

**Pleno. Sentencia 118/2010, de 24 de noviembre de 2010. Cuestiones de inconstitucionalidad 5256-2007, 6316-2007 y 4383-2010 (acumuladas). Planteadas por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria respecto del 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).**

**Organo Emisor:** Tribunal Constitucional

**Tipo de Norma:** Sentencia

**Fecha:** 2010-11-24 12:00:00

**Fecha de Publicacion en el BOE:** 2010-12-24 12:00:00

**Marginal:** 69359469

**TEXTO COMPLETO :**

**Pleno. Sentencia 118/2010, de 24 de noviembre de 2010. Cuestiones de inconstitucionalidad 5256-2007, 6316-2007 y 4383-2010 (acumuladas). Planteadas por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria respecto del 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 residen**

**Introducción** 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 las cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas núms. 5256-2007, 6316-2007 y 4383-2010, planteadas por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria respecto del art. 57.2 del Código penal. Han intervenido y formulado alegaciones el Abogado del Estado y el Fiscal General del Estado. Ha sido Ponente el Magistrado don Guillermo Jiménez Sánchez, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1. El día 11 de junio de 2007 tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal, con el núm. 5256-2007, un escrito procedente de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria al que acompaña, junto con el testimonio de particulares del procedimiento [juicio rápido núm. 58-2006 (seguido ante el Juzgado de lo Penal núm. 6 de Las Palmas) y rollo de apelación núm. 59-2007], el Auto de

la referida Audiencia de 24 de mayo de 2007 en el que acuerda plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto del art. 57.2 del Código penal (en adelante CP).

El mismo órgano judicial realiza idéntico planteamiento en otros dos procedimientos que tienen los siguientes números de registro y Autos de planteamiento: 6316-2007, Auto de 4 de julio de 2007 (rollo de apelación núm. 125-2007 y procedimiento abreviado núm. 233-2006, seguido ante el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Las Palmas); y 4383-2010, Auto de 13 de mayo de 2010 (rollo de apelación núm. 44-2010 y juicio rápido núm. 58-2009, seguido ante el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Las Palmas).

2. Los antecedentes de las presentes cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas son, sucintamente expuestos, los siguientes:

a) En todos los procesos judiciales reseñados, tras haberse dictado Sentencia condenatoria por los titulares de los referidos Juzgados de lo Penal, se interpuso recurso de apelación por los condenados y fueron remitidas las actuaciones a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria.

b) Llegados los autos a la Sección, ésta acordó oír a las partes y al Ministerio Fiscal para que pudieran alegar sobre la pertinencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto al art. 57.2 CP «por posible vulneración de los artículos. 1.1 y 10.1 de la Constitución Española, en desarrollo de la personalidad (art. 10 de la CE) y a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE), así como los artículos 24.1 y 25.1 de la Constitución Española» (sic), añadiéndose el art. 9.1 CE en el procedimiento correspondiente a la cuestión núm. 4383-2010.

c) El Ministerio Fiscal se opuso al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad en los procedimientos correspondientes a las cuestiones núms. 5256-2007 y 6316-2007, estimando procedente su planteamiento en el procedimiento correspondiente a la cuestión núm. 4383-2010. Las representaciones de los condenados estimaron pertinente el planteamiento de la cuestión en los dos primeros procedimientos, no pronunciándose en el procedimiento correspondiente a la cuestión núm. 4383-2010.

d) La Sección acordó plantear la cuestión de inconstitucionalidad por autos de las fechas anteriormente indicadas.

3. Los Autos de planteamiento (sustancialmente idénticos en su contenido) cuestionan el art. 57.2 CP, concretamente en su expresión «se acordará, en todo caso».

El Auto de cuestionamiento indica que la duda de inconstitucionalidad que plantea respecto del art. 57.2 CP se refiere a la imposición obligatoria (la expresión «se impondrá, en todo caso») de la pena de prohibición de aproximación a la víctima (también denominada en el lenguaje forense «pena de alejamiento») y la suspensión del derecho de visitas respecto de los hijos sin atender a los presupuestos de gravedad y peligrosidad establecidos como criterios generales en el art. 57.1 CP, prescindiendo de la solicitud o deseo de la víctima y demás familiares y con independencia de la existencia de una amenaza real o potencial a la integridad de aquélla.

Sostiene el órgano judicial que el alejamiento es una pena privativa de derechos que afecta a diversos derechos del condenado, pero también de la víctima y, en según qué circunstancias, de los hijos comunes. Expresamente indica en el procedimiento relativo a la cuestión núm. 6316-2007 que se plantea el problema de quién ostentará la guarda y custodia de la hija de doce años de edad, al haber fallecido el padre biológico, mientras dure la medida de alejamiento de la madre.

