamiento de la medida, bien a título de inductora bien como cooperadora necesaria. Son las consecuencias de proteger contra su voluntad a las personas prohibiéndoles conductas que no dañan a terceros.

Subraya el Juez promotor de la cuestión la importancia de la opinión de la víctima. Según investigaciones criminológicas realizadas en los Estados Unidos, «sí la mujer se opone a la obligatoriedad de una medida de protección, allí es la detención del denunciado, bajo el argumento de que su pareja no le volverá a pegar, ése es el factor predictivo más fiable de la escasa peligrosidad del agresor». En el caso sometido al conocimiento del Juez promotor de la cuestión, existen una serie de circunstancias que «permitirían aceptar como razonable la opinión de la víctima en el sentido de que no existe peligro de reiteración, sin des-

conocer la dificultad de elaborar pronósticos sobre la conducta futura de las personas y su capacidad para controlar y gobernar sus instintos violentos».

Como normas constitucionales infringidas se menciona, en primer lugar, la interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE). A este respecto se recuerda que en la exposición de motivos de la Ley Orgánica 15/2003 no figura ninguna referencia a la supresión del carácter potestativo de la pena y su transformación en obligatoria para los supuestos en los que la víctima tuviera una cierta relación afectiva o familiar con el condenado. Incluso lo que se llega a denominar mejora técnica es una justificación contradictoria con la redacción del precepto. No habiéndose invocado por el legislador razón alguna que justifique la transformación de la pena potestativa en obligatoria, y toda vez que se desatiende a la gravedad del hecho y a la peligrosidad del delincuente (pautas que guían la aplicación de la pena cuando no media esa relación afectiva o familiar), la pena sólo puede justificarse por razones de prevención general, como medio de amenaza penal con efectos disuasorios. Pero todos los fines y funciones de la pena, los de prevención general, positiva y negativa, los de prevención especial y los de retribución, se alcanzan con la pena principal. Como la pena tiene una consecuencia directa para la víctima (la ruptura de la convivencia contra su voluntad), «si el legislador hubiera atendido a los fines estrictos de la pena no podría haber provocado esa injerencia innecesaria, arbitraria, en su libertad. Innecesaria porque el apartado primero del artículo 57 permite a los Tribunales aplicar la pena de alejamiento siempre que considere su conveniencia para proteger a la víctima, incluso, por excepción, contra su propia opinión». Desde esta perspectiva, la reforma legislativa es caprichosa e inconsecuente porque no podría perseguir el restringir la libertad de la víctima sin definir

fines de protección que lo justificaran. La pena de alejamiento no consentida por el ofendido sólo produce efectos inconvenientes, que no han podido ser previstos ni deseados por el legislador (incumplimientos de las prohibiciones de alejamiento no consentidas por la víctima, ineficacia de las penas, despilfarro de medios necesarios para la protección de las víctimas...).

También se entiende vulnerado el principio de personalidad de las penas, protegido por el artículo 25.1 CE (SSTC 219/1988, 254/1988 y 146/1994). Este principio es expresión del principio de culpabilidad o de responsabilidad, como límite al poder punitivo del Estado y establece el carácter personal de la responsabilidad penal en relación a hechos propios. Su garantía consiste en impedir el castigo de una persona por un hecho ajeno. Pues bien, debemos aceptar que la pena que nos ocupa genera un mal también para la víctima y supone un sacrificio de su libertad porque le priva de su capacidad de decidir sobre la continuidad de una relación afectiva.

En cuanto al principio de legalidad penal (art. 25.1 CE), se apunta que «desde la perspectiva del ofendido, la ruptura de la convivencia matrimonial o familiar decretada por el Estado sin su consentimiento sólo puede entenderse como un mal, una privación de derechos, que en el orden jurisdiccional penal ha de conceptuarse en la categoría de pena». La vulneración del mencionado principio se produce cuando el precepto establece una sanción que no está anudada a una previa infracción (garantía penal, art. 25.1 CE) y se aplica sin un juicio previo (garantía jurisdiccional, arts. 24.2 CE). Sobre el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), reconoce el Juez promotor de la cuestión que los principios proclamados en el artículo 10.1 CE son inadecuados para fundar un derecho que no halle un reconocimiento en otro precepto constitucional concreto, pero tam-

bién apunta que la sanción o carga que supone esta pena para la libertad de decisión de la víctima sobre su proyecto vital contraviene el mandato de protección a la familia, respecto a las uniones de hecho y las relaciones paterno-filiales del artículo 39.1 CE, en los términos de la STC 222/1992. En el caso sometido al conocimiento del Juez, el derecho a convivir en matrimonio del artículo 32.1 CE «ha de funcionar como referente» puesto que «resultaría intolerable desde el principio de igualdad (art. 14 CE) que se admitieran distintos niveles de garantía a favor de la unión en matrimonio, pues el derecho a mantenerse en convivencia de pareja, al margen de su condición matrimonial, consiste en la reserva de un espacio de libertad inmune a la acción de los poderes públicos, cuando no existieren razones excepcionales que justificaran una injerencia para proteger a la víctima frente a la otra parte». Sostiene el Juez, a la vista de la regulación que de la institución matrimonial y de la separación se contiene en el Código civil, que «la pena de alejamiento, la separación de los convivientes, no puede acordarse por el Estado sin el consentimiento de uno de los contrayentes porque vulneraría el libre desarrollo de la personalidad en relación a la institución familiar. A salvo quedaría la excepción que prevé el artículo 57.1 CP: protección a la víctima sin su voluntad en caso de riesgo de reiteración delictiva».

Se refiere finalmente el Juez promotor de la cuestión a la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico. Al respecto, sin desconocer los criterios que la jurisprudencia constitucional ha utilizado acerca de la operatividad de los valores superiores en el control de constitucionalidad de las leyes, apunta que «lo que late en el fondo del conflicto que nos ocupa es la capacidad de autodeterminación de la persona ofendida por el delito, su libertad para decidir sobre la continuidad de su convivencia con el

agresor». Tras invocar la doctrina establecida en las SSTC 132/1989 y 337/1994, concluye advirtiendo que la declaración de inconstitucionalidad del apartado segundo del artículo 57 CP no tendría relevancia para la tutela de los derechos de las víctimas porque el apartado primero de ese precepto permite a los Tribunales imponer la pena de alejamiento, incluso contra la voluntad de la víctima, en atención a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente, es decir, cuando las circunstancias del caso aconsejen su adopción.

Por todo lo expuesto, decide el órgano judicial plantear la cuestión de inconstitucionalidad del artículo 57.2 del Código penal.

4. Mediante providencia de 14 de septiembre de 2005 este Tribunal acordó admitir a trámite la cuestión de inconstitucionalidad, así como dar traslado de las actuaciones recibidas, de conformidad con el artículo 37.3 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 estimaran convenientes; publicar la incoación de la cuestión en el «Boletín Oficial del Estado», efectuándose la publicación en el núm. 234, de 30 de septiembre de 2005.

5. El Presidente del Senado, mediante escrito registrado el día 29 de septiembre de 2005, comunicó que la Mesa de la Cámara había acordado personarse en el proceso y dar por ofrecida su colaboración a los efectos del artículo 88.1 LOTC.

6. El Presidente del Congreso de los Diputados, a través de escrito registrado el día 6 de octubre de 2005, comunicó que, aunque el Congreso había decidido no personarse en el procedimiento ni formular alegaciones, ponía a disposición

del Tribunal las actuaciones que pudiera precisar.

7. El Abogado del Estado se personó en el presente proceso en nombre del Gobierno, solicitando en su escrito de alegaciones, registrado el día 10 de octubre de 2005, la desestimación de la cuestión de inconstitucionalidad.

Empieza el escrito indicando que el punto de arranque de las reflexiones que han llevado al Juzgado proponente a plantear la presente cuestión es el rechazo de la pena por la víctima. Sin embargo, aunque no se debe regatear al Auto de planteamiento de la cuestión el mérito de una decisión valerosa inspirada en el mejor deseo de complacer a la víctima, ni aun compartiendo estas inquietudes, puede compartirse el juicio de inconstitucionalidad que se formula.

Continúa el Abogado del Estado afirmando que del contenido del Auto parece deducirse que la inconstitucionalidad deriva de la incondicionalidad de la pena de alejamiento, que el artículo 57.2 CP manda imponer en todo caso, sin ninguna opción al juzgador que permita inaplicarla o modularla según las circunstancias del caso.

Sin embargo, desde el punto de vista del Abogado del Estado, 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 la reivindicación de un mayor margen judicial de apreciación para la imposición de esa medida. 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 a la prudente valoración del juzgador, que obviamente no tendría 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.

La conclusión última del Auto trata de reducir la importancia práctica de la anulación pretendida en el artículo 57.2 CP. En efecto, hace observar que la tutela de los derechos de las víctimas podría lograrse mediante la misma medida de alejamiento «incluso contra la voluntad del ofendido en atención a la gravedad de los hechos a la peligrosidad que el delincuente representa, es decir, cuando las circunstancias del caso aconsejen su adopción». Lo permitiría el artículo 57.1, con lo que la supresión del apartado segundo del mismo precepto sólo alcanzaría el automatismo de la sanción de alejamiento. Esta apreciación implica desvalorizar la agravación que el Código Penal ha previsto para los casos en los que el delito se produzca entre personas más afines, sin que realmente se haya cuestionado esta mayor gravedad, por otro lado perfectamente concordante con otros preceptos del ordenamiento penal. Esta consideración final, parece sugerir que el Auto sitúa el problema más en la reivindicación de una mayor dosis de arbitrio judicial que en un derecho propio y exclusivo de la víctima a disponer de la pena.

Pero, sobre todo, muestra un desmentido a toda la argumentación que precede a la citada conclusión final del Auto que se basa en la inconstitucionalidad de una separación forzosa de personas vinculadas por parentesco o afinidad acordada con oposición de la víctima. Si esta separación es posible cuando las circunstancias aconsejen su adopción en los casos del artículo 57.1 CP, a despecho de la

voluntad de la víctima, no se alcanza a comprender que no lo pueda ser en los casos del párrafo inmediato siguiente. Si se lesiona algún derecho fundamental de la víctima en el caso del artículo 57.2 CP por imponerse una sanción por ella in-consentida y a consecuencia de esta falta de consentimiento, habría que reconocer la misma lesión en el artículo 57.1 CP, que, sin embargo, se presenta como aconsejable según esa consideración final del Auto. La argumentación resulta, en efecto, contradictoria, porque si hay un derecho de la víctima a no resultar separada de su pareja, ejercitable frente al Estado –que según el Auto pasaría a ser el maltratador– este derecho tendría el mismo rango y los mismos efectos frente a cualquier modalidad penal de alejamiento, ya se basaran en un precepto o en otro.

Seguidamente, el Abogado del Estado aduce 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 podríamos decir de la pena de prisión: la separación física entre el condenado y sus allegados, más que la consistencia objetiva de la pena, es un efecto del internamiento que implica. Sin embargo, el Auto descubre diferencias por la fundamentación o finalidad de la pena: la pena de prohibición de acercamiento se ha establecido «en contemplación a la posición de la víctima», mientras que en otras penas privativas de libertad no hay tal individualización. El Auto parece calificar la índole o naturaleza de la pena de alejamiento en función de sus precedentes (protección de la víctima y aplicación opcional) y juzgarla negativamente tomando a aquéllos como pauta. No es así: la presentación que hace el Auto de la persona agredida como víctima no sólo de la agresión punible, sino también como víctima de la pena de alejamiento descansa en la premisa de que la pena de

alejamiento tiene como objetivo la tutela de un interés puramente personal de la víctima y esto es lo que lleva –incorrectamente– a situar la pena en el ámbito del poder dispositivo de la víctima. Con objeto de evitar que la agredida se vea mortificada por la pena impuesta al agresor se pretende eliminar la pena misma por la sola voluntad o deseo de aquélla. 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: 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. Sin embargo las agresiones con causación de lesiones que ahora nos ocupan no son un delito que sólo afecte a la persona agredida. La víctima del delito enjuiciado por el Juzgado proponente de la cuestión, sin dejar de serlo de manera directa y principal, no es la víctima exclusiva de su comisión, en rigor, 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, pero sobre todo se protege a la sociedad frente a la reiteración de este tipo de ofensas frente a una misma víctima. No es acertado –ni justo– el juicio que se formula en el Auto al im-

putar al legislador la estimación de la conducta del agredido que quiere continuar la convivencia con su pareja como «algo extraño y morboso». El legislador penal no enjuicia en absoluto esta conducta, sino la del agresor, y la castiga, no por los sentimientos o deseos de la víctima, sino, como indica el Tribunal Constitucional en ATC 233/2004, 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».

A continuación pasa el Abogado del Estado a examinar las normas constitucionales que se denuncian como infringidas. Figuran en primer lugar en el Auto unas consideraciones relativas al principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos establecido en el artículo 9.3 CE y que el proponente de la cuestión estima vulnerado. En efecto, a su juicio, el precepto impugnado carece de toda explicación racional. La base de esta imputación se cree encontrar en el hecho de que en la exposición de motivos de la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 15/2003 no se halla justificación alguna de la modificación que impone la sanción prescindiendo de la peligrosidad del delincuente y de la gravedad de la sanción. El prescindir de estos aspectos lleva a la necesidad de situar la pena en las finalidades de prevención general. Pero como estas finalidades de prevención general están suficientemente cubiertas por la previsión de otras penas, la pena de alejamiento sólo tiene sentido como medida de prevención especial. En esta argumentación se llevan más allá de sus límites meramente didácticos las categorías conceptuales y se convierte a éstas en pauta rectora de las propias normas. El Tribunal Constitucional ha recordado que el legislador penal al diseñar

los tipos delictivos debe conjugar una multiplicidad de criterios. Tras la idea del Auto de que la prevención general está asegurada suficientemente por otras penas y que la de prohibición de aproximación a la víctima resulta superflua por no ser concebible más que como medida de seguridad, late sólo una discrepancia sobre la proporcionalidad de las penas.

Aborda en segundo lugar el principio de la personalidad de las penas, protegido en el artículo 25.1 CE. Reitera el Auto de nuevo la idea de que la víctima sufre una medida aflictiva consistente en verse separada del agresor. Pero la aflicción o el perjuicio a tercero deriva de la situación social o familiar de los terceros respecto del delincuente y no de la imposición de la pena.

Aborda el Auto el derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) que relaciona en este caso con el mandato constitucional de protección a la familia, a la convivencia en matrimonio, o en unión libre. Todos estos derechos, como manifestaciones de la libertad como valor superior, quieren justificarse como lesionados, por una extralimitación del legislador que no puede separar a los contrayentes salvo en el caso –excepción– del artículo 57.1 CP. Sobre este extremo recuerda el Abogado del Estado haber aludido antes a la inconsecuencia que revela el Auto al fundar por un lado la exclusión de la pena de alejamiento en principios y derechos constitucionales inviolables y admitir la excepción en los casos de «riesgo de reiteración delictiva». Este planteamiento desmiente de raíz la argumentación, haciendo innecesario descender al detalle de las consideraciones del Auto. Si al Juez le está permitido aplicar la pena de alejamiento en virtud de sus pronósticos de riesgo, no le debe quedar al legislador sustraída la potestad de definir el contenido, alcance y condiciones de las penas aplicables. Los ámbitos de discrecionalidad que corresponden al aplicador del derecho penal

son los que haya configurado el legislador. En el Auto luce la pretensión inversa: que el margen de apreciación judicial obligue a desplazar las normas que lo limiten.

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

8. Con fecha 17 de octubre de 2005 el Fiscal General del Estado presentó ante el Registro General del Tribunal sus alegaciones, que se resumen a continuación:

Empieza el escrito haciendo referencia al primero de los preceptos que el Juez alega como vulnerados, la interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE). Alega el Fiscal General del Estado que el citado principio ha sido constitucionalizado en el artículo 9.3 del Título Preliminar CE y se refiere, como su texto indica, a la actuación arbitraria procedente de los poderes públicos, lo que reduce el marco de su incidencia a los tres poderes del Estado –legislativo, ejecutivo y judicial– con exclusión por tanto de tal actividad dimanante de los particulares. El concepto de arbitrariedad y su interdicción no es controlable a través de la vía de amparo, reservada, por imperativo del artículo 53.2 CE, a los artículos 14 a 29 CE. Sin embargo, la citada exclusión y, por lo que respecta a su campo de acción, el concepto de arbitrario como adjetivo o el de arbitrariedad como sustantivo es de frecuente aparición en resoluciones resolutorias de recursos de amparo junto a otras como falta de razonabilidad, falta de razonamiento o error patente, lo que implica un desmerecimiento de la resolución del poder público combatida, que por falta de lógica, ha de parecer siendo la resolución que la encierra merecedora de amparo por lesión del derecho fundamental concernido que suele ser el de tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). Aun cuando debe tenerse en cuenta, a juicio del Fiscal General del Estado, la doctrina

jurisprudencia<sup>1</sup> anterior, el campo propio de aplicación del artículo 9.3 CE lo es el de las cuestiones de inconstitucionalidad en el que no existe la limitación impuesta por el artículo 53.2 CE, lo que no impide para considerar que esas caracterizaciones del concepto de arbitrario son útiles para configurar el concepto.

A su juicio, tampoco es desdeñable la idea de que muchos términos jurídicos traen sus notas características del concepto traducido de su uso vulgar, como aquí entiende que ocurre; esto acerca al concepto que de arbitrario se estime por la sociedad en que vivimos. De otro lado, la arbitrariedad, aplicada al legislador en este tipo de procesos de baremación de la constitucionalidad de la norma, (recursos y cuestiones de inconstitucionalidad) debe ser contemplada en su aplicación a la situación creada en función de las disposiciones específicas de la ley, sin que se pueda llegar a mucho más que a aquellos adjetivos en la fijación de un concepto único de arbitrariedad que necesariamente debe medirse en su concurrencia en comparación con el caso debatido.

En conexión con lo hasta aquí dicho, el Tribunal Constitucional, en el control de una norma legal por su presunta arbitrariedad, ha señalado que una norma es arbitraria cuando carece de toda explicación racional o cuando no responde a una opción del legislador coherente y crea situaciones de desigualdad o desviada de sus efectos legales (SSTC 99/1987, 116/1999, 233/1999). También ha dicho que el análisis de la arbitrariedad se ha de centrar en verificar si tal precepto establece una discriminación ya que ésta entraña siempre una arbitrariedad o bien si, aun no estableciéndola, carece de toda justificación, lo que también evidentemente supondría una arbitrariedad sin que sea pertinente un análisis a fondo de todas las motivaciones de la norma y de todas sus eventuales consecuencias. Más recientemente es obser-

vable que el citado concepto se viene ligando a la irrazonabilidad y a la carencia de justificación del precepto o norma como se dijo en la STC 181/2000, FJ 17, en el que se declaró inconstitucional un apartado de la Ley Orgánica 30/1995 por ser contraria al principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

En relación con el precepto que aquí nos ocupa, y como se señala con detalle en el Auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, la Ley Orgánica 11/1999 instauró las penas de alejamiento y de comunicación con la víctima e, inmediatamente después, la Ley Orgánica 14/1999 redactó, en consonancia con la anterior, un nuevo artículo 57 CP en el que se facultaba al Juez, en función de la gravedad del hecho y el peligro que el delincuente represente, a imponer las penas de alejamiento, comunicación con la víctima o retorno al lugar del delito o residencia de aquélla. Sin embargo la Ley Orgánica 15/2003 modifica el sistema pasándose de la imposición facultativa a la obligatoria en los supuestos en el artículo 57.2 CP contemplados que vienen referidos a los delitos comprendidos en el apartado 1 y a los sujetos pasivos previstos en el apartado 2 ya que, según se dice textualmente «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)».

Pues bien es de reseñar que es cierto que, la citada e importante modificación en el sistema no va acompañada, en la exposición de motivos de la Ley, de ninguna explicación al respecto. La justificación del nuevo artículo sólo contiene una referencia explicativa a la mejora técnica en relación con la política criminal de represión y prevención de los delitos y, en especial, a la lucha contra la llamada violencia doméstica, pero esta explicación viene referida a la suspensión del régimen de visitas y a la extensión de la comunicación a los medios informáticos

y telemáticos. Al margen de que la exposición de motivos obedece más bien a una técnica descriptiva de lo que se ha legislado más que explicativa de por qué se ha legislado, es lo cierto que no se contiene ningún razonamiento con el fin de argumentar la razón por la que se ha modificado el sistema de imposición de la pena de alejamiento para hacer tal pena obligatoria, es decir, cuáles son sus causas y cuáles sus previsibles efectos, habida cuenta de los problemas que tal forma de imposición pudiera afectar, como afectó, al sistema de lucha legal contra la violencia doméstica. De otra parte, consultados los trabajos parlamentarios que abocaron a la reforma del Código penal y partiendo de la publicación del proyecto de ley en el «Boletín Oficial de las Cortes Generales» de 5 de mayo de 2003 con el texto actual en cuanto al indicado inciso «se acordará en todo caso», cuya constitucionalidad se cuestiona, se comprueba que no se planteó opción diversa o alternativa por los Diputados o Senadores para la reforma del precepto. Todas las enmiendas al articulado del artículo 57 en el Congreso (enmiendas 83, 172 y 173), o versaron sobre la cualidad de los sujetos pasivos y su vínculo con el agresor o se referían a medidas de control de las prohibiciones («Boletín Oficial de las Cortes Generales» núm. 145-9 de 23 de junio de 2003). Las correcciones fueron, pues, técnicas y de estilo pero no referidas a la cuestionada medida, sin que en la tramitación en el Senado se debatiera, como en el Congreso, sobre la oportunidad del cambio de sistema. Tal tramitación parlamentaria tampoco nos aporta, pues, luz alguna sobre las razones que llevaron a las Cortes Generales a la implantación del sistema. Si tal pesquisa hubiera sido positiva, podríamos conocer la explicación racional del cambio que, de otra forma, aparece carente de razonamiento. Sin embargo, la arbitrariedad de la norma cuestionada se revela a la vista de las quiebras que su aplicación práctica provoca. Un pano-

rama general sobre la duración de la pena de alejamiento en relación con las infracciones criminales que intenta reprimir nos dice que el límite mínimo de la pena a imponer por un hecho constitutivo de falta es la de un mes a seis meses (art. 33.4 CP). Sin embargo tal penalidad para los supuestos de violencia doméstica es inusual habida cuenta de la conceptualización delictiva que acompaña a cualquier acto de este género a raíz, sobre todo, de la última reforma sobre la materia por la Ley Orgánica 1/2004, valiendo, como ejemplo, que es delito cualquier menoscabo físico o psíquico o lesión contra las personas objeto de protección especial en el nuevo artículo 153 CP. Aun cuando el problema de inconstitucionalidad lo es, en estrictos términos, no la falta de proporcionalidad de la pena sino su obligatoria imposición, es cierto que, en el momento actual, cualquier comportamiento, aun de pequeña intensidad ejercido por el hombre sobre la mujer, en las relaciones que contempla la Ley, llevará aparejado un obligatorio alejamiento de más de seis meses por delito cometido [arts. 33.3.g) y 33 2.h) CP]. En muchas ocasiones, habida cuenta de la levedad del ataque y la casi nula trascendencia para el desequilibrio sentimental y emocional de la pareja, la medida, de obligada imposición por el Juez, redundará en un perjuicio definitivo de la relación entre los miembros de la pareja. Es cierto que el ius puniendi del Estado da opción al legislador a la descripción de las infracciones criminales y a la punición de acuerdo con los fines perseguidos en cada momento histórico y las penas asignables a las conductas desvalorizadas, y que, además, está dentro de esa libertad del legislativo la de establecer las condiciones para que el delito pueda ser perseguido (denuncia, perdón, reconciliación, extinción de responsabilidad). Sin embargo, también es exigencia de un Estado de Derecho que el legislador sea sensible a la realidad social que le concierne y no viva al margen de los efectos

que en su aplicación producen las normas en su día creadas, siendo capaz de eliminarlas del catálogo de medidas cuando no se correspondan con el fin previsible y deseado.

