

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

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

FALLO

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

Ha decidido

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

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

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

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

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

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

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

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

I. Antecedentes

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

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

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

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

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

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

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

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

tenencia y porte de armas durante tres años, así como al pago de las costas.

g) Interpuesto recurso de apelación por el condenado, fueron remitidas las actuaciones a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Lleida. El Fiscal interesó que se desestimara el recurso interpuesto y, en consecuencia, que se confirmase la Sentencia, e hizo constar lo siguiente: «Otro sí, se detecta en la Sentencia un error material, consistente en la no imposición de pena de alejamiento, que imperativamente debe ser impuesta al condenado por delito de violencia doméstica».

h) La Sección Primera de la Audiencia Provincial dictó providencia el 12 de abril de 2006 del siguiente tenor: «Dada cuenta; tras la oportuna deliberación, este Tribunal se plantea de oficio la posibilidad de promover la cuestión de inconstitucionalidad del art. 57.2 CP, por posible vulneración de los arts. 1.1 y 10.1 CE, en desarrollo de la personalidad (art. 10 CE), y a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE), así como los arts. 24.1 y 25.1 CE, por lo que en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 35.2 L.O. 2/79 del Tribunal Constitucional, se acuerda oír 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.»

i) La representación procesal del acusado presentó escrito de alegaciones el 20 de abril de 2006, interesando que se elevara cuestión de inconstitucionalidad. Por el Fiscal se formularon alegaciones con fecha 11 de mayo de 2006 manifestando que, de acuerdo con el principio de jerarquía que inspira al Ministerio Fiscal, debía oponerse al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad.

j) Finalmente, la cuestión de inconstitucionalidad fue promovida mediante Auto de 25 de mayo de 2006, por posible vulneración de los arts. 1.1, 10, 18.1, 24.1 y 25.1 CE.

3. La fundamentación jurídica del Auto de planteamiento de la cuestión se inicia con la afirmación de que el Ministerio Fiscal, si bien no ha recurrido en apelación, en el trámite de traslado del recurso ha puesto de manifiesto que «se detecta en la sentencia un error material, consistente en la no imposición de pena de alejamiento, que imperativamente debe ser impuesta al condenado por delito de violencia doméstica». Así las cosas, la estricta observancia del principio de legalidad conduciría a la Sala a la aplicación del art. 57.2 CP, con la consiguiente imposición de una pena de alejamiento al condenado, sin que ello suponga violación alguna de la prohibición de la *reformatio in peius* en la segunda instancia, dado que aún siendo cierto que está vedada para el Tribunal de apelación la reforma peyorativa de la situación jurídica creada en la primera instancia que no sea consecuencia de una pretensión impugnatoria frente a la cual el perjudicado tenga ocasión de defenderse, no es menos cierto que dicha limitación no opera cuando el perjuicio sea la consecuencia de la aplicación de normas de orden público, aplicación que resulta obligada para el órgano judicial.

Precisamente, esa aplicación imperativa de la pena de prohibición de aproximación a la víctima es lo que genera a la Sala dudas de la constitucionalidad del art. 57.2 CP en el presente supuesto, toda vez que la víctima, que en pleno uso de su libertad personal decide reconciliarse y volver a convivir con el acusado, encuentra mediatizado ese derecho por aplicación del precepto mencionado, que no le permite volver a encauzar su relación sentimental, viéndose obligada, por imperativo legal, a algo contrario a sus deseos, como es la ruptura de la relación o, cuando menos, su interrupción temporal, mientras esté vigente la prohibición de aproximación. Ni la pena de privación de libertad más grave, cual es la prisión, conduciría a un resultado semejante, puesto que permitiría, en cualquier caso, a la perjudicada hacer uso, si quisiera, de su derecho a visitar al condenado en el centro penitenciario, en la forma establecida por las leyes. Así las cosas, la Sala

entiende que el carácter preceptivo del que se ha dotado a este tipo de penas, en la redacción actual del art. 57.2 CP, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 13/2003, de 25 de noviembre, afecta a los preceptos constitucionales referidos seguidamente.

En primer lugar, afecta al art. 1.1 CE, en su concreta referencia a la libertad como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico del Estado Social y democrático del Derecho, y ello en conexión con la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad contemplados en el art. 10.1 CE como «fundamento del orden político y la paz social». Dichos preceptos se hallan en íntima relación con la Declaración universal de los derechos humanos de 10 de diciembre de 1948, dado que el art. 10.2 CE establece que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con dicha Declaración universal y con los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España. Partiendo de ello, la Sala recuerda que el art. 12 de la Declaración universal de derechos humanos establece que «nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada y en su vida familiar, teniendo derecho a que la ley le proteja contra tales injerencias o ataques».

A continuación indica la Sala que también detecta una posible injerencia en el derecho a la intimidad personal y familiar reconocido en el art. 18.1 CE. El derecho a la intimidad puede ser calificado como aquél que implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario –según las pautas de nuestra cultura– para mantener una calidad mínima de vida humana. Y el art. 57.2 CP, en cuanto impone de forma preceptiva el alejamiento entre el condenado y la víctima, puede llegar a impedir, como ocurre en el supuesto sometido al conocimiento de la Sala, el libre ejercicio de la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida, personal y familiar, suponiendo su aplicación ir más allá de lo deseado por la persona perjudicada por el delito, obstaculizando el libre desarrollo de su personalidad y su libertad para el mantenimiento de una relación afectiva por la que ha optado para desarrollar aspectos de su personalidad, lo que finalmente acaba afectando a su dignidad como persona.

4. Mediante providencia de 26 de septiembre de 2006 la Sección Primera de este Tribunal acordó admitir a trámite la cuestión, así como dar traslado de las actuaciones recibidas, de conformidad con el art. 37.2 LOTC, al Congreso de los Diputados y al Senado por conducto de sus Presidentes; al Gobierno, por conducto del Ministerio de Justicia, y al Fiscal General del Estado, al objeto de que en el plazo de quince días pudiesen personarse en el proceso y formular las alegaciones que estimaran convenientes. Por último, se acordó publicar la admisión de la cuestión en el «Boletín Oficial del Estado», efectuándose en el núm. 241, de 9 de octubre de 2006.

