

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. 8821-2005, planteada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Las Palmas, respecto del art. 57.2 del Código Penal. Han intervenido el Abogado del Estado y el Fiscal General del Estado. Ha sido Ponente el Magistrado don Javier Delgado Barrio, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1. El día 5 de diciembre de 2005 tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal, con el núm. 8821-2005, escrito de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Las Palmas al que se acompaña, junto al testimonio de particulares del correspondiente procedimiento (Juicio Rápido 38/05), el Auto del referido órgano judicial de 23 de noviembre de 2005 en el que se acuerda plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto del art. 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. 2 de Las Palmas de Gran Canaria dictó Auto el 11 de mayo de 2005 en el que incoaba diligencias urgentes para el enjuiciamiento rápido de hechos que

podía ser constitutivos de un delito de maltrato familiar.

b) El día 23 de mayo de 2005 el Juzgado de lo Penal núm. 4 de las Palmas de Gran Canaria dictó Sentencia absolviendo al acusado del delito de violencia familiar habitual que le había sido imputado y condenándolo, como autor de un delito de lesiones en el ámbito familiar, previsto y penado en el art. 153 CP, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, a la pena de un año de prisión, privación del derecho a la tenencia y porte armas durante dos años y seis meses, prohibición de acercarse a la víctima o comunicar con ella de cualquier modo o acudir al domicilio y lugar de trabajo de la misma por tiempo de dos años e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, así como al pago de la mitad de las costas procesales.

c) Interpuesto recurso de apelación por el condenado, las actuaciones fueron remitidas a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de las Palmas y, señalado para votación y fallo el día 17 de octubre de 2005, la Sala, tras la deliberación, acordó, por providencia del posterior día 24, lo siguiente: “Estando conclusos los autos para sentencia, la Sala se plantea de oficio la posibilidad de promover la cuestión de inconstitucionalidad del art. 57.2 del Código Penal por posible vulneración de los artículos 1.1 y 10.1 de la Constitución Española, en (*sic*) desarrollo de la personalidad, (art. 10 de la C. E.) y a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 C.E.) , así como los artículos 24.1 y 25.1 de la Constitución Española, por lo que, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 35.2. L.O. 2/79, del Tribunal Constitucional, se acuerda oír (*sic*) a las partes por diez días comunes e improrrogables para que puedan alegar lo que deseen sobre la pertinencia del planteamiento de la citada cuestión”.

d) El Ministerio Fiscal presentó alegaciones sobre el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad el día 11 de noviembre de 2005, considerando que no quedaba acreditada la existencia de dudas razonables suficientes para ello al no apreciarse apariencia alguna de contradicción entre el art. 57.2 CP y el ordenamiento constitucional. La representación procesal del apelante presentó escrito de alegaciones el día 15 de noviembre de 2005, solicitando elevar los autos al Tribunal Constitucional para la resolución de la cuestión.

e) La Sala acordó plantear la cuestión de inconstitucionalidad por Auto de 23 de noviembre de 2005.

3. 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 su integridad.

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 a los hijos comunes”. 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), al derecho a contraer y convivir en matrimonio (art. 32 CE) y, en este supuesto, al 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, aquella fue 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 imponen 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.

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 Sala 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 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 de su parecer. Además, 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. Junto a ello, la imposición de la pena “en todo caso” impide la formulación de un imprescindible juicio individualizado de proporcionalidad que corresponde al Juez.

En el Auto de cuestionamiento se conecta 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. 9.1, cuyo apartado tercero proclama la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, incluida la arbitrariedad en la actividad legislativa”, recordando así mismo 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»” (con cita de diversas resoluciones de este Tribunal).

Aprecia asimismo la Sala 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 que no 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 Sala, 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 vertida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en interpretación del art. 8 CEDH (con cita de la Sentencia de 28 de septiembre de 2004, recaída en el asunto *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. Mediante providencia de 14 de marzo de 2006 este Tribunal acordó admitir a trámite la cuestión de inconstitucionalidad, así como dar traslado de las actuaciones recibidas, de conformidad con el art. 37.2 LOTC, al Congreso de los Diputados y al Senado por conducto de sus Presidentes; al Gobierno, por conducto del Ministerio de Justicia; y al Fiscal General del Estado, al objeto de que en el plazo de quince días pudieran personarse en el proceso y formular las alegaciones que estimaran convenientes.

En la misma resolución se acordó oír a las partes sobre la posible acumulación de esta

cuestión con la registrada con el núm. 640-2005, que fue admitida a trámite por la Sección Tercera de este Tribunal el 14 de septiembre de 2005; y publicar la incoación de la cuestión en el Boletín Oficial del Estado, lo que se efectuó con fecha de 30 de marzo de 2006 (BOE núm. 76).

5. El Abogado del Estado se personó en el presente proceso en nombre del Gobierno, solicitando en su escrito de alegaciones, registrado el día 28 de marzo de 2006, la desestimación de la cuestión de inconstitucionalidad.

Tras señalar que en el Auto de cuestionamiento se mencionan, sin especial desarrollo, varios preceptos constitucionales, 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 el 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: el Auto parte de la premisa de que la pena tiene como objetivo la tutela de un interés puramente personal de la víctima, lo que le lleva a situar, incorrectamente, la pena en el ámbito del poder dispositivo de aquélla. Pero 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, aunque 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. Sin embargo, es obvio que el delito de lesiones no ha merecido ese tratamiento de

delito perseguible a instancia de parte, y menos aún lo hace en la actualidad, de modo que con la imposición de la pena no solo 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 parten de la mentada configuración de estos delitos como perseguibles a instancia de parte, de ahí el reproche de la falta de proporcionalidad que se atribuye a la pena, que se califica de manera desenvuelta de innecesaria e inidónea para sus propios fines contra los deseos de la víctima. En fin, las objeciones 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 Abogado 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. El Auto parece 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 del sancionado, que, de admitirse la tesis formulada en el Auto, 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 su relación o afectos con el condenado, 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.

Con base en todo lo expuesto, el Abogado del Estado interesa que se desestime la cuestión de inconstitucionalidad promovida.

En cuanto a la posible acumulación de la presente cuestión con la registrada con el núm. 640-2005, habida cuenta de que el Abogado del Estado se remite en sus alegaciones también a los escritos alegatorios formulados en procedimientos precedentes, ha de entenderse que considera no preferible la acumulación, dada la diversidad de planteamientos y razones existentes entre ambas.

6. El Presidente del Senado, mediante escrito registrado el día 30 de marzo 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 art. 88.1 LOTC.

7. El Presidente del Congreso de los Diputados, a través de escrito registrado el día 31 de marzo 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. El Fiscal General del Estado presentó su escrito de alegaciones el día 10 de abril de 2006, indicando que la presente cuestión presenta analogía con otras que, sobre la misma materia, han sido tramitadas por el Pleno del Tribunal. De modo particular, en las cuestiones núms. 3916-2005 y 8820-2005, promovidas por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Valladolid, se aduce que el art. 57.2 CP vulnera los arts. 1.1, 10.1, 18.1, 24.1 y 25.1 CE, siendo estos mismos artículos los que aparecen en la providencia de traslado a las partes de la presente cuestión. Por ello, en razón de la economía procesal, el Fiscal General del Estado se remite a los argumentos allí expuestos sobre la inconstitucionalidad de la norma y la acumulación de procesos, interesando, por último, que por el Pleno de este Tribunal se dicte Sentencia desestimando esta cuestión de inconstitucionalidad.

En los escritos de alegaciones a los que se efectúa la citada remisión, 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 que las penas no se imponen en función de la opinión de la víctima de los delitos, sino de 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 art. 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.

Finalmente, y respecto de la posible acumulación de las cuestiones, estima el Fiscal General del Estado que no concurre ninguno de los supuestos que lleve a la misma, por lo que entiende que no es pertinente la acumulación de procesos.

9. Mediante Providencia de 5 de octubre se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 7 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. La Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Las Palmas cuestiona la constitucionalidad del art. 57.2 CP, en su vigente redacción, dada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por posible infracción del principio de personalidad de la pena (art. 25.1 CE), de la prohibición de indefensión (art. 24.1 CE), del principio de proporcionalidad de las penas (art. 25.1 CE en relación con el art. 9.1 CE) y del derecho a la intimidad familiar en relación con el derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 18.1 CE en relación con los arts. 1.1 y 10 CE). Se alega, además, que el precepto afecta a la libertad de elegir residencia y a circular por el territorio nacional (art. 19.1 CE), a contraer matrimonio (art. 32 CE) y, en este supuesto, habida cuenta de que el condenado trabaja en el mismo centro que la víctima, al derecho al trabajo en la profesión elegida (art. 35 CE). El Abogado del Estado y el Fiscal General del Estado interesan la desestimación íntegra de la cuestión.

El texto completo del art. 57 CP es el siguiente:

“1. Los jueces o tribunales, en los delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico, atendiendo a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente, podrán acordar en sus sentencias la imposición de una o de varias de las prohibiciones contempladas en el artículo 48, por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave o de cinco si fuera menos grave. No obstante lo anterior, si el condenado lo fuera a pena de prisión y el juez o tribunal acordara la imposición de una o varias de dichas prohibiciones, lo hará por un tiempo superior entre uno y 10 años al de la duración de la pena de prisión impuesta en la sentencia, si el delito fuera grave, y entre uno y cinco años, si fuera menos grave. En este supuesto, la pena de prisión y las prohibiciones antes citadas se cumplirán necesariamente por el condenado de forma simultánea.

2. En los supuestos de los delitos mencionados en el primer párrafo del apartado 1 de

este artículo cometidos contra quien sea o haya sido el cónyuge, o sobre persona que esté o haya estado ligada al condenado por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a su custodia o guarda en centros públicos o privados se acordará, en todo caso, la aplicación de la pena prevista en el apartado 2 del artículo 48 por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave o de cinco si fuera menos grave, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo segundo del apartado anterior.

3. También podrán imponerse las prohibiciones establecidas en el artículo 48, por un período de tiempo que no excederá de seis meses, por la comisión de una infracción calificada como falta contra las personas de los artículos 617 y 620”.

La pena a que se refiere el art. 48.2 CP es la “prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal”, que “impide al penado acercarse a ellos, en cualquier lugar donde se encuentren, así como acercarse a su domicilio, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellos, quedando en suspenso, respecto de los hijos, el régimen de visitas, comunicación y estancia que, en su caso, se hubiere reconocido en sentencia civil hasta el total cumplimiento de esta pena”.