A este respecto no se puede desconocer que la compulsión legal hacia el Juez de imponer obligatoriamente una pena tan peculiar y característica, como la prohibición de aproximación del autor del hecho a su víctima, sufre quiebras en su aplicación en supuestos tales como oposición razonada de la víctima a su imposición, falta de interés en la denuncia, perdón no coaccionado o reconciliación. Como quiera que los supuestos de hecho que se pueden ofrecer son tan variados como situaciones puedan existir en una pareja desunida temporalmente por una contienda, resulta de difícil comprensión que el legislador obligue, en todo caso, a imponérsela al autor del ataque al margen de circunstancias tan relevantes como la entidad del hecho o la reiteración delictiva, circunstancias que, sin embargo, son tenidas en cuenta en supuestos en que no aparecen afectados como sujetos pasivos las personas que forman el «entorno doméstico» del agresor. En otro sentido se podría decir que la flexibilización o modulación de la medida en función de las circunstancias concurrentes estaría más en consonancia con el principio de intervención mínima del Derecho penal y de proporcionalidad de las penas. La propia Circular de la Fiscalía General del Estado 2-2004 sobre aplicación de 1ª reforma del Código penal operada por Ley Orgánica 15/2003 al considerar la aplicación del artículo 57.2 CP indica que los Sres. Fiscales podrán informar favorablemente o promover de oficio peticiones de indulto parcial en relación con la pena de prohibición de aproximación, solicitando simultáneamente la suspensión de la ejecución de la misma conforme al artículo 4.4 CP con el fin de evitar la a todas luces anómala situación que podría derivarse de una se-

paración forzosa imperativa y contraria a la voluntad de los aparentes beneficiarios de la medida de protección.

Lo expresado por la doctrina de la Fiscalía General del Estado es pues un indicio más de la irracionalidad de la medida imperativamente ordenada por el artículo 57.2 CP que en su aplicación práctica pueda y deba provocar crisis de ejecución remediadas a través de la vía de indulto con efectos suspensivos para paliar o eliminar situaciones anómalas de alejamiento contra la voluntad de la parte beneficiaria de la medida.

Lo hasta aquí dicho llevaría a hacer factible la propuesta judicial de inconstitucionalidad del artículo 57.2 CP y la supresión del precepto, ya que sin la mención «en todo caso» éste quedaría desprovisto de sentido. Con tal supresión permanecería sin embargo subsistente la aplicación facultativa de la pena en los supuestos contemplados, ya que los delitos previstos en ambos párrafos, son los mismos. La imposición de la pena sería facultativa y en consideración a la gravedad de los hechos y el peligro que el delincuente represente, lo que resulta más conforme a la constitucionalidad del sistema según hemos explicado en estas alegaciones.

No obstante lo expuesto, continúa indicando el Fiscal General del Estado que una modificación legal posterior a los Autos de planteamiento le obliga a matizar su argumentación. En efecto, la rigidez del sistema ha quedado paliada en parte a raíz de las últimas reformas del Código penal que no pudieron ser tenidas en cuenta por el Juzgador ni en el momento del juicio oral, ni en aquel en el que la cuestión de inconstitucionalidad fue planteada. Así, la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral de la violencia de género, entró en vigor el día 30 de junio de 2005 –en lo que respecta a las disposiciones penales que modifica (títulos IV

y V), según la disposición final séptima de la misma–, mientras que el juicio oral fue celebrado el día 18 de mayo de 2005 y el planteamiento de la cuestión se hizo por el Juez en Auto de 29 de junio de 2005, es decir, un día antes de la entrada en vigor de aquella reforma legal. Esta es la razón por la que el Juzgador no pudo tener en cuenta el nuevo artículo 153.4 CP, a los efectos de imposición de la pena de alejamiento en la forma en que ahora se dirá. Efectivamente, aun manteniéndose el sistema de imposición automática de la pena del artículo 57.2 CP, el nuevo artículo 153 CP en su párrafo 4, modificado en la Ley antedicha, señala la posibilidad de que «el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho, podrán imponer la pena inferior en grado». Tal artículo, aunque no menciona la pena de alejamiento aquí cuestionada, ha de complementarse con el artículo 57.2 CP que obliga a la imposición obligatoria de la pena de alejamiento, por lo que la posibilidad de reducción de la pena en grado en el nuevo artículo 154.4 CP afectaría por tanto también a la citada pena. Por fin, habría que tener en cuenta el artículo 71.1 CP, que prevé que «en la determinación de la pena inferior en grado, los jueces y Tribunales no quedarán limitados por las cuantías mínimas señaladas en la Ley a cada clase de pena sino que podrán reducirlas en la forma que resulte de la aplicación de la regla correspondiente, sin que ello suponga la degradación a falta». Resulta, en conclusión, que la pena de alejamiento a imponer por un delito menos grave del artículo 153 CP pudiera, en los casos contemplados en el artículo 153.4 CP, llevarnos a una pena de tres a seis meses de alejamiento, [art. 33.4.d) CP] o, por el juego de las circunstancias genéricas, incluso a menos, por degradación de la conducta a la pena inferior a la que correspondería al delito en los supuestos del artículo 71 CP, lo que permitiría a los

Jueces adecuar la pena de alejamiento mejor a las circunstancias concurrentes en el caso concreto y a la entidad del hecho cometido y evitaría así la arbitrariedad de la Ley que la antigua legislación propiciaba. Esta posibilidad, aunque no excluye los argumentos hasta aquí desplegados para solicitar la inconstitucionalidad del artículo 57.2 CP, sí debe ser examinada por el Tribunal porque puede paliar la arbitrariedad de la Ley a que más arriba hicimos referencia, al posibilitar al Juez o Tribunal la modulación de la pena.

A continuación, el Fiscal General del Estado se pronuncia sobre las razones esgrimidas por el Juez como añadidas a la justificación de aquella inconstitucionalidad. Ambas tachas, reconducidas al artículo 25.1 CE bien definidas en la exposición judicial, no justifican que la norma sea inconstitucional. Efectivamente, es cierto que el artículo 25.1 CE parece proscribir que las penas sean impuestas a la persona que no ha cometido el delito. Sin embargo, en buena técnica jurídico-penal, no se puede decir que la pena cuestionada de prohibición de aproximación a la víctima se imponga también a ésta última, salvo interpretaciones contrarias al espíritu de la norma por parte del Juzgador. Tampoco es equiparable el supuesto contemplado con el que se compara de defraudación tributaria referido en la STC 146/1994, que contemplaba un caso bien distinto de solidaridad en la comisión de la infracción. Asimismo no resulta perjudicado el principio de legalidad por estimar que existe una pena impuesta a la víctima sin estar anudada a una infracción penal y ello por la circunstancia antedicha de no imponerse a ésta sin que se argumente, aunque se afirme, que la privación de derechos en que consiste la prohibición de aproximación de la pareja «ha de conceptuarse con la categoría de pena». A este respecto sólo se puede entender como una forma de hablar o de tratar de explicar la situa-

ción, que a la víctima se la sanciona, quebrándose, con ello, el principio de legalidad.

Por su parte, en relación con el libre desarrollo de la personalidad y la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico, la fundamentación de la inconstitucionalidad es apoyada en el hecho de que la imposición obligatoria de la medida de no aproximación o de alejamiento a la víctima vulnera el desarrollo de la personalidad de los contrayentes en relación a la institución familiar al desligarse la imposición de la medida de la voluntad de aquéllos. Sin embargo tal consecuencia es inherente al sistema penal en el que las penas no se imponen en función de la voluntad u opinión de la víctima de los delitos, sino de la responsabilidad de sus autores. En este sentido toda pena impuesta a una persona afecta en mayor o menor medida a su círculo de allegados sin que, por eso, se pueda entender que la imposición de una pena a un familiar impide el desarrollo de la personalidad del individuo. Por lo que respecta a la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico, sólo desde una conexión muy indirecta puede relacionarse con el precepto que se estima inconstitucional. El artículo 1.1 CE, al conceptuar la libertad en la forma antedicha, dada su generalidad, no puede utilizarse como parámetro constitucional si no se le conecta con otro precepto que específicamente sea aplicado al caso contemplado. Por ello, dado el concepto poliédrico que representa la palabra «libertad», resulta harto difícil conectarlo con el caso cuestionado bajo una presunta coacción que la norma penal impone y que afecta de un modo directo al autor de la infracción y, de modo colateral, a su círculo de allegados que se ven concernidos por la pena impuesta, pero bajo el amparo de una norma legal.

Por todo lo expuesto el Fiscal General del Estado interesa, en definitiva, que el Pleno del Tribunal Constitucional dicte

Sentencia estimando la presente cuestión de inconstitucionalidad y declarando que es inconstitucional y por lo tanto nulo el artículo 57.2 CP según redacción dada por Ley Orgánica 15/2003 por ser contrario al artículo 9.3 CE, en su dimensión de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos o, alternativamente, desestime la cuestión de inconstitucionalidad sobre la base de la legislación sobrevenida al planteamiento de la misma, por los argumentos anteriormente expuestos.

9. Mediante providencia de 3 de noviembre de 2010, se señaló para la deliberación y votación de la presente Sentencia el día 3 del mismo mes y año.

---

## II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Único: La cuestión planteada en el presente procedimiento en relación con el artículo 57.2 CP ya ha sido resuelta en la STC 60/2010, de 7 de octubre, a cuyos razonamientos y conclusiones nos remitimos, por lo que procedente será aquí el mismo pronunciamiento desestimatorio al que llegamos en la citada Sentencia.

En efecto, los preceptos constitucionales invocados y los argumentos en que se sustenta la presente cuestión son idénticos a los ya resueltos en la citada STC 60/2010. También ha sido invocado el principio de protección a la familia y a los hijos (art. 39 CE), en relación con el principio al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE). Esta invocación no se realizó formalmente en el procedimiento que dio lugar a la STC 60/2010; no obstante, ello no supone un planteamiento innovador que exija un pronunciamiento específico, ya que, como se pone de manifiesto en el FJ 8 b) de la STC 60/2010, la incidencia de la imposición obligatoria de la pena de alejamiento en la relación afectiva, familiar o de convivencia entre el penado y la víctima fue un aspecto que ya se tomó en la debida con-

sideración al realizar el control de constitucionalidad del precepto cuestionado.

## FALLO

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

Ha decidido

Desestimar la presente cuestión de inconstitucionalidad.

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

Dada en Madrid, a tres de noviembre de dos mil diez.—*María Emilia Casas Baamonde.*—*Guillermo Jiménez Sánchez.*—*Vicente Conde Martín de Hijas.*—*Javier Delgado Barrio.*—*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.

---

**SENTENCIA 82/2010, de 3 de noviembre de 2010.** Cuestión de inconstitucionalidad 7728-2005. Planteada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Barcelona en relación con el artículo 57.2 del Código penal, en la redacción dada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre. Principios de personalidad y proporcionalidad de las penas, prohibición de indefensión, derecho a la intimidad familiar y libertades de circulación y residencia: STC 60/2010 (imposición obligatoria, para determinados delitos, de la pena accesoria de alejamiento); inadmisión parcial de la cuestión de inconstitucionalidad por defectuoso cumplimiento del trámite de audiencia. («BOE» núm. 292 de 3 de diciembre de 2010.)

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por doña María Emilia Casas

Baamonde, Presidenta, don Guillermo Jiménez Sánchez, don Vicente Conde Martín de Hijas, don Javier Delgado Barrio, 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. 7728-2005, planteada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Barcelona, respecto del artículo 57.2 del Código Penal. Han intervenido el Abogado del Estado y el Fiscal General del Estado. Ha sido Ponente el Magistrado don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, quien expresa el parecer del Tribunal.

### I. ANTECEDENTES

1. El día 3 de noviembre de 2005 tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal, escrito de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Barcelona al que se acompaña, junto al testimonio de particulares del correspondiente procedimiento (procedimiento abreviado 459-2004 y rollo de apelación 64-2005), el Auto del referido órgano judicial de 11 de octubre de 2005 en el que se acuerda plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto del artículo 57.2 del Código penal (en adelante CP), en la redacción dada al mismo por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre.

2. Del conjunto de las actuaciones remitidas por el órgano judicial proponente resulta que los hechos que dan lugar al planteamiento de la presente

cuestión son, concisamente expuestos, los siguientes:

a) El Juzgado de Instrucción núm. 8 de Barcelona dictó Auto el 18 de diciembre de 2004 en el que incoaba diligencias urgentes para el enjuiciamiento rápido de hechos que podían ser constitutivos de un delito de maltrato familiar.

b) El día 11 de marzo de 2005 el Juzgado de lo Penal núm. 16 de Barcelona dictó Sentencia condenando al acusado como autor de un delito de maltrato familiar, previsto y penado en el artículo 153.1 y 2 CP, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, a la pena de catorce días de trabajo en beneficio de la comunidad, privación del derecho a la tenencia y porte de armas durante seis meses, prohibición de acercarse a la víctima, a su domicilio o lugar de trabajo a una distancia no inferior a mil metros por un periodo de tres meses, con la imposición de la medida de sumisión a tratamiento externo o ambulatorio en centro médico o establecimiento de carácter sociosanitario adecuado al trastorno que padece por periodo de dos meses, y al pago de las costas procesales.

c) Interpuesto recurso de apelación por el condenado, en el que la representación procesal del acusado denunciaba la infracción de los arts 153 y 57 CP y error en la apreciación de la prueba, que vulneraba la presunción de inocencia, al no quedar acreditada la intencionalidad de lesionar, las actuaciones fueron remitidas a la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Barcelona la Sala, que por providencia de 14 de abril de 2005 acordó formar rollo de apelación y designar ponente. Sin señalar día para la votación y fallo, dictó providencia el día 28 de julio del mismo año, indicando lo siguiente: «Alegándose por el apelante la infracción del artículo 57.2 C.P. por indebida imposición de la prohibición de acercamiento y comunicación con la víc-

tima, este Tribunal plantea la posibilidad de promover de oficio cuestión de inconstitucionalidad del artículo 57.2 del C.P., en relación al carácter imperativo de la imposición de la pena prevista en el apartado 2 del artículo 48 del mismo texto, por posible vulneración de los artículos 1.1, 9.3, 10.1, 18.1, 24.1, 25.1 y 49 de la C.E., por lo que se acuerda oír al Ministerio Fiscal y demás partes comparecidas por plazo de 10 días para que aleguen lo que estimen oportuno, conforme dispone el artículo 35.2 L O 2/79 del Tribunal Constitucional». Notificada la providencia al Ministerio Fiscal, y a la representación del acusado, no formularon alegaciones.

d) La Sala acordó plantear la cuestión de inconstitucionalidad por Auto de 11 de octubre de 2005.

3. El Auto de cuestionamiento justifica la oportunidad procesal del planteamiento «pues el presente proceso se encuentra en fase de recurso de apelación contra la sentencia dictada en primera instancia y la norma cuya constitucionalidad cuestionamos ha sido aplicada para imponer al condenado una de las penas que se establecen en la sentencia apelada y que es objeto de impugnación, entre otros motivos, en el recurso que pende ante esta Sala ... La razón por la que entendemos que la decisión del proceso depende de la constitucionalidad del carácter imperativo de la imposición de la pena de prohibición de acercamiento reside en que la imposición obligatoria al condenado de la prohibición de acercamiento respecto de la persona de su madre, la víctima de la agresión, carece de sentido dadas las circunstancias del caso y si fuera de carácter potestativo, debería revocarse, estimándose el recurso.».

Tras exponer los antecedentes y evolución legislativa de la pena de prohibición de aproximarse a la víctima, sostiene que su imposición respecto de determinados

sujetos pasivos de modo obligado, le hace perder en muchas ocasiones su finalidad y razón de ser, vulnerando varios artículos de la Constitución (en adelante CE).

En tal sentido indica que la pena de alejamiento afecta de forma importante a la víctima e interfiere en sus relaciones personales y familiares. En aquellos supuestos en que la víctima es el cónyuge o la pareja de hecho y haya, además, hijos comunes implica la suspensión del régimen de visitas, comunicación y estancia, con lo que la medida acaba produciendo efectos reflejos para terceros no afectados por el delito. Tal afectación de derechos de personas que no son el condenado, sin su consentimiento y, en mayor medida cuando es contra su voluntad, supone una vulneración del valor superior de la libertad (art. 1.1 CE), en relación con «el derecho fundamental a la dignidad de la persona que se reconoce en el artículo 10.1 CE», del derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE), del artículo 39 CE «que obliga a los poderes públicos a proteger a la familia y a los hijos». Añade que en el caso concreto se infringe el artículo 49 CE que obliga a la protección, atención especializada y especial amparo para el disfrute de sus derechos a los disminuidos físicos, psíquicos y sensoriales por parte de los poderes públicos, en tanto que las condiciones del condenado le hacen necesitado y dependiente de los cuidados de su madre.

Sostiene el órgano judicial que «es esencial contar con la opinión de la víctima, valorar las circunstancias del delito y de las personas implicadas para decidir la imposición o no de una pena, pues pueden darse muchos casos como el que motiva este proceso, en los que la levedad de la acción y las demás circunstancias que concurren pongan de manifiesto que las razones que justifican la prohibición no existen ... desde la perspectiva de la víctima, la imposición auto-

mática y obligatoria de la pena supone la lesión de varios de sus derechos fundamentales».

Continúa afirmando la Sala que el artículo 57.2 CP, infringe el principio de legalidad, en su vertiente material, contenido en el artículo 25.1 CE (concretado en los principios de lesividad y proporcionalidad y personalidad de las penas), al establecer una sanción para el condenado que trasciende a la víctima, sin haber cometido ningún hecho delictivo, sin darle audiencia y sin que dependa de actuación alguna por su parte, al ser sancionada por hecho de otro, sin juicio previo y sin respetar el derecho de defensa. Considera conculcado el principio de interdicción de arbitrariedad de los poderes públicos, pues la modificación introducida en la Ley Orgánica 15/2003 no explica las razones que justificarían el carácter obligatorio de la imposición, lo que unido a lo anteriormente expuesto, privan de legitimación a la reforma.

Aprueba asimismo que la regulación del artículo 57.2 CP no tiene en cuenta el mandato constitucional de la función rehabilitadora de la pena (art. 25.2 CE), aplicable a cualquier tipo de pena, aun cuando se imponga específicamente sólo para la pena y medida de seguridad privativa de libertad, pues «si se impone en todo caso esta prohibición de acercamiento, cualquier posibilidad de arrepentimiento y modificación de su conducta en el autor del hecho queda frustrada». Termina indicando que la imposición obligatoria de la prohibición de acercamiento, lesiona en los casos en que no concurre la gravedad y peligrosidad que hacen razonable el alejamiento, el principio de proporcionalidad de la pena, al implicar la imposición en muchos casos de una pena no necesaria.

Por todo lo expuesto, acuerda el órgano judicial plantear la cuestión de inconstitucionalidad del artículo 57.2 del Código Penal.

4. Mediante providencia de 25 de abril de 2006 este Tribunal acordó admitir a trámite la cuestión de inconstitucionalidad, así como dar traslado de las actuaciones recibidas, de conformidad con el artículo 37.3 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 estimaran convenientes.

5. El Abogado del Estado se personó en el presente proceso en nombre del Gobierno, solicitando en su escrito de alegaciones, registrado el día 22 de mayo de 2006, la desestimación de la cuestión de inconstitucionalidad.

Señala el Abogado del Estado que el Auto de cuestionamiento parte de una concepción muy limitada de la sanción establecida en el artículo 57.2 CP que restringe su carácter punitivo a una simple medida de seguridad de la persona afectada lo que a su juicio pugna con la esencia de las infracciones penales que rebasa los intereses y deseos de la persona directamente agraviada, siendo una excepción su configuración como sanción potestativa.

Entiende que la consideración sumaria que efectúa el Auto de planteamiento de la cuestión de determinados preceptos constitucionales, pueden agruparse en dos premisas. Por un lado, que es necesario el consentimiento de la víctima para la imposición de esta pena, y por otro la exigencia del arbitrio judicial que pondera la necesidad y conveniencia de su aplicación. A la primera de las premisas correspondería la cita de los artículos 1.1; 10.1; 18.1; 25.1 y 39 CE y a la segunda la del artículo 9.3 CE.