Afecta, a su parecer, a la libertad de elegir residencia y a circular por el territorio nacional (art. 19.1 CE), así como al derecho a la intimidad familiar (art. 18.1 CE), en todas las cuestiones planteadas, y al derecho a contraer y convivir en matrimonio (art. 32 CE) en los procedimientos relativos a las cuestiones núms. 4383-2010 y 5256-2007, y en este último también el derecho al trabajo en la profesión elegida (art. 35 CE).

De otro lado se resalta que, hasta la reforma introducida por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, la pena venía configurada como una sanción de aplicación discrecional, que dependía de un juicio de pronóstico sobre la reiteración delictiva que había de verificarse a partir de la gravedad del hecho y de la peligrosidad del autor. Sin embargo la citada reforma legislativa habría llevado a que «una pena con finalidad preventiva especial, facultativa, que atiende exclusivamente a las necesidades de la víctima de manera exclusiva, se transforme cuando ésta y el agresor tienen una determinada vinculación, no sólo en los fenómenos de violencia familiar sino también en una pluralidad de delitos no violentos, en una pena preventiva general de aplicación obligatoria que se desentiende de la víctima, de las características del hecho, de la gravedad del injusto y de la culpabilidad del autor».

Concretando las vulneraciones constitucionales atribuidas al art. 57.2 CP la Sala afirma que el precepto infringe el art. 25.1 CE, que consagra el principio de personalidad de la pena. En relación con la víctima, y en algunos casos respecto de los hijos comunes, la aplicación de la medida de alejamiento en contra de su voluntad lesionaría el art. 25.1 CE, en tanto supone la imposición de una pena o medida de seguridad a quien no ha cometido ilícito penal alguno, sin que frente a ello pueda aducirse que la pena de alejamiento se impone al condenado y no a la víctima, habida cuenta de su inescindible bilateralidad, que hace imposible la efectividad del alejamiento sin afectar a la libre determinación de la víctima, por lo que el alejamiento se impone a ambos. Para la víctima las consecuencias de la aplicación de esta pena significarían también, 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. Contra ello no cabe oponer, al parecer de la Sala, que toda pena privativa de libertad afecta a la vida familiar del condenado, pues lo hace de una manera indirecta y menos radical, permitiendo la relación dentro de los límites del régimen penitenciario. Sin embargo, la pena obligatoria de prohibición de aproximación 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. A ello se añade en el Auto de planteamiento dictado en el procedimiento relativo a la cuestión núm. 6316-2007, que la imposición obligatoria supone «un problema añadido pues habrá que determinar la persona que se deba hacer cargo de la niña, mientras dure la pena».

Asimismo, la imposición de esta pena en contra de la voluntad de la víctima conllevaría una flagrante indefensión contraria al art. 24.1 CE, dado que se impone a ésta una medida que indefectiblemente la afecta sin haber sido oída y sin haber participado en el proceso. La indefensión se acrecentaría dado que, incluso en el caso de que la víctima expusiera una fundada opinión contraria, el Juez vendría obligado a imponerla.

De otra parte la Sección considera que el art. 57.2 CP vulnera el principio de proporcionalidad de las penas (art. 25.1 CE en relación con el art. 9.1 CE) porque la pena de alejamiento, en la forma en que se recoge en el precepto penal cuestionado, no identifica con nitidez suficiente qué bien jurídico trata de proteger, al aplicarse a una multiplicidad de delitos, no sólo a los 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. Además se desentiende de la gravedad del hecho y de la peligrosidad del delincuente, pautas que, en cambio, sí se aplican cuando la víctima no tiene vinculación familiar con el condenado. La pena resultaría, al propio tiempo, innecesaria, de un lado, porque los fines de la misma se logran con las penas principales previstas para cada uno de los delitos, y, de otro, porque el art. 57.1 CP permite a los Tribunales aplicar la pena de alejamiento cuando lo estimen necesario para la protección de la víctima, incluso en contra del parecer de éste. Y, por otra parte, la pena controvertida, cuando se impone en contra de los deseos de la víctima, resultaría inidónea para los fines pretendidos, porque el alejamiento sólo adquiere sentido si se vincula a fines preventivo-especiales y cautelares de protección de aquélla y disminución del riesgo de reiteración delictiva. «En todo caso» la imposición de la pena impide la formulación de un imprescindible juicio individualizado de proporcionalidad, que corresponde al Juez.

En el Auto de cuestionamiento se conecta (con cita de diversas resoluciones de este Tribunal) el principio de proporcionalidad de las penas con el art. 9 CE al afirmar que el «legislador, al igual que el resto de los poderes públicos, sin excepción, está sujeto a la Constitución, como enuncia con rotundidad su art. 9, cuyo

apartado tercero proclama la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, incluida la arbitrariedad en la actividad legislativa», recordando asimismo que una ley es arbitraria «cuando 'careciera de toda explicación racional', cuando es producto no del 'arbitrio legítimo' sino del 'capricho, inconsecuencia o incoherencia creadores de desigualdad o distorsión en los efectos legales'».