5. Con fecha 6 de octubre de 2006 se presentó en este Tribunal escrito del Presidente del Congreso de los Diputados comunicando el Acuerdo de la Mesa de la Cámara por el cual no se personaba ni formulaba alegaciones en el presente proceso constitucional, poniendo a disposición del Tribunal Constitucional las actuaciones que pudiera precisar. Mediante escrito registrado el 11 de octubre de 2006, el Presidente del Senado comunicó que la Mesa de la Cámara había acordado personarse en el presente proceso constitucional y dar por ofrecida su colaboración a los efectos del art. 88.1 LOTC.

6. Por escrito registrado el 8 de octubre de 2006, el Abogado del Estado se personó en nombre del Gobierno en el presente proceso constitucional, y formuló las alegaciones que seguidamente se resumen:

Empieza el escrito indicando que surge cierta duda en este caso sobre la concurrencia del requisito de la relevancia, no tanto porque el precepto que se cuestiona sea ajeno al fondo del asunto, cuanto por la eventualidad de que la prohibición de la *reformatio in peius* constituya, frente a lo que piensa la Sala proponente, un impedimento de su aplicación práctica, condicionando la relevancia de la cuestión. No obstante, el Abogado del Estado no cuestiona esa relevancia, puesto que la jurisprudencia de este Tribunal ha excepcionado la prohibición constitucional de la reforma peyorativa en los casos en que el «daño derive de la aplicación de normas de orden público». En el presente caso, la norma cuestionada –omitida en su aplicación en instancia-participa de tal carácter, según el Abogado del Estado, no sólo por su naturaleza, sino por la reconocida exigencia de su aplicación, revelada por las continuas reformas que con urgencia se ha visto el legislador obligado a emprender ante el creciente número de esta clase de delitos.

Seguidamente, el Abogado del Estado examina la incidencia que parece sugerir el Auto de planteamiento de determinados preceptos constitucionales sobre el precepto cuestionado en razón a la obligatoriedad de la pena llamada de alejamiento, o más exactamente de su carácter de norma «de orden público», indisponible para los Jueces y Tribunales. La libertad personal y sus manifestaciones más importantes quedarían comprometidas por la imposición de esa pena. Sin embargo –alega el Abogado del Estado– de ello no parece deducirse ninguna consecuencia específica de inconstitucionalidad: realmente las penas de imposición potestativa son excepcionales en el marco de la legislación penal y, sobre todo, las objeciones de fondo aducidas contra el precepto cuestionado son independientes del grado de vinculación del Juzgador a la hora de su imposición. Toda pena es siempre limitativa de una libertad que se tendría de no existir tal pena. La aflicción consiste en eso y parece innecesario insistir en esta especie de argumentación tautológica. La expresión de penas privativas de libertad se ha acuñado por el uso para designar ciertos tipos de penas, pero en rigor, no será fácil encontrar alguna que no pueda reconducirse a una restricción más o menos intensa de la libertad personal.

A continuación alega el Abogado del Estado que los dos preceptos constitucionales invocados en último lugar en el fundamento jurídico único del Auto (arts. 24.1 y 25.1 CE) se reputan infringidos por entender que la aplicación de la pena de alejamiento restringe la libertad de las víctimas que no deseen su imposición al culpable. Supone el órgano judicial proponente que la imposición de esa pena en esos casos no sólo entrañaría una prohibición al culpable de acercarse a la víctima, sino que recíprocamente impondría a ésta la prohibición de acercarse al culpable. Sin embargo, el Abogado del Estado considera que la presentación que hace el Auto de la persona agredida como víctima no sólo de la agresión punible, sino también como víctima de la pena de alejamiento impuesta al culpable, descansa en la premisa de que la pena de alejamiento tiene como objetivo la tutela de un interés puramente personal de la víctima y esto es lo que lleva –incorrectamente– a situar la pena en el ámbito del poder dispositivo de la víctima. Con objeto de evitar que la agredida se vea mortificada por la pena impuesta al agresor se pretende eliminar la pena misma por la sola voluntad o deseo de aquélla. La oposición de la víctima como mecanismo excluyente de la pena colocaría a este tipo de infracciones penales en un lugar próximo a los delitos llamados privados, perseguibles sólo a instancia de parte; seguirían siendo perseguibles de oficio, pero la víctima tendría una especie de derecho de veto para la imposición de las penas. Tal posibilidad habría de basarse en una apreciación específica que el Abogado del Estado no ha visto considerada en el Auto: que el delito agotara sus efectos en la persona directamente ofendida, sin trascen-

dencia razonable alguna a la sociedad. Pero en el caso que ahora se analiza la víctima del delito no es sólo la persona agredida por haber sido golpeada y maltratada por el condenado. Sin dejar de serlo de manera directa y principal, no es la víctima exclusiva de su comisión; lo es –intensamente– toda la comunidad, aspecto éste que, al no ser considerado por el Auto, le ha llevado a sugerir improcedentemente la asimilación del delito a los perseguibles a instancia de parte. En realidad, la libertad de los agredidos por el delito no se ve afectada por sanción alguna, sin que sea relevante a los efectos de la presente cuestión examinar si la medida de alejamiento comporta implícitamente deberes a su cargo, puesto que la conducta de las víctimas no es objeto de enjuiciamiento.

Las objeciones que seguidamente se hacen en el Auto al precepto cuestionado desde la perspectiva del art. 25.1 CE parten de esa previa configuración ideal de este tipo de delitos como perseguibles a instancia de parte, con la consecuencia implícita de que si no se ejercita la acción penal la imposición de la pena de alejamiento revierte, por así decirlo, sobre la agredida que desea reanudar su relación con el agresor. De ahí también el reproche de falta de razonabilidad que se asigna a esa pena, que según el Auto puede desembocar en la interrupción no deseada de la relación de pareja o en el quebrantamiento de la medida con las perniciosas consecuencias penales que reportaría al propio condenado. Las objeciones, como se puede apreciar, son puras estimaciones críticas de la norma cuestionada, basadas a su vez en una percepción de sus fines como conectados a la exclusiva protección de la concreta persona perjudicada y consecuentemente supeditados a los actos dispositivos de la misma.