Indica que la oposición de la víctima como mecanismo excluyente de la pena colocaría a este tipo de infracciones en la esfera de los delitos denominados pri-

vados, perseguibles sólo a instancia de parte, puesto que, aunque seguirían siendo perseguibles de oficio, la víctima tendría una suerte de derecho de veto para la imposición de las penas. Entiende que no es preciso razonar que este tipo de agresiones con causación de lesiones no afectan solamente a la persona agredida, en tanto que víctima lo es –intensamente– toda la comunidad, aspecto que al no ser considerado por el Auto, le lleva a sugerir improcedentemente la asimilación del delito a los perseguibles a instancia de parte. Son víctimas todos los miembros de la comunidad. Con la imposición de la pena no sólo se protegería a la persona agredida por una estimación de riesgos apreciada por el legislador, sino también a la propia sociedad frente a la reiteración de este tipo de ofensas contra una misma víctima.

Entiende el Abogado del Estado, que las objeciones de la Sala no tienen que ver con la larga lista de preceptos constitucionales invocados, al suscitar una cuestión de política punitiva, pero sin afirmar que la respuesta penológica se aparte de los valores constitucionalmente tutelados. Afirma la existencia de contradicción entre las dos objeciones formuladas frente a un mismo precepto: el mayor arbitrio judicial por un lado, y su condicionamiento a los deseos de la víctima. El juicio de ponderación de riesgos no tendría que coincidir con la voluntad de la víctima y por otra parte si la imposición se hace depender del consentimiento de la víctima, sobraría la ponderación del juzgador.

Por último descarta la infracción del artículo 49 CE al considerar que el Auto se encuentra excesivamente centrado en las conveniencias sanitarias del condenado y deja relegado el interés de la sociedad e incluso el interés de la propia madre.

Con base en todo lo expuesto, el Abogado del Estado interesa que se desestime

la cuestión de inconstitucionalidad promovida.

6. El Presidente del Senado, mediante escrito registrado el día 10 de mayo de 2006, comunicó que la Mesa de la Cámara había acordado personarse en el proceso y dar por ofrecida su colaboración a los efectos del artículo 88.1 LOTC.

7. El Presidente del Congreso de los Diputados, a través de escrito registrado el día 12 de mayo de 2006, comunicó que, aunque el Congreso había decidido no personarse en el procedimiento ni formular alegaciones, ponía a disposición del Tribunal las actuaciones que pudiera precisar.

8. Con fecha 22 de mayo de 2006, el Fiscal General del Estado presentó ante el Registro General del Tribunal sus alegaciones, que se resumen a continuación.

Empieza el escrito haciendo referencia a que la presente cuestión presenta analogía con otras que, sobre la misma materia, han sido tramitadas por el Pleno del Tribunal e informadas por el Fiscal, citando en tal sentido las cuestiones de inconstitucionalidad siguientes: 640-2005, 3916-2005, 4976-2005, 7259-2005, 8820-2005, 8820-2005, 8821-2005 y 594-2006. Indica que en todas las anteriores el Fiscal interesó la desestimación, salvo en la cuestión de inconstitucionalidad 4976-2005, promovida por el Juzgado de lo Penal núm. 20 de Madrid en que el artículo 57 CP se consideraba contrario al artículo 9.3 CE, en su dimensión de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, por lo que se remite, por razones de economía procesal, a las alegaciones formuladas al tramitar dicha cuestión. Finalmente, por lo expuesto, la estimación de la cuestión de inconstitucionalidad, declarando que es inconstitucional y por lo tanto nulo el artículo 57.2 CP según redacción dada por Ley Orgánica 15/2003 por ser contrario al artículo 9.3 CE, en su dimensión

de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos o, alternativamente, desestime la cuestión de inconstitucionalidad sobre la base de la legislación sobrevenida al planteamiento de la misma, por los argumentos anteriormente expuestos.

9. Mediante providencia de 3 noviembre de 2010 se señaló para la deliberación y votación de la presente Sentencia el propio día, trámite que ha finalizado en el mismo.

---

## II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. El Auto de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Barcelona, por el que se plantea la cuestión de inconstitucionalidad, considera que el párrafo segundo del artículo 57.2 CP, en su redacción dada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, puede ser contrario a los artículos 1.1, 9.3, 10.1, 18.1, 25.1 y 2, 39 y 49 CE.

2. En el trámite del artículo 35.2 LOTC la Sección se limitó a advertir a las partes sobre «la posibilidad de promover de oficio cuestión de inconstitucionalidad del artículo 57.2 del CP, en relación al carácter imperativo de la imposición de la pena prevista en el apartado 2 del artículo 48 del mismo texto, por posible vulneración de los artículos 1.1, 9.3, 10.1, 18.1, 24.1, 25.1 y 49 de la CE, por lo que se acuerda oír al Ministerio Fiscal y demás partes comparecidas por plazo de 10 días para que aleguen lo que estimen oportuno, conforme dispone el artículo 35.2 Ley Orgánica 2/1979 del Tribunal Constitucional», lo que conduce a la conclusión de que el trámite de audiencia a las partes ha sido cumplido de forma defectuosa respecto de los artículos 25.2 y 39.1 CE, por lo que la presente cuestión debe ser inadmitida respecto a las alegaciones referidas a la vulneración de estos artículos (por todas STC 164/2009, de 2 de julio, FJ 2).

3. El resto de las cuestiones planteadas por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Barcelona, respecto del artículo 57.2 CP han sido ya resueltas en la STC 60/2010, de 7 de octubre, a cuyos razonamientos y conclusiones nos remitimos, por lo que procedente será aquí el mismo pronunciamiento desestimatorio al que llegamos en la citada Sentencia

## FALLO

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

Ha decidido

1. Inadmitir, por incumplimiento de las condiciones procesales exigidas por los artículos 163 CE y 35 LOTC, la presente cuestión de inconstitucionalidad en lo que se refiere a la posible vulneración de los artículos 25. 2 y 39.1 CE.

2. Desestimar la presente cuestión de inconstitucionalidad en todo lo demás.

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

Dada en Madrid, a tres de noviembre de dos mil diez.—*María Emilia Casas Baamonde.*—*Guillermo Jiménez Sánchez.*—*Vicente Conde Martín de Hijas.*—*Javier Delgado Barrio.*—*Elisa Pérez Vera.*—*Eugenio Gay Montalvo.*—*Jorge Rodríguez Zapata Pérez.*—*Ramón Rodríguez Arribas.*—*Pascual Sala Sánchez.*—*Manuel Aragón Reyes.*—*Pablo Pérez Tremps.*—Firmado y rubricado.

---

**SENTENCIA 83/2010, de 3 de noviembre de 2010.** Cuestión de inconstitucionalidad 9201-2006. Planteada por el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Huesca en relación con los artículos 57.2 del Código penal, en la redacción dada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre,

y 153.1, 3 y 4 del Código penal, en la redacción de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género. Principios de personalidad y proporcionalidad de las penas, prohibición de indefensión, derecho a la intimidad familiar y libertades de circulación y residencia: STC 60/2010 (imposición obligatoria, para determinados delitos, de la pena accesoria de alejamiento) y STC 59/2008 (trato penal diferente en el delito de maltrato familiar ocasional); inadmisión parcial de la cuestión de inconstitucionalidad por falta de requisitos procesales. Votos particulares («BOE» núm. 292 de 3 de diciembre de 2010.)

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por doña María Emilia Casas Baamonde, Presidenta, don Guillermo Jiménez Sánchez, don Vicente Conde Martín de Hijas, don Javier Delgado Barrio, 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. 9201-2006, promovida por el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Huesca, en relación con el artículo 57.2 del Código penal (en la redacción dada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre) por posible vulneración de los artículos 1, 9, 10, 17, 18, 24, 25 y 39 CE; así como en relación con el artículo 153.1, 3 y 4 del Código penal (en la redacción dada por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre) por posible vulneración de los artículos 1, 9, 10, 14, 15, 17, 24, 25 y 39

CE. Han intervenido el Fiscal General del Estado y el Abogado del Estado. Ha sido Ponente el Magistrado don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, quien expresa el parecer del Tribunal.

#### I. ANTECEDENTES

1. El 5 de octubre de 2006 tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal un testimonio de actuaciones remitido por el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Huesca correspondiente al procedimiento abreviado núm. 202-2006, del que forma parte el Auto de 14 de septiembre de 2006, por medio del cual el órgano judicial acuerda plantear cuestión de inconstitucionalidad sobre el artículo 57.2 del Código penal (CP), en la redacción dada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por posible vulneración de los artículos 1, 9, 10, 17, 18, 24, 25 y 39 CE; así como en relación con el artículo 153.1, 3 y 4 CP (en la redacción dada por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre), por posible vulneración de los artículos 1, 9, 10, 14, 15, 17, 24, 25 y 39 CE.

2. Los fundamentos de hecho de la presente cuestión de inconstitucionalidad son, sucintamente expuestos, los siguientes:

a) En virtud de denuncia presentada el 4 de marzo de 2006 en la Comisaría de Huesca, el Juzgado de Instrucción núm. 2 de dicha capital tramitó las diligencias urgentes de juicio rápido núm. 26-2006, en las que el Ministerio Fiscal presentó escrito de acusación solicitando la condena del denunciado como responsable de un delito de lesiones previsto en el artículo 153.1 y 3 CP, así como de otro delito de lesiones tipificado en el artículo 153.1.2 y 3 CP, pidiendo, entre otras, sendas penas de prohibición de acercamiento a la perjudicada, a su domicilio y lugar de trabajo, así como de comuni-

carse con ella durante cuatro años (art. 57.2 CP).

b) Concluida la tramitación de las diligencias, las actuaciones fueron remitidas al Juzgado de lo Penal núm. 1 de Huesca para la celebración del correspondiente juicio oral contra el acusado, lo que tuvo lugar el 6 de julio de 2006.

c) Concluida la vista y antes de pronunciar Sentencia, el Magistrado dictó providencia el 13 de julio de 2006 acordando oír a las partes, a los efectos del artículo 35.2 LOTC, acerca de la conveniencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad sobre los artículos 48 y 57.2 CP, en la redacción dada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por posible vulneración de los artículos 1, 9, 10, 17, 18, 24, 25 y 39 CE; así como en relación con el artículo 153.1, 3 y 4 CP, en la redacción dada por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, por posible vulneración de los artículos 1, 9, 10, 14, 15, 17, 24, 25 y 39 CE.

d) En el indicado trámite de alegaciones, la Fiscalía de la Audiencia Provincial de Huesca emitió informe el 28 de julio de 2006 en el que adujo que la providencia no cumplía adecuadamente los requisitos establecidos en el artículo 35.2 LOTC y sostuvo que no estaba justificada la necesidad del planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad, por entender que no existía ninguna duda acerca de la adecuación al texto constitucional de los preceptos sobre los que se pretendía promover.

e) El 14 de septiembre de 2006 el órgano judicial dictó Auto planteando la cuestión de inconstitucionalidad, en los términos que seguidamente se exponen.

3. La fundamentación del Auto de 14 de septiembre de 2006 se abre con una exposición de los antecedentes del proceso penal en el cual se ha suscitado la cuestión de inconstitucionalidad, para referirse a continuación a los requisitos procesales del planteamiento de la misma

y al juicio de relevancia, señalando, en cuanto a este último, que la calificación de los hechos como dos delitos de lesiones de los apartados 1 y 3 del artículo 153 CP determina que dichos preceptos sean directamente aplicables al caso, al igual que el artículo 57.2 CP, que es el que determina las penas de alejamiento a imponer en el presente caso.

a) En relación con el artículo 57.2 CP, en la redacción dada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, la duda de constitucionalidad que el órgano judicial suscita se sustenta, en síntesis, en que la preceptiva imposición de la pena de alejamiento puede ocasionar a la víctima determinados perjuicios que no está obligada a soportar, dado que los poderes públicos no pueden imponerle una protección más allá de lo que ella misma desee, ni impedirle relacionarse afectiva y sentimentalmente con aquella persona que elija.

Del carácter preceptivo de la pena prevista en el artículo 57.2 CP extrae el órgano judicial la consecuencia de que se produce un menoscabo del valor superior de la libertad, de la dignidad de la persona y del libre desarrollo de su personalidad (artículos 1.1, 9.2 y 10.1 CE) en relación con el derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE) y, en menor medida, con los derechos a la integridad física y moral (art. 15 CE), a la libertad de ideas y creencias (art. 16 CE) y a la libertad personal (art. 17.1 CE); pudiendo también afectar a la protección de la familia (art. 39 CE) en cuanto impida la unidad familiar. Desde otra perspectiva, la imposición forzosa de la pena de alejamiento lesionaría el derecho de la víctima a no padecer indefensión (art. 24.1 CE), puesto que se le impondría una medida que indefectiblemente le afecta sin haber sido oída o, incluso, contra su expresa voluntad. Igualmente, resultaría contrario al artículo 25.1 CE, pues supondría la aplicación de una pena a quien no ha cometido ilícito penal alguno, puesto

que, dada su inescindible bilateralidad, se haría imposible la efectividad del alejamiento sin afectar a la libre determinación de la víctima. Consecuentemente, el Juzgador entiende que el artículo 57.2 CP, en su expresión «se acordará, en todo caso», puede infringir los preceptos constitucionales que se han dejado indicados.

b) En relación con el artículo 153.1 CP, en la redacción dada por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, los motivos en los que se sustenta la duda de constitucionalidad son los siguientes:

a) La previsión de diferentes penas para idénticas conductas en consideración al único dato de que sean realizadas por un hombre o una mujer resulta contrario al valor superior de la igualdad y a la interdicción de diferencias de trato que resulten contrarias a la dignidad de la persona, entre las que se encuentra la discriminación por razón de sexo (arts. 1.1, 9.2, 10.1 y 14 CE). b) En segundo lugar, el artículo 153.1 CP resulta contrario a los artículos 15, 17.1 y 25.1 CE en cuanto restringe la libertad de la víctima sin motivo que lo justifique, implicando una pena degradante y sin proporción con el fin pretendido. c) La presunción legal de un abuso de superioridad en la actuación del varón sobre la mujer vulnera el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE); al tiempo que la asimilación de la mujer a las personas especialmente vulnerables menoscaba su dignidad (art. 10.1 CE). d) Por último, la protección de la familia asegurada por el artículo 39 CE determina que sea el grupo en su conjunto el que haya de ser protegido y que no deba imponerse una mayor coacción jurídica sobre el hombre que sobre la mujer.

La extensión de la duda de constitucionalidad a los apartados 3 y 4 del artículo 153 CP se justifica en el Auto de planteamiento en la consideración de que la elevación de las penas previstas en los dos primeros apartados del artículo 153 CP a

la mitad superior (apartado 3) o la rebaja potestativa en un grado (apartado 4), cuando concurren las circunstancias previstas en estos últimos apartados, incrementa notoriamente, a juicio del órgano judicial, la diferencia de trato punitivo, en función del sexo de los sujetos del delito.

4. Por providencia de 5 de junio de 2007 el Pleno del Tribunal acordó admitir a trámite la cuestión de inconstitucionalidad, reservarse su conocimiento, de conformidad con el artículo 10.1.c) LOTC, y dar traslado de las actuaciones recibidas, con arreglo al artículo 37.2 LOTC, al Congreso de los Diputados y al Senado, por conducto de sus Presidentes, al Gobierno por conducto del Ministro de Justicia, y al Fiscal General del Estado, al objeto de que en el improrrogable plazo de quince días pudieran personarse en el proceso y formular las alegaciones que estimasen convenientes. Al tiempo, se acordó publicar la incoación de la cuestión de inconstitucionalidad en el «Boletín Oficial del Estado», lo que tuvo lugar en el ejemplar publicado el 10 de julio de 2007 (núm. 164 de ese año).

5. Por escrito registrado en este Tribunal el 12 de julio de 2007, el Presidente del Congreso de los Diputados comunicó el acuerdo, de la Mesa de la Cámara, de personación en el procedimiento y de ofrecimiento de colaboración a efectos del artículo 88.1 LOTC. De igual modo, el 16 de julio del mismo año la Presidencia del Senado comunicó el acuerdo, de la Mesa de la Cámara, de personación en el procedimiento y de ofrecimiento de colaboración a efectos del citado artículo 88.1 LOTC.

6. El Abogado del Estado, en representación del Gobierno de la Nación, formuló sus alegaciones en escrito presentado el 10 de julio de 2007, en el que pidió la desestimación de la cuestión de inconstitucionalidad. Por lo que se refiere al 57.2 CP, sostiene que la relación de

preceptos y principios constitucionales que el órgano judicial entiende infringidos podría quedar limitada al derecho de libertad de la víctima, en la medida en que la pena de alejamiento puede afectar no sólo al autor del hecho sino también a aquélla. Al respecto señala el Abogado del Estado que toda pena puede ocasionar un efecto sobre terceros, tanto más sensible cuanto más próxima sean su relación o afectos con el culpable; pero si la oposición de la víctima a la pena de alejamiento resultase relevante, se colocaría a este tipo de infracciones penales en un lugar próximo a los delitos privados, perseguibles sólo a instancia de parte, cuando lo cierto es que en este tipo de agresiones la sociedad en su conjunto resulta concernida intensamente.

En relación con el artículo 153.1 CP, rechaza el Abogado del Estado la premisa de que parte el Auto al vincular de forma rígida e incondicionada su aplicación a la previa identificación del autor y de la víctima por razón de su sexo, pues en la descripción del tipo se añade un elemento en el que no existe diferenciación alguna por razón de sexo: «cuando la víctima sea o haya sido mujer, o esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable»; por tanto, no es el género femenino el único que puede nutrir la condición de víctima en este delito. Añade que lo que la ley penal persigue evitar es la actuación discriminatoria frente a las mujeres por el hecho de serlo, por ser consideradas por sus agresores carentes de derechos mínimos de libertad respeto y capacidad de decisión, en el círculo íntimo de la relación conyugal, tomando en consideración el fenómeno social de la violencia doméstica. Continúa señalando el Abogado del Estado que la referencia en el Auto judicial a los artículos 15, 17 y 25 CE debe entenderse como una mera derivación argumental del principio de igualdad. Por lo que se refiere al derecho

a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), entiende que en este punto ha olvidado el Juzgado proponente el sentido de la referencia del precepto cuestionado a la persona especialmente vulnerable. A continuación añade que el artículo 153.1 CP no constituye un desdoro para la dignidad de la mujer, ni la menosprecia considerándola más vulnerable, ni envilece al sexo masculino tachándolo de maltratador u opresor de la mujer; simplemente, el legislador diseña un tipo de delito en la forma que mejor corresponde a la realidad sociológica que el propio Auto reconoce y lamenta. Por último, señala el Abogado del Estado que no se advierte el sentido de la cita del artículo 39 CE como vulnerado, ni se comprende bien que la protección de la parte más débil –que puede ser de cualquier sexo– en el seno de las relaciones familiares o conyugales, pueda representar una lesión de la propia institución familiar.

7. El 3 de septiembre de 2007 el Fiscal General del Estado presentó escrito en el que solicita la desestimación de la cuestión de inconstitucionalidad, remitiéndose, por razones de economía procesal, al contenido de los informes emitidos en las cuestiones de inconstitucionalidad núms. 3918-2005, 8820-2005 y 6292-2006 relativas al artículo 57.2 CP; así como a los informes emitidos en las cuestiones de inconstitucionalidad núms. 5983-2005 y otras, suscitadas en relación con el artículo 153.1 CP.

8. Mediante providencia de 3 de noviembre de 2010 se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el propio día, trámite que ha finalizado en el mismo.

---

## II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. El Juzgado de lo Penal núm. 1 de Huesca promueve cuestión de inconstitucionalidad en relación con el artículo 57.2 del Código penal (en la redacción

dada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre), por posible vulneración de los artículos 1, 10, 17, 18, 24, 25 y 39 CE; así como en relación con el artículo 153.1, 3 y 4 del Código penal (en la redacción dada por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre), por su posible contradicción con los artículos 1, 9, 10, 14, 15, 17, 24, 25 y 39 CE.

Tanto el Fiscal General del Estado como el Abogado del Estado solicitan la desestimación de la cuestión de inconstitucionalidad, en los términos que se detallan en los antecedentes de esta resolución.

2. Antes de abordar el examen de la constitucionalidad de los preceptos legales cuestionados, es preciso realizar algunas consideraciones que atañen a la delimitación del objeto de nuestro pronunciamiento de fondo.

a) En primer lugar, debemos señalar que aun cuando en la parte dispositiva del Auto de planteamiento se cuestiona en su integridad el apartado 1 del artículo 153 CP, ha de precisarse que en el cuerpo de su fundamentación jurídica se expresa inequívocamente que «no se cuestiona, por el contrario, la constitucionalidad de la agravación referida a la condición de persona especialmente vulnerable que conviva con el autor» y, por esa misma razón, los argumentos aducidos por el Juzgado promotor para fundamentar su duda de constitucionalidad se ciñen al supuesto de agravación que le antecede, esto es, a «cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad aun sin convivencia». En consecuencia, aquel inciso quedará fuera de nuestro juicio de constitucionalidad, al haber sido excluido por el propio órgano judicial (STC 45/2009, de 19 de febrero, FJ 2).

b) En segundo lugar, por lo que se refiere a los apartados 3 y 4 del artículo 153 CP, es lo cierto que, como sostiene el

Abogado del Estado, el Juzgado promotor no argumenta sus dudas sobre la constitucionalidad de dichos preceptos, que no cuestiona de manera autónoma, puesto que el Auto de planteamiento se limita a señalar que la duda de constitucionalidad sobre ellos se suscita en tanto que establecen normas sobre la penalidad aplicable para el caso de que sea el hombre el que cometa el delito sobre la mujer, sin añadir ninguna otra consideración posterior sobre tales apartados. Esa fundamentación autónoma resultaría indispensable para su enjuiciamiento por este Tribunal, habida cuenta de que el apartado 3 se refiere a un bien jurídico protegido distinto al del apartado 1, en tanto que establece un agravamiento de las penas no sólo en los supuestos del apartado 1, sino también en los del apartado 2 (en el que la víctima del delito puede ser cualquiera de las contempladas en el artículo 173.2 CP), siempre que el delito se perpetre en presencia de menores, o utilizando armas, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realice quebrantando una de las penas contempladas en el artículo 48 CP o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza. Lo mismo cabe decir respecto del apartado 4 del artículo 153 CP, que se limita a establecer una norma de graduación de la pena, previendo la posibilidad de que el órgano judicial pueda imponer razonadamente la pena inferior en grado en atención a las circunstancias personales del autor y a las concurrentes en la realización del hecho, sin que su ratio obedezca tampoco a una diferencia de trato punitivo entre personas del sexo masculino y del sexo femenino.