Aprueba también la Sección que la pena de alejamiento, en el sentido y con el alcance establecidos en el precepto cuestionado, tiene una incidencia directa en el derecho a la intimidad familiar (art. 18.1 CE), que, como consecuencia y derivado del derecho al libre desarrollo de la personalidad (arts. 1.1 y 10.1 CE), supone una manifestación de la autodeterminación personal la cual puede ser invadida por los poderes públicos salvo en los supuestos estrictamente necesarios para la preservación de otros valores superiores, que en este caso no concurren, pues en el recurso de apelación en el marco del cual se formula esta cuestión no se habría demostrado que el alejamiento fuera preciso para la protección de los derechos de la mujer y de los hijos comunes, sino que, antes al contrario, la efectividad de tal pena pondría en grave riesgo la convivencia familiar. Entiende la Sección, además, que esta conclusión, no sólo se ve apoyada por la doctrina constitucional (se refiere a este respecto a las SSTC 53/1985, de 11 de abril; y 202/1999, de 8 de noviembre), sino también por la establecida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en interpretación del art. 8 CEDH (citando al efecto la Sentencia de 28 de septiembre de 2004, recaída en el caso Sabou y Pircalab c. Rumania).

Por todo lo expuesto entiende el órgano judicial que el precepto, concretamente en su expresión «se acordará, en todo caso», podría infringir los artículos de la Constitución Española indicados.

4. El Pleno acordó mediante las respectivas providencias la admisión a trámite de las cuestiones, así como dar traslado de las actuaciones recibidas, de conformidad con lo establecido en el art. 37.2 LOTC, al Congreso de los Diputados y al Senado, por conducto de sus Presidentes, al Gobierno, por conducto del Ministerio de Justicia, y al Fiscal General del Estado al objeto de que en el plazo de quince días pudieran personarse en los procesos correspondientes y formular las alegaciones que estimasen conveniente. En las mismas providencias se acordó publicar la incoación de las cuestiones en el «Boletín Oficial del Estado».

5. El Presidente del Congreso de los Diputados comunicó en todos los procedimientos que la Mesa de la Cámara, había acordado darse por personada y poner a disposición del Tribunal las actuaciones que pudiera precisar.

El Presidente del Senado comunicó en los distintos procedimientos que la Mesa de la Cámara había acordado personarse en ellos y dar por ofrecida su colaboración a los efectos del art. 88.1 LOTC.

6. El Abogado del Estado se personó en los diferentes procedimientos en nombre del Gobierno, solicitando en sus escritos de alegaciones, casi coincidentes en su totalidad, que se dictara Sentencia desestimando las cuestiones promovidas.

Tras dar por reproducidos los escritos de alegaciones formulados en los procedimientos relativos a otras cuestiones de inconstitucionalidad referentes al art. 57.2 CP, y especialmente en el correspondiente a la registrada con el núm. 8821-2005, planteada por la misma Audiencia Provincial, observa el Abogado del Estado que de las consideraciones críticas acerca de la imposición obligatoria de la pena de alejamiento sin dejar margen al arbitrio judicial no se desprende ninguna consecuencia específica de inconstitucionalidad, puesto que realmente las penas de imposición potestativa son excepcionales en el marco de la legislación penal y, sobre todo, las objeciones de fondo aducidas son independientes del grado de vinculación del juzgador a la hora de su imposición. Subraya asimismo que toda pena es siempre limitativa de una libertad que se tendría de no existir aquélla; la aflicción consiste en eso, y resulta innecesario insistir en esta especie de argumentación tautológica. La expresión «penas privativas de libertad» (continúa en su escrito de alegaciones) se ha acuñado por el uso para designar ciertos tipos de penas, pero, en rigor, es difícil encontrar alguna que no pueda reconducirse a una restricción más o menos intensa de la libertad personal.