La presente cuestión plantea, por tanto, el problema relativo a los presupuestos de constitucionalidad de las leyes penales, en el que habremos de adentrarnos –conviene advertirlo ya en este momento– con una especial cautela debido al amplio margen de libertad de configuración de delitos y penas que corresponde al legislador democrático a la hora de la plasmación normativa de la política criminal.

2. Con carácter previo al examen del fondo de la cuestión, procede analizar la concurrencia de las exigencias impuestas por el art. 35 LOTC, toda vez que, como este Tribunal ha declarado en numerosas ocasiones, “no existe ningún óbice para realizar un pronunciamiento de inadmisión de una cuestión de inconstitucionalidad en la fase de

resolución de la misma, esto es, mediante Sentencia, dado que la tramitación del art. 37.1 LOTC no tiene carácter preclusivo y cabe apreciar en Sentencia la ausencia de los requisitos, tanto procesales como de fundamentación, requeridos para el válido planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad (por todas, SSTC 224/2006, de 6 de julio, FJ 4; 166/2007, de 4 de julio, FJ 5; y 59/2008, de 14 de mayo, FJ 2)” (STC 179/2009, de 21 de julio, FJ 2):

No ofreciendo dudas la aplicabilidad de la norma legal al caso ni la corrección del juicio de relevancia formulado por el órgano judicial, la única cuestión a analizar es la relativa al cumplimiento por el órgano judicial del trámite de audiencia previsto en el art. 35.2 LOTC y que, de acuerdo con nuestra doctrina, sirve a dos finalidades esenciales: de un lado, “poner a disposición del Juez un medio que le permita conocer la opinión de los sujetos interesados con el fin de facilitar su reflexión sobre la conveniencia o no de proceder a la apertura” de este proceso constitucional, “y, de otro, facilitar el examen por parte de este Tribunal acerca de la viabilidad de la cuestión misma y el alcance del problema constitucional en ella planteado” (STC 139/2008, de 28 de octubre, FJ 4). Por este motivo no cabe que el Auto de planteamiento de la cuestión introduzca “elementos nuevos que los sujetos interesados en el proceso no hayan podido previamente conocer ni, por ello, apreciar o impugnar su relevancia para el planteamiento de la cuestión, privándose así al órgano judicial de la opinión de aquéllos y no facilitándoles su reflexión sobre los mismos, pues ello es susceptible de desvirtuar el trámite de audiencia del art. 35.2 LOTC” (STC 166/2007, de 4 de julio, FJ 6).

En este caso, la providencia que abrió el precitado trámite hace mención del precepto penal controvertido y de las normas de la Constitución que sustentan la cuestión. Ahora bien, la relación de disposiciones constitucionales enumeradas no coincide con el catálogo que se introduce en el Auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad: en la providencia se citan los arts. 1.1, 10.1, 18.1, 24.1 y 25.1 CE, mientras que en el posterior Auto son los arts. 1.1, 10.1, 18.1, 19.1, 24.1, 25.1, 32 y 35 CE los que fundamentan el razonamiento del órgano judicial. Ha de esclarecerse, pues, si y en qué medida le es dado a este Tribunal analizar el fondo de la cuestión suscitada respecto de los arts. 19.1, 32 y 35 CE, puesto que la falta de referencia a un determinado precepto constitucional en la providencia de apertura del trámite de audiencia y su designación *ex novo* en el Auto de planteamiento únicamente origina la infracción de los requisitos procesales del art. 35.2 LOTC en la medida en que se haya imposibilitado a las partes conocer el contenido de la cuestión para su apreciación e impugnación, en su caso. Consecuencia de todo ello es, en los términos de la STC 120/2000,

de 10 de mayo, que “no es exigible a la providencia que inicia el trámite de audiencia la mención específica de los preceptos constitucionales que se estime puedan resultar infringidos, siempre que esta indeterminación sea sólo relativa, en el sentido de que las partes hayan podido «conocer el planteamiento de inconstitucionalidad realizado por el Juez y, atendidas las circunstancias del caso, situarlo en sus exactos términos constitucionales y oponerse a él» (SSTC 42/1990, FJ 1)” (FJ 2).

Es esto lo que ocurre con la alegada vulneración del derecho consagrado en el art. 19.1 CE, toda vez que, pese a la ausencia de cita formal en la providencia del órgano judicial, el hecho de que se planteara a las partes la inconstitucionalidad, por posible lesión de la libertad de los sujetos concernidos, de un precepto que contempla la imposición como pena de la prohibición de aproximarse a determinados lugares, es suficiente para permitir a aquéllas localizar el planteamiento de inconstitucionalidad realizado por el juez en el contexto del derecho a elegir la residencia y a circular libremente por el territorio nacional (art. 19.1 CE), quedando, así, satisfecha la función institucional del trámite de audiencia regulado en el art. 35.2 CE.

Por el contrario, la providencia de 24 de octubre de 2005 no sólo no realiza alusión expresa a los derechos reconocidos en los arts. 32 y 35 CE, sino que tampoco incluye manifestación alguna de la que inferir que la cuestión planteada a las partes pudiera extenderse a esos derechos, de manera que la omisión del órgano judicial impidió a éstas conocer las condiciones en que se produjo la duda judicial de constitucionalidad del precepto en relación con los arts. 32 y 35 CE y ubicar la cuestión en sus exactos términos constitucionales, por lo que estos dos preceptos deben ser excluidos en el análisis de la pretendida inconstitucionalidad de la norma legal cuestionada.

3. Una vez comprobada la concurrencia de los presupuestos del art. 35 LOTC, conviene ahora delimitar con precisión el objeto exacto de la cuestión que se somete a nuestro enjuiciamiento, así como las vulneraciones constitucionales aducidas:

a) Por un lado, la duda sobre la constitucionalidad del art. 57.2 CP formulada en el Auto de planteamiento se refiere a la imposición obligatoria –la expresión “en todo caso”– de la pena de prohibición de aproximación a la víctima –también denominada en el lenguaje forense “pena de alejamiento”– y de suspensión del régimen de visitas respecto de los hijos

comunes menores, sin atender a los presupuestos de gravedad y peligrosidad establecidos como criterio general 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 su integridad. El precepto cuestionado, tras la modificación introducida por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, habría convertido una pena de aplicación potestativa, cuya imposición se hacía depender de un juicio de pronóstico sobre la reiteración delictiva efectuado a partir de la gravedad del hecho o de la peligrosidad del autor, en una pena de imposición forzosa, puesto que obliga al Juez o Tribunal a acordarla “en todo caso” si la condena lo es por alguno de los delitos mencionados en el art. 57.1 CP y el sujeto pasivo del mismo es una de las personas descritas en el art. 57.2 CP, con abstracción, pues, de la mayor o menor entidad de los hechos o del peligro que represente el delincuente y, además, sin tener en consideración la voluntad de los afectados.

A pesar de que el núcleo de la duda de inconstitucionalidad se refiere al inciso “en todo caso”, la impugnación ha de entenderse referida al precepto en su conjunto, puesto que el art. 57.2 CP establece una regla particular para determinados supuestos en la que la especialidad se limita a configurar como obligatorio lo que el art. 57.1 CP contempla como facultativo, de tal modo que si el inciso controvertido se declarase inconstitucional el art. 57.2 CP quedaría privado de contenido por entero.

b) Por otro lado, la duda de constitucionalidad del art. 57.2 CP descansa sobre las cuatro alegaciones siguientes. En primer lugar, la Sala estima que el precepto cuestionado infringe el principio de personalidad de las penas (art. 25.1 CE). La imposición del alejamiento en contra de la voluntad de la víctima 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.

En segundo término, 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, sin haber participado en el proceso, e, incluso, con independencia de su eventual participación, ya que el órgano judicial estaría obligado a aplicarla por encima de las razones que la víctima hubiera podido exponer.

En tercer lugar, la Sala aduce 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). La pena de alejamiento, en la forma en que es regulada en el art. 57.2 CP, sería innecesaria puesto que las funciones de esta pena serían las que justifican la imposición de las penas principales previstas para cada uno de los distintos delitos y, además, el art. 57.1 CP permite ya a los Tribunales aplicar la pena si lo consideran conveniente para proteger a la víctima, incluso contra su propia opinión, en atención a la gravedad del hecho y al pronóstico de reincidencia; sería, además, inidónea porque la prohibición de acercamiento sólo tendría sentido si se vincula a fines preventivo-especiales y cautelares de protección, por lo que su aplicación automática, al margen del peligro y de la necesidad de proteger a la víctima, le privaría de explicación racional y la convertiría en arbitraria; y también sería, finalmente, desproporcionada en cuanto su imposición forzosa impediría al juez ejercer su función básica de determinar y adecuar la pena a las condiciones del hecho castigado y a la efectiva protección de la víctima. Todo ello haría, en fin, del art. 57.2 CP una norma penal desproporcionada y, por tanto, arbitraria (art. 25.1 CE en relación con el art. 9.1 CE).

Finalmente, el precepto cuestionado afectaría a la libertad de elegir residencia y circular libremente por el territorio nacional (art. 19.1 CE), produciendo también una vulneración del art. 18.1, en relación con los arts. 10 y 1.1 CE, ya que la imposición obligatoria del alejamiento tendría una directa incidencia en el derecho a la intimidad familiar que, como consecuencia y derivado del derecho al desarrollo de la personalidad, supone una manifestación de la autodeterminación personal que no puede ser invadida por los poderes públicos salvo en los supuestos estrictamente necesarios para la preservación de otros valores superiores, siendo así que en este caso el precepto impone el alejamiento sin tener en cuenta ni el tipo de delito, ni su gravedad, ni su influencia en las relaciones de convivencia, ni la peligrosidad del condenado y sin posibilidad de ponderar la opinión de la víctima y el juicio que le merezca al Tribunal sentenciador.

4. La Sala imputa al art. 57.2 CP, en primer lugar, la infracción del principio de personalidad de la pena (art. 25.1 CE), al imponerse a la víctima una sanción penal sin haber cometido hecho punible alguno.