Por tanto, no está correctamente efectuado el juicio de relevancia (art. 35.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional) en lo que se refiere a los apartados 3 y 4 del artículo 153 CP, lo que conduce a un pronunciamiento de inadmisión parcial de la cuestión de inconstitucionalidad, sin que exista ningún óbice para

realizarlo en este momento procesal, dado que su previsión en el artículo 37.1 LOTC no tiene carácter preclusivo, pudiéndose apreciar en un momento posterior la ausencia de los requisitos, tanto procesales como de fundamentación, requeridos para el válido planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad (por todas, SSTC 179/2009, de 21 de julio, FJ 2; 203/2009, de 27 de octubre, FJ 3; y 6/2010, de 14 de abril, FJ 1).

c) Por último, debe señalarse que el examen de las actuaciones remitidas por el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Huesca pone de relieve la existencia de una aparente discordancia entre la providencia que abrió el trámite de audiencia previsto en el artículo 35.2 LOTC y el Auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad. En aquélla se señalan como preceptos constitucionales que pudieran resultar lesionados por el artículo 153.1, 3 y 4 CP a los artículos 1, 9, 10, 14, 15, 17, 24, 25 y 39 CE, a los que en el posterior Auto de planteamiento se añade el artículo 18 CE. Ahora bien, no resulta pertinente traer a colación nuestra doctrina sobre las consecuencias que tiene ese dispar contenido entre la providencia que abrió el trámite de audiencia y el posterior Auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, puesto que, en el presente caso, tal disparidad hay que atribuirla a un simple error material en la parte dispositiva del Auto. En efecto, en su fundamento de derecho cuarto se dice de manera precisa que «[l]os preceptos constitucionales que se consideran infringidos por la norma cuestionada son los artículos 1, 9, 10, 14, 15, 17, 24, 25 y 39 de la Constitución Española», sin que en el cuerpo de la resolución judicial, a pesar de su extensión, se haga mención alguna al artículo 18 CE para justificar la inconstitucionalidad del artículo 153.1, 3 y 4 CP, lo cual nos exime de tomarlo en consideración en el enjuiciamiento del precepto legal

cuestionado (STC 120/2000, de 10 de mayo, FJ 2).

3. Una vez perfilado el objeto del presente proceso, debemos comenzar señalando, en relación con el artículo 57.2 CP, que las dudas de constitucionalidad que el órgano judicial suscita ya han sido ya resueltas en la STC 60/2010, de 7 de octubre. Bien es cierto que no son idénticos los preceptos constitucionales cuya infracción se denunciaba en la cuestión de inconstitucionalidad resuelta por dicha Sentencia y los que son objeto de invocación en la que nos ocupa, en la que se añade la mención del artículo 39 CE, no obstante, ello no supone un planteamiento innovador que exija un pronunciamiento específico, ya que, como se pone de manifiesto en el FJ 8 b) de la mencionada Sentencia, la incidencia de la imposición obligatoria de la pena de alejamiento en la relación afectiva, familiar o de convivencia entre el penado y la víctima fue un aspecto que ya se tomó en la debida consideración al realizar el control de constitucionalidad del precepto cuestionado. En consecuencia, hay que remitirse a los razonamientos y conclusiones de la STC 60/2010, de 7 de octubre, por lo que será procedente emitir aquí el mismo pronunciamiento desestimatorio al que llegamos en la citada Sentencia.

4. Por último, para dar respuesta a las dudas de constitucionalidad suscitadas por el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Huesca en relación con el apartado 1 del artículo 153 CP, bastará con remitirse a las SSTC 59/2008, de 14 de mayo y 81/2008, de 17 de julio, y las que siguen a éstas, en las que se precisa que el establecimiento de un tratamiento punitivo diferenciado para la realización de la conducta descrita en el mencionado tipo penal, en función del sexo de los sujetos activo y pasivo del delito, no resulta contrario al artículo 14 CE ni, por extensión, a los artículos 1.1, 9.2 y 10.1 CE, así como tampoco a los principios de culpa-

bilidad, de presunción de inocencia (art. 24.2 CE) y de legalidad penal (art. 25.1 CE). El resto de los preceptos constitucionales mencionados por el órgano judicial promotor de la cuestión de inconstitucionalidad (arts. 15, 17 y 39 CE) son citados a los únicos efectos de abundar en las susodichas dudas, careciendo del necesario desarrollo argumental en el Auto de planteamiento.

### FALLO

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

Ha decidido

1.º Inadmitir la cuestión de inconstitucionalidad núm. 9201-2006 en relación con los apartados 3 y 4 del artículo 153 CP (en la redacción dada por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre).

2.º Desestimarla en todo lo demás.

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

Dada en Madrid, a tres de noviembre de dos mil diez.–*María Emilia Casas Baamonde.*–*Guillermo Jiménez Sánchez.*–*Vicente Conde Martín de Hijas.*–*Javier Delgado Barrio.*–*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 VICENTE CONDE MARTÍN DE HIJAS RESPECTO DE LA SENTENCIA DE FECHA 3 DE NOVIEMBRE DE 2010, DICTADA EN LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD NÚM. 9201-2006, PROMOVIDA POR EL JUZGADO DE LO PENAL NÚM. 1 DE HUESCA, EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 57.2 DEL CÓ-**

**DIGO PENAL (EN LA REDACCIÓN DADA POR LA LEY ORGÁNICA 15/2003, DE 25 DE NOVIEMBRE) POR POSIBLE VULNERACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 1, 9, 10, 17, 18, 24, 25 Y 39 CE; ASÍ COMO EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 153.1, 3 Y 4 DEL CÓDIGO PENAL (EN LA REDACCIÓN DADA POR LA LEY ORGÁNICA 1/2004, DE 28 DE DICIEMBRE)**

Aunque respecto de la decisión pronunciada en cuanto al artículo 57.2 del Código penal comparto plenamente la tesis de la Sentencia, no ocurre lo mismo en cuanto al artículo 153 del mismo. Respecto a éste, como la doctrina aplicada en la actual Sentencia es la contenida en la STC 59/2008, de 14 de mayo, basta con la remisión a mi Voto particular a la misma para expresar mi discrepancia, ejercitando al respecto la facultad establecida en el artículo 90.2 LOTC, con expresión, ello no obstante, de mi respeto hacia los Magistrados de cuya tesis me aparto, remitiéndome simplemente a las razones expresadas en dicho voto particular.

Madrid, a tres de noviembre de dos mil diez. –*Vicente Conde Martín de Hijas.*– Firmado y rubricado.

**VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO DON JAVIER DELGADO BARRIO RESPECTO DE LA SENTENCIA DE 3 DE NOVIEMBRE DE 2010, DICTADA EN LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD NÚM. 9201-2006**

Mi discrepancia va referida exclusivamente –en todo lo demás estoy de acuerdo– a lo que en dicha Sentencia es aplicación la doctrina establecida por este Tribunal a partir de la STC 59/2008, de 14 de mayo, punto éste en el que me remito al Voto particular que formulé respecto de esta última.

Y este es mi parecer, del que dejo constancia con el máximo respeto a mis compañeros.

Madrid, a tres de noviembre de dos mil diez.–Javier Delgado Barrio.–Firmado y rubricado.

Voto particular que formula el Magistrado don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez a la Sentencia del Pleno de 3 de noviembre de 2010 que resuelve la cuestión de inconstitucionalidad núm. 9201-2006.

Haciendo uso de la facultad atribuida por el artículo 90.2 LOTC expreso en este Voto particular mi discrepancia con el fundamento jurídico 4 de la Sentencia aprobada por el Pleno, en la medida en que aplica la doctrina fijada en las SSTC 59/2008, de 14 de mayo y 81/2008, de 17 de julio, a las que formulé sendos Votos particulares («Boletines Oficiales del Estado» de 4 de junio y 19 de agosto de 2008), cuyo contenido reitero en este momento.

Madrid, a tres de noviembre de dos mil diez.–Jorge Rodríguez Zapata Pérez.–Firmado y rubricado.

**VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO DON RAMÓN RODRÍGUEZ ARRIBAS, RESPECTO DE LA SENTENCIA DE FECHA 3 DE NOVIEMBRE DE 2010, DICTADA EN LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD NÚM. 9201-2006, PROMOVIDA POR EL JUZGADO DE LO PENAL NÚM. 1 DE HUESCA, EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 57.2 DEL CÓDIGO PENAL (EN LA REDACCIÓN DADA POR LA LEY ORGÁNICA 15/2003, DE 25 DE NOVIEMBRE) POR POSIBLE VULNERACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 1, 9, 10, 17, 18, 24, 25 Y 39 CE; ASÍ COMO EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 153.1, 3 Y 4 DEL CÓDIGO PENAL (EN LA REDACCIÓN DADA POR LA LEY ORGÁNICA 1/2004, DE 28 DE DICIEMBRE)**

Aunque respecto de la decisión pronunciada en cuanto al artículo 57.2 del Código penal comparto plenamente la tesis de la Sentencia, no ocurre lo mismo en cuanto al artículo 153 del mismo. Res-

pecto a éste, como la doctrina aplicada en la actual Sentencia es la contenida en la STC 59/2008, de 14 de mayo, basta con la remisión a mi Voto particular a la misma para expresar mi discrepancia, ejercitando al respecto la facultad establecida en el artículo 90.2 LOTC, con expresión, ello no obstante, de mi respeto hacia los Magistrados de cuya tesis me aparto, remitiéndome simplemente a las razones expresadas en dicho Voto particular.

Madrid, a tres de noviembre de dos mil diez.–Ramón Rodríguez Arribas.–Firmado y rubricado.

---

**SENTENCIA 84/2010, de 3 de noviembre de 2010. Cuestión de inconstitucionalidad 7790-2007. Planteada por el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Cáceres en relación con el artículo 57.2 del Código penal, en la redacción dada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre. Principios de personalidad y proporcionalidad de las penas, prohibición de indefensión, derecho a la intimidad familiar y libertades de circulación y residencia: STC 60/2010 (imposición obligatoria, para determinados delitos, de la pena accesoria de alejamiento). («BOE» núm. 292 de 3 de diciembre de 2010.)**

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por doña María Emilia Casas Baamonde, Presidenta, don Guillermo Jiménez Sánchez, don Vicente Conde Martín de Hijas, don Javier Delgado Barrio, 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.7790-2007, planteada por el Juzgado de lo Penal núm. 1 de los de Cáceres en relación con el artículo 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 4 de octubre de 2007 fue registrado en este Tribunal un escrito fechado el 27 de septiembre de 2007, remitido por el Juzgado de lo Penal núm. 1 de los de Cáceres, al que se acompaña testimonio de los autos de juicio rápido seguidos ante ese Juzgado bajo el núm. 467-2006 así como Auto del mismo Juzgado, de 21 de mayo de 2007, por el que plantea cuestión de inconstitucionalidad en relación con el artículo 57.2 del Código penal (en adelante CP).

2. Del conjunto de las actuaciones remitidas por el órgano judicial proponente resulta que los hechos que dan lugar al planteamiento de la presente cuestión son, concisamente expuestos, los siguientes:

a) Con fecha 5 de octubre de 2006 el Juzgado de Instrucción núm. 6 de los de Cáceres dictó Auto acordando la incoación de diligencias urgentes núm. 98-2006 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 artículo 795 LECrim.

b) Ese mismo día, y previa la oportuna comparecencia, el Juzgado dictó Auto acordando prohibir al imputado acercarse a menos de doscientos metros de la víctima, así como comunicar con ella de cualquier forma, y otro Auto más

acordando la libertad provisional sin fianza del imputado.

c) También en el mismo día tuvo lugar la audiencia prevenida en el artículo 798 LECrim, en la que se dictó Auto acordando continuar el procedimiento por los trámites establecidos en los artículos 800 y 801 LECrim. Acto seguido se abrió el trámite de audiencia previsto en el artículo 800 LECrim, y concedida la palabra al Fiscal interesó la apertura del juicio oral, a lo que se adhirió la acusación particular y se opuso la defensa. Seguidamente se dictó Auto de apertura del juicio oral, procediéndose a continuación por el Fiscal a formular escrito de acusación por unos hechos que fueron calificados como un delito de violencia física en el ámbito doméstico previsto y penado en el artículo 153.1 CP, solicitando la imposición al acusado de una pena de prisión de seis meses, inhabilitación especial del derecho de sufragio durante el tiempo de la condena, dos años de privación del derecho a la tenencia y porte de armas, junto con la prohibición de aproximarse a menos de cincuenta metros de la perjudicada y de comunicarse con ella por cualquier medio por tiempo de un año y seis meses. La acusación particular se adhirió a la anterior calificación.

d) A continuación se señaló la celebración del juicio oral el día 24 de octubre de 2006, remitiendo las actuaciones, previa citación de las partes, al Juzgado de lo Penal núm. 1 de Cáceres, en el que se dictó Auto de fecha 23 de octubre de 2006 ratificando la fecha de celebración del juicio oral y admitiendo las pruebas propuestas por las partes. La defensa presentó escrito de defensa solicitando la libre absolución del acusado.

e) El juicio oral tuvo lugar en la fecha designada. En el mismo el Ministerio Fiscal elevó a definitivas sus conclusiones provisionales, con las únicas modificaciones siguientes: en primer lugar, consi-

derar que los hechos son constitutivos de un delito del artículo 153.1 y 4 CP; y, en segundo lugar, que procede imponer las penas de quince días de trabajo en beneficio de la comunidad y seis meses de privación del derecho de tenencia y porte de armas, manteniendo el resto. La acusación particular elevó a definitivas sus conclusiones provisionales. La defensa solicitó se procediera a plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto de los artículos 153 y 57.2 CP. El Magistrado acordó declarar el juicio concluso para Sentencia, acordándose la suspensión del término para hacerlo a fin de sustanciar con arreglo a lo previsto en el artículo 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC) la cuestión de inconstitucionalidad propuesta.

f) En fecha 25 de octubre de 2006 el Juzgado dictó providencia, confiriendo traslado a las partes a los efectos del artículo 35.1 LOTC, y posteriormente dictó Auto, de fecha 1 de diciembre de 2006, planteando cuestión de inconstitucionalidad respecto del artículo 57.2 CP. El Pleno del Tribunal Constitucional dictó Auto, de fecha 27 de marzo de 2007, inadmitiendo a trámite la referida cuestión.

g) Recibido dicho Auto, el Juzgado dictó providencia de fecha 18 de abril de 2007 acordando lo siguiente:

«Por recibido el anterior Auto dictado por el Pleno del Tribunal Constitucional en fecha 27 de marzo de 2007, por el que se acuerda la inadmisión a trámite de la cuestión de inconstitucionalidad promovida por este Juzgado en las presentes actuaciones de juicio oral rápido 467-2006, y en relación con el ar. 57.2 CE, vistos los argumentos contenidos en el referido Auto del que se desprende que la inadmisión se ha fundado en cuestiones de índole puramente procesal, no haciéndose pronunciamiento de fondo de clase alguna, como quiera que el conflicto que determinó en su momento el plantea-

miento de la cuestión sigue subsistiendo y por consiguiente, considerando este Juzgador en consonancia con lo que también había alegado la representación del acusado que uno de los preceptos que será necesario aplicar para resolver pudiera ser contrario a la Constitución, en particular el artículo 57.2 CP, pues lo dispuesto en el mismo pudiera vulnerar como ya se indicaba el derecho de igualdad proclamado en el ar. 14 de la Carta Magna, así como otros preceptos de la misma que luego fueron mencionados en el Auto, tales como los artículos 1.1, 25.1 y 24.2, 39.1 y 10.1 todos ellos de la Constitución, procederá que de nuevo se dé, conforme a lo que establece el artículo 35 LOTC, nuevo traslado para audiencia a la partes y al Ministerio Fiscal por plazo común de diez días a fin de que a vista del Auto dictado por dicho Tribunal y lo indicado en este proveído puedan formular las alegaciones que tengan por conveniente, verificado lo cual se dictará la resolución que proceda, que podrá ser en su caso la que acuerde plantear de nuevo la cuestión, subsanados los defectos formales y de carácter procesal advertidos.»

h) El Fiscal presentó sus alegaciones el 11 de mayo de 2007, considerando que no procedía plantear cuestión de inconstitucionalidad. La representación del acusado presentó sus alegaciones el día 4 de mayo de 2007, solicitando se elevara la cuestión de inconstitucionalidad.

i) Finalmente la cuestión de inconstitucionalidad fue promovida mediante Auto de 21 de mayo de 2007.

3. La fundamentación jurídica del Auto, relativa al precepto cuestionado se abre con la reflexión de que la pena de alejamiento configurada en los términos que lo hace el artículo 57.2 CP no permite distinguir la gravedad de los conflictos ni el grado de peligrosidad de los sujetos, ya que se aplica en cualquier circunstancia. Tampoco permite discrimi-

minar los supuestos en los que la víctima quiere cesar en su convivencia, ya fuere matrimonial o unión libre, de los que desea continuar en ella, afectando así a la capacidad de libre determinación de las personas e incluso al principio de igualdad consagrado en el artículo 14 CE. Asimismo, en los casos en que la víctima quiera la ruptura de la convivencia afectiva, impide discernir supuestos en que, por razones de presencia de hijos menores o intereses económicos, como una actividad empresarial o laboral conjunta, el contacto entre ambos resultare preciso. Cuando la pena se aplica con una finalidad preventiva general, desatendiendo las necesidades, requerimientos y voluntad de la víctima, se trata de una obligación, de una carga que se impone, también, al ofendido por el delito, porque significa la separación forzosa de los cónyuges o de la pareja en las uniones de hecho. La pena interfiere de manera intensa en la vida matrimonial y en la vida familiar, hasta provocar la suspensión provisional de la convivencia, sin hacer balance ni respetar las relaciones de dependencia afectivas, los lazos personales, la intensidad de los vínculos ni la voluntad de la víctima. Por otra parte con la pena de alejamiento de obligada aplicación se llegan a imponer a la víctima obligaciones de conducta y se limita su libertad de hacer. De otro lado la pena así configurada anula radicalmente la virtualidad del perdón, casi desterrado del ámbito del Derecho penal, en las relaciones personales, de la reconciliación entre el autor y la víctima, de la composición del conflicto entre los afectados, en supuestos leves que son corrientes en la vida familiar y de pareja. Al imponer la separación de los cónyuges o convivientes, de los hermanos, de padres e hijos, según los casos, la norma implica un cuestionamiento radical de la pareja, matrimonial o no, y de la familia como mayoritariamente se entiende y vive en nuestra sociedad. En supuestos, frecuentes en la justicia penal, de conflictos paternofi-

liales en los que el acusado está afectado por anomalías psíquicas o dependencia al alcohol o al abuso de drogas, la pena de alejamiento obligatoria se convierte en un obstáculo para el progreso de tratamientos terapéuticos, que necesitan del apoyo de la familia para su evolución y éxito.

Concluye esta parte inicial de la fundamentación planteándose el Juez promotor de la cuestión si los poderes públicos pueden separar a cónyuges y convivientes, a hermanos adultos, a padres e hijos mayores, que es el fin que persigue la pena del artículo 57.2 CP, contra su voluntad, sin buscar justificación o cobertura a tan intensa injerencia en la libertad de obrar de las personas, en la necesidad de protegerlas frente a un riesgo de reiteración delictiva o de nueva agresión no advertido por ellas mismas. La duda de constitucionalidad se plantea por tanto con la perspectiva de la víctima, de sus derechos y de los sacrificios que se le pueden irrogar en el proceso penal seguido contra el presunto maltratador.

A continuación alega el Juez promotor que la norma cuestionada tiene en el presente caso una indudable vinculación con el mismo, pues el procedimiento abreviado se ha seguido por un delito del artículo 153 CP (malos tratos en el marco de la llamada violencia de género), que se encuentra en el ámbito de los que contempla el artículo 57 CP como aquellos en los que la pena de prohibición de acercamiento a la víctima es accesoria. La persona ofendida por el delito era pareja de hecho del acusado, con el que había mantenido un vínculo afectivo análogo al conyugal, lo que haría aplicable, sin excepción, el referido artículo 57.2 CP.

Luego se refiere el Juez a las normas constitucionales que considera infringidas. Comienza afirmando que la prohibición de acercamiento sólo tiene sentido si se vincula a fines preventivo-especiales

y asegurativo-cautelares de protección de la víctima y neutralización del riesgo de reiteración delictiva o de nueva agresión. Y ello requiere un juicio de pronóstico que lo sustente, como pide el apartado primero del artículo 57 CP. La aplicación automática de la pena al margen del peligro y de la necesidad de proteger a la víctima carece de explicación racional. Por otra parte, si hemos entendido que la pena de prohibición de aproximación y comunicación con la víctima esposa o pareja de hecho le impone un mal también a ésta, a la persona ofendida por el delito cuando no quiere cesar la convivencia, y que la pena supone un sacrificio de su libertad, ya que le priva de la facultad de decidir sobre ello, ese precepto vulneraría este principio límite a la libertad del legislador.

Recuerda el Auto que la STC 146/1994 consideró que el inciso final del artículo 31.4 de la Ley 44/1978 infringía el principio de personalidad de las penas o sanciones, ya que establecía la obligación solidaria de los miembros de la unidad familiar frente a la Hacienda y permitía a la Administración dirigirse para el cobro de la deuda tributaria, incluidas las sanciones, no sólo frente al miembro de la unidad familiar responsable de la infracción, sino sobre otros que no hubieran participado en su comisión. La sanción afectaba al patrimonio de otros integrantes de la unidad familiar en su ejecución. Aquí la pena anula la libertad de la víctima de decidir con quién compartir su proyecto de vida durante el tiempo de la condena. Libertad que el artículo 1.1 de la Constitución consagra como uno de los valores superiores del Ordenamiento jurídico, reconocimiento de «la autonomía del individuo para elegir entre las diversas opciones vitales que se le presenten, de acuerdo con sus propios intereses y preferencias» (STC 132/1989). Consecuencia de lo dicho, si el legislador ha previsto una pena para ciertos delitos, y en atención a la relación del sujeto

activo con el sujeto pasivo impone una conducta a la víctima que restringe su libertad, con caracteres de castigo, esa norma vulneraría el principio de legalidad penal.