Se refiere luego el Abogado del Estado a la alegada infracción del art. 18.1 CE en relación con el art. 10.1 CE, ambos como una variante o aplicación argumental de la invocación del derecho de libertad personal. El Auto considera que la aplicación de la pena de alejamiento cuando la víctima no lo desea supone desconocer el derecho de ésta al libre desarrollo de la personalidad que garantiza el art. 10.1 CE, mediante el ejercicio de las opciones vitales que cada ciudadano decida sin interferencias del poder público. El Abogado del Estado reitera aquí la misma consideración antes hecha: la pena de alejamiento no restringe la libertad de las víctimas inmediatas del delito, ni interesa en medida alguna al mandato del art. 10.1 CE, ni a ningún otro precepto. Por su parte, el art. 18.1 CE resultaría lesionado, según el Auto, por afectar la pena de alejamiento a la intimidad familiar, en el sentido que cabe inferir de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que prohíbe la injerencia arbitraria de los poderes públicos en la familia, prohibición que se transgrede si se impone la pena de alejamiento en contra de los deseos de la víctima de mantener la convivencia con el agresor condenada. Para el Abogado del Estado todos estos argumentos del Auto parten de la premisa de que la pena de alejamiento afecta no sólo al autor del delito, sino también a la víctima. Ello permite examinar la cuestión relativa a los efectos que la imposición de una pena puede causar sobre terceros y en especial a la persona agredida por la acción delictiva. El Auto parece rechazar como inconstitucional toda posible incidencia o proyección, por indirecta que sea, de una pena sobre terceras personas distintas del condenado. Tal planteamiento no es, sin embargo, asumible en términos generales, ni guarda relación alguna con el principio indiscutido de la personalidad de las penas. Puede apreciarse que tanto en el delito de violencia doméstica como en otros tipos de delito los padres pueden verse afectados por la suspensión de visitas, lo mismo que pueden verse afectados los hijos comunes en el caso de un delito de parricidio cometido por su padre o madre contra el otro cónyuge: si las penas hubieran de calibrarse en su aplicación por una ponderación de sus consecuencias extraprocesales negativas para terceros tendríamos que excluir hasta las multas, con sólo

ponderar el impacto de su exacción sobre el patrimonio de los acreedores o sobre las expectativas de los herederos del sancionado. De admitirse la tesis del Auto, la sanción habría de ser excluida para el culpable con el fin de evitar sus inevitables perjuicios o efectos negativos sobre los terceros. Toda pena puede ocasionar un efecto sobre terceros, tanto más sensible cuanto más próxima sean su relación o afectos con el culpable y no será difícil en la mayor parte de los casos traer a colación algún principio constitucional (relaciones familiares, libre desarrollo de la personalidad entre ellos) en apoyo de la inaplicación de las penas.

Con fundamento en las alegaciones expuestas el Abogado del Estado interesa la desestimación de la presente cuestión de inconstitucionalidad.

7. Con fecha 23 de octubre de 2006 el Fiscal General del Estado presentó ante el Registro General de este Tribunal sus alegaciones. En las mismas se limita a indicar que la presente cuestión de inconstitucionalidad, aunque dimanante de un proceso penal diferente, es fiel reflejo de las planteadas por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Valladolid registradas en ese Tribunal Constitucional con los núms. 3916-2005, 8820-2005 y 6292-2006. En las cuatro coinciden el precepto del Código penal cuestionado (art. 57.2) y los preceptos de la CE a que dicho precepto se opondría, esto es, los arts. 1.1, 10.1, 18.1, 24.1 y 25.1 CE. La lectura detenida de los argumentos empleados en aquellos Autos de planteamiento y en los aquí desplegados lleva al Fiscal General del Estado a constatar que se trata de la misma fundamentación, por lo que entiende que son válidos los argumentos que allí se expusieron sobre la presunta inconstitucionalidad de la norma, razón por la que se limita a remitirse a las alegaciones y peticiones formuladas por el Fiscal General del Estado en las cuestiones tramitadas bajo los núms. 3916-2005, 8820-2005 y 6292-2006, en las que interesó la inadmisión de la cuestión, por incumplimiento del requisito referido al juicio de relevancia, y, subsidiariamente, la desestimación de la cuestión.

En relación con la carencia de juicio de relevancia alega el Fiscal General del Estado que el planteamiento de la cuestión no deviene necesario para la resolución del recurso de apelación. Efectivamente, aunque la Sentencia de instancia no impuso la pena de alejamiento, la Audiencia Provincial entiende que la pena es de necesaria imposición, atendido el principio de legalidad que obliga a imponer la pena legalmente prevista, independientemente de que la solicite o no la acusación o de que sea o no oportuna o conveniente para la víctima. Ahora bien, la imposición en apelación de la pena de alejamiento podría dar lugar, en este caso concreto, a la vulneración de la prohibición de *reformatio in peius*, y por tanto a la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) del recurrente, que vería agravada su situación como consecuencia de la interposición de su recurso, ya que el Ministerio Fiscal no recurrió la Sentencia de instancia.

La conclusión que se obtiene de lo anterior es la de que el fallo que se pudiera dictar en apelación no está vinculado a la aplicación de la norma cuestionada (art. 57.2 CP), toda vez que la pena de alejamiento, de obligatoria imposición por el órgano judicial según el precepto cuestionado, no operaría en este caso concreto, ni podría, por tanto, aplicarse sin vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva del condenado, que de esta forma vería agravada su situación por la interposición de un recurso que, obviamente, pretende su absolución y no la imposición de una pena añadida. Desde esta perspectiva el planteamiento de la cuestión –continúa sosteniendo el Fiscal General del Estado– carecería de relevancia y no se cumpliría el requisito del art. 35.2 LOTC, puesto que la decisión del proceso no dependería de la constitucionalidad de la norma.

Subsidiariamente el Fiscal General del Estado solicita la desestimación de la cuestión de inconstitucionalidad, al

considerar que la imposición obligatoria de la pena de alejamiento prevista en el art. 57.2 CP no es contraria a los preceptos constitucionales citados en el Auto de planteamiento de la cuestión.

8. Por providencia de 28 de octubre de 2008 se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 30 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Lleida cuestiona en este proceso la constitucionalidad del art. 57.2 del Código penal (CP), en la redacción dada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por entender que infringe los arts. 1.1, 10, 18.1, 24.1 y 25.1 CE en los casos en que la víctima rechace la imposición de la pena de alejamiento y no quiera cesar la relación de convivencia con el condenado. El Fiscal General del Estado solicita la inadmisión de la presente cuestión o, subsidiariamente, su desestimación. El Abogado del Estado interesa la desestimación de la cuestión.