El principio de personalidad de las penas, que forma parte del de legalidad penal y se encuentra, por tanto, comprendido en el derecho reconocido en el art. 25.1 CE, “implica que sólo se puede responder penalmente por los actos propios y no por los ajenos [SSTC

131/1987, de 20 de julio, FJ 6; 219/1988, de 22 de noviembre, FJ 3; 254/1988, de 21 de diciembre, FJ 5; 246/1991, de 19 de diciembre, FJ 2; 146/1994, de 12 de mayo, FJ 4 b); 93/1996, de 28 de mayo, FJ 1, y 137/1997, de 21 de julio, FJ 5]” (STC 125/2001, de 4 de junio, FJ 6). Sin embargo, conforme a nuestra doctrina los postulados del art. 25.1 CE únicamente resultan aplicables a aquellas medidas que sean auténtica manifestación del ejercicio del *ius puniendi*, siendo improcedente su aplicación, “como resulta de las SSTC 73/1982, 69/1983 y 96/1988, a supuestos distintos o a actos, por su mera condición de ser restrictivos de derechos, si no representan el efectivo ejercicio del *ius puniendi* del Estado o no tienen un verdadero carácter sancionador” (STC 164/1995, de 8 de noviembre, FJ 4; 125/2001, de 4 de junio, FJ 6).

Procede partir aquí de la diferencia esencial entre los efectos propios –por directos e inmediatos– de la pena sobre los derechos cuya privación o restricción implica la medida en la que se concreta, de los efectos externos –que, por contraste con los anteriores, podrían calificarse como indirectos o mediatos– que esa misma medida pueda tener sobre otros derechos o intereses legítimos, tanto del responsable del hecho punible como de terceros, y que, por más que deban tomarse en consideración, según se comprobará posteriormente, en el análisis de la proporcionalidad de la norma cuestionada, no constituyen por sí mismos el objeto de una sanción en sentido estricto. En el caso que nos ocupa, el objeto de la pena de prohibición de aproximación prevista en el art. 57.2 CP no restringe el derecho de la víctima sino del autor del delito o, dicho en otros términos, la pena de prohibición de aproximación no se impone a la víctima sino exclusivamente al autor del hecho punible, siendo meridiana en este sentido la dicción del art. 48.2 CP (“La prohibición de aproximarse...impide al penado...”). Cuestión diversa, como observa el Abogado del Estado, es que esta pena, como ocurre, por lo demás, con todas, pueda tener una repercusión negativa sobre terceros. Y si en algunas ocasiones es el patrimonio y por ello el nivel económico familiar el que puede resultar afectado, según ocurre, por ejemplo, con la pena de multa o la de inhabilitación, en otras ocasiones la consecuencia de la pena es la separación física y la ruptura de la convivencia cotidiana, tal y como sucede con la pena de prisión o, en fin, con la aquí debatida prohibición de aproximación. Esa separación física representa un efecto externo de la pena controvertida que podrá ser tanto más intenso cuanto más próximos sean el vínculo o los afectos de aquellas personas con el penado, y que se producirá, por cierto, con independencia de que su imposición tenga lugar en el marco del art. 57.2 CP o sea fruto del margen de arbitrio que al juez reconoce el art. 57.1 CP.

En definitiva, pese a la distinta naturaleza y entidad de la secuela que puede originar cada una de las penas contempladas en la legislación penal, no puede acogerse la alegación del órgano promotor de la cuestión, en el sentido de que en el caso concreto de la pena de alejamiento el efecto de la quiebra de la vida en común constituye, en sí mismo, una pena impuesta a la víctima en cuanto supone una carga directa sobre ella. Y ello por el esencial razonamiento de que la restricción de derechos que al ofendido puede irrogarle la ejecución de la prohibición de aproximación es, en todo caso, una consecuencia anudada al sentido propio de la pena impuesta al condenado, pero no es resultado de una manifestación del ejercicio del *ius puniendi* del Estado sobre el ofendido, puesto que, de un lado, no son sus derechos sino los del autor del delito los que resultan restringidos mediante la imposición de la pena de prohibición de aproximación *ex art. 57.2 CP*, ni ésta se impone a la víctima, de otro, como una medida represiva que “castig[ue] una conducta realizada porque sea antijurídica”, una propiedad ésta que, en lo que ahora importa, ha destacado este Tribunal como específica de las sanciones, ni tampoco cumplen, en fin, esos efectos sobre el ofendido ninguna de las finalidades retributivas y preventivas propias de éstas (SSTC 239/1988, de 14 de diciembre, FJ 2; 164/1995, de 8 de noviembre, FJ 4 y 276/2000, de 16 de noviembre, FJ 3). Por estas razones ha de descartarse una posible infracción del principio de personalidad de la pena (art. 25.1 CE).

5. Tampoco cabe apreciar que la imposición forzosa de la pena ocasione al ofendido la indefensión prohibida por el art. 24.1 CE. Ante todo, es preciso observar que, al tener su origen en la posibilidad de que se le imponga una medida que le afecta sin haber sido oída y sin haber participado en el proceso, la supuesta vulneración constitucional se produciría también en el ámbito del art. 57.1 CP, que contempla la posibilidad de imponer la misma pena accesoria.

Pero es que, además y sobre todo, no hay tal lesión: en el sistema procesal penal español, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos en los que existe un monopolio estatal del ejercicio de la acción penal, la víctima puede constituirse en parte en el proceso y, por consiguiente, puede ejercer los derechos asociados a esa situación jurídica, entre los que se encuentra el derecho a no padecer indefensión (art. 24.1 CE) y a disfrutar de un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE). En los términos de la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001, relativa al Estatuto de la Víctima en el Proceso

Penal, la víctima tiene reservado un papel efectivo y adecuado en el sistema judicial penal (art. 2.1) y garantizada la posibilidad de ser oída durante las actuaciones y de facilitar elementos de prueba (art. 3). En este orden de cosas, la norma cuestionada en absoluto restringe las facultades de las partes en general, y de la víctima en particular, para intervenir en el proceso y formular actos de alegación y de defensa de sus pretensiones, lo cual excluye la vulneración del derecho fundamental invocado. En definitiva, no es, sencillamente, cierto que la pena de alejamiento se imponga sin que el sistema garantice a la víctima el derecho a ser oída y a participar en el proceso.

Añade en este punto el órgano judicial que la indefensión de la víctima se ve acentuada porque, aunque su opinión contraria a la imposición de la pena hubiera sido oída, el juez o tribunal vendría obligado, desatendiendo la misma, a imponer la prohibición de aproximación. Tal consideración, sin embargo, es de todo punto ajena a la indefensión constitucionalmente proscrita, que no se produce porque la voluntad contraria de la víctima no sea impeditiva de la aplicación de la pena de alejamiento, pues como se acaba de notar, la víctima puede constituirse en parte y aportar y proponer las pruebas que estime pertinentes, así como alegar lo que a su derecho convenga, sin que ello conlleve, claro está, la exigencia de que sus tesis sean asumidas necesariamente por el órgano judicial. El órgano promotor de la cuestión de inconstitucionalidad equipara indebidamente, por tanto, el derecho de la víctima a no padecer indefensión con un supuesto derecho a que la Ley acoja su criterio respecto del modo en que el Estado debe ejercer su poder punitivo.

6. Se aborda a continuación en el Auto de planteamiento, introduciendo así el núcleo central del razonamiento sobre la inconstitucionalidad del art. 57.2 CP, la posible infracción del principio de proporcionalidad (art. 25.1 CP en relación con el art. 9 CE), en tanto la imposición obligatoria de la pena de prohibición de aproximación, en la forma en que es recogida en esa precepto, resultaría innecesaria, inidónea y desproporcionada. La Sala añade que la pena de alejamiento afecta a la libertad de elegir residencia y a circular libremente por el territorio nacional (art. 19.1 CE), y que tiene, además, una directa incidencia en el derecho a la intimidad familiar que, como consecuencia y derivado del libre desarrollo de la personalidad, supone una manifestación de la autodeterminación personal que no puede ser invadida por los poderes públicos salvo en los supuestos estrictamente necesarios para la preservación de otros valores superiores (art. 18.1 CE en relación con los arts. 1.1 y 10 CE, y art. 8.1 CEDH). Aunque en el Auto de planteamiento estas alegaciones se formulan de manera

separada, razones de orden sistemático aconsejan examinarlas junto a la relativa a la vulneración del principio de proporcionalidad.

7. El control de la proporcionalidad de las normas penales por este Tribunal debe partir necesariamente de las dos consideraciones preliminares que se realizan a continuación:

a) La primera se refiere al alcance de nuestro enjuiciamiento, que, según hemos advertido ya al comienzo de nuestra fundamentación, resulta limitado por el reconocimiento “en esta sede de la «potestad exclusiva del legislador para configurar los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo», y que en esta configuración, que supone «un complejo juicio de oportunidad», el legislador goza de un amplio margen de libertad. El juicio que procede en esta sede jurisdiccional «debe ser por ello muy cauteloso. Se limita a verificar que la norma penal no produzca un patente derroche inútil de coacción que convierte la norma en arbitraria y que socava los principios elementales de justicia inherentes a la dignidad de la persona y al Estado de Derecho» (STC 136/1999, de 20 de julio, FJ 23; también, SSTC 55/1996, de 28 de marzo, FFJJ 6 y ss.; 161/1997, de 2 de octubre, FFJJ 9 y ss.; AATC 233/2004, de 7 de junio, FJ 3; 332/2005, de 13 de septiembre, FJ 4)” (STC 127/2009, de 26 de mayo, FJ 8).

En términos semejantes nos hemos pronunciado, más en concreto, a propósito del control de proporcionalidad realizado en el marco del principio de igualdad, que también “ha de ser de «contenido mínimo», en atención de nuevo a la exclusiva potestad legislativa en la definición de los delitos y en la asignación de penas, y en convergencia con el baremo propio de la proporcionalidad de las penas (STC 161/1997, de 2 de octubre, FJ 12)”, de manera que “[s]ólo concurrirá una desproporción constitucionalmente reprochable *ex principio* de igualdad entre las consecuencias de los supuestos diferenciados cuando quepa apreciar entre ellos un «desequilibrio patente y excesivo o irrazonable [...] a partir de las pautas axiológicas constitucionalmente indiscutibles y de su concreción en la propia actividad legislativa» (SSTC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 9; 161/1997, FJ 12; 136/1999, de 20 de julio, FJ 23)” (STC 59/2008, de 14 de mayo, FJ 10).