Seguidamente alega que con la perspectiva del ofendido la ruptura de la convivencia matrimonial o familiar decretada por el Estado sin su consentimiento sólo puede entenderse como un mal, una privación de derechos, que en el orden jurisdiccional penal ha de conceptuarse en la categoría de pena. La vulneración del principio se produce cuando el precepto establece una sanción que no está anudada a una previa infracción (garantía penal, art. 25.1 CE) y la aplica sin un juicio previo (garantía jurisdiccional, 24.2 CE). La imposición forzosa de la pena de alejamiento supone una carga directa sobre el ofendido, al obligarle a la separación y ruptura de la convivencia y por un plazo mayor que el de las penas privativas de libertad. Este tipo de penas suponen además una flagrante indefensión de la víctima, contraria al artículo 24.1 CE, dado que se impone una medida que indefectiblemente le afecta, sin haber sido oída y sin haber participado en el proceso, indefensión que se acentúa, dado que, aun cuando hubiese sido oída su opinión contraria –fundamentada en sólidas razones–, el Juez, desatendiendo las mismas, vendría obligado a imponerla.

La sanción o carga que supone esa pena para la libertad de decisión de la víctima sobre su proyecto vital, que implica la separación obligatoria al margen del riesgo efectivo de reiteración delictiva, contravendría el mandato de protección a la familia del artículo 39.1 CE.

Continúa el Juez promotor argumentando que la pena de alejamiento, la separación de los convivientes, no puede acordarse por el Estado sin el consentimiento de uno de los contrayentes, porque ello vulneraría el libre desarrollo

de la personalidad en relación a la institución familiar (art. 10.1 de la Constitución). A salvo quedaría la excepción que prevé el artículo 57.1 CP: protección a la víctima sin su voluntad en caso de riesgo de reiteración delictiva.

Insiste en que la pena ha de ser instrumentalmente apta para la preservación de los bienes jurídicos cuya protección pretende, y además habrá de ser necesaria, y en sentido estricto proporcionada. Así las cosas la pena de alejamiento en la forma que es recogida en el precepto penal cuestionado no identifica, con suficiente nitidez, el bien jurídico que trata de proteger, dada la multiplicidad de delitos a que se aplica, no sólo a los delitos de lesiones o maltratos habituales, sino también a los delitos contra el honor o contra el patrimonio, en los que no ha existido peligro para la indemnidad de la víctima. Pero además se desentiende de la gravedad del hecho y la peligrosidad del delincuente (pautas aplicables cuando la víctima no tiene la vinculación familiar contemplada con el condenado). Entiende que todos estos factores deben ser valorados y que la aplicación de la pena ha de requerir un juicio de pronóstico que la sustente, como ocurre en el apartado primero del artículo 57 CP. La aplicación automática de la pena al margen del peligro y de la necesidad de proteger a la víctima carece de explicación racional. Como la pena tiene una consecuencia directa para la víctima, la ruptura de la convivencia, ya matrimonial, de pareja o familiar, contra su voluntad, está inclinándose indefectiblemente a incumplirla. En definitiva, lo que se está cercenando con dicho precepto, a juicio del cuestionante, es algo tan importante y trascendente como la libertad, consagrada como valor superior de nuestro Ordenamiento jurídico en el artículo 1.1 CE, y que implica «el reconocimiento como principio general inspirador... de la autonomía del individuo para elegir entre las diversas opciones vitales que se le

presenten, de acuerdo con sus propios intereses y preferencias (STC 132/1989 [sic]».

Para concluir reitera que la declaración de inconstitucionalidad del apartado segundo del artículo 57 CP no tendría relevancia en orden a la tutela de los derechos de las víctimas, pues el apartado primero del precepto permite a los Tribunales imponer la pena de alejamiento, incluso contra la voluntad del ofendido, en atención a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente, es decir cuando las circunstancias del caso aconsejen su adopción.

4. Mediante providencia de 6 de noviembre de 2007 el Pleno de este Tribunal acordó admitir a trámite la cuestión, así como dar traslado de las actuaciones recibidas, de conformidad con el artículo 37.3 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», efectuándose en el núm. 283, de 26 de noviembre de 2007.

5. Con fecha 22 de noviembre de 2007 se presentó escrito del Presidente del Congreso de los Diputados comunicando el Acuerdo de la Mesa de la Cámara por el cual no se personaba ni formulaba alegaciones en el presente proceso constitucional, poniendo a disposición del Tribunal las actuaciones que pudiera precisar.

6. Mediante escrito registrado el 5 de diciembre de 2007 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 artículo 88.1 LOTC.

7. Por escrito registrado el 22 de noviembre de 2007 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 reseñando la nula motivación de la providencia que sometía de nuevo la cuestión a las partes. No obstante, la circunstancia de que el Auto del Juez viniera precedido por otro anterior en el que se razonaba la posible contradicción entre textos, permite suponer que las partes tuvieron conocimiento de los términos de la cuestión.

Seguidamente indica que el Auto alude en varios pasajes al artículo 14 CE, si bien no se aprecia realmente ningún argumento que razone su contradicción con la norma cuestionada. En algún momento en el curso del razonamiento podría inferirse algún reproche a la norma cuestionada con fundamento en el artículo 14 CE, en el sentido de que de la lesión de un derecho de libertad parece desprenderse también una lesión del derecho de igualdad. Sin embargo, ni se concretan los términos de esa lesión, ni se establece término alguno de comparación, por lo que ha de darse por entendido que se trata de una referencia puramente accidental.

Luego se detiene en afirmar que las objeciones prácticas dirigidas a la norma parecen referidas a la expresión «en todo caso», que impone aplicar la pena de alejamiento al juzgador al margen de su apreciación sobre la peligrosidad del sujeto responsable del maltrato y con independencia de la voluntad de la víctima. Considera el Abogado del Estado que resulta difícil argumentar, frente al principio constitucional de legalidad, que el arbitrio judicial pueda extenderse a la aplicación o inaplicación de una pena. Por otro lado no sería justo reprochar al legislador una falta de graduación de la pena de alejamiento, visto lo dispuesto en el úl-

timo inciso del precepto cuestionado. La objeción queda reducida a una valoración de una medida de la política penal. Por otro lado no puede dejar de apreciarse que la contradicción que cree encontrar el Juzgado de Cáceres entre los presupuestos del propio precepto (que cifra en la gravedad y peligrosidad de la conducta penada) y la obligatoriedad de imposición de la pena de prohibición de aproximación queda referida en el Auto al mismo precepto penal, a modo de exigencias contrapuestas. No es fácilmente comprensible la objeción: si la gravedad de la conducta es el presupuesto del tipo mismo, no parece lógico que se subordine la aplicación de la pena a un juicio independiente de gravedad o peligrosidad que en la subsunción del hecho ha debido quedar previamente acreditado. En cualquier caso no se ofrece en este razonamiento ninguna consideración relativa a la contradicción del texto con la Constitución. La objeción del Auto quedaría a lo sumo reducida a una contradicción entre los enunciados de la propia norma enjuiciada. Por otro lado no puede dejar de resaltarse la contradicción existente entre las dos objeciones que el proponente de la cuestión formula contra la norma. No se sabría cómo conjugar con el derecho de disposición de la víctima la pretensión de una plena discrecionalidad del juzgador a la hora de decidir sobre la aplicación de la sanción de alejamiento, donde parece sugerirse, incluso, la posibilidad de imponer la convivencia forzosa de la pareja a despecho de la voluntad contraria del propio maltratado en el caso de apreciar el juzgador razones familiares o económicas que hicieran preciso el contacto entre ambos.

El Abogado del Estado considera que el Auto parece rechazar como inconstitucional toda posible incidencia o proyección, por indirecta que sea, de una pena a terceras personas distintas de los condenados. Tal planteamiento no es sin embargo asumible en términos generales, ni

guarda relación alguna con el principio indiscutido de la personalidad de las penas. Toda pena puede ocasionar un efecto sobre terceros, tanto más sensible cuanto más próxima sean su relación o afectos con el culpable, y no será difícil en la mayor parte de los casos traer a colación algún principio constitucional (relaciones familiares o libre desarrollo de la personalidad, entre ellos) en apoyo de la inaplicación de las penas. La oposición de la víctima 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 o de gracia para la imposición de las penas. Tal posibilidad habría de basarse en una premisa específica que no ha sido apreciada, ni siquiera considerada en el Auto: que el daño inherente al delito agota sus efectos exclusivamente en la persona afectada por la agresión, sin trascendencia razonable alguna a terceros ni a la sociedad. Pero en estos casos, estima el Abogado del Estado, la víctima del delito enjuiciado por el Juzgado proponente de la cuestión, sin dejar de serlo de manera directa y principal, no es la víctima exclusiva de su comisión, lo es 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 el Auto se relacionan los preceptos y principios constitucionales que se entienden infringidos. Prácticamente la relación podría quedar simplificada a un derecho de libertad de la víctima, puesto que la cita de esta lista de preceptos constitucionales que el Auto supone afectados (libre desarrollo de la personalidad, intimidad familiar, derecho a la tutela judicial efectiva, principio de legalidad en materia sancionadora, etc.) presupondría que de la imposición de la pena de alejamiento al responsable de un delito de

violencia doméstica se derivan unos límites actual y efectivamente impuestos a la libre acción de la víctima, y que estos límites concretos producen un menoscabo a los derechos fundamentales. Ni una cosa ni otra son visibles en la presente cuestión, donde hay una imputación para el agresor. No es apreciable medida alguna que haya restringido aquella libertad de la víctima en su condición de tal, ni se le ha impuesto ninguna pena, ni se le ha encausado, ni se ha limitado el desarrollo de su personalidad, ni su derecho a la intimidad. Ni siquiera se ha desligado a la mujer maltratada de su posición acusadora en el proceso. Las penas se imponen por la comisión de una infracción delictiva. En el momento presente no hay otro dato que el hecho reconocido de pasada en el acto del juicio por la compañera sentimental del agresor de no desear el alejamiento. Ni siquiera hay expresión del deseo de que no se aplique la pena principal. La imposición de la condena (al agresor) no entraña realmente otra restricción visible para cada uno que la mera contrariedad por la insatisfacción de un deseo no atendido. Obviamente este deseo no puede llegar a condicionar las penas que la comunidad ha decidido imponer y que impone, no sólo para protección de la persona agredida, sino en retribución y prevención de esta clase de delitos en beneficio de toda la comunidad.

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

8. Con fecha 13 de diciembre de 2007 el Fiscal General del Estado presentó ante el Registro General del Tribunal sus alegaciones, en las que se limita a manifestar que la presente cuestión de inconstitucionalidad, aunque dimanante de un proceso penal diferente, es fiel reflejo de las planteadas por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Valladolid y registradas en el Tribunal

Constitucional con los núms. 3916-2005, 8820-2005, 6292-2006 y 3899-2007. Por esa razón el Fiscal entiende que son válidos los argumentos que en aquellas cuestiones se ofrecieron en torno a la presunta inconstitucionalidad de la norma cuestionada, por lo que se limita a remitirse a las alegaciones entonces formuladas y a las peticiones del Fiscal en tales procesos, solicitando la desestimación de la cuestión.

En los escritos de alegaciones a los que se refiere, el Fiscal General del Estado subraya, respecto de la fundamentación de la inconstitucionalidad del precepto, que se apoya en la imposición obligatoria del alejamiento y, por tanto, desligada de la voluntad de la víctima, que tal efecto es inherente al sistema penal, en el que las penas no se imponen en función de la opinión de la víctima de los delitos sino por la responsabilidad de sus autores. En este sentido el Fiscal General del Estado aduce que toda pena afecta en mayor o menor medida al círculo de allegados del condenado, sin que por ello pueda entenderse que se impide el desarrollo de la personalidad de los familiares. Para que la pena obstaculizara el desarrollo de la personalidad habría de recaer directamente sobre la persona afectada y venir referida a una actuación antijurídica o irregular del poder, nunca a una medida impuesta por una norma penal habilitante. E igual reflexión puede hacerse, según el Fiscal General del Estado, respecto de la dignidad que, como atributo genérico de la persona, no tiene por qué resultar directamente afectada por la imposición de una pena al individuo que ha perpetrado un acto de violencia o coacción sobre su persona y que ha sido condenado tras un juicio justo. El Derecho penal faculta al Estado, en el ejercicio del ius puniendi, para la descripción de los delitos y la imposición de penas o medidas de seguridad por los ilícitos que tipifica, de modo que en un sistema parlamentario y democrático difícilmente

puede hablarse de injerencia del poder público en la dignidad o intimidad de las personas por la fijación de una pena a un hecho delictivo.

En lo atinente a la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) el Fiscal General del Estado niega que pueda hablarse de incongruencia por el hecho de que la pena se imponga contra la voluntad de la víctima, cuando la pena ha sido solicitada por el Fiscal, ni tampoco de indefensión, habida cuenta de las posibilidades de intervención en el proceso de las partes afectadas y su plenitud para realizar actos de alegación y defensa.

Por lo que se refiere al principio de legalidad el Fiscal General del Estado acepta que el artículo 25.1 CE proscriba que las penas se impongan a una persona que no ha cometido el delito; sin embargo, con recto criterio técnico, no podría afirmarse que la pena cuestionada se imponga también a la víctima, ya que ésta no vulnera con su conducta, en sí misma considerada, ningún precepto penal por su aproximación a su agresor, salvo interpretaciones contrarias al espíritu de la norma por parte del juzgador.

9. Mediante providencia de 3 de noviembre de 2010, se señaló para la deliberación y votación de la presente Sentencia el mismo día 3 del mismo mes y año.

---

## II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Único: La cuestión planteada por el Juzgado de lo Penal núm. 1 de los de Cáceres en relación con el artículo 57.2 del Código Penal ha sido ya resuelta en la STC 60/2010, de 7 de octubre, a cuyos razonamientos y conclusiones nos remitimos, por lo que procedente será aquí el mismo pronunciamiento desestimatorio al que llegamos en la citada Sentencia.

Resta por añadir que en la presente cuestión ha sido invocado también el

principio de protección a la familia y a los hijos (art. 39 CE), en relación con el principio al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE). Aun cuando esta invocación no se realizó formalmente en el procedimiento que dio lugar a la STC 60/2010, de 7 de octubre, ello no supone un planteamiento innovador que exija un pronunciamiento específico, ya que, como pone de manifiesto el FJ 8 b) de la STC 60/2010 acabada de citar, la incidencia de la imposición obligatoria de la pena de alejamiento en la relación afectiva, familiar o de convivencia entre el penado y la víctima fue un aspecto que ya se tomó en consideración al realizar el control de constitucionalidad del precepto cuestionado.

### FALLO

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

Ha decidido

Desestimar la presente cuestión de inconstitucionalidad.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado»

Dada en Madrid, a tres de noviembre de dos mil diez.–*María Emilia Casas Baamonde.*–*Guillermo Jiménez Sánchez.*–*Vicente Conde Martín de Hijas.*–*Javier Delgado Barrio.*–*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.

---

**SENTENCIA 85/2010, de 3 de noviembre de 2010. Cuestión de inconstitucionalidad 5163-2008. Planteada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Cádiz en relación con el artículo 57.2 del**

**Código penal, en la redacción dada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre. Principios de personalidad y proporcionalidad de las penas, prohibición de indefensión, derecho a la intimidad familiar y libertades de circulación y residencia: STC 60/2010 (imposición obligatoria, para determinados delitos, de la pena accesoria de alejamiento). («BOE» núm. 292 de 3 de diciembre de 2010.)**

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por doña María Emilia Casas Baamonde, Presidenta, don Guillermo Jiménez Sánchez, don Vicente Conde Martín de Hijas, don Javier Delgado Barrio, 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. 5163-2008, planteada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Cádiz, respecto del artículo 57.2 del Código Penal. Han intervenido el Abogado del Estado y el Fiscal General del Estado. Ha sido Ponente la Magistrada doña Elisa Pérez Vera, quien expresa el parecer del Tribunal.

---

### I. ANTECEDENTES

1. Mediante escrito registrado el día 30 de junio de 2008, tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal, escrito de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Cádiz, al que se acompaña junto al testimonio de particulares del correspondiente procedimiento (procedi-

miento abreviado núm. 218-2006; rollo de apelación 184-2007), el Auto del referido órgano judicial de 21 de enero de 2008 en el que se acuerda plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto del artículo 57.2 del Código penal (en adelante CP), en la redacción dada al mismo por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por su posible contradicción con los artículos 1, 10.1, 19.1, 25.1 y 32 CE.

2. Del conjunto de las actuaciones remitidas por el órgano judicial proponente resulta que los hechos que dan lugar al planteamiento de la presente cuestión son, concisamente expuestos, los siguientes:

a) El día 27 de septiembre de 2007, el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Jerez de la Frontera dictó Sentencia condenando al acusado como autor de un delito de maltrato familiar, previsto y penado en el artículo 153.1, 3 y 4 CP, imponiéndole la pena de veinticuatro días de trabajo en beneficio de la comunidad, seis meses de privación del derecho a la tenencia y porte de armas y prohibición de acercamiento a menos de doscientos metros de la víctima y a comunicar con ella, por cualquier forma, por tiempo de un año; y como autor de un delito de amenazas del artículo 171.4 y 5 CP, a la pena de dieciséis días de trabajo en beneficio de la comunidad, privación del derecho a la tenencia y porte armas durante seis meses, prohibición de acercarse a menos de doscientos metros a la víctima, y de comunicarse con ella por tiempo de un año, y al pago de las costas procesales.

b) Tras interponerse recurso de apelación por el condenado, y presentarse escrito de impugnación por el Ministerio Fiscal, las actuaciones fueron remitidas a la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Cádiz que acordó formar rollo de apelación y designar ponente. Sin señalar día para la votación y fallo, dictó Auto, el día 21 de enero del 2008, plan-

teando cuestión de inconstitucionalidad del artículo 57.2 CP, que fue inadmitida a trámite por Auto dictado por el Pleno de este Tribunal el 22 de mayo de 2008.

c) El día 3 de junio de 2008, la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Cádiz, dictó providencia indicando lo siguiente: «Dada cuenta, inadmitida por motivos formales la anterior cuestión de constitucionalidad y persistiendo las dudas suscitadas a este Tribunal sobre la constitucionalidad del artículo 57.2 del Código Penal en cuanto imperativamente ordena la imposición de la pena de alejamiento ‘en todo caso’, es decir incluso contra la libre voluntad de la víctima, lo que podría resultar contrario a la CE pues desde la perspectiva de la víctima pueden verse conculcados sus derechos a la libertad de elección de residencia y circulación por el territorio nacional (art. 19.1 CE), el principio de personalidad de las penas (art. 25.1 CE), la garantía jurisdiccional (arts. 1 y 10.1 CE) y el derecho a convivir en matrimonio (art. 32 CE), aplicable por analogía a las parejas de hechos; de conformidad con el artículo 35.2 de la LOTC resulta procedente dar audiencia a las partes para que en el plazo común e improrrogable de diez días puedan alegar lo que deseen sobre la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad.» El Ministerio Fiscal consideró improcedente plantear la cuestión de inconstitucionalidad, mientras que la representación del condenado, ratificándose en precedentes escritos presentados, consideró pertinente su planteamiento.

d) La Sala acordó plantear la cuestión de inconstitucionalidad por Auto de 18 de junio de 2008.

3. El Auto de planteamiento cuestiona el artículo 57.2 CP, por considerar que infringe el artículo 1 CE –dignidad de la persona–, el artículo 10.1 CE –libre desarrollo de la personalidad–, el artículo 19.1 CE –libertad de elegir residencia y

derecho a circular por el territorio nacional–, el artículo 24.1 CE –como manifestación de la garantía jurisdiccional– el artículo 25.1 CE –como manifestación de la garantía penal y del principio de personalidad de las penas– y el artículo 32 CE –como manifestación del derecho a convivir en matrimonio, aplicable por analogía a las parejas de hecho.

Considera que cuando la pena de alejamiento se aplica «en todo caso», prescindiendo de la mayor o menor gravedad de los hechos, de su habitualidad y ocasionalidad, 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 quién vivir, por dónde circular, impidiéndole el libre desarrollo de su personalidad.

Entiende, que aunque la pena no se imponga materialmente a la víctima, ésta se ve conminada a su cumplimiento y sufre directamente sus consecuencias, afectándole directamente el alejamiento que se impone al condenado, y de no aceptarlo, si indujera a su compañero a quebrantarlo, reanudando la convivencia en común, podría ser inculpada y verse sometida a un proceso penal.

Asimismo razona, que la pena de alejamiento conculca uno de los principales deberes de la institución matrimonial (artículo 32 CE) –trasladable a las uniones de hecho libremente consentidas por aplicación del principio de igualdad (art. 14 CE)–, el deber de vivir juntos.

Por todo lo expuesto, acuerda el órgano judicial plantear la cuestión de inconstitucionalidad del artículo 57.2 CP.

4. Mediante providencia de 21 de octubre de 2008, el Pleno de este Tribunal acordó, admitir a trámite la cuestión, así como dar traslado de las actua-

ciones recibidas, de conformidad con el artículo 37.3 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOT), 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 estimaran convenientes. En las mismas resoluciones acordó publicar la incoación de la cuestión en el «Boletín Oficial del Estado», lo que tuvo lugar en el «Boletín Oficial del Estado» núm. 265, de fecha 3 de noviembre de 2008.

5. El Presidente del Senado, en funciones, comunicó mediante escrito registrado el día 5 de noviembre de 2008 que la Mesa de la Cámara había acordado personarse en el procedimiento y dar por ofrecida su colaboración a los efectos del artículo 88.1 LOTC.

6. El Presidente del Congreso de los Diputados, a través de escrito registrado el día 10 de noviembre de 2008, comunicó que, aunque el Congreso había decidido no personarse en el procedimiento ni formular alegaciones, ponía a disposición del Tribunal las actuaciones que pudiera precisar.

7. Por escrito registrado el 6 de noviembre de 2008, el Abogado del Estado se personó en nombre del Gobierno en el presente proceso constitucional, formulando alegaciones.

Empieza por señalar el Abogado del Estado que los argumentos expuestos por la Sala proponente son muy próximos a los aducidos en otras cuestiones planteadas sobre el mismo precepto, por lo que comienza dando por reproducidas las alegaciones precedentemente hechas por la Abogacía del Estado en las cuestiones promovidas contra el precitado artículo.