2. Antes de entrar en el estudio del fondo del asunto debemos examinar la posible concurrencia de vicios de procedibilidad por incumplimiento de los requisitos establecidos en el art. 35 LOTC, en este caso la falta de aplicabilidad al caso concreto de la norma cuestionada, alegada por el Fiscal General del Estado. Este examen es pertinente, según nuestra jurisprudencia, porque la tramitación específica de admisibilidad de la cuestión del art. 37.1 LOTC no tiene carácter preclusivo: cabe apreciar en Sentencia, con efecto inadmisorio, la ausencia de los requisitos, tanto procesales como de fundamentación, requeridos para el válido planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad (por todas, SSTC 17/1981, de 1 de junio, FJ 2; 3/1988, de 21 de enero, FJ 1; 15/1994, de 20 de enero, FJ 2; 130/1999, de 1 de julio, FJ 2; 255/2004, de 22 de diciembre, FJ 4; y 59/2008, de 14 de mayo, FJ 2).

3. Como ha quedado expuesto en los antecedentes, la Sentencia de instancia condenó al acusado, como autor de un delito de violencia doméstica previsto en el art. 153.1, 3 y 4, CP, a las penas de treinta y dos días de trabajos en beneficio de la comunidad y de privación del derecho a la tenencia y porte de armas durante tres años.

Fue el condenado quien interpuso recurso de apelación contra esta Sentencia, interesando su absolución por entender que había existido error en la valoración de la prueba y vulneración de su derecho a la presunción de inocencia. El Ministerio Fiscal no recurrió la Sentencia, si bien en el trámite de traslado del recurso de apelación deducido por el condenado, después de pedir «la confirmación de la Sentencia recurrida», indicó por otrosí que «se detecta en la Sentencia un error material, consistente en la no imposición de pena de alejamiento, que imperativamente debe ser impuesta al condenado por delito de violencia doméstica». El Juzgado, sin más trámite, procedió a remitir la causa a la Audiencia Provincial de Lleida para la resolución del recurso de apelación interpuesto por el condenado.

Así las cosas, la Sección Primera de la Audiencia Provincial argumenta en el Auto en que plantea la cuestión de inconstitucionalidad, para justificar el cumplimiento del requisito del art. 35.2 LOTC, relativo a la formulación del denominado juicio de aplicabilidad y de relevancia, que «la estricta observancia del principio de legalidad conduciría a la Sala a la aplicación del art. 57.2 del Código penal, con la consiguiente imposición de una pena de alejamiento al condenado, sin que ello supusiera violación alguna de la prohibición de la *reformatio in peius* en la segunda instancia, dado que aún siendo cierto que resta vedada para el Tribunal de apelación la reforma de la situación jurídica creada en la primera instancia que no sea consecuencia de una pretensión impugnatoria frente

a la cual el perjudicado tenga ocasión de defenderse, no es menos cierto que dicha limitación no opera cuando el perjuicio sea la consecuencia de la aplicación de normas de orden público, la cual resulta obligada para el juzgador (SSTC 47/1993, 17/1989 y 15/1987, entre otras)».

Por tanto, el órgano judicial proponente de la cuestión fundamenta su juicio de relevancia en la apreciación de que el precepto legal cuestionado, art. 57.2 CP, es de necesaria aplicación al caso, por entender que se trata de una norma de orden público, que vincula imperativamente a los Jueces y Tribunales; esto es, que la pena de alejamiento contemplada en el art. 57.2 CP ha de ser aplicada automáticamente, por imperativo legal, a quien resulte condenado como autor de un delito de violencia doméstica, siendo por ello indiferente que, en el presente caso, tal pena no fuera impuesta en la Sentencia de instancia y que dicha Sentencia sólo haya sido recurrida en apelación por el condenado, solicitando, como es obvio, la plena absolución.

4. Conviene recordar que, según la constante doctrina de este Tribunal sobre la aplicabilidad al caso de la norma cuestionada, es a los Jueces y Tribunales ordinarios que plantean las cuestiones de inconstitucionalidad a quienes, *prima facie*, corresponde comprobar y exteriorizar la existencia del llamado juicio de relevancia –es decir, el esquema argumental del que resulte que el fallo que haya de dictarse en el proceso *a quo* depende de la validez o falta de validez de la norma cuestionada–, de modo que el Tribunal Constitucional no puede invadir ámbitos que, primera y principalmente, corresponden a aquéllos, adentrándose a sustituir o rectificar el criterio de los órganos judiciales proponentes, salvo en los supuestos en que de manera notoria, sin necesidad de examinar el fondo debatido y en aplicación de principios jurídicos básicos se advierta que la argumentación judicial en relación con el juicio de relevancia resulta falta de consistencia, ya que en tales casos sólo mediante la revisión del juicio de relevancia es posible garantizar el control concreto de constitucionalidad que corresponde a la cuestión de inconstitucionalidad en los términos en que ésta es definida por el art. 163 CE (entre otras, SSTC 17/1981, de 1 de junio, FJ 1; 106/1986, de 24 de julio, FJ 1; 76/1990, de 26 de abril, FJ 1; 157/1990, de 18 de octubre, FJ 1; 189/1991, de 3 de octubre, FJ 2; 90/1994, de 17 de marzo, FJ 2; 174/1998, de 23 de julio, FJ 1; 67/2002, de 21 de marzo, FJ 2; 63/2003, de 27 de marzo, FJ 2; 255/2004, de 22 de diciembre, FJ 2; y 100/2006, de 30 de marzo, FJ 2). En suma, la eventual apreciación de la notoria falta de consistencia de la argumentación judicial sobre la aplicabilidad al caso del precepto legal cuestionado y su relevancia para el fallo que haya de dictarse determinará la inadmisibilidad de la cuestión de inconstitucionalidad.