Siendo ello así, en la perspectiva institucional propia de la delimitación de las funciones respectivas del legislador penal y de este Tribunal Constitucional, debe precisarse a

continuación, con otra perspectiva, que la propia Constitución, lejos de someter la acción del legislador a los mismos límites sustantivos con independencia del objeto sobre el que ésta se proyecte o del tipo de decisiones que incorpore, contempla límites más exigentes en el caso de las normas penales que en el de otras decisiones de aquél, debido, precisamente, al alcance de los efectos que de aquéllas se derivan, puesto que cuanto más intensa sea la restricción de los principios constitucionales y, en particular, de los derechos y libertades reconocidos en el texto constitucional, tanto más exigentes son los presupuestos sustantivos de la constitucionalidad de la medida que los genera. Nuestro enjuiciamiento debe, por tanto, partir simultáneamente de estos dos planteamientos: uno, de carácter sustantivo, que se refiere a la intensidad de los límites que la Constitución impone a la ley, y el otro, de naturaleza formal, que alude a la posición de este Tribunal a la hora de comprobar la satisfacción de aquéllos.

b) La segunda observación preliminar aludida se refiere al sentido y fundamento del control de la proporcionalidad de las normas penales. Un presupuesto lógico de la aplicación del principio de proporcionalidad es la identificación de los principios constitucionales que se ven limitados por obra de la medida impugnada y cuya constitucionalidad es objeto de controversia. Así lo hemos reiterado en nuestra doctrina, ya desde la STC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 3, en la que advertíamos que “el principio de proporcionalidad no constituye en nuestro ordenamiento constitucional un canon de constitucionalidad autónomo cuya alegación pueda producirse de forma aislada respecto de otros preceptos constitucionales [...]. Si se aduce la existencia de desproporción, debe alegarse primero y enjuiciarse después en qué medida ésta afecta al contenido de los preceptos constitucionales invocados: sólo cuando la desproporción suponga vulneración de estos preceptos cabrá declarar la inconstitucionalidad” (en idéntico sentido, STC 136/1999, de 20 de julio, FJ 22).

Este planteamiento es, por lo demás, coherente con la función institucional del principio de proporcionalidad que, como es conocido, opera como presupuesto de constitucionalidad de las medidas que restringen principios constitucionales y, más concretamente, como límite de las normas y actos que limitan los derechos fundamentales, de ahí que sea en las disposiciones constitucionales que los reconocen donde debe encontrarse el fundamento normativo de este presupuesto de constitucionalidad de la ley. El de los derechos reconocidos en la Constitución es, en efecto, el ámbito en el que normalmente y de forma muy particular resulta aplicable el principio de proporcionalidad: “[a]sí ha venido reconociéndolo este Tribunal en numerosas Sentencias en las que se ha declarado que la

desproporción entre el fin perseguido y los medios empleados para conseguirlo puede dar lugar a un enjuiciamiento desde la perspectiva constitucional cuando esa falta de proporción implica un sacrificio excesivo e innecesario de los derechos que la Constitución garantiza (SSTC 62/1982, fundamento jurídico 5º; 66/1985, fundamento jurídico 1º; 19/1988, fundamento jurídico 8º; 85/1992, fundamento jurídico 5º; 50/1995, fundamento jurídico 7º)” (SSTC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 3; 136/1999, de 20 de julio, FJ 22).

8. De lo anterior se deriva que la primera cuestión que debe ser analizada como presupuesto de la comprobación de la proporcionalidad de una medida, también cuando ésta constituye una norma penal, es la de cuáles son los principios o derechos constitucionales cuyo contenido se ve restringido como consecuencia de su adopción, puesto que, en caso de que no se produjera una restricción de esa naturaleza, carecería de sentido la exigencia de que la norma fuera proporcionada.

a) De un lado, al limitarse, en el caso que nos ocupa, el objeto de la duda de constitucionalidad a la norma que prevé la imposición obligatoria de la pena de prohibición de aproximación en relación con determinados tipos penales de cuya constitucionalidad, en sí mismos considerados, no se hace cuestión, nuestro análisis habrá de dejar a un lado las posiciones jurídicas afectadas por las prohibiciones contenidas en las correspondientes normas de conducta, para centrarse exclusivamente en aquellas otras situaciones jurídicas sobre las que se proyecta la norma de sanción contenida en el art. 57.2 CP. En efecto, cuando el objeto de nuestro enjuiciamiento es una norma que contempla la amenaza de la privación o restricción de ciertos bienes, la supuesta “desproporción afectará al tratamiento del derecho cuyo ejercicio queda privado o restringido con la sanción” (STC 136/1999, de 20 de julio, FJ 22).

Pues bien, al igual que en el caso de la pena de prisión, la que ahora nos ocupa es una pena que tiene por objeto la restricción de la libertad del penado, por más que no se refiera tanto a su manifestación de libertad deambulatoria (art. 17 CE), que es la que resulta afectada por aquélla (STC 136/1999, de 20 de julio, FJ 22), como a la relativa a la libertad de residencia y circulación por el territorio nacional (art. 19.1 CE). A la misma conclusión hemos llegado en relación con la medida cautelar que se concreta en la obligación de residir en un lugar determinado (STC 260/2007, de 20 de diciembre, FJ 5). En efecto, el ámbito vital consistente en fijar libremente el lugar donde estar de manera transitoria o permanente resulta,

si no radicalmente suprimido, sí parcialmente limitado como consecuencia de la imposición de la prohibición de aproximarse a la víctima, a cualquier lugar donde se encuentre, así como de acercarse a su domicilio, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ella, de manera que será la restricción de este derecho la que habrá de satisfacer las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad.

b) En conexión con tales libertades fundamentales, ha de señalarse que la imposición de la pena de alejamiento, al impedir al penado y a la víctima mantener o reiniciar la relación afectiva, familiar o de convivencia que les unía, también afecta negativamente a un principio cuya restricción ha de ser tenida en cuenta, en los términos que después indicaremos, en el control de constitucionalidad de la disposición impugnada. Se trata del libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), un principio que protege la configuración autónoma del propio plan de vida y que, por más que pueda someterse, como ocurre con otras normas de la Constitución, a límites o exclusiones a raíz de su ponderación con otras normas constitucionales, se proyecta sobre la decisión de continuar o no la relación afectiva o de convivencia que resulta impedida o entorpecida como consecuencia de la prohibición de aproximación. Así lo hemos reconocido en nuestra STC 215/1994, de 14 de julio, FJ 4, respecto de la libertad de procreación, que constituye, al igual que la relativa a la decisión de continuar o no una relación afectiva o de convivencia, una manifestación del libre desarrollo de la personalidad naturalmente afectada como consecuencia de la imposición de la pena de prohibición de aproximación.

c) Por el contrario, y frente a lo aducido por la Sala en su Auto de planteamiento, en el que se alega la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el denominado “derecho a la vida familiar” (art. 8.1 CEDH y, en la misma línea, art. 7 CDFUE en relación con el art. 6 TUE), la pena de alejamiento no incide en el contenido del derecho a la intimidad familiar (art. 18.1 CE). Según hemos precisado en la STC 236/2007, de 7 de noviembre, este último precepto citado “regula la intimidad familiar como una dimensión adicional de la intimidad personal, y así lo ha reconocido nuestra jurisprudencia. Hemos entendido, en efecto, que el derecho a la intimidad personal del art. 18 CE implica «la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario —según las pautas de nuestra cultura— para mantener una calidad mínima de la vida humana» (STC 231/1988, de 2 de diciembre, FJ 3). Y precisado que el derecho a la intimidad «se extiende no sólo a los aspectos de la vida propia personal, sino también a determinados aspectos de otras

personas con las que se guarde una personal y estrecha vinculación familiar, aspectos que, por esa relación o vínculo familiar, inciden en la propia esfera de la personalidad del individuo que los derechos del artículo 18 CE protegen. ‘No cabe duda que ciertos eventos que pueden ocurrir a padres, cónyuges o hijos tienen, normalmente y dentro de las pautas culturales de nuestra sociedad, tal trascendencia para el individuo, que su indebida publicidad o difusión incide directamente en la propia esfera de su personalidad. Por lo que existe al respecto un derecho —propio y no ajeno— a la intimidad, constitucionalmente protegido’ (STC 231/1988)» (STC 197/1991, de 17 de octubre, FJ 3). En suma, el derecho reconocido en el art. 18.1 CE atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado por el individuo para sí y su familia de una publicidad no querida (STC 134/1999, de 15 de julio, FJ 5; STC 115/2000, de 5 de mayo, FJ 4)” (FJ 11).

La imposición de la pena de alejamiento afecta, pues, al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) pero no a la intimidad familiar, porque lo que el derecho reconocido en el art. 18.1 CE protege “es la intimidad misma, no las acciones privadas e íntimas de los hombres” (STC 89/1987, de 3 de junio, FJ 2), y ello por más que en ocasiones estas dos posiciones jurídicas, la libertad para actuar en un determinado sentido y el derecho a resguardar ese ámbito vital de la acción y el conocimiento de los demás, puedan aparecer solapadas en caso de que una misma injerencia procedente del Estado o de terceros suponga una intromisión en el espacio protegido por ambas (así, en el asunto resuelto por la STC 151/1997, de 29 de septiembre).

Por lo demás, la distancia entre la doctrina expuesta y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el art. 8.1 CEDH, que, tal y como afirma la Sala en el Auto de cuestionamiento, ha deducido de este precepto un “derecho a la vida familiar”, debe relativizarse en gran medida. En efecto, en la STC 236/2007, de 7 de noviembre, hemos señalado que “nuestra Constitución no reconoce un «derecho a la vida familiar» en los mismos términos en que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha interpretado el art. 8.1 CEDH” (FJ 11). Sin embargo, según se ha advertido ello en modo alguno supone que el espacio vital protegido por ese “derecho a la vida familiar” derivado de los arts. 8.1 CEDH y 7 CDFUE, y, en lo que aquí importa, la configuración autónoma de las relaciones afectivas, familiares y de convivencia, carezca de protección dentro de nuestro ordenamiento constitucional.

9. Como consecuencia del precepto impugnado sufren, por tanto, una restricción inmediata los derechos a elegir libremente el lugar de residencia y a circular por el territorio nacional (art. 19.1 CE), pues son éstas las posiciones jurídicas del autor sobre las que opera directamente la prohibición de aproximación o, si se prefiere, las que constituyen su objeto. Así mismo, y en conexión con los anteriores, la imposición de esta pena puede incidir de manera indirecta o mediata en el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), ahora tanto del autor como de la víctima del delito, al restringir el espacio de autonomía respecto de la decisión de continuar o no la relación afectiva o de convivencia que este principio constitucional protege.