Empieza por señalar que no cabe la acumulación de los dos reproches que

efectúa el Auto a la regulación cuestionada, arbitrio judicial y derecho a decidir de la víctima, pues ambos son excluyentes entre sí. Añade que el Auto parece rechazar como inconstitucional toda posible incidencia o proyección indirecta que sea de una pena a terceras personas distintas del condenado. Tal planteamiento no es sin embargo asumible en términos generales, ni guarda relación alguna con el principio indiscutido de la personalidad de las penas. Toda pena puede ocasionar un efecto sobre terceros, tanto más sensible cuanto más próxima sea su relación o afectos con el culpable y no será difícil en la mayor parte de los casos traer a colación algún principio constitucional (relaciones familiares, libre desarrollo de la personalidad entre ellos) en apoyo de la inaplicación de las penas. Pero en estos casos, estima el Abogado del Estado, la víctima del delito enjuiciado por el juzgado proponente de la cuestión, sin dejar de serlo de manera directa y principal, no es la víctima exclusiva de su comisión, lo es 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.

Por último, considera que en el momento presente no hay otro dato que el hecho reconocido por la víctima de no haberse roto la relación con el agresor y de haberse reanudado la convivencia entre los esposos. La imposición de la condena –al agresor–, no entraña realmente otra restricción visible para cada uno que la mera contrariedad por la insatisfacción de un deseo no atendido. Obviamente, este deseo no puede llegar a condicionar las penas que la Comunidad ha decidido imponer y que impone no sólo para protección de la persona agredida, sino en retribución y prevención de esta clase de delitos en beneficio de toda la comunidad.

Con base en las alegaciones expuestas, el Abogado del Estado interesó la deses-

timación de la cuestión de inconstitucionalidad.

8. Con fecha 26 de noviembre de 2008 el Fiscal General del Estado, presentó ante el Registro General del Tribunal sus alegaciones, que se resumen a continuación:

Indica el Fiscal General del Estado, que la presente cuestión es fiel reflejo de las planteadas por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Valladolid registradas con los núms. 3916-2005, 8820-2005 y 6292-2006, al coincidir en las cuatro el artículo del Código penal cuestionado (art. 57.2 CP) y los preceptos de la Constitución a que se opone, los artículos 1.1, 10, 10.1, 18.1, 24.1 y 25.1 y 32 CE, constatando los mismos argumentos empleados en aquellos autos de planteamiento y en el presente.

Por ello, considera válidos los argumentos que se dieron en torno a la presunta inconstitucionalidad de la norma y por lo expuesto interesa que el Pleno de este Tribunal dicte Sentencia desestimando esta cuestión de inconstitucionalidad.

9. Mediante providencia de fecha 3 de noviembre de 2010 se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 3 del mismo mes y año.

## II. Fundamentos jurídicos

Único. La cuestión planteada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Cádiz en relación con el artículo 57.2 CP ha sido ya resuelta en la STC 60/2010, de 7 de octubre, a cuyos razonamientos y conclusiones nos remitimos, por lo que procedente será aquí el mismo pronunciamiento desestimatorio al que llegamos en la citada Sentencia.

## FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTO-

RIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Desestimar la presente cuestión de inconstitucionalidad.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado»

Dada en Madrid, a tres de noviembre de dos mil diez. -*María Emilia Casas Baamonde.*–*Guillermo Jiménez Sánchez.*–*Vicente Conde Martín de Hijas.*–*Javier Delgado Barrio.*–*Elisa Pérez Vera.*–*Eugenio Gay Montalvo.*–*Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.*–*Ramón Rodríguez Arribas.*–*Pascual Sala Sánchez.*–*Manuel Aragón Reyes.*–*Pablo Pérez Tremps.*–Firmado y rubricado.

pata 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. 3213-2009, planteada por el Juzgado de lo Penal núm. 4 de Valencia, en relación con el artículo 57.2 del Código penal. Han intervenido y formulado alegaciones el Abogado del Estado y el Fiscal General del Estado. Ha sido Ponente la Magistrada doña Elisa Pérez Vera, quien expresa el parecer del Tribunal.

---

**SENTENCIA 86/2010, de 3 de noviembre de 2010.** Cuestión de inconstitucionalidad 3213-2009. Planteada por el Juzgado de lo Penal núm. 4 de Valencia en relación con el artículo 57.2 del Código penal, en la redacción dada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre. Principios de personalidad y proporcionalidad de las penas, prohibición de indefensión, derecho a la intimidad familiar y libertades de circulación y residencia: STC 60/2010 (imposición obligatoria, para determinados delitos, de la pena accesoria de alejamiento) y STC 45/2009 (trato penal diferente en el delito de amenazas leves); inadmisión parcial de la cuestión de inconstitucionalidad por defectuoso cumplimiento del trámite de audiencia. («BOE» núm. 292 de 3 de diciembre de 2010.)

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por doña María Emilia Casas Baamonde, Presidenta, don Guillermo Jiménez Sánchez, don Vicente Conde Martín de Hijas, don Javier Delgado Barrio, doña Elisa Pérez Vera, don Eugenio Gay Montalvo, don Jorge Rodríguez-Za-

---

#### I. ANTECEDENTES

1. El día 6 de abril de 2009 tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal escrito del Juzgado de lo Penal núm. 4 de Valencia, al que se acompaña, junto al testimonio de particulares del correspondiente procedimiento abreviado núm. 12-2008, el Auto del referido órgano judicial de 16 de marzo de 2009, en el que se acuerda plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto del artículo 57.2 del Código penal (CP).

2. Del conjunto de las actuaciones remitidas por el órgano judicial proponente resulta que los hechos que dan lugar al planteamiento de la presente cuestión son, concisamente expuestos, los siguientes:

a) El Juzgado de Instrucción núm. 1 de Sagunto, mediante Auto dictado el 25 de noviembre de 2006, inició la tramitación de diligencias previas, en virtud del atestado policial recibido, al poder ser los hechos que constaban en el mismo, constitutivos de un delito de maltrato familiar.

El mismo día dictó Auto acordando medidas cautelares a favor de la víctima.

b) Tras continuar la tramitación de las diligencias por los trámites del procedimiento abreviado, por un presunto delito de malos tratos en el ámbito familiar, y formulada acusación por el Ministerio Fiscal, en que calificó los hechos como constitutivos de un delito de lesiones del artículo 153 CP y solicitó la imposición de la pena de ocho meses de prisión, de dos años de privación de tenencia y porte de armas y conforme «al art 57 (sic) prohibición de acercamiento (300 metros) y comunicación con la denunciante durante 1 año», se remitió el procedimiento al Juzgado de lo Penal núm. 4 de Valencia, que señaló la vista oral para el día 21 de noviembre de 2008. En el turno de conclusiones el Ministerio Fiscal elevó a definitivas las conclusiones del escrito de acusación, interesando la defensa, además de la absolución del acusado, que se planteara por la Juzgadora la cuestión de inconstitucionalidad sobre el artículo 57.2 CP.

c) El Juzgado dictó providencia de fecha 20 de enero de 2009, confiriendo al Ministerio Fiscal y a la defensa un plazo de diez días para que formularan alegaciones sobre la posibilidad de plantear cuestión de inconstitucionalidad del artículo 57.2 CP al ser posible que vulnera «alguno de los artículos (sic) de la Constitución Española como son el 1.1 y el 10.1, en desarrollo de la personalidad (art. 10) y a la intimidad personal y familiar artículo 18.1, así como los artículos 24.1 y 25.1 todos de la Constitución».

d) Por el Ministerio Fiscal no se formularon alegaciones. La defensa del acusado se mostró favorable al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, interesando que el Juzgado lo acordara.

e) Finalmente, la cuestión de inconstitucionalidad fue promovida mediante Auto de 16 de marzo de 2009.

3. El Auto de cuestionamiento inicia la fundamentación jurídica, tras resumir los antecedentes del procedimiento, indicando que la imposición obligatoria de la pena accesoria conocida como alejamiento en los delitos de malos tratos, es obligatoria, al indicar el artículo 57.2 CP que se impondrá «en todo caso», con independencia de la voluntad de la víctima y aun en contra de su decisión de convivir con su pareja. Continúa indicando que la pena interfiere de modo intenso en la vida matrimonial y familiar, hasta provocar la suspensión provisional de la convivencia, sin tomar en consideración, ni respetar las relaciones de dependencia afectivas, los lazos personales, la intensidad de los vínculos, ni la voluntad de la víctima. Anula la virtualidad del perdón en supuestos leves que son corrientes en la vida familiar y de pareja, «la norma implica un cuestionamiento radical de la pareja, matrimonial o no, y de la familia como mayoritariamente se entiende y vive en nuestra sociedad».

Razona el Auto, que el legislador está sujeto a la Constitución, proclamando el artículo 9.3 CE la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, incluida la arbitrariedad en la actividad legislativa. Pues bien, la prohibición de acercamiento sólo tiene sentido si se vincula a fines preventivo-especiales y asegurativo-cautelares de protección de la víctima y neutralización del riesgo de reiteración delictiva o de nueva agresión, y la aplicación automática al margen de tales fines carece de explicación racional. Tilda por tal razón a la reforma legislativa de «caprichosa e inconsecuente», produciendo efectos inconvenientes, que no han podido ser previstos ni deseados por el legislador.

Por último, considera que «el precepto podría infringir otros derechos no menos importantes como el derecho a la dignidad de la persona, (arts. 1.1 y 10.1 de la CE), en sus manifestaciones relacionadas con el libre desarrollo de la perso-

nalidad (art. 10 CE), y a la intimidad personal y familiar (art. 18.1), así como los artículos 24.1 y 25.1 en consecuencia el precepto cuestionado es contrario a los citados preceptos constitucionales (sic).»

4. Mediante providencia de 29 de diciembre de 2009 este Tribunal acordó admitir a trámite la cuestión de inconstitucionalidad, así como dar traslado de las actuaciones recibidas, de conformidad con el artículo 37.3 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (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 estimaran convenientes. Acordando publicar la incoación de la cuestión en el «Boletín Oficial del Estado», efectuándose la misma en el núm. 246, de 12 de octubre de 2005.

5. El Presidente del Congreso de los Diputados, a través de escrito registrado el día 13 de octubre de 2009, comunicó, que aunque el Congreso había decidido no personarse en el procedimiento ni formular alegaciones, ponía a disposición del Tribunal las actuaciones que pudiera precisar.

6. El Presidente del Senado, mediante escrito registrado el día 14 de octubre de 2009, comunicó que la Mesa de la Cámara había acordado personarse en el proceso y dar por ofrecida su colaboración a los efectos del artículo 88.1 LOTC.

7. El Abogado del Estado se personó en el presente procedimiento, en nombre del Gobierno, solicitando en su escrito de alegaciones, registrado el día 21 de octubre de 2009, la desestimación de la cuestión de inconstitucionalidad.

Empieza el escrito dando por reproducidas las alegaciones efectuadas en la

tramitación de las cuestiones de inconstitucionalidad núms. 640-2005 y 4976-2005. Tras exponer la argumentación contenida en el Auto de cuestionamiento, indica que toda pena es limitativa de la libertad, sin que la pena de alejamiento descansa exclusivamente en el objetivo de tutelar un interés puramente personal de la víctima, pues de ser así la naturaleza del delito sería privada.

Asimismo descarta que la pena de alejamiento infrinja el artículo 18 CE en relación con los artículos 10 y 1.1 CE, al sustentar el Auto de planteamiento la argumentación sobre el rechazo de que la pena pueda tener proyección indirecta o incidir en terceras personas distintas del condenado. Considera que dicho argumento no es asumible, en términos generales, ni guarda relación con el principio de personalidad de las penas. Entiende que de tomarse en consideración las consecuencias extraprocesales de las penas, negativas para terceros, debería excluirse hasta la pena de multa, al entender que toda pena puede ocasionar un efecto sobre terceros.

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

8. Con fecha 2 de diciembre de 2009 el Fiscal General del Estado presentó ante el Registro General del Tribunal sus alegaciones, que se resumen a continuación.

Empieza el escrito haciendo referencia a la tramitación del incidente por el que se plantea la cuestión de inconstitucionalidad. Considera que en la providencia por la que se da la audiencia a las partes exigida por el artículo 35.2 LOTC «no aparece mencionado en ningún momento el artículo 9.1 de la CE en cuanto a lo que se refiere a la interdicción de la arbitrariedad. Sin embargo la fundamentación sobre la oposición entre tal artículo y el cuestionado (art. 57.2 del CP) es exhaustiva en el FJ 3 del auto de planteamiento»,

por lo que, lo expuesto, debería conducir al Pleno del Tribunal a declarar la inadmisión de la cuestión.

Considera que si se estimara que no concurre óbice procesal, procedería la estimación de la cuestión de inconstitucionalidad ya que la aquí promovida por el Juzgado de lo Penal núm. 4 de Valencia, se mueve en coordenadas parecidas, incluso con remisiones literales, a la planteada por el Juzgado de lo Penal núm. 20 de Madrid, registrada como cuestión de inconstitucionalidad núm. 4976-2005, por lo que se remite, por razones de economía procesal, a las alegaciones formuladas al tramitar dicha cuestión. En aquel escrito, tras propiciar la estimación de la cuestión planteada por vulneración del artículo 9.3 CE, señaló que la rigidez del sistema ha quedado paliada en parte a raíz de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, que ha modificado el artículo 153.4 CP permitiendo a los Jueces adecuar la pena de alejamiento a las circunstancias concurrentes en el caso concreto y a la entidad del hecho cometido, con lo que se evita la arbitrariedad de la Ley que la antigua legislación propiciaba. En suma, por lo expuesto, interesa la inadmisión por defectos procesales en el trámite de audiencia o, subsidiariamente, la estimación de la cuestión de inconstitucionalidad, declarando que es inconstitucional y por lo tanto nulo el artículo 57.2 CP según redacción dada por Ley Orgánica 15/2003 por ser contrario al artículo 9.3 CE, en su dimensión de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos o, alternativamente, que se desestime la cuestión de inconstitucionalidad sobre la base de la legislación sobrevenida al planteamiento de la misma.

9. Mediante providencia de 3 de noviembre de 2010, se señaló para la deliberación y votación de la presente Sentencia el día 3 del mismo mes y año.

## II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. El Auto del Juzgado de lo Penal núm. 4 de Valencia, por el que se plantea la cuestión de inconstitucionalidad, considera que el párrafo segundo del artículo 57.2 del Código penal (CP), en su redacción dada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, puede ser contrario a los artículos 1.1, 9.1 y 3, 10.1, 14, 24.1, 25.1 y 2, 32.1 y 39.1 CE.

El Ministerio Fiscal solicita la inadmisión de la cuestión en lo concerniente a la vulneración del principio de interdicción de arbitrariedad (art. 9.3 CE), al no haber sido sometido al preceptivo trámite de audiencia previsto en el artículo 35.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC). El Abogado del Estado interesa la desestimación de la cuestión.

2. Tal y como ha hecho constar el Fiscal General del Estado en sus alegaciones, en el trámite del artículo 35.2 LOTC la titular del Juzgado se limitó a advertir a las partes sobre la posibilidad de plantear cuestión de inconstitucionalidad del artículo 57.2 CP al ser posible que vulnera «alguno de los artículos de la Constitución Española como son el 1.1 y el 10.1, en desarrollo de la personalidad (art. 10) y a la intimidad personal y familiar artículo 18.1, así como los artículos 24.1 y 25.1 todos de la Constitución», lo que conduce a la conclusión de que el trámite de audiencia a las partes ha sido cumplido de forma defectuosa respecto de los artículos 9.1 y 3, 14, 25.2, 32.1 y 39.1 CE, por lo que la presente cuestión debe ser inadmitida respecto a las alegaciones referidas a la vulneración de estos artículos (por todas STC 164/2009, de 2 de julio, FJ 2).

3. Las restantes de las cuestiones planteadas han sido ya resueltas en la STC 60/2010, de 7 de octubre, a cuyos razonamientos y conclusiones nos remitimos, por lo que procedente será aquí el

mismo pronunciamiento desestimatorio al que llegamos en la citada Sentencia.

### FALLO

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

Ha decidido

1. Inadmitir, por incumplimiento de las condiciones procesales exigidas por los artículos 163 CE y 35 LOTC, la presente cuestión de inconstitucionalidad en lo que se refiere a la posible vulneración de los artículos 9.1 y 3, 14, 25. 2, 32.1 y 39.1 CE.

2. Desestimar la presente cuestión de inconstitucionalidad en todo lo demás.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado»

Dada en Madrid, a tres de noviembre de dos mil diez.—*María Emilia Casas Baamonde.*—*Guillermo Jiménez Sánchez.*—*Vicente Conde Martín de Hijas.*—*Javier Delgado Barrio.*—*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.

---

### SECCIÓN CUARTA

**SENTENCIA 87/2010, de 4 de noviembre de 2010.** Recurso de amparo 3454-2007. Promovido por don Spencer Mark Jones respecto a las Sentencias de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo y de la Audiencia nacional que le condenaron por un delito contra la salud pública. Supuesta vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva, al juez legal, al secreto de las comunicaciones, a la asistencia letrada, a un proceso con garantías y a la presun-

**ción de inocencia: SSTC 219/2009 y 220/2009.** («BOE» núm. 292 de 3 de diciembre de 2010.)

La Sección Cuarta, de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don Vicente Conde Martín de Hijas, Presidente, doña Elisa Pérez Vera, don Ramón Rodríguez Arribas, Magistrados, ha pronunciado

### EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

### SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 3454-2007, promovido por don Spencer Mark Jones, representado por el Procurador de los Tribunales don Javier Fernández Estrada y asistido por el Abogado don Gonzalo Boye Tuset, contra la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 2007, recaída en el recurso de casación 1442-2006, interpuesto contra la Sentencia dictada por la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de 29 de mayo de 2006, que le condenó como autor de un delito contra la salud pública. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Han comparecido don William Michael Newton, don Francisco López Martín y don Anthony Eric Durrant, todos ellos representados por el Procurador de los Tribunales don Javier Fernández Estrada y defendidos por el Abogado don Gonzalo Boye Tuset. Ha sido Ponente don Ramón Rodríguez Arribas, quien expresa el parecer de la Sección.

---

### I. ANTECEDENTES

1. Mediante escrito que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal el día 17 de abril de 2007, el Procurador de los Tribunales don Javier Fernández Es-

trada, en nombre y representación de don Spencer Mark Jones, interpuso recurso de amparo contra la resolución judicial que se cita en el encabezamiento.

2. Los hechos en los que tiene su origen el presente recurso y relevantes para su resolución son, sucintamente expuestos, los siguientes:

a) Por Sentencia de 29 de mayo de 2006, la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional condenó al demandante de amparo, como autor de un delito contra la salud pública de sustancia que no causa grave daño para la salud (hachís) en cantidad de notoria importancia [arts. 368 y 369.1.6 del Código penal (CP)], a la pena de cuatro años y tres meses de prisión y multa de veinte millones quinientos mil euros, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y al pago proporcional de las costas procesales.

En el relato de hechos probados se afirma que el recurrente mantenía contacto con un coimputado en la presente causa que se dedicaba al alquiler de naves industriales y vehículos relacionados con varias intervenciones de droga y, en concreto, que, actuando a requerimiento del recurrente de amparo, había alquilado dos naves industriales de las que habían salido importantes cargamentos de hachís, habiéndose aprehendido en los registros practicados en las mismas maquinaria y diversos efectos para embalar, envasar y ocultar la droga, así como facturas acreditativas de los gastos realizados para la adquisición de tales efectos.

b) Contra la anterior resolución se interpuso recurso de casación, que fue desestimado por Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 2007.

3. El recurrente fundamenta su demanda de amparo en la vulneración de los derechos fundamentales al secreto de

las comunicaciones (art. 18.3 CE), a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), al juez predeterminado por la ley (art. 24.2 CE), a la defensa, y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), así como a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE).

Como primer motivo de amparo, y bajo la invocación del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y del derecho a la defensa (art. 24.2 CE), se denuncia la incongruencia omisiva en la que, a juicio del recurrente, habría incurrido la Sentencia de instancia, al no haberse pronunciado sobre la cuestión de la nulidad de las intervenciones telefónicas derivada de la falta de notificación de las mismas al Ministerio Fiscal cuando se estaban practicando.

En segundo lugar, se denuncia la vulneración del derecho al juez predeterminado por la ley (art. 24.2 CE), por entender que el Juzgado de Instrucción núm. 3 de Denia, que incoó inicialmente diligencias previas en relación con la incautación de hachís en una nave de Elche, continuó posteriormente dirigiendo la instrucción, pese a carecer de competencia para ello, pues la investigación prosiguió en la provincia de Málaga, por lo que serían los Juzgados de esta localidad o el Juzgado Central de Instrucción los competentes.

En el tercer motivo de amparo se denuncia la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) por diversas razones: la insuficiente motivación de los Autos que autorizaron la intervención del teléfono móvil de un coimputado y la prórroga de la misma –que dio lugar a posteriores Autos de intervención del teléfono del recurrente en amparo–, su indeterminación objetiva y subjetiva, la falta de control judicial y la falta de notificación de los Autos al Ministerio Fiscal. Sostiene el recurrente que las escuchas eran prospectivas, y que el Auto de 15 de septiembre de 2003, por el

que se acordó la intervención del teléfono de la persona coimputada, es estereotipado y carece de motivación, considerando insuficiente el dato de que el investigado fuera la persona que medió en el alquiler de una nave en Denia en la que se aprehendieron más de 400 kg. de hachís y tuviera antecedentes policiales por tráfico de drogas. Señala además que en esa misma fecha fue detenido y puesto en libertad, continuándose luego la investigación en Málaga, por hechos que nada tenían que ver con el hallazgo en la nave de Denia, pese a lo cual el 14 de octubre de 2003 se dicta un nuevo Auto estereotipado y se autorizan unas escuchas puramente prospectivas. Además, diversas autorizaciones judiciales se conceden para averiguar la identidad del investigado, adoleciendo de falta de determinación subjetiva. Por otra parte, se denuncia el deficiente control judicial de las intervenciones, poniendo de manifiesto que muchas de las conversaciones intervenidas eran mantenidas en idiomas extranjeros, pese a lo cual la transcripción que se hace llegar al juez aparece en castellano, sin que conste la intervención de intérprete, lo que evidencia la falta de control real de la intervención por el juez. Además, no fue la autoridad judicial quien seleccionó lo relevante de las conversaciones, sino que permitió, expresamente, que lo hiciera la policía al realizar las transcripciones. Finalmente, se denuncia la falta de notificación al Ministerio Fiscal de los Autos que autorizan y prorrogan las intervenciones, quien sólo tuvo conocimiento de las mismas una vez que finalizaron, impidiéndose el control inicial de la medida en sustitución del interesado. Cita la STC 205/2002, de 11 de noviembre, FJ 5.