Por tanto, aunque es a los órganos judiciales a quienes corresponde formular el pertinente juicio de aplicabilidad a los hechos enjuiciados, sobre el que este Tribunal únicamente ejerce un «control meramente externo» (STC 51/2004, de 13 de abril, FJ 1), que se concreta en que «no puede ponderar o revisar tal apreciación del propio órgano judicial sobre las normas que en cada caso estime aplicables, a salvo el supuesto, de que el criterio que así se exponga resulte con toda evidencia errado» (STC 188/1988, de 17 de octubre, FJ 3), es lo cierto que existen supuestos, como el que concurre en el presente caso, en los que este Tribunal, en el ejercicio de sus facultades de control externo del juicio de aplicabilidad y de relevancia formulado por los órganos judiciales al plantear la cuestión de inconstitucionalidad, puede declarar su inadmisibilidad por resultar notoriamente inconsistente o equivocada la argumentación judicial sobre la aplicabilidad al caso de la norma cuestionada. Y así, sin ánimo de exhaustividad, cabe señalar que, junto a supuestos en los que para la inadmisión de cuestiones de constitucionalidad hemos apreciado que la inaplicabilidad de la norma cuestionada

al caso concreto derivaba de su falta de vigencia en el momento de los hechos sancionados por la Administración (ATC 357/2004, de 21 de septiembre), hemos apreciado también la inconsistencia del juicio de relevancia exteriorizado por el órgano judicial cuando la inaplicabilidad de la norma legal cuestionada derivaba de que, dadas las circunstancias concretas del proceso *a quo*, la norma no podía ser aplicada al caso sin mermar el respeto a los principios constitucionales que informan el proceso penal, entre los que figura el principio acusatorio reconocido en el art. 24.2 CE (ATC 15/2006, 17 de enero, FJ 3 *in fine*).

5. En el presente caso no puede dejarse de reconocer que el órgano judicial proponente de la cuestión ha exteriorizado suficientemente su juicio de aplicabilidad sobre el precepto legal cuestionado (art. 57.2 CP), aduciendo, como ya quedó indicado, que la imposición de la pena de alejamiento de la víctima en la Sentencia que resuelva el recurso de apelación interpuesto por el condenado, único apelante (recuérdese que el Fiscal solicitó la confirmación de la Sentencia de instancia, aunque alegó que la no imposición de tal pena era un error material de dicha Sentencia), en caso de que dicho recurso fuera desestimado, resulta obligada por razones «de orden público», pues «la estricta observancia del principio de legalidad conduciría a la Sala a la aplicación del art. 57.2 CP», sin que, por ello, concluye la Audiencia Provincial, se contravenga «la prohibición de la *reformatio in peius* en la segunda instancia».

Pues bien, de acuerdo con la reiterada doctrina de este Tribunal a la que antes hemos hecho referencia, el juicio de relevancia sobre el art. 57.2 CP que exterioriza en su Auto la Audiencia Provincial de Lleida resulta notoriamente inconsistente, lo que conduce a la inadmisibilidad de la presente cuestión de inconstitucionalidad, pues este Tribunal no puede dejar de advertir, sin necesidad de un análisis de fondo, que, frente a lo argumentado por el órgano judicial proponente, y atendidas las circunstancias concretas del proceso *a quo*, el precepto legal cuestionado no podría ser aplicado al caso sin mermar el respeto a los principios constitucionales que informan el proceso penal, entre los que figura el principio de prohibición de la *reformatio in peius*, como acertadamente advierte en sus alegaciones el Fiscal General del Estado.

A este respecto, hemos de recordar que desde las primeras resoluciones de este Tribunal hemos afirmado que la interdicción de la *reformatio in peius*, aunque no esté expresamente enunciada en el art. 24 CE, tiene una dimensión constitucional, pues representa un principio procesal que forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva a través del régimen de garantías legales de los recursos, que deriva, en todo caso, de la prohibición constitucional de indefensión (entre otras, SSTC 54/1985, de 18 de abril, FJ 7; 116/1988, de 20 de junio, FJ 2; 56/1999, de 12 de abril, FJ 2; 16/2000, de 31 de enero, FJ 5; 28/2003, de 10 de febrero, FJ 3; 249/2005, de 15 de noviembre, FJ 5). Es, además, una proyección de la congruencia en el segundo o posterior grado jurisdiccional, que impide al órgano judicial *ad quem* exceder los límites en que esté planteado el recurso, acordando una agravación de la sentencia impugnada que tenga origen exclusivo en la propia interposición de éste (STC 17/2000, de 31 de enero, FJ 4), pues, de admitirse que los órganos judiciales pueden modificar de oficio en perjuicio del recurrente la resolución por él impugnada, se introduciría un elemento disuasorio para el ejercicio del derecho a los recursos legalmente establecidos en la ley incompatible con la tutela judicial efectiva que vienen obligados a prestar los órganos judiciales (SSTC 114/2001, de 7 de mayo, FJ 4; 28/2003, de 10 de febrero, FJ 3; y 310/2005, de 12 de diciembre, FJ 2, por todas).

A lo anterior cabe añadir, siempre de acuerdo con nuestra doctrina, que es trasladable al recurso de apelación contra sentencias penales lo dispuesto en el art. 902 de la Ley de enjuiciamiento criminal (LECrim) para el recurso de casación, a fin de preservar el principio acusatorio y evitar el agravamiento de la situación del condenado apelante por su solo recurso cuando ejercita el derecho a la segunda instancia en el orden penal que es producto de la conexión de los arts. 24.1 y 10.2 CE (SSTC 54/1985, de 18 de abril, FJ 7; 84/1995, de 5 de junio, FJ 2; 115/1986, de 6 de octubre, FJ 2; 6/1987, de 28 de enero, FJ 2; 116/1988, de 20 de junio, FJ 2; 19/1992, de 14 de febrero, FJ 2; 56/1999, de 12 de abril, FJ 2; 16/2000, de 16 de enero, FJ 5; 200/2000, de 24 de julio, FJ 2). Lo cual agrega a la prohibición general de reforma peyorativa el nuevo matiz, constitucionalmente relevante, de la seguridad jurídica del condenado sobre la inmutabilidad de la Sentencia en su perjuicio si no media recurso de parte contraria, estando vedada la agravación de oficio «aunque fuera absolutamente evidente su procedencia legal», pues las garantías constitucionales deben prevalecer sobre el principio de estricta sumisión del Juez a la ley, incluso «para corregir de oficio en la alzada errores evidentes en la aplicación hecha de la misma en la instancia» (SSTC 153/1990, de 15 de octubre, FJ 5; 70/1999, de 26 de abril, FJ 8; 28/2003, de 10 de febrero, FJ 5; y 310/2005, de 12 de diciembre, FJ 2).