Sin embargo, de ello no se deriva sin más, como es obvio, la inconstitucionalidad de la norma penal impugnada, sino más bien su sujeción a un canon de control que, aunque no se agota en ellos (art. 53.1 CE), comprende la satisfacción por parte de la medida que incorpora de los dos presupuestos de constitucionalidad que resultan controvertidos en este proceso constitucional: de un lado, el consistente en perseguir una finalidad constitucionalmente legítima, en los términos que se expondrán a continuación, y, de otro, el relativo al cumplimiento del principio de proporcionalidad, cuya verificación exige, conforme a nuestra doctrina (STC 66/1995, de 8 de mayo, FFJJ 4 y 5; 55/1996, de 28 de marzo, FFJJ 6 y ss.; 161/1997, de 2 de octubre, FFJJ 8 y ss.; y 136/1999, de 20 de julio, FJ 23), comprobar sucesivamente el cumplimiento de los tres requisitos siguientes. En primer lugar, la medida debe ser idónea o adecuada para la consecución de los fines que persigue, o, según afirmamos en la STC 136/1999, de 20 de julio, la pena ha de ser “instrumentalmente apta para dicha persecución” (FJ 23). En segundo lugar, la medida debe ser también necesaria, de tal manera que no resulte evidente la existencia de medidas menos restrictivas de los principios y derechos constitucionales que resultan limitados como consecuencia del art. 57.2 CE “para la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador” (loc. cit.). Y, finalmente, la medida debe ser proporcionada en sentido estricto, de modo que no concurra un “desequilibrio patente y excesivo o irrazonable” (loc. cit.) entre el alcance de la restricción de los principios y derechos constitucionales que resultan afectados, de un lado, y el grado de satisfacción de los fines perseguidos con ella por el legislador, de otro.

10. Procede a continuación verificar si el art. 57.2 CP satisface el primero de los dos presupuestos que integran el canon de control descrito, conforme al cual sólo cabe afirmar la proporcionalidad de una norma penal cuando ésta persiga la preservación de bienes o

intereses constitucionalmente legítimos: “para determinar si el legislador ha incurrido en un exceso manifiesto en el rigor de las penas al introducir un sacrificio innecesario o desproporcionado, debemos indagar, en primer lugar, si el bien jurídico protegido por la norma cuestionada o, mejor, si los fines inmediatos y mediatos de protección de la misma, son suficientemente relevantes, puesto que la vulneración de la proporcionalidad podría declararse ya en un primer momento del análisis «si el sacrificio de la libertad que impone la norma persigue la prevención de bienes o intereses no sólo, por supuesto, constitucionalmente proscritos, sino ya, también, socialmente irrelevantes» (STC 55/1996, fundamento jurídico 7º; en el mismo sentido, STC 111/1993, fundamento jurídico 9º)” (STC 136/1999, de 20 de julio, FJ 23).

El presupuesto del que parte la argumentación contenida en el Auto consiste en que “la prohibición de acercamiento sólo tiene sentido si se vincula a fines preventivo-especiales y cautelares de protección de la víctima y disminución del riesgo de reiteración delictiva”. A partir de esta consideración, la Sala denuncia que el art. 57.2 CP contempla la imposición del alejamiento “a los delitos contra el honor o contra el patrimonio, en los que no ha existido peligro para la indemnidad de la víctima”, que “se desentiende de la gravedad del hecho y de la peligrosidad del delincuente”, que resulta innecesaria porque el art. 57.1 CP permitiría ya proteger a la víctima, y que es inidónea para la consecución de esa finalidad cuando se impone en contra de la voluntad de ésta.

Frente a ello, conviene aclarar que la identificación de la función de una medida adoptada por el legislador no es presupuesto sino resultado de la integración de su régimen jurídico, de tal manera que habrá que estar a la concreta disciplina jurídica a la que la ley ha sometido la prohibición de aproximación, en cada una de sus posibles modalidades, para determinar con precisión cuál sea su función institucional en cada caso. Así, es claro que la prohibición de aproximación tiene una función de pura protección subjetiva de la víctima cuando se impone como medida cautelar (art. 544 bis LECrim) o como medida de seguridad (art. 96.3.9ª CP), puesto que en estos casos la prohibición sólo puede acordarse motivadamente si el órgano judicial considera que el alejamiento “result[a] estrictamente necesario al fin de protección de la víctima” (art. 544 bis LECrim), o si “del hecho y de las circunstancias personales del sujeto pued[e] deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos” (art. 95.1.2ª CP). También prima la función de protección subjetiva de la víctima en el caso del alejamiento que se puede

imponer como pena accesoria facultativa de conformidad con el art. 57.1 CP, puesto que, en cuanto tal, no habrá de acordarse en todo caso sino “atendiendo a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente”.

Sin embargo, por más que su objeto sea idéntico, la finalidad de la prohibición de aproximación no puede considerarse inalterada cuando la ley la configura como pena accesoria y contempla su imposición “en todo caso”. En particular, junto a la función asegurativo-cautelar que indudablemente tiene la pena cuestionada, y que no es exclusiva de ella sino predicable también del resto de las penas asociadas a estos tipos penales, la medida contenida en la disposición impugnada tiene como finalidad inmediata o directa la de proteger los bienes jurídicos tutelados por los tipos penales en relación con los cuales se contempla la imposición obligatoria de la pena de alejamiento, una función ésta que no sólo corresponde a la norma que prohíbe la realización de la conducta típica, sino también a la que prevé para tal caso la imposición de una determinada pena o de una concreta combinación de penas. Puede, aún, precisarse, desde la perspectiva constitucional que nos es propia, que aquella función asegurativo-cautelar de protección subjetiva de la víctima no deja de ser una manifestación de esta última, más general y que la comprende, puesto que las finalidades preventivas de la pena, en sus diversas modalidades, no representan objetivos distintos e independientes, sino que constituyen los modos en los que las normas penales cumplen su finalidad principal de protección de bienes jurídico-constitucionales.

A propósito de la vinculación de los fines del art. 57.2 CP con los bienes jurídicos protegidos por los tipos penales a los que se remite el art. 57.1 CP, el órgano judicial denuncia que el precepto cuestionado “no identifica con suficiente nitidez el bien jurídico que trata de proteger dada la multiplicidad de delitos a los que se aplica, no sólo los delitos de lesiones o maltratos habituales, sino también a los delitos contra el honor, contra el patrimonio, en los que no ha existido peligro para indemnidad de la víctima”. Dejando a un lado la afirmación, ciertamente discutible, de que los delitos contra el honor y contra el patrimonio no alteran la indemnidad de la víctima, conviene precisar que en nada afecta a su constitucionalidad el hecho de que el precepto contemple la imposición de una determinada pena accesoria en relación con una multiplicidad de delitos, a su vez definidos mediante las correspondientes disposiciones del Libro II del Código Penal que tipifican cada uno de ellos. Mientras que éstas últimas contienen más elementos a partir de los cuales identificar el bien jurídico protegido por la norma de conducta –por más que en ocasiones puedan no ser suficientes–, la finalidad a

la que sirven las normas que, como la aquí cuestionada, tienen un carácter horizontal o transversal ha de integrarse acudiendo a las disposiciones normativas a las que ellas mismas se remiten o en relación con las cuales deben interpretarse sistemáticamente. Así ocurre con el grueso de las disposiciones contenidas en el Título III del Libro I del Código Penal, y, en particular, con los arts. 54 CP y ss., que regulan con carácter general las penas accesorias.

La finalidad inmediata perseguida por el legislador mediante el art. 57.2 CP es, por tanto, la de proteger los bienes jurídico-constitucionales tutelados por los tipos penales a los que se refiere el art. 57.1 CP –vida, integridad física, libertad, patrimonio, etc.– mediante la evitación de futuros ataques que no se individualizan ni sólo ni principalmente por el hecho de ser violentos –ya que no todos esos delitos lo son–, sino sobre todo por materializarse en el seno de las relaciones afectivas, de convivencia, familiares o cuasifamiliares definidas en el propio art. 57.2 CP. Por su parte, la protección subjetiva de la víctima frente a la futura reiteración delictiva por el condenado, a la que indudablemente sirve la prohibición de aproximación, al igual –según se verá– que su contribución a las diversas manifestaciones de la función de prevención de la pena, no son sino los caminos a través de los cuales el precepto cuestionado persigue ese propósito de protección de aquellos bienes jurídicos. Así mismo, junto a esta finalidad directa o inmediata, la configuración que del alejamiento realiza el art. 57.2 CP tiene también otras finalidades secundarias como la creación de un espacio de confianza capaz de generar libertad en el disfrute de las posiciones en las que se concretan esos bienes jurídicos, así como la de eliminar la venganza privada y, con ello, evitar futuras lesiones de esos u otros bienes jurídicos.

11. Una vez identificados los fines perseguidos por el legislador mediante la norma cuestionada, la siguiente cuestión a analizar es la de si esos fines son o no constitucionalmente legítimos desde el punto de vista de la aplicación del canon de control expuesto, ya que el sacrificio de libertad que genera el art. 57.2 CP sólo será inconstitucional «si el sacrificio de la libertad que impone la norma persigue la preservación de bienes o intereses, no sólo, por supuesto, constitucionalmente proscritos, sino ya, también, socialmente irrelevantes» (STC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 7).

A este respecto conviene precisar, con carácter preliminar, que en el Auto de planteamiento la Sala no cuestiona la licitud constitucional del fin que persigue la norma, sino más bien la proporcionalidad de ésta última en cuanto medio para su consecución, y,

especialmente, su adecuación al fin relativo a la protección de la víctima frente a la futura reiteración de la conducta punible por el autor. Pero es que, además, y sobre todo, difícilmente puede negarse que, considerados en abstracto, y por tanto con independencia de los términos en los que la medida ha sido configurada por el legislador, esos fines son legítimos en cuanto capaces de justificar la restricción de los derechos afectados mediante la norma en cuestión, puesto que su tutela no sólo no está constitucionalmente prohibida, sino que incluso responde a la tutela de posiciones jurídicas protegidas por derechos fundamentales como son los derechos a la vida, a la integridad física o a la libertad personal. Finalmente, la legitimidad constitucional del fin no sólo se aprecia considerando en abstracto los bienes jurídicos protegidos por los tipos penales en relación con los cuales el art. 57.2 CP contempla la imposición obligatoria de la pena de alejamiento, sino también a la luz de las concretas agresiones frente a las cuales la norma trata de protegerlos, que, según se ha señalado, se caracterizan por materializarse en el seno de las relaciones afectivas, de convivencia, familiares o cuasifamiliares.

Debemos, pues, concluir que la norma cuestionada, por más que suponga una restricción de posiciones jurídicas constitucionalmente protegidas, sirve a la protección de fines constitucionalmente legítimos; otro problema distinto es el de la intensidad y los términos en los que se producen aquellos efectos, cuestión ésta que corresponde analizar a continuación.