Como cuarto motivo de amparo, y bajo la invocación del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), alega el recurrente que la declaración autoincriminatoria que prestó la persona coimputada ante el Juez de Instrucción

núm. 3 de Denia el día 13 de noviembre de 2003 y que sirve de sustento a la condena se produjo en situación de incomunicación y sin haber podido entrevistarse previamente con su letrado. Y ello pese a que no se hallaba incurso en ninguno de los supuestos para los que la incomunicación está legalmente prevista conforme al artículo 520 bis LECrim (delitos de terrorismo) y ni la fuerza actuante lo solicitó, ni el Juzgado lo acordó. De modo que declaró sin una asistencia letrada efectiva, vulnerándose su derecho de defensa, lo que convierte en nula la citada declaración sumarial.

En los motivos de amparo quinto y sexto, se denuncia la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), que derivaría de la lectura en el plenario tanto de dos de las tres declaraciones prestadas en fase de instrucción por la persona coimputada, como de tres de las cuatro declaraciones que el recurrente prestó en dicha fase procesal, incluyendo una declaración prestada por éste en sede policial, al amparo del artículo 714 LECrim, cuando lo cierto es que ambos se habían acogido a su derecho a no declarar, por lo que ninguna contradicción pudo apreciar el Tribunal en el plenario, y tampoco cabía la lectura al amparo del artículo 730 LECrim. También se afirma que no se leyeron todas las declaraciones prestadas en fase de instrucción, sino sólo las que interesaron al Ministerio Fiscal, privando a la Sala del conocimiento íntegro de todas las declaraciones practicadas en fase de instrucción.

Finalmente, se considera vulnerado también el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), al no haberse practicado prueba de cargo válida para sustentar la condena, pues las pruebas, o bien se han obtenido ilícitamente, o bien se han practicado prescindiendo absolutamente de las normas de procedimiento. Afirma el recurrente que las intervenciones telefónicas eran nulas y de ellas

derivan las detenciones de los acusados, los registros domiciliarios y en las naves y las declaraciones de los detenidos. Por otra parte, no se oyeron las cintas con las grabaciones en el acto del juicio y a nadie consta la intervención de intérprete alguno, por lo que no ha sido posible verificar su contenido incriminatorio. Además, se utiliza como elemento incriminatorio una declaración sumarial prestada por un detenido incomunicado a quien no se permitió entrevistarse con su abogado, y se incorporan al plenario las declaraciones sumariales del recurrente y un coimputado de forma indebida, por el trámite de artículo 714 LECrim, pese a que ambos acusados se acogieron a su derecho a guardar silencio.

4. Por providencia de 12 de junio de 2008, la Sección Cuarta de este Tribunal acordó, de conformidad con el artículo 50.3 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), conceder a la parte demandante de amparo y al Ministerio Fiscal, plazo común de diez días para que formulen las alegaciones que estimen pertinentes en relación con lo dispuesto en el artículo 50.1 LOTC.

5. Mediante escrito registrado en este Tribunal el 7 de julio de 2008, el Procurador de los Tribunales don Javier Fernández Estrada, en nombre y representación de don Spencer Mark Jones, solicitó la admisión a trámite de la demanda de amparo por cumplir los requisitos procesales previstos en el artículo 50.1 LOTC y por no carecer de contenido constitucional, reiterando las alegaciones formuladas en la demanda.

6. El Ministerio Fiscal, por escrito registrado el 29 de julio de 2008, interesó que por la Sala se acordara la inadmisión a trámite, considerando la demanda carente de contenido constitucional.

Por lo que respecta a la queja articulada como primer motivo de amparo, destaca el Fiscal que la Sentencia de casación dio respuesta expresa en su funda-

mento jurídico primero a la cuestión de la falta de notificación al Ministerio Fiscal de los Autos que autorizaron las intervenciones telefónicas, lo que excluye la viabilidad de la queja. Añade que la respuesta dada por el Tribunal de casación se acomoda a la doctrina del Tribunal Constitucional, tanto en lo referente a la inexistente falta de respuesta como a la inexistencia de la indefensión que se denunciaba.

En cuanto al segundo motivo de amparo, con cita de la STC 60/2008, FJ 2, y del ATC 196/2004, FJ 6, se recuerda que la determinación de cuál sea el órgano competente y los criterios de aplicación de la delimitación de competencias entre distintos órganos judiciales no constituyen materia propia del derecho constitucional al juez ordinario predeterminado por la ley. Por ello, entiende que tampoco este motivo de amparo puede prosperar.

Por lo que respecta a la alegada vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), tras reproducir la doctrina constitucional al respecto con cita de la STC 165/2005, en sus FFJJ 4 y 8, señala el Fiscal que todas las alegaciones del recurrente han sido ya correctamente rebatidas en las resoluciones recurridas. Considera al respecto que hubo resoluciones judiciales motivadas, basadas no sólo en sospechas sino en la absoluta certeza de la comisión de un hecho delictivo, la policía interviniendo se ajustó escrupulosamente a las órdenes judiciales recibidas y el juez fue informando puntualmente del curso de las investigaciones, por lo que no existe ni la falta de motivación ni la ausencia de control que se aduce. En cuanto a la falta de notificación al Fiscal de los Autos que autorizaron las intervenciones, afirma el Fiscal en su escrito de alegaciones –respondiendo al primer motivo de amparo– que la validez constitucional de unas intervenciones acordadas judicialmente y respetuosas con las exigencias constitucionales no puede quedar condicionada

a la efectiva notificación formal de las mismas al Ministerio público.

En relación con el cuarto motivo de amparo, afirma que el recurrente no expone, como debiera, el interés que tiene en la denuncia de lesión del derecho fundamental de una tercera persona, dado que ni siquiera insinúa que las declaraciones prestadas en situación de incomunicación por el coimputado hubieran generado algún perjuicio, razón por la que considera el Ministerio Fiscal que no cabe apreciar un interés legítimo a los efectos del artículo 162.1 b) CE.

En lo tocante a la lectura en el plenario de tres de las declaraciones efectuadas por el demandante en fase de instrucción, así como de la declaración de otro de los coimputados, considera el Fiscal que no concurren las vulneraciones denunciadas como quinto y sexto motivo de amparo, remitiéndose a lo argumentado por el Tribunal Supremo: con independencia de cuál sea el precepto legal habilitante, la lectura de las declaraciones sumariales para permitir que las mismas accedan al juicio oral en condiciones de contradicción está avalada por una sólida doctrina constitucional, siendo posible su valoración por el Tribunal sentenciador sin merma de los derechos fundamentales del demandante.

Finalmente, se rechaza la alegada vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), afirmando que la condena se sustenta en pruebas de cargo válidas y que superan el test de suficiencia constitucional, remitiéndose a lo ya afirmado por el Tribunal Supremo. Abundando en dicha conclusión, añade que, aun en el caso de que alguna de las pruebas pudiera considerarse ilícita, en todo caso el demandante, tanto en sede policial como judicial, prestó declaración voluntariamente asistido por su letrado, reconociendo los hechos y su participación en los mismos.

7. Por providencia de 17 de marzo de 2009, la Sala Segunda de este Tribunal acordó la admisión a trámite de la demanda y, a tenor de lo dispuesto en el artículo 51 LOTC, requerir al Tribunal Supremo y a la Audiencia Nacional para que en el plazo de diez días remitieran testimonio del recurso de casación núm. 1442-2006 y del rollo de sala núm. 1-2006, interesándose al tiempo que se emplazara a quienes fueron parte en el procedimiento, a excepción del recurrente en amparo, para que en el plazo de diez días pudieran comparecer en este proceso constitucional.

8. El día 3 de abril de 2009 tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal un escrito de la representación procesal del recurrente en amparo en el que se solicitaba la suspensión de la ejecución de las resoluciones recurridas, a fin de no privar de efectividad al eventual otorgamiento del amparo.

Mediante providencia de fecha 16 de abril de 2009 la Sección Primera acordó formar la correspondiente pieza separada de suspensión y, de conformidad con lo previsto en el artículo 56 LOTC, conceder un plazo común de tres días al Ministerio Fiscal y a la parte recurrente para que formularan alegaciones sobre el particular. Evacuado dicho trámite, mediante Auto de 1 de junio de 2009 la Sala Segunda acordó acceder a la suspensión solicitada exclusivamente en lo referido a la pena privativa de libertad impuesta y denegarla en cuanto a los demás pronunciamientos condenatorios.

9. A través de una diligencia de ordenación de la Secretaría de Justicia de la Sala Segunda de 7 de julio de 2009, se tienen por recibidos los testimonios de las actuaciones y por personado y parte al Procurador don Javier Fernández Estrada, en nombre y representación de don William Michael Newton, don Francisco López Martín y don Anthony Eric Durrant, y al Procurador don Fernando

Meras Santiago, en nombre y representación de don Kimberley Karen Cooper, condicionando tal personación a la acreditación de la representación.

En la misma diligencia, y a tenor de lo dispuesto en el artículo 52 LOTC, se dio vista de las actuaciones a la partes personadas y al Ministerio Fiscal por término de veinte días, dentro de los cuales podrían presentar las alegaciones que estimasen pertinentes, conforme a lo establecido en el artículo 52.1 LOTC.

10. El Ministerio Fiscal, evacuando el trámite previsto en el citado artículo 52.1 LOTC, presentó escrito registrado en este Tribunal el 2 de septiembre de 2009, en el que solicitó la desestimación del amparo, remitiéndose al escrito previamente presentado en el trámite previsto en el artículo 50.3 LOTC.

11. Mediante providencia de la Sala Segunda de 24 de septiembre de 2009, acordó unir a las actuaciones los escritos presentados por el Ministerio Fiscal y del Procurador don Javier Fernández Estrada, teniéndole por personado en las actuaciones, y tener por decaído en la personación pretendida de don Kimberley Jaren Cooper al Procurador don Fernando Meras Santiago.

12. El demandante y las restantes partes personadas no formularon alegaciones en dicho trámite.

13. Por providencia de 5 de octubre de 2010 la Sala Segunda acordó deferir la resolución del presente recurso de amparo a la Sección Cuarta, de acuerdo con lo previsto en el artículo 52.2 LOTC y en la disposición transitoria primera de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, al resultar aplicable al mismo doctrina consolidada de este Tribunal.

14. Por providencia de 28 de octubre de 2010, se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 4 de noviembre del mismo año.

---

## II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. El presente recurso de amparo se dirige contra la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 2007, recaída en el recurso de casación 1442-2006, interpuesto contra la Sentencia dictada por la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de 29 de mayo de 2006, que condenó al demandante como autor de un delito contra la salud pública.

El demandante de amparo imputa a las resoluciones recurridas la vulneración de los derechos fundamentales al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), al juez predeterminado por la ley (art. 24.2 CE), a la defensa y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) en los términos expuestos en los antecedentes. El Ministerio Fiscal interesa la desestimación íntegra del recurso al entender que no concurre ninguna de las vulneraciones denunciadas.

2. Las recientes SSTC 219/2009 y 220/2009, ambas de 21 de diciembre, han resuelto sendos recursos de amparo interpuestos contra las mismas resoluciones ahora impugnadas y fundados en muy similares motivos de amparo que el presente, por lo que, con las matizaciones necesarias, podemos remitirnos a dichas Sentencias para dar respuesta a las alegaciones del demandante de amparo.

Así, podemos comenzar por rechazar la alegada vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a la defensa (art. 24.2 CE), dado que, como manifiestan las SSTC 219/2009 y 220/2009 en su fundamento jurídico 2, del examen de las actuaciones se desprende, de una parte, que la pretensión del recurrente no fue debidamente planteada en la instancia en los mismos términos que posteriormente lo es en el recurso de casación y en la demanda de

amparo; de otra parte, que en la Sentencia de casación se da respuesta expresa a la cuestión de la falta de notificación al Fiscal, por lo que, en definitiva, la cuestión de la falta de notificación de los Autos que acuerdan las intervenciones telefónicas que ahora se plantea en amparo y a la que se refiere la denunciada incongruencia omisiva obtuvo una respuesta expresa y razonada en la Sentencia de casación, por lo que la queja respecto de la presunta vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva resulta absolutamente infundada.

3. Por lo que respecta a la denunciada vulneración del derecho al Juez predeterminado por la ley (art. 24.2 CE), fue rechazada por las citadas SSTC 219/2009 y 220/2009, FJ 3, ante idénticas alegaciones, por lo que basta para desestimarla con remitirnos a lo afirmado en ellas. Concretamente, que la controversia gira sobre una mera cuestión de competencia carente de relevancia constitucional, pues dicha competencia ha sido determinada a través de una razonable interpretación de la legalidad procesal que no nos corresponde revisar, ni sustituir (citando al efecto, por todas, la STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 2).

4. También basta una remisión in totum para desestimar el tercer motivo de amparo, referido al derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE). En efecto, las SSTC 219/2009 y 220/2009 (FFJJ 4 a 6), han concluido sin lugar a dudas que los Autos de 15 de septiembre de 2003 y 14 de octubre de 2003 –objeto de la queja del demandante– satisfacen los estándares de motivación constitucionalmente exigidos, y que ha existido en todo momento un adecuado control judicial de la intervención, sin que la alegación de que no conste la intervención de un intérprete ostente relevancia constitucional, sin que por lo demás ninguno de los acusados haya denunciado que el contenido de las transcripciones en castellano no se correspondiera con el contenido de las grabaciones

originales, a pesar de que tanto las cintas originales con las grabaciones como las transcripciones estuvieron a disposición de las partes. De igual modo, y en aplicación de la STC 197/2009, de 28 de septiembre, rechazan tales Sentencias la alegación referida a la falta de notificación al Fiscal de los Autos de intervención de las comunicaciones, pues en el presente caso las intervenciones se acordaron en el seno de un auténtico proceso, las diligencias previas 1488-2003 inicialmente abiertas por el Juzgado de Instrucción núm. 3 de Denia, de cuya existencia tuvo conocimiento desde el primer momento el Ministerio Fiscal, habiendo acordado tanto el Auto de 15 de septiembre de 2003, como el de 14 de octubre de 2003, la puesta en conocimiento del Ministerio Fiscal. Siendo así, el hecho de que el acto de notificación formal no conste producido hasta un momento posterior al cese de las intervenciones, como se denuncia en la demanda, no constituye un defecto constitucionalmente relevante en el control de la intervención, en la medida en que no ha impedido el control inicial del desarrollo y cese de la medida y no consagra, por tanto, un «secreto constitucionalmente inaceptable».

5. Debe igualmente ser desestimada la denunciada vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías, a la defensa y a la asistencia letrada efectiva (art. 24.2 CE), por vía de remisión a las citadas Sentencias: tal como en ellas se afirma, «habiéndose decretado la comunicación de forma motivada y en aplicación de los preceptos legales que la permiten y cuya conformidad con la Constitución en cuanto al derecho a la asistencia letrada hemos ya declarado, no puede apreciarse la denunciada vulneración del derecho a la asistencia letrada del detenido consagrada en el art. 17.3 CE, que es el derecho fundamental en el que debe enmarcarse la queja del recurrente (por todas, STC 7/2004, de 9 de febrero, FJ 6), ni derivar de ella la invalidez como prueba de cargo de la declara-

ración autoincriminatoria del recurrente» (SSTC 219/2009 y 220 /2009, FJ 7).

6. Igualmente fue rechazado en el fundamento jurídico 8 de las Sentencias acabadas de citar el motivo de amparo fundado en la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) por haberse leído en el plenario tres de las cuatro declaraciones prestadas por el recurrente en fase de instrucción, incluida su declaración policial, al amparo del artículo 714 LECrim pese a haberse acogido el actor a su derecho a no declarar. Siguiendo lo manifestado en dichas resoluciones, el recurrente pudo haber solicitado la lectura de las declaraciones que hubiera tenido por pertinentes, y no lo hizo; por otra parte, las declaraciones sumariales incriminatorias fueron introducidas en el acto del juicio en condiciones que garantizan la triple exigencia constitucional de toda actividad probatoria: publicidad, contradicción e intermediación, por lo que no se aprecia vulneración alguna del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), encontrándose el órgano judicial ante pruebas de cargo válidas en las que podía sustentar la condena.

7. Por último, hemos de desestimar también la denunciada vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), que se sustenta en la invalidez de la prueba de cargo practicada. Descartada la nulidad de las intervenciones telefónicas practicadas al no apreciarse vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), rechazada la vulneración del derecho a la asistencia letrada del coimputado como consecuencia de su incomunicación (art. 17.3 CE), y afirmada la validez de las declaraciones prestadas en fase de instrucción tanto por el recurrente como por el coimputado, ha de concluirse que la condena del recurrente se sustenta en pruebas de cargo válidamente practicadas. Así, la condena se basa fundamentalmente en su propia declaración autoincriminatoria,

manifestando ser el propietario de los 3.900 kilos de hachís intervenidos y detallando el proceso de distribución de la sustancia, y en la declaración incriminatoria del coimputado, corroborada por el dato objetivo de la aprehensión de la droga en los registros practicados, así como por la declaración testifical en el acto del juicio de los agentes de la Guardia Civil que realizaron las labores de seguimiento y vigilancia del recurrente y los demás sospechosos, así como de la nave de donde salió un camión con hachís. A partir de tal acervo probatorio, la inferencia sobre la autoría del recurrente del delito de tráfico de drogas que realizan los órganos judiciales no puede ser calificada de irrazonable, ni desde el punto de vista de su lógica o coherencia, ni desde la óptica del grado de solidez requerido, puesto que los datos tenidos en cuenta resultan suficientemente concluyentes, sin que a este Tribunal le competa ningún otro juicio, ni entrar a examinar otras inferencias propuestas por quien solicita el amparo (SSTC 220/1998, de 16 de noviembre, FJ 3; 135/2003, de 30 de junio, FJ 3; 239/2006, de 17 de julio, FJ 7; 206/2007, de 24 de septiembre, FJ 9, y 219/2009, FJ 9).

## FALLO

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

Ha decidido

Denegar el amparo solicitado por don Spencer Mark Jones.

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

Dada en Madrid, a cuatro de noviembre de dos mil diez.—*Vicente Conde Martín de Hijas.*—*Elisa Pérez Vera.*—*Ramón Rodríguez Arribas.*—Firmado y rubricado.

## TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

### SENTENCIAS. SECCIÓN TERCERA

#### Asunto Cardona Serrat c. España

(Demanda no 38715/06)

ESTRASBURGO, 26 de octubre de 2010

Esta sentencia devendrá firme en los términos previstos en el párrafo § 2 del artículo 44 del Convenio. Puede sufrir retoques de forma.

En el asunto Cardona Serrat c. España,

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección tercera), reunido en sala compuesta por:

Josep Casadevall, presidente,

Elisabet Fura,

Corneliu Bîrsan,

Boštjan M. Zupančič,

Alvina Gyulumyan,

Ineta Ziemele,

Luis López Guerra, jueces,

y de Santiago Quesada, secretario judicial,

Después de haber deliberado a puerta cerrada el 5 de octubre de 2010,

Dictan la siguiente sentencia, adoptada en esta fecha:

---

#### PROCEDIMIENTO

1. En el origen del asunto se entra una demanda (no 38715/06) dirigida contra el Reino de España, cuyo

nacional, M. José Cardona Serrat («el demandante»), ha acudido al Tribunal el 15 de septiembre de 2006 en virtud del artículo 34 de la Convenio de salvaguarda de los derechos humanos y de las libertades fundamentales («el Convenio»).

2. El demandante está representado por Don J. Sánchez Martínez, abogado en Valencia. El gobierno español («el Gobierno») ha estado representado por su agente, Don I. Blasco Lozano, Abogado del Estado-Jefe ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el Ministerio de Justicia.

3. El demandante alega que su causa no ha sido examinada equitativamente por un tribunal imparcial. Invoca el artículo 6 § 1 del Convenio.

4. El 24 de octubre de 2008, el presidente de la sección tercera decidió comunicar la demanda al Gobierno. Como permite el artículo 29 § 1 del Convenio, ha decidido además que la Sala se pronunciara al mismo tiempo sobre la admisibilidad y el fondo.

---

#### HECHOS

##### I. LAS CIRCUNSTANCIAS DEL CASO

5. El demandante nació en 1955. En el momento de la interposición de la demanda, estaba detenida en un centro penitenciario de Valencia.

6. Se instruyó un procedimiento penal ante el juez de instrucción no 1 de Valencia en contra del demandante así como de otras personas, por los presuntos delitos de abusos sexuales, prostitución y exhibición de pornografía. En el curso de la instrucción El demandante se encontraba en situación de libertad provisional con relación a este procedimiento, pero en prisión debido a otra condena por pornografía y prostitución de menores.

7. Una vez concluida la instrucción, el asunto fue elevado a juicio ante la Audiencia Provincial de Valencia.

8. El 29 de enero de 2002, como consecuencia de una suspensión de la vista oral por razones de salud que concernían al abogado de un coacusado, la fiscalía solicitó que el demandante fuera puesto en prisión provisional comunicada y sin fianza, con el fin de asegurar su presencia en la vista y teniendo en cuenta el carácter delictivo de los hechos.

9. Por un auto del 1 de febrero de 2002, una sala de la Audiencia Provincial de Valencia compuesta por tres jueces ordenó la prisión provisional de El demandante y de otro acusado (R.M.CH.A.), en los siguientes términos:

«Único: La dilación que viene sufriendo el procedimiento, ajena a la tramitación dependiente de este Tribunal, aconseja adoptar nuevas medidas restrictivas de libertad con el fin de asegurar la presencia en el acto del juicio oral de los dos acusados.

La especial naturaleza de los delitos que se les imputan, con la consiguiente alarma que son capaces de producir, pero sobre todo las «dificultades y perturbaciones» que pueden sufrir los testigos de cargo si llegaran a entrar en contacto con los inculcados, obliga a adoptar la prevención solicitada por el Ministerio Fiscal con el fin de garantizar el correcto desarrollo del juicio oral.