En definitiva, para que pueda apreciarse la existencia de reforma peyorativa, constitucionalmente prohibida, el empeoramiento de la situación del recurrente ha de resultar de su propio recurso, sin mediación de pretensión impugnatoria de otra parte, y con excepción del daño que derive de la aplicación de normas de orden público procesal (por todas, SSTC 15/1987, de 11 de febrero, FJ 4; 17/1989, de 30 de enero, FJ 7; 70/1999, de 26 de abril, FJ 5), «cuya recta aplicación es siempre deber del Juez, con independencia de que sea o no pedida por las partes» (SSTC 214/2000, de 16 de octubre, FJ 3; 28/2003, de 10 de febrero, FJ 3; y 249/2005, de 15 de noviembre, FJ 5), excepción que no concurre en el presente caso, en contra de lo que sostiene en sus alegaciones el Abogado del Estado, porque la calificación de norma de orden público procesal no resulta aplicable a la norma cuestionada, art. 57.2 CP. Así pues la eventual aplicación de oficio de la pena de alejamiento prevista en el citado precepto legal en la Sentencia que resuelva el recurso de apelación interpuesto por el condenado «desborda totalmente las facultades judiciales de velar por el orden público procesal, y perjudica gravemente al acusado, precisamente con ocasión del recurso que la Constitución exige que exista para revisar su condena» (STC 70/1999, de 26 de abril, FJ 7).

6. Cabalmente, si la pena de alejamiento prevista no puede ser impuesta de oficio por la Audiencia Provincial de Lleida al recurrente sin incurrir en *reformatio in peius*, prohibida por el art. 24.1 CE, no puede sino concluirse, en coincidencia con lo alegado por el Fiscal General del Estado, que el juicio de relevancia sobre el art. 57.2 CP exteriorizado en el Auto de planteamiento de la cuestión resulta notoriamente inconsistente, pues, no pudiendo ser aplicado el art. 57.2 CP para resolver el recurso de apelación que pende ante la Audiencia Provincial, resulta que el fallo del proceso judicial no depende de la validez del precepto legal cuestionado.

Procede, en consecuencia, como así lo interesa con carácter principal el Fiscal General del Estado, la inadmisión de la presente cuestión por incumplimiento del requisito relativo al denominado juicio de relevancia, pues la cuestión de inconstitucionalidad, por medio de la cual se garantiza el control concreto de la constitucionalidad de la ley, no puede resultar desvirtuada por un uso no acomodado a su naturaleza y finalidad propias, lo que sucedería si se permitiera que se utilizase para obtener pronunciamientos innecesarios o indiferentes para

la decisión del proceso en que la cuestión se suscita (STC 17/1981, de 1 de junio, FJ 1; AATC 42/1998, de 18 de febrero, FJ 1; 21/2001, de 30 de enero, FJ 1; 25/2003, de 28 de enero, FJ 3; 206/2005, de 10 de mayo, FJ 2; y 360/2006, de 10 de octubre, FJ 2).

FALLO

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

Ha decidido

Inadmitir la cuestión de inconstitucionalidad número 6563-2006, planteada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Lleida.

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

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

Voto particular que formula el Magistrado don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez a la Sentencia del Pleno que inadmite la cuestión de inconstitucionalidad núm. 6563-2006

1. En el ejercicio de la facultad conferida por el art. 90.2 LOTC expreso mi discrepancia con la Sentencia aprobada, que declara inadmisibles la presente cuestión de inconstitucionalidad por apreciar que el precepto legal cuestionado no es aplicable para la resolución del proceso *a quo* en el que se ha suscitado.

El Juzgado de lo Penal núm. 2 de Lleida dictó Sentencia condenando al acusado, como autor de un delito de violencia doméstica previsto en el art. 153.1, 3 y 4 CP, a la penas de treinta y dos días de trabajos en beneficio de la comunidad y privación del derecho de tenencia y porte de armas durante tres años, pero olvidándose de imponer la preceptiva pena de alejamiento que el art. 57.2 CP anuda a esta clase de delitos. La Sentencia sólo fue recurrida por el condenado, si bien el Ministerio Fiscal en su escrito de oposición al recurso de apelación señaló que «se detecta en la Sentencia un error material, consistente en la no imposición de pena de alejamiento, que imperativamente debe ser impuesta al condenado por delito de violencia doméstica», compartiendo la Audiencia Provincial el que por imperativo legal debe proceder a su imposición, sin perjuicio de que al dudar de la constitucionalidad del propio art. 57.2 CP, plantea la cuestión de inconstitucionalidad.

Pues bien, mi objeción se refiere a la aplicación que nuestra Sentencia realiza del art. 37.1 en relación con el art. 35.1 LOTC, esto es, sobre la intensidad del control que corresponde efectuar a este Tribunal Constitucional del cumplimiento del requisito de que la norma legal cuestionada sea «aplicable al caso» y que de su «validez dependa el fallo».

Nuestra doctrina al respecto se resume en que «no es preciso, ni pertinente que, correspondiendo al órgano judicial en el ejercicio de la función que constitucionalmente le corresponde (art. 117.3 CE) interpretar los requisitos ordenadores de los procesos propios de su jurisdicción, este Tribunal Constitucional, con la excusa de constatar el carácter de norma *decidendi* de la norma legal cuestionada, se adentre a sustituir o modificar el criterio del órgano judicial proponente que, aun pudiendo ser discutible, no resulta irrazonable o radicalmente infundado» (STC 203/1998, de 2 de diciembre, FJ 2) y que «sólo

cuando resulte evidente que la norma legal cuestionada no es, en modo alguno, aplicable al caso, cabe declarar inadmisibile una cuestión de inconstitucionalidad» (SSTC 76/1990, de 26 de abril, FJ 1; 337/1994, de 23 de diciembre, FJ 4; y 37/2002, de 14 de febrero, FJ 2).

La Sentencia de la que disiento no cree apartarse de esta doctrina pues afirma que «el juicio de relevancia sobre el art. 57.2 CP que exterioriza en su Auto la Audiencia Provincial de Lleida resulta notoriamente inconsistente, lo que conduce a la inadmisibilidat de la presente cuestión de inconstitucionalidad, pues este Tribunal no puede dejar de advertir, sin necesidad de un análisis de fondo, que, frente a lo argumentado por el órgano judicial proponente, y atendidas las circunstancias concretas del proceso *a quo*, el precepto legal cuestionado no podría ser aplicado al caso sin mermar el respeto a los principios constitucionales que informan el proceso penal, entre los que figura el principio de prohibición de la *reformatio in peius*».