12. El otro elemento integrante del canon de control expuesto consiste, efectivamente, en el cumplimiento por parte de la norma penal del principio de proporcionalidad, en virtud del cual la medida que ésta incorpora debe ser adecuada, necesaria y proporcionada en sentido estricto. Por lo que respecta a la exigencia de adecuación, que procede comprobar en primer lugar, de nuestra doctrina se deriva que la norma cuestionada ha de ser idónea o adecuada en punto a la satisfacción de la finalidad a la que pretendidamente sirve, o en los términos de la STC 136/1999, de 20 de julio, FJ 23, “instrumentalmente apta para dicha persecución”. El principio de adecuación reclama, por tanto, la existencia de una relación de congruencia objetiva entre el medio adoptado por el legislador y el fin que con él se persigue, entendiéndose que tal circunstancia se producirá si la medida que se deriva del precepto cuestionado puede contribuir positivamente a la realización del fin perseguido. Por el contrario, la medida habrá de reputarse inidónea o inadecuada si entorpece o, incluso, si resulta indiferente en punto a la satisfacción de su finalidad. Finalmente, la necesaria

consideración del espacio de libertad de configuración política que corresponde al legislador democrático obliga a precisar que para apreciar la adecuación del art. 57.2 CP, desde la posición que corresponde a este Tribunal, es suficiente con que la disposición cuestionada contribuya en alguna medida a la realización del fin que persigue, de tal modo que sólo cabría declarar la inconstitucionalidad de aquélla en este estadio del control de proporcionalidad si resultara manifiesto que la imposición obligatoria de la pena de alejamiento entorpece o, cuando menos, es indiferente desde la perspectiva del cumplimiento de sus fines.

En su Auto de planteamiento niega la Sala que el art. 57.2 CP satisfaga el presupuesto relativo a la adecuación de la medida que contiene: “el alejamiento forzoso en contra de los deseos de la víctima no es una pena idónea para los fines pretendidos. La prohibición de acercamiento solo tiene sentido si se vincula a fines preventivo-especiales y cautelares de protección de la víctima y disminución del riesgo de reiteración delictiva. Ello exige – continúa el Auto– un juicio de pronóstico que los sustente, como dice el apartado primero del propio art. 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 inclinado (sic) indefectiblemente a incumplirla”. La carencia de explicación racional de la medida conduciría, en fin, a que la medida no supere este primer elemento del test de proporcionalidad, así como a la violación del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE).

13. La duda de constitucionalidad formulada por la Sala en relación con la falta de adecuación del art. 57.2 CP debe ser rechazada. Ante todo, si el origen de la supuesta falta de idoneidad del alejamiento forzoso radicara, como se alega, en que el precepto, al contemplar su imposición “en todo caso”, permite su adopción “en contra de los deseos de la víctima”, la alegación debería conducir a cuestionar también la constitucionalidad del art. 57.1 CP, puesto que este precepto también permite al órgano judicial, siempre que sea necesario desde la perspectiva de los dos criterios que en él se enuncian, imponer la pena de alejamiento incluso “en contra de los deseos de la víctima”. Luego el problema no parece residir tanto en que la pena pueda imponerse en contra de la voluntad de aquélla, cuanto en que se pueda imponer en casos en los que la justificación de tal medida no resulte de la necesidad de protegerla frente a futuras reiteraciones del hecho punible, supuesto en el que, al parecer del órgano judicial, la imposición de la medida “carece de explicación racional”, debiendo entonces reputarse

inadecuada y arbitraria.

Sin embargo, esta argumentación tampoco puede acogerse porque descansa, según se ha razonado ya, en una precomprensión errónea de los fines a los que sirve el precepto cuestionado, que no son los propios de una medida cautelar, ni los de una medida de seguridad ni, en fin, tampoco los de una pena accesoria de imposición potestativa como la prevista en el art. 57.1 CP. La adecuación de la pena accesoria de imposición obligatoria prevista en el art. 57.2 CP ha de verificarse en relación con los fines que con ella persigue el legislador penal, de modo que su examen pasa por comprobar si la conminación penal que realiza el precepto es o no un medio adecuado para proteger los bienes jurídico-constitucionales tutelados por los tipos penales a los que se refiere el art. 57.1 CP mediante la evitación de comportamientos futuros que los lesionen o pongan en peligro y que se caractericen por materializarse en el seno de las relaciones afectivas, de convivencia, familiares o cuasifamiliares definidas en el propio art. 57.2 CP.

En este orden de cosas, no parece discutible que la amenaza de la sanción prevista en el art. 57.2 CP puede contribuir a influir en el comportamiento de sus destinatarios disuadiéndoles de realizar en el futuro las conductas desvaloradas por el legislador mediante los correspondientes tipos penales. La contribución positiva del precepto impugnado a la protección de esos bienes jurídicos se concreta, en cuanto norma de sanción, en su función preventiva de futuras lesiones, la cual, a su vez, se articula a través de dos mecanismos.

Por un lado, la amenaza de la imposición de la pena accesoria de alejamiento, al igual que la pena principal, debe en principio considerarse eficaz en punto a la prevención general de futuras agresiones a esos bienes jurídicos, especialmente si se tiene en cuenta que el carácter preceptivo de aquélla contribuye a incrementar la certeza de la respuesta sancionadora. Sería, desde luego, posible que una pena de imposición obligatoria, en atención a los diversos factores que inciden en su función de motivación, no llegase a desplegar eficacia instrumental alguna desde esta perspectiva de la prevención general, pero lo cierto es que, ni éste parece ser el caso, ni en el Auto de planteamiento ha llegado la Sala a hacer cuestión de ello.

Por otro lado, la amenaza de la imposición de la pena de alejamiento cumple también una función de prevención especial, particularmente por lo que respecta a la reiteración

delictiva contra la propia víctima. En efecto, incluso si atendiéramos de manera exclusiva, tal y como propone el Auto de planteamiento de esta cuestión, a la finalidad de protección subjetiva de la víctima frente a la futura reiteración del hecho delictivo por el autor, la duda de constitucionalidad formulada por el órgano judicial tampoco podría ser acogida porque resulta patente que la prohibición de aproximación, con la consiguiente separación física entre el autor y la víctima, puede contribuir razonablemente a la realización de ese fin.

Lo anterior conduce a desestimar la alegación relativa a la falta de idoneidad de la norma cuestionada, así como, por tanto, la de su supuesta arbitrariedad. Según hemos afirmado reiteradamente, “al enjuiciar un precepto legal al que se tacha de arbitrario, nuestro examen ha de centrarse en determinar si dicho precepto establece una discriminación, pues la discriminación entraña siempre una arbitrariedad, o bien si, aun no estableciéndola, carece de toda explicación racional, lo que también evidentemente supondría una arbitrariedad” (STC 128/2009, de 1 de junio, FJ 3, entre otras muchas). En este caso, el órgano promotor de la cuestión no alega discriminación alguna generada por la norma, sino únicamente la inexistencia de una explicación racional que la justifique, cuyo origen se encontraría en la supuesta falta de adecuación de la medida en punto a la protección de la víctima, de tal manera que, una vez descartada ésta última, procede hacer lo propio con la supuesta arbitrariedad del art. 57.2 CP.

Cuestión distinta es que, en atención a los concretos términos en los que la prohibición ha sido configurada por el legislador, el órgano judicial considere que el art. 57.2 CP genera un sacrificio excesivo de libertad, pero ello no conduciría a la inadecuación o a la arbitrariedad de la medida sino, en su caso, a que ésta tuviera que reputarse innecesaria o desproporcionada.

14. Una vez comprobada la adecuación de la medida corresponde, por tanto, verificar la satisfacción del principio de necesidad. Según hemos afirmado reiteradamente, desde “la perspectiva constitucional sólo cabrá calificar la norma penal o la sanción penal como innecesarias cuando, «a la luz del razonamiento lógico, de datos empíricos no controvertidos y del conjunto de sanciones que el mismo legislador ha estimado necesarias para alcanzar fines de protección análogos, resulta evidente la manifiesta suficiencia de un medio alternativo menos restrictivo de derechos para la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador» (STC 55/1996, fundamento jurídico 8º)” (STC

136/1999, de 20 de julio, FJ 23). De ahí que con carácter general no baste para justificar la inconstitucionalidad de la norma penal en virtud del principio de necesidad con proponer diversas medidas alternativas a la que se deriva de la disposición impugnada. En efecto, “el juicio de necesidad que compete a este Tribunal es mucho más complejo y matizado. Como hemos dicho en otras ocasiones, el control del Tribunal Constitucional sobre «la existencia o no de medidas alternativas menos gravosas pero de la misma eficacia [...] tiene un alcance y una intensidad muy limitadas, so pena de arrogarse un papel de legislador imaginario que no le corresponde y de verse abocado a realizar las correspondientes consideraciones políticas, económicas y de oportunidad que le son institucionalmente ajenas y para las que no está constitucionalmente concebido»; por ello, esta tacha de desproporción solamente será aplicable cuando «las medidas alternativas [sean] palmariamente de menor intensidad coactiva y de una funcionalidad manifiestamente similar a la que se critique por desproporcionada» (STC 161/1997, fundamento jurídico 11)” (STC 136/1999, de 20 de julio, FJ 28).

En el Auto de planteamiento de la cuestión se aduce que la pena prevista por el art. 57.2 CP es “[d]oblemente innecesaria”: lo sería, de un lado, porque “todos los fines y funciones de la pena, los de prevención general, positiva y negativa, los de prevención especial y los de retribución son los que justifican la imposición de las penas principales previstas para cada uno de los distintos delitos, por lo que la imposición de la pena accesoria es a tales efectos innecesaria”; y también lo sería, de otro, porque “el apartado primero del art. 57 permite a los Tribunales aplicar la pena de alejamiento siempre que considere (sic) su conveniencia para proteger a la víctima, incluso, contra su propia opinión, cuando la gravedad del hecho y el pronóstico de reincidencia así lo aconseje”.

Así las cosas, la medida alternativa propuesta en el Auto al examinar la necesidad de la contemplada en el art. 57.2 CP es su pura y simple inexistencia: el régimen de sanciones que se derivaría de la desaparición del precepto impugnado quedaría integrado por las penas principales previstas para los delitos contemplados en el art. 57.1 CP en las normas que regulan cada tipo penal y por la pena accesoria de alejamiento de imposición facultativa prevista en el art. 57.1 CP. En el Auto de planteamiento cada una de estas dos respuestas sancionadoras –parece que, incluso, aisladamente consideradas– se reputa capaz de justificar el carácter innecesario del art. 57.2 CP.