Por lo que se refiere a la invocación de los arts. 24 y 25 CE, que se reputan infringidos por considerar que el alejamiento impone al condenado y a la víctima la recíproca prohibición de acercarse, el Abogado del Estado niega que ello sea realmente así, argumentando de contrario que los Autos parten de la premisa de que la pena tiene como objetivo la tutela de un interés puramente personal de la víctima, lo que les lleva a situar, incorrectamente, la pena en el ámbito del poder dispositivo de aquélla. Pero, advierte, la oposición de la víctima como mecanismo excluyente de la pena colocaría a este tipo de infracciones en la esfera de los delitos denominados privados, perseguibles sólo a instancia de parte, puesto que, aun cuando seguirían siendo perseguibles de oficio, la víctima tendría una suerte de derecho de veto para la imposición de las penas. Tal posibilidad habría de basarse en una consideración específica que no aparece en el Auto, esto es, que el delito agota sus efectos en la persona directamente ofendida, sin trascendencia razonable alguna en la sociedad, mientras que por el contrario resulta obvio que el delito de lesiones no ha merecido ese tratamiento de delito perseguible a instancia de parte, y menos aun lo hace en la actualidad, de modo que 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. Y el resto de objeciones que se hacen al precepto cuestionado desde la óptica del art. 25 CE, precisa, parten de la indicada configuración del delito considerado como perseguible a instancia de parte; de ahí el reproche de la falta de proporcionalidad que se atribuye a la pena, que se califica de innecesaria e inidónea para sus propios fines contra los deseos de la víctima. En fin, concluye, las objeciones planteadas son puras estimaciones críticas que se basan en una percepción de los fines de la norma cuestionada como conectados a la exclusiva protección de la concreta persona perjudicada y, en consecuencia, supeditados a los actos dispositivos de la misma.

Respecto del art. 18.1 CE en relación con los arts. 1.1 y 10.1 CE reitera el Abogado del Estado que la pena de alejamiento no restringe la libertad de la víctima ni interesa en medida alguna al mandato del art. 10.1 CE, ni a ningún otro precepto. En cuanto al art. 18.1 CE, cuya eventual lesión aprecia el órgano judicial por afectar la pena de alejamiento a la intimidad familiar en el sentido que cabe inferir de los Tratados internacionales suscritos por España, que prohíben la injerencia arbitraria de los poderes públicos, advierte el representante procesal del Estado que la Audiencia parte de que la pena atañe, no sólo al autor del hecho, sino también a la víctima, lo que permite analizar los efectos que la imposición de una pena puede ocasionar sobre terceros y, en especial, sobre la persona ofendida por la acción delictiva. Los Autos que plantean las cuestiones parecen rechazar, como inconstitucional, toda posible proyección, por indirecta que sea, de una pena sobre terceras personas distintas al condenado. Pero para el Abogado del Estado este argumento no es asumible en términos generales, ni guarda relación con el indiscutido principio de personalidad de las penas, porque conduciría a la inconstitucionalidad de la pena de prisión, incuestionablemente más grave que la de alejamiento. Si las penas hubieran de calibrarse en su aplicación por una ponderación de sus consecuencias extraprocesales negativas para terceras personas habría que excluir incluso las multas, con el fin de evitar el impacto de su exacción sobre el patrimonio de los acreedores o sobre las expectativas de los herederos de los sancionados, que, de admitirse la tesis formulada en los Autos, vendrían a convertirse en destinatarios de la propia sanción. Toda pena, en fin, puede ocasionar un efecto sobre terceros, tanto más sensible cuanto más próxima sea la relación o los afectos de éstos con el condenado, 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.

7. El Fiscal General del Estado, en los escritos de alegaciones presentados en los correspondientes procesos constitucionales, se remite por economía procesal a los argumentos expuestos sobre la inconstitucionalidad del art. 57.2 CP en los procedimientos relativos a las cuestiones de inconstitucionalidad núms. 640-2005, 1916-2005, 4976-2005, 7259-2005, 8820-2005 y, sobre todo, a la núm. 8821-2005, promovida por la misma Sección Segunda de la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria, siendo los Autos de planteamiento de las presentes copia, salvo en los antecedentes de hecho, del que dio lugar a la citada cuestión. Por lo expuesto interesa que el Pleno dicte sentencia desestimando todas las cuestiones de inconstitucionalidad ahora enjuiciadas.

8. Mediante providencia de 19 de octubre de 2010 el Pleno de este Tribunal concedió plazo de diez días al Abogado del Estado y al Fiscal General del Estado para que pudieran alegar lo que estimasen conveniente en torno a la acumulación a la cuestión de inconstitucionalidad núm. 5256-2007 de las seguidas con los núms. 6316-2007 y 4383-2010. Tanto el Abogado del Estado como el Fiscal General del Estado interesaron la acumulación, que fue acordada mediante Auto de fecha 3 de noviembre de 2010.

9. Por providencia de 23 de noviembre de 2010 se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 24 del mismo mes y año.

## II. Fundamento jurídico

Único. Los temas planteados en las cuestiones elevadas a este Tribunal en los Autos de 24 de mayo y 4 de julio de 2007 y 13 de mayo de 2010 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria respecto del art. 57.2 del Código Penal han sido ya resueltos 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

Desestimar las cuestiones de inconstitucionalidad núms. 5256-2007, 6316-2007 y 4383-2010.

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

Dada en Madrid, a veinticuatro 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.