2. En primer lugar, creo que nuestra Sentencia no atribuye la suficiente importancia a la circunstancia de que la eventual aplicación del art. 57.2 CP está precedida de una petición del Ministerio Fiscal en su escrito de contestación al recurso de apelación (folios 132 y 133 de las actuaciones judiciales), en el que expresó: «Se detecta en la Sentencia un error material, consistente en la no imposición de pena de alejamiento, que imperativamente debe ser impuesta al condenado por delito de violencia doméstica».

Se trata de una manifestación que lleva implícita una petición dirigida a la Audiencia Provincial, cuya existencia no cabe ignorar y cuya valoración debe realizar el Tribunal penal, puesto que hemos declarado (STC 16/2000, de 31 de enero, FJ 6, y las citadas en la misma) que no corresponde a este Tribunal pronunciarse sobre un extremo que pertenece exclusivamente a la competencia de los órganos jurisdiccionales, como es el de determinar si el escrito de la parte apelada contiene, además de la impugnación, una pretensión de adhesión a la apelación, al no sobrepasar los límites de la legalidad ordinaria. Hemos repetido en la STC 232/2001, de 10 de diciembre (FJ 6), que no rebasa el límite de la razonabilidad el entender que el escrito presentado por una de las partes en el que no sólo se oponía a la apelación principal sino que también contenía alegaciones dirigidas a obtener otro pronunciamiento, había de calificarse, con independencia de su formal *nomen iuris*, como verdadera y propia adhesión a la apelación formulada por la otra parte, y que tal modalidad adhesiva era susceptible de albergar pretensiones autónomas e incluso divergentes o contradictorias con las del apelante principal; y que de esta forma y a partir de un tal entendimiento, sobre cuyo acierto no nos incumbe juzgar, los órganos judiciales pueden ampliar su ámbito de cognición y extenderlo más allá del delimitado inicialmente por la pretensión del apelante principal dando así respuesta a la pretensión formulada de forma adhesiva por el Ministerio Fiscal. Y, añadimos entonces, en tales casos se halla ausente, pues, el requisito o presupuesto básico para que pueda hablarse de reforma peyorativa, cual es que el pronunciamiento recaído en la segunda instancia se hubiera emitido sobre la base de un único recurso de apelación, a cuyas alegaciones y pretensiones viniera constreñido el enjuiciamiento del órgano judicial *ad quem*.

No afirmo que la solución que acoge nuestra Sentencia no sea la más correcta desde la perspectiva de la interpretación de la legalidad ordinaria implicada, básicamente el art. 790.5 LECrim en la redacción dada por la Ley 38/2002, de 28 de octubre, sino que en el trámite de admisibilidad de una cuestión de inconstitucionalidad nuestro juicio no puede alcanzar una intensidad tal que se anteponga y sustituya al pronunciamiento del Juez ordinario.

3. En segundo lugar, según ha quedado visto, el Ministerio Fiscal califica la no imposición de la pena de

alejamiento por el Juez de lo Penal como un error material, planteamiento que no me parece arbitrario o irrazonable.

Obviamente, la delimitación del concepto de error material acogido en el art. 267.3 LOPJ –del que hemos dicho que es un «concepto indeterminado de contornos muy poco precisos» (STC 231/1991, de 10 de diciembre, FJ 5)– es una cuestión de legalidad ordinaria cuya apreciación corresponde a los Tribunales ordinarios. En consecuencia, a este Tribunal Constitucional sólo le compete vedar aquellas interpretaciones o aplicaciones del art. 267.3 LOPJ que sean arbitrarias, manifiestamente irracionales o incurtas en error fáctico patente. Y me parece que no se incurre en ninguno de estos reproches si se califica de error material el olvido del Juez de lo Penal de incluir en el fallo una de las penas previstas para el delito cuya comisión ha declarado probada, pues nosotros mismos hemos considerado que el error material es «aquel cuya su corrección no implica un juicio valorativo, ni exige operaciones de calificación jurídica o nuevas y distintas apreciaciones de prueba, ni supone resolver cuestiones discutibles u opinables por evidenciarse el error directamente al deducirse, con toda certeza, del propio texto de la Sentencia, sin necesidad de hipótesis, deducciones o interpretaciones» (SSTC 231/1991, de 10 de diciembre, FJ 5; y 16/1993, de 18 de enero, FJ 1).

Siendo esto así, hay que recordar que el legislador ha arbitrado en el art. 267 LOPJ diversos cauces que posibilitan que los órganos judiciales aclaren conceptos oscuros, corrijan errores materiales, suplan omisiones o defectos de que pudieren adolecer sus resoluciones cuando fuese necesario remediarlos para llevarlas plenamente a efecto, o que completen sus resoluciones si hubiesen omitido manifiestamente pronunciamientos relativos a pretensiones oportunamente deducidas y sustanciadas en el proceso. Por nuestra parte, en aquellos casos en que el propio órgano judicial, de oficio o a instancia de parte, ha procedido a rectificar su pronunciamiento como consecuencia de advertir que se había apartado de una disposición legal expresa, hemos considerado que no por ello se vulneraba la intangibilidad de la resolución judicial. Así, en la STC 59/2001, de 26 de febrero (FJ 4), dijimos que «cuando advertida la existencia de un error directamente deducible con toda certeza del propio texto de la Sentencia, y sin necesidad de hipótesis, deducciones o interpretaciones, el órgano judicial procede a la rectificación de la literalidad del fallo, en consonancia con su inalterada motivación, y extrae las consecuencias inescindiblemente anudadas al mismo, ninguna vulneración del derecho a la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes cabría sancionar» (en el mismo sentido, SSTC 140/2001, de 18 de junio, FJ 12; y 216/2001, de 29 de octubre, FJ 4; y AATC 154/2000, de 14 de junio, y 203/2001, de 11 de julio).

Puesto que los errores materiales son susceptibles de corregirse «en cualquier momento» (art. 267.3 LOPJ) a instancia de parte o de oficio, su reparación queda desvinculada de la prohibición de *reformatio in peius*, por lo que no puedo compartir que la norma cuestionada –el art. 57.2 CP– sea «notoriamente» inaplicable en el presente supuesto.

Creo, finalmente, que la prudencia en no descartar la aplicabilidad de un precepto legal debe extremarse en supuestos como el presente, en los que la pena, sin dejar de ser una manifestación del *ius puniendi* del Estado, tiene una finalidad específica de protección de los derechos fundamentales de terceras personas, en este caso el derecho a la vida e integridad física y moral de las víctimas de la violencia de género (art. 15 CE).