15. No se puede dudar de que la alternativa propuesta entraña una menor intensidad coactiva que la opción acogida por el legislador puesto que, como es obvio, el régimen sancionador descrito es menos restrictivo para los principios y derechos afectados por la pena de alejamiento que el que se deriva del art. 57.2 CP. En efecto, frente a la imposición preceptiva de la pena principal y de la pena accesoria de prohibición de aproximación, en ausencia del precepto cuestionado la misma conducta merecería la imposición de la pena principal en todo caso, pero la accesoria de alejamiento sólo se impondría facultativamente si, a juicio del órgano judicial, fuera necesario en el caso concreto atendiendo a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente.

Sin embargo, según se ha adelantado, ello no es suficiente para concluir la inconstitucionalidad de la medida, puesto que, junto a la intensidad de la restricción, el control de necesidad requiere interrogarse, en segundo lugar, acerca del grado de eficacia de la medida alternativa en punto a la satisfacción del fin perseguido por la disposición impugnada, que debe ser al menos semejante al que se deriva de ésta última. Solo en tal caso la adopción de la medida menos restrictiva vendría constitucionalmente exigida por los principios constitucionales que resultan afectados. Pues bien, al tratarse en este caso de una norma que contempla la imposición preceptiva de una sanción accesoria y venir integrada la medida alternativa por su simple desaparición, la fundamentación desarrollada con anterioridad en relación con la adecuación o idoneidad de la medida impugnada permite llegar al tiempo a la conclusión de que el régimen sancionador que se derivaría de la inexistencia del art. 57.2 CP no sería en ningún caso igualmente eficaz para la satisfacción de la finalidad perseguida que el contemplado por la disposición impugnada, puesto que con aquella medida alternativa simplemente desaparecería, sin resultar compensado por otras vías, el incremento de eficacia que se cifra en la contribución positiva de la imposición obligatoria de la pena de alejamiento a la tutela de los bienes jurídicos protegidos por los tipos penales contemplados en el art. 57.1 CP mediante la función de prevención de futuras lesiones. Por lo demás, al alegar que “todos los fines y funciones de la pena [...] son los que justifican la imposición de las penas principales previstas para cada uno de los distintos delitos”, la Sala olvida que el juicio de necesidad requiere comprobar el grado en el que cada una de las diversas medidas contribuyen a la consecución de esos fines y funciones.

En definitiva, por más que la medida alternativa planteada en el Auto de cuestionamiento genere efectivamente una menor restricción de los principios y derechos

constitucionales afectados como consecuencia de la norma penal impugnada, no puede considerarse razonablemente que despliegue un grado semejante de consecución del fin perseguido, razón por la cual ha de concluirse que la imposición preceptiva de la pena de alejamiento contemplada en el art. 57.2 CE satisface las exigencias del principio de necesidad.

16. Más problemas plantea, sin duda, el cumplimiento del principio de proporcionalidad en sentido estricto, cuya comprobación exige, de acuerdo con nuestra doctrina, valorar recíprocamente el alcance de la restricción de los principios y derechos constitucionales que resultan afectados por la norma penal, de un lado, y el grado de satisfacción de los fines perseguidos con ella por el legislador, de otro. Y ello en el bien entendido de que no cualquier desproporción o falta de equilibrio habrá de ser, desde la perspectiva que nos ocupa, constitucionalmente relevante, sino que sólo lo será aquélla en la que el exceso resulte verdaderamente manifiesto o evidente. Sólo en tal caso producirá la norma un “patente derroche inútil de coacción” (STC 136/1999, de 20 de julio, FJ 23, entre otras) y resultará la declaración de su inconstitucionalidad por nuestra parte respetuosa con el margen de libre configuración política que corresponde al legislador democrático.

A juicio de la Sala promotora de esta cuestión de inconstitucionalidad, la “imposición de la pena de alejamiento «en todo caso», impide la formulación de un imprescindible juicio individualizado de proporcionalidad que corresponde al juez”. En el Auto se recuerda que en nuestra STC 136/1999, de 20 de julio, afirmamos que el “coste inevitable en lo que a la determinación de la conducta típica se refiere, sin embargo, sólo resulta constitucionalmente admisible en la medida en que la mencionada apertura del tipo se vea acompañada de la consiguiente ampliación, por así decir, del marco punitivo, que haga a su vez posible la puesta a disposición del Juez de los resortes legales necesarios a la hora de determinar y adecuar la pena correspondiente en concreto a cada forma de manifestación de estas conductas de colaboración con los grupos terroristas. De otro modo, y tal como pone también de manifiesto la legislación comparada, el aplicador del derecho se situaría ante la disyuntiva ya sea de incurrir en evidente desproporción, ya sea de dejar impunes conductas particularmente reprochables” (FJ 30). La Sala concluye su argumentación acerca de la desproporción en la que incurriría el precepto cuestionado afirmando que la “imposición forzosa del alejamiento impide al Juez su función básica de determinar y adecuar la pena a las condiciones del hecho castigado y a la efectiva protección a la víctima”.

Tal y como ocurre, en general, con las normas penales, el art. 57.2 CP genera unos efectos de intensidad considerable sobre los principios y derechos a los que antes se ha hecho referencia, que tienen su origen, particularmente, en la doble circunstancia consistente en que el precepto ordena la imposición de la pena controvertida en todo caso y en que ésta se contempla en relación con un conjunto tan numeroso como heterogéneo de tipos penales. Sin embargo, de la comparación de la entidad de esos efectos con el grado de satisfacción de los fines que con él persigue el legislador penal no resulta un exceso o desequilibrio como el requerido para constatar su estricta desproporción; y menos aún cabe afirmar que este exceso sea una falta de proporcionalidad “evidente” o “manifiesta”, de tal manera que debiéramos declarar la inconstitucionalidad del precepto cuestionado.

Esta conclusión que avanzamos es el resultado de los razonamientos que siguen.

17. En primer lugar, no es, sencillamente, cierto que la imposición forzosa del alejamiento impida al órgano judicial atender a las circunstancias del caso para graduar la intensidad de la respuesta penal. El art. 57.2 CP interpretado en relación con los arts. 57.1 y 48.2 CP define, en los términos empleados por nuestra doctrina, un amplio marco punitivo que pone “a disposición del Juez de los resortes legales necesarios a la hora de determinar y adecuar la pena correspondiente en concreto a cada forma de manifestación de estas conductas”.

Por una parte, aunque el art. 57.2 CP ordena la imposición de la pena “en todo caso”, la duración de la prohibición puede ser concretada por el órgano judicial a partir de un intervalo temporal ciertamente extenso: en principio, “el juez o tribunal acordará la pena accesoria por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave o de cinco si fuera menos grave”; no obstante, al establecer esta regla “sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo segundo del apartado anterior”, el límite inferior del margen temporal queda corregido en función de lo previsto en esta última disposición: “si el condenado lo fuera a pena de prisión y el juez o tribunal acordara la imposición de una o varias de dichas prohibiciones, lo hará por un tiempo superior entre uno y 10 años al de la duración de la pena de prisión impuesta en la sentencia, si el delito fuera grave, y entre uno y cinco años, si fuera menos grave”. Todo ello conduce a que el órgano judicial disponga de un marco punitivo considerablemente extenso.

Por otra parte, en el caso de que la pena principal no fuera de prisión la duración de la pena accesoria tiene un límite máximo de diez años si el delito fuera grave o de cinco si fuera menos grave, y un límite mínimo de un mes en ambos casos, de conformidad con lo establecido en el art. 40.3 CP en relación con el art. 33.6 CP, lo que abre amplias posibilidades al juez o tribunal, a la hora de determinar la pena, para adecuar su concreta duración a las circunstancias y necesidades del caso.

Tanto en uno como en otro supuesto dispone, pues, el órgano judicial de un amplio margen de arbitrio respecto de la fijación de la duración de la pena accesoria. Además, la regla especial incorporada en el art. 57.2 CP –la imposición, en todo caso, de esta pena accesoria en los supuestos contemplados en tal precepto– no excluye que el ejercicio de ese margen de arbitrio pueda realizarse atendiendo a las circunstancias consignadas en el art. 57.1 CP: la gravedad de los hechos y el peligro que el delincuente represente, elemento éste último en cuya valoración adquiere un papel relevante la percepción subjetiva que de ese peligro tenga la víctima, así como cuáles sean sus intenciones en relación con el mantenimiento o reanudación de la convivencia con el agresor y la reconciliación con el mismo.

18. En segundo lugar, la disposición impugnada ha de ser puesta en conexión con otros preceptos penales en relación con los cuales se interpreta y aplica, que contribuyen a flexibilizar aún más los términos en los que el legislador ha configurado normativamente la posibilidad de que el órgano judicial acomode la intensidad de la respuesta sancionadora a las características del caso concreto.

De un lado, en un caso como el del proceso que ha dado lugar a la promoción de esta cuestión de inconstitucionalidad, a lo anterior se añade que el órgano judicial, en el momento de aplicación de la pena, puede tomar adicionalmente en consideración el art. 153.4 CP, introducido por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral de la violencia de género, que entró en vigor el día 30 de junio de 2005, con anterioridad, por tanto, del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad. El citado precepto dispone que el “Juez o Tribunal, razonándolo en la Sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho, podrán poner la pena inferior en grado”. Este precepto, al igual que las disposiciones semejantes previstas para los delitos de amenazas (art. 171.6 CP) y coacciones (art. 172.2 *in fine* CP), debe ser puesto en relación con el art. 57.2 CP y, a su vez, con los arts. 70.2 y 71 CP, y

afectaría también a la pena que ahora nos ocupa, que en función de tales circunstancias podría ver aún más reducido su límite mínimo en tanto disminuiría el de la pena principal, lo que amplía aún más las posibilidades de ajustar la pena a las circunstancias concretas concurrentes en el caso.

De otro lado, también en el momento de aplicación de la pena podrá el juez tomar en cuenta, como es obvio, las circunstancias atenuantes concurrentes en el caso, incluso las de análoga significación, que permitirán, haciendo el uso procedente de las reglas de aplicación de las penas (arts. 66 y ss y, en particular, art. 71 CP), adecuar la pena de alejamiento a las circunstancias concurrentes en el caso y, entre ellas, a las necesidades específicas de protección que tenga la víctima, lo que posibilitará cumplir los plurales fines de las penas que el legislador asigna a cada tipo delictivo, al mismo tiempo que se adecuan las finalidades precautorias-asegurativas a las necesidades realmente existentes en cada caso concreto.