Concurren pues los requisitos establecidos en los artículos 503 y 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en virtud de los cuales procede acordar la prisión provisional de los dos acusados».

10. El 20 de febrero de 2002, el demandante pidió la recusación de los miembros de la sala que habían acordado su prisión provisional, que debían también formar parte de la sala llamada a resolver la conformidad a derecho del asunto. Hacía notar que la sala en cuestión no se había pronunciado sobre un recurso contra las decisiones adoptadas por el juez instructor, sino que directamente había ordenado su prisión provisional, mientras el juez de instrucción le había concedido la libertad provisional anteriormente. El demandante consideraba que ambos miembros de la Sala habían ya formado su opinión en cuanto a su culpabilidad. Invocaba particularmente el artículo 219.10.a) de la ley orgánica del poder judicial (ver más abajo).

11. Después del rechazo de la recusación por el Tribunal Superior de Justicia de Valencia, por sentencia del 28 de mayo de 2002, una sala de la Audiencia Provincial de Valencia declaró al demandante culpable de un delito continuado de abusos sexuales con la circunstancia agravante de reincidencia y la condenó a una pena de cuatro años y seis meses de prisión. La sala estaba formada por tres jueces, de los que dos, P.C.R. y A.F.G., habían formado parte de la Sala del mismo tribunal que había ordenado la prisión provisional del demandante. P.C.R. era el presidente de las dos salas.

12. El demandante recurrió en casación ante el Tribunal Supremo. Sostenía que el tribunal que le había juzgado no podía considerarse un tribunal imparcial, porque los jueces P.C.R. y A.F.G. habían formado parte con anterioridad de la sala del mismo tribunal que había ordenado su prisión provisional.

13. Por una sentencia de 11 de julio de 2003, el Tribunal Supremo rechazó la casación.

14. Tratándose del medio derivado de la pretendida parcialidad del tribunal a quo, fundada en la participación en el enjuiciamiento del asunto por dos magistrados que habían formado parte de la sala que había decidido su prisión provisional, el Tribunal Supremo analizó la jurisprudencia en la materia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (Castillo Algar c. España, 28 de octubre de 1998, Repertorio de sentencias y decisiones 1998 VIII, y Garrido Guerrero c. España (déc.), no 43715/98, CEDH 2000 III) y del Tribunal Constitucional español, remarcando que él mismo aplicaba esta jurisprudencia. A este respecto, el Tribunal Supremo observó que el elemento determinante, según la jurisprudencia del Tribunal, era saber si los temores del interesado podían ser considerados como objetivamente justificados respecto a las apreciaciones a las que la jurisdicción en cuestión se habría remitido en una decisión anterior en cuanto a la culpabilidad del acusado o la realidad de los hechos. En este caso, el Tribunal Supremo consideró que ni la necesidad invocada para asegurar la presencia de los acusados en la vista, ni la referencia abstracta a la naturaleza de los hechos objeto de la inculpación y a la alarma social que estos últimos podían crear, ni la consideración de las «dificultades y perturbaciones» que los testigos de cargo podrían sufrir si entraban en contacto con los acusados, podían ser considerados como propias de una «actividad de instrucción» susceptible de menoscabar la imparcialidad del tribunal. Simplemente revelaban que los jueces en cuestión deseaban que la audiencia tuviera lugar lo más antes posible y en las mejores condiciones para determinar la realidad de los hechos y reducir la alarma social suscitada. En consecuencia, el Tribunal Supremo concluyó

que no se había atentado contra el principio de imparcialidad del tribunal.

15. El demandante acudió entonces al Tribunal Constitucional con un recurso de amparo fundado en el derecho a que su causa sea juzgada equitativamente por un tribunal imparcial (art. 24 de la Constitución).

16. Por una sentencia de 8 de mayo de 2006, notificada el 17 de mayo de 2006, el Tribunal Constitucional rechazó el recurso.

17. El Tribunal Constitucional recordó su propia jurisprudencia en la materia según la cual, la respuesta a la cuestión de saber si el hecho de que un juez ya hubiera tomado una decisión concierne a la prisión provisional del acusado antes del proceso atenta contra su imparcialidad objetiva, variaba según las circunstancias del asunto. En este caso, la alta jurisdicción subrayó, en primer lugar, que la medida de privación de libertad había sido ordenada por la Audiencia Provincial en el marco del procedimiento del juicio oral, después de que el juez de instrucción hubiera decidido la apertura de esta fase del juicio. A este respecto, el juez de instrucción había tomado esta decisión señalando que los hechos podían ser constitutivos de delito y que ciertas personas podían ser responsables de dicho delito, y que consideraba pues que se reunían las condiciones para la apertura de la fase oral del juicio pedida por la parte acusadora. Para la alta jurisdicción, esta apreciación indiciaria, hecha por el juez de instrucción, fue presentada al tribunal juzgador que debía asegurarse la celebración de la audiencia, razón por la cual había ordenado la prisión provisional del demandante, que se encontraba en prisión por otro motivo.

18. En cuanto al motivo relativo a la duración del procedimiento, utilizado por la Audiencia Provincial para justificar la adopción de la medida en cuestión, el Tribunal Constitucional estima que no

había ningún prejuicio por parte del tribunal juzgador. En cuanto al riesgo de dificultades y de perturbaciones para los testigos de cargo en caso de que entraran en contacto con el demandante u otros inculcados, el Tribunal Constitucional señala que esta prevención no era excesiva teniendo en cuenta el delito de abusos sexuales examinado así como la edad y el grado de madurez intelectual reducida de estos testigos. Por otro lado, la alarma social era sólo un motivo secundario y puramente introductivo de la existencia del riesgo concernido. Así, tratándose de la referencia a los artículos 503 y 504 de la ley de enjuiciamiento criminal, la alta jurisdicción observa que la Audiencia Provincial se había limitado a comprobar que se reunían las condiciones requeridas por estas disposiciones para la prisión provisional, sin remitirse por eso a ninguna apreciación sobre la culpabilidad del demandante. En consecuencia, el Tribunal Constitucional concluye que el auto del 1 de febrero de 2002 no había anticipado en ningún caso ningún juicio sobre la culpabilidad del demandante.

## II. EL DERECHO INTERNO PERTINENTE

### 19. La Constitución

#### Artículo 24 § 2

« (...) todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías (...) »

20. Las disposiciones pertinentes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en vigor en el momento de los hechos) son del siguiente tenor:

#### Artículo 503

« La prisión provisional sólo podrá ser decretada cuando concurren los siguientes requisitos:

1. Que conste en la causa la existencia de uno o varios hechos que presenten caracteres de delito sancionado con pena cuyo máximo sea igual o superior a dos años de prisión, o bien con pena privativa de libertad de duración inferior si el imputado tuviere antecedentes penales no cancelados ni susceptibles de cancelación, derivados de condena por delito doloso.

2. El delito debe ser punible de una pena superior a la de prisión menor o, si la pena prevista es la de prisión menor o inferior, el juez debe considerar necesario la prisión provisional del acusado teniendo en cuenta sus antecedentes penales, las circunstancias del delito, la alarma social que este último creó o la frecuencia de hechos análogos cometidos (...).

3. Que aparezcan en la causa motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión ».

#### Artículo 504

« Puede también ordenarse prisión provisional si se cumplen la primera y la tercera condición requerida por el artículo precedente y si el acusado no ha comparecido, sin motivo legítimo, en la primera audiencia fijada por el juez o el tribunal, o cuando este último lo estime necesario ».....

(...)

21. La Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), en vigor en el momento de los hechos)

## Artículo 219

« Son causas de abstención y, en su caso, de recusación:

(...)

Haber participado en la instrucción de la causa penal o haber resuelto el pleito o causa en anterior instancia. ....

(...) ».

## EN DERECHO

### I. Sobre la alegada violación del artículo 6 § 1 del Convenio

22. El demandante se queja de falta de imparcialidad de la sala de la Audiencia Provincial que ha examinado el fondo de su caso y le ha condenado. Invoca el artículo 6 § 1 del Convenio, que, en sus partes pertinentes, se lee como sigue:

« Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativamente (...) por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá (...) sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. »

23. El Gobierno se opone a esta tesis.

### A. Sobre la admisibilidad

24. El Tribunal constata que esta queja no está manifiestamente mal fundada en el sentido del artículo 35 § 3 del Convenio. El Tribunal resalta por otra parte que no concurre ningún otro motivo de inadmisibilidad. Conviene pues declararla admisible.

### B. Sobre el fondo

25. El demandante sostiene que la Sala de la Audiencia Provincial que ha enjuiciado el asunto y ha pronunciado su condena había efectuado antes actos de instrucción que atentaban contra su imparcialidad; en particular, había ordenado su prisión provisional modificando así la situación de libertad provisional concedida antes por el juez de instrucción. Subraya a este respecto que la jurisdicción en cuestión, para justificar su prisión provisional, se apoyó en las «dificultades y perturbaciones» que los testigos de cargo podían sufrir si entraban en contacto con los acusados, sin que la fiscalía hubiera hecho referencia alguna a este argumento en la audiencia del 29 de enero de 2002 durante la cual solicitó la medida de restricción de libertad del demandante. Por otra parte, el demandante hace valer que la referencia realizada al artículo 503 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en el auto de prisión provisional dictado por la jurisdicción en cuestión, autoriza a pensar que los miembros del tribunal ya se habían hecho una opinión sobre la existencia de motivos suficientes para considerarlo penalmente responsable. Por todos estos motivos, considera que la Sala habría debido abstenerse de examinar el fondo del asunto.

26. El demandante se queja de la conducta de la Sala judicial durante la audiencia así como de la apreciación de las pruebas hecha por ésta, elementos que demuestran para él, que los miembros de esta jurisdicción tenían una idea preconcebida en cuanto a su culpabilidad.

27. Apoyándose en la argumentación del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, el Gobierno sostiene que los elementos utilizados por la sala de la Audiencia Provincial para justificar la prisión provisional del demandante no prejuzgaban, en ningún caso, la culpabilidad

de este último. Para el Gobierno, estos elementos, particularmente el relativo a la duración del procedimiento y el que concierne al riesgo de «perturbaciones» en los testigos de cargo, simplemente muestran el cuidado especial con el cual la jurisdicción en cuestión aseguraba el desarrollo de la fase judicial. Por otro lado, cuando se dictó el auto en litigio, la instrucción del asunto ya había concluido y el tribunal juzgador era el único competente para adoptar tales medidas preventivas.

28. El Tribunal examinará la queja del demandante a la luz de los principios enunciados en su jurisprudencia en la materia (ver, entre otras, las sentencias *Hauschildt c. Dinamarca*, 24 de mayo de 1989, §§ 46-48, serie A no 154, *Lindon, Otchakovsky-Laurens y July c. Francia* [GC], nos 21279/02 y 36448/02, § 75, CEDH 2007 XI, y *Micallef c. Malta* [GC], no 17056/06, §§ 93-96, CEDH 2009 ...).

29. En el presente asunto, el Tribunal no aprecia ningún elemento susceptible de poner en duda la imparcialidad subjetiva de los magistrados concernidos. Las alegaciones del demandante concernientes al comportamiento de la Sala judicial durante la audiencia o la manera en la que ésta apreció las pruebas, no habrían de considerarse suficientes para invertir la presunción de imparcialidad personal de los magistrados en cuestión. De todas formas, el Tribunal recuerda que en los casos donde puede ser difícil proporcionar pruebas que permitan refutar la presunción de imparcialidad subjetiva del juez, la condición de imparcialidad objetiva proporciona una importante garantía suplementaria (*Pullar c. Reino Unido*, 10 de junio de 1996, § 32, *Repertorio de sentencias y decisiones* 1996 III).

30. El Tribunal señala que, en este caso, el temor de una falta de imparcialidad afecta, principalmente, al hecho de que dos de los tres miembros de la formación de la Audiencia Provincial que había

condenado al demandante, habían antes formado parte de la sala del mismo tribunal que había decidido su prisión provisional.

31. El Tribunal ya admitió que semejante situación podía suscitar dudas en el acusado en cuanto a la imparcialidad del «tribunal» que había juzgado su causa. Sin embargo, recuerda que el simple hecho de que un juez hubiera tomado decisiones antes del proceso, particularmente respecto a la prisión provisional, no puede justificar por sí misma dudas en cuanto a su imparcialidad (*Hauschildt*, ya citada, § 50, y *Sainte-Marie c. Francia*, 16 de diciembre de 1992, § 32, serie A no 253 A). La cuestión sobre la prisión provisional no se confunde con la cuestión de la culpabilidad del interesado; por lo que no habría que asimilar las sospechas a una declaración formal de culpabilidad. No obstante, las circunstancias particulares pueden, en un caso concreto, llevar a una conclusión diferente (*Sainte-Marie*, ya citada, § 32).

32. En este caso, el Tribunal observa que la sala de la Audiencia Provincial no se pronunció en apelación sobre un recurso contra las decisiones adoptadas por el juez de instrucción (ver *Romero Martin c. España* (dec.), no 32045/03, 12 de junio de 2006, y *Ferragut Pallach c. España* (dec.), no 1182/03, 28 de febrero de 2006) sino que directamente decidió sobre la prisión provisional del demandante (ver *Perote Pellon c. España*, no 45238/99, § 21, 25 de julio de 2002). Se señala que, a diferencia del asunto *Perote Pellon* ya citado, la Sala en cuestión no se limitó a conceder la prórroga de la prisión provisional del demandante, sino que ella misma ordenó su prisión provisional. Por esta decisión modificó, en su perjuicio, la situación del demandante al que el juez de instrucción había concedido antes la libertad provisional en el marco del mismo procedimiento penal.

33. El Tribunal señala que el 1 de febrero de 2002, la sala de la Audiencia Provincial, en la cual están los jueces P.C.R. y A.F.G., puso al demandante en prisión provisional teniendo en cuenta, particularmente, «la naturaleza especial de los delitos» que le fueron imputados, «la alarma [social] que [estos delitos] son susceptibles de crear» y sobretodo, las «dificultades y perturbaciones» que los testigos de cargo podían sufrir si entraban en contacto con los inculpados. Observa que la sala en cuestión se apoyó en este último elemento, mientras que la fiscalía no había hecho ninguna referencia a este argumento en la audiencia del 29 de enero de 2002 (ver los párrafos 8 y 9 más arriba). El Tribunal estima que adoptando tal motivación de oficio, la sala no se limitó a una apreciación sumaria de los hechos reprochados para justificar la pertinencia de la medida de prisión provisional solicitada por la fiscalía, sino al contrario, se pronunció sobre la existencia del riesgo de que el demandante intimidara a los testigos de cargo.

34. El Tribunal señala también que la sala de la Audiencia Provincial remitió a los artículos 503 y 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para constatar que se reunían las condiciones para la aplicación de la medida provisional en cuestión. Observa a este respecto, que el artículo 503 § 3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal exigía al tribunal asegurarse de la existencia de motivos suficientes para considerar a la persona objeto de la decisión de prisión, penalmente responsable del delito.

35. El Tribunal estima que los términos empleados por la sala de la Audiencia Provincial, leídos a la luz del artículo 503 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, podían dar a entender al demandante que existían, en opinión de los jueces de la sala, suficientes indicios para concluir que había sido cometido un delito y que era penalmente responsable de este delito. Así, el demandante podía ra-

zonablemente temer, que los jueces P.C.R. y A.F.G. tenían una idea preconcebida sobre la cuestión respecto a la que fueron llamados a pronunciarse posteriormente como miembros de la formación judicial.

36. El Tribunal no está convencido por el argumento del Gobierno según el cual, una vez acabada la instrucción, la única formación judicial competente para decidir la prisión provisional del demandante era la que dictó el auto en cuestión. Recuerda que incumbe al Estado demandado organizar su sistema judicial para hacer efectivos los derechos previstos en el artículo 6 del Convenio, incluido el derecho a un tribunal imparcial (ver, *mutatis mutandis*, *Davran c. Turquía*, no 18342/03, § 45, 3 de noviembre de 2009).

37. El Tribunal señala, en fin, que está en cuestión la imparcialidad de dos de los tres miembros, entre ellos el presidente, de la sala de la Audiencia Provincial que, el 28 de mayo de 2002, condenó al demandante. Constata que este elemento permite distinguir el presente caso de otros asuntos donde se cuestionaba la imparcialidad de un solo juez en el seno de una tribunal colegiado (ver *Garrido Guerrero*, ya citada, y *Ferragut Pallach*, ya citada).

38. El Tribunal es de la opinión de que, en las circunstancias de la causa, la imparcialidad objetiva del órgano judicial podía parecer cuestionable. Resulta que las dudas del demandante a este respecto podían considerarse objetivamente justificadas (ver, *mutatis mutandis*, *Perote Pellon*, ya citada, § 51, y *Gómez de Liaño y Botella c. España*, no 21369/04, § 71, 22 de julio de 2008 ; y, a contrario, *Romero Martin*, ya citada).

39. Por lo tanto, ha habido violación del artículo 6 § 1 del Convenio.

## II. Sobre la aplicación del artículo 41 del Convenio

40. En los términos del artículo 41 del Convenio,

« Si el Tribunal declara que ha habido violación del Convenio o de sus Protocolos, y si el derecho interno de la Alta Parte Contratante sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, el Tribunal concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa. »

41. El demandante no presentó ninguna demanda de satisfacción equitativa. El Tribunal recuerda que no es competente para examinar de oficio la cuestión de la satisfacción equitativa y decide no otorgar ninguna suma por este concepto.

42. Ahora bien, el demandante se limita a pedir la anulación del juicio de la Audiencia Provincial. A este respecto, el Tribunal señala que no se encuentra habilitado por el Convenio para prescribir la anulación de un juicio (*Hauschildt*, ya citada, § 54). Recuerda que el Estado demandado es libre en principio, bajo el control del Comité de Ministros, de elegir los medios de cumplimiento de sus obligaciones según el artículo 46 § 1 del Convenio, para que estos medios sean compatibles con las conclusiones contenidas en la sentencia del Tribunal (*Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) c. Suiza* (no 2) [GC], no 32772/02, § 88, 30 de junio de 2009).

### Costas y gastos

43. El demandante no ha presentado ninguna demanda de compensación de gastos y costas, el Tribunal considera que no ha lugar a concederle ninguna suma por este concepto.

POR ESTOS MOTIVOS, EL TRIBUNAL,  
POR UNANIMIDAD,

1. *Declara* la demanda admisible;

2. *Dice* que ha habido violación del artículo 6 § 1 del Convenio.

SANTIAGO QUESADA

JOSEP CASADEVALL

*Présidente*

*Secretario*

A la presente sentencia se encuentra adjunta, conforme a los artículos 45 § 2 del Convenio y 74 § 2 del reglamento, la exposición de la opinión separada de la juez Fura.

J.C.M.

S.Q.

### OPINION CONCORDANTE DE LA JUEZ FURA

1. Después de muchas dudas, he votado por la violación del artículo 6 § 1 del Convenio aunque me temo que la sentencia necesita un razonamiento más detallado.

2. Esta necesidad se explica sobre todo por las particularidades excepcionales del asunto, que hacen que se distinga del asunto *Hauschildt*. Una de estas particularidades es el hecho de que la resolución que acuerda la prisión provisional del demandante a petición del fiscal estaba fundada sobre un motivo no invocado por éste, a saber «las dificultades y las perturbaciones que los testigos de cargo pueden sufrir si entran en contacto con los inculcados (...)» (ver párrafo 9 de la sentencia), aunque no se trataba por cierto del único motivo expuesto. Esta circunstancia, se añadió al hecho de que la prisión provisional no ha sido ordenada por el juez de instrucción, contrariamente a lo que se produce habitualmente, es una de las otras particularidades de este caso.

3. Habría habido que precisar más claramente, que la participación en la decisión previa sobre la prisión provisional del juez que decide sobre la procedencia de las acusaciones no justifica por sí sola las dudas en cuanto a su im-

parcialidad, como recuerda el Tribunal en el párrafo 31 de la sentencia, citando el párrafo 50 de la sentencia *Hauschildt c. Dinamarca* (24 de mayo de 1980), porque ordenar la prisión es una tarea muy diferente a la de resolver sobre el fondo.

4. En el párrafo citado de la sentencia *Hauschildt* se precisa que « (...) las cuestiones que un magistrado debe resolver con anterioridad al juicio no son las mismas que son decisivas para dictar su decisión definitiva. Al pronunciarse sobre la prisión provisional y sobre otros problemas de este género antes del juicio, se aprecian sumariamente los datos disponibles para determinar si *prima facie* las sospechas de la policía tienen alguna consistencia; cuando se resuelve al final del proceso, se debe buscar si los elementos presentados y debatidos en derecho son suficientes para dictar una condena. No cabe asimilar las presunciones a una constatación formal de culpabilidad (ver, por ejemplo, la sentencia *Lutz* del 25 de agosto de 1987, serie A no 123 A, p. 25-26, § 62)». He aquí el principio de base que permanece sin cambio.

5. También, en este asunto, el hecho de que los tribunales internos, particularmente el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional, examinaran nuestra jurisprudencia en la materia así como la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional tienen mucho peso según mi

opinión. Qué hayan llegado a una conclusión diferente de la nuestra al final de este examen no cambia nada. El principio de subsidiariedad requiere que el Tribunal dé prueba de prudencia antes de dictar una decisión contraria a la de las jurisdicciones internas. Cuando lo hace, como aquí, las razones deben estar cuidadosamente establecidas y claramente explicadas y me quedo un poco con las ganas en este punto. El Tribunal habría podido decir más sobre el contexto histórico y constitucional español e indicar que ha tenido en cuenta la naturaleza del proceso (delitos de abusos sexuales, de prostitución y de exhibición de pornografía, con testigos de cargo menores y la obligación para el juez interno de dirigir adecuadamente el procedimiento) y que se trataba de un tribunal urbano dotado de un gran número de magistrados y no de un tribunal rural privado de los efectivos necesarios.

6. Las apariencias son ciertamente importantes, pero no lo son todo. Tal como dijo la juez Berro-Lefèvre en la exposición de su opinión disidente adjunta a la sentencia *Mancel y Branquart c. Francia*, asunto en el cual también estaba en cuestión la imparcialidad objetiva de los jueces, hay que tener cuidado que la teoría de las apariencias no se convierta, según la fórmula bien conocida del profesor Paul Martens, en la tiranía de las apariencias.