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

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

Voto particular que formula el Magistrado don Pablo Pérez Tremps a la Sentencia dictada en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 6563-2006

Con el máximo respeto a la posición mayoritaria de mis compañeros de Pleno debo manifestar mi discrepancia con parte de la fundamentación de la Sentencia, discrepancia que alcanza al fallo de la misma.

1. Comparto con la mayoría la exposición de la doctrina general sobre que el juicio de relevancia constituye uno de los requisitos esenciales para la procedibilidad de la cuestión de inconstitucionalidad, que es a los órganos judiciales a los que corresponde formular el juicio de aplicabilidad y que sobre dicho juicio este Tribunal ha de ejercer un control meramente externo. Igualmente, estoy de acuerdo con que el control externo que debe ejercer este Tribunal se concreta en que no puede ponderar o revisar la apreciación del órgano judicial sobre las normas que en cada caso estime aplicables, a salvo de que el criterio expuesto resulte con toda evidencia errado.

Discrepo, por el contrario, de la posición de la mayoría consistente en que un control externo en los términos señalados deba llevar a la conclusión en el presente caso de que el juicio de aplicabilidad realizado por el órgano judicial, *icto oculi*, resultó errado y «notoriamente inconsistente».

2. Como se recoge en los antecedentes de esta Sentencia, el órgano judicial cuestionante ha justificado la aplicabilidad en la apelación del art. 57.2 CP en que, si bien la pena de alejamiento no había sido impuesta en la instancia y el Ministerio Fiscal no había recurrido en apelación, habiéndose limitado a poner de manifiesto mediante otrosí que «se detecta en la sentencia un error material consistente en la no imposición de pena de alejamiento, que imperativamente debe ser impuesta al condenado por delito de violencia doméstica», la estricta observancia del principio de legalidad conduciría a la aplicación del art. 57.2 CP, destacando que ello no supondría una violación de la prohibición de la reforma peyorativa, dado que el posible perjuicio que se ocasiona es consecuencia de la aplicación de normas de orden público.

Pues bien, *prima facie*, este razonamiento –dirigido a justificar la aplicabilidad del precepto cuestionado en la segunda instancia sobre la base, por un lado, de la existencia de una indicación en ese sentido por parte del Ministerio Fiscal en su escrito de impugnación del recurso de apelación, por otro, de la primacía del principio de legalidad y, por último, de que no rigen las limitaciones de la prohibición de *reformatio in peius* cuando se aplican normas de orden público– no puede afirmarse que, conforme a la doctrina reiterada por este Tribunal, «resulte con toda evidencia errado» (por todas, SSTC 188/1988, de 17 de octubre, FJ 3, 139/2005, de 26 de mayo, FJ 5).

3. La posición del Abogado del Estado, negando la notoria inconsistencia de dicho juicio, y el hecho de que en la posición de la mayoría se haya tenido que acudir a una extensa argumentación sobre la prohibición de la *reformatio in peius* y la inexistencia de normas de orden público que permitieran en este caso excepcionar este principio, para de ello deducir que el cuestionamiento del art. 57.2 CP resulta irrelevante, pues su aplicación por el órgano judicial supondría una vulneración del art. 24.1 CE, son una buena prueba de que el análisis realizado ha ido más allá de un mero control externo para constatar la evidencia de lo errado del juicio de aplicabilidad, toda vez que se ha debido acudir a valoraciones fácticas y jurídicas y a deducciones de cierta elaboración que alejan la conclusión de lo que pueda resultar notorio y evidente desde la perspectiva de la comunidad jurídica, tal como sí sucedía en los casos citados por la mayoría de los AATC 357/2004, de 21 de septiembre, y 157/2006, de 17 de enero.

Esta conclusión no prejuzga mi posición sobre si, conforme a las concretas circunstancias planteadas por el caso, la aplicación del art. 57.2 CP supondría finalmente la vulneración de la prohibición de la *reformatio in peius* o de algún derecho fundamental del condenado. Esta cuestión no va a ser abordada en este Voto particular, ya que el fundamento de mi discrepancia es, precisamente, la extralimitación en que ha incurrido la posición de la mayoría al entrar en dicho análisis. Además, el respeto que merece tanto el principio de subsidiariedad como la especificidad de los diversos procesos constitucionales impone que, en su caso, la eventual lesión de derechos fundamentales en que se pudiera incurrir pueda ser objeto de reparación en la vía judicial previa, a través de los mecanismos procesales diseñados para ello, o por este mismo Tribunal, mediante el proceso de amparo.

4. Por tanto, conforme a lo expuesto, considero que no debería haberse inadmitido esta cuestión de inconstitucionalidad, sino haberse entrado a un análisis sobre la constitucionalidad del precepto cuestionado.

En Madrid, a treinta de octubre de dos mil ocho.–Pablo Pérez Tremps.–Firmado y rubricado.

18815 *Sección Primera. Sentencia 142/2008, de 31 de octubre de 2008. Recurso de amparo 7617-2003. Promovido por doña Olga López Muñoz respecto a las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia y de un Juzgado de lo Social de Madrid que estimaron parcialmente su demanda sobre despido.*

Supuesta vulneración de los derechos a la igualdad en la ley y a la tutela judicial efectiva: STC 84/2008 (salarios de tramitación).

La Sección Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por doña María Emilia Casas Baamonde, Presidenta, don Javier Delgado Barrio, don Manuel Aragón Reyes Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 7617-2003, promovido por doña Olga López Muñoz, representada por la Procuradora de los Tribunales doña Olga Romojaro Casado y asistida por el Abogado don Luis Zumalacárregui Pita, contra la Sentencia de 13 de diciembre de 2002 del Juzgado de lo Social núm. 28 de Madrid, que estimó parcialmente la demanda de instancia en autos núm. 789-2002, sobre despido, y contra la Sentencia de 17 de noviembre de 2003 de la Sección Sexta de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que desestimó el recurso de suplicación interpuesto contra la anterior. Ha sido parte el Ayuntamiento de Tres Cantos, representado por el Procurador de los Tribunales don Federico J. Olivares de Santiago y asistido por el Abogado don Juan Manuel Lozano Tapia. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Javier Delgado Barrio, quien expresa el parecer de la Sección.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal el día 18 de diciembre de 2003 la Procuradora de los Tribu-