En definitiva, el art. 57.2 CP configura un régimen de sanciones lo suficientemente flexible como para que el juez o tribunal pueda graduar la intensidad de la respuesta sancionadora a la luz de las circunstancias del caso. La disposición cuestionada otorga al órgano judicial un margen de arbitrio que le permite valorar en el caso concreto las exigencias que se derivan de los fines a los que sirve la norma penal y de los principios y derechos que resultan afectados por ella. Un margen de arbitrio que, obvio es decirlo, no resulta incompatible con el carácter preceptivo de la pena de que se trate, ya sea ésta la accesoria contemplada en este precepto o la principal establecida en otras disposiciones penales. Al igual que ocurre, en efecto, con otras penas cuya imposición está contemplada con carácter preceptivo por el legislador penal, podría aquí decirse que, mientras que la norma penal permite al órgano judicial realizar una ponderación en el caso concreto respecto del *quantum* de la pena, la ponderación entre los principios constitucionales afectados en lo que respecta al *an* de la sanción habría sido ya realizada por el legislador penal. Y es que lo que demanda el órgano judicial no es una mayor flexibilidad en el marco punitivo diseñado por el art. 57.2 CP, sino la pura y simple supresión del régimen de sanciones que se deriva del precepto impugnado.

19. Todavía en este orden de cosas, en el Auto de planteamiento sostiene la Sala que a la presente cuestión de inconstitucionalidad resulta de aplicación la doctrina vertida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su Sentencia de 28 de septiembre de 2004, *caso*

Sabou y Picarlab c. Rumania, en la que se declaró contraria al art. 8.1 CEDH una norma rumana en virtud de la cual la imposición de cualquier pena privativa de libertad habría de llevar aparejada como pena accesoria la suspensión automática de la patria potestad durante el periodo que durase la reclusión. Después de constatar que “la privación de la patria potestad del [...] demandante constituye una injerencia en su derecho al respeto de su vida familiar”, el Tribunal constata que en el Derecho rumano “la prohibición de ejercer la patria potestad se aplica automáticamente y de manera absoluta en concepto de pena accesoria a toda persona que cumple una pena de prisión, sin ningún control por parte de los tribunales y sin que se tengan en cuenta el tipo de infracción y el interés de los menores. Por tanto, constituye más bien una reprobación moral cuya finalidad es el castigo del condenado y no una medida de protección del niño”. En el caso de autos, en particular, observa la Sentencia que “la infracción por la que se condenó al demandante era totalmente ajena a las cuestiones vinculadas a la patria potestad y que en ningún momento se alegó una falta de cuidados o unos malos tratos por su parte hacia sus hijos” (§ 48). Teniendo en cuenta estas circunstancias, el Tribunal concluye que “no se ha demostrado que la privación en términos absolutos y por efecto de la Ley de la patria potestad del primer demandante respondiera a una exigencia primordial que afectara a los intereses de los niños y, en consecuencia, que persiguiese un fin legítimo, a saber la protección de la salud, de la moral o de la educación de los menores. En consecuencia, ha habido violación del artículo 8 del Convenio” (§ 49).

La doctrina expuesta no resulta de aplicación en este proceso constitucional. Dejando a un lado la circunstancia, ya advertida, de que, conforme a nuestra doctrina, del derecho a la “intimidad familiar” (art. 18.1 CE) no se deriva la existencia de un derecho a la “vida familiar”, es suficiente a este respecto con resaltar las diferencias que median entre el art. 57.2 CP y la norma penal rumana sobre la que se pronuncia la STDEH de 28 de septiembre de 2004. Mientras que esta última contemplaba la imposición como pena accesoria de la privación de la patria potestad a partir del momento en el que se iniciara la ejecución de una pena de prisión y durante todo el periodo durante el que el autor permaneciera recluso, con independencia, pues, de cuál fuera la infracción penal cometida, así como de si los hijos resultaron o no ofendidos por ella, el alcance del art. 48.2 CP, al que se remite el art. 57.2 CP, y, por tanto, la intensidad de la restricción sobre los principios y derechos constitucionales que se deriva de éste último, son mucho más limitados. En efecto, el art. 57.2 CP dispone que la prohibición de aproximación se acordará en todo caso, pero esa prohibición puede tener efectos diversos sobre los hijos menores del autor.

Por un lado, si los hijos menores fueron los ofendidos, entonces la prohibición de aproximación se impondrá respecto de ellos y de los lugares a los que se refiere el art. 48.2 CP, y llevará aparejada, según dispone ese precepto, la suspensión “del régimen de visitas, comunicación y estancia que, en su caso, se hubiere reconocido en sentencia civil hasta el total cumplimiento de esta pena”. En este supuesto la pena se impone, efectivamente, “en todo caso”, pero, a diferencia del asunto resuelto por la STDEH de 28 de septiembre de 2004, la infracción por la cual se habría condenado al progenitor no sería “totalmente ajena a las cuestiones vinculadas a la patria potestad”, sino que habría tenido a los hijos, precisamente, como víctimas de uno de los delitos a los que se refiere el art. 57.1 CP (homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, etc.).

Por otro lado, si el sujeto ofendido no fuera un hijo menor del autor del delito, la suspensión del régimen de visitas no se producirá en modo alguno de forma automática, sino sólo, de conformidad con el tenor del art. 48.2 CP, si el juez o tribunal acordara extender a éste la prohibición de aproximación impuesta en relación con quien sí lo fuera –por ejemplo, el otro cónyuge titular de la custodia–, y en los términos en los que el órgano judicial así lo hiciera. El tenor literal del precepto es claro en cuanto a que la decisión corresponde al órgano judicial: “[l]a prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal” [...].

En conclusión, lejos de sustentar la alegada falta de proporcionalidad de la regulación de la suspensión del régimen de visitas que se deriva del art. 57.2 en relación con el art. 48.2 CP, su comparación con el asunto resuelto por la STDEH de 28 de septiembre de 2004, *caso Sabou y Picarlab c. Rumania*, subraya las diferencias que median entre ambos, poniendo de manifiesto, en particular, el margen otorgado al juez o tribunal y, por tanto, la menor intensidad de los efectos que se derivan del régimen al que se refiere la presente cuestión de inconstitucionalidad.

20. En cuarto lugar, es de advertir que la disposición cuestionada contempla la imposición de la pena de alejamiento en relación con un conjunto numeroso y diverso de delitos, que alcanza desde los que protegen bienes jurídicos tan íntimamente vinculados al núcleo de la dignidad humana como la vida, la integridad física y moral o la libertad, hasta los delitos contra el patrimonio o contra el orden socioeconómico. Sin embargo, el alcance de la

restricción de los principios y derechos afectados que de esta circunstancia se deriva ha de ser relativizado como consecuencia del art. 268 CP, que atempera en gran medida el rigor punitivo del precepto impugnado al establecer una exención de responsabilidad criminal en relación con los delitos contra la propiedad y el orden socioeconómico, siempre que no concurra violencia o intimidación, cometidos entre los cónyuges que no estuvieren separados legalmente o de hecho o en proceso judicial de separación, divorcio o nulidad de su matrimonio y los ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza o por adopción, así como los afines en primer grado si viviesen juntos.

21. Si las consideraciones anteriores contribuyen a apreciar en sus justos términos el grado en que la norma penal cuestionada afecta negativamente a los principios y derechos sobre los que interviene, procede destacar ahora que el grado en que esa norma satisface las exigencias que se derivan de los principios constitucionales cuya protección constituye la finalidad de la medida que contiene resulta particularmente intenso. Y ello es así por dos motivos. De una parte, no puede dejar de resaltarse la extraordinaria relevancia constitucional de los bienes jurídicos que el legislador pretende proteger mediante la conminación penal que se deriva del art. 57.2 CP, que remiten a posiciones jurídicas específicamente protegidas por disposiciones constitucionales expresas (art. 15 CE, art. 17 CE, art. 18 CE, etc.). De otra parte, mediante este precepto el legislador pretende proteger esas posiciones jurídicas fundamentales frente a agresiones que razonablemente le merecen un especial desvalor, tanto porque, en la mayor parte de los supuestos contemplados en su presupuesto de hecho, se caracterizan por ser agresiones violentas, como por materializarse en el seno de relaciones afectivas, de convivencia o de tipo familiar o cuasifamiliar.

La particular relevancia de los bienes jurídico-constitucionales aludidos, así como la circunstancia de que las agresiones descritas por el art. 57.2 CP, en virtud del modo y el contexto en el que se producen, se hagan acreedoras de un mayor desvalor para el legislador penal determina que sea así mismo mayor la contribución de la medida que este precepto contiene a la protección de los fines que con ella se persiguen. De igual modo, estos dos factores permiten concluir que la especial intensidad de la restricción de los principios y derechos que resultan afectados negativamente por dicha medida se corresponde con el alcance, así mismo considerable, de las exigencias que se derivan de los principios a los que sirve.

22. Siendo ello así, finalmente, y teniendo en cuenta que el que nos ocupa es un juicio de estricta validez, nuestra decisión ha de ser la de desestimar la presente cuestión, puesto que, desde la posición institucional que le es propia a este Tribunal, para poder apreciar la inconstitucionalidad de las decisiones del legislador que expresan el resultado de juicios de ponderación entre principios constitucionales es preciso que las razones derivadas de aquellos a los que éste haya otorgado menor peso sean de una tal intensidad que resulten capaces de desplazar no sólo a las que se derivan de los principios opuestos, sino también a las exigencias procedentes de los principios de democracia y pluralismo político, especialmente intensas en relación con la formulación normativa de la política criminal. Esas exigencias conducen, según hemos señalado ya, a que sólo quepa declarar la inconstitucionalidad, por su desproporción, de la ley penal cuando el exceso o desequilibrio imputado a la medida que incorpore resulte verdaderamente manifiesto o evidente. En otras palabras, mientras que cualquier desajuste entre las dos variables objeto de recíproca valoración en este estadio de control puede dar lugar a un reproche al legislador desde el punto de vista de la legitimidad externa u oportunidad de la medida adoptada, para que esa desproporción adquiriera relevancia constitucional ha de tratarse de un exceso verdaderamente patente y manifiesto.

No le es dado, en fin, a este Tribunal ir más allá en su labor de enjuiciamiento sin invadir el margen de libre configuración de delitos y penas que corresponde al legislador democrático, tal como ya hemos indicado.

F A L L O

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 siete de octubre de dos mil diez.